



VERSION MISE A JOUR EN JANVIER 2023

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

Ripostant aux arrêts rendus par la Chambre Sociale le 11 mai 2022, et prenant appui sur les deux décisions rendues par le Comité Européen des Droits Sociaux les 23 mars et 5 juillet 2022, condamnant fermement le barème et la position de la Cour de cassation, le SAF propose une nouvelle mise à jour de son argumentaire pour poursuivre le combat judiciaire contre les plafonds des Ordonnances Macron de 2017 qui ne permettent pas d'assurer aux salariés licenciés sans motif valable une indemnisation adéquate de leurs préjudices, en violation des engagements internationaux de la France.

Cet argumentaire est mis à disposition des avocats et défenseurs syndicaux dans un format à insérer dans les requêtes et conclusions.

Il est rappelé que cet argumentaire n'est qu'un outil, et qu'il doit être évidemment complété avec les éléments de faits justifiant les préjudices allégués dans chaque litige.

SUR LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE RÉSULTANT DE L'ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE DU LICENCIEMENT

À titre principal

Sur la nécessité d'écarter le plafond d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail

L'article L. 1235-3 du Code du Travail, issu de l'Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, entend imposer au juge prud'homal de fixer l'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle ni sérieuse dans les limites d'un plafond, qui est fixé entre 1 et 20 mois de salaire, uniquement en considération de l'ancienneté du salarié.

Dans la situation de Monsieur/Madame ..., qui avait atteint ... années d'ancienneté au jour de son licenciement, ce barème conduit à plafonner son indemnisation à ... mois maximum de salaire, correspondant à ... €, en deçà de l'évaluation qui vient d'être faite de l'ensemble de ses préjudices, ce qui ne peut correspondre à une indemnité adéquate.

Or deux textes internationaux garantissent aux salariés licenciés sans motif valable le droit de recevoir une indemnité adéquate :

- La Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, qui stipule dans son article 10 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 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.* »

En application de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ».

Dès lors le Juge ne peut apprécier un litige au regard des seules règles de droit interne, et doit tenir compte des textes internationaux qui, ayant été régulièrement ratifiés, ont force de loi en France à compter de leur publication par décret¹.

Tout juge français doit donc s'approprier le sens des normes internationales ratifiées par la France et les mettre en œuvre en vérifiant la conformité des normes internes aux droits et principes qu'elles énoncent, et, en cas d'incompatibilité, écarter l'application de la norme interne au cas qui leur est soumis.

Ce contrôle de conventionnalité est ouvert même si la norme de droit interne a été validée par le Conseil Constitutionnel, qui lui, n'est pas compétent pour opérer ce contrôle².

Par deux arrêts de principe rendus le 11 mai 2022, et assortis d'un communiqué de presse, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pris position en estimant que :

- L'article 24 de la Charte sociale européenne ne disposerait pas d'un effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers ; son invocation ne pourrait pas conduire à écarter l'application du barème prévu à l'article L. 1235-3³.
- La Convention 158 de l'OIT est en revanche revêtue d'un effet direct en droit interne et les particuliers peuvent s'en prévaloir, mais le barème serait compatible avec l'article 10 et permettrait « *raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi*⁴ ».

Ces deux arrêts, même assortis d'une publication maximale, n'en constituent pas moins une jurisprudence à laquelle les juges du fond doivent résister, dès lors qu'il existe des motifs juridiques parfaitement recevables et légitimes de ne pas se ranger à de telles analyses.

¹ Crim., 30 juin 1976, n°75-93.296.

² Cons. const., 12 mai 2010, n°2010-605 DC.

³ Soc., 11 mai 2022, n°21-15.247.

⁴ Soc., 11 mai 2022, n°21-14.490.

1. Sur l'applicabilité de l'article 24 de la Charte sociale européenne

Dans son arrêt du 11 mai 2022⁵, la Chambre sociale indique que : « *les stipulations d'un traité international, régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution, sont d'effet direct dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir et que, 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, elles n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.* »

Mais s'agissant de la Charte sociale européenne, elle estime que « *les États contractants ont entendu reconnaître des principes et des objectifs, poursuivis par tous les moyens utiles, dont la mise en œuvre nécessite qu'ils prennent des actes complémentaires et dont ils ont réservé le contrôle au seul système spécifique* » du Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS).

Ce qui conduit la Cour de cassation à conclure que les dispositions de la Charte sociale européenne ne seraient pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

La Charte sociale européenne est pourtant un traité du Conseil de l'Europe visé expressément par l'article 151 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Elle est le pendant social de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui se réfère aux droits civils et politiques. Elle est dès lors considérée comme la Constitution sociale de l'Europe et constitue un texte de droit primaire.

Le Conseil d'État, revenant sur sa jurisprudence antérieure, a précisément souligné que l'article 24 est directement invocable devant le juge français puisque « *ses stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États (...) ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M. X⁶* ».

Le Conseil d'État a donc admis que le droit à une indemnité adéquate est un droit subjectif que les travailleurs peuvent opposer à leur employeur en l'invoquant directement devant le juge.

La Cour de cassation prend la position contraire en estimant que la Charte nécessiterait des actes complémentaires.

La Charte a pourtant été publiée par Décret en sa qualité « *d'engagements internationaux de nature à affecter, par leur application, les droits des particuliers⁷* » ne nécessitant aucun acte de transposition.

La France est justement l'un des rares États qui a choisi, librement, et très clairement, de se considérer comme liée par l'ensemble des articles de la partie II, dont l'article 24.

Comme le Conseil d'État l'a souligné, aucune absence d'effet direct « *ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit⁸* ».

⁵ Soc., 11 mai 2022, n°21-15.247, préc.

⁶ CE, 10 février 2014, n°358992, *Fischer*.

⁷ Décret du 4 février 2000 visant le décret du 14 mars 1953.

⁸ CE, Assemblée, 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*.

En tout état de cause, il est absurde de distinguer l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne, pour considérer que la rédaction de ce premier texte fait naître des droits subjectifs pour les justiciables tout en déniaient cette faculté au second, alors que ces textes sont rédigés dans les mêmes termes.

Ce d'autant que l'article 24 relève de la partie II dans laquelle les États « *s'engagent à se considérer comme liés [...] par des obligations* » et que cet article prévoit expressément la reconnaissance d'un droit : « **le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate** ».

Or la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît un effet direct à tous les traités internationaux qui définissent une obligation précise, claire et inconditionnelle⁹, ce qui est le cas pour l'article 24.

Dès lors, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour de cassation, il y a bien lieu de reconnaître l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale.

C'est du reste la position adoptée par le Conseil de prud'hommes de Caen qui, postérieurement aux arrêts du 11 mai 2022, a écarté le plafond notamment en application de l'article 24 de la Charte sociale européenne¹⁰.

De la même manière, de nombreuses Cours d'appel ont estimé, tout comme le CEDS et le Comité de l'OIT, que le barème peut ne pas suffire à assurer l'indemnisation adéquate des préjudices, et continuent de le marteler elles aussi :

- « [...] *la mise en œuvre concrète du barème de l'article L. 1235-3 ne saurait avoir pour effet de porter une atteinte disproportionnée au droit à réparation adéquate reconnu par la convention n° 158 de l'OIT*¹¹ ».
- « [...] *le salarié n'apparaît pas valablement fondé à soutenir, au regard de son ancienneté au service du même employeur, de la rémunération qu'il percevait, et de sa situation sur le marché du travail [...], que la réparation à laquelle il peut prétendre [...] ne constituerait pas une réparation adéquate de son préjudice et appropriée à la situation d'espèce*¹² »
- « *Le barème impératif ne respecte pas le principe juridique de la responsabilité civile, dit indemnitaire, prévoyant la réparation intégrale du préjudice sans qu'il en résulte un appauvrissement ni un enrichissement pour la victime (...). Par suite si le plafond n'a été fixé (...) qu'en fonction de l'ancienneté et en considération du salaire moyen, il ne répond manifestement pas au principe de réparation « adéquate » du préjudice défini par les textes internationaux en ne prenant pas en compte l'ensemble des circonstances de la cause* »¹³.

En outre la position de la Cour de cassation contrevient au droit de l'Union Européenne.

L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit en effet une protection en cas de licenciement injustifié en soulignant que : « *Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.* ».

⁹ CJUE, 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise.

¹⁰ CPH Rouen, 30 mai 2022, n°20/00009.

¹¹ CA Rouen, 9 juin 2022, n° 19/04661.

¹² CA Grenoble, 9 juin 2022, n° 20/0912.

¹³ CA Douai, 21 octobre 2022, n° 20/01124.

L'article 51 de cette même Charte prévoit que ses dispositions doivent être appliquées par tout État-membre lorsqu'il met en œuvre le droit de l'Union Européenne.

Or, au premier rang du droit de l'Union Européenne, l'article 151 du TFUE énonce que :

*« L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, **tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne** signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. »*

Il s'ensuit que le juge national, au vu de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et de l'article 151 du traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, ne peut tout simplement pas écarter l'application de l'article 24 de la charte sociale européenne, sauf à violer le droit de l'Union Européenne, qui a intégré dans son corpus juridique la Charte sociale européenne, adoptée initialement dans le cadre du Conseil de l'Europe.

C'est d'ailleurs exactement la position adoptée par la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle a déclaré la loi qui avait instauré un plafonnement en Italie, non conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne et à son interprétation par le Comité Européen des droits sociaux¹⁴.

Et la Cour de cassation, avant cette position dissonante prise le 11 mai 2022, analysait la compatibilité du droit français avec le droit européen en visant elle-même de longue date dans ses décisions de principe « *l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*¹⁵ ».

Ainsi non seulement rien n'interdit aux Conseils de prud'hommes et Cours d'appel de continuer à écarter l'application du plafond prévu par l'article L.1235-3 du Code du travail, en raison de sa non-conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne, mais plus encore c'est un impératif au regard du droit de l'Union Européenne.

Ce faisant, les juridictions prud'homales éviteraient de surcroît le risque de rupture d'égalité entre les salariés relevant du droit public, qui peuvent invoquer directement l'article 24 de la Charte sociale européenne comme l'a jugé le Conseil d'État dans l'arrêt du 10 février 2014 précité, et ceux relevant du droit privé, qui en seraient privés si la position de la Cour de cassation était suivie.

Or la Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà sanctionné la France en estimant qu'une divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction l'empêche objectivement d'apprécier la légitimité de l'ingérence dans un droit garanti par la Convention de sauvegarde des Libertés Fondamentales et des Droits de l'Homme et ses protocoles annexes¹⁶.

¹⁴ Cour constitutionnelle italienne, décision du 25 septembre 2018.

¹⁵ voir not. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107 et Soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807, publiés.

¹⁶ CEDH, 3 février 2022, n° 66328/14, *N.M. et autres c. France* ; violation par la France de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel sur le droit de propriété en raison d'une divergence de jurisprudences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État.

Le barème viole aussi l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des libertés fondamentales et des Droits de l'Homme dès lors qu'il fait interdiction au juge de déroger aux plafonds d'indemnisation, privant le salarié du droit d'accès effectif à un tribunal indépendant et impartial, concrétisant là encore une ingérence injustifiée, arbitraire et disproportionnée de l'État français dans un litige entre particuliers touchant au droit de propriété¹⁷, ingérence consistant d'une part, à limiter drastiquement par un barème le droit de créance du salarié, et d'autre part, à interdire au tribunal d'y déroger, quel que soit l'ampleur de la créance réelle et effective du salarié sur son employeur au titre de la perte injustifiée de son emploi.

Les juridictions prud'homales doivent donc, de plus fort, écarter le plafond, et appliquer l'article 24 de la Charte sociale Européenne, pour ne laisser subsister aucune divergence avec le Conseil d'État, et aucune ineffectivité du droit de l'Union Européenne.

La Cour de cassation a déjà montré par le passé qu'elle pouvait reconnaître et corriger ses errements : après avoir refusé catégoriquement tout effet direct dans les litiges entre particuliers à la Convention internationale des droits de l'enfant en prétendant qu'elle ne créait des obligations qu'à la charge des États, la Cour de cassation avait fini, quelques années plus tard, par se rallier à la position du Conseil d'État et par appliquer certaines de ses dispositions, comme le rappelle le Professeur Jean Mouly¹⁸.

2. Sur les divergences évidentes d'analyses entre la Cour de cassation et les organes en charge d'interpréter les textes internationaux qui garantissent le droit à une indemnité adéquate

Reconnaissant l'invocabilité directe par les salariés de l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT, la Cour de cassation - dans son arrêt du 11 mai 2022¹⁹ - a livré son interprétation du droit à une indemnité adéquate et a jugé le barème compatible avec cette garantie, en prétendant que le droit français :

- Permettrait une indemnisation « raisonnable » des licenciements « injustifiés » au motif que le barème tient compte de l'ancienneté et de la rémunération mais aussi de la gravité de la faute de l'employeur, puisqu'il n'est pas applicable aux licenciements nuls.
- Et resterait en outre suffisamment dissuasif de licencier sans cause réelle et sérieuse car le juge peut condamner également l'employeur fautif à rembourser tout ou partie des indemnités chômage à l'organisme qui les a versées au salarié, dans la limite de 6 mois d'indemnités.

Ce faisant, la Chambre sociale estimait répondre aux deux critères cumulatifs dégagés par le Comité de l'OIT comme par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) : l'indemnité n'est adéquate que si elle est suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié, et qu'elle assure une indemnisation adéquate ou appropriée de la perte injustifiée d'emploi.

¹⁷ La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète largement la notion de droit de propriété, et y intègre notamment le droit de créance d'une personne privée à l'égard d'une autre personne privée supportée par une décision de justice (CEDH, 3 avril 2012, n° 54522/00, *Kotov c. Russie*, § 90 et CEDH, 18 janvier 2018, n° 26878/07 et 32446/07, *Acar c. Turquie et autres*). L'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse entre incontestablement dans cette définition et est donc couverte elle aussi par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel ratifié par la France garantissant le droit de propriété.

¹⁸ J. Mouly, « Le barème Macron inopportunément renforcé par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 2022, p.733.

¹⁹ Soc., 11 mai 2022, n°21-14.490, préc.

En effet, dans une décision examinant une réclamation portant sur le droit du licenciement au Venezuela en 1997 à laquelle la Cour de cassation s'est d'ailleurs explicitement référée, le Comité de l'OIT a indiqué :

« 26. L'article 10 de la convention prévoit qu'à titre accessoire une indemnité adéquate soit versée au travailleur ayant fait l'objet d'un licenciement injustifié, lorsque l'annulation du licenciement et la réintégration comme moyens de réparation principaux ne peuvent être prononcées. Le comité note que le dédommagement financier ainsi prévu sert à **indemniser la perte injustifiée de l'emploi et doit être à ce titre adéquate, c'est-à-dire suffisamment dissuasif pour éviter le licenciement injustifié**. Le comité note que, si l'utilisation du terme adéquate n'établit ni un quelconque montant pour cette indemnité ni les modalités du calcul de ce montant, il indique cependant que **le montant de l'indemnité doit raisonnablement permettre d'atteindre le but visé, à savoir l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi**²⁰ ».

L'annexe 7 du Manuel de rédaction des Instruments de l'OIT indique que le terme « adéquat » est employé dans le sens d'« approprié » pour signifier « adapté à un usage déterminé ou encore bien adapté, qui convient aux circonstances²¹ ».

Or dans son rapport du 16 février 2022 sur les réclamations des syndicats CGT et FO à l'encontre du barème français, le Directeur Général de l'OIT a conclu son analyse en soulignant²² :

« 79. Cela étant, le comité note que, si la marge d'appréciation des juges du fond reste possible de façon à pouvoir tenir compte de situations individuelles et personnelles, **le pouvoir d'appréciation du juge en la matière apparaît ipso facto contraint, puisqu'il s'exerce dans les limites de la fourchette** du barème établie par la loi. Tout en notant que le gouvernement indique que les montants correspondent aux « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions avant la réforme, **le comité considère qu'il n'est pas a priori exclu que, dans certains cas, le préjudice subi soit tel qu'il puisse ne pas être réparé à la hauteur de ce qu'il serait « juste » d'accorder**, pour des motifs divers, comme par exemple l'ancienneté du salarié, la possibilité de retrouver un emploi, sa situation de famille, etc. **Le caractère « ramassé » de la fourchette plafonnée à vingt mois limite aussi la possibilité pour le juge de tenir compte de ces situations individuelles et personnelles.**

80. Au vu de ce qui précède, le comité considère – en dehors des cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental pour lesquels le principe de la réparation intégrale est acquis et indépendamment de la réparation pour préjudice distinct – **que la conformité d'un barème, et donc d'un plafonnement, avec l'article 10 de la convention, dépend du fait que soit assurée une protection suffisante des personnes injustement licenciées et que soit versée, dans tous les cas, une indemnité adéquate.** »

Ainsi le comité de l'OIT a retenu que le barème français, par ses fourchettes trop « ramassées » et sa logique de plafonnement, pouvait conduire à empêcher le juge d'accorder une indemnité adéquate.

Cette analyse du Comité des experts de l'OIT a une autorité significative vis-à-vis du Juge français, la Cour de cassation se référant directement à de tels rapports pour éclairer et motiver ses décisions²³.

²⁰https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507030,fr

²¹ Annexe 7 p. 116 à 119 ; V. également, M. Henry et M.-F. Bied-Charreton, « Tant d'hermine pour une validation aussi contestable du barème Macron », *Dr. ouv.*, 2019 p. 700.

²² Considérants 79 et 80 : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_839607.pdf

²³ Voir notamment pour exemple, Soc., 14 novembre 2018, n°17-18.259, publié.

Le Conseil d'administration de l'OIT, lors de sa 344^{ème} session de mars 2022, a validé ce rapport et demandé à la France de tenir compte, dans le cadre de l'application de la Convention n°158, des conclusions du Comité et de lui fournir toutes informations à ce sujet pour l'examen ultérieur de la Commission des experts pour l'application des conventions et recommandations.

Pour l'OIT, le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail français comporte donc bien intrinsèquement un risque de violation de la garantie du droit à une indemnité adéquate pour les salariés licenciés sans motif valable.

En outre, il découle des préconisations de l'OIT qu'un salarié est fondé à se prévaloir, dans un litige l'opposant à son employeur, de l'absence d'examen à intervalles réguliers par le Gouvernement, en concertation avec les partenaires sociaux, des 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 sans cause réelle et sérieuse.

Or le barème est entré en vigueur le 24 septembre 2017 et depuis, aucune évaluation n'a été faite dans les conditions susmentionnées. Le barème ne satisfait donc pas à cette condition déterminante posée par l'OIT pour qu'il puisse trouver application dans un litige, justifiant de plus fort de l'écarter purement et simplement.

Le Comité Européen des Droits Sociaux a confirmé à son tour que le barème français ne peut assurer une indemnité adéquate, dans sa décision du 23 mars 2022, publiée le 26 septembre 2022²⁴, et rendue dans le droit fil de la position déjà prise pour condamner les barèmes finlandais²⁵ et italiens²⁶, réaffirmant sa position cette fois à l'unanimité de ses membres.

À l'égard du barème français, le CEDS a motivé avec précision sa condamnation :

*« 159. Le Comité note que dans la législation française, le plafond maximal ne dépasse pas 20 mois et ne s'applique qu'à partir de 29 ans d'ancienneté. Le barème est moins élevé pour les salariés ayant peu d'ancienneté et pour ceux qui travaillent dans des entreprises de moins de 11 salariés. Pour ces derniers, **les montants minimums et maximums d'indemnisation auxquels ils peuvent prétendre sont faibles et parfois quasi identiques, de sorte que la fourchette d'indemnisation n'est pas assez large.***

*160. Le Comité considère que, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement – à savoir que l'objectif du système instaurant des plafonds d'indemnisation était d'assurer une plus grande sécurité juridique aux parties et donc une plus grande prévisibilité des coûts engendrés par une procédure judiciaire – la « prévisibilité » résultant du barème pourrait plutôt constituer une **incitation pour l'employeur à licencier abusivement des salariés.** En effet, les plafonds d'indemnisation ainsi définis pourraient amener les employeurs à faire une estimation réaliste de la charge financière que représenterait pour eux un licenciement injustifié sur la base d'une analyse coûts-avantages. Dans certaines situations, cela pourrait encourager les licenciements illégaux.*

*161. Le Comité note en outre que **le plafond du barème d'indemnisation ne permet pas de prévoir une indemnité plus élevée en fonction de la situation personnelle et individuelle du salarié**, le juge ne pouvant ordonner une indemnisation pour licenciement injustifié que dans les limites inférieure et supérieure du barème, sauf à écarter l'application de l'article L.1235-3 du code du travail. (...)*

²⁴ Le CEDS était saisi depuis 2018 des réclamations des syndicats FO et CGT contre la réforme de 2017. Sa décision prise le 23 mars 2022 n'a été toutefois, selon la procédure habituelle, été publiée qu'après sa transmission au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Elle a été en amont analysée par Julien Icard dès le 17 mai 2022 dans une Tribune publiée par le Journal Le Monde puis dans la Semaine Sociale Lamy (n°2006 du 27 juin 2022). Elle a été publiée avec un communiqué de presse le 26 septembre 2022 par le Conseil de l'Europe sur son site.

²⁵ CEDS, 8 septembre 2016, n°106/2014, § 45.

²⁶ CEDS, 11 septembre 2019, n°158/2017 §87 et s.

165. Enfin, en ce qui concerne la possibilité de demander la réparation du préjudice moral subi par d'autres voies de recours, le Comité note que l'article L.1235-3 du code du travail relatif à l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse constitue une *lex specialis* qui s'applique en lieu et place du droit commun de la responsabilité civile. Le droit commun de la responsabilité civile ne s'applique donc que pour obtenir une indemnisation complémentaire pour un préjudice distinct de celui lié à la perte d'emploi injustifiée.

166. Le Comité considère que, **dans la mesure où l'indemnisation du préjudice moral causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse est déjà incluse dans l'indemnité plafonnée**, la possibilité pour les salariés injustement licenciés de réclamer, en plus de l'indemnité plafonnée, des allocations chômage ou une indemnité pour les dommages liés, par exemple, à des violations de procédure en cas de licenciement économique, ne représente pas une voie de droit alternative à part entière. (...)

168. **Le Comité considère que les plafonds prévus par l'article L.1235-3 du Code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur. En outre le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le salarié en question lié aux circonstances individuelles de l'affaire peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé. En outre, les autres voies de droit sont limitées à certains cas. Le Comité considère donc, à la lumière de tous les éléments ci-dessus, que le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée au sens de l'article 24.b de la Charte n'est pas garanti. Par conséquent, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24.b de la Charte.** »

Par anticipation de la position du CEDS dont l'hostilité au barème ne faisait pas de doute, la Cour de cassation s'est refusée à appliquer directement l'article 24 de la Charte sociale européenne et a indiqué dans son communiqué qu'elle estimait les décisions du CEDS non contraignantes.

Or, dans une seconde décision du 5 juillet 2022, publiée le 30 novembre 2022²⁷, le CEDS a expressément critiqué la position prise par la Cour de cassation et, renouvelant son constat d'une violation de l'article 24.b de la Charte par la France, a invité les juridictions nationales à tenir compte de son analyse puisqu'il est l'organe investi de la responsabilité d'évaluer si la Charte est ou non respectée par les Etats, lesquels ont bien souscrit des obligations contraignantes :

« 91. Le Comité prend note de l'approche adoptée par la Cour de cassation. Il rappelle que **la Charte énonce des obligations de droit international qui sont juridiquement contraignantes pour les États parties** et que le Comité, **en tant qu'organe conventionnel, est investi de la responsabilité d'évaluer juridiquement si les dispositions de la Charte ont été appliquées** de manière satisfaisante. Le Comité considère **qu'il appartient aux juridictions nationales de statuer sur la question en cause** (in casu, une indemnisation adéquate) **à la lumière des principes qu'il a énoncés à cet égard** ou, selon le cas, qu'il appartient au législateur français de donner aux juridictions nationales les moyens de tirer les conséquences appropriées quant à la conformité à la Charte des dispositions internes en cause (voir mutatis mutandis, Confédération des entreprises suédoises c. Suède, réclamation n° 12/2002, décision sur le bien-fondé du 22 mai 2003, par. 43). »

Dès lors les juges du fond en France doivent se saisir de ces deux décisions très claires du CEDS pour que, dans l'attente d'une correction législative, l'article L.1235-3 du Code du travail soit écarté, comme toute norme interne qui ne respecte pas les engagements internationaux de la France et le droit de l'Union Européenne, comme cela a été développé.

²⁷ CEDS, 5 juillet 2022, n°175/2019 §91

3. Sur l'incapacité du barème français à assurer une indemnité adéquate

Or les textes internationaux comme leur interprétation ne peuvent aucunement légitimer les raisonnements suivis par la Cour de cassation dans ses arrêts du 11 mai 2022 :

- a) Que le barème soit écarté en cas de licenciement nul n'est aucunement pertinent pour apprécier s'il respecte la garantie du droit à une indemnité adéquate pour les salariés licenciés sans motif valable.

Le droit à une indemnité adéquate a été consacré par ces textes internationaux dans le but de protéger les salariés contre les licenciements injustifiés, c'est-à-dire dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Les hypothèses de licenciements nuls correspondent à des fautes particulières nées de la violation d'autres règles de droit : l'interdiction du harcèlement et des discriminations, ou encore la protection spécifique des salariés en raison de leur participation à une grève, de la maternité, d'un accident du travail, de leur situation de lanceur d'alerte, ou de leur mandat de représentant du personnel.

Chacune des hypothèses visées par l'article L. 1235-3-1 renvoie au non-respect de droits et textes spécifiques qui ont été violés : c'est cette violation qui entraîne la nullité, et non pas l'absence de motif valable de licenciement.

L'appréciation de la nullité n'implique pas nécessairement l'appréciation du motif de licenciement, et son indemnisation spécifique déplafonnée ne constitue aucunement une voie alternative pour tous les salariés licenciés sans motif valable²⁸.

L'article 10 de la Convention 158 de l'OIT prévoit d'ailleurs expressément que le droit à une indemnité adéquate s'applique lorsque le licenciement ne peut être annulé et qu'une réintégration ne peut pas être ordonnée.

La Cour de cassation ne pouvait donc pas pertinemment se référer à l'indemnisation de l'article L. 1235-3-1 propre aux licenciements nuls pour en déduire que l'article L. 1235-3 respecterait le droit à une indemnité adéquate garanti par l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT.

- b) Avec un plafond n'évaluant qu'en considération de l'ancienneté, le barème ne permet pas au juge de tenir compte de l'ensemble des éléments de situation du salarié qui déterminent ses préjudices financiers, professionnels et moraux.

La prise en compte de l'ancienneté n'exclut pas la nécessité d'indemniser le salarié injustement licencié en fonction notamment :

- d'une situation personnelle rendant critique la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap...);
- et/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 ayant été démarché alors qu'il était en poste et ayant ainsi renoncé à l'ancienneté de son ancien contrat, ou ayant accepté de déménager, pour subir finalement un licenciement après quelques mois...).

²⁸ Le licenciement nul n'est en effet pas nécessairement un licenciement sans motif valable. Le juge qui constate que le licenciement est intervenu dans un contexte discriminatoire ou de harcèlement, ou sans autorisation de l'inspection du travail pour un représentant du personnel, ou durant le congé de maternité, ne va pas analyser le motif de la lettre de licenciement mais prononce la nullité "de plein droit" du licenciement, à raison de la violation des règles protectrices.

Le critère de l'ancienneté est loin d'être le plus déterminant pour évaluer les préjudices de la perte d'emploi.

L'indemnisation chômage n'assurant un maintien de revenus que très partiel (57% de l'ancienne rémunération), plus le salarié est en difficulté dans sa recherche d'un nouvel emploi, plus ses préjudices s'accumulent. À ancienneté égale, ce n'est pas la durée de son ancien emploi mais celle de sa recherche d'un nouvel emploi, ou la faiblesse de rémunération du nouvel emploi qu'il aura été contraint d'accepter, qui seront les plus déterminants des préjudices financiers et professionnels du salarié.

L'ancienneté érigée en couperet par les plafonds est donc un critère souvent inadapté, et en tout état de cause insuffisant, qui limite de façon abrupte et injustifiée le préjudice réparable²⁹.

De plus, le barème français module le plafond selon la seule ancienneté du salarié en débutant à 1 mois de salaire seulement (0,5 dans les entreprises de moins de 11), imposant alors une indemnisation dérisoire.

Pour les anciennetés les plus faibles, le plafond est si proche du plancher que « statuer dans les bornes du barème » n'offre en réalité aucune marge d'appréciation : pour une ancienneté de 2 ans dans les entreprises de 11 et plus, 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...

Le CEDS comme le Comité des experts de l'OIT n'ont pas manqué de le critiquer.

En outre les plafonds ont été fixés à partir de moyennes d'indemnisation calculées en retenant un panel de décisions de justice antérieures : l'indemnisation moyenne a ainsi été érigée en plafond, ce qui démontre d'emblée une démarche viciée qui ne peut conduire à une indemnisation adéquate.

Une étude, scientifique menée sous l'égide de la mission de recherche Droit et Justice démontre l'insuffisance des plafonds : 65% des décisions antérieures à la réforme fixaient une indemnité supérieure au plafond. L'indemnisation moyenne a été réduite de 7,9 mois de salaire à 6,6 mois dès les premières années d'application du barème, pénalisant tout particulièrement les salariés des entreprises de plus de 10 salariés ayant entre 2 et 5 ans d'ancienneté, qui perdent les trois quarts de leur indemnisation³⁰.

La faiblesse des plafonds laissant bien trop peu de place à une prise en compte de tous les critères qui doivent être mobilisés pour évaluer le préjudice, la marge de manœuvre des juges est toute théorique et ne correspond pas à un mécanisme approprié de réparation.

L'indemnisation ne peut être adéquate que si elle est en rapport avec le préjudice réellement subi : le plafond ne permet pas au Juge de tenir compte de la situation réelle du salarié.

La Cour de cassation en convient elle-même dans une décision rendue le 28 septembre 2022³¹ par laquelle elle alloue 40.000 euros de dommages et intérêts représentant 13,8 mois de salaire à un salarié, licencié avant le barème, ayant atteint 12 années d'ancienneté, correspondant à un plafond de 11,5 mois. Mais la Chambre sociale justifie la somme au regard

²⁹ 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 l'obligation de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration, ou encore du non-respect de la priorité de réembauchage, comme l'impose désormais la même réforme (articles L. 1235-3 dernier alinéa, L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15 du Code du travail).

³⁰ Voir N. Baruchel et autres, « Les pratiques juridictionnelles d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'application d'un barème ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 300, commentant les résultats de cette étude.

³¹ Soc., 28 septembre 2022, n°20-17.857

d'autres critères que l'ancienneté, notamment l'âge, la qualification professionnelle et les difficultés à se réinsérer sur le marché de l'emploi, qu'elle vise expressément.

Ajoutons encore que le barème impose d'associer ce critère de l'ancienneté à l'assiette du salaire brut anciennement perçu et pénalise de plus fort les salariés aux rémunérations les plus faibles, par une source supplémentaire d'écrtage de tous leurs préjudices qui pourtant ne sont pas tous directement liés à la privation de salaire, comme c'est le cas des préjudices moraux, familiaux, de santé...

Assurément la Cour de cassation ne pouvait estimer que ces barèmes permettent « raisonnablement » aux Juges d'octroyer une indemnité adéquate, et on ne peut se résoudre à ce que la Haute Juridiction adhère à cette muselière imposée par Ordonnance sur la base de considérations politiques et d'idéologies patronales en violation des engagements internationaux de la France.

Ce faisant elle s'est d'ailleurs éloignée de manière incompréhensible, **mais non irréversible**, de sa conception traditionnelle de l'indemnisation du salarié licencié abusivement, comme en témoigne ce que le conseiller Gérard Soury écrivait dans le rapport annuel en 2000 :

« [...] Mais s'agissant de la mesure suprême, l'erreur d'appréciation, voire la légèreté de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, doit ici recevoir une sanction pécuniaire d'un niveau à la mesure du grave préjudice subi par le salarié injustement condamné à quitter l'entreprise.

Ce préjudice se manifeste à deux égards.

D'abord, et c'est le préjudice le plus évident, le salarié injustement licencié se trouve privé de son emploi et, même en cette période actuelle de retour à la croissance et de régression du chômage, il ne lui sera pas toujours aisé, selon son âge, sa qualification professionnelle, ses possibilités de mobilité, de trouver un nouveau travail.

D'autant plus, et c'est le second préjudice subi par l'intéressé, que ce licenciement aura été prononcé à titre disciplinaire.

A la perte de l'emploi s'ajoute inévitablement un préjudice d'ordre moral constitué par l'atteinte à la réputation, à l'image sociale et plus généralement à la dignité du salarié.

Or, on peut s'interroger, au vu des indemnités allouées par les juges du fond, si cette réparation pécuniaire couvre toujours toute l'étendue du préjudice.

Si le droit de conserver son emploi demeure un droit fondamental, qui mérite à ce titre toute l'attention du juge judiciaire, protecteur naturel des libertés individuelles, qui doit en sanctionner l'inobservation, il appartient à celui-ci, qui est souverain pour fixer la réparation, de réparer à leur juste mesure les conséquences dommageables résultant des licenciements disciplinaires injustifiés³²».

- c) Enfin les plafonds, ainsi fixés aussi bas, font obstacle à des « indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur »

Bien au contraire, les plafonds ont été conçus pour sécuriser les employeurs par la prévisibilité de leur condamnation maximale³³, quitte à amoindrir très sensiblement le montant des indemnisations.

³² Cour de Cassation, rapport annuel, 2000.

³³ Le Gouvernement a clairement affiché l'objectif de sa réforme : mettre en place un « *barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels* » (conférence de presse du 31 août 2017).

Le licenciement injustifié devient ainsi une faute dont il est possible de budgéter le coût, les entreprises pouvant même opter pour une assurance ! Comme l'a écrit le Professeur Pascal Lokiec, cette réforme instaure un « *coût de la violation de la Loi*³⁴ ».

Et moins le salarié sera ancien ou bien rémunéré, plus il sera fragilisé dans sa relation de travail, l'employeur n'étant aucunement dissuadé de le licencier sans motif valable.

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, quelle qu'en soit la gravité et quel que soit le préjudice subi par le salarié.

Le principe d'un plafonnement est particulièrement inconcevable à l'égard d'une faute, ce que constitue bien l'acte de licencier sans motif valable.

Le CEDS n'a pas manqué là encore de le souligner dans sa décision du 23 mars 2022.

Et cela est d'autant plus vrai qu'il n'existe aucune autre voie pour que le salarié licencié sans motif valable puisse obtenir une indemnisation complémentaire, puisque depuis la loi du 13 juillet 1973, l'action permettant au salarié d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile³⁵.

Il n'existe donc qu'une seule voie pour l'indemnisation des préjudices nés de la faute que constitue l'absence de motif valable de licenciement : c'est l'article L. 1235-3 du Code du travail. Et il faut inclure dans l'indemnité, désormais plafonnée, l'ensemble des préjudices découlant de la privation d'emploi, ce qui rend de plus fort le plafond inadéquat.

Qu'il existe à l'article L. 1235-4 du Code du travail une sanction accessoire par laquelle « *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* » est sans incidence sur l'indemnisation adéquate du préjudice subi personnellement par le salarié.

Cette condamnation au remboursement ne peut au demeurant être prononcée à l'encontre des entreprises de moins de 11 salariés et des salariés de moins de 2 ans d'ancienneté, ce qui concerne une grande part des licenciements injustifiés. À supposer donc que celle-ci soit dissuasive, elle ne l'est que pour une partie seulement des licenciements injustifiés.

En outre, même lorsqu'il est applicable, ce remboursement, lui aussi plafonné (6 mois) avec une assiette réduite (indemnisation chômage à 57% de l'ancien salaire), n'entre pas en considération pour évaluer l'indemnisation du salarié puisqu'il n'en bénéficie pas : cette somme ne lui est pas destinée.

Et elle ne constituera donc pas un intérêt à agir pour le salarié, de plus en plus relégué à la renonciation de toute action en justice, offrant ainsi à l'employeur la protection maximale de l'impunité totale

³⁴ P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Ed. Odile Jacob, 2015, p. 118.

³⁵ Si quelques décisions de justice allouent en effet des dommages et intérêts au salarié licencié dans des conditions vexatoires ou portant atteinte à sa dignité, c'est en raison d'une faute particulière et distincte qui s'est ajoutée à l'infraction que constitue le licenciement sans motif valable. Il n'y a alors pas de voie alternative, mais une voie d'indemnisation additionnelle, fondée sur une faute propre, dissociée de l'absence de cause réelle et sérieuse, et générant un préjudice spécifique, qui sera alors indemnisé. Il en est de même en cas de violation de l'obligation de sécurité, la faute étant là encore autonome, et intervenue dans le cadre de l'exécution du contrat de travail.

Si la réforme a apporté une sécurité juridique, ce n'est absolument pas en faveur de l'intérêt général, mais au seul bénéfice des employeurs.

C'est dire si la Cour de cassation a totalement négligé l'exigence d'un effet dissuasif de la sanction indemnitaire du licenciement injustifié, pourtant portée tant par le comité de l'OIT que par le CEDS.

4. Sur l'inapplicabilité du barème en raison de l'atteinte au principe d'égalité

Le préjudice est par essence individuel et le visa du principe d'égalité de tous devant la loi par la Chambre Sociale dans ses arrêts du 11 mai 2022 est incompréhensible.

La Cour de cassation se réfère à une conception formelle de l'égalité, quand ce principe exige de traiter différemment les requérants placés dans une situation différente.

La Cour de Justice des Communautés européennes énonce en effet avec force qu'une discrimination est constituée non seulement lorsque des situations similaires sont traitées de manière différente, mais aussi lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique³⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme a également fait sienne cette analyse³⁷.

Il en résulte qu'une atteinte au principe d'égalité doit être retenue lorsque des dispositions traitent de manière analogue des personnes placées dans des situations différentes, alors que des critères de différenciation en rapport direct avec l'objet de la loi auraient dû régler ces situations différentes.

Par nature, la justification des préjudices s'appuie sur les éléments personnels au salarié, et le principe d'égalité exige au contraire d'individualiser l'appréciation et le chiffrage par la prise en compte de critères multiples et propres au requérant.

Le barème d'indemnisation institué par l'article L. 1235-3 ne varie qu'en fonction de l'ancienneté du salarié, critère unique croisé avec deux variables d'ajustement accessoires : les effectifs de l'entreprise modulant le plancher, et l'assiette du salaire moyen.

Or comme on l'a démontré plus haut, ce critère n'est absolument pas suffisant pour appréhender toutes les situations différentes dans lesquelles se trouvent les salariés.

Pour ne donner qu'un exemple, cité par le Professeur Cyril Wolmark³⁸, l'application indifférenciée du barème aboutit à traiter le préjudice subi par une femme de 53 ans avec quatre ans d'ancienneté de la même manière que celui d'un homme de 24 ans avec la même ancienneté. Or les statistiques de Pôle emploi sont sans appel : la première subit en moyenne 546 jours de chômage, alors que le second ne reste en moyenne « que » 189 jours dans les statistiques de Pôle emploi (Pôle emploi, Indicateur conjoncturel de la durée du chômage (ICDC), 4e trimestre 2021).

³⁶ CJCE, 17 juillet 1963, aff. 13/63, *Gouvernement de la République italienne c. Commission*.

³⁷ CEDH, 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos c/ Grèce*.

³⁸ C. Wolmark, « Barème Macron : les prémisses de l'arrêt n° 21-14.490 du 11 mai 2022 – Quelques observations critiques », *RDT*, 2022, p. 361.

Dès lors, en ne prévoyant pas d'autre critère de différentiation en rapport direct avec l'objet de la loi, que celui de l'ancienneté, et, pour le plancher, des effectifs de l'entreprise, il est certain que le barème traite de manière analogue des salariés placés dans des situations différentes après la rupture abusive de leur contrat de travail.

5. Sur l'inapplicabilité du barème en raison de la discrimination indirecte

Ce faisant le barème est également susceptible de créer une discrimination indirecte au sens de la définition de l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, qui a transposé 5 directives européennes intervenues dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

« Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »

Constitue donc une discrimination l'interdiction de réparer le préjudice lié, par exemple, au handicap du salarié licencié, parce que le plafond empêche d'en tenir compte, du fait de son ancienneté réduite.

Or lorsqu'une norme interne conduit à une discrimination indirecte, le juge national doit immédiatement, de sa propre autorité, la faire cesser, en écartant ce texte national, sans attendre sa correction par voie législative.

Un arrêt du 8 mai 2019³⁹ de la Cour de justice de l'Union européenne, saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle⁴⁰, éclaire sur la méthode pour identifier toute discrimination indirecte et en tirer les conséquences.

Après avoir relevé que des prestations telles que l'indemnité de licenciement et l'allocation de congé reclassement doivent être qualifiées de « rémunérations » au sens de l'article 157 TFUE, la CJUE indique que cet article s'oppose à une réglementation qui prévoit que le travailleur engagé à temps plein mais licencié au moment de son congé parental à temps partiel, voit ses droits calculés sur la base de la rémunération réduite qu'il perçoit quand le licenciement intervient, alors qu'un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, induisant dès lors une discrimination indirecte.

La Cour de cassation s'est conformée à cette analyse dans son arrêt du 18 mars 2020⁴¹, en considérant que l'indemnité de licenciement et l'indemnité de reclassement d'une salariée ayant bénéficié d'un congé parental à temps partiel devaient être calculées sur la base d'un temps plein, en laissant inappliquées les dispositions du code du travail instaurant une discrimination indirecte prohibée :

« 14. Les articles L. 3123-13 et R. 1233-32 du code du travail prévoient une indemnité de licenciement et une allocation de congé de reclassement déterminées au moins en partie sur la base de la rémunération réduite perçue par le salarié, qui engagé par un contrat à durée indéterminée à temps complet, bénéficie d'un congé parental à temps partiel lorsque le licenciement intervient. Ces dispositions établissent une différence de traitement avec les salariés se trouvant en activité à temps complet au moment où ils sont licenciés. Dans la mesure où un

³⁹ CJUE, 8 mai 2019, C-486/18, *Praxair MRC*.

⁴⁰ Soc., 11 juillet 2018, n° 16-27.825.

⁴¹ Soc., 18 mars 2020, n°16-27.825.

nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, ces articles instaurent indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement qui n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

15. Il en résulte que l'application de ces articles, contraires à l'article 157 du traité précité en ce qu'ils instaurent une discrimination indirecte fondée sur le sexe, doit être dans cette mesure écartée.

16. En application d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, arrêt du 8 avril 1976, Defrenne, C-43/75, points 10 à 15 ; arrêt du 28 septembre 1994, Avdel Système, C-408/92, points 15 à 17 ; CJUE, arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, point 40), dès lors qu'une norme interne refusant l'octroi d'une prestation ou d'un avantage à un groupe de personnes est contraire au principe de l'égalité de traitement, le juge national doit immédiatement, de sa propre autorité, accorder cette prestation ou cet avantage au groupe ainsi défavorisé, sans attendre l'élimination de la contrariété par la voie législative. »

Or l'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse s'entend aussi comme une rémunération au sens du droit de l'Union Européenne, et le barème de l'article L 1235-3 ne permet de l'évaluer que sur la base du salaire et l'ancienneté, interdisant au juge français de déroger au plafond en tenant compte d'autres critères.

Les articles 19 et 157 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE) prohibent les discriminations à raison du sexe, de la race ou l'origine ethnique, de la religion ou des convictions, d'un handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle.

Une discrimination indirecte est également prohibée par l'article 21 « *non-discrimination* » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dans les termes suivants :

« 1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politique ou toute autre opinion, l'appartenance, une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

L'article L. 1235-3 du Code du travail, sous couvert d'une pratique neutre, interdit en réalité au Juge d'indemniser le salarié abusivement licencié en adéquation avec les préjudices particuliers qu'il subit du fait sa situation moins favorable au regard « *de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée* ».

Plafonner par principe et de manière incontournable l'évaluation des préjudices en empêchant le Juge de tenir compte de l'âge, du sexe, de la situation de famille ou du handicap, est donc susceptible de caractériser une discrimination indirecte, en violation du droit de l'Union Européenne.

Ainsi non seulement écarter le barème n'implique aucune entorse au principe d'égalité bien au contraire, mais s'impose pour ne laisser perdurer aucune atteinte au principe de non-discrimination.

* * *
*

Le respect de l'ensemble des engagements européens et internationaux de la France exige donc que les préjudices soient appréciés au regard de toutes les dimensions de la situation personnelle du salarié afin de lui assurer une indemnisation qui en tienne compte et soit ainsi adéquate.

Dans le présent litige, tous les éléments du préjudice décrits au paragraphe ... ci-dessus démontrent que le plafond prévu par l'article L.1235-3 du Code du travail ne permet pas de réparer l'ensemble des préjudices de Monsieur/Madame ... et que ses demandes n'ont rien d'exorbitant ou d'excessif.

Il convient donc d'écarter le plafond pour assurer à Monsieur/Madame ... le bénéfice d'une indemnité adéquate, dans le respect des engagements internationaux de la France, dont le Juge français doit assurer l'effectivité.

En conséquence, il conviendra de condamner la Société ... à verser à Monsieur/Madame ... la somme de ... € correspondant à ... mois de salaire, à titre de réparation adéquate des préjudices subis dans le cadre de son licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

À titre subsidiaire

Sur l'octroi de l'indemnité maximale prévue par l'article L.1235-3 du code du travail

.....

PAR CES MOTIFS

Il est donc demandé au Conseil de :

À titre principal :

- Dire et juger que le licenciement notifié le ... est dépourvu de cause réelle et sérieuse,
- Dire et juger que le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail doit être écarté, ce plafonnement portant une atteinte au droit de Monsieur/Madame ... de recevoir une indemnisation adéquate de l'ensemble de ses préjudices, en violation des dispositions des articles 4 et 10 de la convention 158 de l'OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne, et constituant une discrimination en violation du droit de l'Union Européenne ;

- Condamner en conséquence la Société ... à verser à Monsieur/Madame ... la somme de ... euros correspondant à la réparation adéquate de l'ensemble de ses préjudices professionnels, financiers et moraux subis dans le cadre de son licenciement.

À titre subsidiaire, si le Conseil ne retenait pas la nécessité d'écarter le plafonnement :

- Condamner la Société ... à verser à Monsieur/Madame ... la somme de ... euros correspondant à ... mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L. 1235-3 du code du travail.