



**Notice au rapport relative aux arrêts
n° 654 et 655 du 11 mai 2022
Pourvois n° 21-14.490 & 21-15.247 - Chambre sociale**

Par deux arrêts du 11 mai 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation, siégeant en formation plénière, a été amenée à se prononcer sur la conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne et à l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT) du barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, que le Conseil constitutionnel avait déjà déclarée conforme à la Constitution¹.

Ce texte met en place un barème applicable à la fixation par le juge de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, celle-ci devant être comprise entre des montants minimaux et maximaux, ces derniers variant, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut.

Dans un premier pourvoi, formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris (pourvoi n° 21-14.490), il était demandé à la chambre sociale de se prononcer sur la possibilité, pour les juges du fond, de procéder à un contrôle *in concreto* de la conventionnalité du barème des

¹ [Cons. const., 21 mars 2018, décision n° 2018-761 DC, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social](#)

indemnités de licenciement sans cause et sérieuse au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'OIT.

Dans une seconde série de pourvois, formés contre des arrêts de la cour d'appel de Nancy (pourvois n° 21-15.247, n° 21-15.249 et n° 21-15.250), il lui était demandé de décider de l'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers des dispositions de la Charte sociale européenne, et, notamment, de dire si l'invocation de son article 24 pouvait conduire à écarter l'application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée.

Ces deux pourvois ont conduit la chambre sociale, d'une part, à trancher pour la première fois, la question de l'effet direct, dans un litige entre particuliers, des stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et de l'article 24 de la Charte sociale européenne (I), et, d'autre part, à écarter la possibilité d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, avec lequel elle énonce, à son tour, la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail (II).

I. La confirmation d'un effet direct de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et de l'absence d'effet direct de la Charte sociale européenne

Par deux avis du 17 juillet 2019², l'assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu un effet direct de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT dans un litige entre particuliers.

Cette solution, qui s'inscrivait dans la ligne des décisions de la Cour de cassation relatives à l'effet direct déjà reconnu à certaines des dispositions de cette même Convention³, est reprise par la chambre sociale dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 21-14.490 dès lors que :

1°) les stipulations de l'article 10 précité sont suffisamment claires et inconditionnelles et ne nécessitent pas d'acte complémentaire pour être définies ;

2°) les formulations de la Convention n° 158 de l'OIT sont énoncées pour la plupart comme des droits reconnus aux travailleurs, et non comme des obligations procédurales ne créant d'obligations qu'à la charge de l'État signataire⁴ ;

² [Avis de la Cour de cassation, 17 juillet 2019, n° 19-70.010, publié au Bulletin et au Rapport annuel](#); [Avis de la Cour de cassation, 17 juillet 2019, n° 19-70.011, publié au Bulletin et au Rapport annuel](#)

³ Cf. [Soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499, Bull. 2006, V, n° 131, publié au Rapport annuel](#);

3°) la Convention n° 158 de l'OIT se réfère expressément au juge quant à ses modalités d'application.

En effet, l'article 1^{er} de la Convention n° 158 de l'OIT précise : « 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 ». Au cœur du dispositif de l'article 10 de la Convention n° 158 figurent ainsi les tribunaux (« les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention ») qui doivent pouvoir allouer aux salariés injustement licenciés une indemnité adéquate.

À l'inverse, l'article 24 de la Charte sociale européenne met au cœur du dispositif, non pas les juridictions nationales, mais les seuls États parties, sur lesquels reposent la mission de permettre, par leur législation ou par voie de la négociation collective, l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement sans motif valable, en assurant aux salariés « un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».

En effet, la Charte définit seulement des engagements des États contractants permettant de constituer un socle minimal commun de droits sociaux. Ainsi, elle indique qu'il s'agit pour eux de reconnaître comme « objectif d'une politique » que les États s'engagent à poursuivre « 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 » ensuite énumérés, parmi lesquels figure le droit des travailleurs à une protection en cas de licenciement. Le caractère général et programmatique des stipulations de la Charte, dans laquelle s'intègrent celles de l'article 24, fait qu'elles nécessitent l'adoption de mesures nationales pour leur mise en œuvre.

De plus, l'annexe de la Charte sociale européenne énonce, en sa partie III, que « la Charte contient des engagements juridiques de caractère international » et réserve le mécanisme d'application de la Charte aux seules réclamations collectives auprès du Comité européen des droits sociaux (CEDS) institué par la partie IV et constitué d'experts internationaux, excluant dès lors toute intervention directe du juge national.

Ce mécanisme de contrôle prévu par la Charte, confié au CEDS et au comité des ministres du Conseil de l'Europe écarte ainsi toute possibilité d'effet direct de la Charte, ainsi que l'expliquait

[Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146, publié au Rapport annuel.](#)

⁴ Cf. [Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-18.259, publié au Bulletin et au Rapport annuel](#), s'agissant des dispositions de l'article 7, § 4, de la Convention n° 106 de l'OIT concernant le repos hebdomadaire dans les commerces et les bureaux.

Pierre Laroque⁵ et le regrettait Jean-Michel Belorgey⁶, anciens présidents du CEDS. Si la révision en 1996 de la Charte sociale européenne de 1961 comporte des avancées, elle n'a cependant pas apporté de modifications en termes d'effectivité de ce traité.

Ainsi, dans le cadre de ses décisions relatives aux conventions de forfait-jours⁷, au sujet desquelles des critiques avaient été formulées à plusieurs reprises par le CEDS au regard de la Charte, la chambre sociale avait déjà été amenée à écarter implicitement son effet direct.

Au terme d'une analyse globale des termes de la Charte sociale européenne et de la volonté de ses rédacteurs, à laquelle avait également procédé l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses avis précités, la chambre sociale conclut en conséquence à l'absence de tout effet direct de la Charte dans un litige entre particuliers.

La chambre sociale de la Cour de cassation fixe à cette occasion sa jurisprudence en matière d'effet direct des traités internationaux, hors droit de l'Union européenne, et énonce explicitement, pour la première fois, les critères selon lesquels elle entend apprécier si une convention internationale est d'effet direct dans un litige entre particuliers, en reprenant le raisonnement tenu par le Conseil d'État dans la décision Gisti du 11 avril 2012⁸.

Un raisonnement identique avait conduit la première chambre civile de la Cour de cassation à juger récemment que les stipulations de la Charte sociale européenne invoquée devant elle ne sont pas d'effet direct en ce qu'elles « requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers »⁹.

L'ensemble de ces éléments a donc conduit la chambre sociale à rejeter, dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 21-15.247, le pourvoi incident formé par la salariée contre l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, qui, sur ce point, s'était strictement conformée aux avis précités de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant écarté l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne dans un litige entre particuliers.

⁵ P. Laroque, « L'élaboration et l'application de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* mars 1979.

⁶ J.-M. Belorgey, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *RD sanit. soc.* 2007 p. 226.

⁷ [Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. 2011, V, n° 181, publié au Rapport annuel](#) ; RJS 2011, n° 696.

⁸ [CE, ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326, publié au Recueil Lebon](#), conclusions G. Dumortier ; *RFDA* 2012., p. 547, note G. Dumortier.

⁹ [1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-15.890, publié au Bulletin](#) ; [1^{re} Civ., 12 février 2020, pourvoi n° 18-24.264.](#)

II. Le refus d'un contrôle d'un contrôle de conventionnalité in concreto du barème au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

Dans ses avis du 17 juillet 2019 précités, la formation plénière de la Cour de cassation avait également décidé que la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales pouvait faire l'objet d'une demande d'avis sous réserve que « son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond ».

Certains en ont déduit que les juges du fond pourraient procéder à un contrôle, *in concreto*, de la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT y compris lorsque ces dispositions ont été jugées compatibles, *in abstracto*, avec cette même Convention.

La chambre sociale de la Cour de cassation a entendu écarter cette possibilité.

Au préalable, la chambre sociale affirme à son tour que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

Elle constate que le barème prend en compte la gravité de la faute de l'employeur en excluant de son champ d'application les licenciements entachés de l'une des nullités énumérées par l'article L. 1235-3-1 du code du travail, dont elle cite les dispositions, avant de rappeler les libertés fondamentales, visées par le 1° de ce texte qu'elle a déjà reconnues : la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la protection de la santé, le principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme, le droit à un recours juridictionnel et la liberté d'expression. Elle rappelle enfin les cas dans lesquels un licenciement serait discriminatoire ou porterait atteinte aux droits d'un salarié protégé et ne serait donc pas davantage soumis au barème.

La chambre sociale retient, en se référant pour cela à une décision du Conseil d'administration de l'OIT¹⁰, que le terme « adéquate » visé à l'article 10 de la Convention précitée « signifie que l'indemnité pour licenciement injustifié doit, d'une part être suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié, et, d'autre part, raisonnablement permettre l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi ».

¹⁰ Réclamation (article 24) - Venezuela - C095, C158 – 1997, n° 26.

Elle indique que le caractère dissuasif de l'indemnité de licenciement injustifié est assuré par les dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail selon lesquelles le juge ordonne, même d'office, le remboursement par l'employeur fautif de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, dans la limite de six mois d'indemnités par salarié intéressé.

Elle affirme que les dispositions des articles L. 1235-3 et L. 1235-3-1 du code du travail prévoyant une indemnité « dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux variant en fonction du montant du salaire mensuel et de l'ancienneté du salarié [...] permettent raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi ».

Toute autre solution aurait imposé que la chambre sociale renvoie l'examen du pourvoi à l'assemblée plénière de la Cour de cassation dès lors que cette dernière avait déjà retenu, dans ses avis, que la Convention n° 158 de l'OIT laissait une marge d'appréciation aux États, compte tenu de l'obligation pour les États signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'organiser leur système judiciaire « de façon à éviter l'adoption de jugements divergents »¹¹.

La chambre sociale a bien sûr pris en compte, dans le cadre de son délibéré, le rapport, rendu public dans les jours précédant son audience, du comité de l'OIT chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la Convention n° 158.

Ce rapport propose au Conseil de l'administration de l'OIT d'inviter le gouvernement « à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif ».

Ayant ainsi confirmé que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, d'effet direct en droit interne, il restait à la chambre sociale à dire si leur application à une situation particulière pouvait conduire le juge du fond à écarter cette norme interne, à l'issue d'un contrôle de conventionnalité effectué, *in concreto*, au regard de cette même Convention.

La chambre sociale a répondu à cette question par la négative en considérant que ceci serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi, reconnu par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹¹ [CEDH, arrêt du 9 février 2021, Société anonyme Ahmet Nihat Özsan c. Turquie, n° 62318/09, § 60 et s.](#)

Un contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière d'indemnité de licenciement pourrait laisser la place, selon les cas d'espèce, à une très grande variété de solutions que la chambre sociale de la Cour de cassation ne pourrait que difficilement contrôler, compromettant ainsi le principe de sécurité juridique et venant heurter directement la volonté du législateur lequel, par l'instauration d'un barème impératif, a précisément entendu offrir une plus grande prévisibilité aux employeurs et aux salariés. Le risque aurait été grand de substituer au barème du législateur un barème du juge en fonction de motifs inhérents à la personne du salarié, sans en revêtir la même légitimité.

Un tel contrôle *in concreto*, qui heurte la conception française d'une norme générale et abstraite, adoptée par le pouvoir législatif et s'imposant à tous, s'est développé exclusivement dans le champ de la protection des droits fondamentaux reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sous le contrôle de la Cour de Strasbourg.

Il permet aux juridictions nationales de continuer à garantir l'exercice de ces droits fondamentaux, y compris lorsqu'ils seraient remis en cause par l'application d'une règle interne, sans attendre une possible condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Or, les mécanismes de contrôle mis en place par l'OIT ne sont pas du même ordre que celui conçu pour assurer l'application des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il convient de souligner que la chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais admis de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto* au regard d'une convention de l'OIT. Ce n'est qu'au terme d'un contrôle *in abstracto* qu'elle a jugé les dispositions de l'article L. 1223-4 du code du travail, relatives aux modalités de rupture des contrats nouvelles embauches, contraires à la Convention n° 158 de l'OIT¹² ou déraisonnable une durée de période d'essai d'un an¹³.

Ainsi, les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail n'étant pas incompatibles avec une norme de droit supérieur d'effet direct en droit interne et ne laissant place à aucune interprétation, l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé de s'y conformer ne pouvait qu'être cassé.

¹² [Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146, publié au Rapport annuel.](#)

¹³ [Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, Bull. 2009, V, n° 146, publié au Rapport annuel](#); [Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° 19-22.922, publié au Bulletin.](#)