



Le 6 février 2018

**Argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats**  
**Contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235-3**

**Sur la réparation intégrale du préjudice et l'inapplicabilité du plafond de l'article L.1235-3 du code du travail en raison de son inconstitutionnalité**

En vertu du principe de légalité, chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie des normes, ou du moins être compatible avec ces normes.

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

Si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution (contrôle de constitutionnalité), le contrôle de la conformité des lois par rapport aux conventions internationales (contrôle de conventionnalité) appartient en revanche aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. (Pour illustration, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 recueil p. 19, Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, recueil p. 135)

La Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat, se sont reconnus compétents pour procéder à ce contrôle de conventionnalité. (Chambre mixte 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Favre, n° 73-13556 ; Conseil d'Etat, Assemblée Plénière, 20 octobre 1989, Nicolo, n° 108243)

Ce contrôle peut donc conduire, lors de l'examen d'un litige, à écarter la loi française pour faire prévaloir la convention internationale dans la résolution du litige.

Tel a été le cas, pour illustration, devant le juge prud'homal, à l'égard du Contrat Nouvelles Embauches jugé contraire à la Convention 158 de l'OIT. (CPH Longjumeau, 28 avril 2006, De Wee c/ Philippe Samzun ; n° 06/00316 ; CA Paris, 18<sup>ème</sup> E, 6 juillet 2007, n° S06/06992).

La Cour de cassation a établi que la convention n° 158 était « directement applicable », et a souligné « *la nécessité de **garantir qu'il soit donné pleinement effet aux dispositions de la convention*** » (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 07-44124).

L'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, dont le Conseil d'Etat a confirmé l'effet direct (CE Sect., 19 octobre 2005, CGT et

a., n° 283471), stipule que si les tribunaux « *arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».

L'article 24 de la charte sociale européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, qui est également d'effet direct (CE, 10 février 2014, M. Fischer, n° 359892), a repris ce même principe dans les termes suivants :

« *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître (...) :*  
b) *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.* »

Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S), organe en charge de l'interprétation de la Charte, s'est prononcé sur le sens devant être donné à l'indemnité adéquate et à la réparation appropriée dans sa décision du comité du 8 septembre 2016 « *Finish Society of Social Rights c. Finlande* » (n°106/2014, § 45).

Le Comité énonce que « les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :

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

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

La Charte sociale européenne et l'interprétation qu'en fait le Comité Européen des droits sociaux sont d'application directe en droit interne français, et doivent conduire le Conseil à faire prévaloir la nécessité d'une indemnisation intégrale des préjudices subis par Mr/Mme XXX et à écarter le barème en fixant une indemnité de 6 mois de salaire à la charge de la Société YYYY.

La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe adoptée à Turin en 1961 qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle est le pendant social de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui se réfère aux droits civils et politiques. Elle garantit un large éventail des Droits de l'Homme liés à l'emploi, au logement, à la santé, à l'éducation, à la protection sociale et aux services sociaux.

La Charte est dès lors considérée comme la Constitution sociale de l'Europe.

Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S) a été créé dès l'entrée en vigueur de la Charte. Il exerce depuis 1995 une activité juridictionnelle, ou quasi juridictionnelle<sup>1</sup>, en tranchant les réclamations collectives introduites par les organisations nationales ou internationales ainsi que par les organisations non gouvernementales nationales ou internationales pour apprécier la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales aux exigences de la Charte sociale européenne.

Le caractère contraignant de la Charte sociale ne fait plus de doute et les principes qu'elle contient sont directement invocables devant le juge français.

Ainsi, le Conseil d'Etat a déjà reconnu qu'il s'agissait d'un traité international dans son arrêt du 7 juillet 2000 (Fédération nationale des associations tutélares, n°213461).

La Cour de cassation en a reconnu l'applicabilité directe par un arrêt du 14 mai 2010 (Soc. 14 mai 2010, n°09-60.426) et se réfère notamment aux articles 5 et 6 de la Charte dans de nombreuses décisions sur la liberté syndicale et le droit à la négociation collective. (Soc. 9 nov. 2010, ns 09-42.064, 09-42.065, 09-42.066, 09-42.067, 09-42.068, et 09-42.069 ; 10 nov. 2010, n° 09-72.856 ; Soc. 1er déc. 2010, n° 10-60.117 ; Soc. 8 déc. 2010, n° 10-60.223). La haute juridiction s'y référait encore directement dans un arrêt du 15 novembre 2017 (n° 16-24884).

S'agissant de l'article 24, le Conseil d'Etat a déjà jugé que ses dispositions sont directement invocables devant lui puisque son « *objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats* » et qu'elles « *ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoqués utilement* » (CE 10 février 2014, n°358992, Fischer -Voir notamment l'analyse du professeur Mouly, Droit social 2017 p 745<sup>2</sup>)

Quant au juge judiciaire, et notamment le juge prud'homal, il est toujours possible de soulever devant lui par voie d'exception la non-conformité d'une règle nationale au regard d'un texte international, la Cour de Cassation soulignant à cet effet sa volonté de se conformer à l'interprétation donnée à ce texte international par l'organe international chargé d'en contrôler l'application (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juillet 2008, n°07-44.124).

Or dans son arrêt du 8 septembre 2016, le Comité européen (CEDS) énonce que « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte ».

---

<sup>1</sup> Composé de 15 membres indépendants et impartiaux élus pour leur compétence dans le domaine social international par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de 6 ans, le C.E.D.S a vu ses pouvoirs accrus par le protocole additionnel adopté en 1995. Ainsi, comme l'affirmait son ancien président, dont le mandat a pris fin en décembre 2016, Monsieur Luis JIMENA QUESADA : « *la procédure des réclamations collectives configure vraiment le Comité européen des droits sociaux comme un juge international, à l'instar de la Cour européenne des droits sociaux.* »

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat rappelle 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* ».

L'effet direct est établi dès lors que la stipulation « *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* ». (arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326)

Le comité en a jugé ainsi à l'égard de la loi finlandaise, qui se bornait à fixer un plancher de 3 mois et un plafond de 24 mois, en invitant le juge à fixer entre ces 2 limites légales l'indemnisation en tenant compte de l'ancienneté, de l'âge du salarié, de ses perspectives de retrouver un emploi équivalent, de la durée de son inactivité, et de la situation générale du salarié et de l'employeur.

Le CEDS a estimé cette législation contraire à la charte en soulignant que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation plafonnée à hauteur de 24 mois peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis : « (...) *que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une 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. (...) Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue 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* ». (CEDS 8 septembre 2016 § 45)

Il en est a fortiori de même à l'égard des barèmes fixés par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail qui prétendent imposer un plafonnement bien inférieur, et limité à seulement XXX mois de salaire compte tenu uniquement de l'ancienneté de Mr/Mme XXX.

Le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 est plafonné à 20 et non 24 mois de salaire. Et à l'égard des anciennetés les plus faibles, il est flagrant qu'il ne permet pas au Juge de tenir compte de l'ensemble des éléments de situation du salarié qui alimentent ses préjudices financiers, professionnels et moraux.

Une ancienneté faible n'exclut pas la nécessité d'indemniser en fonction notamment :

- d'une situation personnelle rendant critique la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap...);
- et/ou ou d'une situation professionnelle rendant la recherche d'un nouvel emploi plus difficile (éloignement géographique, spécialité rare,...);
- et/ou d'un préjudice professionnel réel plus lourd que l'ancienneté ne permet de le mesurer (par exemple salarié pouvant avoir été démarché alors qu'il était en poste et a ainsi renoncé à l'ancienneté de son ancien contrat pour subir finalement un licenciement...).

D'ailleurs le barème en vigueur depuis le 23 septembre 2017 ne permet assurément pas au Juge de moduler l'appréciation des préjudices du salarié en fonction des différents paramètres de sa situation lorsqu'il existe si peu de marge laissée entre le plancher et le plafond (pour une ancienneté de 2 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 3,5 mois et pour une ancienneté de 3 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 4...).

C'est encore plus criant lorsque le salarié licencié pour motif économique doit encore recevoir, dans la limite de ce plafond, l'indemnisation de l'ensemble de ses préjudices, au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse mais aussi du non-respect de la priorité de réembauchage ou des critères d'ordre de licenciement, comme l'impose désormais la même réforme.

Or en droit français il n'existe aucune voie de droit alternative pour que le salarié obtienne une indemnisation complémentaire dans le cadre de son licenciement. Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'action permettant au salarié d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile.

Et la Cour de cassation, tout en visant expressément le principe de réparation intégrale dans sa décision publiée du 14 septembre 2017, faisait grief à une cour d'appel d'avoir condamné l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à chaque salarié une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement. (Cass. soc., 14 septembre 2017, n° 16-11.563, publié)

Le juge prud'homal français a donc l'obligation de fixer une seule et unique indemnisation de tous les préjudices nés du licenciement, et l'Ordonnance du 22 septembre 2017 a enfermé cette indemnisation dans le barème plafonné.

Plus encore que le système finlandais, le mécanisme de barème français ne permet donc pas de s'assurer que le salarié pourra recevoir l'indemnisation intégrale des préjudices subis.

Qu'il existe des exceptions au plafonnement, énumérées à l'article L. 1235-3-1, notamment en cas de discrimination ou de harcèlement, ne doit en rien faire douter de cette réalité puisque le principe de réparation intégrale doit présenter un caractère général.

En outre les plafonds fixés aussi bas pour les anciennetés faibles ou modérées ne correspondent plus à des « indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur » et manquent au second objectif mis en évidence par le CEDS.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'objectif avoué de la réforme : sécuriser les employeurs par la prévisibilité d'un plafond maximum de leur condamnation, quitte à amoindrir très sensiblement les indemnisations qui ne sont pourtant pas consécutives à la réalisation d'un risque, mais viennent sanctionner une faute.

En réduisant l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par des plafonds trop bas, c'est bien la sanction de la violation de la loi qui perd son effet dissuasif à l'égard des employeurs qui peuvent « budgéter » leur faute.

Ce barème viole donc à double égard l'article 24 de la Charte européenne des droits sociaux.

Il décourage en outre les salariés d'agir en justice pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoires, alors qu'en application de la convention 158 de l'OIT, le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le Juge « à ordonner le versement d'une indemnité adéquate » à défaut de réintégration possible (article 10).

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, le « prix de la violation de la Loi », formule du professeur Pascal Lokiec, est fixé si bas pour les salariés de faible ou moyenne ancienneté, qu'il constitue une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs que constituent les licenciements sans cause réelle ni sérieuse.

Ce barème peut être même incitatif à prononcer des licenciements injustifiés, s'ils ont été provisionnés, ce qui est manifestement à l'opposé de l'objectif de dissuasion mis en avant par le CEDS.

Enfin, le droit au procès équitable, protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est plus garanti lorsque le pouvoir du juge se retrouve ainsi drastiquement limité. (voir notamment Marie-Laure Morin, Droit Ouvrier oct. 2017 p. 596-597)

En conséquence, il est demandé à titre principal de dire et juger que doit être écarté le montant maximal d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en raison de son inconvencionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne, les articles 4 et 10 de la convention 158 de l'OIT et le droit au procès équitable.