



Avis n° 15013 du 17 juillet 2019 (Formation plénière pour avis)
ECLI:FR:CCASS:2019:AV15013

DEMANDE D'AVIS N° S 19-70.011
(Art. L. 441-1 à L. 441-4 et R 441-1 du code de l'organisation judiciaire)
(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE TOULOUSE
(Saisine : jugement du 4 avril 2019)

Séance du 8 juillet 2019 à 9h30
Formation plénière
(Art. L. 441-2 du code de l'organisation judiciaire modifié par l'article 41 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016)

Conclusions de Madame le premier avocat général
Catherine Courcol-Bouchard
*assistée par Madame Aurélie Noël, chef du bureau
du contentieux de la chambre sociale au SDER*

Il est précisé que les conclusions du parquet général dans les avis 19-70.010 et 19-70.011 sont similaires, les demandes formulées ne divergeant que sur le fait que soit visée la totalité ou une partie du barème, ce qui importe peu dès lors que celui-ci constitue un dispositif global, et sur l'invocation, inopérante, de l'article 6 de la CESDH.

Par jugement du 4 avril 2019, le conseil de prud'hommes de Toulouse, statuant en bureau de jugement présidé par le juge départiteur, a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

«L'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, instaurant un barème d'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse est-il compatible avec les dispositions de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT et celles de l'article 24 de la Charte sociale européenne?»

Faits et procédure :

Engagé sous contrat à durée indéterminée le 25 juin 2004 par la SARL BVH en qualité

de veilleur de nuit, M. A... a saisi le conseil de prud'hommes de Bordeaux le 4 août 2017 d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs de la société BVH, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il a contesté l'application du barème d'indemnisation du licenciement injustifié, issu de la nouvelle rédaction de l'article L.1235-3 du code du travail.

Dans son jugement du 4 avril 2019 saisissant la Cour, le conseil de prud'hommes a sursis à statuer sur la demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse jusqu'à la réception de l'avis de la Cour de cassation.

C'est dans ce cadre que vous êtes saisis de la question précitée.

1 - Sur la recevabilité de la demande d'avis :

1.1 - Les textes applicables

Code de l'organisation judiciaire

Article L.441-1 : Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation. Elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

Article L.441-2 : La chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis. Lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis. Lorsque la demande pose une question de principe, elle est portée devant la formation plénière pour avis. La formation mixte et la formation plénière pour avis sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre.

Article L.441-2-1 : Le renvoi devant une formation mixte ou plénière pour avis est décidé soit par ordonnance non motivée du premier président, soit par décision non motivée de la chambre saisie. Le renvoi est de droit lorsque le procureur général le requiert.

Article L.441-3 : L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

Article L.441-4 : Les modalités d'application du présent titre sont fixées, en ce qui concerne les juridictions autres que pénales, par décret en Conseil d'Etat.

Code de procédure civile

Article 1031-1 : Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3. La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires.

Art.1031-2 : La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le greffe de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour.

1.2 - Recevabilité au regard des règles de forme

Par jugement du 14 février 2019, le conseil de prud'hommes a rouvert les débats afin de recueillir les observations des parties et du ministère public sur la sollicitation de l'avis de la Cour de cassation sur la conformité de l'article L.1235-3 du code du travail avec les articles 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale européenne. Ils ont été invités à faire connaître leurs observations écrites sur cette éventualité.

Par avis du 19 mars 2019, le procureur de la République du tribunal de grande instance de Toulouse a conclu que les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail ne méconnaissent pas les stipulations de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT, ni de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne.

Les parties ont formulé des observations écrites, transmises au greffe du conseil les 6 et 20 mars 2019.

La décision rendue le 4 avril 2019, sollicitant l'avis, a été notifiée le 9 avril 2019 aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, tandis que le procureur de la République près le tribunal de Toulouse, le premier président de la cour d'appel de Toulouse et la procureure générale près ladite cour étaient avisés de la saisine pour avis.

Le 30 avril 2019, la décision sollicitant l'avis a été adressée, avec les conclusions et observations des parties et du ministère public, au greffe de la Cour de cassation.

Les conditions de forme de la saisine pour avis apparaissent donc remplies.

1.3 - Recevabilité au regard des règles de fond

La question posée par le conseil des prud'hommes, juridiction de l'ordre judiciaire, est-elle une question de droit, est-elle nouvelle, présente-t-elle une difficulté sérieuse, se pose-t-elle dans de nombreux litiges et commande-t-elle l'issue du litige ? ¹

Appartient-il à la Cour de cassation de se prononcer, dans le cadre d'une demande d'avis, sur la compatibilité de dispositions de droit interne avec les textes conventionnels ?

¹ Sur ces questions peut être consulté l'excellent rapport rédigé à l'appui de l'examen du pourvoi n° 17-70.009 par Madame Sophie Depelley, conseiller référendaire

1.3.1 - Il est constant que seule **une question de droit** peut donner lieu à avis, les questions mélangées de fait ou supposant l'examen d'une situation concrète étant irrecevables².

Comme l'exprimait le président Buffet, *“la difficulté soumise à la Cour de Cassation ne doit pas être mélangée de fait et de droit, et elle doit se présenter comme une question de pur droit. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'une situation concrète, impliquant un débat contradictoire sur les faits devant les juges du fond. Certaines demandes d'avis, qui étaient en fait des consultations sur des cas d'espèce, ont été logiquement écartées”*.³

En l'espèce, aucune appréciation d'élément de fait n'apparaît nécessaire pour répondre à la question telle qu'elle est posée : elle interroge en effet de façon abstraite sur la compatibilité avec la Charte sociale européenne, la convention n°158 de l'organisation internationale du travail et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, de l'article L. 1235-3 du code du Travail, en ce qu'il 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.

La recevabilité de la demande d'avis m'apparaît pouvoir être admise dès lors qu'elle ne suppose qu'une appréciation in abstracto de la disposition de droit interne au regard des textes conventionnels.

Ce qui veut dire qu'il ne s'agit pas de dire si le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail est toujours compatible avec les textes conventionnels, mais seulement s'il est manifestement incompatible avec ceux-ci, quelle que soit la situation de fait.

1.3.2 - La question est **nouvelle** dès lors qu'elle porte sur un texte nouveau, issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation et ne fait pas l'objet d'un pourvoi sur lequel la Cour de cassation doit statuer dans un délai rapproché.

1.3.3 - La question est **sérieuse** et **se pose dans de nombreux litiges** puisque, à la date de rédaction des présentes conclusions, dix-huit conseils de prud'hommes ont eu à y répondre, six d'entre eux faisant application du barème (avec, pour certains, des réserves⁴) et les douze autres en écartant l'application au motif de son

² Avis du 23 mai 2016, n°16-70.002 ; avis du 11 mars 1994, n°09-40-003

³ *“Présentation générale - La saisine pour avis de la Cour de cassation - Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000”*, site internet de la Cour de cassation

⁴ Les conseils de prud'hommes de Caen et de Grenoble, statuant respectivement les 18 décembre 2018 et 4 février 2019, ont appliqué le barème en précisant qu'il pourrait être écarté *“en présence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait*

inconventionnalité.

Il est donc certain que la question peut *“raisonnablement donner lieu à des réponses divergentes de la part des juridictions du fond”*⁵.

Si des appels ont été interjetés, aucune cour d'appel n'a encore statué.

1.3.4 - Il n'est pas contesté que **la question commande l'issue du litige**, la juridiction étant saisie d'une demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont l'article L. 1235-3 du code du travail vient encadrer le montant.

1.3.5 - Reste à déterminer si votre formation plénière considère qu'elle peut donner un avis sur la compatibilité de dispositions de droit interne avec des textes conventionnels.

Il est constant qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, *“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”* et qu'en refusant d'exercer lui-même le contrôle de la conformité des lois à la Constitution⁶, le Conseil constitutionnel a conduit les juridictions françaises, tant judiciaires⁷ qu'administratives⁸, à développer un contrôle de conventionnalité.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans le cadre de la procédure de renvoi pour avis créée par la loi du 31 décembre 1987⁹, a accepté de rendre des avis sur la conventionnalité d'une disposition législative, sans que cela ne paraisse avoir soulevé de difficulté¹⁰.

La Cour de cassation a admis¹¹, dans un premier temps, la possibilité de contrôler la

manifestation rendue impossible par l'application du barème”.

⁵ Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz 5^{ème} édition 2015/2016, p.77

⁶ Cons. Const. 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC

⁷ Ch. Mixte 24 mai 1975, n°73-13.556, Bull 1975 Ch. Mixte n°4 (arrêt B...C...)

⁸ CE 20 octobre 1989, n°108243 (arrêt D...)

⁹ Article 12 de la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987, devenu l'article L.113-1 du code de la justice administrative

¹⁰ Par exemple CE 27 mai 2016, n°397842, sur la compatibilité du 8ème alinéa de l'article L.441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation avec le droit au procès équitable garanti par l'article 6 CEDH

¹¹ Cass. avis n°02020011 P du 25 septembre 2000

conventionnalité d'une disposition nationale dans le cadre de la procédure d'avis, s'agissant de confronter les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais elle a ensuite, de façon constante, refusé d'y procéder, en considérant que la question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec des normes internationales ne relevait pas de la procédure d'avis :

*“La question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité”*¹².

La motivation adoptée par la Cour dans cet avis a été constamment reprise¹³, sans développement particulier susceptible d'en éclairer la portée.

Il est cependant constant que l'office du juge du fond est de statuer sur les demandes dont il est saisi, ce qui peut aussi bien le conduire à interpréter la loi, lorsqu'elle est obscure¹⁴, qu'à en vérifier la compatibilité avec les dispositions d'une convention internationale invoquées (et invocables) devant lui¹⁵.

On comprend mal, avec le professeur Deumier, *“en quoi l'office du juge du fond” implique de statuer au préalable sur la conventionnalité d'une loi plus qu'il n'aurait à le faire sur l'interprétation de cette loi : dans les deux cas, il semble que la demande d'avis permette de fixer au plus tôt l'état du droit applicable*”. En effet, *“en sollicitant un avis de conventionnalité, les juges du fond ne s'estiment pas plus incompetents que lorsqu'ils demandent un avis sur une interprétation.”*¹⁶

Ce qui peut en réalité poser difficulté, c'est ce que le même auteur qualifie de *“part d'appréciation factuelle du contrôle de conventionnalité”*. Ce qui renvoie à l'irrecevabilité des demandes d'avis portant sur des questions de fait, ou mélangées de droit et de fait, et conduit à rappeler, comme cela a déjà été exposé, que seul le contrôle de conventionnalité intrinsèque, excluant tout examen *in concreto* d'une situation de fait, est susceptible de donner lieu à avis de la Cour.

¹² Avis de la Cour de cassation du 16 décembre 2002, n°00-20.008, Bull. 2002, Avis n° 6

¹³ Récemment encore, dans un avis de la Cour de cassation du 7 mars 2018, n° 17-70.039

¹⁴ Comme l'y oblige l'article 4 du code civil

¹⁵ Par application des dispositions de l'article 55 de la Constitution, déjà rappelées

¹⁶ Pascale Deumier, *Conventionnalité et saisine pour avis*, RTD Civ. 2018, p. 66

Sur cette question, Hugues Fulchiron ¹⁷ s'interroge en ces termes : "*En donnant un avis sur la conventionnalité intrinsèque de la règle, ne serait-il pas opportun que la Cour de cassation puisse mettre fin aux incertitudes qui pèsent sur l'état du droit positif ?*" et Thibaut Larrouturou ¹⁸ observe que la "*politique jurisprudentielle réfractaire aux avis en conventionnalité (...) pourrait être amendée à la faveur de l'appropriation sans cesse plus poussée par la Cour de cassation de son rôle d'interface privilégiée entre le droit de la Convention et le droit français (du moins s'agissant des hypothèses de contrôle in abstracto de la loi, le contrôle in concreto relevant toujours de la compétence du juge du fond, y compris à la suite d'une demande d'avis in abstracto de sa part).*"

Le législateur lui-même, en modifiant en 2005 l'article L. 190 du livre des procédures fiscales ¹⁹, a explicitement inclus les avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans le champ des décisions juridictionnelles pouvant révéler la non-conformité de la règle de droit à une règle de droit supérieure.

Rappelons enfin qu'en instaurant la saisine pour avis de la Cour de cassation, le législateur a entendu permettre l'unification des règles de droit dans un délai rapide en évitant la multiplication des contentieux.

Entendus par la commission des lois de l'Assemblée nationale le 6 avril 2016 ²⁰, les chefs de Cour ont souligné que "*la saisine pour avis de la Cour est un moyen d'assurer l'efficacité de l'action judiciaire en permettant une unification rapide de la jurisprudence sur des lois nouvelles, ou des points de droit nouvellement soulevés, et en évitant la multiplication de décisions contradictoires sur un même sujet lorsqu'un contentieux est naissant sur l'ensemble du territoire.*"

Ils ont ajouté que "*La complexité accrue du droit ainsi que l'inflation législative justifient pour la Cour de cassation une réforme facilitant sa saisine pour avis*" et ont été entendus, puisque la procédure pour avis a été simplifiée par la loi du 18 novembre 2016 ²¹.

C'est dans ces conditions, et sous les réserves formulées, que je conclus à la recevabilité de la présente demande d'avis.

¹⁷ Hugues Fulchiron *Pas de famille homoparentale hors adoption*, Recueil Dalloz 2018, p. 983,

¹⁸ Thibaut Larrouturou, *Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et demandes d'avis aux cours suprêmes : saisine sur saisine ne vaut ?*, Recueil Dalloz 2018, p. 1502

¹⁹ Article 117 de la loi de finances pour 2006 n° 2005-1719, du 30 décembre 2005

²⁰ Consultable sous l'onglet "publications" du site internet de la Cour de cassation

²¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016

2 - Sur la réponse à la demande d'avis

2.1 - Les textes visés par la demande

➤ Article L.1235-3 du Code du travail

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

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15

20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

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

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

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9.

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.

➤ Article 24 de la Charte sociale européenne (signée par la France le 18 octobre 1961 et ratifiée le 9 mars 1973) :

Droit à la protection en cas de licenciement

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

- a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

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

➤ Article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT (adoptée le 22 juin 1982 et ratifiée par la France le 30 décembre 1988) :

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.

[article 8. 1 : Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.]

2.2 - L'invocabilité devant la juridiction judiciaire de ces conventions

La primauté, dans l'ordre interne français, des traités internationaux sur les normes nationales, s'applique qu'il s'agisse d'accords bilatéraux ou de conventions multilatérales dès lors qu'ils ont été ratifiés. En matière de droit du travail, elle concerne les conventions élaborées par l'Organisation Internationale du Travail, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Charte sociale européenne et les textes communautaires.

Mais encore faut-il que les parties disposent de la faculté d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions des traités internationaux. Il faut pour cela que la norme internationale soit reconnue d'application directe, le droit européen (et désormais l'ensemble du droit international du travail) distinguant selon qu'il s'agit d'un effet direct vertical, jouant dans les relations entre Etats et particuliers, ou horizontal, jouant dans les relations entre particuliers.

Deux critères principaux ont été dégagés pour déterminer l'applicabilité directe d'une norme internationale : un critère subjectif, se fondant sur l'intention des auteurs de la norme ; un critère objectif, né du droit communautaire, qui conduit à rechercher, article par article, si la norme considérée est suffisamment précise et inconditionnelle.

➤ Aucun effet direct n'a été reconnu par la Cour de cassation aux dispositions de la **Charte sociale européenne**.

Comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation interprète le droit national à la lumière des stipulations de conventions internationales même dépourvues d'effet direct. Ainsi, le fait que la chambre sociale ait rejeté des moyens qui invoquaient un article de la Charte, en considérant que le droit interne était conforme ²², ne signifie pas une reconnaissance de l'effet direct de cet article.

De même une cassation au visa, aux côtés de textes d'application directe, de la Charte sociale européenne, ne signifie pas davantage la reconnaissance pour celle-ci d'un effet direct horizontal : l'arrêt de la chambre sociale du 29 juin 2011 sur les conventions de forfait en jours ²³ a été rendu au visa, notamment, de *"l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne"*, ni l'article 151 du Traité, ni la Charte sociale n'ayant d'effet direct horizontal dans les litiges entre particuliers.

Pour qui en douterait, l'étude publiée au Rapport annuel 2014 rappelle que, dans cet arrêt, la chambre sociale ne se prononçait pas sur l'effet direct de la Charte européenne mais se fondait sur l'exigence constitutionnelle du droit à la santé et au repos et sur les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur posés par le droit de l'Union ²⁴.

Le Conseil d'Etat a certes reconnu un effet direct à l'article 24 de la Charte dans une décision du 10 février 2014 ²⁵. Il s'agissait, non d'un litige entre particuliers, mais d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir, formulée par le secrétaire général d'une chambre de métiers, d'une décision de la commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat, personne morale de droit public dotée de prérogatives de puissance publique, instituée par la loi n°52-1311 du 10 décembre 1952.

Si le Conseil d'Etat a considéré que l'article 24 de la Charte sociale européenne pouvait être invoqué utilement par le requérant, c'était donc en donnant à cet article un effet direct vertical et non l'effet direct horizontal qui n'a jamais été admis par la Cour de cassation.

Comme l'a exprimé la Cour de justice des communautés européennes ²⁶: *"Une disposition d'un accord (...) doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte*

²² Par exemple Soc.29 février 2012, n°11-60.203, Bull. V n°82, à propos de l'article 5 de la Charte sociale européenne ; Soc. 14 décembre 2011, n° 1027441, Bull.V, n° 300, à propos des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ; Soc.12 avril 2018, n° 17-60.197, toujours à propos de l'article 5

²³ Soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, Bull. V n°181

²⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation 2014 "Le temps", p. 163

²⁵ CE 10 février 2014, n°358992, *Fischer*

²⁶ Arrêt Demirel c/ Ville de Schwäbisch Gmünd aff. 12/86 du 30 septembre 1987, rappelé dans les conclusions de Madame Demortier, rapporteur public devant le Conseil d'Etat (n°322326)

une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur”.

Or la nécessité d'une intermédiation étatique pour l'application de l'article 24 de la Charte résulte, tant de sa Partie I, selon laquelle *“les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens (...) la réalisation des conditions propres à assurer l'exercice des droits et principes suivants, dont le droit à la protection contre le licenciement de l'article 24”* que de son annexe, qui prévoit qu' *“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”.*

Lors d'un récent colloque ²⁷, le professeur Césaró rappelait que Pierre Laroque, rapporteur général d'un colloque organisé à Strasbourg par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, avait souligné la volonté des Etats signataires de ne pas permettre une application directe de la Charte :

“L'Annexe à la Charte (laquelle est partie intégrante de la Charte) stipule expressément qu' “il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la Partie IV”. Cette formule, au premier abord quelque peu obscure, est éclairée par les travaux préparatoires. Elle a été introduite précisément pour exclure toute possibilité pour les intéressés de se prévaloir directement devant les autorités ou les juridictions nationales des dispositions de la Charte. Il en résulte que les engagements souscrits par les Parties Contractantes sont uniquement des engagements d'Etat à Etat, dont les seules sanctions, de caractère international, sont celles qui sont prévues dans la Partie IV.”

Pierre Laroque en concluait que la faiblesse des sanctions prévues, *“s'ajoutant à l'interdiction faite aux individus et groupes intéressés de se prévaloir de la Charte devant les juridictions tant nationales qu'internationales, laisse un certain doute sur le désir des gouvernements signataires de la Charte de donner une grande efficacité à cet instrument international.”* ²⁸

Je suis dès lors d'avis que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'est pas directement invocable devant la juridiction judiciaire.

➤ Il n'est en revanche pas contesté que **les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT**, rédigées en termes proches de ceux de l'article 24 de la Charte sociale européenne, **sont d'application directe horizontale en droit interne.**

Dans un arrêt du 29 mars 2006 relatif au contrat nouvelle embauche, la Cour de cassation a ainsi considéré que *“les articles 1^{er}, le b du paragraphe 2 de l'article 2, et l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158 (...) sont d'application directe*

²⁷ Questions sensibles de droit du travail, Cour de cassation, 14 juin 2019

²⁸ Pierre Laroque, *La charte sociale européenne*, Droit social mars 1979, pages 100 et suivantes

devant les juridictions nationales”²⁹.

Et elle a rappelé, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2008³⁰, que *“l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT (...) est d'application directe en droit interne”*.

Plus généralement, la convention n°158 de l'OIT n'a fait l'objet d'aucune réserve, tant par le pouvoir exécutif que le pouvoir parlementaire, sur son caractère d'applicabilité directe au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification du 30 décembre 1988, les parlementaires ayant considéré que la législation française était largement en concordance avec ce texte³¹.

2.3 - La question de la compatibilité du barème encadrant les indemnités pour licenciement injustifié avec l'article 10 de la convention 158 de l'OIT

Rappelons que l'engagement pris par la France et dont nous avons vu qu'il était directement opposable dans les litiges entre particuliers, consiste en ce qu'en cas de licenciement injustifié puisse être ordonné, à défaut de la réintégration du salarié, le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

Pour apprécier la conformité des dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail à l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, il paraît utile de rappeler d'où vient ce barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'apprécier son effet sur la jurisprudence des juridictions prud'homales.

➤ La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 a introduit un premier plancher, en prévoyant une indemnisation minimale égale à six mois de salaire, non applicable aux salariés ayant une ancienneté inférieure à deux ans et aux entreprises comptant moins de onze salariés³². Aucun maximum n'était prévu.

Tel était en France l'état du droit lorsqu'a été adoptée, puis ratifiée la convention 158.

La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a introduit à l'article L.1235-1 du code du travail des dispositions incitant les parties à conclure un accord afin de mettre fin au litige portant sur un licenciement, sur la base d'un barème codifié à l'article D. 1235-21 du même code. Prévoyant une indemnité variant de 2 à 14 mois de salaire

²⁹ Soc. 29 mars 2006, n°04-46.499, Bull. 2006, V, n°131, publié au Rapport annuel

³⁰ Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n°146, publié au Rapport annuel

³¹ Sur cette question, il est renvoyé au rapport de Madame Agnès Martinel à l'appui du pourvoi n° 04-46.499

³² Le principe et l'exception étant respectivement codifiés aux articles L.1235-3 et L.1235-5 du code du travail

selon l'ancienneté du salarié, ce barème a été revalorisé par le décret du 23 novembre 2016 qui a porté le montant maximum d'indemnisation à 24 mois de salaire ³³.

Puis la loi du 6 août 2015 a introduit à l'article L. 1235-1 du code du travail une disposition invitant le juge à *“prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'Etat”*, référentiel fixant *“le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles”*. Codifié à l'article R. 1235-22 du code du travail, ce référentiel prévoyait une indemnité allant d'un mois de salaire pour une ancienneté inférieure à un an, à 21,5 mois pour une ancienneté supérieure ou égale à 43 ans.

Le montant de l'indemnité était en outre majoré d'un mois de salaire si le demandeur était âgé d'au moins 50 ans à la date de la rupture, ainsi qu'en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi pour des raisons tenant à la situation personnelle du salarié et à son niveau de qualification.

Lors de l'élaboration des ordonnances de 2017, l'objectif avancé pour la barémisation des dommages et intérêts était de permettre *“une plus grande équité”* entre salariés et de *“redonner confiance aux employeurs et aux investisseurs, notamment dans les TPE”* ³⁴. L'étude d'impact de la loi d'habilitation, s'appuyant sur *“une étude menée par le ministère de la justice en mai 2015 sur 401 arrêts rendus par les chambres sociales des cours d'appel au mois d'octobre 2014”* souligne l'existence d'écart dans le montant des indemnités qui *“ne s'expliquent pas par les seules différences de salaire et d'ancienneté des salariés dans l'entreprise. Ils traduisent notamment des traitements différenciés par les juges dans des situations comparables”*.

Notons cependant que ces différences de traitement peuvent être, au moins en partie, corrélées à la non application aux salariés ayant une ancienneté inférieure à 2 ans, des dispositions générales de l'article L. 1235-3 imposant une indemnité minimale de six mois de salaire, ainsi qu'à la prise en compte de l'impact des condamnations sur la trésorerie des petites entreprises.

➤ Faute d'une connaissance exhaustive des décisions rendues par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel, la comparaison entre la réparation intégrale, telle que la décidaient les juges du fond avant 2017 et les barèmes instaurés par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 est malaisée.

Deux études ont cependant été récemment menées en lien avec la Mission de recherche Droit et Justice : la première compare les indemnités accordées par le conseil de prud'hommes de Paris de 2013 à 2017 avec celles qui résulteraient de l'application du

³³ Barème fixé par l'article D. 1235-21, créé par le décret n° 2013-721 du 2 août 2013 et modifié par le décret n°2016-1582 du 23 novembre 2016.

³⁴ Exposé des motifs de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

barème instauré par l'ordonnance n° 2017-1387 ³⁵ ; la seconde a été conduite par la faculté de droit de Grenoble sur la base de 500 arrêts rendus par deux cours d'appel ³⁶.

Il résulte de la première étude que si, dans 41% des cas, les indemnités résultant du barème auraient été supérieures ou égales aux indemnités effectivement prononcées, pour les 59 % restant, correspondant majoritairement à des situations d'ancienneté très faible, les indemnités auraient été inférieures.

La seconde étude conclut de façon similaire qu' *“environ un tiers des indemnités effectivement accordées sont inférieures ou équivalentes à l'indemnité maximale [prévue par le barème], et environ deux tiers des indemnités sont supérieures”*.

Ces études vérifient ainsi le constat largement partagé par la doctrine d' *“une réduction substantielle des droits des salariés”* ³⁷, spécialement de ceux de faible ancienneté, certains allant jusqu'à affirmer que *“ce parti pris en faveur de l'employeur, qui plus est la partie forte du contrat de travail, est la source de l'indignation doctrinale générale suscitée par cette réforme”* ³⁸.

Pour autant, et comme le rappellent d'autres auteurs, *“la question posée aux juges français n'est pas de savoir si l'institution d'un barème d'indemnisation pour le licenciement sans cause réelle et sérieuse est une bonne ou une mauvaise mesure.”* ³⁹ Le Conseil constitutionnel est en effet venu rappeler que le principe de réparation intégrale, dont l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 s'est affranchie, n'avait pas valeur constitutionnelle et que *“la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi”* ⁴⁰.

La seule question aujourd'hui posée est donc celle de la conformité de la loi interne avec l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, qui impose à l'employeur, en cas de licenciement injustifié non suivi d'une réintégration dans l'entreprise, *“le versement d'une indemnité adéquante ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée”*.

Sur le sens à donner aux qualificatifs utilisés par le texte, une chose est certaine :

³⁵ Mission de recherche Droit et Justice, *La barémisation de la Justice, une approche par l'analyse économique du droit*, février 2019.

³⁶ *Les pratiques juridictionnelles d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'application d'un barème?* Droit social 2019 p.300.

³⁷ J. Mouly, *La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ?* Droit social 2019 p.122

³⁸ N. Fournier de Crouy, *Les différents usages du barème d'indemnisation : retour sur l'article L. 1235-3 du Code du travail*, Revue de droit du travail 2019 p.29

³⁹ A. Gardin et J-P Lhernould, *Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le coeur et la raison*, RJS2019

⁴⁰ Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018

“adéquat” ou “approprié” ne sont pas des synonymes d’“intégral”⁴¹. L’annexe 7 du manuel de rédaction des instruments de l’OIT indique, qu’en français, le terme “adéquat” est souvent employé dans le sens “d’approprié”, pour signifier *“adapté à un usage déterminé, ou encore, bien adapté, qui convient aux circonstances”*⁴².

Signée sous l’égide d’une organisation internationale réunissant 187 pays, de l’Afghanistan au Zimbabwe, d’un niveau de protection sociale extrêmement inégal, la convention 158 sur le licenciement n’a été ratifiée que par 36 pays (dont un l’a ensuite dénoncée)⁴³. Il ne s’agit pourtant, selon le préambule de la convention, que *“d’adopter diverses propositions relatives à la cessation de la relation de travail à l’initiative de l’employeur”*.

Quelque soit l’impérativité du ton adopté, il s’agit davantage d’une incitation forte faite à ses membres que d’une exigence d’un mode unique de sanction, la convention laissant aux Etats une marge de manoeuvre importante quant aux mesures à prendre et n’employant donc pas par hasard des termes permettant une marge d’interprétation.

Le rapport de la session de 1995 de la conférence internationale du travail sur la protection contre le licenciement injustifié⁴⁴, souligne que *“la réparation en cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental devrait avoir pour but la réparation intégrale, tant sur le plan financier que professionnel, du préjudice subi par le travailleur, la meilleure solution étant généralement la réintégration du travailleur dans ses fonctions avec indemnisation rétroactive et maintien des droits acquis. Lorsque la réintégration comme mode d’indemnisation n’est pas prévue, pas possible ou encore non désirée par le travailleur, il serait souhaitable que les indemnités accordées pour un licenciement fondé sur un motif mettant en cause un droit fondamental de l’homme soient en rapport avec le préjudice subi, et plus élevées que pour d’autres types de licenciement”*⁴⁵.

La formulation, quoique particulièrement prudente, distingue donc les licenciements portant atteinte à un droit fondamental qui, seuls, imposeraient une réparation intégrale, des autres licenciements injustifiés.

Comme l’indique le site de l’OIT, dans plusieurs pays européens, le montant de la compensation pour licenciement injustifié n’est pas *“librement déterminé”* par la

⁴¹ En sens contraire cependant, J. Mouly, *La barémisation des indemnités prud’homales : un premier pas vers l’inconventionnalité ?* Droit social 2019 p.122

⁴² Annexe 7 pages 116 à 119

⁴³ Et cette convention est l’une des plus controversées de l’OIT, selon le compte rendu des travaux de la commission de l’application des normes de la conférence de 2011

⁴⁴ Le terme de licenciement “injustifié” recouvrant, au sens de la convention 158, l’ensemble des licenciements sans motif valable, y compris ceux qui mettent en cause un droit fondamental

⁴⁵ Point 232

juridiction : ainsi des plafonds sont-ils prévus par les législations allemande (12 mois de salaire, sauf pour les salariés les plus âgés ayant une ancienneté importante), belge (17 semaines), danoise (jusqu'à 6 mois à condition d'avoir plus de 15 ans d'ancienneté), espagnole (33 jours par année de présence avec un maximum de 24 mois), finlandaise (24 mois) et suisse (6 mois).

L'examen de la suite donnée aux réclamations émises à l'encontre de pays membres de l'OIT, portant sur l'article 10 de la convention 158, montre le souci des organes de contrôle d'apprécier la situation des travailleurs "*dans la pratique*" (réclamation contre la Turquie) ou d'obtenir "*des informations sur la manière dont la convention est appliquée dans la pratique*" (réclamation contre la Slovaquie). Il est tenu compte, non seulement de l'indemnisation d'un montant correspondant à "*33 jours de salaire par année de service*", mais aussi de la "*prestation de chômage [à laquelle peut prétendre le travailleur] à partir du moment où la décision d'annulation de la relation de travail est effective*" (réclamation contre l'Espagne, dont le dispositif a été considéré comme conforme à l'article 10 de la convention 158).

Des spécialistes du droit international du travail soulignent que "*l'approche de l'indemnité adéquate ou de la forme de réparation appropriée (et donc de la conventionnalité) doit être globale en resituant le barème dans un régime d'ensemble : celui de la sanction du licenciement prononcé sans « motif valable » au sens de l'article 4. Ce n'est pas le barème qui devrait satisfaire à l'exigence portée par l'article 10 mais le système de sanction du licenciement prononcé pour un motif injustifié ou illicite dans son ensemble. La loi française devrait dès lors être analysée en tenant compte de la portée des exclusions prévues à l'application du barème pour lesquelles un retour à une sanction en termes de nullité du licenciement est prévue avec droit à réintégration et, si elle n'est pas demandée ou possible, plancher d'indemnisation et réparation intégrale du préjudice subi. Devrait également être dans le débat de la forme de réparation appropriée le jeu de l'article L. 1235-4 du Code du travail qui prévoit la condamnation de l'employeur au remboursement des indemnités de chômage versées au salarié. C'est cet ensemble, dont le barème de l'article L. 1235-3 du Code du travail est un élément, qui doit satisfaire à l'exigence portée par l'article 10.*"⁴⁶

Ajoutons que l'observation générale de la Commission d'experts de l'OIT sur la convention n°158, adoptée en 2008, précise que "*les principes sur lesquels la convention est fondée reflètent un équilibre soigneusement pesé entre les intérêts de l'employeur et les intérêts du travailleur*". Il s'agit à la fois de reconnaître "*le droit de l'employeur de licencier un travailleur pour un motif valable*", mais aussi "*de garantir le droit du travailleur de ne pas être injustement privé de son emploi.*"⁴⁷

La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) a été saisie en 2017 par des organisations syndicales françaises de la question de la conformité à la convention 158 du système français

⁴⁶ A. Gardin et J-P Lhernould, *Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le coeur et la raison*, RJS2019, déjà cités

⁴⁷ Rapport final de la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement, avril 2013

d'indemnisation des travailleurs licenciés sans cause réelle et sérieuse.

La nécessité d'éclairer sans délai des juridictions dont les réponses divergent ⁴⁸, ne permet cependant pas à la Cour d'attendre qu'elle se prononce, d'autant plus que ses recommandations, si elles doivent toujours être considérées avec le plus grand sérieux, ne s'imposent ni aux Etats, ni aux juridictions.

Il vous faut donc répondre à la question posée, en disant si les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, telles qu'insérées dans un ensemble de textes sanctionnant les licenciements injustifiés, permettent au salarié ainsi licencié d'être réintégré dans son emploi ou, à défaut, d'obtenir une réparation adéquate, au sens de la convention 158.

Vous prendrez pour cela en considération le fait :

- que le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien des avantages acquis et que ce n'est que lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties que le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur ;

- que le plafonnement de cette indemnité n'est pas, en soi, contraire au texte conventionnel ;

- que le barème prévu, quelque appréciation que l'on puisse porter sur la faiblesse des plafonds concernant les salariés ayant une ancienneté réduite, est conçu sur la base de critères objectifs tenant à l'ancienneté et à la rémunération mensuelle du salarié, le juge disposant d'une marge d'appréciation (s'élevant avec l'ancienneté), lui permettant de tenir compte d'autres facteurs relatifs à la situation personnelle du salarié ;

- que l'indemnité prévue par le barème s'ajoute à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et de préavis ;

- que l'indemnité issue du barème n'est pas exclusive de la réparation de préjudices distincts survenus à l'occasion du licenciement, lorsque celui-ci est, par exemple, intervenu dans des circonstances brutales ou vexatoires ⁴⁹ ;

- que le salarié licencié percevra une allocation chômage de pôle-emploi, allocation que le juge condamnera l'employeur fautif à rembourser pour la période allant du jour du licenciement au jour du jugement, dans la limite de six mois d'indemnités ⁵⁰ (il s'agit d'éviter les licenciements injustifiés en alourdissant les conséquences financières de la rupture) ;

- que l'application du barème est écartée en cas de licenciement nul (article L.1235-3-1 du code du travail). Si l'on prend en considération, non pas le barème isolément, mais

⁴⁸ Comme de respecter le délai de trois mois fixé par l'article 1031-3 du code de procédure civile

⁴⁹ Soc. 19 juillet 2000, n°98-44.025 ; Soc. 27 novembre 2001 n°99-45.163 ; Soc. 21 novembre 2012 n°11-23.699

⁵⁰ Article L.1235-4 du code du travail

“le système de sanction du licenciement prononcé pour un motif injustifié”⁵¹, on ne peut affirmer que “le rétablissement du principe de la réparation intégrale, en tout cas non plafonnée, en cas de licenciement nul est sans incidence sur l'appréciation du caractère adéquat ou non de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse”⁵². Il n'est en effet pas indifférent que le barème soit écarté en cas de violation d'une liberté fondamentale, de harcèlement, de licenciement discriminatoire ou d'atteinte à un salarié protégé, la réparation étant alors intégrale, comme le souhaitait en 1995 la Conférence internationale du travail.

Le système de sanction du licenciement prévu par la loi nationale ne me paraît dès lors pas conduire à une réparation manifestement inadéquate ou inappropriée du licenciement injustifié, au sens de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT.

Je conclus qu'il soit répondu à la demande d'avis formulée par le conseil de prud'hommes de Toulouse, que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'est pas directement invocable devant la juridiction judiciaire et que l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, instaurant un barème d'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, est compatible avec les dispositions de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT.

⁵¹ A. Gardin et J-P Lhernould, *Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le coeur et la raison*, RJS2019, déjà cités

⁵² G. Loiseau, *Conventionnalité du barème : le débat est ouvert*, La Semaine Juridique Social n° 46, 20 Novembre 2018, 1367