

Barème : les limites du contrôle concret

Par Julien ICARD, Professeur à l'Université Paris-2 Panthéon-Assas

PLAN

- I. L'usage du contrôle *in concreto*
- II. L'intensité du contrôle *in concreto*
- III. Les critères du contrôle *in concreto*

Voilà presque quatre ans que le débat fait rage devant les juridictions prud'homales, débat théorique sur l'office du juge dont la traduction pratique réside dans une réparation étendue – adéquate et/ou intégrale (1) – du préjudice subi par le salarié injustement licencié. La mise en œuvre concrète du barème qui encadre l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail (2) est ainsi régulièrement contestée et écartée devant les juridictions du fond (3) qui s'appuient sur les conventions internationales ratifiées par la France, spécialement la convention n° 158 de l'OIT. En témoigne une nouvelle fois cet arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 mars 2021 (4).

En l'espèce, une salariée née en 1964 est engagée suivant un CDI conclu en septembre 2013. Elle est placée en arrêt de travail entre février et septembre 2017. Son contrat est rompu pour motif économique, suite à l'adhésion, en octobre 2017, au contrat de sécurisation professionnelle. La salariée saisit le conseil de prud'hommes qui juge que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse et déboute la salariée de ses demandes. Sur appel de la salariée, la cour d'appel de Paris décide que le motif économique de licenciement n'est pas établi, la réalité des difficultés économiques invoquées par l'employeur ne pouvant être retenue. Sur le plan indemnitaire, la cour d'appel écarte au regard de la « situation concrète particulière » de la salariée, l'application du barème – qui prévoyait, eu égard à son ancienneté, entre trois et quatre mois de salaire –, et alloue à la salariée l'équivalent de sept mois de salaire.

Si l'arrêt s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle du fond (5) de contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème Macron, sa motivation laconique peut surprendre, voire choquer (6). À ce titre, il illustre la délicate acclimatation en droit social de ce mode particulier de contrôle de conventionnalité (7). Prêtant spécialement le flanc à la critique, l'arrêt risque d'alimenter les deux critiques majeures adressées à ce contrôle. L'arrêt pourrait, en premier lieu, entretenir le flot doctrinal relatif à la « *résurgence des jugements en équité* (8) ». Le risque d'un jugement en équité est souvent souligné par une partie de la doctrine, qu'il s'agisse de la mécanique du contrôle de conventionnalité (9), des conséquences indemnitaires (10) ou des deux (11). Sur le premier, l'argument est parfaitement recevable mais il existe sans doute des moyens de l'encadrer. Le second nous semble moins pertinent, l'opposition à cette équité exprimant alors uniquement la crainte d'une restauration du pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation du préjudice, comme certains le reconnaissent (12).

(1) T. Pasquier, « La diversification des contrôles de conventionnalité des lois en matière de barème d'indemnisation », *RDT*, 2019, p. 683.

(2) C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », *Dr. ouv.*, n° 833, déc. 2017, p. 733.

(3) V. par ex. : CA Chambéry, 27 juin 2019, n° 18/01276 ; CA Reims, 25 sept. 2019, n° 19/00003 ; CA Limoges, 2 nov. 2020, n° 19/00842 ; CA Bourges, 6 nov. 2020, n° 19/00585 : *BJT*, mars 2021, p. 8, note S. Sereno ; CA Caen, 14 janv. 2021, n° 19/02533 ; CA Chambéry, 27 mai 2021, n° 20/00287 : *JSL*, 6 juillet 2021, note Q. Chatelier.

(4) CA Paris, 16 mars 2021, n° 19/08721 : *BJT*, mai 2021, p. 12, note G. Loiseau et F. Sauvage.

(5) V. note 3.

(6) G. Loiseau et F. Sauvage, « Barème d'indemnités : en revenir au droit », préc.

(7) V. déjà en ce sens : S. Sereno, « Contrôle concret de conventionnalité du barème Macron : état des lieux d'une jurisprudence en construction », *BJT*, mars 2021, p. 8.

(8) T. Pasquier, art. préc.

(9) O. Dutheillet De Lamothe, « Les cours d'appel et le contrôle *in concreto* : un grand malentendu », *BJT*, janv. 2020, p. 53.

(10) G. Loiseau et F. Sauvage, « Barème d'indemnités : en revenir au droit », préc. : « Libéré des contraintes de la loi, le juge recouvre alors toute latitude pour se prononcer en équité. » Nous soulignons.

(11) Ch. Radé, « Que le barème nous garde de l'équité des Parlements ! » in « Controverse : prendre l'exigence de réparation adéquate au sérieux ? », *RDT*, 2019, p. 677. V. égal. Q. Chatelier, « Barème Macron : pour un (véritable) contrôle *in concreto* », *JSL*, 6 juillet 2021.

(12) Ch. Radé, « Que le barème nous garde de l'équité des Parlements ! », préc. : « La généralisation du contrôle concret conduirait immanquablement à un éparpillement des décisions de justice, [...] ce qui créerait une insécurité juridique et financière problématique pour les entreprises. Certes, cette insécurité ne serait pas pire qu'avant la réforme de 2017. »

L'arrêt nourrira, en second lieu, les critiques relatives à la fronde judiciaire antidémocratique que le contrôle de conventionnalité illustrerait (13). Cette métempsycose de la critique d'un gouvernement illégitime des juges (14) doit être examinée. Elle peut légitimement prospérer et sans doute spécialement à l'égard de cet arrêt. On s'étonnera cependant qu'elle resurgisse notamment lorsque les juges en viennent à écarter des dispositifs protecteurs des intérêts des entreprises et beaucoup moins lorsque le contrôle de conventionnalité se fait à leur bénéfice. Par ailleurs,

la critique conduit à dénier tout aspect démocratique à la fois au processus d'adoption des conventions internationales et à leur mise en œuvre.

Quoique réservé sur le bien-fondé de ces deux critiques, on ne peut que regretter le prononcé d'un tel arrêt qui les alimente. Au-delà de la désapprobation relative au principe même du contrôle *in concreto*, l'analyse de l'arrêt souligne la nécessité d'un encadrement de ses modalités (15) : son usage d'abord (I), son intensité ensuite (II), ses critères enfin (III).

I. L'usage du contrôle *in concreto*

Quel usage les juges du fond doivent-ils faire du contrôle *in concreto* ? Trois réponses sont possibles. On pourrait soutenir, suivant en cela la position de la deuxième chambre civile, qu'un tel contrôle ne doit pas être mis en œuvre. En effet, « la deuxième chambre civile de la Cour de cassation [...] soumet, s'il y a lieu, les normes de procédure à une vérification de conventionnalité comportant un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, à l'exclusion, toutefois, d'un contrôle *in concreto* qu'elle estime, en principe, incompatible avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques que requièrent les règles de procédure civile (16) ». Cependant, une telle approche se justifierait par la nature procédurale des normes en cause (17). Or, le barème ne met pas réellement en cause des droits procéduraux. Rappelons à ce titre que, dans son avis n° 15012, la formation plénière de la Cour de cassation a estimé qu'« au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans

le champ d'application de l'article 6, § 1 (18) ». En effet, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « l'article 6 de la Convention [...] ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne ».

D'autres font valoir que le contrôle devrait être exceptionnel (19). Il n'est d'ailleurs pas aisé de déterminer si le caractère exceptionnel concerne le contrôle ou l'éviction de la règle légale au titre du contrôle. S'agissant du principe du contrôle, on distingue difficilement ce qui pourrait justifier l'admission ou le refus de la mise en œuvre du contrôle. Aucun critère objectif ne se dégage clairement chez les défenseurs de l'exceptionnel.

Partant, on ne voit pas comment le contrôle *in concreto* pourrait échapper à une mise en œuvre systématique, au moins toutes les fois qu'il est invoqué par les parties sans que puisse être opposé un refus de principe. Il peut – doit ? – d'ailleurs être relevé d'office par le juge (20) dans la mesure où le moyen est de pur droit (21). À ce titre, la cour d'appel de Paris est donc légitime à exercer un contrôle concret.

(13) Q. Chatelier, « Barème Macron : pour un (véritable) contrôle *in concreto* », préc. ; O. Dutheillet De Lamothe, « Les cours d'appel et le contrôle *in concreto* : un grand malentendu », préc. V. en ce sens également quoique plus mesuré : Ch. Radé, « Que le barème nous garde de l'équité des Parlements ! », préc.

(14) Sur laquelle, v. par ex. en droit social : J.-F. Cesaro, « La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ? », *JSP S*, 2015, p. 1288.

(15) V. not. P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTDCiv*, 2016, p. 578.

(16) Cour de cassation, « Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », n°65, déc. 2018.

(17) V. en ce sens : Cour de cassation, « Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité », 2020, p. 17-18.

(18) Cass., form. plén., 17 juil. 2019, avis n° 15012 : *JSP S*, 2019, act. 289, note G. Loiseau ; *SSL*, n° 1871, 26 août 2019, note J. Icard ; *BJT*, sept. 2019, p. 18, note G. Duchange ; *RDT*, 2019, p. 569, note G. Bargain ; *Dr. soc.*, 2019, p. 792, note C. Nivard ; *D.*, 2019, p. 1916, note T. Sachs ; *RDT*, 2019, p. 699, note M. Schmitt.

(19) O. Dutheillet De Lamothe, « Les cours d'appel et le contrôle *in concreto* : un grand malentendu », préc.

(20) *Contra* : CA Reims, 25 sept. 2019, n° 19/00003 : « recherche de proportionnalité doit toutefois avoir été demandée par le salarié ». V. égal. CA Reims, 2 sept. 2020, n° 19/01046. V. implicitement : CA Bourges, 19 juin 2020, n° 19/00066.

(21) Cour de cassation, « Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », n°52, préc.

II. L'intensité du contrôle *in concreto*

La seconde question est bien plus délicate. Elle concerne l'intensité du contrôle de conventionnalité *in concreto*. L'analyse des décisions du fond donne à penser que les juridictions exercent un contrôle d'intensité extrêmement variable (22). Dans l'arrêt du 16 mars 2021, la cour d'appel de Paris estime ainsi que les dommages-intérêts susceptibles d'être alloués dans le cadre du barème « *représent[ent] à peine la moitié du préjudice subi en termes de diminution des ressources financières depuis le licenciement* ». L'âge de la salariée au jour du licenciement et au jour du jugement est ensuite évoqué, sans qu'aucun raisonnement soit esquissé à ce sujet. Dès lors, l'intensité du contrôle de proportionnalité semble assez réduite dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Certains estiment assez durement qu'« *il n'y a pas une once de droit dans sa décision (23)* », tout en considérant qu'« *il faut probablement en inférer que, aux yeux des juges, il aurait résulté de l'application du texte légal une atteinte disproportionnée aux droits de la salariée en lui imposant une restriction démesurée par rapport à l'indemnisation intégrale de son préjudice (24)* ». Tout serait alors dans le non-dit : la simple constatation d'une différence entre le montant du préjudice réellement subi et du préjudice techniquement indemnisable suffirait à « *faire montre d'une appréciation du caractère disproportionné de l'entorse aux droits protégés par le dispositif international (25)* ». En réalité, le contrôle est très peu concret ici : « *ce n'est pas tant l'espèce qui était jugée que l'application générale du barème au regard des faits (26)* ».

En réalité, sur les cinq étapes du contrôle de conventionnalité précisées par la Cour de cassation dans son Mémento (27), la cour d'appel de Paris respecte formellement la première, soit la vérification de « *l'applicabilité du droit invoqué* », implicitement les deuxième et troisième, soit l'existence ou non d'une « *ingérence dans l'exercice du droit* » et la vérification de la base légale de l'ingérence. La quatrième étape, à savoir l'analyse de « *la légitimité du but poursuivi* » par la loi nationale, est ignorée. Mais c'est en réalité la cinquième, le contrôle de proportionnalité, qui est ici bâclée : la cour d'appel ne vérifie pas réellement si les circonstances particulières de la cause permettent de retenir que le plafonnement du barème ne porte

pas une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate du salarié.

D'autres cours d'appel motivent bien plus précisément l'éviction du barème. Ainsi en est-il de la cour d'appel de Montpellier dans l'arrêt du 27 mai 2021 qui écarte l'application du barème pour l'indemnisation d'une salariée qui subit un préjudice bien supérieur à celui indemnisable car elle « *ne peut espérer retrouver un emploi stable et suffisamment rémunérateur compte tenu de son âge, de l'absence de diplômes et de son handicap (28)* ».

De cette juxtaposition résulte en réalité deux méthodes distinctes : un contrôle restreint de la simple inadaptation ou un contrôle étendu de disproportion. La première consiste à déduire l'inconventionnalité de la simple différence entre préjudice indemnisable et préjudice subi, tandis que la seconde consiste à déduire l'inconventionnalité de la disproportion manifeste de l'application du barème à la situation factuelle. La première conduit alors à évincer la norme légale – le barème – toutes les fois que le préjudice indemnisable n'est pas à la hauteur du préjudice subi. Cela consiste à appliquer directement la notion conventionnelle de réparation adéquate, en éludant le contrôle de proportionnalité. L'inadéquation est certes patente mais de l'inadéquation factuelle du barème ne peut immédiatement résulter une réparation adéquate. En d'autres termes, la première méthode revient à escamoter l'analyse de la disproportion qui seule peut justifier, dans le contrôle concret, la mise à l'écart de la norme interne et le rétablissement de la légalité conventionnelle. Là réside sans doute la faille de la motivation de la cour d'appel de Paris qui s'exprime ensuite pleinement dans les critères pour justifier l'éviction du barème.

(22) V. déjà en ce sens : T. Pasquier, art. préc.

(23) G. Loiseau et F. Sauvage, « Barème d'indemnités : en revenir au droit », préc.

(24) *Ibid.*

(25) T. Pasquier, art. préc.

(26) *Ibid.*

(27) Cour de cassation, « Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », n°67 et s, déc. 2018.

(28) CA Montpellier, 27 mai 2021, préc.

III. Les critères du contrôle *in concreto*

La disproportion concrète devrait résulter de deux éléments : d'une part, l'écart notable entre le préjudice subi et le préjudice indemnisable et, d'autre part, les circonstances particulières qui justifient cet écart. Ces dernières peuvent résulter de la situation personnelle du salarié : un âge avancé ou un éventuel handicap rendant particulièrement difficile le fait de retrouver un emploi ; l'absence de diplômes du salarié ; la spécialisation professionnelle dans un secteur d'activité en proie à des difficultés conjoncturelles ou structurelles. Les juges du fond devraient non seulement faire apparaître ces critères dans la motivation – ce qui est le cas dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris – mais également expliquer en quoi ils justifient spécifiquement la mise à l'écart du barème dans la situation de l'espèce – ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Les circonstances pourraient également provenir de la situation de l'employeur. Ainsi, la faute particulièrement importante de l'employeur, non rattachable aux hypothèses dans lesquelles la loi exclut l'application du barème, devrait pouvoir être prise en compte (29). En effet, l'indemnité adéquate remplit, à la fois, une fonction indemnitaire, mais également dissuasive. Il devrait en être de même de l'éventuel surprofit que pourrait avoir retiré l'employeur du fait de l'application du barème lorsque le manquement dont il est à l'origine génère pour lui un gain tel que la sanction est quasiment sans effet. N'est-ce pas précisément le principe du barème pourrait-on rétorquer ? Sans doute, l'idée de faute lucrative (30) est en effet inhérente à la conception (31) du barème (32). Toutefois, toute faute de l'employeur ne sera pas accomplie dans le dessein de la lucrativité, de sorte que le caractère notablement lucratif constituerait un critère d'atteinte disproportionnée au principe de l'indemnité adéquate.

Devraient être en revanche indifférentes, d'un côté, les circonstances de la rupture qui justifient l'allocation

d'un préjudice distinct et hors barème, et, de l'autre, les indemnités légales versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail (33), qu'il s'agisse de l'indemnité de préavis ou de licenciement, indemnités sans lien avec le préjudice né de la rupture (34). La question est sans doute plus controversée pour les indemnités de licenciement – à l'exclusion de l'indemnité de préavis – supra-légales dans la mesure où l'article L. 1235-3 du Code du travail prévoyant pour le barème que « pour déterminer le montant de l'indemnité [de licenciement sans cause réelle et sérieuse], le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9 ». Une telle disposition est-elle pour autant applicable dans la mise en œuvre du contrôle *in concreto* ? Rien n'est moins sûr. En outre, ce rapprochement entre les indemnités de rupture et celles versées pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse induit l'idée d'une convergence de finalités de ces différentes indemnités, ce qui n'est absolument pas le cas.

Conclusion : réhabiliter le contrôle *in abstracto*

Même correctement pratiquement, le contrôle *in concreto* n'est en rien une panacée, ce qui nous conduit à défendre à nouveau (35) le contrôle *in abstracto*. C'est pourtant le grand absent des décisions du fond et de celle de la cour d'appel de Paris en particulier. Suite aux avis du 17 juillet 2019, la plupart des juridictions du fond ont en effet soit délaissé le contrôle dit « abstrait » soit estimé que cette forme de contrôle était désormais fermée (36). Pourtant, contrairement à ce qui est parfois soutenu (37), la question du contrôle *in abstracto* non seulement n'est absolument pas réglée mais mérite une approche réelle et sérieuse (38). Les avis du 17 juillet 2019 font à ce titre fonction de double « occasion manquée (39) »

(29) V. en ce sens : CA Montpellier, 27 mai 2021, préc.

(30) C. Fortin, « La faute lucrative de l'employeur en droit du travail », mémoire Université Paris-2, 2021.

(31) L'employeur peut d'ailleurs se rendre sur le site du service public pour simuler le coût des dommages-intérêts dus en cas de licenciement abusif.

(32) P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », *SSL*, n° 1877, 7 oct. 2019 ; N. Fournier de Crouy, « Les différents usages du barème d'indemnisation : retour sur l'article L. 1235-3 du Code du travail », *RDT*, 2019, p. 29.

(33) *Contra* : CA Chambéry, 14 nov. 2019, n° 18/02184.

(34) V. not. J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JSP S*, 2014, p. 393.

(35) J. Icard, « Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation », *BJT*, janv. 2020, p. 57.

(36) CA Nancy, 11 juin 2020, n° 19/01011 ; CA Angers, 29 oct. 2020, n° 18/00521 ; CA Angers, 6 mai 2021, n° 18/00809 ; CA Limoges, 2 nov. 2020, n° 19/00842 ; CA Paris, 9 sept. 2020, n° 19/03405.

(37) Q. Chatelier, art. préc.

(38) V. en ce sens : J. Icard, « Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation », préc. V. égal. : M. Schmitt, « Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité », *RDT*, 2019, p. 699.

(39) M. Schmitt, « Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité », préc.

qu'il s'agisse de l'article 24 de la Charte sociale ou de l'article 10 de la convention 158 de l'OIT. Pour n'évoquer en quelques mots que le premier des deux textes, *i.e.* celui qui est désormais boudé par les juridictions du fond, il est désormais évident qu'il fait obstacle à tout dispositif de plafonnement. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a d'ores et déjà estimé, dans deux décisions (40), que le principe du plafonnement ou du barème est considéré comme contraire à la Charte, indépendamment du montant des plafonds. Dès lors, on voit mal comment la France pourrait échapper à l'invalidation du barème par le CEDS (41), ce d'autant plus que ce dernier a intégré « l'élément "temps" dans l'appréciation du caractère adéquat de l'indemnisation du préjudice souffert par le salarié en cas de licenciement injustifié (42) », ce qui ne risque pas d'être très favorable à la France (43). Par conséquent, et même si les décisions se font attendre au-delà du délai moyen, signe que le Comité est conscient de la portée symbolique et politique d'une telle décision, le prononcé d'une décision de contrariété n'est désormais qu'une question de temps. L'unique interrogation réside dans la chronologie des décisions à venir, celle du CEDS et celle de la chambre sociale de la Cour de cassation. Si la décision du CEDS devait intervenir avant celle de la chambre sociale, comment penser un seul instant qu'elle pourrait rester lettre morte ? Certes, la formation plénière a écarté tout effet direct horizontal à l'article 24 de la Charte et, partant, entendu neutraliser par avance toute décision du CEDS (44), l'interprétation du texte par le CEDS devant logiquement jouir d'une autorité similaire à celle reconnue pour les normes de l'OIT aux comités d'experts (45). Pour autant, il a déjà été démontré que le raisonnement de la formation plénière était indigent, inexact et peu

satisfaisant (46). On ne voit pas comment la chambre sociale pourrait reprendre à son compte un tel raisonnement. Rappelons d'ailleurs pour mémoire que la décision de 2010 (47) sur le forfait en jours, directement à l'origine des évolutions jurisprudentielles majeures initiées à partir du 29 juin 2011 (48), se fondait notamment sur l'article 2 de la Charte dont la formulation est exactement identique à celle de l'article 24, à savoir « *en vue de [...] les Parties s'engagent à* ». Partant, se fonder sur la lettre de l'article 24 pour écarter son effet ou son applicabilité directe est non seulement absurde mais également mesquin. Si, inversement, la décision de la chambre sociale devait être rendue avant celle du CEDS, elle ne pourrait ignorer ni les décisions précédemment mentionnées ni les potentielles décisions à venir, sauf à entériner le raisonnement spécieux de la formation plénière conduisant implicitement à reproduire, à propos de l'article 24, la déplorable distinction applicable dans le droit des directives européennes, entre salariés du secteur public (49) et salariés du secteur privé. Un sursaut de la chambre sociale de la Cour de cassation est encore possible, il est non seulement indispensable (50) mais souhaitable afin de restaurer un pouvoir général d'appréciation des juges du fond mis à mal par le barème et inégalement restauré par le contrôle *in concreto*.

Julien Icard

(40) CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c. Finlande* : *Dr. soc.*, 2017, p. 785, note J. Mouly ; *RDT*, 2017, p. 726, note C. Percher ; CEDS, 11 septembre 2019, n° 158/2017, *CGIL c. Italie* : *Dr. soc.*, 2020, p. 533, note J. Mouly ; *SSL*, n° 1900, 23 mars 2020, note K. Chatzilaou ; *SSL*, n° 1933, 14 déc. 2020, note L. Driguez.

(41) Réclamations n° 160/2018, Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) c. France et n° 171/2018, Confédération générale du travail (CGT) c. France.

(42) J. Mouly, « Une nouvelle condamnation du plafonnement des indemnités prud'homales par le CEDS », *Dr. soc.*, 2020, p. 533.

(43) V. par ex. « Rapport d'information du Sénat sur la justice prud'homale », 10 juillet 2019, p. 37-38.

(44) V. déjà notre note : « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », *SSL*, n° 1871, 26 août 2019. V. égal. en ce sens : M. Schmitt, « Les avis d'assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité », *préc.*, n° 15.

(45) V. déjà en ce sens : J. Icard, « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », *préc.* V. égal. : J. Mouly, « Une nouvelle condamnation du plafonnement des indemnités prud'homales par le CEDS », *préc.*

(46) J. Icard, « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », *préc.* ; J. Mouly, « Une nouvelle condamnation du plafonnement des indemnités prud'homales par le CEDS », *préc.* ; T. Sachs, « La conventionnalité du plafonnement des indemnités de licenciement injustifié : des avis peu convaincants », *D.*, 2019, p. 1916.

(47) CEDS, 23 juin 2010, *CGT c./ France*, n° 55/2009.

(48) Cour de cassation, *Mensuel du droit du travail*, n° 35, septembre 2012 : « Les solutions retenues par la chambre sociale dans ces différentes affaires sont **inspirées en grande partie** par les décisions du Comité européen des droits sociaux (CEDS) interprétant la Charte sociale européenne. » Nous soulignons.

(49) Rappelons que le Conseil d'État admet l'applicabilité directe de l'article 24 de la Charte (CE, 10 févr. 2014, n° 358992 : *Dr. soc.*, 2014, p. 474, obs. J. Mouly ; *RLDF*, 2016, chron. 22, note C. Nivard).

(50) J. Icard, « Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation », *préc.*

COUR D’APPEL DE PARIS (Pôle 6, chambre 11) 16 mars 2021 (n° RG 19/08721)

Mme X... contre Société Y...

EXPOSÉ DU LITIGE

Mme X..., née en 1964, a été engagée en qualité de coordinatrice, statut cadre, par contrat de travail à durée indéterminée à compter du 2 septembre 2013 par Société Y..., ci-après dénommée, qui exploite un centre XXX.

La Société Y... employait à la date du litige 17 salariés.

En dernier lieu, la rémunération mensuelle brute de Mme X... s'élevait à la somme de 3 900 euros, payée sur 13 mois, à laquelle s'ajoutait une « prime de juin » égale à 0,55 mois du salaire brut (2 145 euros en juin 2017).

Mme X... a été placée en arrêt de travail du 23 février au 30 septembre 2017.

Par lettre datée du 12 septembre 2017, Mme X... a été convoquée à un entretien préalable à un licenciement pour motif économique fixé au 22 septembre 2017.

Mme X... a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle le 4 octobre 2017.

Par lettre datée du 6 octobre 2017, la Société Y... lui a notifié la rupture d'un commun accord de son contrat de travail pour motif économique à effet au 13 octobre 2017 en ces termes :

« [...]»

Notre chiffre d'affaires est en baisse constante depuis 2015.

Il était de 1 370 110 € en 2015, et de 1 121 462 € en 2016.

Concernant l'année 2017, le chiffre d'affaires prévisionnel n'est que de 1 050 000 €

De plus, nous ne sommes absolument pas certains de réaliser ce chiffre d'affaires prévisionnel pourtant estimé à la baisse par rapport à l'année 2016.

En effet, le chiffre d'affaires réalisé à la fin du mois d'août 2017 n'était que 623 549,19 €, soit un retard de 10,91 % sur notre prévisionnel.

Cette baisse significative de notre chiffre d'affaires surplus de deux trimestres consécutifs constitue des difficultés économiques qui nous conduisent à supprimer votre emploi.

Dans le cadre de cette procédure, nous vous avons proposé le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle. Vous avez accepté d'adhérer à ce contrat dans le délai de vingt et un jour qui vous était imparti.

De ce fait, votre contrat de travail est rompu d'un commun accord à compter du 13 octobre 2017.

[...]».

Contestant la légitimité de son licenciement et réclamant diverses indemnités, Mme X... a saisi le 9 janvier 2018 le conseil de prud'hommes de Bobigny qui, par jugement rendu le 18 juillet 2019, auquel la cour se réfère pour l'exposé de la procédure antérieure et des prétentions initiales des parties, a :

- dit que le licenciement de Mme X... reposait sur une cause réelle et sérieuse ;
- débouté Mme X... de l'ensemble de ses demandes ;
- débouté la Société Y... de sa demande reconventionnelle au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné Mme X... aux dépens.

Par déclaration du 31 juillet 2019, Mme X... a interjeté appel de cette décision, notifiée par lettre du greffe adressée aux parties le 22 juillet 2019.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 24 septembre 2019, Mme X... demande à la cour d'infirmier le jugement rendu en ce qu'il l'a déboutée de l'intégralité de ses demandes et, statuant à nouveau, de :

- juger que son licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;
- condamner la Société Y... à lui payer les indemnités suivantes :

- * 3 636 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- * 4 404 euros à titre de dommages-intérêts pour non-respect de l'obligation de reclassement,
- * 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

En tout état de cause,

- condamner la Société Y... à lui payer la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;
- assortir l'intégralité de ces condamnations des intérêts au taux légal à compter de la date de saisine du conseil de prud'hommes de Bobigny.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 20 décembre 2019, la Société Y... demande à la cour de confirmer le jugement déferé en toute ses dispositions et de condamner Mme X... à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 16 décembre 2020 et l'affaire a été fixée à l'audience du 28 janvier 2021.

Pour un plus ample exposé des faits, des prétentions et des moyens des parties, la cour se réfère à leurs conclusions écrites conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la rupture du contrat de travail pour motif économique

Mme X... demande à la cour de dire que son licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Elle soutient que :

– la Société Y... démontre pas le caractère réel et sérieux des difficultés économiques invoquées, notamment une baisse significative de son activité sur les deux trimestres précédant l'engagement de la procédure de licenciement soit entre mars et août 2017 ;

– contrairement à ce qui est affirmé, la Société Y..., maison mère du groupe dont fait partie la Société Y..., avait une situation économique et financière très positive ;

– le lien de causalité entre les difficultés économiques et la suppression de son poste n'est pas établi alors même que son absence de longue durée a contribué à l'aggravation de la baisse du chiffre d'affaires et que son retour aurait permis un redressement de l'activité.

La Société Y... fait valoir que :

– le groupe XXX n'est pas un groupe au sens du droit du travail (structures mutualistes) ;

– la permutation de toute ou partie du personnel n'est pas possible ;

– la tendance à la baisse du chiffre d'affaires s'est confirmée en 2017, la perte significative rendant les difficultés économiques réelles, sérieuses et persistantes ;

– la Société Y... accuse également des pertes et une baisse de chiffre d'affaires, ce que corroborent ses bilans versés aux débats ;

– l'absence de Mme X... a permis de constater la possibilité de faire fonctionner le centre sans coordinatrice et il a donc été décidé de supprimer ce poste devenu une charge trop lourde.

Selon l'article L. 1233-3 du code du travail, dans sa version applicable au litige, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° À des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

– un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;

– deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;

– trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;

– quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus.

2° À des mutations technologiques.

3° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

4° À la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Contrairement à ce que soutient Mme X..., la liste légale des causes économiques n'est pas exhaustive, en sorte que l'absence de justificatif d'une baisse du chiffre d'affaires dans les deux trimestres précédant l'engagement de la procédure de licenciement n'interdit pas à l'employeur de se prévaloir néanmoins de difficultés économiques.

En revanche, nonobstant les dénégations de l'intimée, il ressort expressément du rapport de gestion du groupe Y... (pièce 17 salariée) que, depuis 1993, a été constitué un groupe économique entre la XXX, la Société Y... étant chargée d'établir les comptes combinés du groupe XXX comportant également une société civile immobilière (SCI XXX). L'intimée ne produit pas ces comptes consolidés.

Or, il ressort du compte au 31 décembre 2016 versé aux débats par Mme X... (pièce 18) que malgré la perte enregistrée par la Société Y..., le groupe réalisait un bénéfice de 11 127 euros et qu'en 2017, le résultat était en amélioration de 8 % (pièce 19).

Ainsi, en l'état des pièces produites, la réalité des difficultés économiques alléguées ne peut être retenue.

Mme X... fait également valoir au visa de l'article L. 1233-4 du code du travail dans sa rédaction applicable à la date d'engagement de la procédure de licenciement que l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement au sein du groupe, soulignant notamment que quatre postes de gestionnaires de santé ont été pourvus au sein de la Société Y... dans les 6 mois ayant précédé et suivi son licenciement, postes qu'elle était apte à occuper.

La Société Y..., contestant l'existence d'un groupe, fait valoir qu'elle n'était pas en mesure de lui offrir un poste de reclassement et qu'en outre, Mme X... ne souhaitait pas travailler à nouveau dans l'entreprise puisqu'elle n'a pas entendu bénéficier de la priorité de réembauchage.

Le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été effectués et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi de même catégorie ou équivalent, ou même, avec l'accord du salarié, d'une catégorie inférieure, ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe dont elle fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Il ressort de l'examen de l'extrait du livre du personnel versé aux débats que la Société Y... a effectivement recruté 4 gestionnaires de santé le 13 février 2017, le 1^{er} septembre 2017 puis le 2 janvier 2018 et le 8 avril 2018.

Il ne saurait être soutenu l'absence de permutabilité du personnel avec la Société Y..., société mère du groupe XXX qui, tout comme la Société Y... est un organisme mutualiste.

Or, la Société Y... ne justifie d'aucune recherche de reclassement au sein de la Société Y..., ni n'explique que les postes de gestionnaire santé pourvus au sein de cette structure dans un temps proche du licenciement de Mme X... ne lui aient pas été proposés, l'obligation de reclassement étant distincte de celle résultant de la priorité de réembauchage.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il sera considéré que le licenciement de Mme X... est dépourvu de cause réelle et sérieuse, le jugement déferé étant infirmé.

Sur les demandes pécuniaires de Mme X...

Mme X..., se référant à un salaire moyen de 4 404 euros, demande à la cour d'écarter l'application du barème d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail, comme contraire à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et à l'article 24 de la Charte sociale européenne et sollicite la somme de 39 636 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse soit 9 mois de salaire.

Elle invoque le préjudice financier et moral qu'elle a subi après 4 ans d'un parcours professionnel irréprochable et expose qu'elle est toujours sans emploi.

La XXX rappelle les termes de l'avis émis par la Cour de cassation le 17 juillet 2018 et souligne que, compte tenu de son arrêt de travail pour maladie, Mme X... avait moins de 4 ans d'ancienneté à la date de son licenciement et ne peut donc prétendre à plus de 4 mois de salaire brut, ajoutant que dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle auquel elle a adhéré, Mme X... a bénéficié d'une prise en charge quasi identique de ses salaires pendant un an.

Selon l'article 10 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation

internationale du travail, qui est d'application directe en droit interne :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention 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. »

Le terme « adéquat » doit être compris comme réservant aux États parties une marge d'appréciation.

Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, dont les dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux.

Mme X... qui produit les diverses candidatures qu'elle a présentées en vue de retrouver un emploi, a été prise en charge par Pôle emploi jusqu'au 17 octobre 2018 au titre de l'allocation de sécurisation professionnelle, soit environ 3 300 euros brut par mois, puis à compter du 17 octobre 2018, au titre de l'allocation de retour à l'emploi, soit environ 2 510 euros brut, sa situation de demandeur d'emploi étant justifiée jusqu'au mois d'août 2019.

Ainsi, la perte de revenus subie entre le licenciement et jusqu'en août 2019, s'élève en moyenne à près de 1 500 par mois et, sur la période considérée à plus de 32 000 euros.

Compte tenu de son arrêt de travail pour maladie, Mme X... avait à la date du licenciement une ancienneté inférieure à 4 ans.

Eu égard à cette ancienneté et à la taille de l'entreprise, l'article L. 1235-3 du code du travail fixe l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à une somme comprise entre 3 et 4 mois de salaire, soit sur la base d'un salaire moyen de 4 403,75 euros brut, une indemnité oscillant entre 13 211,25 et 17 615 euros.

Cette somme représente à peine la moitié du préjudice subi en termes de diminution des ressources financières depuis le licenciement.

Compte tenu de la situation concrète et particulière de Mme X..., âgée de 53 ans à la date de la rupture et de 56 ans à ce jour, le montant prévu par l'article L. 1235-3 ne permet pas une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi, compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

En conséquence, il y a lieu d'écarter l'application du barème résultant de l'article L. 1235-3 du code du travail.

Compte tenu notamment de l'effectif de l'entreprise, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à Mme X... , de son âge, de son ancienneté, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle et des conséquences du licenciement à son égard, tels qu'ils résultent des pièces et des explications fournies, la cour est en mesure de lui allouer la somme de 32 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En application des dispositions de l'article L. 1235A du code du travail, il sera ordonné le remboursement par l'employeur à Pôle emploi des indemnités de chômage versées à la salariée depuis son licenciement dans la limite de 6 mois d'indemnités.

Mme X... sollicite également la somme de 4404 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'obligation de reclassement.

Dans la mesure où elle ne justifie pas d'un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, elle sera déboutée de sa demande à ce titre.

Sur les autres demandes

Il n'y a pas lieu de déroger aux dispositions des articles 1153 et 1153-1 du code civil, recodifiés sous les articles 1231-6 et 1231-7 du même code

par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, en application desquelles les créances indemnitaires produisent intérêts au taux légal à compter du prononcé de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant.

La Société Y..., partie perdante à l'instance, sera condamnée aux dépens ainsi qu'à la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

INFIRME le jugement déferé,

Statuant à nouveau,

CONDAMNE la Société Y... à payer à Mme X... les sommes suivantes :

– 32 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

– 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

RAPPELLE que les créances indemnitaires portent intérêts au taux légal à compter de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant,

ORDONNE le remboursement par la Société Y... à Pôle emploi des indemnités de chômage versées à Mme X... depuis son licenciement dans la limite de 6 mois d'indemnités,

DÉBOUTE les parties du surplus de leurs prétentions,

CONDAMNE la Société Y... aux dépens.