

LICENCIEMENT Indemnités – Licenciement abusif - Salarié d'une entreprise employant habituellement moins de onze salariés – Art. L.1235-5 du Code du travail dans sa version en vigueur jusqu'au 24 septembre 2017 excluant l'application du plancher de six mois de salaire – Dispositions non conformes à l'art. 26 du Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) prohibant les discriminations – Dispositions devant être écartées – Application du plancher de six mois de salaire.

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE NÎMES (départage) 5 février 2018

Mme L. contre M. N. (RG n° F14/01160)

EXPOSÉ DU LITIGE

Le 23/07/2007, Mme L. a été embauchée en qualité de vendeuse selon contrat de travail à durée déterminée à temps partiel par M. N., responsable de la cafétéria CHU de Nîmes, suivi de contrats à durée déterminée successifs.

Par courrier recommandé en date du 24/03/2014, M. N. notifiait à Mme L. son licenciement pour faute grave.

Par courrier déposé le 23/10/2014, Mme L. a saisi le Conseil de prud'hommes de Nîmes afin de voir cette juridiction convoquer M. N. et entendre cette juridiction condamner le requis à lui payer les sommes

suivantes :

- 1.430,25 euros à titre d'indemnité de requalification,
- 10.000 euros à titre de dommages-intérêts en raison de l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée,
- 2.860,50 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, ainsi que la somme de 286,05 euros au titre de l'indemnité de congés payés y afférents,
- 10.000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 1.430,25 euros au titre de l'indemnité de licenciement,
- 1.500 euros en application de l'article 700 du CPC.

Lors de l'audience de conciliation en date du 19/12/2014, les parties n'ayant pu se concilier, l'affaire a été renvoyée devant le bureau de jugement.

Lors de l'audience de jugement en date du 7/03/2016, les conseillers n'ayant pu se départager, l'affaire a été renvoyée à une audience présidée par le juge départiteur.

Mme L., qui comparaît en personne, sollicite la condamnation du défendeur à lui payer avec exécution provisoire les sommes suivantes :

- 1.430,25 euros à titre d'indemnité de requalification,
- 10.000 euros à titre de dommages-intérêts en raison de l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée,
- 2.860,50 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, ainsi que la somme de 286,05 euros au titre de l'indemnité de congés payés y afférents,
- 20.000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 1.883,16 euros au titre de l'indemnité de licenciement,
- 3.176,70 euros à titre de rappel de salaire en raison de la requalification de la relation contractuelle à temps complet, ainsi que la somme de 371,67 euros au titre de l'indemnité de congés payés,
- 1.500 euros en application de l'article 700 du CPC.

(...)

MOTIFS

(...)

VI - SUR LA DEMANDE EN PAIEMENT DE DOMMAGES-INTÉRÊTS EN RAISON DU LICENCIEMENT ABUSIF

Vu les articles L. 1235-3 et L. 1235-5-2 du Code du travail dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22/09/2017.

Attendu que la requérante sollicite l'octroi de la somme de 20.000 euros à titre de dommages-intérêts en raison de la rupture du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur ; que Mme L. ne verse pas au dossier d'éléments de nature à justifier de manière précise le montant des dommages-intérêts réclamés ;

Attendu, cependant, que, compte tenu de la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée à compter du 2/10/2010, il apparaît que Mme L. dispose ainsi, à la date du licenciements sans cause réelle et sérieuse survenu le 24/03/2014, d'une ancienneté de plus de 2 ans au sein de l'entreprise de M. N., qui employait moins de onze salariés au moment de la rupture du contrat de travail, de sorte qu'il apparaît que la requérante a droit, en application de l'article L 1235-3 du Code du travail, à une indemnité à titre de dommages-intérêts au moins égale aux salaires des six derniers mois, même s'il est constant que l'entreprise défenderesse, à la date du licenciement, emploie habituellement moins de onze salariés, en l'occurrence 8 salariés ;

Attendu, en effet, qu'appliquer dans les espèces les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail dans son ancienne rédaction, qui subordonnent l'indemnisation du salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse par une entreprise

occupant habituellement moins de onze salariés à la démonstration, par ce dernier, du préjudice subi en raison du licenciement, aboutirait, en fait comme en droit, à priver, en raison de la seule importance de l'effectif de l'employeur, le salarié licencié abusivement qui justifie d'une ancienneté d'au moins deux années au sein de l'entreprise de l'octroi automatique de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail pour les salariés justifiant d'une ancienneté au moins équivalente licenciés abusivement par des entreprises occupant habituellement au moins onze salariés, ce qui apparaît contraire aux dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, qui dispose que « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit SANS DISCRIMINATION à une ÉGALE PROTECTION DE LA LOI. À cet égard, la loi DOIT INTERDIRE toute discrimination et garantir à TOUTES les personnes UNE PROTECTION ÉGALE ET EFFICACE CONTRE TOUTE DISCRIMINATION, NOTAMMENT de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance OU DE TOUTE AUTRE SITUATION* ».

Qu'en effet, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 2200 (XXI) et ouvert à la signatures des États membres de l'ONU à compter du 19 décembre 1966, qui a été ratifié par la République Française après autorisation du Parlement donnée par la loi n° 80-460 du 25 juin 1980 et qui figure dans le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 publié au Journal Officiel du 1^{er} février 1981, est applicable à compter du 4 février 1981 sur le territoire national avec valeur supra législative conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, de sorte que le juge judiciaire, conformément à la hiérarchie des normes en vigueur dans le système juridique interne français, doit écarter les dispositions législatives qui lui sont contraires et d'une valeur juridique inférieure tel que l'article L. 1235-5-2 du Code du travail ;

Qu'à ce titre, le simple constat objectif de l'inégalité de traitement instaurée par l'article L. 1235-5-2 du Code du travail par rapport à l'article L. 1235-3 du même code entre les salariés justifiant d'une ancienneté équivalente, en considération de leur seule appartenance à une entreprise de onze salariés et plus ou de moins de onze salariés, suffit à démontrer que le législateur français n'a pas respecté le droit fondamental des citoyens à une égale protection de la loi édicté par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'obligation qui lui est imposée par ce traité d'interdire toute discrimination ; Qu'au surplus, le Conseil constitutionnel, saisi afin de se prononcer sur l'inconstitutionnalité de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances

économiques calibrant et plafonnant, en fonction à la fois de l'ancienneté et des effectifs au sein de l'entreprise, le montant des indemnités susceptibles d'être allouées par le conseil de prud'hommes à un salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, a censuré le dispositif législatif qui lui était soumis en affirmant, dans sa décision n° 2015-715 du 5 août 2015 : « *Considérant toutefois que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi* » ;

Que dès lors, il importe peu de s'interroger afin de savoir si chaque juge a tout loisir, dans le cadre de l'indemnisation du préjudice subi par le salarié licencié abusivement par une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, d'allouer à celui-ci une indemnité réparant réellement le préjudice qu'il estime subi par ce salarié ou si l'inégalité de traitement instaurée par les dispositions législatives du Code du travail ne vise pas à assurer une moindre indemnisation des salariés licenciés par une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, mais à sanctionner, par une condamnation minimale de six mois de salaires, les entreprises de plus grande dimension qui se séparent abusivement de salariés déjà anciens ou bien encore si l'inégalité de traitement créée par le législateur français était proportionnée à l'objectif à atteindre ; qu'à ce titre, si le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2016-582 du 13/10/2016, a admis la constitutionnalité de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail, nonobstant la rupture d'égalité instaurée entre les salariés reconnue dans sa décision précédente n° 2015-715 du 5 août 2015 au motif que « *en prévoyant que le montant minimal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est applicable aux seuls licenciements dans les entreprises d'au moins onze salariés, le législateur a entendu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimées économiquement plus fragiles, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général* » ; il n'en demeure pas moins que l'article L. 1235-5-2 du Code du travail ne garantit pas automatiquement au salarié qui justifie d'une ancienneté d'au moins deux années, voire davantage, licencié abusivement par une entreprise occupant habituellement moins de onze salariés, le bénéfice de l'indemnité minimale allouée systématiquement, en application de l'article L. 1235-3 du Code du travail, même en l'absence de justification de tout préjudice, au salarié justifiant d'une ancienneté d'au moins deux années, licencié abusivement par un employeur

occupant habituellement au moins onze salariés, de sorte que le législateur français à l'origine de la mise en œuvre de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail viole nécessairement les dispositions de l'article 26 du Pacte international des droits civils et politiques susvisé en ce que, loin, ainsi que lui impose ce traité international ratifié, d'INTERDIRE toute discrimination et garantir à toutes les personnes une égale protection de la loi contre toute discrimination notamment de race, de couleur, ... ou DE TOUTE AUTRE SITUATION, le législateur français instaure ainsi, au contraire, une discrimination entre les salariés selon leur appartenance à une entreprise de plus ou de moins de onze salariés ;

Qu'au surplus, il apparaît que la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-582 du 13/10/1986 apparaît de surcroît, d'ailleurs, désormais et en tout état de cause, comme caduque au regard du droit du travail actuel issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22/09/2017 en ce que si, pour sauver la constitutionnalité de l'article L. 1235-52 du Code du travail, le Conseil constitutionnel a indiqué, dans sa décision n° 2016-582 du 13/10/2016 : « *À cette fin, dans la mesure où les dispositions contestées ne restreignent pas le droit à réparation des salariés, le législateur pouvait limiter le champ d'application de cette indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise...* », il apparaît que le barème obligatoire imposé désormais pour l'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse par l'ordonnance n° 2016-1387 du 22 septembre 2017, contrairement aux préconisations du Conseil constitutionnel, restreint bel et bien les droits des salariés appartenant à des entreprises de moins de onze salariés, en ce que le salarié licencié abusivement qui justifie d'une ancienneté d'au moins deux années au sein d'une entreprise de moins de onze salariés ne pourra revendiquer, à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, que le paiement de dommages-intérêts à une hauteur maximale de 2 mois de salaire (contre 0,5 mois à titre minimal), alors que le salarié licencié abusivement disposant également de deux années d'ancienneté, mais travaillant au sein d'une entreprise employant habituellement au moins 11 salariés, pourra, lui, revendiquer le paiement d'une indemnité minimale de trois mois de salaires (3,5 mois de salaire à titre d'indemnité maximale) ;

Attendu ensuite que si la 5^{ème} Chambre civile de la Cour de la cassation a indiqué, dans des arrêts du 5/07/2007 (arrêt n° 03-47249), du 28/09/2005 (arrêts n° 04-44764 et 04-44765) et du 31/10/2005 (arrêt n° 03-47307), que « *la prohibition de toute discrimination telle qu'elle est prévue par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 n'interdit pas au législateur de créer des distinctions entre la situation des justiciables selon qu'ils relèvent de la loi antérieure ou de la loi nouvelle, dès lors que la différence est*

justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général », cette interprétation opérée par la 5^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation ne saurait recevoir application dans les espèces présentes, en que les arrêts susvisés concernent uniquement l'application de la loi dans le temps, à savoir l'application aux salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur, à compter du 1/01/2001, de la loi prévoyant la diminution de la durée légale du temps de travail de 39 h à 35 heures, alors que, dans les espèces présentes, la différence de situation du requérant par rapport à un salarié justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté et licencié par une entreprise occupant habituellement au moins onze salariés ne résulte pas, ici, de l'application d'une loi nouvelle par rapport à une loi antérieure ; Qu'au surplus, la juridiction prud'homale constate que la 5^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation, après avoir reconnu que le Pacte relatif aux droits civils et politiques prohibe toute discrimination, invoque, pour écarter, dans les espèces qui lui étaient soumises, les dispositions de l'article 26 du même pacte « *d'impérieux motifs d'intérêt général* », sans indiquer, dans ses arrêts, l'article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 qui prévoit que l'État signataire de ce traité pourra déroger à ses dispositions, en particulier celles édictées par son article 26, lorsqu'il justifiera « *d'impérieux motifs d'intérêt général* » ; Qu'en effet, l'article 12 du CPC dispose, dans son premier alinéa, que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », de sorte que le juge judiciaire qui écarte l'application d'un texte dans l'espèce qui lui est soumise doit indiquer, dans sa décision, le texte d'une valeur juridique supérieure ou au moins équivalente qu'il retient pour l'appliquer au détriment de l'autre texte qu'il écarte ; Que, dès lors, faute de précision par la 5^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation dans les arrêts susvisés de ce fondement textuel, il en résulte que, de la même manière que l'opportunité ou l'équité, « *les impérieux motifs d'intérêt général* » ne constituent pas davantage une règle de droit et leur invocation par la Cour de Cassation ne saurait, dès lors, suffire, à elle seule, pour écarter les dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, traité international ratifié et méconnaître le principe constitutionnel d'égalité devant la loi rappelé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n°2015-715 du 5/08/2015 ; Que, par conséquent, il convient dans les espèces présentes, en application des articles 12 al .1 du CPC et de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, d'appliquer les dispositions de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, seule règle applicable, en écartant par conséquent, d'une part, les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail qui lui sont contraires, en ce qu'elles instaurent, en fonction du seul effectif de l'entreprise à laquelle ils appartiennent, une discrimination envers les requérants par rapport aux salariés licenciés abusivement justifiant d'une

ancienneté au moins équivalente mais appartenant à une entreprise occupant habituellement au moins onze salariés, et, d'autre part, en faisant bénéficier les demandeurs des seules dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail ;

Qu'en tout état de cause, la juridiction prud'homale observe que si « *d'impérieux motifs d'intérêt général* » contraignaient la République Française à adopter, sur le plan interne, une législation susceptible de contrevenir aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en particulier celles énoncées par l'article 26 de ce traité, il était toujours loisible à la République française de dénoncer préalablement ledit traité, avant d'adopter les dispositions législatives nationales qui lui sont contraires, de sorte qu'en ne dénonçant pas le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ainsi qu'elle en avait la possibilité, la République Française a ainsi nécessairement reconnu qu'aucun « *impérieux motif d'intérêt général* » ne justifiait de discriminer les salariés démontrant une ancienneté d'au moins deux années au sein d'une entreprise, au seul motif qu'ils étaient employés par des entreprises occupant habituellement moins de onze salariés ;

Attendu, par conséquent, qu'en l'état de ces éléments d'appréciation, la juridiction prud'homale doit, en application de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, écarter les dispositions discriminatoires envers Mme L. de l'article L. 1235-52 du Code du travail qui résultent de lois adoptées postérieurement au 4 février 1981, date d'entrée en vigueur sur le territoire national du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, comme contraires aux dispositions de l'article 26 dudit pacte, qui doivent trouver seules application dans l'espèce ;

Qu'en effet, la directive n°2000/78 du Conseil de l'Union Européenne en date du 27/11/2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, applicable en droit interne, compte tenu de l'effet direct du droit communautaire, énonce : « *Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, par la Conventions des Nations-Unies sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, par les Pactes des Nations-Unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signés par tous les États membres. La Convention n° 111 de l'Organisation internationale du Travail interdit la discrimination en matière d'emploi et de travail* » ; que, dès lors, la constatation que la directive n°2000/78 en date du 27/11/2000 du Conseil de l'Union européenne portant création d'un cadre en faveur de l'égalité de

traitement en matière d'emploi et de travail intègre, parmi les outils juridiques permettant de lutter contre les discriminations dans ces matières, non seulement le Pacte des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, mais également le Pacte des Nations-Unies relatifs aux droits civils et politiques, ceci au même titre que le Pacte des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, démontre que l'application du Pacte relatif aux droits civils et politiques ???, mais que, au contraire loin de s'exclure, les deux Pactes des Nations-Unies doivent se compléter mutuellement ; que, de surcroît, l'octroi par un tribunal, dans le cadre d'un litige civil, de dommages-intérêts à un salarié victime d'une rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur afin de réparer le préjudice subi ne constitue pas le droit du salarié aux assurances sociales prévu par l'article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ni le droit du salarié à un salaire ou à une rémunération prévu par l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui concerne seulement les conditions d'exécution du contrat de travail ;

Attendu, dès lors, qu'en l'état de ces éléments d'appréciation, il convient, en application de l'article 26 du Pacte international des droits civils et politiques susvisé, d'écarter les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail qui lui sont contraire et de faire application, au bénéfice de Mme L., des dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, de sorte qu'il convient de condamner M. N. à payer à Mme L. la somme de 8.581,50 euros représentant six mois de salaire à titre de dommages-intérêts en raison du licenciement sans cause réelle et sérieuse opéré à l'encontre de la requérante ;

PAR CES MOTIFS

Le juge départiteur, statuant seul après avis des conseillers présents, publiquement, contradictoirement et en premier ressort.

Dit que les demandes de requalification de Mme L. des contrats de travail à durée déterminée conclus avec M. N. à compter du 23/09/2007 ayant uniquement et exclusivement pour motif de recours le remplacement des salariés absents ou pour absence de signatures sont prescrites en application du délai de prescription biennal et doivent être déclarées irrecevables.

Dit que les demandes de requalification de Mme L. des contrats de travail à durée déterminée conclus avec M. N. entre le 2/10/2010 et le 5/05/2013 en raison d'un surcroît temporaire d'activité n'étaient pas prescrites à la date de saisine du Conseil de prud'hommes de Nîmes par la requérante le 23/10/2014.

Dit que M. N. ne justifie pas de l'accroissement temporaire d'activité ayant conduit à la signature, pour ce motif de recours, avec Mme L. d'un contrat de travail à durée déterminée le 2/10/2010.

Prononce la requalification du contrat de travail à durée déterminée en date du 2/10/2010 en contrat de travail à durée indéterminée à temps complet.

Condamne le défendeur à payer à la requérante la somme de 685,94 euros au titre de l'indemnité de requalification.

Condamne le défendeur à payer à la requérante la somme de 3.176,70 euros à titre de rappel de salaire pour la période du 23/09/2013 au 28/03/2014 en raison de la requalification de la relation contractuelle à temps complet, ainsi que la somme de 371,67 euros au titre de l'indemnité de congés payés y afférente.

Dit que le licenciement pour faute grave opéré le 24/03/2014 par Monsieur N. à l'encontre de Mme L. est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Constate que les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail sont discriminatoires envers Mme L. en ce qu'ils privent, en raison de sa seule appartenance à une entreprise occupant habituellement moins de onze salariés, Mme L., qui justifie d'une ancienneté d'au moins deux années au sein de l'entreprise de M. N., des dispositions plus favorables de l'article L. 1235-3 du Code du travail réservées aux salariés disposant d'une ancienneté d'au moins deux années licenciés abusivement par des entreprises occupant habituellement au moins onze salariés.

Constate les dispositions discriminatoires édictées par l'article L.1235-5-2 du Code du travail sont contraires aux dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ratifié par la République Française et applicable sur le territoire national à compter du 4 février 1981, selon décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 publié au Journal Officiel du 1^{er} février 1981.

Dit, par conséquent, qu'il convient, dans les espèces, d'écarter les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail et d'appliquer à la situation de Mme L. les seules dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail.

Condamne M. N. à payer à Mme L. les sommes suivantes :

- 2.860,50 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, ainsi que la somme de 286,05 euros au titre de l'indemnité de congés payés y afférente ;
- 1.334,90 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement ;
- 8.581,50 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Déboute la requérante de ses demandes plus amples.

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement.

Condamne M. N. au paiement des entiers dépens.

Condamne M. N. à payer à la requérante la somme de 1.500 euros en application de l'article 700 du CPC.

(M. Christophe Noël, Prés. –M^e Soulier, M^e Dolivet, av.)

Note.

« *Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la Sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice* »

Oswald Bodeau – 1974

La harangue en exergue de la présente note, adressée à ses collègues par celui qui était alors substitut du procureur de Marseille, résonne encore au cœur et aux oreilles des juristes progressistes parmi lesquels nous nous classons. En outre, elle retrouve, en cette période de régression, violente, des droits des travailleurs, toute sa force. Voir ainsi ressurgir son esprit et constater qu'il irrigue encore et toujours certaines décisions de justice dont la portée, au-delà du symbole, vise à faire bénéficier les salariés de droits réels, est salvateur !

Quand, en plus, la décision est, en droit, construite et fondée de telle manière qu'elle est juridiquement parfaitement motivée, les juristes ne peuvent que se féliciter, de manière générale, de l'avancée du droit qu'elle induit et, de manière particulière, de l'avancée des droits qu'elle crée.

Le Conseil des prud'hommes de Nîmes était saisi d'une affaire qui, somme toute, ne recelait – *a priori* – aucune spécificité particulière sur le fond, s'agissant d'une salariée qui, après le renouvellement de multiples CDD au sein de la cafétéria du CHU de Nîmes et après avoir sollicité la requalification de ces derniers en un CDI, se voyait finalement licenciée pour faute grave par son employeur.

La spécificité de cette décision tient, en réalité, au fait que ledit employeur comptait moins de 11 salariés au moment de la rupture (antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017), de telle sorte que la salariée ne pouvait invoquer, s'agissant de la réparation de son préjudice, que les dispositions de l'article L. 1235-5 2° du Code du travail et non celles de l'article L. 1235-3 du même code.

Or, le magistrat départiteur, au terme d'un développement extrêmement didactique, et convoquant l'ensemble des règles de droit international applicables en matière de rupture du contrat de travail, a écarté les dispositions limitatives fixées par les textes nationaux, considérés – à juste titre – comme discriminatoires, ce qui l'autorisait, dès lors, à accorder à la salariée une juste réparation de son préjudice, c'est-à-dire une réparation intégrale, ceci conformément aux exigences des règles de la responsabilité civile.

Mais, par-delà le cas d'espèce qu'elle tranche, cette décision, rejoignant et, finalement, complétant, dans son fondement juridique, les développements présentés, notamment, par le Syndicat des Avocats de France (SAF) dans son « *argumentaire* » (1) visant à quereller les nouvelles dispositions contenues à l'article L. 1235-3 du Code du travail, offre tous les outils aux juristes aux fins de faire constater judiciairement le caractère in conventionnel d'une telle disposition.

Le constat : une discrimination incluse dans le texte interne

À cet égard, nous ne pouvons que, très brièvement, rappeler les éléments de droit applicables en matière de réparation du préjudice subi par les salariés licenciés qui, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, précisent qu'un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté – mais au sein d'une entreprise qui employait moins de 11 salariés au moment de la rupture du contrat – doit démontrer, pour obtenir réparation, le préjudice qu'il subit en raison de son licenciement injustifié.

En d'autres termes, et comme le rappelle fort opportunément le jugement commenté, l'opposition entre les articles L. 1235-3 et L. 1235-5 2° prive le salarié – en raison de la seule importance de l'effectif de l'employeur – de l'octroi automatique d'une indemnité fixée à six mois de salaire moyen pour le personnel issu d'une entreprise de plus de 11 salariés.

C'est sur la base de cette situation d'inégalité de traitement, instaurée de manière directe par les textes internes et qu'un « *simple constat objectif* » permet d'observer, que le Conseil de prud'hommes de Nîmes va décider d'écartier leur application au nom de règles internationales interdisant toute forme de discrimination s'agissant, notamment, de l'indemnisation des salariés licenciés abusivement.

(1) V. à ce titre lesaf.org/argumentaire-contre-le-plafonnement-prevu-par-le-nouvel-article-L-1235-3/.

Ainsi, le jugement rappelle avec force que la seule « considération » de l'appartenance d'un salarié à une entreprise de 11 salariés et plus (ou moins) démontre, en soi, que le législateur français n'a pas respecté le droit fondamental des citoyens à une égale protection devant la loi.

La démonstration faite par la juridiction prud'homale de l'absence de conventionalité de la règle interne pourrait conduire, dans le cadre des présentes observations, à une redite et à une compilation de l'ensemble des textes applicables, qu'il suffira en réalité que le lecteur reprenne.

C'est la raison pour laquelle lui a été préférée une synthèse, qui permet d'ouvrir judiciairement – et, par ailleurs, de manière très concrète et positive – le débat sur les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail et leur caractère finalement tout aussi critiquable.

Les textes invoqués et le constat de leur conventionalité

En tout premier lieu, nous rappellerons que, selon les dispositions de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, l'autorité supérieure à celle des lois (...) ».

À cet égard, 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 *conventionalité*) appartient, en revanche, et pour ce qui le concerne, aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'État (2).

C'est, très exactement, ce contrôle de conventionalité que le premier juge va s'astreindre à réaliser avec méthode, pour écarter la règle contraire au principe d'égalité et appliquer celle qui a vocation à être commune à tous les licenciements.

Le juge va ainsi, tout d'abord, rappeler que le Conseil constitutionnel lui-même avait, dans sa décision du 5 août 2015 (3), constaté l'illégalité d'un texte (loi *Rebsamen*) qui faisait reposer la réparation du préjudice subi par les salariés abusivement licenciés sur des critères « *d'effectifs de l'entreprise* », créant ainsi une « *différence d'égalité devant la loi* ».

Toutefois, faisant suite à une QPC que lui transmettait la Cour de cassation et aux termes d'une décision en date du 13 octobre 2016 (4), le même Conseil constitutionnel changeait de point de vue et estimait conformes au principe d'égalité les dispositions de l'article L. 1234-9 du Code du travail en ce qu'il prévoit une indemnité minimale de six mois de salaire au seul bénéficiaire des salariés d'entreprises de plus de dix salariés et que le législateur était légitime à créer une distinction, dès lors qu'il avait entendu, dans un « *but d'intérêt général* », éviter de faire peser une charge – trop lourde – sur certaines entreprises considérées comme « *fragiles* ».

La juridiction nîmoise écarte cet argument en relevant que le recours à cette notion « *d'impérieux motifs d'intérêt général* » conduit, inéluctablement, à une discrimination entre les salariés.

À cet égard, nous rappellerons que la règle d'interdiction de toute discrimination est, au niveau international notamment, édictée par les dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966). L'obligation imposée par ce traité visant à interdire toute discrimination énonce : « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection légale efficace contre toute discrimination (...)* ».

Poursuivant sa démonstration juridique, le jugement n'oublie pas de rappeler que ce Pacte a été ratifié par la République Française et se trouve, en conséquence, directement applicable depuis la publication du décret d'application le 1^{er} février 1981.

Le juge constate, en conséquence, que, devant trancher le litige « *conformément aux règles de droits qui lui sont applicables* », conformément aux dispositions de l'article 12 du CPC, il se devait d'écarter la règle interne discriminante au profit du texte d'une valeur juridique supérieure, dont il retient l'application.

Nous touchons ici, nous semble-t-il, à l'intérêt primordial de cette décision qui, au-delà de son aspect purement juridique, met en lumière, de la manière la plus nette, la responsabilité du législateur qui adopte les textes en sachant qu'ils créent une discrimination

(2) À cet égard on se reportera volontiers à une publication du SAF du 6 février 2018 intitulé « *argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux des avocats contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235 -3* », qui reprend, pour sa part, principalement une contestation du texte sur la base de sa contradiction avec les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 et dont il convient de le

développer en parallèle des chemins juridiques ouverts par le jugement du Conseil des prud'hommes de Nîmes commenté).

(3) C. constit. décision n°2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques – Non-conformité partielle.

(4) Déc. n°2016-582 QPC.

et, qu'en outre, ils n'ont pour *fondement* qu'un intérêt purement politique et présenté comme prétendument « *objectif* » ou, dit-on encore, « *d'efficacité économique* », alors que, pourtant, ces arguments ne sont pas établis et que, par ailleurs, ces textes se trouvent être en contradiction directe avec les règles internationales auxquelles la France adhère pourtant et depuis fort longtemps.

En effet, le juge prud'homal souligne que les prétendus « *impérieux motifs d'intérêt général* » qui établiraient la différence des modes de réparation du préjudice selon la taille de l'entreprise ne constituent – en rien – une règle de droit – il était important de l'affirmer – et que, dès lors, cette distinction ne saurait être invoquée (sans raison objective et pertinente) pour justifier d'une quelconque différence de traitement entre les citoyens.

Il résulte de cette constatation qu'il n'y a plus « *qu'une seule règle applicable* » au cas d'espèce qui lui est soumise : ce sont les dispositions de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

Le juge prud'homal, comme ce fut le cas, en son temps, avec le CNE est invité, dès à présent, à indemniser les salariés à hauteur de leur préjudice réel, quelle que soit la taille de l'entreprise, en neutralisant la règle contraire au principe de non-discrimination inscrit dans l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Application à la Loi nouvelle du raisonnement précédemment développé

L'analyse du juge départiteur de Nîmes a vocation à s'appliquer au nouvel article L. 1235-3 du Code du travail tel qu'issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Il note que c'était – uniquement – pour « *sauver la constitutionnalité de l'article L. 1235-5 2° du Code du travail* » que le Conseil constitutionnel avait indiqué, dans sa décision du 13 octobre 2016, que désormais « *le législateur pouvait limiter le champ d'application de cette indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise* ».

On sait désormais que même cette décision peut être considérée comme « *caduque* », puisqu'à présent un barème obligatoire s'impose au juge en charge d'évaluer l'indemnisation des salariés licenciés sans fondement réel et sérieux.

Ce nouveau texte a des effets d'autant plus violents que, comme le rappelle le SAF dans son argumentaire, il laisse peu de marge au juge entre « *plancher* » et « *plafond* » pour réaliser son office. Quel pouvoir d'appréciation et de réparation du préjudice réel peut avoir un magistrat à qui on laisse si peu de marge pour « *juger* ». Ainsi, on relèvera que, pour une ancienneté de deux ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de... 3,5 mois ; pour une ancienneté de trois ans, cette fois, le plancher est de 3 mois et le plafond de... 4 !?

Comment le juge pourrait-il tenir compte de la réalité du préjudice du salarié, dès lors que l'indemnisation ne peut excéder que d'un demi-mois ou d'un mois le plancher applicable.

À cet égard, complétant le jugement reproduit ci-dessus, on doit rappeler qu'un autre texte d'application directe peut valablement être invoqué pour démontrer l'absence de conventionalité du texte nouvellement adopté. Il s'agit des dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne, d'effet direct en droit interne depuis sa ratification par la France le 7 mai 1999 (5). Ce texte ne fait plus appel aux règles interdisant toute discrimination salariale directe ou indirecte, mais oblige en outre les États membres à adopter des réglementations qui soient « *d'exercice effectif* ».

Pour ce faire, il est constant que, si la règle de droit n'a aucun effet comminatoire à l'égard de l'employeur, elle n'a, alors, véritablement aucun sens ; elle demeure, en effet, une pure pétition de principe et perd toute effectivité sur le terrain juridique.

À ce titre le nouveau texte peut aussi être neutralisé. En effet, selon le Comité européen des droits sociaux (CEDS), l'indemnisation d'un salarié est réputée « *appropriée* » dès lors que ce dernier est susceptible de percevoir « *des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime* ». Dès lors, le plafonnement de l'indemnisation peut priver le salarié de la réparation de ce préjudice en violation de l'article 24 de la charte (6).

Les deux objectifs du texte doivent, en effet, être remplis, ce que ne permettent pas les dispositions nouvelles créant un barème d'indemnisation puisque, en effet, en limitant drastiquement les indemnités que sont susceptibles de percevoir les salariés abusivement licenciés et en interdisant, de

(5) http://www.cncdh.fr/sites/default/files/charte_sociale_europeenne_revisee_0.pdf.

(6) V. C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », Dr. Ouvr. décembre 2017, p. 733 ; J. Mouly, « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », Dr. Ouvr. juillet 2018, p. 435.

ce fait, la réparation intégrale de leur préjudice, c'est le fondement même de la responsabilité civile qui est mis en cause et l'office du juge qui s'en trouve bafoué.

Ainsi, à l'heure d'une libéralisation toujours plus rapides et toujours plus forte de la relation salariale, qu'elle soit individuelle ou collective, les quelques rappels de droit constitutionnel et de droits internationaux que réalise cette décision permettront aux auxiliaires de justice de s'emparer de cet objet juridique et aux magistrats, à n'en pas douter, « de maintenir » en son centre la balance, si chère à Oswald Bodeau.

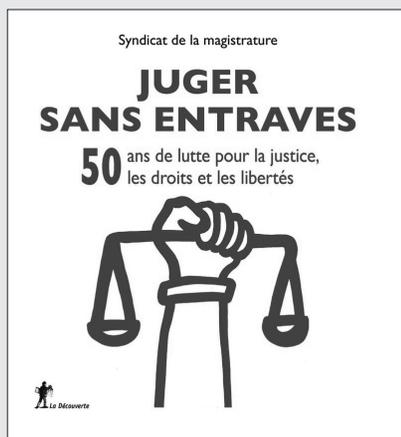
À ce titre, il est donc constant que le magistrat nîmois a parfaitement fait siennes – et dans l'intérêt d'une bonne justice – les règles énoncées en son temps par son collègue, qui rappelait en conclusion de son intervention que le juge, dans l'exercice de ses

fonctions, ne devait pas faire « *un cas exagéré de la loi et mépriser généralement les coutumes, les circulaires, les décrets et la jurisprudence. Il vous appartient d'être plus sage que la Cour de cassation, si l'occasion s'en présente. La justice n'est pas une vérité arrêtée en 1810. C'est une création perpétuelle. Elle sera ce que vous la ferez. N'attendez pas le feu vert du ministre, du législateur ou des réformes, toujours envisagées. Réformez vous-même. Consulter le bon sens, l'équité, l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition* ».

Cette décision est l'exemple type de cette situation, nous ne pouvons que l'approuver d'un point de vue moral et il ne nous reste, à présent, qu'à l'éprouver sur le terrain judiciaire.

Jérôme Borzakian,

Avocat au Barreau de Paris



Editeur La Découverte
juin 2018 - 160 pages
24,90 euros
ISBN : 2348036428

JUGER SANS ENTRAVES

50 ANS DE LUTTE POUR LA JUSTICE, LES DROITS ET LES LIBERTÉS

par le Syndicat de la magistrature

Le 8 juin 1968, une centaine de magistrats créent à Paris le premier syndicat de leur profession, le Syndicat de la magistrature. Très vite, il rassemble près d'un millier de membres, frais émoulus du Centre national d'études judiciaires (qui deviendra l'École nationale de la magistrature) ou beaucoup moins jeunes, notamment nombre de magistrats résistants. Ses prises de position en faveur d'une justice plus protectrice et plus égalitaire, débarrassée d'une hiérarchie pesante ou d'une organisation archaïque, provoquent de vives réactions. Quelques affaires emblématiques (l'incarcération d'un patron mis en cause pour un accident mortel du travail, le refus d'un substitut de se laisser muter à Hazebrouck...) vont parachever l'avènement de ceux qui seront nommés les « juges rouges » en 1975. Aujourd'hui, le Syndicat de la magistrature a certainement changé. D'aucuns diront même qu'il s'est assagi. Pourtant, de tribunes incisives en dessins mordants, de propositions iconoclastes (la légalisation des drogues ou la suppression – « à terme » – de la prison...) en dénonciations des dysfonctionnements quotidiens de l'institution judiciaire, il reste, refusant tout corporatisme, cet aiguillon si nécessaire à une justice française éternellement en crise. Cet ouvrage retrace ces 50 années de combats pour la justice en France... ou dans le monde. Abondamment illustré de photos syndicales, de dessins et d'affiches, il est ponctué d'interviews de « grands témoins ».