



Argumentaire pour lutter contre le barème « Macron »

Chères et Chers Camarades,

Depuis leur entrée en vigueur, les barèmes Macron sont au cœur de l'actualité judiciaire, grâce notamment à la résistance des conseils de prud'hommes et des cours d'appel qui continuent d'écarter leur application, malgré l'avis de la Cour de cassation (*voir Droit en Liberté précédents*).

Le pôle DLAJ confédéral vous avait déjà fait parvenir l'argumentaire élaboré par le SAF (syndicat des avocats de France) pour combattre les barèmes, ainsi qu'une version simplifiée de cet argumentaire, de manière à le rendre plus accessible aux non-professionnels du droit.

Vous trouverez ci-joint l'argumentaire simplifié mis à jour, pour tenir comptes des dernières décisions relatives aux barèmes Macron. Il est en effet primordial de continuer à résister et que nos défenseurs continuent de plaider l'inconventionnalité des barèmes pour que les conseils de prud'hommes et les cours d'appel puissent continuer de les écarter.

Nous vous enverrons également la nouvelle version de l'argumentaire détaillé du SAF dès qu'il sera mis à jour.

Pour aller plus loin sur ces questions, nous vous invitons à suivre le module de formation sur la barémisation qui a également été mis à jour et sera très rapidement disponible.

Fraternellement,

Hélène Viart
Conseillère Confédérale – Pôle DLAJ

ARGUMENTAIRE POUR LUTTER CONTRE LE BARÈME « MACRON » (Mise à jour au 06/11/2019)

Le SAF (syndicat des avocats de France) a rédigé, dès la parution des ordonnances « Macron » plafonnant les indemnités pour licenciement injustifié, un argumentaire visant à présenter aux juges les raisonnements permettant d'écarter ce barème.

Le texte ci-dessous est largement inspiré de ce texte, nous avons simplement voulu le présenter de manière à le rendre plus accessible aux non-professionnels du droit. Cet argumentaire simplifié est donc fait pour servir à l'oral il devra être complété à l'écrit par l'argumentaire du SAF.

I. Sur l'inconventionnalité des barèmes prévus à l'article L. 1235-3 du Code du travail

1. Rappel des dispositions applicables

- a. L'atteinte au droit pour les salariés licenciés sans motifs à une réparation adéquate de leur préjudice**
 - L'exigence d'indemnisation adéquate et dissuasive posée par les conventions internationales**

L'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989 prévoit que :

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

L'article 24 de la Charte Sociale Européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, a repris ce même principe :

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

Le Comité européen des droits sociaux (CEDS), organe en charge de l'interprétation de la Charte, s'est prononcé sur le sens devant être donné à « l'indemnité adéquate » afin d'en garantir l'effectivité.

Dans sa décision du 8 septembre 2016 « Finish Society of Social Rights c. Finlande » (n°106/2014, § 45), il énonce que :

« les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :

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

À cette occasion, le CEDS a jugé que la loi finlandaise, qui se bornait à fixer un plancher de 3 mois et un plafond de 24 mois, était contraire à l'article 24 de la Charte, considérant que :

« dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut **ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis**. (...) Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi ».

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

▪ **L'applicabilité directe de ces textes devant le Conseil de prud'hommes**

L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que :

« Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...] ».

Si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution (contrôle de constitutionnalité), le contrôle de la conformité des lois par rapport aux conventions internationales (contrôle de conventionnalité) appartient en revanche aux juridictions ordinaires (Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Favre, n°73-13556 ; Conseil d'Etat, AP, 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243).

Ce contrôle peut donc conduire un juge, et donc un conseil de prud'hommes, à écarter la loi française contraire pour faire prévaloir la convention internationale dans la résolution du litige. Tel a été le cas, par exemple, à l'égard du CNE jugé contraire à la Convention 158 de l'OIT par le CPH de Longjumeau (28 avril 2006, n°06/00316 ; CA Paris, 18ème E, 6 juillet 2007, n°S06/06992).

Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que la Convention OIT n°158, et notamment son article 10, sont directement applicables par le juge français, et a même souligné « *la nécessité de garantir qu'il soit donné pleinement effet aux dispositions de la convention* » (Cass. soc., 1er juillet 2008, n°07-44124).

Même si la Cour de Cassation n'a pas encore eu l'occasion de rendre un arrêt reconnaissant un effet direct à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, il est indéniable que ce texte bénéficie des mêmes effets directs contraignants étant donné que :

- Elle est rédigée dans les mêmes termes que l'article 10 de la Convention OIT n°158 dont l'effet direct a été reconnu.
- L'applicabilité directe d'autres articles de la Charte rédigés avec la formulation (articles 5 et 6) a déjà été reconnue par le Cour de cassation (Cass. soc., 14 mai 2010, n°09-60426 ; Cass. soc., 9 nov. 2010, n°09-42064 ; Cass. soc., 15 novembre 2017, n°16-24884).
- Le Conseil d'Etat a déjà expressément jugé que l'article 24 est directement invocable devant le juge français puisque « *ses stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats (...) ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » (CE 10 février 2014, n°358992).

La Cour d'appel de Reims a d'ailleurs reconnu l'effet direct de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne dans un arrêt du 25 septembre 2019 (n°19/00003).

Le Conseil de prud'hommes (ou la Cour d'appel) peut donc parfaitement décider d'écarter le plafonnement des indemnités prévu par l'article L.1235-3 du Code du travail, s'il l'estime inconvictionnel, que ce soit au regard de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ou au regard de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne.

- **La contrariété des barèmes aux exigences posées par les conventions internationales et ses conséquences**

Le barème prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail fixe une indemnisation dépendant uniquement de l'ancienneté du salarié et plafonnée à 20 mois de salaire.

Cette disposition ne respecte pas les exigences posées par les conventions internationales, à savoir l'octroi d'une indemnisation adéquate et dissuasive :

- Le CEDS a déjà sanctionné le barème mis en place en Finlande, alors qu'il était plafonné à 24 mois. A fortiori, un plafonnement limité à 20 mois sera également contraire à la Charte. La Cour Constitutionnelle Italienne a également censuré la loi italienne, alors que dans ce pays, le barème est nettement plus élevé qu'en France, indemnisant le salarié entre 6 et 36 mois de salaire, notamment au visa de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne.
- Il est flagrant qu'il ne permet pas au juge de tenir compte de l'ensemble des éléments de situation du salarié qui alimentent ses préjudices financiers, professionnels et moraux, en particulier à l'égard des anciennetés les plus faibles pour lesquelles les juges n'ont presque pas de marche d'appréciation : âge, situation de handicap, situation de famille, difficultés particulières dans la recherche d'emploi (éloignement géographique, spécialité rare etc.).
- Il est également flagrant que ces barèmes ne constituent pas des sanctions dissuasives, puisqu'ils ont précisément pour objet de permettre aux entreprises de budgétiser le coût d'un licenciement.

Il ne fait donc absolument aucun doute que le barème prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail est contraire à l'article 10 de la Convention OIT n°158 et à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne.

C'est pour ces raisons que de nombreux Conseils des prud'hommes ont déjà reconnu l'inconventionnalité des plafonds et en ont écarté l'application :

- Le Conseil prud'hommes de Troyes dans 5 jugements du 13 décembre 2018, un jugement du 30 avril 2019 et un autre du 29 juillet 2019 ;
- Le Conseil prud'hommes d'Amiens, le 19 décembre 2018, et le 24 janvier 2019 ;
- Le Conseil prud'hommes de Lyon, via 3 sections différentes : Activités Diverses, le 21 décembre 2018 ; Commerce le 7 janvier 2019, et Industrie le 22 janvier 2019 ;
- Le Conseil prud'hommes d'Angers le 17 janvier 2019 ;
- Le Conseil prud'hommes de Grenoble le 18 janvier 2019 et en départage le 22 juillet 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes d'Agen en départage le 5 février 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Créteil le 14 février 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Dijon le 19 mars 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Bordeaux le 9 avril 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Rennes le 15 avril 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Montauban le 3 juin 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Nevers le 26 juillet 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes du Havre le 10 septembre 2019 ;
- Le Conseil de prud'hommes de Limoges par 4 jugements du 1^{er} octobre 2019.

****À METTRE À JOUR À CHAQUE NOUVELLE DÉCISION****

Deux Cours d'appel (Reims et Paris) ont également jugé qu'il est possible pour un juge d'écarter les barèmes s'ils ne permettent pas une réparation adéquate du préjudice du salarié en fonction de sa situation concrète. Un contrôle de conventionnalité *in concreto* peut donc conduire à écarter les barèmes (CA Reims, 25 octobre 2019, n°19/00003 ; CA Paris, 18 septembre 2019, n°17/06676).

Il est donc demandé au Conseil (ou à la Cour) de constater à son tour que le barème fixé à l'article L. 1235-3 du Code du travail est contraire à l'article 10 de la Convention OIT n°158 et à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne et, par conséquent, d'écarter son application.

b. L'atteinte au droit à l'accès au juge et à un procès équitable

La Convention OIT n°158 garantit que le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le juge « à ordonner le versement d'une indemnité adéquate » à défaut de réintégration possible (article 10).

Par ailleurs, le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH), suppose nécessairement le droit d'accès à un juge, c'est-à-dire le droit d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits.

Ce droit d'accès à la justice n'a d'intérêt que s'il est réellement effectif, et pas seulement théorique, ce qui suppose que le tribunal compétent ait une plénitude de juridiction pour traiter la demande dont il est saisi.

La CEDH a donc jugé que le droit à un procès équitable imposait que les juges puissent exercer un contrôle complet de légalité.

Dès lors que le contrôle du juge est limité, le droit au procès équitable n'est plus garanti (voir notamment Marie-Laure Morin, Droit Ouvrier oct. 2017 p. 596-597).

Or, avec l'instauration des barèmes d'indemnisation, le droit à l'accès au juge et à un procès équitable est atteint à deux égards :

- La mise en place d'un plafonnement décourage les salariés d'agir en justice pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoire.
- Les juges voient leur pouvoir d'appréciation des préjudices – pourtant reconnu souverain – verrouillé par le plafond, et parfois enserré dans un étau si réduit que leur office est quasiment inexistant. Par exemple : la marge de manœuvre des juges est de 0,5 mois de salaire pour les salariés comptant 2 ans d'ancienneté (plancher à 3 mois et plafond à 3,5 mois de salaire).

Les salariés n'ont ainsi plus accès à un juge de pleine juridiction, le mécanisme des plafonds constitue donc une violation manifeste du droit à l'accès au juge et à un procès équitable.

Pour cette autre raison, il est donc demandé au Conseil (ou à la Cour) de retrouver son plein office et d'écarter l'application du barème prévu à l'article L. 1235-3 du Code du travail.

2. En l'espèce

****INDIQUER COMBIEN LE SALARIÉ AURAIT EU AVEC LES BARÈMES****

****DÉVELOPPER SES PRÉJUDICES POUR DÉMONTRER QUE LES BARÈMES SONT INSUFFISANTS****

Il est donc demandé au Conseil (ou à la Cour) de constater que le barème fixé à l'article L. 1235-3 du Code du travail est contraire aux articles 4 et 10 de la Convention OIT n°158, à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne et à l'article 6§1 de la CEDH et, par conséquent, d'écarter son application.

A tout le moins, le Conseil (ou la Cour) ne pourra que constater, dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, que l'application du barème ne permet pas une réparation adéquate du préjudice subi par le salarié, et ne pourra donc qu'écarter son application.

En conséquence, il est demandé au Conseil (ou à la Cour) de condamner la société X à verser à M. X la somme de X euros, correspondant à X mois de salaire.

DANS LE DISPOSITIF DES ÉCRITURES :

Il est demandé au Conseil (ou à la Cour d'appel) de :

- **Juger** que le licenciement notifié à M. X est dépourvu de cause réelle et sérieuse,
- **Juger** que doit être écarté le plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail en raison de son inconventionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, les articles 4 et 10 de la Convention OIT n°158, ainsi que l'article 6§1 de la CEDH.

En conséquence

- **Condamner** la société X à verser à M. X la somme de ... euros, correspondant à X mois de salaire, en réparation de l'ensemble des préjudices professionnels, financiers et moraux subis dans le cadre de son licenciement.