

Les décisions de la Cour de cassation

C'est dans ce contexte particulièrement confus que la chambre sociale de la Cour de cassation a dû se prononcer par deux arrêts publiés au bulletin.

A. Aux termes de sa première décision, la Cour de cassation, dans la droite ligne de l'avis de 2019, rejette l'application de l'article 24 de la CSE.

Cette position semble en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la chambre sociale qui a statué favorablement pour certaines dispositions de la Charte dont des dispositions ne concernant pas directement les articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20 expressément cités dans l'arrêt dont s'agit. De même, **le Conseil d'État, longtemps défavorable à l'application directe du texte européen, a procédé à un revirement de jurisprudence concernant l'article 24 aux termes d'un arrêt dit FISHER**. Le refus de considérer l'article 24 comme d'application directe est également contestable au regard de la formulation du texte dont les termes sont précis et peu ou prou les mêmes que ceux de l'article 10 de la convention 158 de l'OIT – qui, on le verra, est, lui, considéré comme d'application directe. Enfin, le fait qu'il existe un organe de contrôle, le CEDS, n'est pas un obstacle au travail des juridictions internes qui opèrent sans difficulté un contrôle de conventionnalité à la CEDH, nonobstant l'existence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

B. Aux termes de la seconde décision, la Cour de cassation a admis l'application directe de l'article 10 de la convention 158 de l'OIT.

La Cour a suivi sa jurisprudence constante en la matière^[14]. En revanche, et de façon très surprenante, la juridiction considère que les barèmes remplissent les exigences du texte à savoir l'existence d'une réparation raisonnable et dissuasive – **et ce à rebours de l'analyse documentée de l'avocat général**.

A Sur la réparation raisonnable, la Cour de cassation invoque curieusement les dispositions relatives au licenciement nul.

Ces règles ne font l'objet d'aucune critique et ne sont pas le sujet du pourvoi qui lui est soumis. Cette référence est donc hors de propos. Ensuite, la Cour de cassation n'explique pas en quoi les sommes prévues par le barème permettraient raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi. Or, tel était le point essentiel ce d'autant que le terme raisonnable et ses dérivés sont peu usités en droit français. En droit français, la seule manière raisonnable d'indemniser un dommage est le recours à la notion de réparation intégrale du préjudice causé par la faute, ici la faute contractuelle, qu'est la rupture injustifiée. Ce principe, dérivé de la formule latine « *reparatio in integrum* », a progressivement amené à l'adage « *réparer le préjudice, tout le* ». « *préjudice, mais rien que le préjudice*

La réparation de la perte de l'emploi ne s'entend pas du seul manque à gagner en termes financiers. Autrement exprimé, il n'est pas raisonnable d'indemniser un préjudice en occultant l'âge, la situation personnelle, les conséquences morales, la durée du retour à l'emploi ou les perspectives de retour à l'emploi dans un contexte dans lequel, à défaut de faute de l'employeur, le salarié aurait conservé durablement son emploi. À titre d'exemple, un salarié avec une rémunération relativement basse et une ancienneté inférieure à 5 ans recevra une indemnité dérisoire alors que son préjudice moral pourrait être important du fait d'un licenciement vexatoire, le plongeant dans une situation de stress au regard de sa situation financière difficile. C'est d'ailleurs ce que constate l'étude Dalmasso et Signiretto : les petits salaires et petites anciennetés ont vu leurs indemnités par deux là où les plus grosses anciennetés ont vu une diminution de leurs indemnités bien moindre.

Ce rapport concluait d'ailleurs :

« C'est donc au final tout le cœur du salariat qui risque, de lui-même, de s'exclure du contentieux en renonçant à agir en justice ».

Il faut donc constater que la Cour de cassation, comme beaucoup d'autres juridictions avant elle, a échoué à démontrer que les barèmes étaient adaptés et proposaient une indemnisation acceptable.

b. Concernant la réparation dissuasive, il y a lieu de considérer que la Cour s'est purement et simplement trompée dans son analyse.

Aux termes de son arrêt, elle évoque d'elle-même, sur le fondement de la jurisprudence issue de l'article 10, l'indemnité pour licenciement injustifié et la nécessité de son caractère dissuasif – là encore, on ne peut s'empêcher de penser à la décision du Conseil Constitutionnel de 2016. Elle considère que la dissuasion est assurée par l'article L. 1235-4 du Code du travail qui permet de mettre à la charge de l'employeur les indemnités Pôle emploi. Or, selon l'article 10, ce n'est pas de ce texte, dont le bénéficiaire est Pôle emploi, que doit venir de la dissuasion mais bien de l'indemnité accordée au salarié en tant que telle. Force est de constater que la Cour de cassation n'a pas tiré les conséquences ni de ses propres allégations, ni des termes de l'article.

La décision du CEDS du 23 mars 2022

Selon les bribes d'informations publiées récemment dans la presse, il apparaît que le CEDS a censuré, à l'unanimité, le dispositif français de barémisation des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en ce qu'elle viole l'article 24 de la CSE. Il faut rappeler dès ce stade que ce texte, bien que considéré comme non applicable en droit français par la Cour de cassation, emploie précisément les mêmes termes que l'article 158 de l'OIT – « *adéquate* » et « *appropriée* ». Ainsi, nonobstant le fondement juridique, le raisonnement du Comité est tout à fait

pertinent en droit français.

Sur le fond, le Comité estime d'abord que « *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* ». Il est possible de constater qu'il existe une véritable divergence de vues entre la juridiction européenne et la Cour de cassation : la première considère que la réparation proposée ne saurait être considérée comme raisonnable, là où la seconde en appelle à la notion de licenciement nul pour justifier de la justesse de l'indemnisation proposée. Le Comité a fait le travail qu'on attendait de la Cour de cassation : une analyse claire du sens et de la portée donnés à la notion de réparation raisonnable. En invoquant « *le préjudice réel* » et en faisant référence « *aux circonstances individuelles* », la décision du 23 mars ne propose, ni plus, ni moins que le recours au principe de réparation intégrale du préjudice étrangement absent des écrits des hautes juridictions françaises.

Ainsi, les barèmes MACRON ne proposent pas une indemnité raisonnable en ce que la faiblesse de leur montant est nécessairement contraire au grand principe précité. À titre surabondant, on notera avec intérêt la référence à l'insuffisance de la marge de manœuvre donné aux juridictions qui vient sévèrement contredire les deux avis de la Cour de cassation de 2019. Le Comité estime ensuite que l'indemnité n'est dissuasive faute d'être suffisamment élevée. Ici encore, il est bien rappelé que c'est l'indemnité en elle-même qui se doit d'être dissuasive et non un dispositif en son ensemble. Une nouvelle fois, on ne pourra que rapprocher cette argumentation de ce qui fut celle du Conseil Constitutionnel en 2016.

Conclusion

Au regard de ce qui précède, que pourra-t-il rester des barèmes Macron ? La décision du CEDS pourra aboutir à des recommandations faites à la France par le conseil des ministres du Conseil de l'Europe. Ces recommandations, dont la force contraignante n'est pas nulle, pourront avoir des répercussions dans notre corpus législatif. Nous pourrions également attendre une résistance des juridictions internes des premier et second degrés. En effet, sans même avoir à revenir sur l'applicabilité ou non de l'article 24, les notions développées par le CEDS pourront être invoquées en ce qu'elles existent dans un texte européen (l'article 10) d'application directe en droit interne. Cette hypothèse doit être envisagée avec d'autant plus de sérieux que les développements du CEDS font écho à des principes bien ancrés en droit français à savoir la réparation intégrale du préjudice ou encore la jurisprudence constitutionnelle de 2016. Enfin, une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) n'est pas à exclure.

Les décisions du fond, les arrêts de la Cour de cassation et désormais cette décision du CEDS pourraient constituer un élément nouveau propre à rouvrir la voie constitutionnelle.

Les débats philosophiques et techniques sont donc loin d'être enterrés, contrairement à ce que prédisaient certains commentateurs à l'aune de la jurisprudence de la chambre sociale.