

Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème *Macron*

par Michel Henry, avocat au Barreau de Paris et
Marie-France Bied-Charreton, avocate honoraire au Barreau de Paris

PLAN

Introduction

- I. Sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT
- II. Sur l'article 24 de la Charte sociale européenne
- III. Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme
- IV. Le barème fait obstacle au respect du principe communautaire d'égalité et de non-discrimination

Les deux avis rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation (1) considèrent, combinés ensemble, que le barème dans sa totalité, et son premier palier en particulier – relatif aux salariés ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés – sont compatibles avec les dispositions de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT (2). Telle est la teneur principale de ces avis. Les autres moyens d'inconventionnalité ont été écartés comme inopérants, soit que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'ait pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers, soit que le barème n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de cassation n'a, par ailleurs, pas répondu à l'argument des parties (3) selon lequel le barème est susceptible d'être discriminatoire au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en ses articles 20 et 21 § 1, dès lors que le seul critère de l'ancienneté, d'ailleurs plafonnée à 29 ans, peut aboutir à exclure la prise en compte d'autres critères tels que l'âge, la qualification, la situation familiale ou le handicap pour différencier le montant des réparations.

Sur l'ensemble de ces points, un examen critique s'impose, tout d'abord sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT (I.), ensuite sur l'article 24 de la Charte sociale européenne (II.), puis sur l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (III.) et enfin sur les articles 20 et 21 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (IV.).

Alors que l'Assemblée plénière a pour mission de se prononcer sur les demandes d'avis portant sur une question de principe (4) aux fins d'éclairer les juges du fond, le choix qu'elle a fait d'examiner la conventionalité à travers une approche globale et abstraite n'est pas convaincant et ne peut donc servir de repère utile aux juges prud'homaux, dont certains se sont d'ailleurs déjà émancipés de ces avis (5).

Les juges du fond vont devoir procéder à une évaluation concrète au cas par cas de l'indemnisation du préjudice et exercer leur pouvoir. Les avis ne leur seront, à ce titre, d'aucun secours, sauf à

considérer que le terme « réparation adéquate » est à ce point flou que l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT n'aurait plus aucune portée.

De cette obscurité qui entache les avis naît une autre question : peut-on considérer, sans qu'aucun texte ne le prévoit, qu'un État signataire d'une convention internationale puisse disposer d'une marge d'appréciation pour l'interpréter, ce qui implique, en l'espèce, qu'il soit libre d'édicter un barème d'indemnisation qui ne garantisse pas dans tous les cas une réparation conforme à ladite convention, tant dans ses prescriptions que dans ses objectifs, empêchant ainsi les juges du fond de garantir eux-mêmes aux justiciables qu'ils s'y conforment dans tous les cas ?

La position de la Cour de cassation vis-à-vis de l'ensemble des questions posées par les Conseils de prud'hommes de Louviers et Toulouse révèle, on le verra, une posture plus politique que juridique, conforme aux vœux des pouvoirs publics, et sans réelle justification de droit.

(1) V. ces deux avis dans leur intégralité, avec un court commentaire de Dr. Ouvr., août 2019, pp. 539 et s. et le communiqué du Syndicat des avocats de France : « Barème Macron : un avis... mais pas un coup d'arrêt », *ibid.*, p. 530.

(2) Organisation internationale du travail.

(3) Cf. le mémoire en intervention de la CGT et de l'Union syndicale solidaire.

(4) Art. L. 441-2 al 3 du Code de l'Organisation judiciaire.

(5) Cf. les jugements du CPH de Grenoble du 22 juillet 2019 et du CPH Troyes du 29 juillet 2019. V. également CA Reims, 25 septembre 2019, rendu après la rédaction de cet article.

I. Sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

A. Les avis de l'Assemblée plénière ne permettent pas de vérifier la conventionalité du barème, dès lors qu'ils sont fondés sur un contrôle abstrait

Estimant que le moyen tiré de l'applicabilité directe de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT était recevable, l'Assemblée plénière a forcé sa propre jurisprudence, qui excluait la procédure d'avis sur une question de compatibilité d'une disposition de droit interne avec les normes européennes et internationales. La position de la Cour de Cassation était que « l'office du juge du fond était de statuer sur cette compatibilité » (6). Elle a considéré, néanmoins, que le contrôle de conventionalité du barème était possible en s'en tenant à « un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond ».

Il y avait le feu et la volonté de l'éteindre pour faire taire les manifestations de plus en plus nombreuses de résistance des juges du fond.

Le choix de cette approche a rendu impossible la confrontation dans le cadre de la procédure d'avis des paliers du barème avec les cas concrets relevés par les juges du fond, la doctrine et les mémoires des parties intervenantes, qui mettaient en avant des situations où l'indemnisation du préjudice est impossible ou dérisoire.

Pour éviter toute censure de l'article L.1235-3 du Code du travail au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, selon lequel « Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention (7) 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 », les avis répondent : « Le terme "adéquat" doit être compris comme réservant aux États 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 ».

Or, rien ne permet de comprendre cette position, même sous l'angle d'un contrôle réduit à une « inconventionnalité manifeste » (8).

Il a été largement démontré que, par l'effet même de la loi, il existe de nombreux cas d'insuffisance manifeste du barème, qui vont parfois jusqu'à une impossibilité totale d'indemnisation chaque fois qu'il y a cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse et les autres indemnités qui réparent certaines irrégularités du licenciement ou encore la violation de la priorité de réembauchage. Comme l'a souligné Jean Mouly, « ce n'est plus alors le principe de réparation intégrale qui se trouve remis en cause, mais celui du droit à réparation lui-même » (9). Dans nombre de cas, le barème n'est pas simplement un peu étriqué, comme voudrait le suggérer la Cour de cassation : il est tout simplement insusceptible d'ouvrir un véritable droit à réparation. Par conséquent, de ce seul point de vue, on ne peut parler d'adéquation.

Plus généralement, sans même évoquer les impasses du barème qui interdisent l'indemnisation de certains préjudices, on peut se demander si le juge dira, pour prendre deux exemples vécus concrètement :

– qu'une indemnité maximale d'un mois de salaire, prévue par la tranche applicable du barème, permettra la réparation adéquate du préjudice subi par une salariée qui, après avoir démissionné de ses fonctions de directrice du style d'une entreprise d'habillement allemande et signé un nouveau contrat de travail pour prendre la direction des collections « Homme » d'une prestigieuse marque française, se

(6) Cass. Avis, 16 décembre 2002, n° 00-20.008, Bull., Avis n° 6, Cass. Avis, 12 juillet 2017, n° 17-70.009 et Cass. Avis, 7 mars 2018, n° 17-70.039 : exclusion de la procédure d'avis de la question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les normes européennes et internationales. Add : Cass. Avis, 23 mai 2016, n° 16-70.002 et Cass. Avis, 11 mars 1994, n° 09-40.003 : l'office du juge du fond est de statuer sur cette compatibilité.

(7) En France la juridiction prud'homale.

(8) Selon l'expression utilisée par l'avocat général qui voulait, en fait, la mesure d'un contrôle léger.

(9) J. Mouly, « Les indemnités en matière de licenciement », Dr. Soc. 2018, pp. 10 et s.

voit empêchée d'exercer ses nouvelles fonctions par le caprice d'un directeur artistique qui parvient à imposer un autre choix entraînant la rupture d'un engagement pourtant définitif ?

– qu'il en est de même pour un salarié ayant un an d'ancienneté dont le poste est supprimé et qui, ayant refusé de signer une rupture conventionnelle, est licencié pour un motif personnel fallacieux, alors que le motif réel est d'ordre économique et que le préjudice est notamment constitué de la perte des prestations d'assurance-chômage de la convention de sécurisation professionnelle qui aurait dû lui être proposée ?

Dans ces deux exemples, la première tranche du barème propose une indemnisation à l'évidence dérisoire, celle du premier palier, pour des situations gravement préjudiciables. La disproportion entre l'ampleur du préjudice subi et la réparation imposée par le barème interdit que l'on puisse parler de réparation adéquate.

B. L'approche globale ne peut exclure un contrôle de conventionalité au cas par cas

Pour échapper à tout examen de situations concrètes, la formation plénière a fait le choix d'une approche globale, qui délaisse tout contrôle des plafonds par tranches, pour examiner la conventionalité de l'article L. 1235-3 appréhendé comme un tout indivisible. La méthode ruine la portée des avis car, avant même de s'interroger sur la conventionalité du principe d'un plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, la question du respect du principe de réparation adéquate se pose dans chaque cas particulier au terme d'une évaluation concrète du préjudice.

En s'en tenant à un contrôle « *abstrait* », sans analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge, la formation plénière renvoie, en fait, le contrôle de conventionalité au juge prud'homal.

Sans doute le contrat « *nouvelle embauche* » était-il tombé sous le coup de la censure de la Chambre sociale de la Cour de Cassation, au visa d'autres dispositions de la Convention n° 158 de l'OIT en 2008 (10), dans son principe même, mais c'était en raison de la disposition in conventionnelle en jeu, à savoir l'interdiction des ruptures non motivées, qui concernait l'ensemble des contrats conclus dans le champ d'application de l'article L. 1223.4 issu de l'ordonnance du 2 août 2005.

Au cas présent, le barème n'apparaît pas contraire au droit à une réparation adéquate dans tous les cas d'espèce.

Or, le contrôle de conventionalité auquel s'est livrée la formation plénière est globalisé à un double titre, d'abord au regard du système de réparation des licenciements abusifs considéré dans son ensemble, ensuite par l'affirmation que la marge d'appréciation laissée aux États exclurait un contrôle de conventionalité des plafonds eux-mêmes.

Sur le premier point, paraissant admettre que le barème allait spolier bon nombre de salariés, les avis pensent pouvoir répondre en intégrant, dans leur appréciation d'ensemble, la possibilité pour le juge de proposer la réintégration lorsque le licenciement encourt la nullité pour les causes édictées à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail. Or, on ne voit pas quel juge pourrait répondre à un salarié que le plafonnement insuffisant qui lui est applicable deviendrait adéquat par compensation avec les sanctions applicables à des salariés qui ne sont précisément pas ceux qui relèvent du barème.

Sur le second point, la formation plénière paraît avoir retenu, comme le suggérait le rapport du conseiller rapporteur, qu'il pourrait y avoir une conventionalité intrinsèque de la règle, laquelle aurait un caractère indivisible. Selon certains auteurs, cités par le rapport, l'appréciation du caractère adéquat de l'indemnité exclurait une inconviction partielle (11).

Cette vision n'est cependant pas compatible avec l'obligation pour le juge de vérifier la conformité du palier applicable au cas particulier qui lui est soumis. Aucun texte, ni aucun principe n'oblige le juge prud'homal à statuer sur la conventionalité même du barème dans son ensemble s'il entend dépasser un plafond particulier. Or, si les dispositions de fond de la Convention n° 158 de l'OIT doivent être assurées, selon ses propres termes, « *par voie de législation nationale* » (12), elles doivent aussi, de par leur effet direct – non contesté par la Cour de cassation –, permettre à chaque salarié, selon l'article 10, d'obtenir, en cas de licenciement injustifié, soit l'annulation du licenciement et la réintégration, mesure qui paraît implicitement considérée comme la plus adaptée, soit, à tout le moins, le versement d'« *une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ». Chaque salarié est donc

(10) Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, PBRI.

(11) Cf. les auteurs cités par ce rapport sur le site de la Cour de cassation, p.27, n. de bas de page n°s 40, 41 et 42 : https://www.courdecassation.fr/IMG/20190708_ANO_avis_1970011_1970010_rapport.pdf.

(12) Art. 1^{er} de la Convention n° 158 : « *Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale* ».

titulaire du droit de se prévaloir individuellement de l'article 10 et du droit de bénéficier d'une réparation adéquate de son préjudice. Si les avis de la formation plénière ont apporté une satisfaction à la Ministre du Travail, qui traitait par le mépris les juges « rebelles », insuffisamment formés, le plaisir risque d'être de courte durée.

Quant à la méthode de raisonnement suivie par la Cour de cassation, difficile à suivre faute de motivation réelle, on peut s'étonner de son manque de rigueur. Tout en prétendant chasser toute approche concrète pour se conformer à la nécessité d'un examen abstrait, sans pour autant expliquer en quoi ce contrôle ne nécessiterait pas l'appréciation d'éléments de fait, la Haute juridiction a suivi les conclusions de son avocat général qui faisait paradoxalement état de deux études menées en lien avec la mission de recherche « *Droit et Justice* », la première par la Faculté de droit de Grenoble portant sur cinq cents arrêts de deux cours d'appel, et l'autre sur le Conseil de prud'hommes de Paris entre 2013 et 2017, montrant, selon la première de ces études, que, dans 51 % des cas, les indemnités allouées auraient été supérieures au barème, et, selon la seconde, qu'« environ deux tiers des indemnités accordées sont supérieures » au plafond du barème. Le conseiller rapporteur ajoutait, à propos des mêmes études, cette précision selon laquelle c'était pour les faibles anciennetés que les données faisaient apparaître un dépassement du barème. La demande d'avis formulée – sur le palier le plus bas – par le juge départiteur de Louviers apparaissait d'ailleurs, de ce fait, particulièrement judicieuse, dans la mesure où elle porte sur le palier pour lequel la marge d'appréciation du juge est la plus restreinte, et donc pour laquelle le risque d'injustice est le plus flagrant.

Or, il se déduit de l'ensemble des études et des articles cités que le barème bride les juges dans la recherche d'une réparation adéquate. À moins de considérer que les juges du fond accordaient jusqu'à présent des indemnités disproportionnées dans leur quantum, ce qui n'est pas le cas, les études statistiques auraient dû conduire au constat que le barème ne permet pas d'assurer des réparations appropriées et adéquates. La démarche suivie par les avis ne justifie ainsi, ni l'absence d'inadéquation manifeste du barème dans certains cas, ni sa validité globale dans les limites permises par le terme « *adéquat* », même pris dans une acception vague.

En faisant le choix de s'abstraire de toute casuistique, l'Assemblée plénière a, du coup, laissé le champ libre à une appréciation du caractère effecti-

vement adéquat des indemnités pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, démontrant ainsi, par la même occasion, que la procédure d'avis n'est pas adaptée aux questions posées ou qu'en tout cas, il ne pouvait pas y être répondu sans un examen des situations concrètes évoquées par les jugements produits aux débats, comme par la doctrine et les mémoires des parties intervenantes.

La Chambre sociale de la Cour de cassation aura inévitablement à affronter la question de la conventionalité du barème lorsqu'elle sera saisie d'une décision qui s'est écartée d'un plafond.

À moins qu'elle ne considère que les avis ont clos le débat, elle va devoir exercer un contrôle de conventionalité au moins sur le fondement de la Convention n° 158 de l'OIT, dont elle reconnaît l'application directe. Pour autant, ce contrôle n'impliquera pas un examen de la conventionalité de chacun des plafonds au gré des cas d'espèce. Deux types de réponses sont envisageables. La Chambre sociale pourra soit, dire qu'appréciant l'étendue du préjudice subi par le salarié, le juge du fond a fixé dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation le montant de la réparation adéquate au sens de l'article 10 de la Convention de l'OIT sans être lié par le barème qui sera, *de facto*, écarté, soit, déduire l'inconventionalité de l'article L. 1235-3 du constat que le système de plafonnement « *peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subi* » (13). Dans cette seconde hypothèse, on en reviendrait à un contrôle intrinsèque et global de conventionalité du barème à travers l'examen de cas individuels, méthode à laquelle la formation plénière a voulu se soustraire.

C. L'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT laisse-t-il aux États signataires une marge d'appréciation sur ce que doit être une réparation adéquate du préjudice ?

Selon les avis, c'est le terme « *adéquat* » qui réserve aux États parties une marge d'appréciation telle qu'en France peut être appliqué un barème décidé par l'État et considéré par la Haute juridiction comme compatible avec l'article 10 de la Convention de l'OIT.

Seront donc examinées ici d'abord la question de savoir si le terme « *adéquat* » serait si imprécis au sens de l'article 10 qu'il justifierait une marge d'appréciation étatique pour sa mise en œuvre (a), et ensuite celle de savoir si, en toute hypothèse, la Convention n° 158 n'interdit pas purement et simplement toute marge d'appréciation étatique (b).

(13) Selon les termes utilisés par le Comité européen des droits sociaux pour estimer qu'un barème d'indemnisation de licenciement injustifié n'est pas « *adéquat* » au sens de l'art.

24 de la Charte sociale européenne dans sa décision précitée : CEDS 8 septembre 2016, *Finish Society of Social Rights c/ Finlande*, Réclam. n° 106 sur 2014.

a. Les termes « adéquat » et « approprié » sont clairs et précis au sens de l'article 10 de sorte qu'ils ne sont pas susceptibles de justifier, à eux seuls, une marge d'appréciation étatique

Une acception correcte des termes « adéquat » ou « approprié » ne permet pas de dire que les États signataires disposeraient d'une marge d'appréciation pour mettre en œuvre l'article 10 dans le cadre du droit interne. Les termes « adéquat » ou « approprié » n'ont pas été choisis par les auteurs de la Convention pour laisser une marge d'appréciation.

Faute d'instance juridictionnelle ou d'instance susceptible d'arbitrer une question d'interprétation de ses normes, l'OIT a néanmoins produit des rapports qui donnent un éclairage aux mots « adéquat » ou « approprié » à travers l'usage qui en est fait par les comités d'experts ou par d'autres conventions internationales. Ces sources peuvent être, en outre, éclairées par l'article 24 de la Charte sociale européenne, relatif au droit à la protection en cas de licenciement – et rédigé en termes quasi identiques à ceux de l'article 10 – qui a donné lieu à sa décision précitée *Finish Society of Social Rights c/ Finlande* du 8 septembre 2016 (14), portant sur la validité du barème institué par la Finlande, et qui fournit, à ce titre, une référence utile. Cette décision sera examinée plus loin en détail (15). De son côté, la jurisprudence française de la Cour de Cassation fait usage, dans différents domaines, du terme « adéquat » en lui donnant un sens et une portée exempts d'imprécision. C'est à l'aune de l'ensemble de ces sources que va être appréhendé le sens exact des notions d' « adéquat » et d' « approprié ».

Notons, tout d'abord, que le terme « adéquat », au sens de la Convention n° 158 de l'OIT, ne procède pas exactement du même concept que celui de réparation intégrale. Il se réfère plus aux moyens d'atteindre un objectif, lesquels consistent à réparer le préjudice résultant de la perte injustifiée d'un emploi. À ce titre, l'article 10 privilégie la réintégration comme mode de réparation, pendant que, dans le même temps, celle-ci demeure facultative en droit interne, hors les cas de nullité. Il convient, dès lors, de faire coïncider au mieux l'exigence d'une réparation adéquate ou appropriée avec le principe de réparation intégrale, et ce, même si celui-ci, sans être jamais écarté, ne trouve

pas toujours une parfaite application en matière de licenciement abusif. Les paramètres d'appréciation du préjudice par le juge prud'homal prennent en compte l'ensemble des aspects de celui-ci (16), à ceci près que, à la date à laquelle le juge statue, c'est le plus souvent un chômeur qu'il trouve devant lui, chômeur qui, à cette date, ne peut invoquer toutes les conséquences de la perte de son emploi qu'il devra encore subir dans l'avenir. Le principe d'unicité de l'instance n'a, en effet, jamais permis d'envisager un retour devant le juge pour faire état d'une demande d'indemnisation complémentaire au titre de l'aggravation du préjudice, comme cela se fait pour des préjudices corporels (17).

Cet état de fait n'autorise pas, pour autant, à relativiser le droit à une réparation effective du préjudice.

Au regard des sources, le rapport de la session de 1995 de la Conférence de l'OIT sur la protection du licenciement injustifié fait une distinction entre « les indemnités accordées pour un licenciement fondé sur un motif mettant en cause un droit fondamental de l'homme qui doivent être en rapport avec le préjudice et plus élevé que pour d'autres types de licenciement » (18). Le Ministère public a cru pouvoir déduire de cette distinction que la réparation intégrale du préjudice n'était envisagée que pour ces licenciements particulièrement abusifs comme dans le droit français. La distinction n'a cependant jamais été faite en droit interne sous l'angle de la réparation intégrale du préjudice : les licenciements attentatoires à une liberté fondamentale bénéficient, outre d'un régime de nullité, d'un plancher d'indemnisation et, le cas échéant, d'une réparation sur une plus longue période de temps (19). La réparation n'est pas pour autant intégrale, et si le plancher de la sanction est plus élevé, c'est avant tout pour répondre à l'exigence d'une sanction dissuasive. Le montant des dommages et intérêts revêt un caractère punitif.

Les avis postulent donc, plus qu'ils ne le démontrent, que « le barème est compatible avec l'article 10 dès lors que le terme « adéquat » doit être compris comme réservant une marge d'appréciation » : la Cour de cassation n'a pas pu se prononcer, ne serait-ce que sur le caractère non manifestement incompatible du barème, quelle que soit la situation de fait, puisqu'elle a refusé toute approche concrète. Il en résulte qu'il

(14) V. n. 13.

(15) V. plus loin, sur l'art. 24 de la Charte, § II-A.

(16) Cf. la durée du chômage, la perte des avantages liés à l'ancienneté et, en première ligne, ceux découlant du temps passé dans l'emploi, de la consolidation du contrat et du niveau du salaire, ainsi que les particularités propres aux salariés ou au secteur d'activité ou au bassin d'emploi qui rendent plus difficile le retour au travail etc.

(17) Cette règle étant désormais supprimée, un plaideur audacieux tentera peut-être ce retour au juge en vue d'un complément d'indemnisation.

(18) Pt 232.

(19) En cas de discrimination dans la carrière.

n'y a pas d'échappatoire pour les juges du fond à la nécessité de donner une définition précise aux termes « réparation adéquate ».

Si la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation n'utilise pas le terme de « réparation adéquate » en matière de licenciement abusif, par contre, les autres chambres, civiles et commerciales, font appel à cette notion chaque fois qu'un arbitrage est nécessaire sur le mode de réparation le plus approprié lorsqu'il existe une alternative. Le concept est adapté à la nature du dommage et vise généralement le choix que le juge doit privilégier entre une réparation en argent et une réparation en nature. Celle-ci peut être plus « adéquate » : par exemple obligation de réparer un plancher (20), réalisation de travaux de remise en état (21), reconstruction (22). La Chambre commerciale parle de « réparation adéquate au préjudice causé » (23). La réparation adéquate prend donc souvent la forme d'une obligation de faire pour réintégrer une partie dans ses droits.

En matière de licenciement, c'est évidemment la réintégration dans l'emploi qui est la sanction *a priori* la plus adaptée, pour autant que le salarié la souhaite, et, de ce point de vue, la loi française, au terme de longues années de lutte sociale et juridique, a consacré ce droit lorsque le licenciement viole une liberté ou un droit fondamental. Sous une forme atténuée, la loi du 13 juillet 1973 en avait fait une faculté dans les autres cas. Ces autres cas, ce sont précisément ceux visés par le barème.

Si la notion de réparation adéquate au sens du droit français se réfère à la nature de la réparation la plus appropriée, elle n'a pas pour effet d'autoriser le juge à ne réparer qu'une partie du préjudice subi (24). On en revient donc à une notion proche de celle de réparation intégrale envisagée sous l'angle de la réparation la plus appropriée à la nature du dommage. Cette évidence n'a pas échappé à la Cour de cassation. C'est la raison pour laquelle, usant, là encore, d'une stratégie d'évitement, celle-ci n'a pas voulu se référer au sens que la loi française et son juge donnent du terme « adéquat », préférant questionner les travaux qui pouvaient éclairer la volonté des auteurs de la Convention n° 158. On peut douter de la pertinence de la démarche car, si l'objectif de la norme

était de conduire de nombreux pays, pour certains de manière progressive, parmi les 187 signataires, vers l'objectif de l'OIT, qui « a pour vocation de promouvoir la justice sociale, les droits de l'homme et les droits au travail » en « poursuivant sa mission fondatrice de justice sociale, indispensable à une paix durable et universelle », le chemin à parcourir par certains États justifiait peut-être une formulation qui ne soit pas trop impérative. Toutefois, la France disposait, lorsqu'elle a ratifié la Convention n° 158, le 16 mars 1989, d'un régime de réparation et de sanction des licenciements abusifs qui était largement conforme au sens qu'elle-même donnait au terme « adéquat », c'est-à-dire en adéquation avec ses principes de réparation intégrale ou ce qui pouvait s'en rapprocher. Il est difficile d'admettre que cette ratification, que le patronat voulait encore récemment dénoncer à raison du caractère trop contraignant de la Convention de l'OIT, puisse aujourd'hui autoriser une régression des droits existant à la date de sa ratification en 1989.

La Convention n° 158 a, par ailleurs, été rédigée en français et en anglais. Le terme « adéquat » a été choisi dans la version française en considération du sens du mot en français qui est à peu près synonyme d'« approprié ». Or, si l'on se tourne, comme l'a fait la Cour de cassation dans ses avis, vers les textes de l'OIT susceptibles d'éclairer le sens du qualificatif, on trouve, dans l'annexe 7 du Manuel de rédaction des Instruments de l'OIT, l'indication qu'en français, le terme « adéquat » est employé souvent dans le sens d'« approprié » pour signifier « adapté à un usage déterminé ou encore bien adapté, qui convient aux circonstances » (25), de telle sorte que l'OIT, loin d'avoir fait le choix d'une terminologie floue ou laxiste, a au contraire utilisé un terme français dans le sens que lui donne cette langue. Le retour aux sources du texte et aux intentions de ses promoteurs ne peut donc raisonnablement pas conduire à priver le terme « adéquat » de toute portée effective, en acceptant que ce terme soit compatible avec des situations dans lesquelles le barème ne permet pas une réparation convenable du préjudice.

Ainsi, rien n'autorisait la Cour de cassation, dans ses avis, à décider arbitrairement, par une acception émoussée de l'article 10, que le barème pourrait s'inscrire dans une marge d'appréciation étatique dont l'amplitude serait précisément celle du barème, quitte

(20) Cass. Civ. 3^{ème} 21 novembre 2012, n° 11-22.710.

(21) Cass. Civ. 1^{ère} 6 février 2001, n° 99-13.167.

(22) Cass. Civ. 3^{ème} 1^{er} avril 1992, n° 90-17.685.

(23) Cass. Com. 21 février 1995, n° 92-13.685.

(24) De même que les autres Chambres de la Cour de cassation (par ex. : Cass. Crim, 13 décembre 1995, n° 95-80.790 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 3 décembre 2015, n° 13-22.503 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 29 juin 2017, n° 16-17.228), la Chambre sociale applique de façon constante le principe de la réparation intégrale du préjudice, selon lequel

tout le préjudice et rien que le préjudice doit être réparé (Cass. Soc. 16 janvier 2019, n° 17-17.475 ; Cass. Soc. 3 avril 2019, n° 16-20.490, P+B+R+I), y compris en matière de licenciement : Cass. Soc. 14 septembre 2017, n° 16-11.563. De son côté, par ailleurs, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le principe de la réparation intégrale s'appliquait y compris dans le cadre d'un barème de réparation, dans la mesure où celui-ci s'avérait être « le plus adapté » : Cass. Civ. 2^{ème}, 12 septembre 2019, nos 18-13.791 et n° 18-14.724, publiés au Bull.

(25) Annexe 7, pp. 116 à 119.

à rogner sur le principe d'une réparation adéquate s'approchant au plus près d'une réparation intégrale.

Pour épuiser la discussion, on ne saurait invoquer la décision du Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur avait la faculté de limiter la portée du principe de réparation intégrale en se fondant sur un motif d'intérêt général (26), tiré en l'espèce de la volonté du législateur de favoriser l'activité économique par une meilleure prévisibilité du coût des licenciements injustifiés (27), pour en déduire ensuite l'existence d'une influence déterminante sur le sens – limité – à donner au terme de réparation adéquate.

Il convient de rappeler que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne peut avoir d'incidence sur la question de la conformité d'une loi à une convention internationale en application de l'article 55 de la Constitution, selon lequel « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». Cette jurisprudence ne peut en aucun cas tenir en échec la portée d'une convention internationale, ni infléchir son interprétation.

La réparation devra être adéquate ou appropriée au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT (28). Si les États signataires de la Convention n° 158 avaient pensé que les termes « *adéquat* » et « *approprié* » étaient flous au point de devoir rendre nécessaire une intervention étatique pour les préciser, ils l'auraient indiqué. Or, il n'y a, en principe, pas de marge d'appréciation étatique sans texte, et tel est le cas de la Convention n° 158, comme on va le voir maintenant.

b. La Convention n° 158 n'accorde en réalité aucune marge d'appréciation aux États signataires

En principe, un traité international ratifié par un État s'applique à celui-ci comme toute disposition de droit interne. Tel est le cas en France, selon les prévisions de l'article 55 précité de la Constitution. C'est seulement à titre d'exception à ce principe que les États signataires d'un traité peuvent se réserver une marge d'appréciation dans son application, aux fins de tenir compte de leurs spécificités économiques, juridiques, culturelles, sociétales et morales (29). Or, dans un tel cas, la

marge d'appréciation est, en principe, expressément prévue par le traité qui en trace alors les limites, liées aux objectifs du traité. Un équilibre est ainsi trouvé entre la nécessité de respecter, d'un côté, les caractéristiques nationales et, de l'autre, les objectifs du traité. C'est seulement en matière sociétale et morale qu'il est admis que puisse exister une marge d'appréciation des États sans qu'aucune disposition expresse du traité ne le prévoie (30). Mais, même en ce cas, la marge d'appréciation subit les limitations inhérentes aux objectifs du traité, comme cela est généralement mentionné dans son préambule, voire dans des textes annexes.

Or, la Convention n° 158 de l'OIT ne prévoit aucune restriction dans son application qui permettrait une quelconque marge d'appréciation des États. Il en résulte que cette convention s'applique en droit interne sans la limitation qui pourrait être liée à une médiation étatique. Les juges nationaux ne peuvent, dès lors, en créer une, étant entendu que les questions de moralité ou de société sont absentes de cette convention, en tout cas de son article 10.

Et en admettant même qu'existe une marge d'appréciation étatique « *sans texte* » dans cette matière, cette souplesse ne dispense pas, de toute façon, les États contractants d'être cohérents avec les principes qu'ils ont édictés. On ne saurait admettre qu'en l'absence de texte, la marge d'appréciation soit illimitée, au gré du bon vouloir des États, et par conséquent des groupes de pression auxquels ils sont éventuellement soumis. La marge d'appréciation qui leur est laissée ne doit pas devenir en leurs mains une machine de guerre – le « *loup dans la bergerie* » en quelque sorte – contre la cohérence et la portée des conventions internationales, lesquelles doivent demeurer « *effectives* » dans leur application. Cette marge d'appréciation comporte nécessairement une limite, celle liée au respect des objectifs de la convention à mettre en œuvre.

Il est ainsi évident que la Cour de cassation a ignoré ce principe important, d'abord en considérant sans texte qu'existe une marge d'appréciation étatique dans l'application de l'article 10 de la Convention n° 158 et, ensuite, en décidant, sans analyse de ses

(26) C. Const. 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC.

(27) C. Const. 21 mars 2018, DC n° 2018-761, § 86 : « (...) 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 ».

(28) Sur un plan d'éthique sociale, cette conception d'un intérêt général, capté au profit d'une classe d'entrepreneurs pour sécuriser le prix de leur faute, ne peut d'ailleurs que choquer profondément. Le barème aurait été qualifié, en d'autres temps, de loi de revanche de la bourgeoisie.

(29) Sur l'ensemble de la question, Thomas Coustet : les États bénéficient d'une « *marge d'appréciation étendue* » sous conditions, commentaire de CEDH 14 décembre 2017, *Orlandi et a. c/ Italie*, n° 26.431/12, Dalloz actualité, 21 décembre 2017 et jurisprudence citée, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cedh-etats-beneficient-d-une-marge-d-appreciation-etendue-sous-conditions>. Ségolène Barbou Des Places et Nathalie Deffains, « *Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de Cours européennes* », et jurisprudence citée, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01615568/document>.

(30) Sur tous ces points, v. Thomas Coustet et Ségolène Barbou, *op. cit.*

éventuelles limites, que l'article L.1235-3 du Code du travail est compatible avec cette disposition, tout ceci en se préoccupant, non pas des objectifs de l'OIT, mais uniquement de ceux du Gouvernement considérés comme conformes à l'intérêt général, suivant en cela la décision du Conseil constitutionnel (31). Elle ne s'est, de la sorte, aucunement posé la question de savoir si la marge d'appréciation étatique sur laquelle elle s'est fondée ne comportait pas des limitations liées aux objectifs de la convention n°158, limitations dont se serait déduite l'incompatibilité de l'article L.1235-3.

Quoiqu'il en soit, si l'on s'en réfère, à titre d'exemple, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la marge d'appréciation des États répond à des critères bien précis, qui peuvent être ainsi rappelés :

- Cette marge d'appréciation n'étant pas illimitée doit être proportionnée au but recherché et fondée sur des raisons pertinentes et suffisantes ;
- La restriction au droit ou à la liberté doit être appropriée, et ce ne sont pas les États qui jugent la restriction inappropriée : celle-ci doit être appréciée sous l'angle de la Convention, les normes de droit interne ne pouvant servir de critère ;
- La restriction doit être nécessaire au regard des impératifs de la Convention ;
- La restriction doit correspondre à un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu : elle doit être à la fois idoine à la réalisation de son but légitime et non disproportionnée avec lui ;
- La restriction doit comporter l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus ;
- Elle ne doit pas restreindre le droit en cause ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ;
- La restriction doit être appréciée au regard de l'objectif poursuivi par la législation. Le système adopté doit être adéquat, rationnel, proportionnel et raisonnable. Il doit éviter toute démesure (32).

À la lumière de ces rappels (33), on se rend compte jusqu'à quel point la Cour de cassation s'est éloignée, dans ses avis, de l'esprit de ces fondateurs de l'OIT et du Conseil de l'Europe, dont le souci résidait dans la recherche d'un équilibre entre les impératifs du

respect des droits humains et ceux des États, sans que jamais les droits des premiers ne soient sacrifiés, et surtout pas aux intérêts des puissances économiques.

La Cour de cassation a raisonné comme si la marge d'appréciation de l'État pour le plafonnement d'indemnités prud'homales était étendue au même titre, en définitive, qu'une mesure d'ordre moral ou sociétal tel que le mariage homosexuel ou la gestation pour autrui.

D. Le barème est incompatible avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

La « *barémisation* » des indemnités prud'homales est, en toute hypothèse, inadéquate : elle a été définie au regard des objectifs poursuivis par le Gouvernement, à savoir sécuriser l'avenir financier des entreprises, alors que les objectifs poursuivis par l'OIT sont radicalement opposés, dès lors qu'ils sont formulés en ces termes : « *L'OIT a pour vocation de promouvoir la justice sociale, les droits de l'homme et les droits au travail reconnus internationalement, poursuivant sa mission fondatrice : œuvrer pour la justice sociale qui est indispensable à une paix durable et universelle* » (34).

La méthode comparative utilisée par l'Avocat général pour justifier la conventionalité de l'article L.1235-3 met à cet égard en avant des arguments spécieux.

Tout d'abord, même si, comme il le souligne, les plafonds des barèmes d'autres pays sont plus bas qu'en France, cela ne justifie nullement une régression des droits en France et ce, même si l'on démontrait, ce qui n'est pas le cas, que notre système de réparation des licenciements abusifs est plus avancé que ce qu'exige la Convention de l'OIT.

De même l'Avocat général a-t-il fait observer, de façon non pertinente, que les termes « *adéquat* » ou « *approprié* » ne sont pas synonymes d'« *intégral* », dès lors que, selon le site de l'OIT, ces termes signifient « *adapté* » ou « *convient aux circonstances* ». On ne voit pas, en effet, comment une réparation qui « *convient aux circonstances* » pourrait être – autant que faire se peut – autre qu'une réparation intégrale, l'appréciation des circonstances du préjudice conduisant précisément à prendre en compte son intégralité.

(31) C. Const. 21 mars 2018, DC n°2018-761, § 86, préc.

(32) Cette synthèse résulte des arrêts de la CEDH sélectionnés par V. Berger, in *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Sirey 2^{ème} édition, dont l'ancienneté ne retire rien à la pertinence des arrêts sélectionnés, s'agissant d'arrêts de principe ayant aujourd'hui conservé leur valeur : commentaires des arrêts *Handisyde*, 7 décembre 1976, p. 75 ; *Klass et autres*, 6 septembre 1978, p. 90 ; *Sunday Times*, 26 avril 1979, p. 98 ;

James et autres, 21 février 1986, p. 270 ; *Rees*, 17 octobre 1986, p. 295 ; *Gillow*, 24 novembre 1986, p. 304 ; *Weeks*, 2 mars 1987, p. 320 ; *Leander*, 26 mars 1987, p. 326.

(33) Auxquels s'est entièrement conformée, de son côté, la Charte sociale européenne : Partie V, art. F, préc.

(34) Site de l'OIT.

Le même raisonnement doit être tenu avec le terme « adapté » : on ne voit pas comment une réparation qui ne serait pas intégrale pourrait être « adaptée au préjudice », ou alors il faudrait expliquer quelle serait une réparation adaptée qui ne serait pas intégrale – ce qui n’a jamais été fait. En particulier demeure opaque la question de savoir en quoi l’article L.1235-3, pris dans sa globalité, serait plus « adapté » qu’une réparation intégrale, c’est-à-dire non forfaitaire et proportionnée au préjudice effectivement subi, à laquelle il convient d’ajouter l’aspect dissuasif.

Enfin l’avocat général a cru pouvoir invoquer la nécessité d’uniformiser le montant des réparations accordées dans l’ensemble du pays, compte tenu d’une trop grande diversité des jugements prud’homains dans leur appréciation de préjudices similaires. Mais on ne voit pas en quoi cette préoccupation a un quelconque lien avec les buts de la Convention n° 158 précédemment rappelés. En tout

état de cause, la nécessité d’une uniformisation, si elle était fondée, devrait conduire alors à harmoniser tous les jugements civils de réparation dans toutes les matières, alors que, dans la majorité des cas, le montant des indemnités découle de l’exercice du pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond, ce qui constitue un obstacle majeur à toute uniformisation, sauf à priver les juges d’une part importante de leur fonction juridictionnelle. C’est d’ailleurs – rappelons-le – ce qui fonde en grande partie la résistance des conseils de prud’hommes à la restriction de leur pouvoir d’appréciation du préjudice : ceux-ci n’admettent pas que le pouvoir exécutif empiète sur le pouvoir judiciaire par le biais de l’institution d’un barème de réparation impératif.

La Cour de cassation a répondu à une attente politique, elle n’a pas mis en œuvre les principes de l’OIT (35).

II. Sur l’article 24 de la Charte sociale européenne

La Cour de cassation a écarté son application en considérant que cette disposition n’était pas « d’effet direct » en droit interne dans un litige 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 ».

Cette solution n’est pas conforme aux principes régissant la matière. En effet, cet article 24, relatif au droit à la protection en cas de licenciement, prévoit :

Partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement. »

Partie II : « 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.

À 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. »

La Charte prévoit en outre, dans son Annexe, au § 4 : « 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. »

Or, le CEDS a considéré, par sa décision précitée du 8 septembre 2016 (36) : « § 45. Le Comité rappelle qu’en vertu de la Charte, les salariés licenciés sans motif valable doivent obtenir une indemnisation ou toute autre réparation appropriée. Les mécanismes d’indemnisation sont réputés appropriés lorsqu’ils prévoient :

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

§ 46. 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 » (37).

(35) V. sur cette question les intéressantes observations de J. Icard, « Avis relatif au barème Macron : la stratégie du flou », SSL 26 août 2019, n° 1871, pp. 5 et s.

(36) CEDS 8 septembre 2016 préc., *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, Réclam. n° 106/2014, préc.

(37) Sur cette décision, v. les obs. de Jean Mouly, « La barémisation des indemnités prud’homales : un premier pas vers l’inconventionnalité ? », Dr. Soc. Préc., spéc. p. 127 ; v. aussi du même auteur, « L’indemnisation du licenciement injustifié à l’épreuve des normes supra-légales », Dr. Ouvr. 2017, pp. 435 et s.

Le Comité a ainsi décidé qu'un barème plafonné à 24 mois de salaire n'était pas conforme à ces principes dans la mesure où il « *peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis* ».

Autrement dit, non seulement l'article 24 est directement applicable au droit finlandais sans qu'une intermédiation étatique ne soit nécessaire, mais, au surplus, cette disposition interdit les barèmes de dommages-intérêt qui « *peuvent ne pas suffire à réparer le préjudice résultant d'un licenciement injustifié* ». En ce cas, c'est le barème dans son ensemble qui est inconstitutionnel.

On doit en déduire que les dispositions de l'article 24 sont, sur la question de l'indemnisation du préjudice, suffisamment claires et précises pour n'être subordonnées à l'intervention d'aucun acte ultérieur de l'État pour son application, conformément à la définition de l'effet direct fournie par le Conseil d'État selon laquelle « *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 États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » (38).

Les termes « *adéquat* » et « *approprié* » sont jugés clairs et précis par le CEDS, dès lors que ces termes signifient, sans hésitation possible, que l'indemnité doit être en rapport avec le préjudice et dissuasive.

La Cour de cassation a d'ailleurs toujours considéré différentes dispositions de la Charte comme étant d'effet direct, tels que ses articles 4 et 5 (39). Le Conseil d'État a également reconnu l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne aux motifs que « *ces stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire ses effets à l'égard des particuliers, peuvent utilement invoquées utilement par M. B. pour contester la légalité (...) de la décision contestée* » (40). Et dans cet arrêt, c'est bien la totalité de l'article 24 qui est visée, dont, par conséquent, l'alinéa 2 relatif à l'indemnisation adéquate et à la compensation appropriée.

C'est à tort que l'avocat général a restreint la portée de cet arrêt du Conseil d'État en considérant que celui-ci conférerait à l'article 24 un effet direct vertical

uniquement, c'est-à-dire en direction des États signataires de la Charte, à l'exclusion des particuliers, au motif que, dans cette affaire, l'employeur est une personne de droit public dotée de prérogatives de puissance publique.

En réalité, l'arrêt du Conseil d'État traite bien d'un litige entre particuliers, s'agissant d'un agent public – le secrétaire général d'une chambre de métiers – qui contestait la régularité de son licenciement pour abandon de poste et perte de confiance : le Conseil d'État a considéré que, dans ce cas précis, compte tenu du statut particulier des secrétaires de chambre de métiers, le motif de licenciement constituait un motif valable au sens de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Ou alors il faudrait considérer que, dès lors que les recours pour excès de pouvoir des agents publics contre les collectivités publiques employeurs ne constitueraient pas des litiges entre particuliers, tous les fonctionnaires et agents publics seraient exclus du champ de la Charte sociale européenne, ce que celle-ci ne prévoit aucunement. La position prise par la Cour de cassation dénature la portée de la jurisprudence du Conseil d'État.

Ainsi l'article 24 est-il bien d'effet direct en droit interne dans les litiges entre particuliers. Et peu importe – contrairement à l'avis – l'importance de la marge d'appréciation éventuellement laissée aux États contractants par les termes de l'article 24 « *adéquat* » et « *approprié* ». Car, en réalité, comme on va le voir maintenant, cette marge d'appréciation est inexistante, que l'on se situe du point de vue de la définition des termes « *adéquat* » et « *approprié* » (§ 2-1 et § 2-2), ou du point de vue des dispositions expresses de la Charte (§ 2-3).

A. Les termes « *adéquat* » et « *approprié* » sont clairs et précis au regard de l'article 24 et ne peuvent dès lors évacuer son effet direct

De même que ces termes sont clairs et précis dans le contexte de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, de même le sont-ils dans le cadre de l'article 24 de la Charte sociale européenne. À cet égard, il convient, en effet, pour en comprendre le sens, de se référer aux objectifs de la Charte, à savoir la nécessité pour les populations « *d'améliorer leur niveau de vie et de promouvoir leur bien-être* » en vue d'« *un niveau*

(38) CE 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322.326.

(39) Cass. Soc. 14 mai 2010, n° 09-60.426, publié, et Cass. Soc. 15 novembre 2017, n° 16-24.884 : principe de la liberté syndicale.

(40) CE 10 février 2014, *Fischer c/ Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, n° 358.992, Rec., commenté par J. Mouly, in Dr. Soc., 2014, p. 414 ; C. Nivars, « *L'effet direct*

de la Charte sociale européenne devant le juge administratif – Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », RDLF 2016, Chronique n° 22 ; dans le même sens, CE 19 octobre 2005, n° 283.471, *CGT et a.* (sur le CNE) : le Conseil d'État applique directement l'al. 1 de l'art. 24 sans d'ailleurs fournir d'explications.

de vie satisfaisant » et, par conséquent, de garantir à tout travailleur le droit à une protection effective en cas de licenciement, étant entendu que la réparation doit être dissuasive pour l'employeur, conformément au principe selon lequel « Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris » (41). Ainsi une réparation « adéquate » est-elle de fait – sous réserve des nuances apportées précédemment dans le cadre de l'article 10 – celle qui assure une réparation intégrale du préjudice de manière efficace (42) : cette réparation intégrale est adéquate au préjudice subi parce qu'en rapport avec celui-ci, ajusté à celui-ci, suffisant pour compenser les pertes financières et le préjudice, et de nature dissuasive.

Le terme « adéquat » revêt, à lui seul, un sens précis par référence à l'objectif auquel il doit satisfaire, contrairement à ce qu'a considéré la Cour de cassation (43) : il s'agit d'une notion juridique ayant des effets spécifiques.

B. Il en est d'autant plus ainsi qu'une appréciation correcte de l'adéquation se fait nécessairement sur un plan individuel

Il se déduit de ce qui précède que, contrairement de nouveau à ce qu'ont considéré les avis, c'est seulement dans le contexte d'une évaluation du préjudice au cas par cas qu'il est possible de dire si une indemnisation est ou non adéquate au sens de l'article 24. Dès lors,

tout comme dans le cadre juridique de la Convention de l'OIT, une telle solution ne peut en aucun cas, être garantie de façon forfaitaire par un barème d'indemnisation, hiérarchisé exclusivement sur l'ancienneté du salarié, avec l'instauration de montants d'indemnités préétablis par référence à la moyenne des décisions de justice antérieures (44).

Là encore, comme au titre de l'article 10 de la Convention n°158, c'est bien le principe même du barème qui est inadéquat (45), tant les situations des salariés licenciés sont variables, indépendamment même de leur ancienneté. « Il ne peut y avoir de réparation adéquate avec des plafonds abstraits », comme l'a judicieusement fait remarquer l'un des avocats lors de l'audience devant la Cour de cassation (46). Ou alors il faudrait imaginer un barème affiné selon de multiples critères, mais alors d'une application complexe pour les juges (47).

Cette « barémisation » des indemnités prud'homales est d'autant plus inappropriée lorsqu'on l'examine au regard des objectifs qui l'ont, à tort, inspirée, ceux poursuivis par l'ordonnance du 22 septembre 2017. Ces objectifs ne sont, à l'évidence, pas compatibles avec ceux de la Charte sociale européenne qui sont étrangers au choix du Gouvernement, lequel consiste, on l'a vu, à tenter de sécuriser l'avenir financier des entreprises (48) et de supprimer ainsi un prétendu « frein à l'embauche », comme si la perspective d'une réparation à bas coût des licenciements abusifs pouvait encourager les embauches (49). Loin

(41) Le Préambule de la Charte prévoit ainsi, en son dernier alinéa, que « le but du Conseil de l'Europe est (pour les populations) de favoriser leur progrès économique et social » (alinéa 1), ainsi que « les droits sociaux spécifiés dans (les) instruments (de la Charte) afin d'améliorer leur niveau de vie et de promouvoir leur bien-être ». De la même manière, la Partie I de la Charte prévoit que doit être garantie « 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 : 1- Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris (...) ». « 4 - Tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant (...) ». « 24 - Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ». Enfin, la Partie III de la Charte prévoit, en son article A, que chacune des parties « s'engage à considérer la partie I de la présente Charte comme une déclaration déterminant les objectifs dont elle poursuivra par tous les moyens utiles la réalisation, conformément aux dispositions du paragraphe introductif de ladite partie » (§ a), « à se considérer comme liée par six au moins des neuf articles suivants de la partie II de la Charte : articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20 (§ b) », et à se considérer également « comme liée par un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés de la partie II de la Charte, qu'elle choisira, pourvu que le nombre total des articles et des paragraphes numérotés qui la lient ne soit pas inférieur à seize articles ou à soixante-trois paragraphes numérotés (§c) ».

(42) En ce sens, J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », Dr. Soc. 2017, pp. 745 et s. Selon l'auteur, le CEDS fait nécessairement référence à la réparation intégrale du préjudice, la réparation devant être « égale » au préjudice (cf. adéquate).

(43) V. les conclusions de l'Avocat général qui ont été suivies sur tous ces points par la Cour de cassation.

(44) C. Const. 21 mars 2018, Décision n° 2018-761 DC, § 87.

(45) Au-delà même de la seule « ligne » du barème questionnée par le Conseil de prud'hommes de Louviers.

(46) Manuela Grévy, avocate à la Cour de cassation, représentant la CFTD, partie intervenante, citée in Rébellion prud'hommale, Acte 2, blog *Mediapart*, Pierre Sassier, 20 juillet 2019 ; v. aussi le chapitre relatif à la réparation adéquate de la thèse de doctorat en droit privé de Manuela Grévy : *La sanction civile en droit du travail*, Éd. L.G.D.J., 2002, Collection Thèses, Sous-collection Bibliothèque de droit social.

(47) V. sur ce point C. Wolmark, préc. in Dr. Ouvr. 2017, p. 733 préc., L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié, spéc. p.737, n. 42 : « Si une rationalisation de la logique réparatrice devait être effectuée, elle aurait pu se traduire par la mise en place d'une nomenclature des préjudices associés à des critères pertinents », ce qui, selon l'auteur, n'est pas le cas du seul critère de l'ancienneté, critère grossier et inadapté, op. cit. pp. 736 et 737, § A. L'ancienneté, un critère fruste.

(48) C. Const. 21 mars 2018, Décision n° 2018-761 DC, § 86 : « (...) 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 ».

(49) Cet argument n'est d'aucune portée réelle dès lors qu'aucune augmentation des embauches n'a été observée à la suite de l'application de l'art. L.1235-3, c'est-à-dire depuis le mois de septembre 2017. Une étude du Centre d'étude de l'emploi (CEE) portant sur la période 1970-2012 démontre que « c'est la montée du chômage qui augmente les recours prud'homaux et non l'inverse » (Sebastian Schulze-Marmeling, *Les Conseils de prud'hommes, un frein à l'embauche ?* Les quatre pages du CEE, mars 2014, n° 111).

d'être conforme à l'intérêt général (50), ce dispositif constitue, au contraire, un encouragement à la fraude. En tout cas, un tel dispositif ne peut être admis dans le cadre de l'élaboration d'une règle de droit qui doit être conforme à une convention internationale dont l'objectif est de garantir, on l'a vu, « *un niveau de vie satisfaisant* », ainsi que le droit de « *tous* » les travailleurs à « *une protection en cas de licenciement* » et ce, surtout, « *sans motif valable* ».

L'ensemble de la démarche ayant présidé à la rédaction de l'article L.1235-3 est manifestement contraire à l'esprit de la Charte, qui est de garantir un certain niveau d'emploi et de vie aux populations, et non de tarifier les licenciements abusifs.

La Cour de cassation a voulu ignorer les objectifs de la Charte dans sa volonté d'écarter son effet direct, mais le procédé apparaît, comme pour l'article 10, plus politique que juridique (51).

C. Sur la marge d'appréciation laissée aux États par les dispositions de la Charte

À la différence de la Convention n° 158 de l'OIT, la Charte sociale européenne comporte deux dispositions laissant aux États une marge d'appréciation pour son application, de façon à la fois explicite et limitée. Il s'agit, d'une part, de l'article F de la Partie V, intitulé « *Dérogations en cas de guerre ou de danger public* », lequel ne concerne en rien l'objet de cette étude (52). Il s'agit, d'autre part, de l'article G de cette même partie V, intitulé « *Restrictions* », qui prévoit : « *1. Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, 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 mœurs.*

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.* »

Or, la Cour de cassation a ignoré la portée de ces dispositions en considérant que l'article 24 de la Charte donnait aux États une très « *importante* » marge

d'appréciation, alors que, par l'effet de l'article G, cette marge est au contraire limitée, exactement comme n'importe quel autre droit de nature internationale peut être limité par la convention qui en est la source : la marge d'appréciation des États, qui ne doit pas détruire l'effectivité, ni la cohérence de la convention, doit avoir pour seul objet de garantir, dans le cadre des lois internes et « *dans une société démocratique* », « *le respect des droits et des libertés d'autrui ou (de) protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs* ».

Tel n'est évidemment pas le cas de l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui est étranger à ce type de préoccupation.

Contrairement à ce que paraît considérer la Cour de cassation, la Charte sociale européenne ne constitue en rien une Déclaration d'intentions rédigée en termes vagues, sous la forme de pétitions de principe que les États pourraient ensuite à leur gré concrétiser en les adaptant avec souplesse.

Pour se convaincre une fois encore du caractère impératif de cet article 24, rappelons les termes de l'article H de la Partie V précitée, intitulée « *Relations entre la Charte et le droit interne ou les accords internationaux* », qui prévoit, en son article 1, que les articles 1 à 31 – et donc l'article 24 – de la Charte sont mis en œuvre par la législation ou la réglementation et/ou les conventions conclues « *entre employeurs ou organisations d'employeurs et organisations de travailleurs* » ou par d'autres moyens appropriés. Cette disposition, de même que le § 4 précité de l'annexe relative à l'article 24, rend cette disposition obligatoire, c'est-à-dire qu'elle doit être appliquée et ce, conformément à l'article G de la Partie V, c'est-à-dire aux objectifs de la Charte.

Par conséquent, si une intervention du législateur est certes imposée par l'article 4 de l'Annexe de la Charte, c'est uniquement pour mettre en place concrètement les règles régissant le mode de réparation permettant de garantir l'adéquation de la réparation au préjudice, et non pour répondre à un objectif contraire, ici la volonté des employeurs de se soustraire peu ou prou à la réparation des licenciements abusifs. L'intervention du législateur national exigée par l'article 4 de l'Annexe de la Charte n'induit donc ni une marge d'appréciation des États autre que celle prévue par les dispositions précitées, ni, par conséquent, la possibilité d'en déduire l'absence d'effet direct de la Charte.

(50) Contrairement à C. Const., 21 mars 2018, Décision n°2018-761 DC, § 86, préc.

(51) Sur ce point, v. les pertinents développements de J. Icard précité, SSL 26 août 2019, n° 1871, pp. 5 et s.

(52) Art. F – Dérogations en cas de guerre ou de danger public, « 1. *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute partie peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Charte, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

Comme il a été souligné par ailleurs (53), la Cour de cassation n'a manifestement écarté l'effet direct de la Charte que pour ne pas avoir à se prononcer

sur la jurisprudence du CEDS résultant de sa décision *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*.

III. Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Avis n° 19-70.010 en réponse à la demande d'avis du Conseil de prud'hommes de Louviers)

Le Conseil de prud'hommes de Louviers avait demandé à la Cour de cassation : « *L'article L.1235-3 du Code du travail, qui prévoit, en cas d'ancienneté du salarié licencié égale ou supérieure à une année complète et inférieure à deux années complètes, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse minimale d'un mois et une indemnité maximale de deux mois, est-il compatible avec les articles 24 de la Charte sociale européenne et 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, en ce qu'ils prévoient le droit pour le salarié licencié de percevoir une indemnité adéquate, ainsi qu'avec le droit au procès équitable protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme ?* ».

La Cour de cassation a écarté l'inconventionnalité de l'article L. 1235-3 au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au motif que la première disposition n'entraîne pas dans le champ de la seconde dès lors que l'article L. 1235-3 limite « le droit matériel » des salariés quant au montant de l'indemnité, mais ne constitue pas un « obstacle procédural » entravant totalement l'accès à la justice des salariés.

L'article 6 de la CEDH, intitulé « *Droit à un procès équitable* », prévoit que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». On pourrait en déduire que les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse ne sont pas entendus équitablement et de façon contradictoire sur la totalité de leur préjudice, dès lors qu'ils ne peuvent discuter l'évaluation de leur préjudice que dans le cadre d'une fourchette très étroite, fixée entre un plancher et un plafond,

prévue, de surcroît, uniquement selon le paramètre de l'ancienneté, même si le juge doit apprécier le préjudice dans tous ses éléments : ce qui constitue le préjudice en-dehors de la fourchette ne peut être quantifié par le juge. Le droit d'accès au juge paraît partiellement amputé.

Cependant, ce type de déduction procède d'un débat sur le contenu du préjudice subi, seule la règle de fond de l'article L. 1235-3 limitant ce débat, et ce, sans l'évacuer entièrement. La CEDH considère que, dans un tel cas, l'article 6 n'est pas concerné, dès lors qu'il ne censure que les règles de procédure entravant le libre débat contradictoire et non les règles de fond, sauf si celles-ci ont pour conséquence d'interdire tout débat.

C'est sur ce principe que s'est fondée la Cour de cassation, comme elle le signale dans sa « *Note explicative* », dans laquelle elle se réfère à l'arrêt de principe de la CEDH du 29 novembre 2016 (54) régissant la matière.

En cet état, il paraît difficile de soutenir que l'article L. 1235-3 empêcherait le juge prud'homal de disposer de tout pouvoir d'appréciation et limiterait son rôle à entériner un résultat déterminé avant sa saisine, de telles expressions étant à prendre, semble-t-il, au pied de la lettre. Cette disposition de l'article L. 1235-3 apporte seulement des limitations matérielles importantes à « *un droit consacré par la législation* » (55), « *un tempérament à un droit matériel* » (56).

Il existe cependant une importante exception que la Cour de cassation n'a pas aperçue et qui empêche clairement tout débat au fond devant le juge, sans que ce ne soit une règle procédurale : dès lors que l'article L. 1235-3 prévoit, dans ses deux derniers alinéas, que, d'une part, « *Pour déterminer le montant*

(53) J. Icard, préc., SSL 26 août 2019, n° 1871, pp. 5 et s.

(54) CEDH 29 novembre 2006, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, n° 76.943/11 : cet arrêt exclue, en son § 99, l'application de l'article 6 dès lors qu'est en jeu dans l'espèce, non pas « *un obstacle procédural entravant l'accès des requérants à la justice mais une disposition matérielle qui, tout en étant de nature à avoir un impact sur l'issue de la procédure, n'empêche pas l'examen au fond du litige par un tribunal* ». Et tel est le cas selon le § 98 de cet arrêt lorsque « *Les juridictions nationales,*

indépendantes et impartiales au sens de la jurisprudence de la Cour, dans l'exercice de leur compétence juridictionnelle, disposaient clairement d'un pouvoir d'appréciation et leur rôle ne se limitait pas à entériner un résultat déterminé avant sa saisine » ; v. aussi la jurisprudence citée par cet arrêt en son § 100.

(55) CEDH 29 novembre 2006, préc., § 100.

(56) CEDH 29 novembre 2006, préc., § 100.

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. 1234-9 (57) » et que, d'autre part, « Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12 (58), L. 1235-13 (59) et L. 1235-15 (60), dans la limite des montants maximaux prévus au présent article », il existera nécessairement des cas où ne pourront être

discutés devant le juge les chefs de préjudice résultant des dispositions précitées chaque fois que le montant de ces indemnités, additionnées à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, dépassera le plafond de la tranche concernée. Dans ces cas, la règle de fond entraînera l'absence pure et simple de tout débat contradictoire sur le préjudice subi, de sorte que le barème sera contradictoire avec les exigences de l'article 6-1 de la CEDH.

IV. Le barème fait obstacle au respect du principe communautaire d'égalité et de non-discrimination

Dans leurs écritures, la CGT et l'Union syndicale solidaire avaient invoqué l'incompatibilité du barème avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce que celle-ci dispose, en son article 20 intitulé « Égalité en droit », que « Toutes les personnes sont égales en droit » et, en son article 21 § 1, sous l'intitulé « Non-discrimination », que « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Ces parties avaient invoqué la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle une discrimination interdite est caractérisée, non seulement lorsque des situations similaires sont traitées de manière différente, mais aussi lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique. Selon cette jurisprudence, « le principe d'égalité veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale » (61).

Ces parties avaient, en outre, invoqué un arrêt remarquable de la Cour de cassation du 3 avril 2019 qui, sous la forme d'une rédaction développée rappelant les précédents sur lesquels elle entendait s'appuyer, s'était référée à cette jurisprudence communautaire relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes pour en généraliser la portée.

La Haute juridiction a ainsi relevé par cet arrêt que « le principe général d'égalité ne se cantonne pas à l'interdiction de telles discriminations, qui n'en est que l'expression spécifique, ce principe s'appliquant, conformément à l'article 51, paragraphe 1 de la Charte, dès lors qu'est mis en œuvre le droit de l'Union » et que « il s'impose ... à l'action des autorités publiques... », pour en conclure qu'en vertu du principe d'égalité de traitement au sens du droit de l'Union, « le juge national est tenu d'écarter toute disposition nationale discriminatoire, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par le législateur... » (62).

Ce moyen était évidemment important. Dans leur mémoire, les organisations syndicales avaient, en effet, fait valoir que les critères de différenciation retenus par le barème d'indemnisation ne tiennent pas compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale ou d'un éventuel handicap des salariés licenciés abusivement, et qu'il en résultait qu'en ne prévoyant pas d'autres critères de différenciation que ceux liés à l'ancienneté et les effectifs de l'entreprise, le barème imposait de traiter de manière analogue des salariés placés dans des situations différentes et méconnaissait, de ce fait, le principe de non-discrimination. Des exemples avaient été cités, par exemple celui du salarié âgé de 55 ans, licencié abusivement moins d'un an après son recrutement, pour qui l'indemnité maximale d'un mois pourrait apparaître dérisoire à raison de son âge et, le cas échéant, de sa situation familiale. On pense aussi aux personnes dont la réinsertion est particulièrement difficile sur le marché du travail en raison d'un handicap.

(57) Indemnité légale de licenciement.

(58) Non-respect par l'employeur de la procédure collective de licenciement pour motif économique au regard des représentants du personnel et de l'autorité administrative (consultation et information).

(59) Non-respect de la priorité de réembauchage.

(60) Absence de mise en place du comité économique et social et de procès-verbal dans une procédure de licenciement économique.

(61) CJCE 17 juillet 1963, aff. 13/63 ; dans le même sens : CJCE 13 novembre 1984, aff. 283/83 ; CJUE 9 mars 2017, *Milkova*, aff. C-406-15 ; *idem* CEDH 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n°34.369/97.

(62) Cass. Soc. 3 avril 2019, n°17-11.970.

Or, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas examiné ce moyen, édulcorant une contradiction flagrante entre la position exprimée par sa Chambre sociale dans son arrêt précité du 3 avril 2019 avec celle du Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018 (63). Celui-ci avait, en effet, considéré, s'agissant du grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, que « *Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi «doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes.* »

C'est ainsi, sans succès, que les députés demandeurs avaient fait valoir devant le Conseil constitutionnel que le barème méconnaîtrait le principe d'égalité devant la loi, dans la mesure où le législateur a pris 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, de telle sorte que les dispositions contestées pourraient conduire à une indemnisation dérisoire ou à ne pas indemniser les préjudices subis en cas de cumul d'irrégularités de procédure avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

La Cour de cassation paraît s'en être tenue à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, se dérochant à défendre sa propre doctrine fondée sur sa jurisprudence.

En cet état, les juridictions prud'homales pourront, en tout cas, se prévaloir des principes forts qui se dégagent de l'arrêt précité du 3 avril 2019 (64) et qui leur permettront, appliqués au barème *Macron*, d'écarter, en les tenant pour non écrites, les dispositions fixant des plafonds d'indemnisation lorsque ceux-ci ne permettront pas de traiter de manière non-discriminatoire des salariés justifiant de situations particulières d'âge, de handicap ou de famille par exemple. La mise en œuvre de ces règles concernera en premier lieu l'hypothèse où, dans une série d'affaires, le juge fixera des indemnités au plafond d'une tranche du barème sans pouvoir différencier par une réparation plus importante le préjudice supplémentaire résultant de la situation d'autres salariés dont la fragilité est accrue par un handicap ou une situation de famille ou d'âge.

Les deux avis de la formation plénière de la Cour de Cassation sont dans le goût du moment, celui de la démolition méthodique du droit du travail (65).

Aujourd'hui, c'est l'édifice précieux des conventions internationales qui est attaqué sous les applaudissements du Medef. Le patronat ne s'attendait sans doute pas à un tel cadeau, lui qui appelait à la dénonciation de la Convention n° 158 de l'OIT. Que restera-t-il bientôt de cet ordre juridique international si les tribunaux arbitraux du CETA (66), et plus tard probablement ceux du TAFTA (67), permettent aux entreprises de neutraliser par voie d'arbitrage les droits sociaux accusés d'entraver la liberté d'accès au marché.

Nombre de juges prud'homales sont, en outre, convaincus de la « *mort programmée* » (68) de leur juridiction, qu'il s'agisse de réduire leur légitimité élective depuis la suppression, en 2008, du suffrage universel pour l'élection des conseillers salariés, ou

(63) Décision n° 2018-761, DC du 21 mars 2018, préc., § 69.

(64) Y. Ferkane, « *Présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle : touchée, mais pas coulée ! À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2019* », Dr. Ouv. août 2019, pp. 489 et s.

(65) Encore récemment, dans son Rapport d'information n° 653 (2018-2019) du 10 juillet 2019, le Sénat a présenté 46 recommandations « *pour remédier aux difficultés de fonctionnement de la justice prud'homale* », lesquelles risquent, en retour, de précipiter la chute de la juridiction prud'homale. V. : « *La justice prud'homale toujours au milieu du gué* », SSL, préc., n° 1871, pp. 3 et 4

(66) L'accord économique et commercial global (AECG), ou *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), est le traité établi entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne, d'autre part, qui, récemment ratifié par la France, a pour objet de faciliter le libre-échange entre les parties contractantes, et qui a pour particularité de prévoir un tribunal arbitral international devant lequel un État peut être attaqué par une entreprise se plaignant, par exemple, de sa politique environnementale ou sociale qu'elle juge trop contraignante pour elle (Wikipédia).

(67) Le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI, *TTIP* en anglais), également connu sous le nom de traité de libre-échange transatlantique (*TAFTA* en anglais), est un accord commercial en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis prévoyant la création d'une zone de libre-échange transatlantique, souvent appelée grand marché transatlantique. Sa particularité est, là encore, de prévoir une instance arbitrale permettant aux entreprises d'attaquer une politique étatique qui leur est défavorable, souvent en matière environnementale et sociale (Wikipédia).

(68) Au terme d'une enquête journalistique menée auprès de différents conseillers prud'homales, dont le souci est de « *rendre la dignité aux salariés* » et donc d'être « *combattifs* » jusqu'à la fin : Capital, 5 juillet 2019, Le blues des prud'hommes face à leur « *mort programmée* », <https://www.capital.fr/economie-politique/le-blues-des-prudhommes-face-a-leur-mort-programmee-1343938>.

de l'annonce de la fusion, décidée fin 2018, des greffes prud'homaux avec ceux des tribunaux judiciaires qui va entraîner une perte d'autonomie et d'identité de la juridiction.

Surtout, les réformes incessantes du droit du travail convergent toutes depuis plusieurs années pour restreindre soit l'accès au juge, soit l'exercice par celui-ci de ses pouvoirs.

La chute du contentieux est la mesure de l'impunité croissante des employeurs.

Le dernier mot n'est pas dit sur le barème. La faiblesse des avis (69) ne peut qu'encourager les juges prud'homaux à défendre leurs fonctions et à rendre une justice qui ne soit pas plafonnée.

**Michel Henry et
Marie-France Bied-Charreton**

À l'heure où s'achève la rédaction de cet article, un nombre significatif de juridictions ont déjà rendu des décisions en opposition frontale à la doctrine des avis de la Cour de cassation : tel est le cas, en particulier, des Cours d'appel de Paris et de Reims par leurs arrêts respectifs des 18 et 25 septembre 2019, du Conseil de prud'hommes du Havre qui, par son jugement du 10 septembre 2019, critique en détail la teneur de ces avis, et du Conseil de prud'hommes de Limoges qui, par quatre jugements du 1^{er} octobre 2019, écarte le

barème : toutes ces décisions écartent le barème pour appliquer les articles 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale européenne et accorder une réparation adéquate et appropriée au préjudice.

Si certaines juridictions, tout en écartant le principe du barème, sont, de fait, restées dans les limites de celui-ci lors de la fixation des dommages-intérêts, tel n'a pas été le cas, par exemple, du Conseil de prud'hommes de Limoges, qui a alloué à une salariée la somme de 5.000 euros (limite du barème applicable : 796,27 euros), ainsi que des Cours d'appel de Paris et de Reims, et du Conseil de prud'hommes du Havre, dont la motivation est particulièrement remarquable.

Notons enfin que d'autres décisions de résistance sont intervenues juste après les avis de la Cour de cassation, sans que toutefois ceux-ci n'aient pu être pris en compte lors des délibérés compte tenu de leur chronologie. Il en est ainsi du jugement du Conseil de prud'hommes de Grenoble du 22 juillet 2019, qui a accordé au salarié la somme de 35.000 euros, supérieure au plafond applicable, et celui du Conseil de prud'hommes de Nevers du 26 juillet 2019, qui a accordé à une aide à domicile la somme de 2.500 euros au lieu des 375 euros en application du plafond du barème.

Nous publions ici les deux arrêts des Cours d'appel de Reims et de Paris, ainsi que les jugements des Conseils de prud'hommes du Havre et de Grenoble et l'un des jugements du Conseil de prud'hommes de Limoges.

(69) Même certains professionnels du droit défendant usuellement les entreprises dénoncent cette insuffisance juridique par d'utiles remarques d'ailleurs : Patrick Berjaud, Thomas Yturbe et Flore Messien, *Barème Macron : la Cour de cassation considère que la*

grille indemnitaire est conforme à la convention de l'OIT, https://www.kpratique.fr/Bareme-Macron-la-Cour-de-cassation-considere-que-la-grille-indemnitare-est-conforme-a-la-convention-de-l-OIT_a585.html.

Annexe :

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL Barème impératif d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de l'art. L. 1235-3 du Code du travail – Conformité ou non conformité à différentes conventions internationales – Non application du barème – Octroi d'une réparation appropriée (5 espèces).

1^{ère} espèce :

COUR D'APPEL DE REIMS (Ch. Soc.) 25 septembre 2019

SCP BTSG et SARL France Event contre Mme E. et contre AGS CGEA IDF Ouest (RG n° 19/00.003)

EXPOSÉ DU LITIGE :

Mme E. a été engagée à durée indéterminée et à temps plein à compter du 1^{er} mai 2017 en qualité de secrétaire polyvalente, niveau II, coefficient 150, par la société FSE Event aux droits de laquelle se trouve la société France Event (la société), rachetée au début de l'année 2017. L'activité de la société consistait en l'organisation d'événements commerciaux, culturels et sportifs.

La convention collective était celle, nationale, du

personnel des prestataires de service dans le domaine du secteur tertiaire du 13 août 1999 étendue.

Elle détenait avec son époux une entreprise spécialisée dans les feux d'artifice.

En juin 2017, elle et son époux l'ont cédée au nouveau président de la société qui avait acquis cette dernière au début de l'année 2017.

Son époux était déjà salarié de la société depuis 2015.

Mme E ; a été convoquée le 1^{er} février 2018 à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour

motif économique, qui s'est tenu le 12 février 2018 et au cours duquel elle a accepté le contrat de sécurisation professionnelle qui lui était proposé.

Invoquant des manquements de l'employeur, elle a saisi, également le 12 février 2018, le Conseil de prud'hommes de Troyes pour faire juger, à titre principal, que la résiliation judiciaire du contrat de travail devait être prononcée aux torts de l'employeur, à titre subsidiaire, que le licenciement économique était dépourvu de cause réelle et sérieuse et, à titre infinement subsidiaire, que les critères d'ordre du licenciement avaient été violés.

Elle a été licenciée pour motif économique par lettre du 28 février 2018.

La société a été placée en liquidation judiciaire par un jugement du Tribunal de commerce de Paris du 14 juin 2018, arrêtant au 30 avril 2018 la date de cessation de paiements.

La société de mandataires judiciaires BTSG a été nommée liquidateur en la personne de M. Gorrias, spécialement désigné (le liquidateur).

La salariée a sollicité la fixation au passif de la société de diverses créances à caractère indemnitaire et salarial, en demandant plus particulièrement d'écarter pour inconventionnalité l'article L.1235-3 du Code du travail en sa rédaction issue de l'article 2 de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, ultérieurement modifié par l'article 11 de la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 (l'article L.1235-3 du Code du travail).

Par un jugement du 13 décembre 2018, la juridiction prud'homale, retenant que le licenciement n'était pas fondé sur une cause réelle et sérieuse, a accueilli l'essentiel de ses prétentions en jugeant notamment « que les barèmes prévus à l'article L.1235-3 du Code du travail [étaient] en contrariété avec la Charte sociale européenne et la Convention n°158 de l'OIT ».

Par déclaration du 10 janvier 2019, le liquidateur a fait appel du jugement.

Par déclaration du 17 janvier 2019, l'association Unedic, centre de gestion et d'étude pour la garantie des salaires, délégation d'Île-de-France Ouest (le CGEA), a également fait appel.

Les deux appels ont été joints et l'affaire, fixée à bref délai, s'est poursuivie sous le présent numéro de rôle.

Plusieurs syndicats sont intervenus volontairement à l'instance, soit le Syndicat des Avocats de France (le SAF), la Confédération générale du travail-Force Ouvrière (la CGT-FO), la Confédération générale du travail (la CGT), la Confédération française démocratique du travail (la CFDT) et l'Union syndicale SUD-solidaires de Meurthe-et-Moselle, par le biais d'un défenseur syndical inscrit, qui ont conclu.

La cour a informé les parties qu'elle envisageait, par une question qui leur a été transmise, de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur le point en litige tiré de l'éventuelle inconventionnalité de l'article L.1235-3 du Code du travail.

Dans ses conclusions, le liquidateur sollicite, à titre principal, l'infirmité du jugement, à titre subsidiaire, la limitation des conséquences financières du licenciement à une indemnité n'excédant pas celle légalement prévue et, en toute hypothèse, le rejet du surplus des prétentions, outre une indemnité de frais irrépétibles.

Insistant sur le contexte de l'affaire, il expose que, cherchant à préparer leur retraite, Mme E., née en 1959, et son époux, né en 1955, auraient cédé leur entreprise contre une prétendue garantie d'emploi, mais à un prix qui s'est, en tout état de cause, révélé surévalué, ce qui a créé des difficultés entre les parties.

Sur la demande en résiliation, il conteste l'existence et la gravité des manquements, rappelant les difficultés économiques de la société qui a été confrontée au départ d'un important client de l'entreprise cédée par Mme E. et son époux.

Sur la cause réelle et sérieuse, il estime que la lettre de licenciement était suffisamment précise et que la réalité et le sérieux du motif économique, tiré essentiellement de la fin du contrat commercial avec le client principal qui était un club de football professionnel de la région, ne fait aucun doute.

Il estime qu'il importe peu que Mme E. n'ait pas connu de façon complète le motif économique de la rupture avant l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle, dès lors que le nouvel article L.1235-2 du Code du travail donne la possibilité à l'employeur de préciser les motifs de rupture, ce qu'il a fait par la lettre de licenciement.

Sur l'indemnisation du licenciement, il se prévaut de l'ordonnance du Conseil d'État du 7 décembre 2017, qui juge l'article L.1235-3 du Code du travail conforme à l'article 10 de la Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée.

Il dénie tout effet direct entre particuliers à ce dernier article.

Invoquant également la décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018 du Conseil constitutionnel, qui a jugé l'article L.1235-3 du Code du travail conforme à la Constitution, il insiste sur le fait que la notion de « réparation adéquate » ou de « réparation appropriée » visée par les textes conventionnels ne recouvre pas la notion de réparation intégrale.

Il invite la cour à cantonner la décision rendue le 8 septembre 2016 par le Comité européen des droits sociaux, qui s'est prononcé sur le dispositif finlandais d'indemnités prud'homales.

Il souligne que ce Comité n'est pas un organe juridictionnel.

Il insiste sur le pouvoir souverain d'appréciation qui reste dévolu au juge à l'intérieur de la fourchette d'indemnisation, sur la possibilité de prendre alors en compte d'autres critères que celui de l'ancienneté et sur l'existence de voies de droits alternatives, tant pour réparer un licenciement atteint de nullité que pour

indemniser des préjudices parallèles à l'occasion de la rupture.

Il estime également que le nouveau dispositif reste dissuasif pour l'employeur en ce que l'employeur est exposé, sous certaines conditions, au remboursement des indemnités de chômage.

Il soutient qu'aucun préjudice de perte d'emploi effectivement subi et supérieur au plafond d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail n'est établi, de sorte que la preuve d'une réparation inadéquate ou inappropriée n'apparaît pas démontrée.

Le CGEA développe en substance les mêmes moyens et rappelle les conditions de sa garantie.

En réponse, Mme E. sollicite essentiellement, à titre principal, la confirmation du jugement sur le licenciement, sauf à majorer les condamnations conformément à ses prétentions indemnitaires et salariales, qu'elle réitère.

Sur la résiliation, elle se plaint de la dégradation de ses conditions de travail, de la mise en œuvre de la procédure de licenciement pour se séparer à dessein d'elle et du non-paiement de salaires.

Sur la cause réelle et sérieuse, elle conteste l'existence d'une prétendue nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise en insistant sur le fait que les difficultés économiques étaient, en toute hypothèse, imputables à l'employeur.

Elle se plaint d'avoir dû adhérer au contrat de sécurisation professionnelle en méconnaissance du motif économique de la rupture.

Sur l'indemnisation du licenciement, elle s'oppose aux moyens du liquidateur et du CGEA.

Selon elle, l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée est d'effet direct et doit être interprété comme le Comité européen des droits sociaux l'a dit.

Elle explique que l'ordonnance du Conseil d'État, rendue en référé, ne s'impose pas au juge judiciaire et que la décision du Conseil constitutionnel n'a porté que sur un contrôle de constitutionnalité.

Elle soutient qu'en enserrant l'indemnisation du licenciement injustifié entre des planchers et plafonds, l'article L. 1235-3 du Code du travail empêche une réparation qui doit, en réalité, être intégrale, compte tenu de la portée de la décision du Comité européen du 8 septembre 2016.

Elle dénonce un plafonnement basé sur la seule ancienneté, qui n'évolue plus au-delà de la 29^{ème} année d'ancienneté, faible pour les salariés de peu d'ancienneté et qui oblige à un cumul d'indemnités prévu au dernier alinéa du texte susceptible de minorer encore davantage la réparation du préjudice de perte d'emploi.

Elle en déduit que le dispositif légal est susceptible de porter atteinte à l'interdiction de licencier sans motif valable protégé par l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT et au droit d'accès au juge et à un procès

équitable garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Les syndicats, qui demandent que leur intervention soit déclarée recevable, développent en substance les mêmes moyens que Mme E. et y ajoutent, sauf la CGT-FO.

La CGT dénonce une atteinte au principe d'égalité énoncé aux articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ainsi qu'une violation des articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, compte tenu des discriminations à raison de l'âge et de l'ancienneté que créerait l'article L. 1235-3 du Code du travail.

L'Union syndicale SUD-solidaires de Meurthe-et-Moselle invoque une violation de l'article 16 de la Déclaration en ce que la mise en place d'une indemnisation plafonnée violerait le principe de la séparation des pouvoirs.

La CFDT invoque une contrariété aux articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en ce que la mise en place d'une indemnisation plafonnée, en portant ainsi atteinte à la séparation des pouvoirs, entraverait l'office du juge, ce qui priverait le salarié d'un droit à un procès équitable et à un recours effectif.

La CFDT allègue également d'une violation des articles 4 et 9 de la Convention n° 158 de l'OIT en ce que les tribunaux ne seraient plus en mesure d'apprécier et de sanctionner l'absence de cause réelle et sérieuse.

Le SAF complète l'argumentaire en excipant du non-respect de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en ce qu'un salarié ne serait plus protégé contre un licenciement injustifié.

Le ministère public a, sur le grief d'inconventionnalité, requis « y avoir lieu à faire application de la jurisprudence de la Cour de cassation ».

L'affaire a été clôturée le 17 juin 2019 pour être plaidée le même jour.

Par deux avis rendus le 17 juillet 2019 (nos 19-70.010 et 19-70.011), la Cour de cassation a notamment dit que les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et étaient compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, estimant, par ailleurs, que les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée n'étaient, quant à elles, pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

MOTIVATION :

I/ Sur l'intervention des syndicats :

- La recevabilité des interventions volontaires et accessoires des syndicats, formées pour la première fois devant la cour d'appel, n'est pas discutée.

Aucun défaut d'intérêt à agir, au sens notamment

de l'article 554 du Code de procédure civile, n'est soulevé par les parties, et plus particulièrement à l'égard du SAF.

Le juge n'est pas tenu de s'emparer d'office de cette question. Les interventions seront déclarées recevables.

II/ Sur l'imputabilité de la rupture :

Le contexte de l'affaire présente une particularité : selon l'attestation d'un ancien dirigeant de la société, l'achat en juin 2017 de l'entreprise de Mme E. et de son époux s'est accompagné d'une « *garantie d'emploi* » consentie à leur profit.

Mme E. prétend que cette « *garantie* » explique la minoration du prix de vente.

Le liquidateur s'oppose à cette thèse en expliquant, notamment, que l'entreprise cédée connaissait déjà des difficultés économiques qui ont ensuite lourdement pesé sur la société qui les a employés et qu'aucune « *garantie* » n'avait été consentie.

La thèse du liquidateur s'accorde avec le silence de l'acte de cession qui ne fait aucunement mention de cette « *garantie* ».

La simple attestation de l'ancien dirigeant ne peut prouver contre l'acte écrit.

Le contexte a généré des tensions entre les parties lorsqu'il est apparu que la « *garantie d'emploi* » ainsi comprise par Mme E. ne pourrait pas être assurée.

1° Sur la demande en résiliation judiciaire :

Son examen prime celui, subsidiaire, du licenciement.

Mme E. invoque plusieurs griefs tirés d'un retard et d'un non-paiement de salaires et d'une déloyauté contractuelle.

Lorsqu'elle a saisi, le 12 février 2018, le conseil de prud'hommes en résiliation judiciaire, l'employeur lui devait le salaire de janvier 2018.

La société a toutefois rapidement mis en œuvre la procédure de licenciement.

Ayant convoqué Mme E. le 1^{er} février 2018 à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour motif économique, elle l'a licenciée par lettre du 28 février 2018.

Le non-paiement de salaire ayant justifié la demande en résiliation a d'ailleurs été régularisé à la fin du mois de février 2018.

Les allégations relatives à la déloyauté contractuelle doivent être replacées dans le contexte ci-dessus rappelé.

L'employeur et la salariée s'adressent des reproches mutuels sur une désorganisation supposée de l'entreprise, l'employeur faisant grief à la salariée de travailler à son domicile compte tenu de ses fonctions et celle-ci invoquant, sans l'établir, un accord de ce dernier.

Les échanges traduisent des malentendus qui ne peuvent être assimilés à de la déloyauté contractuelle.

Les autres manquements invoqués sont relatifs à l'époux de Mme E.

En conséquence, si des manquements de la société sont établis, et spécialement le non-paiement du salaire de janvier 2018, ils n'ont pas été de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, l'employeur ayant précisément pris ses dispositions pour y mettre un terme et contenir ainsi la gêne occasionnée à la salariée, qui a perçu cet arriéré salarial en février 2018.

Il reste dû le salaire de février 2018 exigible à la date du licenciement. La demande en résiliation judiciaire sera rejetée.

Le jugement sera confirmé.

2° Sur le licenciement :

La rupture du contrat de travail par une adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle constitue une modalité de licenciement économique.

En l'espèce, Mme E. a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle le 12 février 2018, jour de l'entretien préalable, sans attendre l'écoulement du délai de réflexion de 21 jours.

L'employeur lui a notifié la lettre de licenciement du 28 février 2018, qui énonce notamment « *Une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité nous contraint à la suppression de votre emploi. En effet, nous sommes dans l'obligation de restructurer la société afin de réduire les coûts de personnel trop important pour celle-ci. À la clôture du dernier exercice, la société compte 57 % du chiffre d'affaires dédiés aux charges de personnel, pourcentage trop important pour permettre à la société d'effectuer des bénéfices et qui se solde par une perte de 220.050,12 euros.*

Par conséquent, nous avons dû procéder à la délocalisation des tâches administratives vers un prestataire extérieur, la société Phenix, qui nous permettra de réduire le coût salarial de manière conséquente, mais se solde par la suppression de votre emploi. »

Mme E. n'a reçu aucune information sur le motif économique avant son adhésion.

Seule lui avait été envoyée la lettre de convocation faisant état de l'éventualité « *d'un licenciement pour motif économique* ».

Durant l'entretien préalable ont été évoqués « *les problèmes que rencontre actuellement la société France Event* », sans plus de précision.

Si Mme E. reconnaît avoir reçu le document écrit d'information au moment de son adhésion, il n'en résulte pas que l'employeur y ait énoncé le motif économique.

Par application combinée des articles L.1233-65, L.1233-66 et L.1233-67 du Code du travail, l'employeur aurait dû, par un document écrit, porter à sa connaissance, au plus tard au moment

de son acceptation du contrat de sécurisation professionnelle, le motif économique.

Il ne l'a pas fait.

Le liquidateur conteste cette obligation en soutenant qu'il pouvait l'exécuter avant la fin du délai de réflexion qui marque le terme du contrat de travail.

Mais l'obligation légale ayant pour objet d'éclairer le salarié pour qu'il adhère en connaissance de cause au contrat de sécurisation professionnelle, l'énonciation postérieure du motif économique ne peut réparer l'omission.

Quant au nouvel article L.1235-2 du Code du travail qui ouvre la possibilité pour l'employeur de « préciser » le motif énoncé dans la lettre de licenciement, et dont les parties n'écartent d'ailleurs pas l'application en matière d'adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle, sa mise en œuvre suppose une notification préalable du motif économique, de sorte que ce texte ne saurait dispenser l'employeur d'indiquer celui-ci au salarié avant son adhésion au contrat de sécurisation professionnelle.

Il en résulte que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Le jugement sera confirmé de ce chef.

Les prétentions relatives aux critères d'ordre deviennent ainsi sans objet, de sorte que le jugement du conseil de prud'hommes sera infirmé sur ce point.

III/ Sur les conséquences indemnitaires :

1° Sur l'exception d'inconventionnalité :

A. Sur les textes invoqués :

Il résulte de la synthèse des moyens soulevés en défense, ainsi que par les syndicats, que sont invoqués, expressément ou en substance, les textes suivants.

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Article 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » ;

Article 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » ;

Article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

- Convention n° 158 de l'OIT

Article 4 : « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. » ;

Article 9 (en ses dispositions intéressant le litige) : « J. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention [un tribunal] devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement, ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié ».

Article 10 : « Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention [un tribunal] 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. »

- Charte sociale européenne révisée

Article 24 : « 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 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 ;
- le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

À 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. »

- Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Article 6 (en ses dispositions intéressant le litige c'est-à-dire en son paragraphe 1) : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) » ;

Article 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

- Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Article 20 : « Toutes les personnes sont égales en droit. »

Article 21 : « 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions,

les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »

Article 30 : « *Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.* »

B. Sur l'invocabilité des textes

Il n'appartient pas au juge judiciaire, en dehors de l'hypothèse, le cas échéant, de la question prioritaire de constitutionnalité, de contrôler la conformité à la Constitution d'un texte législatif.

Or, les articles 1^{er}, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 appartiennent au bloc de constitutionnalité.

Il s'agit de textes non pas conventionnels, mais constitutionnels.

Et, dans sa décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré le mécanisme instauré par l'ordonnance n°2017-1387 du 21 septembre 2017 qui a été ratifiée conforme à la Constitution.

Les articles 1^{er}, 6 et 16 de la Déclaration ne peuvent venir au soutien d'une exception d'inconventionnalité.

L'exception d'inconventionnalité suppose, par ailleurs, pour être mobilisée, que les textes conventionnels soient d'effet direct.

L'effet direct dit horizontal traduit l'applicabilité directe entre les particuliers de normes invocables, en tant que telles, par eux devant le juge national.

De telles normes ne doivent pas avoir pour objet exclusif de régir les relations entre États.

L'absence d'un tel effet direct ne se déduit pas de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle impose.

L'effet direct dit horizontal d'un texte international résulte de son contenu.

Et, plus précisément, le caractère suffisamment précis de l'engagement conventionnel défini par le texte, l'objet de cet engagement, qui doit consister en la création d'un droit au profit d'un particulier et le fait que ce droit puisse être assuré sans nécessité de l'intervention d'une législation nationale d'application, confèrent au texte un tel effet.

Il résulte de la lecture de l'ensemble des textes conventionnels invoqués, et spécialement des articles 10 de la Convention n°158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale européenne révisée, qui sont tous deux rédigés de façon très proche, qu'ils bénéficient d'un tel effet direct permettant à Mme E. de s'en prévaloir

dans le litige prud'homal qui l'oppose au liquidateur de la société qui l'employait.

C. Sur le contrôle de conventionalité

Il existe deux types de contrôle de conventionalité d'une règle de droit interne au regard des normes européennes et internationales.

Le contrôle de conventionalité de la règle de droit elle-même et celui de son application dans les circonstances de l'espèce.

Ces deux contrôles peuvent se juxtaposer.

Le contrôle de l'application peut impliquer d'écarter une règle interne si celle-ci affecte de manière disproportionnée, dans un litige, un droit conventionnel relatif même si cette règle ne porte pas, en elle-même, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti.

Ces deux contrôles impliquent des étapes qui sont d'ailleurs les mêmes tant au regard de la nature du contrôle, abstrait ou concret, qu'au regard des textes conventionnels invoqués par Mme E.

Ces contrôles ne requièrent pas du salarié qu'il justifie au préalable d'un préjudice de perte d'emploi supérieur au plafond d'indemnisation correspondant à son ancienneté ou qu'il démontre avoir subi un tel préjudice qui ne serait pas réparé de façon « adéquate » ou « appropriée ».

Ces circonstances sont indifférentes à la mobilisation de l'exception de conventionalité et peuvent, le cas échéant, s'intégrer à celle-ci en sa dernière étape, mais sous l'angle du contrôle de proportionnalité.

a. Sur l'applicabilité au litige des textes conventionnels :

En l'espèce, les faits allégués par Mme E. entrent dans le champ d'application de l'ensemble des textes conventionnels précités, dès lors qu'elle se prévaut principalement du droit pour tout salarié d'être protégé contre le licenciement, d'obtenir réparation de son licenciement injustifié en fonction de sa situation, ainsi que de celui de pouvoir soumettre effectivement sa cause à un juge indépendant pour obtenir la condamnation de l'employeur, et cela sans que son droit à indemnisation ne soit alors atteint dans sa substance même.

b. Sur l'ingérence :

La question est de déterminer si l'article L.1235-3 du Code du travail est de nature à affecter les conditions d'exercice des droits reconnus par les textes conventionnels.

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 minima et des maxima fixés par ce même article.

Ces minima et maxima varient en fonction de l'ancienneté du salarié.

Les minima 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 d'un plancher indéterminé (« sans objet ») à trois mois de salaire brut, et dans une entreprise de moins de onze salariés, elle est comprise entre ce plancher indéterminé (« sans objet ») 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 maxima précités.

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.1234-9 ».

- Sur le grief tiré des articles 6, § 1, et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Si l'article L.1235-3 du code du travail a pour effet de réduire le recours au juge ? et éventuellement pour objet d'en décourager la saisine, il n'empêche pas un salarié d'agir en justice pour faire reconnaître le caractère injustifié du licenciement et condamner l'employeur.

Loin d'interdire ou de compromettre le recours au juge, l'article L.1235-3 du Code du travail en fait un préalable nécessaire.

Le salarié conserve ainsi la faculté de saisir effectivement un juge impartial pour défendre ses droits selon des modalités qui, tout en réduisant l'office de ce dernier, laisse intacte la nature de son pouvoir.

Ce pouvoir reste souverain et s'exerce entre les plancher et plafond variables et afférents à l'ancienneté du salarié, ce qui ôte au procès tout caractère inéquitable, peu important l'impact de l'article L.1235-3 du Code du travail sur le montant de l'indemnisation.

Le grief n'est pas fondé.

- sur le grief tiré des articles 4 et 10 de la Convention n°158 de l'OIT, 24 de la Charte sociale européenne révisée et 20, 21 et 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union :

Le Comité européen des droits sociaux a, dans sa décision du 8 septembre 2016, condamné, au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, un plafond d'indemnisation des licenciements injustifiés de vingt-quatre mois de salaire, supérieur en l'occurrence à celui de l'article L.1235-3 du Code du travail, mis en place par la Finlande.

Pour le Comité, la réparation appropriée doit tenir compte du manque à gagner subi par le salarié entre

son licenciement et la décision octroyant l'indemnité et surtout garantir une indemnité « d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime ».

Si l'autorité interprétative des décisions du Comité est incontestable, la cour ne saurait transposer au présent litige, et tenir pour acquise et certaine, l'interprétation qu'il apparaît avoir donné de l'article 24 dans une affaire qui ne concerne pas la France, et alors même qu'il pourra prochainement se prononcer sur la compatibilité du système français avec l'article 24.

Une indemnité dite adéquate ou une réparation appropriée n'implique donc pas, en soi, une réparation intégrale du préjudice de perte d'emploi injustifiée et peut s'accorder avec l'instauration d'un plafond.

Le préjudice de perte d'emploi englobe des aspects personnels et économiques de la perte d'emploi, il ne comprend pas la perte de tous les salaires espérés, mais ne se juxtapose pas nécessairement avec la période sans activité.

Il dépend de l'impact de la perte d'emploi sur un salarié, compte tenu, certes, de son ancienneté, mais aussi de son âge, de sa qualification professionnelle ou encore de sa situation personnelle.

Et il se distingue d'autres préjudices liés à la rupture, comme le préjudice moral subi à la suite de circonstances vexatoires.

Hors réintégration, l'indemnité dite adéquate ou la réparation appropriée du préjudice de perte d'emploi s'entend ainsi d'une indemnisation d'un montant raisonnable, et non purement symbolique, en lien avec le préjudice effectivement subi, et adaptée à son but qui est d'assurer l'effectivité du droit à la protection du salarié.

Elle doit être suffisante pour rester dissuasive et ne pas vider d'effectivité l'exigence d'une cause réelle et sérieuse.

Or, ainsi qu'il a été exposé, l'article L.1235-3 du Code du travail prévoit des plafonds d'indemnisation faibles pour les salariés de peu d'ancienneté.

Il impose des minima et des maxima uniquement fondés sur l'ancienneté pour réparer un préjudice qui s'apprécie en prenant en compte aussi d'autres facteurs.

Les plafonds cessent toutefois d'évoluer à compter d'une certaine ancienneté, et plus précisément à compter de la 29^{ème} année.

En outre, la progression des plafonds n'est pas linéaire.

Il en résulte une potentielle inadéquation de l'indemnité plafonnée, voire une possible forme de différence de traitement en raison de l'ancienneté.

En serré entre un plancher et un plafond, le juge prud'homal ne dispose pas de toute la latitude pour individualiser le préjudice de perte d'emploi et sanctionner l'employeur.

Et l'article L. 1235-3 du Code du travail impose, en son dernier alinéa, un cumul d'indemnités susceptible, en certaines circonstances, de compromettre l'indemnisation requise par les textes conventionnels de ce préjudice.

Il s'en déduit que le dispositif est de nature à affecter les conditions d'exercice des droits consacrés par ces textes.

c. Sur la source et la justification de l'ingérence :

Il est fondamental de souligner que l'ingérence dans un droit conventionnel relatif ne signe pas, en elle-même, son inconventionnalité.

En l'espèce, l'ingérence repose sur une ordonnance qui a été ratifiée par le Parlement.

Elle a donc une base légale et démocratique, étant rappelé que tout État contractant bénéficie d'une marge nationale d'appréciation.

Le Gouvernement habilité par le Parlement a, dans l'exercice de ses prérogatives, organisé, par un texte de valeur législative accessible, clair et prévisible, l'indemnisation du licenciement injustifié.

Il 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 qu'il n'appartient pas au juge judiciaire de discuter, mais de concilier avec d'autres intérêts.

Les montants reposent, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires, sur « des moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions.

La méthode de travail est appropriée à l'objectif poursuivi et participe à asseoir la légitimité de celui-ci.

d. Sur la proportionnalité de l'ingérence :

L'article L. 1235-3 du Code du travail établit moins un barème attachant telle indemnité à telle ancienneté qu'une fourchette d'appréciation, ce qui est différent.

Cette fourchette reste soumise au pouvoir souverain du juge, dans les limites légales qui sont issues « des moyennes constatées » qu'il n'appartient pas au juge judiciaire de remettre en cause.

L'amplitude entre les minima et les maxima ne saurait, en raison de sa progression réelle, être considérée comme incitant, en elle-même, au licenciement.

Le caractère dissuasif d'une indemnité dépend aussi de la taille de l'entreprise, ce qui introduit dans le débat une forme de relativité et même de subjectivité, dans la mesure où la fourchette d'indemnisation reste soumise à l'appréciation du juge.

La condamnation de l'employeur peut s'accompagner de la sanction prévue à l'article L. 1235-4 du Code du travail lorsque les conditions en sont réunies.

L'article L. 1235-3 du Code du travail permet au juge de moduler l'indemnisation en fonction de l'ancienneté, critère objectif en lien avec le préjudice subi, et de

l'adapter, dans les limites légales, à la situation de chaque salarié, selon des critères qui lui sont propres, ce qui est également de nature à contenir toute forme de discrimination ou d'atteinte au principe d'égalité en raison de l'ancienneté.

Ce texte aligne d'ailleurs la situation des salariés de faible ancienneté, ce qui n'était pas le cas auparavant pour ceux dont l'ancienneté était inférieure à deux années.

En outre, une possibilité de voies de droit alternatives non soumises à un plafond est ouverte pour demander la réparation de licenciements nuls et de préjudices distincts de celui tiré de la perte d'emploi.

Le champ de ces voies de droit alternatives est étendu.

Le plafonnement instauré par l'article L. 1235-3 du Code du travail présente des garanties qui permettent d'en déduire qu'au regard de l'objectif poursuivi, l'atteinte nécessaire aux droits fondamentaux n'apparaît pas, en elle-même, disproportionnée.

En d'autres termes, le contrôle de conventionalité exercé de façon objective et abstraite sur l'ensemble du dispositif, pris dans sa globalité et non tranche par tranche, conduit à conclure, peu important la situation de Mme E., à la conventionalité de celui-ci.

Toutefois, l'intéressée a été licenciée de façon injustifiée.

Le contrôle de conventionalité ne dispense pas, en présence d'un dispositif jugé conventionnel, d'apprécier s'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné, c'est-à-dire en lui imposant des charges démesurées par rapport au résultat recherché.

La recherche de proportionnalité, entendue cette fois « *in concreto* » et non « *in abstracto* », doit toutefois avoir été demandée par le salarié.

Elle ne saurait être exercée d'office par le juge du fond qui ne peut, de sa seule initiative, procéder à une recherche visant à écarter, le cas échéant, un dispositif dont il reconnaît le caractère conventionnel.

Or, Mme E., qui ne fait qu'exposer sa situation et son préjudice de perte d'emploi qu'elle qualifie d'important, n'a sollicité qu'un contrôle de conventionalité « *in abstracto* » et non « *in concreto* ».

Il ne pourra, en conséquence, qu'être fait application de l'article L. 1235-3 du Code du travail.

2° Sur les créances :

Mme E. bénéficiait d'une reprise d'ancienneté, selon bulletins de salaire, au 13 janvier 2017.

Au jour du licenciement, elle avait donc entre un et deux ans d'ancienneté.

Mme E. est devenue salariée à l'âge de 58 ans par le biais d'une prétendue « *garantie d'emploi* » dans le contexte ci-dessus rappelé.

Sa rémunération mensuelle brute, sur laquelle s'opposent les parties, s'élevait à la somme de

2.590 euros selon bulletins de salaire, outre notamment diverses primes (primes d'accueil ou exceptionnelle), soit une moyenne exactement retenue par le conseil de prud'hommes à la somme de 2.771,74 euros.

Le montant de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est compris entre 0,5 mois, s'agissant d'une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, et 2 mois de salaires.

Le préjudice de la salariée est évalué à un mois de salaire, de sorte que la somme de 2.771,74 euros lui sera accordée.

Le jugement qui lui octroie une indemnisation de six mois de salaires sera infirmé.

Mme E. a également droit aux sommes suivantes :

- indemnité de licenciement (ou de fin de contrat) : elle est soumise, selon la convention collective, à une ancienneté de deux années.

Mme E ; n'est donc éligible qu'à l'indemnité légale des articles R.1234-1 et R. 1234-2 du code du travail.

Ils prévoient 1/4 de mois par année d'ancienneté, soit $2.771,74 \times 1/4 + (1/4 \text{ de } 2.771,74 \times 2,5/12^{\text{ème}}$, nombre de mois d'ancienneté au-delà de la première année jusqu'à la fin du préavis au 30 mars 2018), soit 837,29 euros.

- 2.771,74 euros à titre d'indemnité conventionnelle de préavis (article 19.1 de la convention collective), l'imputabilité à l'employeur de la rupture remettant en cause l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle qui n'ouvre pas droit, en principe, à une telle indemnité, sauf à tenir compte des sommes déjà versées à ce titre en vertu de ce contrat ;

- 277, 17 euros au titre des congés payés afférents ;

- 2.013,21 euros à titre de rappel de salaire pour le mois de février 2018, montant réclamé, le paiement n'en étant pas démontré, outre les congés payés afférents pour 201,32 euros.

La salariée demande la fixation de cette dernière somme en net. Mais un salaire est dû en brut.

Il s'évince de ce qui précède qu'aucun préjudice moral n'a été subi par la salariée, aucune des pièces versées aux débats n'établissant que les circonstances de la rupture aient présenté un quelconque caractère vexatoire.

Aucune indemnité pour préjudice distinct ne sera, par ailleurs, accordée pour les retards de paiement, ceux-ci étant réparés par l'intérêt de retard à compter du 19 avril 2018, date à laquelle la société était présente à l'audience du bureau de conciliation et d'orientation qui la condamne sous astreinte.

Il n'y a aucune preuve d'une connaissance antérieure par celle-ci du litige prud'homal, de sorte que ces intérêts ne peuvent courir, contrairement à ce que demande la salariée, à compter de la saisine du conseil de prud'hommes.

L'intérêt de retard demandé assortira les sommes précitées, à l'exclusion de l'indemnité pour

licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la liquidation de l'astreinte, jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure collective du 14 juin 2018, en application de l'article L.622-28 du Code de commerce.

La délivrance des documents de fin de contrat sera confirmée, mais sans astreinte, le litige ne commandant pas une telle mesure.

Quant à l'astreinte provisoire, dont la décision du 19 avril 2018 réserve la liquidation au bureau de conciliation et d'orientation, elle peut être liquidée par la cour d'appel en raison de l'effet dévolutif de l'appel, ce qui n'apparaît d'ailleurs pas contesté.

Il faut tenir compte des difficultés rencontrées par la société et de son comportement, étant souligné qu'elle n'avait pas à payer le salaire de mars 2018 en raison du licenciement antérieur.

Il reste dû la partie impayée de février 2018 en raison des difficultés économiques de la société, qui ne constituent pas un fait justificatif, mais une explication.

L'astreinte provisoire de 20 euros par jour de retard sera liquidée à la somme définitive de 500 euros.

Il en résulte que le jugement sera partiellement infirmé.

La garantie du CGEA est acquise sur le fondement des articles L.3253-8, L.3253-9 et L.3253-13 du Code du travail, compte tenu de la nature des sommes et de la date de leur fait générateur.

3° Sur les frais irrépétibles et les dépens :

Il est équitable d'accorder à Mme E. la somme de 1.500 euros au titre des frais irrépétibles.

Les frais irrépétibles ne seront pas pris en charge par le CGEA, n'ayant pas de rapport avec l'exécution du contrat de travail.

La demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile formée par la société appelante, représentée par son liquidateur, sera par ailleurs rejetée, puisque celle-ci a succombé.

La créance des dépens et des frais irrépétibles d'appel, mise à la charge de la société débitrice, trouve son origine dans la présente décision qui, statuant sur ces dépens et frais, est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Son emploi devra donc être ordonné en frais privilégiés de procédure collective.

PAR CES MOTIFS

La cour d'appel statuant publiquement, contradictoirement, et après en avoir délibéré conformément à la loi

- déclare recevables les interventions volontaires et accessoires des syndicats ;

- confirme le jugement rendu le 13 décembre 2018, entre les parties, par le Conseil de prud'hommes de Troyes, mais seulement :

* en ce qu'il donne acte au CGEA d'Île-de-France Ouest de son intervention,

* en ce qu'il dit n'y avoir lieu à prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail de Mme E.,

* en ce qu'il dit que si le licenciement de Mme E. est sérieux, il est dépourvu de cause réelle,

* en ce qu'il fixe au passif de la liquidation judiciaire de la société France Event, représentée par la société de mandataires judiciaires BTSG, prise en la personne de M. Gorrias en sa qualité de liquidateur, les créances de Mme E. aux sommes respectives de 2.771,74 euros à titre d'indemnité de préavis, de 277,14 euros à titre de congés payés, de 2.013,21 euros à titre de rappel de salaire pour le mois de février 2018, de 1.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

* en ce qu'il ordonne à M. Gorrias ès qualités de liquidateur de la société France Event de remettre à Mme E. les bulletins de paie de novembre, décembre 2017, mars et avril 2018,

* en ce qu'il ordonne l'exécution provisoire,

* en ce qu'il dit que les dépens seront prélevés sur la liquidation judiciaire de la société France Event ;

- l'infirme pour le surplus et statuant à nouveau ou y ajoutant :

* dit que le grief tiré d'une violation des articles 1^{er}, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est irrecevable,

* dit que l'article L.1235-3 du Code du travail, en sa version applicable au litige, n'est pas contraire, en lui-même, aux articles 4, 9 et 10 de la Convention n°158 de l'OIT, 24 de la Charte sociale européenne révisée, 6, § 1, et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 20, 21 et 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union,

* liquide l'astreinte provisoire prononcée par le bureau de conciliation et d'orientation du 19 avril 2018 à la somme de 500 euros,

* fixe au passif de la liquidation judiciaire de la société France Event, représentée par la société de mandataires judiciaires BTSG, prise en la personne de

M. Gorrias en sa qualité de liquidateur, les créances de Mme E. aux sommes respectives suivantes de 2.771,74 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 837,29 euros à titre d'indemnité de licenciement, de 201,32 euros à titre de congés payés afférents sur le rappel de salaire pour le mois de février 2018, de 500 euros à titre de liquidation de l'astreinte, de 1.500 euros à titre de frais irrépétibles d'appel,

* précise que ces créances sont fixées sous déduction des éventuelles cotisations sociales et salariales applicables,

* assortit des intérêts légaux à compter du 19 avril 2018 les sommes salariales précitées d'un montant de 2.771,74 euros s'agissant seulement du préavis, de 277,17 euros, de 2.013,21 euros, de 201,32 euros et de 837,29 euros, jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure collective du 14 juin 2018,

* rappelle que le paiement de l'ensemble des sommes précitées, à l'exception des créances de frais irrépétibles, est garanti par le CGEA d'Île-de-France Ouest dans la limite des textes légaux et plafonds réglementaires, qui s'en acquittera entre les mains de la société de mandataires judiciaires BTSG, prise en la personne de M. Gorrias en sa qualité de liquidateur,

* rappelle que relèvent des frais privilégiés de procédure collective la somme de 1.500 euros accordée à Mme E. au titre des frais irrépétibles d'appel, ainsi que les dépens de première instance et d'appel qui sont fixés au passif de la société France Event représentée par la société de mandataires judiciaires BTSG, prise en la personne de M. Gorrias en sa qualité de liquidateur,

* rejette le surplus des prétentions.

(Mme Robert-Warnet, prés. – SELARL GP Avocats Associés et AARPI GKA Avocats, M^e Melmi, SELARL Raffin associés, SCP Delvincourt-Caulier Richard, M^e Ilic, Me Spire, SCP Legendre Picard Saadat, M^e Pair, av.).

2^{ème} espèce :

COUR D'APPEL DE PARIS (Pôle 6 – Ch. 3) 18 Septembre 2019

M. C. contre SARL GP Conduite (n° RG : 17/06.676)

EXPOSÉ DU LITIGE

Monsieur C. a été engagé par la société d'auto-école GP Conduite, à compter du 17 juin 2013, en contrat à durée déterminée, puis en contrat à durée indéterminée, en qualité de moniteur d'auto-école. Il a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, le 27 mai 2015.

Par jugement du 14 octobre 2016, le Conseil de prud'hommes de Paris a débouté Monsieur C. de ses demandes et la société GP Conduite de sa demande reconventionnelle sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Monsieur C. a été licencié pour inaptitude le

18 octobre 2017.

Monsieur C. a relevé appel de la décision prud'homale.

Par ses dernières conclusions récapitulatives, auxquelles il convient de se reporter en ce qui concerne ses moyens, Monsieur C. demande à la Cour l'infirmité du jugement et la résiliation judiciaire de son contrat de travail à la date du 18 octobre 2017. Il demande, en outre, la fixation de son salaire moyen à la somme de 2.809,80 euros ou subsidiairement 2.275,05 euro.

Considérant que le barème instauré par l'article L.1235-3 du Code du travail n'est pas conforme à la Charte sociale européenne et à la Convention 158 de l'OIT, il demande la somme de

16.858,80 euros ou subsidiairement 13.650,30 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il réclame en outre les sommes de :

- 2.809,80 euros ou subsidiairement 2.275,05 euros au titre du préavis et les congés payés afférents,
- 1.092,24 euros ou subsidiairement 1.106,62 euros de complément de salaire,
- 8.021,25 euros à titre d'heures supplémentaires et les congés payés afférents,
- 16.858,80 euros ou subsidiairement 13.650,30 euros d'indemnité pour travail dissimulé,
- 2.809,80 euros ou subsidiairement 2.275,05 euros à titre de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,
- 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par ses dernières conclusions récapitulatives, auxquelles il convient de se reporter en ce qui concerne ses moyens, la société GP Conduite sollicite la confirmation du jugement ou subsidiairement, la réduction des demandes formées au titre du préavis à la somme de 1.954,67 euros et des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à la somme de 977,34 euros.

En tout état cause, elle réclame la somme de 8.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile pour les frais de première instance et d'appel ou 4.000 euros pour les frais d'appel, outre les dépens.

La Cour se réfère, pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens et des prétentions des parties, à la décision déferée et aux dernières conclusions échangées en appel.

MOTIFS

Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail

Le salarié confronté à un ou plusieurs manquements de son employeur à ses obligations légales ou conventionnelles peut solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Les manquements de l'employeur susceptibles de justifier la résiliation judiciaire à ses torts doivent être d'une gravité suffisante. Elle produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

À l'appui de sa demande, Monsieur C. invoque la rémunération partielle de ses salaires en espèce et l'établissement de fausses fiches de paye, le non-paiement de ses heures supplémentaire et le défaut de transmission des attestations de salaire à la CPAM pendant sa période d'arrêt maladie.

S'agissant des salaires versés au salarié, les attestations de Monsieur X., Monsieur E., Monsieur Y. et Madame B. prouvent qu'ils ont tous été témoins de ce procédé de remise en espèces de sommes d'argent au salarié et pour en avoir discuté avec Monsieur C., déclarent que lesdites sommes représentaient le complément de salaire de la semaine écoulée. Bien plus, durant la période d'arrêt maladie, Monsieur C. a délégué

un de ses amis, Monsieur Y., la tâche de récupérer ce complément de salaire. Les termes des attestations confirment aussi que le salarié a été vu à plusieurs reprises en train de solliciter la régularisation de sa situation auprès de son employeur.

Pour contredire ces faits, la société transmet trois témoignages d'employés encore en poste dans la société. Les termes laconiques sur le sujet dans les attestations communiquées ne suffisent pas à contredire les témoignages adverses.

Si les montants du salaire versé en espèces résultent certes des seules déclarations du salarié, au travers des attestations, et notamment celle du banquier qui a été sollicité pour un prêt par Monsieur C., il est établi qu'ils correspondaient à une majoration du taux horaire à 15 euros au lieu de 10 euros.

S'agissant des heures supplémentaires, il y a lieu de rappeler qu'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.

Le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ainsi, si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

Monsieur C. transmet à la fois les attestations précitées, celle également de Madame L., ainsi qu'un planning d'heures supplémentaires. Plusieurs clients reconnaissent avoir dû négocier avec le directeur de l'agence pour que des heures de conduite soient ajoutées au planning déjà complet du salarié, notamment sur des plages libres entre midi et 14 heures. Les attestations témoignent également de revendications verbales du salarié auprès du directeur pour la régularisation de la déclaration de ses heures supplémentaires.

La société, de son côté, prétend que les horaires étaient modulés en fonction des impératifs personnels de chacun des salariés, mais elle ne transmet aucun élément justificatif relatif aux plannings du salarié, aucune demande de la part de Monsieur C. pour obtenir un horaire décalé pour un impératif personnel. Les trois attestations non circonstanciées des employés en poste dans l'auto-école ne suffisent pas à justifier des horaires effectivement réalisés par le salarié.

L'absence de déclaration des heures supplémentaires, comme le paiement et la déclaration partielle des salaires, suffisent à considérer qu'il existe, de la part de l'employeur, des manquements graves justifiant

la résiliation judiciaire du contrat de travail. La date de la rupture sera fixée au 18 octobre 2017, date du licenciement.

Au regard des justificatifs versés sur l'évaluation des heures supplémentaires comme du salaire, il convient de faire droit en intégralité aux demandes de Monsieur C.

Sur le travail dissimulé

En vertu de l'article L. 8221-5 du Code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : 1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ; 2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie ; 3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

En l'espèce, les éléments transmis par le salarié démontrent qu'il y a bien eu une intention frauduleuse de la part de l'employeur dans les déclarations salariales et la demande doit être déclarée recevable. La Cour en conséquence fait droit à la demande.

Sur la demande de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail

Monsieur C. forme également une demande au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail.

Si, de manière incontestable, les motifs ayant présidé à la résiliation judiciaire fondent l'exécution déloyale de l'employeur, la Cour constate néanmoins que les réparations et indemnités allouées au titre du travail dissimulé, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que les rappels de salaire ont déjà réparé le préjudice invoqué à l'appui de cette demande.

Il n'y a pas lieu d'y faire droit.

Sur les demandes indemnitaires

Au vu des motifs ci-dessus, le salaire de référence qui sera fixé au regard des heures supplémentaires et des versements en espèces effectuées doit être évalué à la somme de 2.809,80 euros.

Si le montant du salaire de référence est contesté, l'indemnité compensatrice de préavis sollicitée n'est pas discutée par la société et il y sera fait droit à hauteur de 2.809,80 euros et les congés payés y afférents.

Sur les dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Monsieur C. dispose, compte tenu de la suspension de son contrat de travail pour arrêt maladie, d'un an d'ancienneté et le montant des dommages-intérêts ressort de l'application de l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui institue un barème concernant le montant des dommages-intérêts.

L'article L.1235-3 du Code du travail prévoit que « 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. »

Pour un an d'ancienneté, ce montant est fixé dans une fourchette comprise entre 1 et 2 mois de salaire.

L'article 10 de la Convention de l'OIT n°158 et l'article 24 de la Charte européenne ratifié par la France le 7 mai 1999, et qui s'imposent aux juridictions française, affirment, dans ces dispositions relatives à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, que le salarié doit se voir allouer une « indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ».

En l'espèce, la Cour estimant que la réparation à hauteur des deux mois prévus par le barème constitue une réparation du préjudice adéquate et appropriée à la situation d'espèce, il n'y a pas lieu de déroger au barème réglementaire et de considérer ledit barème contraire aux conventions précitées.

Sur la demande de reliquat de congés payés

Du 28 au 31 juillet, puis du 1^{er} au 10 août 2014, le bulletin de salaire porte la mention de congés payés. Monsieur C. réclame le paiement de ces congés car, selon lui, les jours de congés ont été imposés par l'employeur, faute de véhicule disponible. Les trois attestations de Messieurs F., Y. et Madame B. confirment ses allégations. Le témoignage de Madame D. ne les contredit pas, ni même l'absence d'un autre salarié. Il sera donc fait droit à la demande.

PAR CES MOTIFS

INFIRME le jugement ;

Et statuant à nouveau ;

PRONONCE la résiliation judiciaire du contrat de travail au 18 octobre 2017 ;

FIXE le salaire mensuel brut de référence de Monsieur C. à la somme de 2.809,80 euros ;

CONDAMNE la société GP Conduite à payer à Monsieur C. la somme de :

- 5.619,60 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- 2.809,80 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis et 280,98 euros au titre des congés payés y afférents ;
- 1.106,62 euros à titre de rappel de congés payés sur la période du 28 au 31 juillet, puis du 1^{er} au 10 août 2014 ;
- 8.021,25 euros au titre des heures supplémentaires et 802,15 euros de congés payés y afférents ;
- 16.858,80 euros au titre du travail dissimulé ;
DÉBOUTE Monsieur C. de sa demande de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail ;

Y ajoutant ;
VU l'article 700 du Code de procédure civile ;
CONDAMNE la société GP Conduite à payer à Monsieur C. en cause d'appel la somme de 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;
DÉBOUTE les parties du surplus des demandes ;
CONDAMNE la société GP Conduite aux dépens de première instance et d'appel.
(M. Fontanaud, prés. - M^e Lenard, Hardouin, av.)

3^{ème} espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE LIMOGES 1^{er} octobre 2019
Mme O. contre SNC Le Golf de Saint Junien (RG n° 19/00.0116)

LES FAITS

Madame O. a été embauchée par la SNC Le Golf de Saint-Junien en contrat à durée indéterminée à temps partiel le 6 février 2017, puis à temps complet à compter du 19 avril 2017 (contrat de travail pièce n°1).

Elle occupait la fonction de responsable de salle de restauration, Groupe II de la convention collective des golfs avec un taux horaire de 10,50 € pour 151,67 heures mensuelles.

Madame O. est convoquée à un entretien préalable à son licenciement pour motif économique le 3 décembre 2018, entretien qui n'a jamais eu lieu. La salariée est restée sans nouvelles et l'employeur n'a pas donné suite à cette procédure.

Madame O. n'a donc jamais été licenciée, elle n'a jamais reçu son salaire de décembre 2018 et c'est dans ce contexte qu'elle s'est vu contrainte de saisir le Conseil de prud'hommes dans sa formation de référé.

La juridiction a condamné la SNC Le Golf de Saint-Junien à payer à Madame O. les sommes de :
- 692,08 € au titre du salaire de décembre 2018 ;
- 69,21 € au titre des congés payés.

A dit que la rupture du contrat de travail de Madame O. est fixée à la date de la mise à disposition de la présente ordonnance, soit le 8 mars 2019, avec toutes les conséquences en découlant ;

A condamné la SNC Le Golf de Saint-Junien à payer à Madame O. la somme de 800,00 € au titre de l'article 700 du CPC et aux entiers dépens.

PRÉTENTIONS DES PARTIES

Pour Madame O., Monsieur Simon DAUDET, défenseur syndical, par conclusions oralement développées et déposées au dossier et signifiées à la SNC Le Golf de Saint-Junien par acte d'huissier du 16 mai 2019 sous la modalité de remise à l'étude, demande de :

rejeter toute demande ou prétention contraire ;

dire et juger la rupture du contrat de travail constatée judiciairement le 8 mars 2019 comme constituant un

licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

condamner l'employeur à payer à Madame O. les sommes de :

- 692,08 € au titre du salaire de décembre 2018 ;
- 69,92 € au titre des congés payés ;
- 800,00 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile conformément à l'ordonnance de référé

outre les montants de :

- 1.592,54 € bruts au titre du salaire de janvier 2019
- 1.592,54 € bruts au titre du salaire de février 2019
- 441,00 € bruts au titre du salaire de mars 2019
- 3.248,78 € bruts au titre du préavis
- 1.383,00 € bruts au titre des congés payés
- 959,00 € nets au titre d'indemnité de licenciement

De condamner l'employeur à indemniser la salariée pour licenciement sans cause réelle et sérieuses, soit 9.555 euros nets.

Prononcer l'exécution provisoire du jugement sur le fondement des articles R.1454-28 du Code du travail et 515 du C.P.C.

Condamner l'entreprise à verser au salarié la somme de 800,00 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Dire et juger que l'employeur devra assumer la charge de tous les frais et dépens, ainsi que le cas échéant, les frais d'exécution forcée de la décision à intervenir.

Pour la SNC Le Golf de Saint-Junien, bien que régulièrement convoquée, l'employeur n'était ni présent ni représenté.

DISCUSSION ET MOTIVATION

Attendu que le bureau de référé (ordonnance de référé du 7 mars 2019) a ordonné à la SNC Le Golf de Saint-Junien de verser à Madame O. les sommes de :

- 692,08 € au titre du salaire de décembre 2018 ;
- 69,21 € au titre des congés payés ;
- 800,00 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile.

Attendu que le bureau de référé (ordonnance de référé du 7 mars 2019) a fixé la date de la rupture du

contrat de travail de Madame O. à la date du 8 mars 2019 ;

En conséquence, le Conseil

Confirme l'ordonnance de référé du 7 mars 2019 ;

Condamne la SNC Le Golf de Saint-Junien au paiement de toutes les sommes relevées dans l'ordonnance de référé, soit :

- 692,08 € au titre du salaire de décembre 2018 ;
- 69,21 € au titre des congés payés ;
- 800,00 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile.

Concernant la rupture du contrat de travail

Attendu que Madame O. n'a jamais été licenciée ;

Attendu que la salariée n'a perçu aucun salaire depuis décembre 2018. alors qu'elle est toujours en CDI ;

Attendu que la rupture du contrat de travail de Madame O. a été fixée au 8 mars 2019 par la décision en référé du 7 mars 2019 ;

Attendu que la salariée n'a perçu aucune somme due au titre de la rupture de son contrat de travail ;

En conséquence, le Conseil

Dit que la rupture du contrat de travail de Madame O. est aux seuls torts de l'employeur et qu'elle s'assimile à un licenciement sans cause réelle et sérieuse avec toutes les conséquences qui en découlent ;

Condamne la SNC Le Golf de Saint-Junien à verser à Madame O. les salaires de janvier, février jusqu'au 8 mars, ainsi que toutes les indemnités dues dans une telle procédure : indemnité de préavis de 2 mois, les congés payés y afférents, l'indemnité de licenciement ;

L'indemnité de congés payés, dont le montant de 1.383 € réclamé n'est pas détaillé, sera calculée sur les salaires de janvier 2019 d'un montant de 1.592,54 €, février 2019 pour un montant de 1.592,54 €, mars 2019 pour un montant de 441,00 € et l'indemnité de préavis pour un montant de 3.185,08 €, ainsi la somme correspondant au 10 % des congés payés est de 681,11 €.

Concernant le licenciement abusif sans cause réelle et sérieuse et son indemnisation

Attendu que l'employeur s'est mis en défaut de paiement des salaires et de fourniture de travail auprès de Madame O. ;

Attendu que « *le fait de ne pas payer le salaire convenu entraîne la rupture du contrat, rupture qui sera imputée à l'employeur. Ladite rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement à la charge de l'entreprise* » (Cour de cassation du 28 avril 1994, n°90-44.648 et celle du 3 octobre 1995, n°94-40.172) ;

Attendu que « *le retard de paiement du salaire caractérise à lui seul un manquement de l'employeur à son obligation essentielle du contrat qui lui rend imputable la rupture qui en résulte* » (Cour de cassation du 29 mai 1990, n°87-40.182 et celle du

11 octobre 2000, n°98-45.450) ;

Attendu que Madame O. s'est retrouvée dans l'impossibilité de poursuivre son contrat de travail, car son employeur a été défaillant dans la fourniture du travail ;

Attendu que la salariée n'a perçu aucune rémunération de salaire depuis décembre 2018 ;

Un barème d'indemnisation a été mis en place par ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (JO du 23/09/2017, art. 40-1). Le juge peut accorder une indemnité dont le montant est compris entre les planchers plafonds fixés dans ce barème en fonction de l'ancienneté du salarié (article L.1235-3 du Code du travail).

La salariée a soulevé l'absence de conformité de ce barème fixé par l'article L.1235-3 du Code du travail au droit européen.

L'article L.1235-3 du Code du travail dispose, dans sa rédaction issue des ordonnances du 22 septembre 2017, que « *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 », dit « *barème Macron* ».

L'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, prévoit que « *si les tribunaux arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre/ forme de réparation comme appropriée* ».

L'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, a repris ce même principe : « *En vu d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les parties s'engagent à reconnaître (...)* :

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

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

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

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

En l'espèce, l'application du barème annexé à l'article L.1235-3 du Code du travail pour les entreprises employant habituellement moins de 11 salariés et pour un salarié ayant deux ans d'ancienneté, ce qui est le cas présent, fixe une indemnité minimale de 0,5 mois de salaire.

En retenant un salaire moyen de 1.592,54 €, cela aboutirait à la somme de 796,27 €.

Cependant, au regard de l'ancienneté de Madame O., soit 2 ans, de sa rémunération, de sa qualification, outre les circonstances mêmes de la rupture, le préjudice réel subi par la salariée licenciée est supérieur.

La véritable adéquation des indemnités, au vu des éléments du dossier, est de retenir la somme de 5.000 € nets. Cette somme est supérieure au minimum prévu au barème annexé à l'article L.1235-3 du Code du travail dans la présente espèce, mais constitue une réparation adéquate du préjudice de la salariée, conformément aux dispositions de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, qui se justifie par le comportement de l'employeur, qui n'assume plus aucune de ses obligations, ce qui constitue une atteinte grave aux droits de la salariée et lui cause un préjudice important ;

Sur l'article 700 du CPC

Attendu que pour faire valoir ses droits, Madame O. a engagé des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge ;

Qu'il y a lieu de condamner la SNC Le Golf de Saint-Junien à lui verser, pour cette deuxième instance, la somme de 800,00 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Le Conseil de prud'hommes de Limoges, section Activités diverses, statuant publiquement, par jugement réputé contradictoire, en premier ressort, après en avoir délibéré conformément à la loi,

CONFIRME l'ordonnance de référé du 7 mars 2019 :

CONDAMNE la SNC Le Golf de Saint-Junien au paiement à Madame O. des sommes suivantes :

- 692,08 € bruts (six cent quatre-vingt douze euros et huit centimes) au titre du salaire du mois de décembre 2018.

- 69,21 € bruts (soixante-neuf euros et vingt et un centimes) au titre des congés payés afférents.

- 800,00 € (huit cents euros) au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile pour l'instance en référé.

DIT que la rupture fixée au 8 mars 2019 du contrat de travail de Madame O. est aux seuls torts de l'employeur ;

DIT que le licenciement de Madame O. est sans cause réelle et sérieuse.

CONDAMNE la SNC Le Golf de Saint-Junien à payer à Madame O. les sommes de :

- 1.592,54 € bruts (mille cinq cent quatre-vingt douze euros et cinquante quatre centimes) au titre du salaire du mois de janvier 2019.

- 1.592,54 € bruts (mille cinq cent quatre-vingt douze euros et cinquante quatre centimes) au titre du salaire du mois de février 2019.

- 441,00 € bruts (quatre cent quarante et un euros) au titre du salaire du mois de mars 2019.

- 3.185,08 € bruts (trois mille cent quatre-vingt cinq euros et huit centimes) au titre de l'indemnité compensatrice de préavis.

- 681,11 € bruts (six cent quatre-vingt un euros et onze centimes) au titre des congés payés afférents.

- 959,00 € nets (neuf cent cinquante neuf euros) au titre de l'indemnité de licenciement.

CONDAMNE la SNC Le Golf de Saint-Junien à payer à Madame G la somme de :

- 5.000,00 € nets (cinq mille euros) au titre des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

ORDONNE l'exécution provisoire, pour ce qu'elle n'est pas de droit au titre de l'article R.1454-28 du Code du travail, sur l'ensemble du présent jugement en application de l'article 515 du Code de procédure civile.

CONDAMNE la SNC Le Golf de Saint-Junien à verser à Madame O. la somme de :

- 800,00 € (huit cents euros) au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La condamne aux entiers dépens et, le cas échéant, aux frais d'exécution forcée de la présente décision ;

CONDAMNE la SNC Le Golf de Saint-Junien à remettre à Madame O. bulletin de salaire, attestation Pôle Emploi et certificat de travail, rectifiés conformes au présent jugement pour faire valoir ses droits, sous astreinte de 5 € par jour et par document à compter du 21^e jour suivant la notification du présent jugement, limitée à 3 mois.

DIT que le Conseil de prud'hommes se réserve la liquidation de l'astreinte.

Ainsi fait, jugé et prononcé par mise à disposition au greffe le premier octobre deux mille dix-neuf.

(M. Dufourneau, prés. – M. Daudet, déf. synd.)

EXPOSÉ DU LITIGE

Monsieur X. a été engagé par la société prise en la personne de son représentant légal, le 26 janvier 2009 d'abord en qualité d'intérimaire, puis en contrat à durée indéterminée à temps complet. Il était agent logistique. Le 25 mars 2014, Monsieur X. a été **victime d'un accident du travail. Son pied et son tibia gauches** ont été écrasés par le chariot élévateur d'un collègue qui ne l'avait pas vu. Après avoir été amputé le 16 mai 2018, Monsieur X. a été licencié pour inaptitude à tout poste dans l'entreprise.

L'article R.1453-3 du Code du travail dispose que la procédure est orale.

L'article R.1453-4 du Code du travail dispose que les parties peuvent se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit. Les observations des parties et leurs prétentions, lorsqu'elles ne sont pas tenues de les formuler par écrit, sont notées au dossier ou consignées au procès-verbal.

L'article R.1453-5 du Code du travail dispose que, lorsque toutes les parties comparantes formulent leurs prétentions par écrit et sont assistées ou représentées par un avocat, elles sont tenues, dans leurs conclusions, de formuler expressément les prétentions, ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions. Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. Le bureau de jugement ou la formation de référé ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif. Les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. À défaut, elles sont réputées les avoir abandonnées et il n'est statué que sur les dernières conclusions communiquées.

Monsieur X. rappelle ses demandes :

- Dire et juger son licenciement nul ou, en tout état de cause, sans cause réelle ni sérieuse
- Dire et juger que le barème prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail, et dont il est demandé application, doit être écarté à titre principal à raison de son inconventionnalité, du fait de sa violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne, de l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT, de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH ;

Dès lors que celui-ci est contraire au principe de réparation intégrale du préjudice ;

À titre subsidiaire, dès lors que le licenciement est nul, conformément aux dispositions de l'article L 1235-3-1 du code du travail ;

Dès lors que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement, conformément aux dispositions de l'article L.1226-15 du Code du travail ;

En conséquence

- condamner la société prise en la personne de son représentant légal, à lui payer :
 - 35.000 euros à titre de dommages intérêts pour licenciement nul ou, en tout état de cause dépourvu de cause réelle et sérieuse ;
 - 2.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- Ordonner à la société prise en la personne de son représentant légal, d'envoyer à Monsieur X. une attestation Pôle Emploi, un certificat de travail, un reçu pour solde de tout compte et le bulletin de paie afférent rectifiés, sous astreinte de 75 euros par document et par jour de retard à compter du 8^e jour suivant la notification du jugement à intervenir, le conseil se réservant le droit de liquider l'astreinte ;
- Ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir pour son entier dispositif, nonobstant appel et sans constitution de garantie ;
- Condamner la société prise en la personne de son représentant légal, aux entiers dépens de l'instance.

La société prise en la personne de son représentant légal, rappelle ses demandes :

À titre principal

- Débouter Monsieur X. de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions ;

À titre subsidiaire

- Limiter toute condamnation prononcée à la plus stricte proportion.
- Il convient de dire que les demandes de Monsieur X., et de la société, prise en la personne de son représentant légal, ont été entendues.

MOTIFS DU JUGEMENT

[...]

Il convient de dire que le licenciement de Monsieur X., intervenu le 16 mai 2018, est injustifié du fait que son licenciement pour inaptitude résulte de la faute de la société prise en la personne de son représentant légal.

L'article L.441-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose que l'avis rendu par la Cour de cassation ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

L'article 38 de la Constitution française dispose que le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur

dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

En l'espèce, le Conseil d'État a été saisi en référé pour trancher de l'inconventionnalité de l'ordonnance n° 2017-1387. Dans sa décision rendue le 7 décembre 2017, le Conseil d'État a rappelé qu'il ne peut se prononcer sur une telle demande en référé.

Le Conseil d'État n'a pas été en mesure de se prononcer sur l'inconventionnalité de l'ordonnance n° 2017-1387 parce que celle-ci a été transformée en loi avant qu'il ait pu intervenir, se trouvant de fait dessaisi.

Il convient de dire que le conseil de prud'hommes n'est pas tenu par cette décision.

L'article 55 de la Constitution française dispose que 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.

En l'espèce, le Conseil d'État considère que, dès lors que des conventions internationales sont ratifiées et publiées en France, elles doivent être appliquées dans toutes leurs dispositions.

Il convient de dire que le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution française, mais que le contrôle de la conformité des lois aux conventions internationales appartient aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation.

L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée dispose qu'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 attitude 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.

À 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.

En l'espèce, la Cour de cassation, dans son avis du 17 juillet 2019, dit que la Charte sociale européenne ne peut pas être invoquée dans les litiges entre particuliers.

Dans un arrêt n° 09-60-426 du 14 mai 2010, la Cour de cassation avait reconnu l'applicabilité directe de cette Charte. La France a accepté l'ensemble des dispositions, alors qu'elle n'était tenue à en accepter qu'un nombre minimal, elle reconnaît ainsi l'absence de marge d'appréciation pour la mise en œuvre des droits essentiels des individus énoncés dans la Charte auxquels la législation nationale répond déjà.

La Cour de justice de l'Union européenne a proclamé que « *le droit né des traités ne pouvait, en raison de sa nature spécifique, se voir judiciairement opposé un texte interne quel qu'il soit. Et que tout juge national a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire.* »

De surcroît, cette Charte européenne, signée en 1996, a été ratifiée par la France en 1999 et transcrite en droit interne par la loi n° 99-174 du 10 mars 1999 et publiée au Journal Officiel de la République Française par décret n° 2000-110 du 4 février 2000.

Il convient de dire que l'article 24 de la Charte sociale européenne a un effet direct horizontal, et de surcroît, par sa transcription intégrale en droit positif français, cette Charte s'impose aux juridictions nationales et peut être invoquée dans les litiges entre particuliers, en ce qu'elle leur accorde des droits subjectifs.

L'article 10 de la Convention de l'OIT n° 158 dispose que 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.

Dans son avis du 17 juillet 2019, la Cour de cassation estime que la Convention n° 158 de l'OIT ratifiée le 16 mars 1989 est bien d'application directe, mais que l'article L. 1235-3 du code ne contrevient pas à cet article.

L'article L. 135-3 du Code du travail dispose que 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 [voir tableau de l'article L. 1235-3 du Code du travail].

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 [voir tableau de l'article L. 1235-3 du Code du travail].

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. 1234-9.

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.

En l'espèce, la Cour de cassation, dans son avis du 17 juillet 2019, considère que cet article est compatible avec l'article 6 de Charte européenne des droits de l'Homme parce que le juge garde un pouvoir d'appréciation à l'intérieur d'un barème, que le salarié peut demander réparation d'autres préjudices tels que des dommages-intérêts pour licenciement vexatoire. La Cour de Cassation considère que cet article est compatible parce que ce barème n'est pas applicable en cas de licenciement nul.

Cette argumentation ne tient pas compte du fait que l'indemnisation d'un licenciement nul relève de régimes juridiques spécifiques correspondant à des fautes de l'employeur qui viole d'autres règles de droit. Il ne s'agit pas du régime du licenciement injustifié.

La Cour de cassation prend en compte le fait que le salarié perçoit en plus son indemnité de licenciement et une indemnité compensatrice de préavis, ces indemnités complémentaires permettant la réparation de son préjudice, le cas échéant.

Mais l'article L. 1235-3 prévoit que, pour déterminer le montant à verser au salarié victime d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le juge peut tenir compte des autres sommes versées au moment de la rupture, rendant possible la limitation de l'indemnisation versée. Cet argument est donc inopérant.

Elle prend en compte le fait que l'employeur peut être condamné à rembourser les indemnités Pôle Emploi perçues par le salarié dans la limite de six mois. Or, cette condamnation ne répare pas un préjudice subi par le salarié, puisqu'il ne sera pas destinataire de cette condamnation, mais répare un préjudice de Pôle Emploi. Cet argument est donc inopérant.

Le plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 au regard de la seule ancienneté ne prend en compte ni l'intégralité du préjudice subi par le salarié licencié sans motif valable, ni l'équité, en effet un salarié avec une ancienneté faible peut avoir un préjudice plus important qu'un salarié avec une ancienneté importante.

Le but affiché de ce texte est de sécuriser les employeurs dans leur processus de licenciement, et non de réparer le préjudice réellement subi, pour preuve, le simulateur mis en place permettant aux employeurs de calculer leur éventuelle condamnation si le licenciement est déclaré injustifié. Les indemnités octroyées ne sont pas d'un montant suffisamment

élevé pour dissuader l'employeur. Le barème prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail est moins favorable que le barème indicatif prévu à l'article D. 1235-21 du même code, lequel s'applique en cas de conciliation. Le maximum appliqué par ce barème est même inférieur à celui pour lequel la législation finlandaise a été écartée, pour mémoire ce dernier prévoyait 24 mois d'indemnisation. De surcroît, dans un certain nombre de situations, il réduit fortement les indemnisations qui étaient prévues avant son entrée en vigueur. Aucune différence n'est faite pour les salariés ayant plus de vingt-neuf ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de onze salariés. Pour les salariés des entreprises de moins de onze salariés, à partir de neuf ans d'ancienneté, le plafond est fixé à deux mois et demi de salaire. Ce barème permet à l'employeur de provisionner le coût d'un licenciement, ce qui limite en soi l'effet dissuasif.

En définitive, le salarié ne peut pas obtenir réparation d'un certain nombre de préjudices (conséquences morales sur sa personne et sa famille, sur la santé, financières en termes de rémunérations ou sur ses biens, etc.) par une autre voie judiciaire. En effet, les litiges résultants du contrat de travail sont de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes et l'action permettant d'obtenir réparation pour un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile.

Mais encore, le dernier alinéa de l'article L. 1235-3 interdit de réparer, au-delà des plafonds qu'il prévoit, les préjudices complémentaires au licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse que sont : le non-respect des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le non-respect de la priorité de réembauche, le défaut de mise en place du comité économique, des délégués du personnel ou du comité social et économique, en cas de licenciement économique.

Ces strictes limitations des possibilités d'indemniser tous les préjudices des salariés licenciés injustement retirent quasiment tout pouvoir d'appréciation au juge prud'homal. Elles ne lui permettent pas d'octroyer aux salariés l'indemnité adéquate tenant compte de l'ensemble de leurs préjudices. Elles provoquent en plus, de ce fait, une rupture d'égalité entre les salariés qui saisissent la seule juridiction qui pourrait réparer leur préjudice d'avoir été injustement licenciés.

Il convient d'écarter, au regard de l'article 55 de la Constitution française de 1958, l'article L. 1235-3 du Code du travail, au profit de la Convention n° 158 dans son article 10 et de la Charte sociale européenne dans son article 24, normes juridiques européennes et internationales qui s'imposent en ce qu'elles lui sont supérieures.

L'article L. 1226-15 du Code du travail dispose que lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la

réintégration du salarié déclaré apte, prévues à l'article L.1226-8, le tribunal saisi peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien des avantages acquis.

Il en va de même en cas de licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte prévues aux articles L.1226-10 à L.1226-12.

En cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité ne peut être inférieure à douze mois de salaires. Elle se cumule avec l'indemnité compensatrice et, le cas échéant, l'indemnité spéciale de licenciement prévue à l'article L.1226-14.

Lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions du troisième alinéa de l'article L.1226-12, il est fait application des dispositions prévues par l'article L.1235-2 en cas d'inobservation de la procédure de licenciement.

En l'espèce, le licenciement de Monsieur X. est injustifié. Il a perdu son emploi à la suite d'une inaptitude due à la faute de son employeur.

Il convient de condamner la société, prise en la personne de son représentant légal, à payer à Monsieur X. 35.000 euros à titre d'indemnité pour licenciement injustifié.

PAR CES MOTIFS

Le Conseil de prud'hommes du Havre, section Commerce, statuant publiquement, contradictoirement, en premier ressort, après en avoir délibéré conformément à la loi,

Dit que le licenciement de Monsieur X. intervenu le 16 mai 2018 est injustifié parce que l'inaptitude de Monsieur X. résulte de la faute de la société, prise en la personne de son représentant légal ;

Dit qu'il convient d'écarter, au regard de l'article 55 de la Constitution française de 1958, l'article L.1235-3 du Code du travail, au profit de la Convention n°158

dans son article 10 et de la Charte sociale européenne dans son article 24, normes juridiques européennes et internationales qui s'imposent en ce qu'elles lui sont supérieures ;

Condamne la société, prise en la personne de son représentant légal, à payer à Monsieur X. :

- 35.000 euros (trente-cinq mille euros) à titre d'indemnité pour licenciement injustifié ;
- 2.500 euros (deux mille cinq cents euros) au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Dit que les intérêts légaux commenceront à courir à compter de la réception de la convocation devant bureau de conciliation, soit à la date du 12 octobre 2018.

Condamne la société prise en la personne de son représentant légal aux entiers dépens et frais d'exécution de la présente instance ;

Dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'envoi :

- du bulletin de salaire ;
- de l'attestation Pôle Emploi ;
- du certificat de travail ;
- du reçu pour solde de tout compte ;

Dit qu'à défaut de règlement spontané des condamnations prononcées par le présent jugement et en cas d'exécution par voie extrajudiciaire, les sommes retenues par l'huissier instrumentaire en application des dispositions de l'article 10 du décret du 8 mars 2001, portant modification du décret du 12 décembre 1996, devront être supportées par la société prise en la personne de son représentant légal, en sus de l'indemnité mise à sa charge sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement en son entier dispositif, nonobstant appel et sans constitution de garantie.

(Mme Delacour, prés. - M^e Berbra, M^e d'Halescourt et Favaro, av.)

5^{ème} espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE GRENOBLE (départage) 22 juillet 2019

Mme X. contre SARL Y. (RG n°18/00.267)

Madame X. a été embauché par la SARL Y. France suivant contrat à durée indéterminée en date du 12 juillet 2002, en qualité d'employée de réserve, catégorie B. Ce contrat reprenait son ancienneté depuis le 6 février 2006, date de son embauche dans un magasin franchisé.

Suivant courrier recommandé en date du 10 janvier 2018, Madame X. a été convoquée à un entretien préalable qui s'est tenu le 24 janvier 2018.

Suivant courrier en date du 15 février 2018, Madame X. a fait l'objet d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

Par requête en date du 21 mars 2018, Madame X. a saisi le Conseil de prud'hommes de Grenoble aux fins de :

- À titre principal,
- dire et juger que le licenciement de Madame X. est nul
- condamner la SARL Y. France à verser à Madame X. la somme de 50.000 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul ;

- À titre subsidiaire,
- dire et juger que le licenciement de Madame X. est sans cause réelle et sérieuse,
- condamner la SARL Y. France à verser à Madame X.

la somme de 50.000 € à titre de dommage-intérêt pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En tout état cause,

- constater le non-respect de la procédure licenciement,
- constater le non-respect dans la procédure de licenciement,
- constater le manquement à l'obligation de sécurité de résultat,
- constater le retard dans la communication des documents de fin de contrat,
- condamner la SARL Y. France à verser Madame X. les sommes de :

* 993,92 € à titre d'indemnité légale de licenciement ;
* 2.439,90 € à titre de dommages-intérêts pour préjudice subi du fait du non-respect de la procédure de licenciement

* 10.000 € à titre de dommages-intérêts de non-respect de l'obligation de sécurité de l'employeur ;

* 5.000 € à titre de dommages-intérêts pour communication par les documents de fin de contrat ;

* 2.000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure de civile.

Elle expose avoir dénoncé une situation de harcèlement moral à sa direction depuis septembre 2017. Sans réelle réponse, ni mesures prises par la société pour tenter de faire la lumière sur les faits dénoncés. Elle évoque à l'appui de ses dires les deux sanctions disciplinaires dont elle a été l'objet en quatre mois en 2017, alors qu'elle n'en n'avait pas été l'objet en douze années. Elle considère que la société, alors qu'elle dénonçait un harcèlement moral, n'a fait aucune instruction à charge lors de la gestion des incidents et n'a pas apprécié le contexte.

La sanction de licenciement prononcé dans ce contexte doit donc être déclaré nulle.

Si le harcèlement moral n'est pas retenu, le licenciement doit être déclaré sans cause réelle et sérieuse, dès lors que la société ne s'est fondée que sur les déclarations d'une salariée pour les faits du 16 décembre 2017, sans effectuer une enquête objective, les autres témoins n'ayant pas vu l'incident en direct.

Elle rappelle avoir contesté les deux sanctions disciplinaires qui sont évoquées, l'avertissement d'octobre 2015 faisant suite à un désaccord en caisse, au cours duquel on lui a refusé de lui donner le ticket de caisse et le rappel à l'ordre du 6 décembre 2017 ayant eu lieu dans un contexte de tensions professionnelles avec sa hiérarchie. Elle évoque enfin ses bonnes notations et bonnes relations avec ses collègues et la clientèle, les seules tensions existantes l'étant avec sa hiérarchie.

SUR QUOI

[...]

Sur la cause réelle et sérieuse de licenciement

Il est reproché, comme vu ci-dessus, essentiellement à

Madame X. les faits du 16 décembre 2017 consistant en une altercation et prise à partie agressive de l'une de ses collègues, Madame A., ainsi que la responsable du magasin, Madame B.

Il ressort cependant des éléments de la cause que la démonstration de la faute de Madame X. sur cette journée-là repose essentiellement sur l'attestation de Madame A., qui est l'autre protagoniste de cette altercation, celle-ci s'est déroulée dans la réserve, sans témoin direct. Les deux autres témoignages proviennent de vendeuses en magasin ayant constaté l'état de stress et de colère de Madame X. lors de sa sortie de la réserve, sans pouvoir attester des propos de celle-ci à l'égard de sa collègue.

Quant aux propos que l'employeur fait tenir à Madame X. suite à leur entretien du 15 février 2018 avec sa hiérarchie, lors d'un entretien informel, elle les conteste fermement. Leur simple reproduction dans un courrier de la SARL Y. France à la salariée, alors qu'aucun compte rendu officiel n'a été dressé, ne peut donc valoir reconnaissance des propos agressifs tenus le 17 décembre.

La faute de Madame X. apparaît donc insuffisamment démontrée et, en tout état de cause, disproportionnée au regard du contexte, sans qu'il soit besoin d'examiner les sanctions antérieures qui n'ont fait l'objet d'aucune contestation et dont il n'est pas sollicité l'annulation. Le licenciement doit être déclaré sans cause réelle et sérieuse.

Sur le montant de l'indemnité due

Un barème d'indemnisation a été mis en place par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (JO du 23, art. 40-1). Le juge peut accorder une indemnité dont le montant est compris entre les planchers et plafonds fixés dans ce barème en fonction de l'ancienneté du salarié (C. trav., art. L.1235-3).

La salariée a soulevé l'absence de conformité de ce barème fixé par l'article L. 1235-3 du Code du travail au droit européen.

L'article L. 1235-3 du Code de travail dispose, dans sa rédaction issue des ordonnances du 22 septembre 2017, que « 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 », dit barème Macron.

Il sera noté que l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée n'a pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

L'article L. 1235-3 du Code du travail, en revanche, s'oppose à l'application de l'article de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur

le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, dont le Conseil d'État a confirmé l'effet direct, qui dispose que « *si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention arrive 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 tout autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».

L'avis rendu par la Cour de cassation le 17 juillet 2019 a conclu à la compatibilité des stipulations de l'article L. 1235-3 du Code du travail et de l'article 10 de la Convention de l'OIT, mais ne constitue pas une décision au fond. Cependant en l'espèce, l'application du barème annexé à l'article L. 1235-3 du Code du travail permet de fixer une indemnité allant de 3 à 11 mois de salaire. En retenant un salaire moyen de 2.098,77 € qui est la moyenne de salaire sur les 12 derniers mois, cela aboutit un maximum de 23.086,47 €.

Au regard de l'ancienneté de Madame X. au sein de l'entreprise soit 11 ans et 11 mois, de son âge (55 ans au jour de son licenciement), de sa rémunération, de sa qualification et de son souhait affiché de monter dans la hiérarchie, projet totalement interrompu par ce licenciement, ainsi que de la perte pour la salariée de pouvoir bénéficier de l'allocation de fin de carrière, outre les circonstances mêmes de la rupture, le préjudice subi par le salarié licencié est supérieur à cette fourchette.

La véritable adéquation des indemnités serait de retenir une somme de 35.000 € net.

Cette somme apparaissant supérieure à ce que permet l'application du barème annexé à l'article L. 1235-3 du Code du travail dans la présente espèce, ce barème devra être écarté afin de permettre une réparation adéquate du préjudice de la salariée, conformément aux dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT.

Il ne sera, en revanche, pas fait droit à la demande de rappel au titre de l'indemnité de licenciement, le salaire de référence à prendre en compte étant bien celui de 2.098,77 € retenu par la société et non celui de 2.439,90 évoqué par la salariée.

[...]

PAR CES MOTIFS

Le Conseil de prud'hommes de Grenoble, section Commerce, statuant en formation de départage, publiquement, par décision contradictoire et en premier ressort,

Déboute Madame X. de sa demande en nullité du licenciement ;

Dis que le licenciement survenu le 15 février 2018 est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Condamne la SARL Y. France à verser à Madame X. la somme de 35.000 € net à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ;

Condamne la SARL Y. France à verser à Madame X. les sommes suivantes :

- indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement : 2.098,77 €
- dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité : 8.000,00 €
- indemnité pour communication tardive des documents de fin de contrat : 5.000,00 €
- indemnité article 700 du Code de procédure de civile : 2.000,00 €

Rejette les autres demandes ;

Ordonne à la SARL Y. France, en application de l'article L. 1235-4 du Code du travail, de rembourser aux organismes concernés les indemnités-chômage versées à Madame X. dans la limite de six mois.

Dit qu'une expédition certifiée conforme du présent jugement sera adressée par le greffe du Conseil à l'Unedic.

Condamne la SARL Y. France aux dépens.