



Avis n° 15012 et 15013 du 17 juillet 2019 (Formation plénière pour avis)

Demandes d'avis n° R1970010 et S1970011

Séance du 8 juillet 2019

Décisions transmettant les demandes d'avis : 10 avril 2019 du conseil de prud'hommes de Louviers et 4 avril 2019 du conseil de prud'hommes de Toulouse

M. X... Y...

C/

la société Sanofi Pasteur

M. Z... A...

C/

la société B. V. H

rapporteur : Anne Leprieur,
assistée de Aurélie Noël,
magistrat au service de
documentation, des
études et du rapport

**RAPPORT
SAISINE POUR AVIS DE
LA COUR DE
CASSATION**

Rapport commun aux demandes d'avis n° R1970010 et S1970011

La Cour de cassation est saisie des questions suivantes, transmises pour avis :

- S'agissant de la demande d'avis R 1970010 émanant du CPH de Louviers :

« 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 ? »

- S'agissant de la demande d'avis S 1970011 émanant du conseil de prud'hommes de Toulouse :

« 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? »

Plan

1 Rappel des faits et de la procédure

2 Recevabilité de la demande d'avis

2.1 Recevabilité au regard des règles de forme

2.1.1 S'agissant de la demande d'avis R 1970010 émanant du conseil de prud'hommes de Louviers

2.1.2 S'agissant de la demande d'avis S 1970011 émanant du conseil de prud'hommes de Toulouse

2. 2 Recevabilité au regard des règles de fond

2.2.1 La question posée doit être une question de droit nouvelle

2.2.1.1 Une question de droit

2.2.1.2 Une question nouvelle

2.2.2 La question posée doit présenter une difficulté sérieuse

2.2.2.1 Une question dont la réponse ne s'impose pas de toute évidence

2.2.2.2 Une difficulté commandant l'issue du procès

2.2.3 La question doit se poser dans de nombreux litiges

2.2.4 La question ne doit pas faire l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation

2.3 Saisine pour avis et contrôle de conventionalité

2.3.1 Préalable : Contrôle de conventionalité *in abstracto* et *in concreto*

2.3.2 Les avis de la Cour de cassation rendus en matière de contrôle de conventionalité

2.3.3 Les commentaires doctrinaux

2.3.4 Une jurisprudence devant être questionnée ?

2.3.4.1 Au regard des objectifs de la procédure d'avis ?

- L'intention du législateur
- La conception de la Cour de cassation

2.3.4.2 Au regard de la position du Conseil d'État ?

2.3.4.3 Au regard du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales?

2.4 Recevabilité de l'intervention volontaire de syndicats

2.4.1 La recevabilité de l'intervention des syndicats : généralités

2.4.2 La recevabilité de l'intervention des syndicats dans le cadre d'une demande d'avis

3 Eléments de réponse au fond

3.1 Le droit interne

3.1.1 Le contexte juridique dans lequel s'inscrit la fixation du barème

3.1.1.1 La notion de barème

3.1.1.2 Le principe de réparation intégrale du préjudice et l'appréciation souveraine du juge

3.1.1.3 Des plafonds et planchers d'indemnités mis en place par le législateur

3.1.2 Les textes de droit interne : historique de l'encadrement par le législateur du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

3.1.2.1 Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

- Les textes en vigueur à partir du 1er mai 2008, issus de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007

- Le plafonnement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, prévu par l'article 266 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, censuré par le Conseil constitutionnel le 5 août 2015

- Le référentiel indicatif mis en place par le décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016

3.1.2.2 Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017

- Les motifs du législateur

- Les textes

- La décision du Conseil constitutionnel n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 portant sur la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

- L'analyse du Conseil d'État dans sa décision en référé du 7 décembre 2017

- L'impact du barème : Le rapport de la mission de recherche Droit et Justice

3.2 Les normes de droit international invoquées

3.2.1 L'applicabilité des normes internationales - généralités

3.2.2 L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

3.2.2.1 L'applicabilité du droit au procès équitable

3.2.2.2 Les garanties du procès équitable susceptibles d'être mobilisées

3.2.3 La convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT)

3.2.3.1 L'effet direct vertical : la jurisprudence du Conseil d'État sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

3.2.3.2 L'effet direct horizontal : la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

3.2.3.3 La définition du terme adéquat

3.2.3.4 La notion d'indemnité adéquate au sens de la Convention n° 158 de l'OIT

3.2.4 La Charte sociale européenne

3.2.4.1 L'effet direct vertical : la jurisprudence du Conseil d'État sur l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

3.2.4.2 L'effet direct horizontal : la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

3.2.4.3 La notion d'indemnité adéquate telle qu'interprétée par le Comité européen des droits sociaux

3.2.4.4 La décision de la Cour constitutionnelle italienne

1 Rappel des faits et de la procédure :

- S'agissant de la demande d'avis R 1970010 émanant du conseil de prud'hommes de Louviers :

M. X... Y... a exercé en qualité d'opérateur pour le compte de la société Sanofi Pasteur à compter du 24 novembre 2014, selon divers contrats de mission et à durée déterminée, dont le dernier devait s'achever le 15 décembre 2017.

Il a saisi le conseil de prud'hommes de Louviers d'une demande de requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée.

Il a également saisi la même juridiction en référé afin que soit ordonnée la poursuite de son contrat de travail jusqu'au prononcé d'une décision sur le fond.

Par ordonnance du 11 décembre 2017, la formation de référé du conseil de prud'hommes a ordonné sous astreinte et avec exécution provisoire la poursuite de la relation contractuelle en cours jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande au fond de requalification en contrat à durée indéterminée.

Par arrêt du 23 janvier 2019, la cour d'appel de Rouen a infirmé l'ordonnance en toutes ses dispositions et dit n'y avoir lieu à référé.

Le dernier jour travaillé a été le 23 janvier 2019.

Le conseil de prud'hommes, statuant dans l'instance au fond en formation de départage par jugement du 14 mars 2019, a notamment :

- requalifié les relations contractuelles entre les parties en un contrat à durée indéterminée à compter du 24 octobre 2016 ;
- fixé le salaire mensuel brut de référence du salarié à la somme de 2 539,71 euros bruts ;
- condamné la société à verser au salarié une indemnité de requalification ainsi qu'une indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents ;
- rejeté la demande de réintégration du salarié ;
- informé les parties et le Ministère public qu'il envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire sur la question suivante :
« 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 ? » ;
- requis préalablement les observations écrites éventuelles des parties et du Ministère public ;
- réservé sa décision sur la demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement avant-dire droit du 10 avril 2019, le conseil de prud'hommes statuant en formation de départage a sollicité l'avis de la Cour sur cette question et sursis à statuer sur la demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse jusqu'à réception de l'avis de la Cour de cassation.

- S'agissant de la demande d'avis S 1970011 émanant du conseil de prud'hommes de Toulouse :

M. A..., engagé par la société BVH en qualité de veilleur de nuit à compter du 25 juin 2004, a saisi le 4 août 2017 le conseil de prud'hommes de Toulouse de diverses demandes, dont une demande tendant à ce que soit prononcée la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur et que celui-ci soit condamné en conséquence au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 13 février 2019 rendu par le juge départiteur statuant seul, le conseil de prud'hommes a ordonné la réouverture des débats à l'audience du 26 mars 2019 afin de recueillir les observations des parties et du ministère public sur la transmission pour avis à la Cour de cassation de 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 ? »

Par jugement du 4 avril 2019, le conseil de prud'hommes a sollicité l'avis de la Cour sur la même question, sursis à statuer sur les demandes jusqu'à réception de l'avis et ordonné le renvoi.

2 Recevabilité des demandes d'avis

Pour être recevable, une demande d'avis doit satisfaire aux conditions de forme prévues par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile et aux conditions de fond résultant de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

2.1 - Recevabilité au regard des règles de forme

2.1.1 S'agissant de la demande d'avis R 1970010 émanant du conseil de prud'hommes de Louviers :

En l'espèce, le conseil de prud'hommes a avisé les parties et le ministère public de ce qu'il envisageait de saisir la Cour de cassation pour avis. Le conseil du salarié s'en est rapporté à ses précédentes écritures tandis que le conseil de l'employeur a produit des observations. Le ministère public s'en est remis à la sagesse de la juridiction saisie.

Le jugement du 10 avril 2019 par lequel a été sollicité l'avis de la Cour a été notifié par lettres recommandées avec accusé de réception adressées le même jour aux parties et à leurs conseils, au premier président et au procureur général de la cour d'appel de Rouen ainsi qu'au procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Evreux.

On peut noter néanmoins que la date de transmission du dossier ne figure pas sur ces lettres, alors même que l'article 1031-2 du code de procédure civile prévoit :

« 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 ».

On peut observer que si l'article 1031-1 du code de procédure civile sanctionne expressément par l'irrecevabilité de la demande d'avis le défaut d'accomplissement des formalités qu'il prévoit, l'article 1031-2 du même code ne prévoit aucune sanction.

Une seule décision de la Cour, ancienne, a dit n'y avoir lieu à avis uniquement en raison du défaut de notification aux parties de la date de transmission du dossier :

Avis de la Cour de cassation, 31 mai 1999, n° 99-20.009, Bull. 1999, Avis n° 3

Il n'y a pas lieu à avis lorsqu'il ne résulte ni des énonciations de la décision ni du dossier transmis à la Cour de Cassation qu'en application de l'article 1031-2, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la date de transmission du dossier ait été notifiée aux parties.

D'autres décisions ont dit n'y avoir lieu à avis en raison de ce que cette formalité ainsi qu'une autre (par exemple le défaut de notification de la décision sollicitant l'avis) avaient été omises ¹.

Seule une décision plus récente à celle de 1999 précédemment citée a réaffirmé le principe, mais dans une espèce où, en outre, il n'était pas justifié de ce qu'une des parties ait été avisée de ce que la juridiction envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation :

Avis de la Cour de cassation, 11 avril 2019, n° 19-70.003, en cours de publication

Les motifs de la décision sont les suivants :

¹ Avis de la Cour de cassation, 14 décembre 1998, n° 09-80.011, publié ; Avis de la Cour de cassation, 14 décembre 1998, n° 09-80.012, publié ; Avis de la Cour de cassation, 16 novembre 1998, n° 09-80.009, publié ; Avis de la Cour de cassation, 23 mars 1998, n° 09-70.015, Bull. 1998, Avis, n° 4 ; Avis de la Cour de cassation, 19 janvier 1998, n° 09-70.010, Bull. 1998, Avis, n° 1 ; Avis de la Cour de cassation, 14 février 1997, n° 09-60.012, Bull. 1997, Avis, n° 1 ; Avis de la Cour de cassation, 14 février 1997, n° 09-60.013, Bull. 1997, Avis, n° 1

« Ces textes [les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile] ont pour finalité le respect du principe de la contradiction préalablement et postérieurement à la transmission d'une demande d'avis à la Cour de cassation. Ils visent, d'une part, à obtenir des parties leur avis sur l'utilité de poser une question de droit à la Cour de cassation et sur son contenu et, d'autre part, à les informer de la saisine pour avis de la Cour de cassation ainsi que de la date de transmission de la décision pour leur permettre de présenter le cas échéant des observations à la Cour de cassation.

Il en résulte que toutes les parties et le ministère public doivent, préalablement à la décision de transmission, être avisés par le juge de ce qu'il envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation et invités à produire leurs observations, dans un délai fixé par le juge, sur la demande d'avis. Cette décision doit ensuite être notifiée aux parties, ainsi que la date de transmission du dossier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. A défaut, la demande d'avis est irrecevable.

En l'espèce, il ne résulte ni de l'arrêt ni du dossier transmis à la Cour de cassation que la cour d'appel ait, préalablement à sa décision, avisé l'intimé de ce qu'elle envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en lui fixant un délai pour produire ses observations écrites. Par ailleurs, il ne résulte pas du dossier que la cour d'appel ait, postérieurement à sa décision, notifié à l'appelante et à l'intimé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de transmission du dossier à la Cour de cassation.

Ces formalités n'ayant pas été accomplies et la notification de la décision de transmission ne pouvant y suppléer, la demande d'avis est irrecevable. »

Le sommaire de l'avis est ainsi libellé, en ce qui concerne notre problématique :

Il résulte de l'article 1031-2 du code de procédure civile que 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.

Il ne résulte pas du dossier que la cour d'appel ait, postérieurement à sa décision, notifié à l'appelante et à l'intimé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de transmission du dossier à la Cour de cassation.

Cette formalité n'ayant pas été accomplie et la notification de la décision de transmission ne pouvant y suppléer, la demande d'avis est irrecevable.

On peut noter sur le plan factuel dans notre espèce que :

- le greffe du conseil de prud'hommes de Louviers a transmis aux conseils des parties par mail du 18 avril 2018 le bordereau d'envoi du dossier à la Cour de cassation en date du même jour ; les conseils ont confirmé avoir bien reçu ledit courrier électronique;

- le greffe de la Cour de cassation a avisé les parties par lettres du 17 mai 2019 de la date à laquelle serait examinée la demande d'avis, ladite lettre rappelant les dispositions de l'article 1031-4 du code de procédure civile selon lesquelles, dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Il conviendra de déterminer au regard de ces éléments les conséquences à tirer du seul défaut de notification aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation.

2.1.2 S'agissant de la demande d'avis S 1970011 émanant du conseil de prud'hommes de Toulouse :

Les conditions de forme prévues par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile ont été respectées.

Les parties et le ministère public ont présenté des observations écrites en vue de l'audience.

Le jugement du 4 avril 2019 par lequel a été sollicité l'avis de la Cour, ainsi que la date de transmission du dossier à la Cour de cassation, ont été notifiés par lettres recommandées avec accusé de réception adressées le 9 avril 2019 aux parties.

Le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Toulouse ainsi que le procureur de la République près le tribunal de grande instance ont également été avisés.

2. 2 Recevabilité au regard des règles de fond

Il résulte de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire que la demande d'avis doit porter sur « une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». S'y ajoute la condition, prétorienne, que la question ne fasse pas l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation.

2.2.1 La question posée doit être une question de droit nouvelle

2.2.1.1 Une question de droit :

La question doit être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce². Une question mélangée de fait et de droit ne relève pas de la procédure d'avis³. De même en est-il dès lors que la réponse à la question suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond, qu'elle implique l'examen des circonstances de l'espèce⁴.

Les questions posées par les conseils de prud'hommes de Louviers et de Toulouse sont des questions de pur droit comme reposant exclusivement sur la confrontation de plusieurs normes juridiques.

Il sera consacré plus avant des développements particuliers à la question de savoir si la conventionalité⁵ d'un texte interne peut être examinée dans le cadre d'une demande d'avis.

2.2.1.2 Une question nouvelle :

Une question de droit est nouvelle si elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt ou un avis⁶.

En l'espèce, la Cour de cassation n'a rendu aucun avis et aucun arrêt sur les questions dont il s'agit.

2.2.2 La question posée doit présenter une difficulté sérieuse

La question posée doit être difficile et opérante.

2.2.2.1 Une question dont la réponse ne s'impose pas de toute évidence

² Avis de la Cour de cassation, 12 décembre 2011, n° 11-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 9

³ Avis de la Cour de cassation, 2 mai 1994, n° 09-04.005, *Bull.* 1994, Avis, n° 11 ; Avis de la Cour de cassation, 1 décembre 2003, n° 00-00.000, *Bull.* 2003, Avis, n° 2 ; Avis de la Cour de cassation, 10 octobre 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 2

⁴ Avis de la Cour de cassation, 5 décembre 2018, n° 18-96.002, *Bull.* 2018, Avis, n° 2

⁵ Entendue au sens large comme la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme ou bien à un autre texte de droit international

⁶ Ainsi, lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur la question de droit sur laquelle son avis est demandé, la question n'est plus nouvelle et ne pose pas de difficulté sérieuse : Avis de la Cour de cassation, 12 septembre 2016, n° 16-70.008, *Bull.* 2016, Avis, n° 8

La difficulté est sérieuse dès lors qu'elle donne ou pourrait donner lieu à des solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond, de sorte que la demande d'avis vise à prévenir un risque réel de contrariété de jurisprudence. Les auteurs J. et L. Boré, paraphrasant Laferrière, indiquent que la question doit être de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé, ajoutant qu'elle doit pouvoir raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions de fond.⁷

Ainsi une question n'est pas sérieuse lorsque la réponse va de soi, ou encore lorsque la réponse résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause dont les conditions d'application ne suscitent aucune interrogation⁸.

La complexité des questions posées est avérée.

De fait, les conseils de prud'hommes ayant déjà statué, que ce soit en formation paritaire ou en formation de départage, y ont apporté des réponses divergentes.

Ainsi, divers conseils de prud'hommes, comme le conseil de prud'hommes du Mans⁹ ont appliqué le barème en retenant que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'était pas directement applicable par la juridiction prud'homale et qu'en tout état de cause, les dispositions de cet article étaient similaires à celles de l'article 10 précité. Certains conseils ont ajouté qu'en l'absence de démonstration de l'existence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait manifestement rendue impossible par l'application du plafond du barème, il y avait lieu de faire application des dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail.¹⁰

D'autres conseils de prud'hommes, comme le conseil de prud'hommes de Troyes¹¹, ont jugé au contraire le barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail contraire

⁷ La cassation en matière civile par J. et L. Boré, Dalloz action 2015-2016, p.77

⁸ Cf. pour un exemple Avis de la Cour de cassation, 17 septembre 2012, n° 12-00.011, *Bull.* 2012, Avis, n° 7 ; Avis de la Cour de cassation, 7 février 2011, n° 10-00.009, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 1

⁹ CPH Le Mans, 26 septembre 2018, décision n° 18/00109

¹⁰ CPH Caen, 18 décembre 2018, décision n° 17/00193, formation de départage ; CPH Grenoble, 4 février 2019, décision n° 18/01050

¹¹ CPH Troyes, 13 décembre 2018, décision n° 18/00418 ; cf. également, par exemple, CPH Amiens, 19 décembre 2018, décision n° 18/00040 ; CPH Lyon, 21 décembre 2018, décision n° 18/01238 ; CPH Angers, 17 janvier 2019, décision n° 18/00046

à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et à l'article 24 de la Charte sociale européenne, ce dernier article étant d'application directe.

Certains jugements se prononcent par des dispositions générales invalidant le barème en son entier au motif qu'il serait incompatible avec ces normes internationales, d'autres se réfèrent aux circonstances de l'espèce pour caractériser l'inadéquation du montant de l'indemnité fixé par la loi.

Les jugements écartant le barème concernent pour l'essentiel des salariés ayant une faible ancienneté.

Par ailleurs, la question de la conformité du barème aux normes internationales litigieuses a donné lieu à une importante controverse doctrinale, les auteurs étant très partagés¹².

2.2.2.2 Une difficulté commandant l'issue du procès

La difficulté, pour être considérée comme sérieuse, doit en outre commander l'issue du procès¹³, ou selon une autre formule, la solution du litige¹⁴. Cette condition nécessite quelques observations dans les présentes espèces.

- S'agissant de la demande d'avis R 1970010 émanant du conseil de prud'hommes de Louviers :

Le conseil de prud'hommes a retenu dans son jugement du 14 mars 2019 (p.9), que les relations contractuelles ayant cessé sans que le salarié fasse l'objet d'une procédure de licenciement, la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement injustifié.

Sur la date de rupture des relations contractuelles, il a considéré que, compte tenu de l'infirmité par la cour d'appel de l'ordonnance de référé ayant ordonné la poursuite du dernier contrat au-delà de son terme, il convenait de calculer l'ancienneté en retenant comme point de départ la date du premier contrat à durée déterminée

¹² Par exemple pour des auteurs s'étant prononcés en faveur de la compatibilité du texte avec les normes internationales : F. Pinatel, « Barème d'indemnités : les failles du jugement de Troyes », *actualités éditions législatives*, 2018 ; A. Gardin et J-P. Lhernould, « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », *RJS* 2019, chronique. A l'inverse, pour des commentaires favorables à l'inconventionnalité du dispositif : J. Mouly, « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », *Dr. Soc.* 2019, p. 122 ; P. Lokiec, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *D.* 2019, p. 248

¹³ Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull.* 2007, Avis, n° 3

¹⁴ Avis de la Cour de cassation, 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8 ; Avis de la Cour de cassation, 20 octobre 2000, n° 02-00.015, *Bull.* 2000, Avis, n° 8

requalifié (24 octobre 2016) et comme « date de sortie » la date contractuelle d'échéance du terme du dernier contrat à durée déterminée (15 décembre 2017), soit une ancienneté de 1 an, alors même que le salarié avait en réalité travaillé jusqu'au 23 janvier 2019.

Cette analyse relative à la fixation de la date de rupture peut se prévaloir d'un arrêt rendu par la chambre sociale qui a jugé¹⁵, en matière de travail temporaire¹⁶, qu'à la suite de l'infirmité de l'ordonnance de référé ayant ordonné la poursuite du contrat de mission, la relation de travail avait pris fin à la date du terme de la dernière mission.

Dans ces conditions, et sous réserve d'un examen plus approfondi ne relevant pas de l'objet du présent rapport, la tranche de barème applicable serait bien celle d'un salarié dont l'ancienneté est supérieure à une année complète et inférieure à deux années complètes, employé dans une entreprise employant habituellement au moins 11 salariés, soit une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un mois de salaire au minimum et de deux mois au maximum. La question, qui interroge spécifiquement la Cour sur cette partie du barème, ne paraît pas inopérante.

- S'agissant de la demande d'avis S 1970011 émanant du conseil de prud'hommes de Toulouse :

A supposer que le conseil de prud'hommes prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail liant les parties aux torts de l'employeur, la prise d'effet de cette résiliation ne pourrait être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le contrat de travail n'a pas été rompu et que le salarié est toujours au service de son employeur¹⁷. Elle produirait les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse¹⁸. Serait alors applicable le barème issu de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, en vigueur au 1^{er} avril 2018. La question paraît également opérante.

2.2.3 La question doit se poser dans de nombreux litiges

Il s'agit de savoir si de nombreux litiges en cours intéressent la question posée ou si, à tout le moins, il existe une forte potentialité de litiges à venir.

¹⁵ Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.270, *Bull.* 2017, V, n° 163

¹⁶ Cette solution semble pouvoir être transposée au contrat de travail à durée déterminée.

¹⁷ Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-10.346, *Bull.* 2017, V, n° 154 ; Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n° 14-30.056, *Bull.* 2016, V, n° 169

¹⁸ Soc., 17 mars 1998, pourvois n° 96-41.884, 96-41.938, *Bull.* 1998, V, n° 149

En l'espèce, cette condition est remplie de toute évidence. 120 000 salariés environ contesteraient chaque année leur licenciement¹⁹.

2.2.4 La question ne doit pas faire l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation

Considérant que la demande d'avis présente un caractère subsidiaire, la Cour de cassation répond par un non-lieu à statuer à une demande d'avis lorsqu'il apparaît qu'un pourvoi portant sur la même question doit être jugé à « bref délai »²⁰ ou dès lors que les réponses aux questions découlent de la solution qui sera apportée à un pourvoi dans une instance en cours opposant les mêmes parties²¹.

Cette solution a été réaffirmée récemment : si la question sur laquelle porte la demande d'avis se pose dans des pourvois en cours devant la Cour de cassation, il n'y a pas lieu à avis²².

Le président J. Buffet, rappelant que « l'arrêt prédomine sur l'avis », expliquait que « la Cour de cassation n'accueille pas la demande d'avis lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi portant sur la même question de droit et qu'elle va juger dans un délai rapproché. Il est arrivé exceptionnellement cependant que malgré des pourvois en cours, elle réponde à la demande d'avis parce que les moyens présentés à l'appui de ces pourvois n'auraient permis à la chambre compétente que d'apporter des réponses partielles ou périphériques, alors que la demande d'avis présentait l'avantage d'apporter une réponse-cadre à portée générale »²³.

On soulignera que, dans toutes les espèces précitées où a été opposé le caractère subsidiaire de la demande d'avis, un pourvoi avait été enregistré antérieurement à la

¹⁹ Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, étude d'impact du 27 juin 2017, p. 36 ; Source : site Assemblée Nationale

²⁰ Avis de la Cour de cassation, 22 octobre 2012, n° 12-00.012, *Bull.* 2012, Avis, n° 9 ; Avis de la Cour de cassation, 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4 ; Avis de la Cour de cassation, 14 juin 1993, n° 09-30.001, *Bull.* 1993, Avis, n° 4

²¹ Avis de la Cour de cassation, 4 avril 2011, n° 11-00.002, *Bull.* 2011, Avis, n° 4

²² Avis de la Cour de cassation, 9 mars 2015, n° 14-70.012, *Bull.* 2015, Avis, n° 3

²³ « La saisine pour avis devant la Cour de cassation », colloque 29 mars 2000, BICC n° 518, 15 juillet 2000

demande d'avis. Les arrêts relatifs à ces pourvois ont été rendus entre un mois²⁴ et un an²⁵ après la décision disant n'y avoir lieu à avis.

En l'espèce, aucun pourvoi dans un litige posant une question identique ou similaire n'a été enregistré par le greffe de la Cour de cassation.

Au terme des recherches effectuées par le SDER, aucune cour d'appel ne s'est encore prononcée, à la date de dépôt du présent rapport, sur la conventionalité du barème instauré par l'article L. 1235-3 du code du travail.

La cour d'appel de Paris a été saisie d'un appel qui a été examiné à l'audience du 23 mai 2019 ; l'affaire a été mise en délibéré au 25 septembre 2019²⁶.

La cour d'appel de Reims est saisie de quatre appels qui ont été audiencés au 17 juin 2019. La cour devrait se prononcer le 25 septembre 2019²⁷.

2. 3 Saisine pour avis et contrôle de conventionalité

2.3.1 Préalable : Contrôle de conventionalité *in abstracto* et *in concreto*

L'article 55 de la Constitution aux termes duquel les traités et accords régulièrement ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, impose au juge national de contrôler la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France et d'écarter l'application de la règle interne incompatible avec la règle internationale ou européenne.

²⁴ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-14.121, *Bull.* 2011, V, n° 118 suite à décision sur avis du 4 avril 2011

²⁵ 1^{re} Civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394, *Bull.* 2000, I, n° 191 suite à avis du 31 mai 1999

²⁶ T. Coustet, « Le barème Macron suspendu à la décision de la cour d'appel de Paris », *Dalloz actualité*, 17 juin 2019

²⁷ T. Coustet, « Barème Macron : la cour d'appel de Reims se prononcera le 25 septembre », *Dalloz actualité*, 19 juin 2019

En vertu d'une jurisprudence constante²⁸, le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle de conventionalité de la loi, ce contrôle devant être effectué par les juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat.

La Cour de cassation²⁹ puis le Conseil d'État³⁰ se sont reconnus compétents pour contrôler la compatibilité des dispositions de droit interne avec des normes internationales.

Ce contrôle de conventionalité peut être soit *in abstracto* comme portant exclusivement sur un contrôle de conventionalité d'un texte interne au regard du droit conventionnel, soit *in concreto* comme portant sur un contrôle de l'application qui a été faite d'un texte au cas d'espèce.

A ce sujet, le mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³¹ explicite les deux types de contrôles de conventionalité possibles.

S'agissant du contrôle de conventionalité de la règle de droit elle-même, il est demandé au juge de dire une disposition légale directement contraire à un droit ou principe conventionnel.

Ce pouvoir de vérification au regard des engagements internationaux de la France est ouvert au juge même si la norme de droit interne a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel l'a énoncé lui-même dans une décision du 12 mai 2010 (Cons. const., 12 mai 2010, décision n°2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard) :

« L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements [internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ».

Par ailleurs, la contestation de la conventionalité de la norme impliquant l'exercice par le juge de son pouvoir d'interprétation de celle-ci, la juridiction doit a priori chercher à

²⁸ Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ; Cons. const., 3 septembre 1986, décision n° 86-216 DC, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; réaffirmé notamment par Cons. const., 23 janvier 2015, décision n° 2014-439 QPC

²⁹ Ch. mixte., 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556, *Bull.* 1975, Ch. mixte, n° 4

³⁰ CE, 20 octobre 1989, n° 108243, arrêt E..., publié au *Recueil Lebon*

³¹ publié sur le site Internet de la Cour de cassation (L'institution- Réforme de la Cour- Réformes en mouvement - La réforme du mode de rédaction des arrêts)

lui donner un sens compatible avec les droits et principes européens (« ... interprété à la lumière de... »).

Ainsi, c'est seulement en cas d'incompatibilité irréductible que la norme de droit interne sera écartée.

S'agissant du contrôle de conventionalité de l'application de la règle, dans ce cas, la règle en elle-même ne posant aucun problème de conformité à la Convention, il est demandé au juge d'en écarter néanmoins l'application dans les circonstances de l'espèce si cette application affecte de manière disproportionnée un droit ou principe revendiqué par le requérant.

A cet égard, le fait que la loi dont l'application est contestée ait été déclarée conforme à la Constitution n'affecte pas le pouvoir du « juge ordinaire » de l'écarter dans son application au cas particulier.

La Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé (CEDH, 16 janvier 2018, Charron et autre c. France, n° 22612/15), en soulignant que le contrôle de conformité d'une mesure individuelle à la Convention effectué par le « juge ordinaire » est distinct du contrôle de conformité de la loi à la Constitution effectué par le Conseil constitutionnel :

« Une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause » (paragraphe 28).

On peut rappeler que désormais la Cour de cassation juge que le moyen tiré de l'application de la Convention, ne se référant à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations du juge du fond, est de pur droit et, comme tel, peut, sauf disposition contraire, être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation³². Le moyen, dès lors qu'il invoque une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt, est de pur droit, partant recevable³³.

Si, dans de nombreuses hypothèses, la balance des intérêts confrontés dépend très étroitement, sinon exclusivement, de circonstances de pur fait, que seuls les juges du fond sont en mesure d'apprécier, le contrôle de proportionnalité n'est pas nécessairement, en lui-même, un contrôlé mélangé de fait et de droit.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation soumet, s'il y a lieu, les normes de procédure à une vérification de conventionalité comportant un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, à l'exclusion, toutefois, d'un contrôle *in concreto* qu'elle

³² 3^{ème} Civ., 9 juin 2004, n° 03-70.053, *Bull.* 2004, III, n° 116

³³ 1^{re} Civ., 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, *Bull.* 2013, I, n° 66

estime, en principe, incompatible avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques que requièrent les règles de procédure civile³⁴.

La question s'est posée de l'office de la Cour de cassation lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis impliquant un contrôle de conventionalité.

2.3.2 Les avis de la Cour de cassation rendus en matière de contrôle de conventionalité

La Cour de cassation a d'abord admis la possibilité de contrôler la conventionalité d'une disposition nationale dans le cadre de la procédure d'avis, dans une décision rendue le 25 septembre 2000.

- Avis de la Cour de cassation, 25 septembre 2000, n° 02-00.011, Bull. 2000, Avis, n°7

« Est d'avis que les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817, telles qu'elles sont interprétées par les juridictions qui y sont mentionnées, leur confèrent un pouvoir de pleine juridiction pour statuer sur l'action en responsabilité d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation ; l'absence de recours contre leurs décisions n'est pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, le double degré de juridiction en matière civile ne figurant pas au nombre des droits garantis par cette convention »³⁵.

Toutefois, depuis 2002, elle décide de manière constante que la question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec des normes internationales ne relève pas de la procédure d'avis.

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

« 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 judiciaire³⁶, l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité ».

³⁴ 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017, Bull. 2015, II, n° 207 ; 2^e Civ., 22 mars 2018, pourvoi n° 17-12.049

³⁵ Dans le même sens implicitement, un avis a retenu qu'un texte de droit interne étant inapplicable en l'espèce, dès lors, il n'y avait pas lieu à avis sur la compatibilité de ce texte avec l'article 1er du Protocole additionnel : Avis de la Cour de cassation, 10 juillet 2000, n° 20-20.010, publié

³⁶ L'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire a été abrogé par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006, le nouveau texte étant l'article L. 441-1 du même code, créé par la même ordonnance

La question était ainsi libellée : « L'article L 755-10 du Code de la sécurité sociale, en privant les parents dont l'un est fonctionnaire en poste dans un département d'outre-mer, du bénéfice du choix de l'allocataire, peut-il être analysé comme une ingérence induite d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? La dérogation au régime de droit commun, lequel est caractérisé par le choix de l'allocataire par les parents ayant en charge les enfants ouvrant droit à prestations, instaurée par l'article L 755-10 du Code de la sécurité sociale, porte-t-elle atteinte au principe de non-discrimination posé par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? »

M. l'avocat général Kehrig avait conclu à l'irrecevabilité de la demande d'avis au terme des observations suivantes :

« [...] il vous resterait à apprécier si cette question de droit présente une difficulté sérieuse comme le requiert le même article L.151-1, précité.

Pour notre part, nous inclinons à en douter.

Il est, en effet, acquis que s'il échappe au Conseil constitutionnel, en vertu de sa propre jurisprudence, le contrôle de la conventionnalité des lois appartient aux juridictions ordinaires, qu'il s'agisse des juridictions administratives ou des juridictions de l'ordre judiciaire.

D'ailleurs, par une décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a rappelé que le respect de la règle de la suprématie du traité sur la loi, posée par l'article 55 de la Constitution "s'impose même dans le silence de la loi" et "qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales "dans le cadre de leurs compétences respectives".

Dans la présente espèce, en mettant en oeuvre la procédure d'avis, le tribunal n'a-t-il pas méconnu l'étendue de sa compétence ?

Certes, pour justifier la voie choisie, il se réfère à un jugement du 6 mars 2002 relevant " l'incidence prévisible sur les comptes sociaux de la branche famille du régime général qu'induirait l'accueil des prétentions de la requérante".

Mais ce motif ne nous paraît pas déterminant car il appartient au juge de rechercher si la protection des intérêts financiers évoqués constitue ou non "une justification objective et raisonnable" au regard de la C.E.D.H. de la législation en cause : une telle appréciation est, aujourd'hui, couramment, faite par les tribunaux et cours, notamment, et d'une manière frappante, à l'occasion du contentieux - autrement difficile que celui de la présente espèce - des lois de validation. C'est ainsi que, le 17 janvier prochain, l'Assemblée plénière de votre Cour aura à vérifier si l'immixtion du législateur dans un procès en cours est bien justifiée - comme l'a estimé une cour d'appel - par un "impérieux motif d'intérêt général", critère de droit posé, nous semble-t-il, en la matière, par la Cour européenne, dans son arrêt B...

Il est d'ailleurs intéressant de signaler qu'en l'occurrence, l'incidence financière sur laquelle se fonde le tribunal pour vous saisir semble légère ainsi que le révèlent les travaux préparatoires de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 et les chiffres mêmes mentionnés par le jugement, précité, du 6 mars 2002.

En cet état, nous estimons que la question dont vous saisis le tribunal de la Réunion relève de l'application de la hiérarchie des normes et ne présente pas une difficulté sérieuse, au sens de l'article L.151-1 du Code de l'organisation judiciaire : il appartient au juge de remplir son office en procédant lui-même - sous le contrôle éventuel et ultérieur de la Cour de cassation - à l'appréciation de la conventionnalité de l'article L.755-10 du Code de la sécurité sociale.

D'autre part, il n'est guère nécessaire de souligner, du point de vue de l'opportunité, que l'admission, en l'espèce, de la recevabilité risquerait d'entraîner une croissance exponentielle des demandes d'avis en encourageant les juridictions à vous saisir chaque fois qu'elles seraient en présence d'un problème de conventionnalité...

Nous concluons donc à l'irrecevabilité de la demande d'avis. »

- Avis de la Cour de cassation, 1^{er} décembre 2003, n° 00-00.000, Bull. 2003, Avis, n°2

« La question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ne relève pas de la procédure d'avis dès lors qu'elle relève de l'office du juge du fond ».

On peut noter que la question portait « sur la conformité des dispositions du décret du 28 décembre 1998 à la Convention européenne dans la mesure où ce décret est immédiatement applicable au plan social en cours tel qu'il avait été élaboré entre la société et le comité d'entreprise de la TWA ».

La formation pour avis a répondu que « la demande qui concerne l'application dans le temps du décret n° 98-1201 du 28 décembre 1998 suppose l'examen des conditions de fait et de droit dans lesquelles des ruptures de contrat de travail prévues par un plan social sont intervenues ; en outre, la compatibilité d'une disposition de droit interne dans une telle situation de fait avec la Convention européenne des droits de l'homme relève de l'office du juge du fond ; pour l'ensemble de ces motifs, la demande échappe à la procédure d'avis ».

- Avis de la Cour de cassation, 8 octobre 2007, n° 07-00.011, Bull. 2007, Avis, n° 7

« Échappe à la procédure de demande d'avis prévue par les articles L. 151-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire, et relève de l'examen préalable des juges du fond, la demande portant sur la compatibilité de dispositions de droit interne subordonnant le droit aux prestations familiales pour les enfants étrangers à certaines conditions, avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Convention internationale des droits de l'enfant, dès lors que l'examen d'une telle demande suppose l'analyse des conditions de fait et de droit régissant l'allocation des prestations sollicitées en fonction des circonstances particulières relatives au séjour, tant des enfants que de l'allocataire sur le territoire national ».

On notera que la formulation du sommaire de cet avis est sensiblement différente de celle des précédents puisqu'est institué un lien entre l'exigence de l'examen préalable

des juges du fond et la nécessité, en l'espèce, d'analyser des circonstances de fait et de droit.

Mmes Coutou et Vassallo, conseillers référendaires, indiquaient dans leur rapport :
« Des arguments, semblables à ceux déjà évoqués quant à l'irrecevabilité des deux demandes d'avis précédentes, pourraient être invoqués pour conclure à l'irrecevabilité de la question qui nous est soumise :

Le TASS n'était pas saisi -in abstracto- d'une demande visant à examiner la compatibilité des articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, et avec l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, mais -in concreto- de la demande de M. X...

Il s'agissait donc d'apprécier si, s'agissant de M. X..., le refus des prestations familiales dont il avait sollicité l'attribution, en raison de la façon dont les enfants B... et C... avaient pénétré sur notre territoire national, était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il portait une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale, et si cette décision avait été prise en considérant l'intérêt supérieur de ces enfants, comme l'exige l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Ainsi plus précisément énoncée, Il apparaît que cette question est mélangée de fait et de droit.

De même, et s'il est difficile d'y apporter en l'état une réponse, la décision nous saisissant n'apportant pas de précisions suffisantes, cette question ne paraît pas présenter de difficultés sérieuses pour qui connaît les différents éléments de ce litige. En ce sens, elle paraît relever de l'office du juge du fond. »

- Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n° 12-00.013, Bull . 2012, Avis, n°10

« La quatrième question concernant la compatibilité d'une disposition de droit interne avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis ».

Dans son rapport, Mme le conseiller référendaire Guyon-Renard relevait :
« L'ensemble des motifs justifiant les avis de la Cour de cassation en ce sens ont été rappelés dans le rapport rédigé au soutien de l'avis du 8 octobre 2007 précité. Les observations de l'avocat général Kehrig lors de l'examen de la demande qui a donné lieu à l'avis du 16 décembre 2002 et les commentaires de la doctrine rappelés dans le rapport précité servent à nouveau de référence pour démontrer qu'il appartient au juge de remplir son office en procédant lui même, sous le contrôle éventuel et ultérieur de la Cour de cassation, à l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition de droit interne et que l'absence de contrôle préalable se justifie par l'objectif poursuivi lors de la mise en place de la procédure de demande d'avis, celui de donner à la Cour de cassation un rôle unificateur par une interprétation et une application commune de la

règle de droit, et par la nécessité de ne pas créer un mécanisme de question préjudicielle ».

Le commentaire de cet avis au rapport annuel de la Cour de cassation indique :

« La quatrième question, relative à la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, était également irrecevable. En effet, il est constant que l'appréciation de la conventionalité d'une disposition de droit interne, qui relève de l'examen préalable des juges du fond, échappe à la procédure de demande d'avis.

En tout état de cause, cette question n'était pas nouvelle en considération de la jurisprudence de la Cour de cassation [...]. »

- Avis de la Cour de cassation, 12 juillet 2017, n° 17-70.009, Bull. 2017, Avis, n° 9

« Les questions, en ce qu'elles concernent la compatibilité de la mise à la retraite hors l'accord du salarié, prévue par les dispositions de l'article L. 1237-5 du code du travail, avec la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, ne relèvent pas de la procédure d'avis, l'office du juge du fond étant de statuer au préalable sur cette compatibilité ».

- Avis de la Cour de cassation, 7 mars 2018, n° 17-70.039, en cours de publication

« Le contrôle de conventionnalité, au regard des articles 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis ».

Le rapporteur précisait dans son rapport que si la Cour de cassation s'est prononcée en 2014 sur une demande d'avis portant, pour partie, sur la conventionalité de textes de droit interne au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit au respect de la vie privée et familiale, la réponse, telle que formulée, n'a pas impliqué de contrôle de conventionalité³⁷.

Il ne résulte ni des rapports, ni des conclusions afférents aux trois derniers avis précités des 17 décembre 2012, 12 juillet 2017 et 7 mars 2018 que l'appréciation de la conventionalité des dispositions litigieuses nécessitait l'appréciation de circonstances de fait relevant de l'office du juge du fond.

L'application de cette jurisprudence conduirait dans nos espèces à énoncer que les questions posées ne relèvent pas de la procédure de demande d'avis.

³⁷ Avis de la Cour de cassation, 22 septembre 2014, n° 14-70.006, Bull. 2014, Avis, n° 6

On peut noter néanmoins un avis du 2 septembre 2005 relatif à la compatibilité d'une convention internationale au droit de l'Union européenne.

- Avis de la Cour de cassation, 2 septembre 2005, n° 05-00.006, Bull. 2005, Avis, n°6

La Cour de cassation avait été saisie de la question de savoir si « les contributions de Contribution sociale généralisée et de Contribution au remboursement de la dette sociale doivent être considérées comme des impôts au sens de la convention fiscale franco-britannique ? »

Retenant que la réponse à la question posée dépendait du point de savoir si le règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une convention, telle que la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968, prévoit que les revenus perçus au Royaume-Uni par des travailleurs indépendants résidant en France et assurés sociaux dans cet Etat sont exclus de l'assiette de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale prélevées en France, la Cour a été d'avis que devait être soumise à la Cour de justice des communautés européennes une question préjudicielle.

Si elle ne s'est ainsi pas prononcée sur la compatibilité de la convention bilatérale au droit communautaire, elle a néanmoins nécessairement décidé que cette compatibilité posait une difficulté sérieuse.

Surtout, certains avis récents se déterminent en fonction d'exigences de conventionalité.

- Avis de la Cour de cassation, 7 février 2018, n° 17-70.038, en cours de publication

« La restitution d'indemnités journalières de l'assurance maladie en cas d'inobservation volontaire, par le bénéficiaire, des obligations édictées par l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, ne constitue pas une sanction à caractère de punition de sorte qu'elle est exclusive de tout contrôle de l'adéquation du montant des sommes dues à la gravité des manquements de l'assuré. »

La demande d'avis était ainsi libellée :

« La restitution d'indemnités journalières dans les conditions de l'article L. 133-4-1 du code de la sécurité sociale, en cas d'inobservation volontaire par l'assuré des obligations prévues à l'article L. 323-6 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, constitue-t-elle une sanction à caractère punitif soumise au contrôle de l'adéquation à l'importance de l'infraction commise par les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale ? »

La 2^{ème} chambre civile, statuant sur avis, a énoncé dans ses motifs que « l'action de la caisse tend à la répétition d'indemnités journalières indues en raison de la disparition

de l'une ou de plusieurs des conditions auxquelles leur versement est subordonné par l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale. Ces dispositions n'assimilent pas la mesure à une pénalité, ni l'inobservation des obligations édictées à une infraction, mais renvoient aux dispositions générales relatives à la récupération des indus par les organismes d'assurance maladie. Dans ces conditions, la restitution de l'indu ne revêt pas la qualification d'une sanction à caractère de punition au sens tant du droit interne que de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dès lors que cette restitution ne revêt pas le caractère d'une sanction à caractère de punition, elle est exclusive de tout contrôle de l'adéquation du montant des sommes dues à la gravité des manquements de l'assuré. »

- Avis de la Cour de cassation, 12 juillet 2018, n° 18-70.008, en cours de publication

« En application de l'article 905-1, alinéa 1, du code de procédure civile, l'obligation faite à l'appelant de notifier la déclaration d'appel à l'avocat que l'intimé a préalablement constitué, dans le délai de dix jours de la réception de l'avis de fixation adressé par le greffe, n'est pas prescrite à peine de caducité de cette déclaration d'appel. »

Dans les motifs de l'avis, il est mentionné que « sanctionner l'absence de notification entre avocats de la déclaration d'appel, dans le délai de l'article 905-1, d'une caducité de celle-ci, qui priverait définitivement l'appelant de son droit de former un appel principal en mettant fin à l'instance d'appel à l'égard de l'intimé et en rendant irrecevable tout nouvel appel principal de la part de l'appelant contre le même jugement à l'égard de la même partie (article 911-1, alinéa 3, du code de procédure civile), constituerait une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En conséquence, l'article 905-1, alinéa 1, du code de procédure civile doit être interprété en ce sens que l'obligation faite à l'appelant de notifier la déclaration d'appel à l'avocat que l'intimé a préalablement constitué, dans le délai de dix jours de la réception de l'avis de fixation adressé par le greffe, n'est pas prescrite à peine de caducité de cette déclaration d'appel. »

2.3.3 Les commentaires doctrinaux

Les commentaires en doctrine relatifs au refus de la Cour de cassation de procéder à un contrôle de conventionalité dans le cadre de la procédure d'avis sont peu nombreux. La plupart des auteurs se contente de prendre acte de cette position sans formuler de réelles critiques. Il est toutefois possible de citer quelques commentaires.

Ainsi, Alexis Bugada s'interrogeait en 2004³⁸ sur la possibilité pour la Cour de cassation dans l'exercice de sa fonction consultative de trancher les conflits de normes. Il jugeait prudente et opportune la réponse négative donnée pour les raisons suivantes :

- la solution contraire aurait perturbé le principe de séparation des pouvoirs : le devenir d'un texte interne serait rendu incertain par l'avis, sorte de réincarnation de l'arrêt de règlement, dont le succès dépendrait de sa réception par les tribunaux ;
- la solution contraire aurait conduit à l'encombrement de la Cour de cassation par une augmentation importante des demandes d'avis ;
- l'examen de compatibilité relève de l'office des juges du fond et nécessite les vertus du procès (maturation d'un débat contradictoire portant sur les faits et le droit).

Il considérait toutefois que cette solution pourrait être amenée à évoluer au regard de la position du Conseil d'État et de l'ouverture de la procédure d'avis à la matière pénale.

Pascale Deumier³⁹, dans une analyse plus récente, est quant à elle plus dubitative sur le bien-fondé de la position de la Cour de cassation.

En effet, elle estime difficile de saisir en quoi l'office du juge du fond implique de statuer au préalable sur la conventionalité d'une loi plus qu'il n'aurait à le faire sur l'interprétation de cette loi, la demande d'avis devant permettre de fixer au plus tôt l'état du droit applicable. Selon elle, les justifications de la position de la Cour de cassation, fondées sur la compétence dérivée de la jurisprudence constitutionnelle ou d'une transformation de l'avis en question préjudicielle, reposent sur un vice de raisonnement : elles présupposent en effet que, en demandant un tel avis, les juges du fond s'estimeraient incompétents.

Elle souligne également le manque de cohérence de la Cour de cassation qui ouvre le pourvoi en cassation à la conventionalité concrète et persiste à fermer la voie de l'avis sur ce même fondement. Elle ajoute que cette position est contraire à la volonté de voir la Haute juridiction jouer son rôle dans la protection des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux prévisions du législateur souhaitant réduire le temps d'incertitude juridique, ainsi qu'au rôle unificateur de la Cour de cassation.

Enfin, elle relève la divergence de position avec le Conseil d'État qui accepte de procéder à un tel contrôle sans pour autant être submergé par les demandes d'avis de conventionalité.

D'autres auteurs suggèrent une évolution de la solution retenue par la Cour de cassation vers la possibilité d'exercer un contrôle de conventionalité *in abstracto* lors d'une saisine pour avis.

³⁸ A. Bugada, « La formation pour avis de la Cour de cassation, « juge des lois » ? », *Droits et procédures* n° 3, mai-juin 2004

³⁹ P. Deumier, « Conventionalité et saisine pour avis », *RTD Civ.* 2018, p. 66

Ainsi, concernant l'avis du 7 mars 2018 précité, un auteur⁴⁰ estime que si la position de la Cour de cassation s'entend s'agissant du contrôle de proportionnalité qui suppose un examen *in concreto* d'une situation de fait et ne peut donc être que l'oeuvre des juges du fond, la généralité de la formule utilisée par la Cour de cassation qui englobe également le contrôle de conventionalité intrinsèque est moins évidente à comprendre dans la mesure où il s'agit pourtant d'interpréter une règle et non de l'appliquer. Il suggère une évolution de la position de la Cour de cassation qui, en donnant un avis sur la conventionalité intrinsèque de la règle, mettrait fin aux incertitudes pesant sur l'état du droit positif.

Un autre auteur⁴¹ estime que la « politique jurisprudentielle réfractaire aux avis en conventionalité (...) 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) ».

Enfin, s'agissant spécifiquement de la possibilité pour la Cour de cassation de se prononcer, par un avis, sur la conventionalité du barème des indemnités de licenciement, un auteur⁴² considère que cette question, qui revient à se prononcer sur le caractère objectivement adéquat de l'indemnité enserrée dans une fourchette imposée, peut difficilement se couper des faits. Toutefois, il ajoute qu'un contrôle *in abstracto* de la conventionalité du barème serait possible, d'autant que le dispositif a été conçu comme un référentiel global, indivisible, l'appréciation du caractère adéquat de l'indemnité n'étant pas dissociable par tranche d'indemnités.

Selon le professeur Mouly, le barème constitue « un tout indivisible exclusif d'inconventionalité partielle », l'inconventionalité d'une partie du barème ne pouvant conduire qu'à son inconventionalité totale.

2.3.4 Une jurisprudence devant être questionnée ?

2.3.4.1 Au regard des objectifs de la procédure d'avis ?

- L'intention du législateur

Il ressort du rapport n° 297 de 1991 de la commission des lois constitutionnelles du Sénat sur le projet de loi instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation que l'objet de la réforme est de permettre l'unification des règles du droit.

⁴⁰ H. Fulchiron, « Pas de famille homoparentale hors adoption », *Recueil Dalloz* 2018, p. 983

⁴¹ T. Larroutou, « 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

⁴² G. Loiseau, « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 19

Par ailleurs, la modification de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales par l'article 117 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006 est-elle susceptible de donner des indications sur l'intention du législateur quant à la possibilité de contrôler la conventionalité d'une disposition de droit interne dans le cadre de la saisine pour avis ?⁴³

L'article L. 190 du livre des procédures fiscales, dans sa version issue de la loi de finances pour 2006 précitée, dispose que « Sont instruites et jugées selon les règles du présent chapitre toutes actions tendant à la décharge ou à la réduction d'une imposition ou à l'exercice de droits à déduction, fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure.

Lorsque cette non-conformité a été révélée par une décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux, l'action en restitution des sommes versées ou en paiement des droits à déduction non exercés ou l'action en réparation du préjudice subi ne peut porter que sur la période postérieure au 1er janvier de la troisième année précédant celle où la décision ou l'avis révélant la non-conformité est intervenu.

Pour l'application du quatrième alinéa, sont considérés comme des décisions juridictionnelles ou des avis rendus au contentieux les décisions du Conseil d'Etat ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, les arrêts de la Cour de cassation ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes se prononçant sur un recours en annulation, sur une action en manquement ou sur une question préjudicielle ».

Le rapport n° 99 du 24 novembre 2005, fait au nom de la commission des Finances du Sénat par Philippe Marini⁴⁴, considère que le projet de modification de l'article L.190 du livre des procédures fiscales, visant à inclure 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, est une mesure de simplification tendant à accélérer les réclamations fondées sur la non-conformité à une règle de droit supérieure et doit s'interpréter comme un facteur de plus grande stabilité juridique.

Les lois n° 2016-1088 du 8 août 2016 et n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ont eu pour objectifs d'étendre et de faciliter la procédure d'avis. C'est ainsi que les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent désormais solliciter l'avis 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 et que c'est la chambre

⁴³ Telle est l'analyse de P. Deumier, « Conventionalité et saisine pour avis », *RTD Civ.* 2018, p. 66

⁴⁴ Deuxième partie de la loi de finances, volume 1, sous l'article 72

compétente de la Cour de cassation qui se prononce sur la demande d'avis, sauf saisine de la formation mixte ou plénière pour avis.

- La conception de la Cour de cassation

Selon J. Buffet, alors président de chambre à la Cour de cassation, la saisine pour avis répond à un double objectif d'unification de l'interprétation de la règle de droit et de prévention du contentieux en évitant aux juges du fond de « s'engager et s'enliser sur de fausses routes »⁴⁵. Et il citait le professeur J. Normand selon lequel "la lenteur dans l'élaboration de la jurisprudence a également des effets pervers. Au cours de cette longue phase de formation, l'incertitude qui plane sur la signification de la règle est génératrice de procès. Elle incite à la multiplication des recours (appels, pourvois), chacun pouvant, dans cette situation indécise, nourrir des espoirs de succès. L'encombrement des juridictions supérieures s'accroît d'autant. Ce qui nuit à la qualité de la justice rendue et retarde davantage encore le moment où la jurisprudence finira par se fixer."

Selon les termes du premier président de la Cour de cassation devant la commission des lois de l'Assemblée nationale⁴⁶, 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.

La saisine pour avis est considérée, dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2014⁴⁷, comme un facteur de règlement anticipé du contentieux en fournissant aux juges du fond les éléments d'information leur permettant, dans le respect de leur liberté de jugement, de résoudre rapidement les difficultés d'interprétation des textes législatifs et réglementaires. Cette technique s'inscrit dans la volonté de faire respecter le principe de sécurité juridique qui suppose que les interprétations et applications jurisprudentielles des règles juridiques soient prévisibles. Elle doit permettre à la Cour de se prononcer sur une règle de droit pour laquelle, compte tenu des multiples saisines juridictionnelles envisageables, il est nécessaire d'assurer, le plus rapidement possible, une unité d'interprétation de la loi.

Dans les années récentes, la Cour de cassation a assoupli son appréciation quant aux conditions de recevabilité des demandes d'avis, afin de répondre aux questions

⁴⁵ Site internet de la Cour de cassation - Exposé de Jean Buffet sur la saisine pour avis devant les premiers présidents de cour d'appel, mars 2000

⁴⁶ Site internet de la Cour de cassation – Assemblée nationale Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République Contribution écrite de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation et Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation - 6 avril 2016, p. 10

⁴⁷ Étude sur le temps, pages 376 et 377

nouvelles qui se posent aux juges du fond, dans un souci d'unification de la jurisprudence.

Ainsi, dans un avis relatif aux soins sans consentement ⁴⁸, elle a admis la recevabilité de la demande, alors que celle-ci ne commandait plus l'issue du litige, le juge des libertés et de la détention, qui en était l'auteur, étant dessaisi au moment où elle statuait.

Le commentaire de cet avis au rapport annuel est éclairant sur les raisons pour lesquelles la recevabilité a été retenue :

« La formation pour avis de la Cour de cassation avait précédemment jugé qu'un premier président de cour d'appel ne peut utilement solliciter un avis de la Cour de cassation alors qu'il doit statuer dans les quarante-huit heures en matière de rétention des étrangers (Avis de la Cour de cassation, 20 novembre 2000, n° 02-00.016, *Bull.* 2000, Avis, n° 10).

S'agissant, en outre, de la première question, il n'était pas certain que la question de la compétence du préfet pouvait « commander l'issue du litige » en l'espèce, dès lors que le juge n'était pas saisi par un préfet, mais s'était saisi d'office.

Néanmoins, la Cour de cassation, dans sa formation pour avis, a considéré que l'intérêt des questions posées justifiait qu'elle réponde aux interrogations des juridictions sur le sens de textes récents et fréquemment mis en oeuvre.

La Cour de cassation marque ainsi sa volonté d'assurer son office de régulateur normatif, dans un souci de pédagogie à l'égard des juridictions confrontées aux difficultés d'interprétation de lois nouvelles complexes »⁴⁹.

2.3.4.2. Au regard de la position du Conseil d'État ?

Alors que la saisine pour avis de la Cour de cassation, créée par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991, s'inspire très largement de la procédure dite de renvoi pour avis devant le Conseil d'État ⁵⁰ instituée par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et codifiée à l'article L. 113-1 du code de la justice administrative, ce dernier, à la différence de la Cour de cassation, accepte de rendre des avis sur la conventionalité des dispositions de droit interne, sans que cela ait semblé faire l'objet de controverse⁵¹.

⁴⁸ Avis de la Cour de cassation, 19 janvier 2015, n° 14-70.010, *Bull.* 2015, Avis, n° 1

⁴⁹ Dans le même sens, on peut également citer l'avis du 11 juillet 2016 (Avis de la Cour de cassation, 11 juillet 2016, n° 16-70.006, *Bull.* 2016, Avis n° 6), à l'occasion duquel la Cour a également indiqué, dans son rapport annuel, que « l'intérêt des questions posées justifiait qu'elle réponde aux interrogations des juridictions du fond sur le sens de textes récents et fréquemment mis en oeuvre », alors même que la question ne commandait plus l'issue du litige.

⁵⁰ Rapport n° 297 de la commission des Lois constitutionnelles du Sénat sur le projet de loi instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation (page 3)

⁵¹ Les avis du Conseil d'État sur la conventionalité de dispositions nationales et les conclusions des rapporteurs publics consultés, sans prétention d'exhaustivité quant aux recherches menées, ne font nullement état de questionnement quant à la possibilité de contrôler la conventionalité d'une disposition

Le Jurisclasseur sur la justice administrative⁵² indique que « la question de la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une convention ou d'un accord international donne très souvent lieu à des demandes d'avis » et cite notamment les exemples suivants :

- examen de la compatibilité d'une validation législative avec les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit à un procès équitable⁵³ ;
- examen de la compatibilité de dispositions législatives au regard des exigences découlant de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁴ ;
- examen de la compatibilité de dispositions législatives avec l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec l'article 1er du premier protocole additionnel à cette Convention⁵⁵.

Or, il est acquis que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'efforcent, dans la mesure du possible, d'harmoniser leur jurisprudence⁵⁶.

2.3.4.3 Au regard du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

Enfin, on peut s'interroger sur le maintien de la solution de la Cour de cassation au regard du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lequel permet aux « plus hautes juridictions » d'un Etat partie à la Convention, telles que désignées par cette dernière, d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

dans le cadre de cette procédure consultative. Cf. par exemple pour une décision ancienne : CE, avis, 31 mars 1995, n° 164008, publié au *Recueil Lebon*

⁵² Jurisclasseur Justice administrative, Fascicule 11 par D. Maillard Desgrées du Loû : Conseil d'État – Avis sur une question de droit, n° 19

⁵³ CE, avis, 5 décembre 1997, n° 188530, publié au *Recueil Lebon* ; CE, avis, 27 mai 2005, n° 277975, publié au *Recueil Lebon*

⁵⁴ CE, avis, 27 mai 2016, n° 397842, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*

⁵⁵ CE, avis, 3 novembre 2003, n° 257946, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*

⁵⁶ Cf. notamment l'intervention de J-M. Sauvé, alors Vice-président du Conseil d'État, à l'Ecole nationale de la magistrature le 21 juillet 2017 sur le thème : "Dialogue entre les deux ordres de juridiction" ; source : site du Conseil d'Etat

Le Protocole n°16 est entré en vigueur le 1^{er} août 2018, uniquement à l'égard des Etats l'ayant signé et ratifié, dont la France⁵⁷. La France a désigné, par le biais d'une déclaration jointe à son instrument de ratification du Protocole, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel comme les juridictions qui seront compétentes pour adresser une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁸.

L'objectif premier du Protocole n° 16 est d'instaurer un dialogue institutionnalisé entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales, de créer une relation de coopération et de dialogue. Plus largement, le Protocole n° 16 s'intègre dans l'objectif de revalorisation du principe de subsidiarité.

La prévention des violations apparaît comme un second objectif du Protocole n° 16.

Un auteur, précité,⁵⁹ s'est interrogé sur l'aptitude du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation à demander un avis à la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'ils sont eux-mêmes saisis d'une demande d'avis formulée par les juridictions de fond. En effet, le paragraphe 2 de l'article 1er du Protocole n° 16 dispose : "La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle." Cette disposition a pour finalité d'empêcher les juridictions internes de demander à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer *in abstracto* sur la conventionalité d'une norme ou d'une pratique nationale, indépendamment de son application au cas d'espèce qui est soumis à la juridiction interne⁶⁰. Une saisine pour avis est-elle une "affaire" au sens du Protocole n°16 ?

La question mérite d'être posée, d'autant que la saisine pour avis de la Cour européenne des droits de l'homme est réservée, pour les juridictions de l'ordre judiciaire, à la Cour de cassation, tandis qu'une question préjudicielle peut être posée au juge communautaire par les juridictions du fond.

2.4 Recevabilité de l'intervention volontaire de syndicats

A la date de finalisation du présent rapport, ont produit des mémoires en intervention volontaire dans le cadre des deux demandes d'avis la Confédération générale du travail - Force ouvrière, le syndicat des avocats de France (SAF), la Confédération française démocratique du travail (CFDT) et Avosial, syndicat d'avocats d'entreprise en droit social.

⁵⁷ Dixième et dernier Etat à avoir ratifié le Protocole n° 16 le 12 avril 2018

⁵⁸ Voir la déclaration française, et les déclarations des autres Etats, sur le site du bureau des traités du Conseil de l'Europe

⁵⁹ T. Larroutou, « 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

⁶⁰ Rapport explicatif du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, pt.

Des avocats aux conseils se sont en outre constitués pour le Medef, la Confédération Générale du Travail (CGT) et l'Union syndicale Solidaires dans les deux demandes d'avis.

On peut évoquer succinctement le contexte juridique des interventions volontaires en cause de cassation par des personnes morales ou physiques qui n'étaient pas parties intervenantes devant les juges du fond puis s'interroger sur la recevabilité de telles interventions dans le cadre d'une demande d'avis.

TEXTES DE RÉFÉRENCE

Article L. 2132-3 du code du travail

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

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

Article 325 du code de procédure civile

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

Article 327 du code de procédure civile

L'intervention en première instance ou en cause d'appel est volontaire ou forcée. Seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire.

Article 330 du code de procédure civile

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

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

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

2.4.1 La recevabilité de l'intervention des syndicats : généralités

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

S'agissant des syndicats professionnels, la notion d'intérêt collectif est appréciée largement.

Elle peut concerner par exemple le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel⁶¹ ou encore la violation des dispositions relatives au travail temporaire, qui en diminuant la possibilité d'embauche de travailleurs permanents, est de nature à porter préjudice à l'intérêt collectif de la profession⁶². De même, l'exercice d'un travail dissimulé est de nature à causer à la profession représentée par le syndicat demandeur un préjudice distinct de celui subi personnellement par les salariés concernés⁶³. Un autre arrêt précise que dès lors que l'objet de la demande du syndicat tend à la défense de l'emploi des salariés de l'entreprise, son action est recevable sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail⁶⁴.

De même, une cour d'appel relève exactement que l'intérêt d'un litige relatif à la rupture d'un contrat nouvelles embauches dépasse les personnes de l'employeur et de son salarié et que la définition de la portée de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 au regard des conventions internationales auxquelles la France a souscrit relève de la défense des intérêts collectifs de la profession. Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui fait grief à l'arrêt d'avoir condamné l'employeur à payer des dommages-intérêts à un syndicat intervenu à l'instance⁶⁵.

La demande en intervention est celle dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires. Devant la Cour de cassation, une seule forme d'intervention est recevable, l'intervention volontaire formée à titre accessoire.

La jurisprudence exige de la part de l'auteur de l'intervention à titre accessoire devant la Cour de cassation un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de la partie qu'il appuie⁶⁶.

Des arrêts ont déclaré l'intervention volontaire d'un syndicat irrecevable au visa des articles 327 et 330 du code de procédure civile en rappelant qu'il résulte des dits articles que les interventions volontaires devant la Cour de cassation sont formées à titre accessoire à l'appui des prétentions d'une partie et ne sont recevables que si leur auteur a intérêt pour la conservation de ses droits à soutenir une partie⁶⁷.

⁶¹ Soc., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-11.411, *Bull.* 2008, V, n° 140

⁶² Soc., 23 mars 2016, pourvoi n° 14-23.276, *Bull.* 2016, V, n° 55

⁶³ Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-86.829, *Bull. crim.* 2011, n° 244

⁶⁴ Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 09-16.691, *Bull.* 2012, V, n° 5

⁶⁵ Soc., 1 juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146

⁶⁶ Ass. plén., 26 janvier 2007, pourvoi n° 06-12.165, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 2

⁶⁷ Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 14-18.974 ; Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-25.627, *Bull.* 2015, V, n° 19

Ainsi, au visa de ces articles, il a été jugé qu'un syndicat n'est pas recevable à intervenir dans une instance soulevant une question de principe dont la solution n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de ses adhérents ⁶⁸.

J. et L. Boré, dans leur ouvrage « La cassation en matière civile » ⁶⁹ considèrent que les syndicats pouvant agir à titre principal sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail, ils le peuvent *a fortiori*, par voie d'intervention, les textes spéciaux constituant des dérogations à la règle générale posée par l'article 330 du code de procédure civile. Ils ajoutent : « Sur un plan purement pratique, on doit ajouter que l'intervention des groupements en cassation n'augmente en rien le nombre des pourvois puisqu'ils ne font que se greffer sur une procédure existante, et qu'elle est souvent à même d'apporter des informations intéressantes à la Cour régulatrice sur le contexte économique et social du procès et sur les conséquences de sa décision. Ce sont d'ailleurs eux, en général, qui sont le mieux à même de mesurer l'impact de la décision à intervenir sur leur pratique professionnelle. Compte tenu de leurs moyens limités, leurs interventions ne sont pas fondées sur un caprice mais sur un intérêt réel. »

2.4.2 La recevabilité de l'intervention des syndicats dans le cadre d'une demande d'avis

L'article 1031-4 du code de procédure civile concernant la demande d'avis prévoit que les parties peuvent présenter des observations.

La doctrine n'évoque pas la question de la recevabilité de l'intervention volontaire, pour la première fois en cause de cassation, de groupements, dans le cadre d'une demande d'avis.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée expressément sur la recevabilité d'une intervention dans le cadre d'une demande d'avis. On peut observer cependant que certains avis mentionnent des observations prises pour des tiers à la procédure.

Ainsi, dans un avis du 3 mars 2014 ⁷⁰ on note l'intervention volontaire devant la Cour de cassation d'un syndicat professionnel d'entreprises de travail temporaire.

⁶⁸ 1^{re} Civ., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-18.731, *Bull.* 2016, I, n° 103

⁶⁹ édition 2015/206, p.649

⁷⁰ Avis de la Cour de cassation, 3 mars 2014, n° 13-70.008, *Bull.* 2014, Avis, n° 2

Dans deux avis du 22 septembre 2014 ⁷¹, il est mentionné que des observations ont été produites pour deux associations qui n'étaient pas parties à la procédure devant le tribunal ayant sollicité l'avis.

Et l'avis du 5 mai 2017 ⁷² mentionne des observations pour des ordres d'avocats. Il résulte du rapport que ces ordres sont intervenus volontairement à la procédure pour avis en cause de cassation, alors qu'ils n'étaient pas parties intervenantes en cause d'appel.

S'agissant du Conseil d'Etat, le Répertoire Dalloz du contentieux administratif⁷³ indique : « De manière exceptionnelle, l'intervention est irrecevable cependant lorsque le Conseil d'État statue sur une question de droit nouvelle qui lui a été renvoyée par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative » et se fonde sur un avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 2000 ⁷⁴.

Cette solution est implicite et n'apparaît que dans le résumé de la décision du 22 novembre 2000 : lorsque le Conseil d'Etat statue sur une question de droit nouvelle qui lui a été renvoyée par application des dispositions de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987, il ne peut être présenté d'interventions devant lui.

Les conclusions du commissaire du gouvernement n'évoquaient pas cette question. Il n'a pas été identifié d'avis postérieur du Conseil d'Etat se prononçant sur une intervention volontaire.

On peut faire un parallèle avec les interventions volontaires en matière de question prioritaire de constitutionnalité.

Devant les chambres civiles de la Cour de cassation, de nombreuses interventions volontaires ont été admises, sans motivation ni visa, pour la première fois au stade de la QPC. On peut citer par exemple l'intervention volontaire d'une société distincte de celle à l'origine de la question⁷⁵, du bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de

⁷¹ Avis de la Cour de cassation, 22 septembre 2014, n° 14-70.007, *Bull.* 2014, Avis n° 7 ; Avis de la Cour de cassation, 22 septembre 2014, n° 14-70.006, *Bull.* 2014, Avis n° 6 : Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

⁷² Avis de la Cour de cassation, 5 mai 2017, n° 17-70.005, *Bull.* 2017, Avis, n° 5 : Les règles de la postulation prévues aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée ne s'appliquent pas devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale, consécutivement à la mise en place de la procédure avec représentation obligatoire.

⁷³ Intervention par O. Gohin et A. Maitrot de la Motte ; point 10

⁷⁴ CE, avis, du 22 novembre 2000, n° 223645, publié au *Recueil Lebon*

⁷⁵ Com., 15 octobre 2010, pourvoi n° 10-40.039 ; 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 17-40.027, *Bull.* 2017, II, n° 81

Paris⁷⁶, d'une union d'entreprises de taxi⁷⁷, d'autres salariés de la société sollicitant la transmission de la question, parties à d'autres instances dans lesquelles il avait été décidé de ne pas transmettre la question⁷⁸, d'un syndicat national de journalistes⁷⁹.

Un arrêt récent de la 2^{ème} chambre civile⁸⁰ a cependant énoncé qu'une société, qui n'est pas partie à la procédure diligentée par une autre société, « est irrecevable à présenter des observations à l'occasion de l'examen par la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité déposée par cette dernière société »⁸¹.

Les interventions volontaires sont très majoritairement admises par le Conseil constitutionnel.

Il l'a expressément admis pour la première fois au bénéfice d'un syndicat dans le cadre de la décision du 7 octobre 2010 n° 2010-42 QPC, renvoyée par la Cour de cassation⁸², posée par deux salariés ainsi que par un autre syndicat et relative à la conformité de l'article L. 2122-2 du code du travail à la Constitution. La décision vise explicitement les observations en intervention sans autre motivation, ce qui constitue l'admission de l'intervention selon le commentaire autorisé.

Le Conseil constitutionnel a officialisé sa pratique à cet égard par l'introduction, le 21 juin 2011, à l'article 6 de son règlement intérieur de dispositions admettant la possibilité pour une « personne justifiant d'un intérêt spécial » de participer au débat contradictoire. S'y ajoutent les personnes ayant « posé devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi lorsque, pour cette raison, cette question n'a pas été renvoyée ou transmise »⁸³.

3. Eléments de réponse au fond :

⁷⁶ 2^e Civ., 1 juillet 2011, pourvoi n° 11-30.013

⁷⁷ Com., 13 mars 2015, pourvoi n° 14-40.053

⁷⁸ Soc., 24 mars 2016, pourvoi n° 16-40.010, Bull. 2016, V, n° 59

⁷⁹ Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 18-40.007

⁸⁰ 2^e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 19-40.002

⁸¹ Dans le même sens, s'agissant de l'intervention d'un particulier dans le cadre d'une question posée par un autre particulier : Crim., 30 novembre 2016, pourvoi n° 16-85.660

⁸² Cass., 8 juillet 2010, QPC n° 10-60.189

⁸³ Cons. const., 21 juin 2011, décision n° 2011-120 ORGA - Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité

3.1. Le droit interne

3.1.1. Le contexte juridique dans lequel s'inscrit la fixation du barème

3.1.1.1 La notion de barème

Un barème, d'après le Littré, est un recueil de comptes tout faits, ainsi nommé de François Barrême, né à Lyon, mort à Paris en 1703, qui publia un recueil de ce genre, sous le titre de « Comptes faits ».

Selon Jean-Claude Bardout⁸⁴, un barème est un recueil de comptes tout faits, ensemble de valeurs numériques résultant de calculs : échelle, répertoire, table, tarif, liste de taux ou taxe. La référence à un barème ou une table au cours d'un litige est une source de clarification du débat judiciaire, de prévisibilité et sécurité juridique pour les parties, et d'égalité de traitement des justiciables placés dans des situations semblables.

On observera que la notion de barème est indépendante de celle de plafonnement, l'un n'étant pas nécessairement accompagné de l'autre, même si tel est le cas de l'article L. 1235-3 du code du travail.

3.1.1.2 Le principe de réparation intégrale du préjudice et l'appréciation souveraine du juge

L'instauration par la loi d'un barème obligatoire, s'imposant au juge, tel que celui prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail, vient heurter les principes gouvernant la réparation d'un dommage, à savoir le principe de la réparation intégrale du préjudice et celui selon lequel les juges du fond apprécient souverainement l'existence et l'étendue du préjudice.

S'agissant tout d'abord du principe de réparation intégrale, le Conseil constitutionnel considère que ce principe n'a pas de valeur constitutionnelle mais une valeur législative permettant au législateur d'y déroger pour un motif d'intérêt général.

Le commentaire publié sur le site du Conseil constitutionnel de la décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014⁸⁵ rappelle la position du Conseil constitutionnel s'agissant du principe de la réparation intégrale du préjudice. Ainsi, dès 1982, le Conseil constitutionnel a affirmé que : « Nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute

⁸⁴ J.-C. Bardout, « Le juge et les comptes tout faits de M. Barrême : autorité, limites et conditions d'emploi des barèmes dans le procès civil », *JCP éd. G.* 2011, n° 48, p. 1332

⁸⁵ Cons. const., 26 septembre 2014, décision n° 2014-415 QPC

duquel il est arrivé, à le réparer »⁸⁶. Il juge que « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé »⁸⁷. Toutefois, si le principe de responsabilité « s'oppose au refus absolu de toute réparation sans égard à la gravité de la faute, il ne s'oppose pas [...] à certaines exonérations de responsabilité pour des fautes présumées excusables »⁸⁸ et « ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée »⁸⁹.

Le principe de réparation intégrale est néanmoins un principe général du droit de la réparation, tant pour le Conseil d'Etat que pour la Cour de cassation.

Ce principe, double, induit « la nécessité de réparer « tout le préjudice », mais aussi celle de s'en tenir au seul préjudice »⁹⁰. Il exige ainsi une complétude de la réparation mais interdit d'accorder une réparation supérieure au dommage.

La Cour de cassation a défini les contours du principe de réparation intégrale du préjudice.

Elle a ainsi décidé que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu [...] »⁹¹.

S'agissant de l'exigence de plénitude de réparation, la chambre criminelle juge que « la réparation du préjudice subi par la victime d'une infraction doit être intégrale »⁹², ou

⁸⁶ Cons. const., 22 octobre 1982, décision n° 82-144 DC, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel

⁸⁷ Cons. const., 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

⁸⁸ Cons. const., 20 juillet 1983, décision n° 83-162 DC, Loi relative à la démocratisation du secteur public

⁸⁹ Cons. const., 22 juillet 2005, décision n° 2005-522 DC, Loi de sauvegarde des entreprises ; Cons. const., 11 juin 2010, décision n° 2010-2 QPC ; Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC

⁹⁰ Répertoire de Droit civil, Dalloz, Responsabilité du fait personnel, Chapitre 2 : fait personnel générateur de l'obligation de réparer, Section 2 : Réparation, Art. 2 : Réparation du dommage, § 1 : Principe de réparation intégrale

⁹¹ 2^e Civ., 28 octobre 1954, n° 1767, *Bull.* 1954, II, n° 328

⁹² Crim., 20 août 1996, pourvoi n° 95-84.139, *Bull. crim.* 1996, n° 306 ; Crim., 15 juin 1997, pourvoi n° 96-82.264, *Bull. crim.* 1997, n° 11

encore que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties »⁹³.

La première chambre civile précise que « l'auteur d'un délit est tenu d'en réparer entièrement les conséquences dommageables pour la victime ou ses ayants droits »⁹⁴. La deuxième chambre civile considère également que « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »⁹⁵.

Enfin, la chambre sociale décide que « la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu »⁹⁶.

S'agissant de l'exigence de limiter la réparation au seul préjudice, « la réparation ne peut excéder le montant du dommage »⁹⁷. La pratique des dommages et intérêts punitifs est actuellement prohibée en droit français.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que constitue une violation du principe de la réparation intégrale :

- le fait pour un juge de statuer « par référence à un forfait établi découlant de sa propre jurisprudence »⁹⁸ ;
- le fait pour un juge de statuer « par référence à des barèmes, sans procéder à l'évaluation du dommage en fonction des seules circonstances de la cause »⁹⁹ ;
- le fait de retenir « qu'un préjudice doit être réparé par une somme forfaitaire et de principe »¹⁰⁰.

Par ailleurs, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier tant l'existence que l'ampleur du préjudice ainsi que les modalités de sa réparation.

⁹³ Crim., 31 mai 2005, pourvoi n° 04-83.989, *Bull. crim.* 2005, n° 165, Crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 07- 80.995, *Bull. crim.* 2007, n° 276

⁹⁴ 1^{re} Civ., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-82.616, *Bull.* 1999, I, n° 114

⁹⁵ 2^e Civ., 23 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.200, *Bull.* 2003, II, n° 20

⁹⁶ Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-40.826, *Bull.* 2005, V, n° 332

⁹⁷ 1^{re} Civ., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-21.114, *Bull.* 2003, I, n° 89, 2^e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 05-21.309, *Bull.* 2007, II, n° 212 ; 1^{re} Civ., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-28.272, en cours de publication

⁹⁸ 2^e Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-67.789

⁹⁹ 2^e Civ., 22 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.988

¹⁰⁰ 3^e Civ., 3 décembre 2015, pourvoi n° 13-22.503, *Bull.* 2015, III, n° 131

Ainsi, l'absence de préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰¹. Cela étant, dès lors que ceux-ci constatent l'existence d'un préjudice, obligation leur est faite de l'évaluer : viole l'article 4 du code civil une cour d'appel qui refuse d'évaluer un dommage dont elle a cependant constaté l'existence en son principe¹⁰².

Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour évaluer le montant d'une indemnité et peuvent donc, conformément au principe de la réparation intégrale, l'assortir des modalités qu'ils estiment nécessaires¹⁰³. Une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments¹⁰⁴.

Ces principes sont applicables en droit du travail.

En effet, par un important arrêt du 13 avril 2016¹⁰⁵, la chambre sociale a abandonné la notion de préjudice nécessairement subi dont il résultait que certains manquements fautifs de l'employeur étaient considérés comme source, par eux-mêmes, d'un préjudice ouvrant droit à réparation, peu important que l'existence d'un tel préjudice ne soit pas véritablement démontrée¹⁰⁶. Elle a, en conséquence, décidé que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Le commentaire de cette décision au Rapport annuel précise que la solution retenue « revient à une application plus stricte et plus rigoureuse des principes de la responsabilité civile et entend mettre fin à la multiplication des exceptions qui est incompatible avec les décisions des plus hautes formations de la Cour de cassation ». La règle dégagée par l'arrêt du 13 avril 2016 a été réaffirmée postérieurement¹⁰⁷.

Deux exceptions y ont été apportées par la suite.

La chambre sociale a d'abord énoncé qu'il résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il

¹⁰¹ Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-14.397, *Bull.* 2002, Ch. mixte, n° 5

¹⁰² 3^e Civ., 6 février 2002, pourvoi n° 00-10.543, *Bull.* 2002, III, n° 34

¹⁰³ Avis de la Cour de cassation, 4 juillet 2017, n° 17-70.008, *Bull.* 2017, Avis, n° 8 ; 2^e Civ., 1 février 1995, pourvoi n° 94-06.006, *Bull.* 1995, II, n° 42

¹⁰⁴ Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, *Bull.* 1999, Ass. plén., n° 3

¹⁰⁵ Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, *Bull.* 2016, V, n° 72

¹⁰⁶ Commentaire au rapport de Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, *Bull.* 2017, V, n° 136

¹⁰⁷ Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-27.796 ; Soc., 30 janvier 2019, pourvois n° 17-20.769, 17-20.771

appartient au juge d'apprécier l'étendue, alors que la cour d'appel avait retenu que le salarié ne justifiait d'aucun préjudice du fait de son licenciement abusif ¹⁰⁸.

Puis, par un arrêt du 17 octobre 2018, elle a énoncé qu'il résulte de l'application combinée de l'article L. 1235-15 du code du travail, de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1382, devenu 1240, du code civil et de l'article 8, § 1, de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui met en oeuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts ¹⁰⁹.

Les spécificités du droit de la réparation en matière prud'homale sont désormais résiduelles.

3.1.1.3 Des plafonds et planchers d'indemnités mis en place par le législateur

Le législateur met parfois en place des plafonds d'indemnisation spécifiques et, dans d'autres cas, plus rares, des planchers. Le Répertoire de droit civil recense les modes de limitation de responsabilité résultant de la loi ou de conventions internationales ¹¹⁰.

Il existe ainsi des plafonnements d'indemnisation en matière de transport ou dans le domaine de la responsabilité hôtelière, qui sont individualisés. La victime peut espérer obtenir une indemnisation intégrale dès lors que son préjudice est inférieur au montant du plafond.

Dans d'autres matières, le plafonnement est calculé globalement ou par événement ou par accident. L'indemnisation de chaque victime dépend alors du nombre de personnes lésées. Plus leur nombre est élevé et plus décroît la probabilité d'une indemnisation intégrale. De tels plafonds globaux sont prévus, par exemple, par la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes (la loi n° 84-1151 du 21 décembre 1984 ayant intégré dans notre droit ladite Convention)¹¹¹.

¹⁰⁸ Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, *Bull.* 2017, V, n° 136 et son commentaire au rapport annuel

¹⁰⁹ Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, en cours de publication

¹¹⁰ Répertoire de Droit civil, Dalloz, Dommages et intérêts, par P. Casson, n° 172 et s.

¹¹¹ *Idem*, n° 174

On peut citer quelques exemples de limitation de responsabilité.

S'agissant des aubergistes et hôteliers, selon l'alinéa 3 de l'article 1953 du code civil, dans certains cas « les dommages-intérêts dus au voyageur sont, à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure, limités à l'équivalent de cent fois le prix de location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre».

Les établissements de santé, publics ou privés, ainsi que l'État au titre des hôpitaux des armées, sont responsables de plein droit du vol, de la perte ou de la détérioration des objets déposés par les personnes qui y sont admises ou hébergées en vertu des dispositions de l'article L. 1113-1 du code de la santé publique. En contrepartie de cette responsabilité de plein droit, l'article L. 1113-2 du même code limite les dommages et intérêts dus au déposant à l'équivalent de deux fois le montant du plafond des rémunérations et gains versés mensuellement retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale du régime général. Cette limitation ne s'applique pas lorsque le vol, la perte ou la détérioration des objets résultent d'une faute de l'établissement ou des personnes dont ce dernier doit répondre.

Dans le cas d'une location soumise à la loi n°48-1360 du 1er septembre 1948, les articles 60 et 61 de ce texte prévoient que le propriétaire qui aura exercé son droit de reprise sans occuper ou faire occuper l'immeuble sera tenu de verser au locataire congédié, «outre la réparation du préjudice matériel causé, une indemnité qui ne pourra être inférieure à une année de loyer du local précédemment occupé, ni supérieure à cinq années».

Il existe par ailleurs des limitations de responsabilité applicables aux transports, par exemple les transports routiers internes de marchandises en cas de retard dans la livraison, de perte ou d'avarie de la marchandise en vertu des contrats types spécifiques auxquels renvoie l'article L. 1432-4 du code des transports ou en vertu du contrat type général.

S'agissant des transports publics de marchandises sur les voies navigables, la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation interne (CMNI) du 22 juin 2001, qui a été ratifiée par la loi n° 2007-300 du 5 mars 2007, est le fruit d'un dialogue entre plusieurs instances internationales, dont la Commission économique pour l'Europe des Nations unies (CEE-ONU). Cette convention met en place des limites maximales de responsabilité.

Dans un autre registre, on peut rappeler que le régime des accidents du travail est régi par des dispositions anciennes, issues pour partie de la loi du 9 avril 1898. Cette loi prévoit une responsabilité sans faute de l'employeur avec, en contrepartie, une indemnisation forfaitaire automatique du salarié. Ce dernier bénéficie de prestations comprenant, notamment, un capital ou, au-delà de 10% d'incapacité permanente, une rente viagère.

En cas de faute inexcusable, la rente viagère est majorée et la victime a droit à la réparation de certains préjudices complémentaires.

La victime est indemnisée par la caisse et n'a pas d'action de droit commun contre l'employeur, même si ce dernier est responsable des conséquences de la faute inexcusable.

L'indemnisation accordée aux victimes n'est que partielle et forfaitaire, en dehors de l'hypothèse d'une faute intentionnelle de l'employeur.

3.1.2 Les textes de droit interne : historique de l'encadrement par le législateur du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Texte de référence

Article L. 1235-3 du code du travail (modifié par ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, version en vigueur du 24 septembre 2017 au 1^{er} avril 2018)

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.

[...]

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 :

[...]

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.

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. »

Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance. L'ordonnance ayant été publiée le 23 septembre 2017, sont donc concernés les licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017. L'ordonnance n° 2017-1387 a été ratifiée par l'article 10 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

3.1.2.1. Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

- Les textes en vigueur à partir du 1^{er} mai 2008, issus de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007

Les articles L. 1235-3 et L. 1235-5 du code du travail, en vigueur à partir du 1^{er} mai 2008 et jusqu'à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, fixaient les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

- au montant du préjudice subi pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou licenciés dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés ;
- au montant équivalent, au minimum, aux salaires des six derniers mois pour les autres salariés ¹¹².

Ainsi, aux termes de l'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, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ».

Selon l'article L. 1235-5 du même code : « Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :[...]

2° A l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L. 1235-3;

3° Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4.

Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi. (...) ».

Dès la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, dont sont issues les dispositions de l'article L.1235-3, le législateur a choisi de ne pas faire de l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement une condition de validité de celui-ci. La sanction de l'absence d'une telle cause n'est pas la nullité du licenciement mais l'octroi de dommages et intérêts au salarié.

L'article L. 1235-3 prévoit toutefois la faculté pour le juge de « proposer » la réintégration. Il ne s'agit pas d'une obligation pour lui et les parties peuvent refuser cette réintégration. La réintégration est, en revanche, imposée à l'employeur lorsque le licenciement est nul. C'est le cas lorsque ce licenciement repose sur une cause illicite (discrimination, femmes enceintes, victimes d'accidents du travail ...).

S'agissant de l'indemnité versée en cas de refus de réintégration pour réparer le préjudice né de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le cadre général est fixé par l'article L. 1235-3 qui prévoit que cette indemnité est supérieure à un plancher de six mois de salaire. Ce plancher n'est pas applicable au salariés visés par le 2° de l'article L. 1235-5.

¹¹² Antérieurement, les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du code du travail alors applicables prévoyaient déjà les mêmes montants d'indemnisation.

Les textes en vigueur ne prévoyaient, en revanche, aucun plafond : le principe est la réparation intégrale du préjudice, prenant en considération des éléments variés tels que l'ancienneté, l'âge, les qualifications, la situation familiale...

L'indemnité en cause n'est, enfin, pas « l'indemnité de licenciement » prévue par l'article L. 1234-9 du code du travail. Elle répare l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et s'ajoute à l'indemnité de licenciement, ainsi que le prévoit expressément l'article L. 1235-3. Cette indemnité se cumule en outre avec l'indemnité de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés et les éventuelles indemnités contractuelle ou conventionnelle ¹¹³.

On peut noter que la chambre sociale, par décision du 13 juillet 2016 (Soc., 13 juillet 2016, pourvoi n° 16-40.209, *Bull.* 2016, V, n° 154) a décidé de renvoyer au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du second alinéa de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

Par décision n° 2016-582 QPC du 13 octobre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions encadrant le montant minimal de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour les entreprises d'au moins onze salariés.

En particulier, au regard du principe d'égalité devant la loi, il a jugé que :

- « En prévoyant que le montant minimal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est applicable aux seuls licenciements dans les entreprises d'au moins onze salariés, le législateur a entendu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimées économiquement plus fragiles, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général » ;
- « À cette fin, dans la mesure où les dispositions contestées ne restreignent pas le droit à réparation des salariés, le législateur pouvait limiter le champ d'application de cette indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise. Si pour les entreprises d'au moins onze salariés cette indemnité minimale a pour objet d'éviter les licenciements injustifiés, pour les entreprises de moins de onze salariés, l'indemnité correspondant au seul préjudice subi, fixée sans montant minimal, apparaît en elle-même suffisamment dissuasive. Le critère retenu est donc en adéquation avec l'objet de la loi, qui consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi ».

¹¹³ Les paragraphes qui précèdent sont extraits du commentaire de la décision du Conseil constitutionnel : Cons. const., 5 août 2015, décision n° 2015-715 DC, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances (à partir de la page 30)

Il est précisé dans le commentaire de la décision que les dispositions ici contestées n'avaient ni le même objet ni la même portée que celles censurées en 2015 (cf. *infra*): les premières prévoyant un plancher d'indemnisation et les secondes instaurant un plafond. Il est également indiqué qu'en raison des effets inhérents au plafonnement, «le Conseil constitutionnel s'était placé en 2015, pour cerner l'objet de la loi, sur le terrain des droits des salariés, qui pouvaient être lésés par l'éventuelle absence de réparation de l'entier préjudice né du licenciement injustifié. À l'inverse, un plancher ne peut conduire qu'à - éventuellement - majorer l'indemnisation du préjudice effectivement subi par le salarié, sans jamais le priver de son droit à une réparation intégrale. [...]. À la différence d'un plafonnement, le plancher indemnitaire de six mois de salaire comporte, pour l'employeur, un caractère dissuasif, qui doit le conduire à éviter de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse ».

- Le plafonnement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, prévu par l'article 266 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, censuré par le Conseil constitutionnel le 5 août 2015

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques prévoyait pour la première fois un encadrement du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse portant non seulement sur le minimum de ladite indemnité mais également sur le maximum, c'est à dire un plafonnement. Les critères de variation étaient l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et l'effectif de celle-ci.

« Article 266 :

[...]

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur définie conformément aux montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau du troisième alinéa et exprimés en mois de salaire :

[...]

L'indemnité est due sans préjudice, le cas échéant, des indemnités de licenciement légales, conventionnelles ou contractuelles. »

Par sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 portant sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹¹⁴, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction résultant du 1° du paragraphe I de l'article 266 :

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

¹¹⁴ ... qui deviendra la loi n° 2015-990 du 6 août 2015

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

Le commentaire par le Conseil constitutionnel de cette décision précise qu'étaient en jeu le droit d'agir en réparation d'un fait fautif, protégé par l'article 4 de la Déclaration de 1789, et le principe d'égalité devant la loi, protégé par l'article 6 de cette déclaration.

S'agissant du premier principe, le Conseil constitutionnel rappelle que « contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de principe constitutionnel de la réparation intégrale » et que « le législateur peut apporter au principe de responsabilité pour faute des restrictions justifiées par un motif d'intérêt général ». Ainsi, « en lui-même, le principe d'un plafonnement de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par les dispositions contestées ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle ».

S'agissant du second principe, le Conseil constitutionnel rappelle qu'en « droit du travail, de nombreuses différenciations sont opérées en fonction des effectifs de l'entreprise. C'est ainsi le cas pour ce qui concerne les relations collectives du travail: obligation d'organiser l'élection des délégués du personnel à partir de onze salariés, obligation de mise en place d'un règlement intérieur à partir de vingt salariés, obligation d'organiser l'élection du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail à partir de cinquante salariés... D'autres distinctions reposent sur l'idée que certaines obligations de la législation sociale ne doivent se déclencher qu'à compter d'un certain nombre de salariés : obligation d'emploi de personnes handicapées à compter de vingt salariés, obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de grand licenciement économique collectif ... ». Toutefois, il n'avait jamais eu à se prononcer sur la possibilité de faire varier la réparation individuelle d'un préjudice subi par un salarié en fonction de la taille de l'entreprise.

Le Conseil constitutionnel a considéré que si le législateur pouvait prévoir un plafonnement du montant de l'indemnité due au salarié, les critères retenus pour ce plafonnement devaient présenter un lien avec le préjudice subi.

- Le référentiel indicatif mis en place par le décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016

Avant l'introduction par l'ordonnance du 22 septembre 2017 précitée d'un "barème" de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse imposé au juge, le législateur avait prévu un référentiel indicatif pouvant être appliqué par le juge en cas d'échec de la conciliation ¹¹⁵.

¹¹⁵ Article L. 1235-1 du code du travail dans sa version applicable avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

Ce référentiel, créé par le décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016 et codifié à l'article R. 1235-22 du code du travail, a été abrogé par le décret n° 2017-1698 du 15 décembre 2017.

3.1.2.2. Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017

- Les motifs du législateur

La loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social a autorisé le gouvernement à prendre, dans un délai de six mois à compter de sa promulgation, toute mesure de nature législative « afin de renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés mentionnés à l'article L. 2211-1 du code du travail, [...] en modifiant les dispositions relatives à la réparation financière des irrégularités de licenciement » et en fixant « un référentiel obligatoire établi notamment en fonction de l'ancienneté, pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

L'exposé des motifs de ladite loi d'habilitation du 15 septembre 2017 indiquait : « [...] la barémisation des dommages et intérêts, notamment en fonction de l'ancienneté - et non des indemnités de licenciement -, permettra une plus grande équité et redonnera confiance aux employeurs et aux investisseurs, notamment dans les TPE et PME. La crainte de l'embauche dans celles-ci est réelle, alors même que le potentiel de création d'emplois y est considérable ».

L'étude économique sur laquelle se serait appuyé le législateur démontrerait en effet l'existence d'une corrélation négative entre imprévisibilité du risque juridique lié au licenciement, sécurité de l'emploi et fluidité du marché de l'emploi ¹¹⁶. Cette étude révélerait notamment qu'une telle imprévisibilité desservait *in fine* l'intérêt du salarié puisque l'employeur, ne maîtrisant pas le coût du licenciement, préférerait le contourner en recrutant en contrat à durée déterminée ou en maintenant un salarié en poste plutôt que de le remplacer.

L'étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, étude en date du 27 juin 2017, indiquait un second objectif visant à renforcer l'égalité de traitement devant la justice et faciliter la résolution des litiges, notamment en incitant à la conciliation et en diminuant le taux d'appel.

- Les textes

¹¹⁶ O. Blanchard et J. Tirole, « Rapport sur la protection de l'emploi et procédures de licenciement », Doc. fr., 2003

L'article L. 1235-3 du code du travail fixe désormais des montants minimaux mais aussi des montants maximaux.

Article L. 1235-3 du code du travail

(modifié par ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, version en vigueur du 24 septembre 2017 au 1^{er} avril 2018)

« 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	Indemnité minimale
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.

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. »

Les dispositions de l'article L. 1235-3, modifié par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, en vigueur au 1^{er} avril 2018, visée dans la demande d'avis du conseil de prud'hommes de Toulouse, sont identiques.

Seul l'avant-dernier alinéa de l'article a été modifié en ce sens : « 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. 1234-9¹¹⁷. »

Il convient donc de relever d'abord qu'il se déduit de ce texte, contrairement à ce qui est indiqué dans la circulaire du 26 février 2019 de la direction des affaires civiles et du sceau¹¹⁸, que les montants maximum sont applicables dans tous les cas, quel que soit l'effectif de l'entreprise, seuls les montants minimum pour les dix premières années d'ancienneté étant différents selon que l'entreprise emploie moins de 11 salariés ou au moins 11 salariés.

Ensuite, l'indemnité versée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est, selon le dernier alinéa de l'article L. 1235-3, cumulable, le cas échéant, avec plusieurs autres catégories d'indemnités pouvant être accordées par le juge, à savoir :

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

Mais ce « cumul » ne peut intervenir que dans la limite des montants maximaux précédemment indiqués.

On peut ajouter que la chambre sociale admet, dans certaines circonstances, que le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à des dommages-intérêts distincts de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en cas de comportement fautif de l'employeur dans les circonstances ou les conséquences de la rupture.

¹¹⁷ Souligné par le rapporteur

¹¹⁸ Circulaire C3/201910006558 du 26 février 2019 par laquelle il était demandé la communication de décisions ayant statué sur la conventionalité des dispositions indemnitaires fixées par l'article L.1235-3 du code du travail et invitant les parquets généraux à intervenir en qualité de partie jointe : « Toutefois, pour les entreprises de moins de onze salariés, la loi se limite à fixer une indemnisation minimale, progressive selon l'ancienneté du salarié. ».

Ainsi, une cour d'appel, qui a constaté que le licenciement avait été prononcé par l'employeur dans des conditions vexatoires pour le salarié et ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice distinct de la perte de son emploi, a légalement justifié sa décision condamnant l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts en plus d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ¹¹⁹.

Le fait de porter à la connaissance des membres du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné, constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi ¹²⁰.

De même, justifie sa condamnation d'une société à payer au salarié licencié des dommages-intérêts pour préjudice moral, la cour d'appel qui constate que le salarié a subi un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi ¹²¹.

Surtout, une faute à l'origine du préjudice distinct doit être démontrée, ce qui est le cas lorsque les juges du fond constatent que le comportement fautif de l'employeur était à l'origine de la détérioration de l'état de santé et de l'inaptitude physique du salarié ¹²².

Un préjudice distinct de celui découlant de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement a également été reconnu en cas de défaut d'indication au salarié des critères d'ordre des licenciements dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique ¹²³, d'impossibilité pour le salarié licencié de lever des options sur titres ¹²⁴, de la perte de chance pour le salarié de valoriser ses capitaux investis dans le plan d'épargne entreprise ¹²⁵, de la perte de chance pour le salarié de percevoir un complément de pension de retraite ¹²⁶ ou encore de l'empêchement de participer à une formation ¹²⁷.

Ces indemnités pour préjudice distinct n'ont pas à être prises en considération dans les limites maximales d'indemnisation de l'article L. 1235-3 du code du travail, à la différence des indemnités des articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15 du code du travail.

¹¹⁹ Soc., 27 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.163, *Bull.* 2001, V, n° 360 ; dans le même sens Soc., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-44.025, *Bull.* 2000, V, n° 306

¹²⁰ Soc., 25 février 2003, pourvoi n° 00-42.031, *Bull.* 2003, V, n° 66

¹²¹ Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-43.024, *Bull.* 2001, V, n° 253

¹²² Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977, *Bull.* 2011, V, n° 55

¹²³ Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-42.200, *Bull.* 2008, V, n° 178

¹²⁴ Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-40.027, *Bull.* 2004, V, n° 234

¹²⁵ Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.543

¹²⁶ Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-69.125

¹²⁷ Soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.107

Les montants prévus par l'article L. 1235-3 du code du travail ont par ailleurs vocation à s'appliquer non seulement lorsque le licenciement prononcé par un employeur est jugé sans cause réelle et sérieuse, mais également lorsque le contrat est rompu par suite du prononcé d'une résiliation judiciaire aux torts de l'employeur ou d'une prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou bien encore en cas d'annulation de la convention de rupture. De même en est-il en cas de rupture de la relation de travail par la survenance du terme d'un contrat de travail à durée déterminée requalifié postérieurement en contrat à durée indéterminée¹²⁸.

Par contre, ces montants ne sont pas applicables lorsque le licenciement est entaché de nullité, auquel cas l'article L. 1235-3-1 du code du travail, dans ses versions successives en vigueur à compter du 10 août 2016, prévoit une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Article L. 1235-3-1

modifié par ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - en vigueur du 24 septembre 2017 au 22 décembre 2017

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

Les nullités mentionnées à l'alinéa précédent sont celles qui sont afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. »

¹²⁸ Le barème d'indemnité est en outre susceptible d'avoir une incidence sur l'exécution du contrat de travail, la capacité d'opposition du salarié à une modification injustifiée de son contrat de travail pouvant de fait être affectée par le montant des indemnités prévues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse .

On peut rappeler que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ¹²⁹.

Le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration ou dont la réintégration est impossible a droit à une indemnité minimale correspondant aux salaires des six derniers mois, sans plafonnement.

Les nullités mentionnées à l'article L. 1235-3-1 du code du travail afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, dont le contour n'a pas été précisé par la loi, pourraient concerner notamment le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ¹³⁰, ou en cas de violation du droit à la liberté d'expression ¹³¹.

Enfin, on observera que l'article L. 1235-4 du code du travail prévoit que, dans le cas prévu notamment à l'article L. 1235-3 du code du travail, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

Mais il résulte de l'article L. 1235-5 du même code que ces dispositions ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés.

Le remboursement des indemnités de chômage a pu être qualifié de "peine privée accessoire, totalement déconnectée du préjudice subi par Pôle emploi et ce, même s'il est question de remboursement. C'est la faute de l'employeur, et seulement sa faute, qui constitue la cause de cette condamnation, à l'exclusion de toute autre considération" ¹³².

¹²⁹ Soc., 3 juillet 2003, pourvois n° 01-44.717, 01-44.718, 01-44.522, *Bull.* 2003, V, n° 214 ; pour un rappel récent Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 14-21.325, *Bull.* 2016, V, n° 248

¹³⁰ Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, en cours de publication ; Soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-23.589, *Bull.* 2016, V, n° 50

¹³¹ Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-10.557, *Bull.* 2016, V, n° 140

¹³² Lamy Emploi et compétences, n° 602-61: Remboursement des allocations d'assurance chômage par l'employeur

- La décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 portant sur la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social :

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a écarté l'ensemble des griefs qui étaient invoqués à l'encontre des dispositions en cause, en retenant notamment que :

- les licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment par des actes de harcèlement ou de discrimination, n'étaient pas concernés;
- « le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. Il en résulte que, par elle-même, l'habilitation ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs » ;
- « le principe de la séparation des pouvoirs n'implique pas que le législateur s'abstienne de fixer un barème obligatoire pour la réparation d'un préjudice causé par une faute civile » ;
- « le seul fait de prévoir un référentiel obligatoire pour l'indemnisation du préjudice résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pour celle de préjudices résultant d'autres fautes civiles ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe d'égalité devant la loi ».

Le Conseil constitutionnel rappelle, dans le commentaire de cette décision, qu'il ne découle pas du principe de responsabilité une exigence de réparation intégrale du préjudice.

On peut ajouter que, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 portant sur la loi¹³³ ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail au terme des motifs suivants :

« 84. Les députés soutiennent que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui instituent un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seraient contraires à la Constitution. Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789. En effet, d'une part, les

¹³³ Devenue la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018

plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. [...]

86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

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

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

le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. [...] Il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur. Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi ».

- L'analyse du Conseil d'État dans sa décision en référé du 7 décembre 2017

Le Conseil d'État a été saisi d'une requête visant à ordonner la suspension de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 dans le cadre d'une procédure de référé-suspension ¹³⁴.

Un syndicat soutenait que les dispositions de l'article 2 de cette ordonnance modifiant l'article L. 1235-3 du code du travail :

- méconnaissaient les stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne, en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi ;
- portaient une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs protégés par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles prévoient que le juge pourra, pour déterminer le montant de l'indemnisation due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tenir compte des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, sans indiquer, au surplus, de quelles indemnités il s'agit ;
- méconnaissaient le principe d'égalité, en retenant pour seuls critères de différenciation du barème d'indemnisation, l'ancienneté dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci, ce qui ne permet pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse.

Le juge des référés du Conseil d'État¹³⁵ a considéré qu'il n'était fait état d'aucun moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance contestée aux motifs notamment que :

- « il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donnée le comité européen de droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016, dont se prévaut la requérante, qu'elles interdiraient aux États signataires de prévoir des plafonds d'indemnisation inférieurs à vingt-quatre mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En outre, le barème que l'article 2 de l'ordonnance contestée énonce n'est, ainsi que le précise l'article L. 1235-3-1 du code du travail, pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité » ;
- « si les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail prévoient la possibilité, pour le juge, de tenir compte dans la détermination du montant de l'indemnité, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, elles ne lui imposent nullement, en énonçant cette faculté, de déduire du montant finalement accordé au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui ne saurait d'ailleurs être inférieur au minimum prévu, le montant de ces indemnités » ;

¹³⁴ La procédure du référé-suspension, régie par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, permet d'obtenir dans un bref délai la suspension d'un acte administratif en attendant que le juge se prononce définitivement sur sa légalité lorsque deux conditions sont simultanément réunies: il faut qu'il y ait une situation d'urgence justifiant la suspension et qu'il y ait un doute sérieux sur la légalité de la décision administrative contestée.

¹³⁵ CE, 7 décembre 2017, n° 415243

- « en fixant des montants minimaux et maximaux d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction des seuls critères de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et des effectifs de celle-ci, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas entendu faire obstacle à ce que le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci ».

Dans son communiqué, le Conseil d'État explique que les arguments invoqués par le syndicat selon lesquels cet article a pour effet de priver les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi ne sont pas de nature à créer un doute sérieux sur sa légalité mais que le rejet de ces demandes « ne préjuge toutefois pas de l'appréciation que portera le Conseil d'État sur la légalité des deux ordonnances, sur laquelle il se prononcera dans les prochains mois. »

Aucune autre décision du Conseil d'Etat n'est intervenue relativement aux dispositions dont il s'agit.

- L'impact du barème : Le rapport de la mission de recherche Droit et Justice

Le rapport de la mission de recherche Droit et Justice intitulé « La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit » (2019) développe le cas du contentieux prud'homal. L'analyse statistique a été menée sur une base de données réelles issues de décisions prises en bureau des jugements par les sections « Activités diverses », « Encadrement » et « Commerce » du conseil de prud'hommes de Paris au cours des mois de février 2013, février 2014, février 2015, février 2016 et février 2017. L'approche retenue vise à appliquer le barème 2017 sur les observations collectées et calculer la différence entre ce que les requérants ont réellement obtenu et ce qu'ils auraient obtenu avec le barème ¹³⁶.

Trois cas de figures se présentent :

- certains cas ont reçu des compensations inférieures à celles que le barème aurait indiqué (9,8 % des cas, distribués assez régulièrement entre les différentes années d'ancienneté) ;
- d'autres cas ont perçu des indemnités correspondant aux bornes du barème (31,1 % des cas, et particulièrement les demandeurs ayant une ancienneté supérieure à 10 années) ;
- les autres cas ont perçu des indemnités supérieures à celles que le barème aurait indiqué (59,1 % des cas, majoritairement des situations où l'ancienneté du demandeur est très faible).

En moyenne, l'écart constaté s'établit à 1,62 mois de salaires (réellement perçu « en plus » par rapport à l'application théorique du barème). Ce chiffre suggère donc que

¹³⁶ Pages 73 à 77 du rapport

l'application du barème entraîne peu d'écarts en moyenne par rapport aux pratiques réellement observées dans l'échantillon.

Les auteurs de l'étude soulignent les limites de cette analyse de simulation en raison notamment de l'échantillon (408 cas) et du fait que c'est une indemnité théorique «fictive» qui a servi de comparaison avec leurs observations.

Par ailleurs, a été examinée la question de savoir si les montants observés en 2017, correspondant aux cas passés en bureau de jugement en 2017 et donc soumis au barème indicatif fixé par le décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016, sont différents des montants attribués lors des années antérieures. Il a été observé une diminution de l'écart entre l'indemnité obtenue et l'indemnité « fictive » qui aurait été perçue en application du barème à partir de 2016. On a une distance au barème plus faible en 2016-2017 qu'en 2013-2015. Les décisions convergent donc vers le barème.

Les auteurs concluent en indiquant que pour mesurer empiriquement l'impact d'un barème sur la disparité des décisions, il faut être attentif aux possibles « effets rebonds » déclenchés par ce barème. En effet, les acteurs peuvent développer des stratégies de contournement du barème conduisant à en réduire le pouvoir homogénéisant. Ainsi, on pourrait s'attendre à ce que l'introduction du barème de 2017 relatif au licenciement abusif conduise à une inflation des demandes portant sur d'autres indemnités et du nombre des chefs de demande pour compenser de plus faibles dommages et intérêts. Dès lors, la réduction de la disparité des indemnités liées au licenciement abusif aurait pour résultante une augmentation de la disparité des indemnités versées au total au salarié licencié ¹³⁷.

On observera que certains praticiens ont observé sur le terrain la mise en oeuvre effective de telles stratégies de contournement, consistant à repenser le fondement des demandes principales en arguant d'un licenciement nul, ou bien à multiplier les demandes accessoires de dommages-intérêts ¹³⁸.

¹³⁷ p. 311 du rapport

¹³⁸ « Trois questions/réponses relatives au barème Macron - Les nouveaux enjeux de la procédure prud'homale et de la procédure de licenciement », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2019, n°2, dossier 12

3.2 Les normes de droit international invoquées

3.2.1 L'applicabilité des normes internationales - généralités

On peut rappeler succinctement, en empruntant dans les développements suivants à l'ouvrage du Professeur Sudre¹³⁹ que l'applicabilité directe de la norme internationale est subordonnée à deux conditions cumulatives.

La première condition est celle d'incorporation de la norme conventionnelle dans l'ordre juridique interne, qui ne fait pas débat dans le cas présent.

La seconde condition est relative à la qualité propre de la norme conventionnelle, qui doit présenter un effet direct. L'effet direct détermine l'invocabilité de la règle, c'est à dire « l'aptitude de la règle à conférer des droits directement aux individus et sans autre intervention textuelle »¹⁴⁰.

On distinguera l'effet direct vertical, qui s'applique au contentieux de droit public et permet l'invocabilité des normes dans des litiges opposant des particuliers à l'Etat, de l'effet direct horizontal, qui s'applique au contentieux de droit privé et renvoie à la capacité de ces normes à être invoquées dans des litiges opposant des particuliers exclusivement.¹⁴¹

Cette condition d'effet direct recouvre deux critères.

Un premier critère, dit subjectif, tient à l'intention des parties contractantes de créer directement des droits pour les particuliers. Il convient de s'attacher à la lettre du texte. Si cette intention de créer directement des droits pour les particuliers, qui ne se présume pas¹⁴², n'est pas exprimée de façon explicite, ce qui est fréquent, l'appréciation de l'intention des parties est parfois délicate. Sont en principe tenues pour énoncer un droit objectif directement applicable les dispositions libellées à l'indicatif présent et dans lesquelles les individus ou les groupes d'individus sont, grammaticalement, les sujets de phrases énonçant les droits, qu'ils peuvent faire valoir à l'égard des autorités publiques ou dans leurs rapports mutuels (à moins qu'il soit stipulé que « nul ne peut » voir porter atteinte à ces droits).

Un second critère, dit objectif, tient à la précision de la norme. La règle en cause doit être suffisamment précise, à la fois dans son objet et sa forme, pour être directement

¹³⁹ F. Sudre, « Droit européen et international des droits de l'homme », 12 édition, PUF, p. 181 et s.

¹⁴⁰ A. Rouyère, « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », Jurisclasseur Libertés, fasc. 250, 2009, n° 26 et s.

¹⁴¹ M. Lamour, « L'application par les juges français », Droit international social, T 1, p. 541 et s.

¹⁴² J. Dehaussy et M. Salem, « Sources du droit international », JurisClasseur Droit international, Fasc. 12-2

applicable dans l'ordre interne sans mesure complémentaire d'exécution. On parle aussi du caractère auto-exécutoire (traduction littérale du terme anglo-saxon "self-executing"). Ainsi, selon le Professeur Sudre, «les conventions internationales contenant des "dispositions-programmes", où la mise en oeuvre des droits proclamés est subordonnée aux mesures d'exécution législatives ou réglementaires que les Etats doivent prendre, ne remplissent pas ces conditions : elles énoncent des principes ou des règles de conduite pour les Etats signataires, manquant du caractère précis et complet des règles applicables en droit interne.»

Le Conseil d'État, dans un arrêt d'Assemblée très largement commenté du 11 avril 2012¹⁴³, a défini une méthode permettant d'apprécier si un texte international est d'effet direct :

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

La Cour de cassation n'a quant à elle pas défini de méthode, ce qui a pu faire dire à certains que les critères de l'invocabilité directe devant le juge judiciaire revêtaient un caractère mystérieux¹⁴⁴. Chaque chambre de la Cour de cassation détermine, au fil de sa jurisprudence, les textes internationaux directement applicables en droit interne.

3.2.2 L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

L'applicabilité directe de la Convention est reconnue tant par le Conseil d'Etat que la Cour de cassation.

Il n'est pas précisé dans la demande d'avis en quoi le droit au procès équitable serait susceptible d'être méconnu.

¹⁴³ CE, 11 avril 2012, n° 322326, publié au *Recueil Lebon* ; cf. conclusions de G. Dumortier, rapporteur public

¹⁴⁴ A. Gardin et J-P. Lhernould, « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », *RJS* 2019, chronique

Le salarié, dans ses conclusions, indiquait que le droit au procès équitable n'est plus garanti "lorsque le pouvoir du juge se retrouve ainsi drastiquement limité" (voir notamment Marie-Laure Morin, Droit ouvrier oct. 2017) ».

Dans l'article cité, M-L. Morin affirme :

« [...] 4 droits fondamentaux des travailleurs, constitutionnellement ou internationalement reconnus, sont malmenés, et donc selon nous violés, par les ordonnances Macron :

[...]- Le droit au procès équitable (art. 6 CEDH) [...]

Le barème des indemnités prud'homales, compte tenu de la faiblesse insigne des indemnités minimales prévues, nous semble, en tout cas, faire peu de cas du droit au procès équitable qu'énoncent la Convention européenne des droits de l'Homme comme la Constitution, compte tenu de la limitation drastique du pouvoir du juge. Un barème indicatif permettant ou comportant des possibilités de modulation selon les situations particulières, qui permet tout autant d'atteindre l'objectif de prévisibilité, aurait été plus conforme à ce droit. Or, il est un élément essentiel de l'état de droit. »

Texte de référence

Article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« 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. »

3.2.2.1 L'applicabilité du droit au procès équitable

On peut rappeler ¹⁴⁵, sur le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention, que les garanties de l'article 6, § 1, de la Convention sont applicables lorsque le justiciable se prévaut d'une contestation « sur ses droits et obligations de caractère civil » ou s'il critique le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ». Ces notions ne peuvent être interprétées par simple référence au droit interne : il s'agit de « concepts autonomes » de la Convention, indépendants des catégorisations utilisées par les systèmes juridiques des Etats membres.

¹⁴⁵ Extraits du Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales publié sur le site Internet de la Cour de cassation (L'institution- Réforme de la Cour- Réformes en mouvement - La réforme du mode de rédaction des arrêts)

La contestation portant sur un droit ou obligation de caractère civil peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice, sur des points de fait comme sur des questions juridiques. Le juge européen est tenu, en principe, pour déterminer l'existence d'un « droit », de se référer au seul droit interne, tel qu'interprété par les juridictions nationales, afin de vérifier que le « droit » y a bien une base légale¹⁴⁶.

Il y a « droit », au sens de l'article 6, § 1, lorsqu'un droit matériel reconnu en droit national est assorti du droit procédural permettant d'en faire sanctionner le respect par la justice.

D'une manière générale, enseigne le Professeur Sudre¹⁴⁷, on doit considérer que toute contestation ayant un objet « patrimonial » et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux relève de la notion de « droits et obligations de caractère civil ».

Le procès prud'homal est ainsi naturellement soumis aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁸. Et il ne paraît pas contestable que le droit à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est un droit à caractère civil au sens de la Convention.

Mais l'article 6, § 1 n'est-il pas un droit processuel, insusceptible de permettre la remise en cause du fait que le tribunal doit statuer en application du droit substantiel ?

Sur l'existence d'un droit reconnu de manière défendable en droit interne, le Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme figurant sur le site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁹ indique :

« 21. La Cour a précisé ce qui suit : qu'une personne ait, au plan interne, une prétention pouvant donner lieu à une action en justice peut dépendre non seulement du contenu matériel, à proprement parler, du droit de caractère civil en cause, mais encore de l'existence de barrières procédurales (« procedural bars ») empêchant ou limitant les possibilités de saisir un tribunal de plaintes potentielles (Fayed c. Royaume-Uni, § 65). Dans ce cas, la législation nationale reconnaît à une personne un droit matériel sans

¹⁴⁶ par ex., CEDH, 28 septembre 1995, Masson et Van Zon c. Pays-Bas, n° 15346/89 et 15379/89, § 49

¹⁴⁷ « Droit européen et international des droits de l'homme », 12^{ème} édition refondue, PUF, p. 535

¹⁴⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a jugé l'article 6, § 1, applicable à des contestations portant sur des questions sociales, notamment à une procédure relative au licenciement d'un employé par une entreprise privée (CEDH, 6 mai 1981, Buchholz c. Allemagne, n° 7759/77) ; cf. également Soc., 24 juin 2014, pourvoi n° 13-13.609, *Bull.* 2014, V, n° 154

¹⁴⁹ Droit au procès équitable - volet civil

pour autant que, pour une raison quelconque, il existe un recours juridictionnel pour le faire reconnaître ou sanctionner en justice. Dans cette dernière catégorie d'affaires, l'article 6 § 1 peut s'appliquer (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], § 47 ; *McElhinney c. Irlande* [GC], § 25). En revanche, les organes de la Convention ne peuvent pas créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel de caractère civil qui n'a aucune base légale dans l'État concerné (*Roche c. Royaume-Uni* [GC], § 117 ; *Károly Nagy c. Hongrie* [GC], § 60-61). Dans son arrêt *Károly Nagy c. Hongrie* [GC], §§ 60-61), la Cour a rappelé l'importance de maintenir la distinction entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel : aussi subtile qu'elle puisse être dans une réglementation nationale donnée, cette distinction détermine l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6. Elle a confirmé la jurisprudence selon laquelle l'article 6 ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (*Roche c. Royaume-Uni* ; *Boulois c. Luxembourg* ; *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, § 100).

L'arrêt rendu en Grande Chambre dans l'affaire *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*¹⁵⁰ précise :

98. 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.

99. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que, dans la présente affaire, ce qui est en jeu n'est 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. En réalité, les requérants se plaignent de la difficulté de satisfaire aux conditions imposées par le droit matériel pour l'obtention de la restitution du lieu de culte visé.

100. Or, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence bien établie de la Cour, il convient de maintenir la distinction entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel : aussi subtile qu'elle puisse être dans une réglementation nationale donnée, il n'en reste pas moins que cette distinction détermine l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (voir, en ce sens, *Roche*, précité, § 119, *Z et autres*, précité, § 98 et *Markovic et autres*, précité, § 94).

22. Appliquant la distinction entre restrictions matérielles et obstacles procéduraux à la lumière de ces critères, la Cour a, par exemple, reconnu que relevaient de l'article 6 § 1 des actions civiles pour faute dirigées contre la police (*Osman c. Royaume-Uni*) ou contre des autorités locales (*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC]) et a examiné si une restriction particulière (immunité de poursuites ou exonération de responsabilité) était

¹⁵⁰ CEDH, 29 novembre 2016, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, n° 76943/11

proportionnée au regard de l'article 6 § 1. En effet, l'immunité apparaît ici non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit (Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], § 48 ; Cudak c. Lituanie [GC], § 57). Par contre, la Cour a dit que l'exonération de responsabilité civile de la Couronne envers des membres des forces armées découlait d'une restriction matérielle et qu'il n'y avait donc pas de « droit » au sens de l'article 6 § 1 (Roche c. Royaume-Uni [GC], § 124 ; voir également Hotter c. Autriche (déc.) ; Andronikashvili c. Géorgie (déc.)). Une déclaration d'incompétence d'un ordre juridictionnel pour trancher une demande de compensation d'un requérant a été examinée dans l'arrêt Károly Nagy c. Hongrie [GC], § 60. Se référant au droit national applicable lorsque le requérant avait introduit son action judiciaire, la Cour a estimé que la déclaration d'incompétence des juges nationaux n'était ni arbitraire ni manifestement déraisonnable. Dans ces conditions, le requérant n'avait à aucun moment possédé un « droit » que l'on pouvait prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne (§§ 75-77). Dans l'affaire Vilho Eskelinen et autres c. Finlande [GC], § 41, la Cour a reconnu l'existence d'un droit « défendable » à une compensation. »

En l'espèce, est-ce l'étendue du droit matériel, à savoir l'étendue du droit d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui est limité par la loi ?

A supposer acquise l'applicabilité de l'article 6, § 1, quelles sont les garanties du procès équitable susceptibles d'être invoquées ?

3.2.2.2 Les garanties du procès équitable susceptibles d'être mobilisées

L'article 6, § 1 ne garantit que l'équité « procédurale ».

Le guide précité indique, s'agissant du droit d'accès à un tribunal :

« 84. Le « droit à un tribunal », comme le droit d'accès, ne revêtent pas un caractère absolu : ils peuvent donner lieu à des limitations, mais elles ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (Philis c. Grèce (n° 1), § 59 ; De Geouffre de la Pradelle c. France, § 28 ; Stanev c. Bulgarie [GC], § 229 ; Baka c. Hongrie [GC], § 120 ; Naït-Liman c. Suisse [GC], § 114)2. En outre, les limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie [GC], § 89 ; Naït-Liman c. Suisse [GC], § 115). »

Par ailleurs, le droit au tribunal est un droit à un « tribunal de pleine juridiction ».

La notion de « tribunal » au sens de l'article 6, § 1 de la Convention est une notion autonome. La cour définit le tribunal comme « un organe juridictionnel appelé à trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹⁵¹. La Cour rappelle que le tribunal doit trancher en

¹⁵¹ CEDH, arrêt du 22 octobre 1984, Sramek c. Autriche, n° 8790/79

fonction des règles de droit. Le fait, pour le juge, de devoir appliquer le droit substantiel ne saurait donc lui retirer sa qualité de « tribunal » au sens de la Convention : cela fait au contraire partie de sa définition.

Le tribunal doit cependant être de pleine juridiction¹⁵².

Dans l'arrêt *Chevrol c. France*¹⁵³, la Cour a souligné que « seul mérite l'appellation de "tribunal" au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction [...] ». Cela signifie que « pour qu'un "tribunal" puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ». Cela implique également que « le juge doit disposer du pouvoir de se pencher point par point sur chacun des moyens du plaignant sur le fond, sans refuser d'examiner aucun d'entre eux, et donner des raisons claires pour leur rejet ».

La Cour européenne des droits de l'homme l'a récemment rappelé en Grande chambre¹⁵⁴, dans un arrêt relatif à une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un magistrat : « l'exigence selon laquelle une cour ou un tribunal doit disposer de la "plénitude de juridiction" sera satisfaite s'il est établi que l'organe en question est doté de compétences d'une "étendue suffisante" ou exerce un "contrôle juridictionnel suffisant" pour traiter l'affaire en cause. »

La Cour a, sous l'angle du volet civil de l'article 6, considéré dans les arrêts *Diennet c. France*¹⁵⁵ et *Mérigaud c. France*¹⁵⁶, rendus à propos de sanctions disciplinaires, que le Conseil d'Etat, statuant en cassation, ne saurait passer pour un « organe judiciaire de pleine juridiction, [s'il] n'a pas le pouvoir d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction ». Il ne s'agit cependant pas d'une matière où la sanction résulte de l'application de la loi mais de l'appréciation de l'autorité disciplinaire.

Cette jurisprudence est-elle transposable à la problématique du cantonnement par la loi interne du droit à indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Les recherches effectuées n'ont pas permis d'identifier de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux pouvoirs du juge civil en matière d'évaluation d'un préjudice, sous l'angle de l'article 6, § 1 de la Convention.

¹⁵² CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, n° 7299/75, 7496/76, § 29

¹⁵³ CEDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, n° 49636/99

¹⁵⁴ CEDH, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, n° 55391/13, 57728/13 et 74041/13

¹⁵⁵ CEDH, 26 septembre 1995, *Diennet c. France*, n° 18160/91

¹⁵⁶ CEDH, 24 septembre 2009, *Mérigaud c. France*, n° 32976/04

La Cour européenne des droits de l'homme a cependant été amenée à se prononcer sur le plafonnement d'indemnité, mais sur le fondement d'autres articles de la Convention, c'est à dire sur le fondement de garanties de fond.

Dans les affaires Armoniene c. Lituanie¹⁵⁷ et Biriuk c. Lituanie¹⁵⁸ du 25 novembre 2008, les requérants se plaignaient du montant dérisoire des dommages-intérêts qui leur avaient été octroyés, alors que les tribunaux nationaux avaient pourtant jugé que du fait de la publication d'articles de presse, un journal avait porté une atteinte grave à leur vie privée. Ils alléguaient notamment que le plafonnement insuffisamment élevé du montant des dommages-intérêts pour préjudice moral prévu par le droit lituanien en vigueur à l'époque protégeait les médias des procès pour atteinte à la vie privée.

La Cour souligne que les Etats membres du Conseil de l'Europe peuvent réguler de différentes manières les questions d'indemnisation du dommage moral, et que l'instauration de plafonds n'est pas en soi incompatible avec l'obligation positive de l'Etat de protéger le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8). Cependant, de telles limites ne doivent pas avoir pour effet de priver l'individu de son droit à la vie privée et le vider de son contenu. Elle ajoute qu'en l'espèce, les restrictions sévères imposées par la loi au pouvoir discrétionnaire du juge de réparer le préjudice subi par les victimes ont privé les requérants des mesures de protection de leur vie privée qu'ils étaient en droit d'espérer.

3.2.3 La convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT)

Texte de référence

Article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

« 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. »

¹⁵⁷ CEDH, 25 novembre 2008, Armoniene c. Lituanie, n° 36919/02

¹⁵⁸ CEDH, 25 novembre 2008, Biriuk c. Lituanie, n°23373/03

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 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. [...]

Unique agence "tripartite" de l'ONU, l'Organisation internationale du travail (OIT) réunit des représentants des gouvernements, employeurs et travailleurs de 187 Etats membres pour établir des normes internationales, élaborer des politiques et concevoir des programmes visant à promouvoir le travail décent pour tous les hommes et femmes dans le monde.

L'OIT a mis au point divers mécanismes de contrôle qui permettent de suivre, au-delà du moment de leur adoption par la Conférence internationale du Travail et de leur ratification par les États, l'effet donné aux conventions et recommandations en droit et dans la pratique. Il existe deux catégories de mécanismes de contrôle :

- un système de contrôle régulier qui prévoit l'examen de rapports périodiques soumis par les Etats Membres sur les mesures prises pour donner effet aux dispositions des conventions ratifiées ;
- des procédures particulières qui incluent une procédure de réclamation et une procédure de plainte d'application générale ainsi qu'une procédure spéciale en matière de liberté syndicale.

La Convention n° 158 de l'OIT, adoptée le 22 juin 1982 à Genève, a été ratifiée par la France le 16 mars 1989 et est entrée en vigueur en France le 16 mars 1990. Elle concerne la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

3.2.3.1 L'effet direct vertical : la jurisprudence du Conseil d'État sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

Le résumé d'un arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 2005¹⁵⁹ relatif au contrat nouvelles embauches énonce : Les stipulations de la convention internationale du travail n°158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur sont d'effet direct dans l'ordre juridique interne.

L'arrêt, s'il rappelle qu'il appartenait au gouvernement de faire usage de l'habilitation conférée par le législateur dans le respect notamment des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne, n'examine cependant pas explicitement l'effet direct de chacun des articles de la convention dont il s'agit, à savoir les articles 2 § 2 b), 4,7, 8-1, 9 et 10. Au fond, il juge que les syndicats

¹⁵⁹ CE, 19 octobre 2005, n° 283471, publié au *Recueil Lebon*

requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail nouvelles embauches méconnaîtrait les stipulations de la convention internationale du travail n°158 ni, en tout état de cause, celles de l'article 24 de la charte sociale européenne.

3.2.3.2 L'effet direct horizontal : la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

Si la Convention n°158 ne contient pas de disposition prévoyant son invocabilité ou son effet direct devant les juridictions nationales, la chambre sociale a reconnu l'effet direct, à tout le moins de certaines dispositions de la convention n°158 de l'OIT, notamment par ses arrêts des 29 mars 2006 et 1er juillet 2008, publiés au rapport annuel.

Dans un arrêt du 29 mars 2006¹⁶⁰ relatif à la durée du préavis, la chambre sociale a énoncé expressément que sont d'application directe devant les juridictions nationales les articles 1er, le b du paragraphe 2 de l'article 2 et l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158.

Le visa de cet arrêt de cassation est ainsi libellé :

« Vu les articles 1er, le b du paragraphe 2 de l'article 2, et l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, qui sont d'application directe devant les juridictions nationales; ensemble les articles L. 122-5 et L. 122-6 du code du travail ; »

Les termes des articles de la Convention dont l'effet direct a été expressément reconnu par cet arrêt sont les suivants :

Article 1

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.

Article 2

1. La présente convention s'applique à toutes les branches d'activité économique et à tous les travailleurs salariés.

2. Un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention les catégories suivantes de travailleurs salariés:

(...)

(b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable;

Article 11

¹⁶⁰ Soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131

Un travailleur qui va faire l'objet d'une mesure de licenciement aura droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu, à moins qu'il ne se soit rendu coupable d'une faute grave, c'est-à-dire une faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la période du préavis.

Dans un arrêt du 26 mars 2013¹⁶¹, la chambre sociale s'est appuyée sur la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement pour juger une période d'essai de un an comme déraisonnable, estimant que les dispositions de l'article 2 de cette Convention «constituent des dispositions impératives ».

La chambre sociale a également explicitement retenu l'applicabilité directe de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail dans un arrêt du 1er juillet 2008¹⁶² relatif au contrat nouvelles embauches, dans lequel elle porte une appréciation très différente de celle du Conseil d'Etat. Le sommaire de l'arrêt est ainsi libellé :

« Aux termes de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne,¹⁶³ un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; selon l'article 7, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et, selon l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

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

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

¹⁶¹ Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, *Bull.* 2013, V, n° 82

¹⁶² Soc., 1 juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146

¹⁶³ La formule utilisée dans le corps de l'arrêt est la même

revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature.

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

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

L'article 4 de la Convention est ainsi libellé :

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.

Le commentaire au rapport annuel 2008 de cet arrêt indique : La compatibilité de ce contrat aux dispositions de la Convention n°158 de l'OIT, qui est d'application directe en droit interne, avait été contestée devant les tribunaux ¹⁶⁴. Dans le rapport 2013, il est cependant indiqué que cet arrêt ne reconnaît l'effet direct que de l'article 4 ¹⁶⁵.

D'autres décisions, rendues notamment dans le cadre du contrat nouvelles embauches, ont rappelé l'application directe devant les juridictions nationales de cette Convention.

Le sommaire d'un arrêt du 15 décembre 2010 ¹⁶⁶ fait ainsi état d'une applicabilité directe de la Convention dans son ensemble :

« Les arrêts du 29 mars 2006 et 1^{er} juillet 2008 par lesquels la Cour de cassation a, successivement déclaré la Convention n°158 de l'OIT directement applicable devant les juridictions nationales et dit non conforme aux exigences de cette convention, l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat "nouvelles embauches", n'ont pas opéré de revirement de jurisprudence. [...] »

¹⁶⁴ p. 218

¹⁶⁵ p. 112

¹⁶⁶ Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-45.242, *Bull.* 2010, V, n° 297

Le corps de l'arrêt ne mentionne pas l'effet direct de tout ou partie des dispositions de la Convention.

On peut noter également divers arrêts rendus en matière de durée de période d'essai au visa suivant : *Vu les principes posés par la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b)* et retenant un grief de violation de la Convention dont il s'agit : Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, *Bull.* 2009, V, n° 146 ; Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, *Bull.* 2012, V, n° 11 ; Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-28.512, *Bull.* 2012, V, n° 137).

C'est ainsi que dans une note du 9 mars 2009 de l'OIT sur la convention n° 158 et la recommandation n°166 sur le licenciement ¹⁶⁷, il est indiqué, sur le fondement des arrêts précités des 29 mars 2006 et 1^{er} juillet 2008, que : « En France, en 2006, la Cour de cassation a établi que la convention n° 158 était directement applicable. »

Aucun arrêt de la chambre sociale n'a spécifiquement statué sur l'effet direct de l'article 10.

On peut questionner l'affirmation selon laquelle la Convention dont il s'agit est, dans son intégralité, d'effet direct. Existe-t-il cependant des raisons de considérer que l'article 10 est, de par sa rédaction, impropre à avoir un caractère auto-suffisant en droit interne, à la différence des articles 1^{er}, 4, 11 et du b du paragraphe 2 de l'article 2 ?

3.2.3.3 La définition du terme adéquat

Selon le Littré, le terme adéquat est un terme de philosophie ainsi défini : « Entier, total, d'une étendue, d'une compréhension égale à ... On ne peut avoir de Dieu une idée adéquate, c'est-à-dire égale à son objet.

Étymologie : *Adæquatus*, de *adæquare*, de *ad*, à, et *æquare*, équaler »

Selon le dictionnaire TLFi : « A.- Philos., Log. [En parlant d'une connaissance conceptuelle, d'une idée] Qui rend compte de son objet de manière exhaustive, c'est-à-dire tant sous le rapport de la compréhension que de l'extension [...]

B.- P. ext. Adéquat à. Qui est exactement approprié. »

Le dictionnaire de l'Académie ¹⁶⁸ précise quant à lui : « XVIIIe siècle. Emprunté du latin *adaequatus*, participe passé de *adaequare*, « rendre égal à ». Qui rend compte de son objet de façon parfaite et exhaustive. Notion adéquate. Une définition, pour être adéquate, doit convenir à l'objet défini tout entier et ne convenir qu'à lui seul. Par ext. Qui est exactement adapté. Une réponse adéquate à la question posée. »

¹⁶⁷ Source : site Internet de l'OIT ; p. 21

¹⁶⁸ 9^{ème} édition

En français, la notion semble par conséquent renvoyer à la notion de réparation intégrale.

Dans la version anglaise de la Charte, il est employé les termes de « adequate compensation or other appropriate relief »¹⁶⁹.

3.2.3.4 La notion d'indemnité adéquate au sens de la Convention n° 158 de l'OIT

A titre liminaire, on peut noter qu'il résulte de la base de données de l'OIT sur les législations nationales des pays signataires de la Convention n°158¹⁷⁰ que plusieurs pays connaissent un plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié.

Ainsi, à titre d'exemples, s'agissant des licenciements individuels, selon les informations figurant sur ce site :

En Allemagne, l'indemnité ne peut excéder douze mois de salaires sauf dans deux hypothèses : si le salarié a plus de 50 ans et 15 ans d'ancienneté, auquel cas le plafonnement passe à 15 mois de salaire ; si le salarié a plus de 55 ans et 20 ans d'ancienneté, le plafonnement est relevé à 18 mois de salaire.

La place de ce barème ne serait cependant que résiduelle car le système allemand privilégierait la réparation en nature, c'est à dire la réintégration¹⁷¹.

En Belgique, l'indemnité de droit commun, en cas de licenciement injustifié, doit être au minimum de 3 semaines de salaire et au maximum de 17 semaines ; elle peut être complétée par des dommages-intérêts spécifiques si le licenciement n'est pas motivé.

Au Danemark, les salariés ayant au minimum 12 mois d'ancienneté ont droit à une indemnité qui ne peut excéder la moitié de la période de préavis¹⁷² ; cette indemnité peut être augmentée de 3 mois de salaire pour les employés qui sont âgés de plus de trente ans ainsi que de quatre mois de salaire pour les salariés qui ont plus de dix ans d'ancienneté et de six mois de salaire pour les salariés qui ont plus de 15 ans d'ancienneté.

En Espagne, l'indemnité est de 33 jours de salaire par année de présence dans l'entreprise avec un maximum de 24 mois de salaire. Il s'agit donc d'une indemnité forfaitaire, uniquement fixée au regard de l'ancienneté.

¹⁶⁹ Version bilingue de la Charte révisée figurant sur le site du Conseil de l'Europe

¹⁷⁰ site Internet de l'OIT : EPLex: base de données sur les législations de protection de l'emploi; voies de recours et procédure contentieuse en cas de litiges individuels

¹⁷¹ B. Palli, La place du « barème » dans certains pays européens, *Droit social* 2019 p.310

¹⁷² Comprise entre 3 et 6 mois pour les salariés ayant au moins 1 an d'ancienneté

En Finlande, l'indemnité varie entre 3 mois et 24 mois de salaire.

En Suisse, l'indemnisation ne peut excéder six mois de salaire, si le licenciement a été précédé d'un préavis ; en cas de licenciement à effet immédiat, une indemnité complémentaire au montant correspondant à la période de préavis, qui ne peut excéder 6 mois, peut être allouée par le juge.

Au Royaume-Uni, le montant de l'indemnisation est librement déterminé par la Cour.

La notion d'indemnité adéquate ou de réparation appropriée n'a pas été définie par l'OIT.

L'examen des divers rapports et recommandations émanant de cette organisation montre que la rédaction de l'article 10 permet de laisser une marge de manœuvre importante aux États-membres.

Le manuel de rédaction des instruments de l'OIT¹⁷³ mentionne les indications suivantes :

- la souplesse dans les conventions permet de laisser une marge plus ou moins grande d'appréciation aux membres dans la détermination pratique du champ d'application et de ne pas fixer de manière absolue les aspects qualitatifs ou quantitatifs des mesures à prendre¹⁷⁴ ;
- les termes utilisés dans certaines conventions octroient aux membres une discrétion dans la détermination des mesures qui doivent être prises en exigeant que ces mesures soient « adéquates », « convenables », « appropriées », « pertinentes », « adaptées », « compatibles », « satisfaisantes » ou encore « suffisantes. Cette pratique est courante dans les instruments et, pour mieux comprendre les circonstances où il y est fait recours, l'annexe 7 précise les dispositions des conventions dans lesquelles l'on retrouve ces qualificatifs¹⁷⁵.

L'annexe 7 indique que le qualificatif «adéquat(e)(s)» est généralement traduit en anglais par le mot «adequate» et qu'en français, le terme adéquat est souvent employé dans le sens d'approprié, ce terme signifiant « adapté à un usage déterminé, ou encore, bien adapté, qui convient aux circonstances »¹⁷⁶.

S'agissant du terme «approprié(e)(s)», il est généralement traduit en anglais par le mot «appropriate». En français, il signifie adapté à un usage déterminé, ou encore, bien adapté, qui convient aux circonstances.

¹⁷³ Disponible sur le site de l'OIT ; 2006

¹⁷⁴ Point 146

¹⁷⁵ Point 150

¹⁷⁶ Annexe 7, pages 116 à 119

Un rapport faisant suite à la conférence internationale du travail de 1995¹⁷⁷ explicite que l'annulation du licenciement et la réintégration sont privilégiés comme moyens de réparation du licenciement injustifié par l'article 10. "Néanmoins, il reste souple puisqu'il offre d'autres voies possibles de réparation en fonction des pouvoirs de l'organisme impartial et de l'applicabilité ou non dans la pratique d'une décision qui invaliderait le licenciement et proposerait la réintégration."¹⁷⁸

S'agissant de l'indemnité, il est mentionné que dans certains pays, la législation fixe un montant minimum ou maximum à l'indemnité, par exemple l'article 336 a du code des obligations suisse qui prévoit un maximum de 6 mois de salaire. Ce constat n'est assorti d'aucune critique¹⁷⁹.

Il est en outre précisé 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 licenciement¹⁸⁰.

Les observations et réclamations à l'encontre de pays membres de l'OIT portant sur l'article 10 de la convention n° 158 sur le licenciement

La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) peut faire des observations ou des demandes directes aux pays ayant ratifié une Convention.

- La demande directe à l'encontre de la Turquie

Demande directe (CEACR) - adoptée 2011, publiée 101ème session CIT, 2012

« Article 10. Réparations en cas de licenciement injustifié. Le gouvernement indique que, aux termes de l'article 21 de la loi sur le travail, les tribunaux et les arbitres ont le pouvoir de déclarer injustifié un licenciement et de fixer le montant de l'indemnité à verser en lieu et place de la réintégration. [...]. Les travailleurs ont droit à un montant pouvant aller jusqu'à quatre mois de salaire au cours de la procédure, lequel devra être restitué lors de la réintégration ou déduit du montant final de l'indemnité. [...]. La

¹⁷⁷ Protection contre le licenciement injustifié, Etude d'ensemble des rapports sur la Convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement 1982, Conférence internationale du travail, 82e session, 1995, Rapport III (Partie 4B), Genève 1995

¹⁷⁸ Point 218

¹⁷⁹ Point 229

¹⁸⁰ Point 232

TÜRK-IS estime que le montant légal de l'indemnité, qui se situe entre quatre et huit mois de salaire, est inadéquat et entrave la réintégration, étant donné que dans la pratique le jugement peut durer plus de deux ans et que les travailleurs doivent restituer l'indemnité initiale pour être réintégrés. [...]. La commission se réfère à son étude d'ensemble de 1995 sur la protection contre le licenciement injustifié, dans laquelle elle indique que, tel que formulé, l'article 10 de la convention privilégie la réintégration, mais qu'il reste souple puisqu'il offre d'autres voies possibles de réparation et que, lorsqu'une indemnité est versée, elle devrait être adéquate (paragr. 219 de l'étude d'ensemble de 1995) ».

Les examens postérieurs effectués par les organes de contrôle de l'OIT s'agissant de l'application de l'article 10 de la convention n°158 par la Turquie n'apportent aucune précision sur le caractère adéquat de l'indemnité versée en cas de licenciement abusif.

- Les observations concernant l'Espagne

Observation (CEACR) - adoptée 2015, publiée 105ème session CIT (2016)¹⁸¹

Article 10. Suppression des «salarios de tramitación» lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail après décision judiciaire déclarant le licenciement injustifié (paragr. 267-280 du rapport). S'agissant des réparations ordonnées par décision judiciaire en cas de licenciement injustifié, le gouvernement indique que, lorsqu'un licenciement est déclaré injustifié, le jugement comporte une disposition condamnant l'entreprise à choisir, dans un délai de cinq jours à compter de sa notification, entre la réintégration du travailleur ou le versement d'une indemnité d'un montant correspondant à 33 jours de salaire par année de service, les périodes de service inférieures à une année donnant lieu à un calcul au prorata mensuel, et ce jusqu'à 24 mensualités maximum. Le choix de l'indemnisation entraîne la résiliation du contrat de travail, résiliation qui sera réputée effective à la date de la cessation effective du travail. Lorsque c'est la réintégration qui est choisie, le travailleur a droit aux «salarios de tramitación». Leur montant correspond à une quantité égale à la somme des salaires que le travailleur n'a pas perçus depuis la date du licenciement jusqu'à la date de notification du jugement déclarant le licenciement nul ou jusqu'à la date à laquelle l'intéressé a pris un autre emploi. La commission prie le gouvernement de continuer de donner des informations sur la nature des réparations accordées, notamment des exemples de décisions des juridictions compétentes ayant conclu au caractère injustifié de la mesure de licenciement.

Observation (CEACR) - adoptée 2016, publiée 106ème session CIT (2017)

Article 10. Suppression des «salarios de tramitación» lorsque l'employeur opte pour la résiliation du contrat de travail après décision judiciaire déclarant le licenciement injustifié. La commission prend note des informations fournies par le gouvernement à propos de la cinquième disposition transitoire de la loi 3/2012 du 6 juillet 2012 portant mesures d'urgence de réforme du marché du travail, sur le calcul de l'indemnisation

¹⁸¹ Source : Site Internet de l'OIT

pour licenciement abusif dans le cas des contrats signés avant et après le 12 février 2012, soit respectivement 45 et 33 jours de salaire par année d'ancienneté pendant la durée de prestation des services, les périodes inférieures à un an étant calculées par mois au prorata, avec un maximum de 720 jours de salaire. Si le calcul de l'indemnisation pour la période antérieure au 12 février 2012 donne un nombre de jours supérieur à 720, celui-ci sera appliqué comme montant d'indemnisation maximum, avec un plafond de 42 mensualités. La CEOE et l'OIE considèrent que la suppression des «salarios de tramitación» a contribué, avec la réduction de l'indemnisation à 33 jours, à faire baisser le coût du licenciement et à corriger la dualité du marché du travail et les handicaps concurrentiels. La commission prie le gouvernement de continuer à donner des informations sur le nombre et la nature des indemnisations accordées, avec notamment des exemples de décisions de justice concluant que la cessation de la relation de travail était injustifiée.

- La réclamation en cours concernant la France

S'agissant de la France, la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) et la Confédération générale du travail (CGT) ont saisi le Bureau International du travail - qui est le secrétariat permanent de l'Organisation internationale du Travail - aux fins notamment de faire déclarer que la législation française relative à l'indemnisation du préjudice subi par les travailleurs licenciés est contraire à l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT¹⁸².

Le Conseil d'administration a décidé en mars 2017 que la réclamation est recevable et a désigné un comité tripartite chargé d'examiner les allégations qui se réfèrent à la convention n°158.

- L'autorité des observations de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations

On observera que, dans une décision récente¹⁸³, la chambre sociale s'est fondée, notamment, sur un rapport du Comité de l'Organisation internationale du travail chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 106 pour approuver une cour d'appel ayant décidé que des dispositions de droit interne n'étaient pas incompatibles avec celles de ladite Convention.

Le sommaire de cet arrêt est le suivant :

Ayant relevé d'une part que le rapport du Comité de l'Organisation internationale du travail chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 106, des 10 et 24 mars 2016, avait noté que la commission d'experts, après analyse complète et détaillée de la législation en cause, n'avait pas considéré que les dispositions en question étaient contraires aux dispositions de la convention n°106, et ayant d'autre part fait ressortir que les dérogations concernées étaient justifiées par la nature du travail, la nature des services fournis par l'établissement, l'importance de

¹⁸² Réclamation (article 24) - France - C087, C098, C158 - 2017

¹⁸³ Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-18.259, en cours de publication

la population à desservir et le nombre des personnes employées et se fondaient sur des considérations économiques et sociales répondant à un besoin du public, en ce que l'aménagement de la maison auquel participe l'ameublement relève d'une activité pratiquée plus particulièrement en dehors de la semaine de travail, une cour d'appel décide à bon droit que les dispositions de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 n'étaient pas incompatibles avec celles des articles 6 et 7, § 1, de la convention n°106.

3.2.4 La Charte sociale européenne

Texte de référence

Article 24 de la Charte sociale européenne révisée

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

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

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

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

L'annexe à la Charte sociale européenne, qui en fait partie intégrante¹⁸⁴, précise :
« [...] Il est entendu que l'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales. »

La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe signé le 18 octobre 1961 et révisé le 3 mai 1996, qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle constitue le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle se réfère aux droits civils et politiques¹⁸⁵. Elle a constitué une source d'inspiration pour la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁸⁴ Partie VI Article N de la Charte révisée :

Article N – Annexe :

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

¹⁸⁵ Site du Conseil de l'Europe. Charte sociale européenne

La Charte européenne révisée a été ratifiée le 7 mai 1999 par la France, qui en a accepté les 98 paragraphes. En vertu de ce qui est appelé un système de ratification « à la carte », permettant aux Etats de choisir les dispositions qu'ils sont prêts à accepter en tant qu'obligations juridiques internationales contraignantes, chaque Partie contractante s'engage :

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

La France a également accepté le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives le 7 mai 1999.

La Cour de justice de l'Union européenne se réfère à la Charte sociale européenne, le cas échéant en visant telle disposition de la Charte sociale ainsi que la convention de l'OIT qui lui correspond¹⁸⁶.

Un comité européen des droits sociaux (CEDS), comité d'experts indépendants, contrôle le respect des engagements fondés sur la Charte en vertu de deux procédures distinctes : par les réclamations collectives introduites par les partenaires sociaux et d'autres organisations non-gouvernementales (procédure des réclamations collectives)¹⁸⁷, et par les rapports nationaux rédigés par les Etats parties (système de rapports).

Les décisions et conclusions du Comité européen des Droits sociaux, qui n'est pas une juridiction, ne sont pas exécutoires dans les ordres juridiques nationaux, elles n'ont pas de caractère contraignant.

3.2.4.1 L'effet direct vertical : la jurisprudence du Conseil d'État sur l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

Après avoir longtemps dénié tout effet direct à la Charte sociale européenne, le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence en ce qui concerne l'article 24 par un arrêt du 10 février 2014¹⁸⁸, relatif à la légalité d'une décision de la Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat ayant modifié le statut du personnel des chambres de métiers et de l'artisanat.

Dans le résumé de cet arrêt, il est énoncé que « les stipulations de l'article 24 de la Charte sociale européenne produisent des effets directs en droit interne ».

¹⁸⁶ Pour un arrêt du 15 juin 1978 ayant utilisé pour la première fois cette manière de procéder: CJCE, arrêt du 15 juin 1978, Defrenne, C-149/77

¹⁸⁷ En vertu du Protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives de 1995

¹⁸⁸ CE, 10 février 2014, n° 358992, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*

Le corps de l'arrêt énonce :

« Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 24 de la charte sociale européenne : " En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : / 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 " ; 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 des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M. B...pour contester la légalité des articles 7 et 15 de la décision contestée en ce qu'ils permettent le licenciement d'un secrétaire général d'une chambre de métiers pour " perte de confiance mettant en cause le bon fonctionnement de l'établissement " ; qu'eu égard aux responsabilités exercées par le secrétaire général d'une chambre de métiers, aux relations de confiance qu'il doit nécessairement entretenir avec les élus de la chambre et leur président, afin que le bon fonctionnement de l'établissement public puisse être assuré, le motif de licenciement pour perte de confiance prévu par les dispositions contestées constitue, sous le contrôle du juge, un "motif valable" au sens des stipulations précitées de l'article 24 de la charte sociale européenne ; »

On observera que cet arrêt se situe clairement dans le prolongement de celui du 11 avril 2012 précité, par lequel ont été définies les conditions de reconnaissance de l'effet direct. Par ailleurs, la question de l'invocabilité de la Charte sociale européenne est appréciée article par article, selon la technique dite du dépeçage¹⁸⁹. Enfin, si était en cause dans cette espèce la notion de " motif valable" de licenciement, c'est l'intégralité des dispositions de l'article 24 qui sont déclarées d'effet direct.

Des décisions postérieures du Conseil d'État répondent au moyen invoqué de la méconnaissance de l'article 24 de la Charte sociale européenne sans toutefois se prononcer sur son effet direct¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Pour des critiques dirigées contre cette méthode de raisonnement, notamment C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif. Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2016, chron.n° 22

¹⁹⁰ CE, 7 décembre 2017, n° 415243 (décision du juge des référés saisi d'une demande de suspension de l'exécution de divers articles de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail)

Sur la portée de cet arrêt, les commentateurs sont opposés. Ainsi, le Professeur Mouly¹⁹¹ considère que le Conseil d'Etat a admis, au moins de manière implicite, l'effet direct horizontal de l'article 24 de la Charte, pour les litiges opposant des particuliers entre eux, en ayant pris soin de relever que cet article n'avait besoin d'aucun acte complémentaire pour "produire des effets à l'égard des particuliers", ce qui conférerait audit article un effet direct général. A l'inverse, F. Pinatel¹⁹² relève que le Conseil d'Etat n'a pas réglé la question du droit pour les salariés d'invoquer le texte contre leur employeur dès lors qu'elle ne lui était pas posée et pour cause, le juge administratif n'y étant jamais confronté.

3.2.4.2 L'effet direct horizontal : la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

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

Pour apprécier la validité de conventions de forfait en jours, la chambre sociale s'est prononcée d'abord dans un arrêt du 29 juin 2011¹⁹³ puis par des arrêts postérieurs¹⁹⁴ au visa de « l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se réfère à la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 garantissent le droit à la santé et au repos de tout travailleur ; »

Dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2014¹⁹⁵, il est indiqué que la chambre sociale ne s'est pas prononcée sur l'effet direct de la Charte sociale européenne mais s'est fondée sur l'exigence constitutionnelle du droit à la santé et au repos et sur les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur posés par le droit de l'Union¹⁹⁶.

¹⁹¹ J. Mouly, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licenciés sans motif valable est d'effet direct », *Droit social* 2014, p. 474

¹⁹² F. Pinatel, « Barème d'indemnités : les failles du jugement de Troyes », *actuel RH* 2018

¹⁹³ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181

¹⁹⁴ Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, *Bull.* 2014, V, n° 137 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, *Bull.* 2014, V, n° 301 ; Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-10.248, en cours de publication

¹⁹⁵ p. 163 et 164

¹⁹⁶ Dans un commentaire de l'arrêt du 29 juin 2011 par M-F.Mazars et P. Flores (« La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1499), il est précisé également que la question de l'effet direct de la Charte sociale européenne n'a pas été tranchée.

On notera que la chambre sociale n'a pas condamné en soi le système du forfait en jours mais mis en place une jurisprudence l'encadrant fortement, alors même que le Comité européen des droits sociaux avait estimé qu' « il y a une violation de l'article 2§1 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée ainsi que l'absence de garanties suffisantes dans le cadre du système de forfait en jours sur l'année »¹⁹⁷. Au vu de la jurisprudence de la chambre sociale, le Comité européen des droits sociaux abandonnera au demeurant finalement les critiques qu'il avait émises à l'encontre du dispositif légal français¹⁹⁸.

En matière d'élections professionnelles, la chambre sociale s'est à plusieurs reprises prononcée sur la conformité des textes nationaux aux articles 5 et 6 de la Charte, lesdits articles étant néanmoins visés aux côtés d'autres instruments internationaux. On peut citer à titre d'illustration :

- Selon qu'elles sont ou non affiliées à une confédération catégorielle nationale, les organisations syndicales catégorielles ne se trouvent pas dans la même situation. Dès lors, les dispositions des articles L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2143-3 du code de travail, en ce qu'elles réservent aux organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale certaines modalités d'appréciation de la représentativité, ne méconnaissent pas les articles 5 de la convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne¹⁹⁹.

- Si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Etats demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les Conventions n° 98 et 135 de l'Organisation internationale du travail²⁰⁰.

- et pour un arrêt de cassation, le visa des « articles 4 de la Convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, L. 2122-1, L. 2122-2 et L. 2123-3 du code du

¹⁹⁷ CEDS, 23 juin 2010, décision n° 56/2009, CFE-CGC c/ France

¹⁹⁸ Rapport d'activité 2014 du CEDS

¹⁹⁹ Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.113, *Bull.* 2011, V, n° 216

²⁰⁰ Soc., 14 avril 2010, pourvois n° 09-60.426, 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100

travail »²⁰¹ . Par cet arrêt, la chambre a jugé que les Etats demeurent libres de réserver le droit de mener des négociations collectives aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT.

Ces arrêts ne se prononcent ainsi pas sur l'effet direct des articles 5 et 6 de la Charte. On peut rappeler que l'affirmation de la conformité d'un texte interne à un texte de droit international n'équivaut pas à la reconnaissance d'un effet direct. La technique de l'interprétation conforme peut par ailleurs être une technique de substitution de l'effet direct, c'est à dire permettre de pallier l'absence d'effet direct.

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

Cet article a-t-il besoin d'être complété pour être appliqué en droit interne ? S'agit-il d'une disposition exclusivement programmatique n'engageant que les Etats parties ou bien crée-t-il directement des droits dont peuvent se prévaloir les particuliers ?

Ces questions seront à examiner au regard notamment des dispositions suivantes de la Charte révisée et de son Annexe.

Partie I

Les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants:

[...]

24. Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement.

Partie II

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

[...]

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

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

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

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

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

[...]

²⁰¹ Soc., 1 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.117

Partie III

Article A – Engagements

1. Sous réserve des dispositions de l'article B ci-dessous, chacune des Parties s'engage:

- a. 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;
- b. 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;
- c. à se considérer 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.

[...]

Partie IV

Article C

Contrôle de l'application des engagements contenus dans la présente Charte

L'application des engagements juridiques contenus dans la présente Charte sera soumise au même contrôle que celui de la Charte sociale européenne.

Partie V

[...]

Article H – Relations entre la Charte et le droit interne ou les accords internationaux

Les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne et des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protégées.

Article I – Mise en œuvre des engagements souscrits

1. Sans préjudice des moyens de mise en œuvre énoncés par ces articles, les dispositions pertinentes des articles 1 à 31 de la partie II de la présente Charte sont mises en œuvre par:

- a. la législation ou la réglementation;
- b. des conventions conclues entre employeurs ou organisations d'employeurs et organisations de travailleurs;
- c. une combinaison de ces deux méthodes;
- d. d'autres moyens appropriés.

2. Les engagements découlant des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de l'article 2, des paragraphes 4, 6 et 7 de l'article 7, des paragraphes 1, 2, 3 et 5 de l'article 10 et des articles 21 et 22 de la partie II de la présente Charte seront considérés comme remplis dès lors que ces dispositions seront appliquées, conformément au paragraphe 1 du présent article, à la grande majorité des travailleurs intéressés.

[...]

Article N

Annexe

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

Annexe à la Charte sociale européenne (révisée)

[...]

Partie III

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 ²⁰².

Les Etats ayant accepté la procédure de réclamations collectives considèrent que ce paragraphe de l'annexe à la Charte, relatif à la partie III, se lit ainsi :

« 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 de la Charte et par les dispositions du Protocole [prévoyant un système de réclamations collectives]. »(article 12 du Protocole additionnel de 1995 à la Charte).

On peut observer que la question de l'applicabilité directe aurait été abordée au cours des débats sur l'adoption de la Charte sociale européenne d'origine. En effet, selon un auteur ²⁰³, la délégation allemande au comité des ministres du Conseil de l'Europe avait proposé l'insertion d'une clause selon laquelle "Les dispositions de la Charte ne confèrent pas de droits directs aux individus, aux organisations non gouvernementales et aux groupes particuliers". Si les délégations italienne, néerlandaise, anglaise et grecque ont refusé d'accepter cette clause, il faudrait cependant en déduire une présomption simple de non-applicabilité directe. Selon un autre auteur ²⁰⁴, il ne serait pas possible de déduire des travaux préparatoires de la Charte que les Etats parties n'ont pas voulu lui accorder une applicabilité directe.

Telle n'est pourtant pas l'analyse de P. Laroque qui avait pris une part importante à l'élaboration de cette convention et fut le premier président du Comité des experts indépendants, organe devenu ultérieurement le Comité européen des droits sociaux. Dans un rapport présenté le 7 décembre 1977 au colloque organisé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dont il était le rapporteur général ²⁰⁵, P. Laroque indiquait :

« La Charte sociale européenne comporte-t-elle seulement des engagements des Parties contractantes les unes vis-à-vis des autres ou fixent-elles des règles opposables aux individus ou groupes intéressés et dont ceux-ci peuvent se prévaloir ?

[...] D'une part, le texte même des articles de la Partie II de la Charte est rédigé de manière à prévoir l'engagement des Parties contractantes de prendre certaines dispositions. Sauf dans quelques rares paragraphes, où les Parties contractantes déclarent "reconnaître" certains droits, elles se bornent en général à s'engager à faire

²⁰²

²⁰³ Albert Bleckmann : « Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève », CDE, 1967, p. 407

²⁰⁴ C. Sciotti-Lam, « L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne », éd. Bruylant, p. 382

²⁰⁵ « La charte sociale européenne », rapport, *Droit social* 1979, n° 3, p. 108

quelque chose. D'autre part, l'Annexe à la Charte stipule expressément qu'"il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV". Cette formule, au premier abord quelque peu obscure, est éclairée par les travaux préparatoires. Elle a été introduite précisément pour exclure toute possibilité pour les intéressés de se prévaloir directement devant les autorités ou les juridictions nationales des dispositions de la Charte. Il en résulte que les engagements souscrits par les Parties contractantes sont uniquement des engagements d'Etat à Etat, dont les seules sanctions, de caractère international, sont celles qui sont prévues dans la partie IV. L'on ne saurait se dissimuler que la valeur juridique de la Charte s'en trouve considérablement affaiblie." Et, dans une note de bas de page, le rapporteur ajoute : " Certaines juridictions nationales ont cru toutefois pouvoir faire application de la Charte. La doctrine a également relevé une certaine contradiction entre le passage cité de l'Annexe à la Charte et l'article 32²⁰⁶ de celle-ci dont les termes semblent impliquer que les dispositions de la Charte peuvent prévaloir sur des textes de droit interne. Mais il est difficile de donner à cet article une telle portée, en présence de l'intention formelle des auteurs de l'Annexe, laquelle est partie intégrante de la Charte. »

On observera que la Charte initiale ne contenait pas de disposition relative à la protection contre le licenciement, l'article 24 étant issu de la Charte révisée. Par contre les dispositions citées par P. Laroque de l'Annexe n'ont pas été modifiées lors de la révision de la Charte, sous réserve de l'ajout précité, relatif aux dispositions du Protocole pour les Etats ayant accepté la procédure de réclamations collectives.

S. Grevisse, membre du comité européen des droits sociaux, qui dressait en 2000²⁰⁷ un bilan plus optimiste que celui de P. Laroque quant à la portée et l'efficacité de la Charte, ne contredisait pas explicitement l'analyse de celui-ci quant à l'effet direct de la Charte, indiquant seulement à ce sujet : « En France, [...] rien ne s'oppose à ce que ceux-ci (les juges) se réfèrent à la Charte, à celles du moins de ses stipulations qui sont suffisamment précises, comme ils le font pour d'autres conventions internationales. »

O. de Schutter, membre du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies²⁰⁸ qualifiait quant à lui l'analyse tirée de la partie III de l'annexe à la

²⁰⁶ Le texte de l'article 32 de la Charte initiale est le suivant :

« Relations entre la Charte et le droit interne ou les accords internationaux
Les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne et des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protégées. »
Ces dispositions ont été reprises sans changement à l'article H de la partie V de la Charte révisée.

²⁰⁷ S. Grevisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Droit social* 2000, p. 884

²⁰⁸ Dans une intervention intitulée « La prise en compte de la Charte sociale européenne au niveau national (par les parlements, les gouvernements, et les juridictions) » lors d'un séminaire ayant pour thème « Charte Sociale Européenne : le Processus de Turin », Strasbourg, 4 décembre 2014 ; Source : site internet du conseil de l'Europe

Charte de “malentendu”: « Ceci, en fait, ne signifie pas que les juridictions nationales ne doivent rien faire. Cela signifie simplement que les Etats s'engagent à se soumettre au contrôle du Comité européen des Droits sociaux, ne soumettent pas leurs différends à d'autres instances internationales de règlement de litiges et acceptent que la Charte sera surveillée à travers les mécanismes qu'elle définit pour son suivi. Ce n'est pas une interdiction au juge national de prendre appui sur la Charte, d'en tenir compte et d'en faire application dans les litiges qui sont portés devant les juridictions nationales. »

I. Ziemele, juge à la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁹ se fondait sur les parties I et II de la Charte pour considérer que la Charte laissait une place importante au pouvoir discrétionnaire des Etats : « La Charte sociale européenne a en revanche, me semble-t-il, été rédigée pour l'essentiel en prenant soin de respecter le pouvoir discrétionnaire des Etats de choisir leur modèle social. Je constate malheureusement que, dans la Partie I déjà, la Charte révisée de 1996 offre une importante marge discrétionnaire puisqu'elle tempère le texte en indiquant que la mise en œuvre des droits sociaux est une question d'objectifs politiques et permet aux Etats de déterminer tous les moyens utiles par lesquels ils poursuivront la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif de ces droits. Je serais tentée de dire que l'étape suivante du processus législatif, pour ce qui concerne la protection des droits sociaux en Europe, serait de supprimer l'introduction de la Partie I tout en conservant la liste des droits proprement dits. Ceci étant, les choses sont plus compliquées pour ce qui est de la Partie II – toujours par rapport au libellé de la Convention. Elle renferme des éléments qui autorisent les Etats à rechercher les solutions qui leur paraissent les plus appropriées pour s'acquitter de leurs obligations compte tenu de leur histoire et de leur culture. Il est par contre d'autres droits, notamment le droit au travail, dont on peut dire qu'ils n'admettent pas, pour tout ou partie, une grande marge de manœuvre. L'article 16, qui traite des prestations familiales, me paraît quant à lui être un exemple du type de formulation qui laisse véritablement aux Etats toute latitude quant aux moyens par lesquels ils entendent protéger la famille en fonction de leur situation nationale. Le mécanisme de ratification contribue à lui seul à renforcer le degré de discrétion dont disposent les Etats pour la mise en œuvre des droits sociaux. Je pense qu'en fait, ce sont les termes mêmes dans lesquels est rédigée la Charte sociale européenne qui posent problème. Face à un cadre qui laisse une place aussi grande au pouvoir discrétionnaire des Etats, il doit être extrêmement difficile pour le Comité européen des Droits sociaux de travailler et nous ne pouvons que saluer les efforts qu'il déploie et les résultats qu'il obtient. »

Le rapport fait à l'Assemblée Nationale le 25 novembre 1998 par P. Dhaille, député, au nom de la commission des affaires étrangères sur les projets de lois autorisant l'approbation de la charte sociale européenne révisée, ensemble une annexe, ainsi que l'approbation du protocole additionnel à la charte sociale européenne prévoyant un

²⁰⁹ Intervention sur « Le pouvoir discrétionnaire des Etats dans la mise en œuvre des droits » lors du séminaire relatif à « Charte sociale européenne : marge d'appréciation des Etats », Strasbourg 6 décembre 2012, p. 21 et s. ; Source : site internet du conseil de l'Europe

système de réclamations collectives, ne contient aucune indication de nature à guider l'interprète sur l'effet direct desdits textes.

3.2.4.3 La notion d'indemnité adéquate telle qu'interprétée par le comité européen des droits sociaux

Dans le digest de jurisprudence du comité européen des droits sociaux²¹⁰, qui présente l'interprétation que le comité européen des droits sociaux a donnée de chacune des dispositions de la Charte sociale européenne, il est indiqué²¹¹:

« Un système de réparation est considéré comme approprié s'il prévoit :

- l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ;
- la possibilité de réintégration du salarié ;
- et/ou une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime²¹².

Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est interdit. En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies juridiques (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable. »

L'annexe (extraits pertinents des décisions et conclusions du comité européen des droits sociaux) cite notamment²¹³ :

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

Le Comité relève dans le rapport que, conformément à l'article 77 du code du travail, un salarié peut contester devant les tribunaux la validité de son licenciement avec préavis dans les deux mois qui suivent la date à laquelle il a été mis fin à la relation de

²¹⁰ Version décembre 2018 ; Source : site internet du conseil de l'Europe

²¹¹ p. 206

²¹² Conclusions 2012, Turquie

²¹³ p. 274 et s.

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

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

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

Le Comité rappelle à ce sujet que les salariés licenciés sans motif valable doivent se voir accorder une indemnisation ou toute autre réparation appropriée. L'indemnisation est réputée appropriée si elle inclut le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours. Par conséquent, le Comité estime que le montant maximum compensatoire de 12 mois en cas de licenciement illégal est inadéquat et la situation est contraire à la Charte ».

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

pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable. Le Comité demande si des dommages-intérêts au titre du préjudice moral peuvent être réclamés par d'autres voies juridiques ».

Le comité européen des droits sociaux a, par une décision du 8 septembre 2016 concernant la Finlande²¹⁴, apporté de plus amples précisions sur la notion de réparation appropriée. Après avoir rappelé à quelles conditions des mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés, elle a relevé :

« i) Indemnisation suffisante

47. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle la Finlande est en violation de l'article 24 de la Charte au motif que la loi relative aux contrats de travail prévoit un plafonnement de l'indemnisation pouvant être accordée en cas de licenciement abusif, le Comité rappelle avoir constaté, dans ses Conclusions 2008, que la situation de la Finlande n'était pas conforme à cette disposition de la Charte au motif que l'indemnisation accordée en cas de licenciement abusif était plafonnée à 24 mois de salaire. Toutefois, dans ses conclusions suivantes (Conclusions 2012), il a noté que dans certains cas de licenciement abusif, une indemnisation pouvait également être accordée sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, et a demandé des informations sur des cas dans lesquels un salarié avait pu obtenir une indemnisation pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Dans l'attente, il a jugé la situation conforme à l'article 24 de la Charte (Conclusions 2012, Finlande). La Finnish Society of Social Rights soutient que la loi relative à la responsabilité civile s'applique uniquement dans l'hypothèse où le salarié a subi des atteintes ou un préjudice grave.

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

49. Le Comité considère que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis.

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

51. Le Comité relève également que le Gouvernement n'a pas fourni, dans son mémoire sur le bien-fondé, d'exemples d'affaires dans lesquelles une indemnisation aurait été accordée pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Dans son 11^e rapport présenté dans le cadre de la procédure des rapports, le Gouvernement cite un arrêt de la Cour d'appel d'Helsinki confirmant la

²¹⁴ CEDS, 8 septembre 2016, décision n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c. Finlande

décision d'un tribunal de district qui avait accordé dans une affaire de licenciement discriminatoire une indemnisation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, alors que la réparation avait également été demandée sur le fondement de la loi relative aux contrats de travail et au titre de la loi sur la non-discrimination. Le Comité note que cette affaire concernait un licenciement discriminatoire. Le Comité note que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas à toutes les situations de licenciement abusif, et peut n'être applicable que dans des situations particulières. Il relève notamment que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas, sauf disposition contraire, à la responsabilité contractuelle ou la responsabilité régie par une loi différente.

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

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

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

ii) Réintégration

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

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

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

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

S'agissant de la France, on peut noter que, dans des conclusions 2016 concernant le rapport présenté par la France le 23 décembre 2015 ²¹⁵, il est indiqué : « Tout plafonnement des indemnités qui empêcherait celles-ci d'être suffisamment réparatrices et dissuasives est proscrit. Le Comité demande quel est le montant de l'indemnité qui peut être octroyée en cas de licenciement abusif et si elle est limitée. Dans l'attente des informations demandées, le Comité ajourne sa conclusion. »

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

La première de ces réclamations a été enregistrée le 12 mars 2018 ²¹⁶. Le comité européen des Droits sociaux a déclaré la réclamation recevable le 3 juillet 2018. La date à laquelle le comité statuera sur son bien-fondé n'est pas annoncée.

Trois autres réclamations portant sur la conformité de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 à l'article 24 de la Charte en ce qui concerne les questions de l'indemnisation adéquate en cas de licenciement abusif, du droit à réintégration et du droit de recours effectif contre la mesure de licenciement ont été par la suite enregistrées ²¹⁷.

On observera que des interrogations ont été émises quant à la portée des décisions du CEDS qui n'est pas une juridiction, le professeur C. Radé qualifiant la question de l'autorité du CEDS comme « particulièrement complexe » ²¹⁸.

Selon J. Mouly, l'article 24 de la Charte devrait nécessairement être appliqué par les juridictions internes à la lumière des décisions du CEDS, d'où l'intérêt au demeurant de l'invoquer alors même que ses dispositions apportent des garanties équivalentes à celles de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ²¹⁹.

²¹⁵ 2016/def/FRA/24/FR

²¹⁶ Réclamation n° 160/2018, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France

²¹⁷ Réclamation n° 171/2018, Confédération générale du travail (CGT) c. France, enregistrée le 7 septembre 2018 ; réclamation n° 174/2019, Syndicat CGT YTO France c. France, enregistrée le 30 janvier 2019 ; réclamation n° 175/2019, Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France, enregistrée le 31 janvier 2019

²¹⁸ C. Radé, « De la conventionnalité du barème " Macron " », *Droit social* 2019, p. 324

²¹⁹ J. Mouly, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct » , *Droit social* 2014, p. 474

La Cour de cassation n'a, jusqu'à présent, pas fait référence dans ses arrêts à des décisions émanant de ce comité ²²⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme se réfère quant à elle au sens donné par le CEDS aux divers articles de la Charte et reconnaît aux avis de ce comité une valeur interprétative selon un arrêt du 8 avril 2014 ²²¹ :

« 94. Il [Le Gouvernement] considère que les avis du CEDS ne sont pas une source de droit faisant autorité car cet organe, en dépit de l'indépendance et de l'expertise de ses membres, n'a pas selon lui un statut judiciaire ou quasi judiciaire mais a pour rôle de faire rapport au Comité des Ministres. La Cour fait observer que la compétence du CEDS est définie dans le Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne (ou « Protocole de Turin », Série des traités européens n° 142), à savoir « apprécie[r], d'un point de vue juridique, la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales avec le contenu des obligations découlant de la Charte ». Il est vrai que ce protocole n'est pas entré en vigueur car plusieurs États parties à la Charte, dont le Royaume-Uni, ne l'ont pas ratifié. Cependant, la valeur interprétative des avis du CEDS apparaît généralement admise par les États et par le Comité des Ministres. Elle est en tout cas reconnue par la Cour, qui a tenu compte à maintes reprises des interprétations de la Charte données par le CEDS et des avis de celui-ci sur le respect par les États de diverses dispositions de ce texte (voir, par exemple, Demir et Baykara, précité, et Tùm Haber Sen et Çinar c. Turquie, no 28602/95, § 39, CEDH 2006-II, affaire concernant un syndicat où la Cour a décrit le CEDS comme un organe « particulièrement qualifié » dans ce domaine). »

3.2.4.4 La décision de la Cour constitutionnelle italienne du 26 septembre 2018²²²

La Cour constitutionnelle italienne a censuré, au regard des articles 76 et 117 de la Constitution italienne - les équivalents de l'article 55 de la Constitution française sur le respect des obligations internationales - en combinaison avec l'article 24 de la Charte sociale européenne, l'article 3 du décret législatif n° 23/2015 du 4 mars 2015 qui prévoyait qu'en cas de licenciement sans cause légitime, le juge devait octroyer au travailleur une indemnité forfaitaire égale à deux mois de salaire par année d'ancienneté.

En revanche, sur la question de l'existence de limites minimales et maximales pour fixer le montant de l'indemnité (limite maximale de 24 mois de salaire portée à 36 mois en

²²⁰ Des décisions ont été rendues par le CEDS s'agissant des forfaits en jours, notamment le 23 juin 2010 (CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 56/2009, Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France) : constat de violation des articles 2§1 et 4§2 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée, de l'absence de garanties suffisantes ainsi que de la rémunération des heures supplémentaires dans le cadre du système de forfait en jours sur l'année.

²²¹ CEDH, 8 avril 2014, Affaire National Union of rail, maritime and transport workers c. Royaume-Uni, n° 31045/10

²²² Cour constitutionnelle italienne, 26 septembre 2018, décision n° 194/2018

2018) que le droit du travail italien connaît depuis 1970, la décision indique que la Constitution italienne n'oblige en aucun cas le législateur à adopter la règle générale de la réparation intégrale et d'équivalence au préjudice causé, à condition toutefois que soit garanti le caractère adéquat de l'indemnité. De ce point de vue, la limite maximale de 24 mois applicable à la question de constitutionnalité dont la Cour constitutionnelle était saisie n'entre pas en conflit avec la notion d'adéquation et est donc conforme à la Constitution.

Par cette décision, la Cour constitutionnelle italienne, qui n'avait pas à statuer sur l'éventuel effet direct de la Charte sociale européenne dès lors qu'elle ne distingue pas le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité, reconnaît le caractère contraignant de l'article 24 de la Charte, laquelle fait partie en quelque sorte du "bloc de constitutionnalité", la Cour constitutionnelle contrôlant le respect par le législateur italien de ses obligations internationales découlant des articles 76 et 117 de la Constitution.

C'est notamment à la lumière de cette disposition de la Charte combinée avec les deux articles précités de la Constitution qu'elle fonde sa décision (l'inconstitutionnalité étant prononcée également au regard du principe d'égalité de traitement qui oblige en droit italien à traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes). En effet, selon ladite Cour, le calcul de l'indemnité forfaitaire en raison de la seule ancienneté du travailleur, qui exclut la possibilité de prouver l'existence de dommages plus importants à la suite du licenciement illégal, empêche le juge d'apprécier la situation réelle des travailleurs concernés.

Ainsi, le juge peut déterminer le montant de l'indemnité en tenant compte du préjudice réel subi par le travailleur, mais dans les limites minimale et maximale établies par la loi²²³.

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle italienne rappelle que les décisions du CEDS n'ont pas d'effet contraignant sur les juridictions nationales, mais sont revêtues de "l'autorevolezza", c'est-à-dire qu'elles bénéficient d'une autorité doctrinale, comme elle l'avait déjà jugé précédemment²²⁴.

²²³ C. Alessi et T. Sachs, « La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ? », RDT 2018, p. 802

²²⁴ Cour constitutionnelle italienne, 20 juin 2018, décision n° 120/2018