



**RAPPORT DE Mme MAITRAL,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 10096 du 21 janvier 2026 (F) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-21.141

Décision attaquée : 17 octobre 2024 de la cour d'appel de Grenoble

la société Les Carrières du Bugey

C/

M. [G] [I]

INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

Le présent rapport est commun aux pourvois connexes n° A 24-21.141 et B 24-21.142 qui développent un moyen rédigé en des termes similaires.

A titre liminaire, il y a lieu de préciser que, si la chambre prononçait une cassation des arrêts mixtes rendus par la cour d'appel de Grenoble le 18 janvier 2024, attaqués par deux précédents pourvois de l'employeur n° A 24-12.516 et B 24-12.517, nonobstant la proposition de rejet non spécialement motivé émise par le rapporteur les concernant, cette cassation entraînerait la cassation, par voie de conséquence, des arrêts rendus par la même cour d'appel le 17 octobre 2024, critiqués par les présents pourvois, qui en sont la suite. Les pourvois n° A 24-21.141 et B 24-21.142 deviendraient alors sans objet.

Toutefois, dans le cas où la chambre entendrait rejeter les pourvois A 24-12.516 et B 24-12.517, le présent rapport formule une proposition de rejet non spécialement motivé du moyen du pourvoi n° A 24-21.141 et de la troisième branche du moyen du pourvoi n° B 24-21.141.

Il avise enfin les parties, en application des dispositions de l'article 1015 du code de procédure civile, que, si la chambre entendait prononcer la cassation de l'arrêt dans le pourvoi n° B 24-21.142 sur les deux premières branches du moyen, il pourrait être envisagé que cette cassation intervienne sans renvoi, la Cour de cassation pouvant envisager de statuer au fond en fixant l'indemnité pour licenciement privé d'effet, en application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, au regard de l'ancienneté de 22 années présentée par la salariée et de son salaire mensuel brut d'un montant de 3 492 euros.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [I] et Mme [R] ont respectivement été engagés en qualité de chef de secteur exploitation le 1^{er} septembre 2005 et de secrétaire comptable le 5 mai 1997 par la société Euro marbles.

Le 31 juillet 2019, la société Euro marbles a été cédée à la société Les carrières du Bugey.

Licenciés pour motif économique par la société Euro marbles le 30 septembre 2019, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre de l'exécution et de la rupture de leurs contrats de travail.

Par jugements du 30 novembre 2021, le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu a dit que les licenciements étaient fondés sur une cause réelle et sérieuse, débouté les salariés de l'intégralité de leurs demandes de ce chef, condamné la société Les carrières du Bugey à leur payer certaines sommes au titre de leur repos compensateur et les a déboutés de leur demande de dommages-intérêts au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail.

Par arrêts du 18 janvier 2024, la cour d'appel de Grenoble a infirmé les jugements en toutes leurs dispositions, sauf en ce qu'ils ont condamné la société Les carrières du Bugey à payer aux salariés certaines sommes au titre du repos compensateur obligatoire et des congés payés afférents. Statuant à nouveau, elle a rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription soulevée par la société Les carrières du Bugey, condamné celle-ci à payer aux salariés certaines sommes à titre de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, dit que les licenciements notifiés le 30 septembre 2019 par la société Euro marbles sont privés d'effet et ordonné la réouverture des débats pour recueillir les observations des parties sur l'indemnisation de ces licenciements au regard du droit de l'Union européenne.

Ces arrêts ont fait l'objet de pourvois n° A 24-12516 et B 24-12.517, pour lesquels a été émise une proposition de rejet non spécialement motivé, non encore examinée par la formation de jugement.

Par arrêts du 17 octobre 2024, la cour d'appel de Grenoble a condamné la société Les carrières du Bugey à payer M. [I] la somme de 40 483 euros et à Mme [R] la somme de 59 364 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement privé d'effet, outre les intérêts au taux légal à compter de leur prononcé, et débouté les salariés du surplus de leurs demandes à ce titre.

Ce sont les décisions attaquées par les **pourvois de l'employeur formés le 6 novembre 2024.**

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvois	N° A2421141 et B2421142 Du 6 novembre 2024 ☐ Aide juridictionnelle : aucune demande d'aide juridictionnelle ☐ Désistement partiel : pas de désistement
Mémoires ampliatifs	Déposés le 19 février 2025 (article 700 CPC : 3 000 euros à la charge de chacun des salariés). ☒ Signification à une partie non constituée : aucune partie non constituée.
Mémoires en défense et en demande question préjudicielle	- Mémoires en défense de l'employeur : déposés le 22 avril 2025 (article 700 CPC : 3 500 euros au profit de chacun des salariés).

Les procédures semblent régulières et les affaires en état d'être jugées.

2 - Exposé des moyens, rédigés en des termes identiques dans les deux pourvois

La société Les carrières du Bugey fait grief aux arrêts de la condamner à payer à M. [I] la somme de 40 483 euros brut et à Mme [R] la somme de 59 364 euros brut à titre de dommages-intérêts pour licenciement privé d'effet, outre les intérêts au taux légal à compter de leurs prononcés, ainsi que la somme de 2 500 euros chacun à titre d'indemnité de procédure, de rejeter le surplus des prétentions des parties au titre de l'article 700 du code de procédure et de la condamner aux dépens de première instance et d'appel, alors :

1°/ qu'en cas de méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail, le licenciement est « privé d'effet » ; qu'en pareille hypothèse, les conséquences dommageables de cette rupture injustifiée du contrat de travail doivent en principe s'apprécier dans le cadre et les limites de l'article L. 1235-3 du code du travail ; que si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés par ce texte ; qu'en statuant comme elle l'a fait, en écartant le barème d'indemnisation prévu par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3 du code du travail, par refus d'application ;

2°/ que l'article L. 1235-3 [du code du travail] n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités expressément prévues au deuxième alinéa de l'article L. 1235-3-1 du code du travail ; que ce n'est que dans ces cas exceptionnels, et lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, que le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ; qu'en l'espèce, en écartant le barème d'indemnisation du licenciement injustifié hors des nullités mentionnées, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3-1 du code du travail, en ajoutant une cause de nullité que celui-ci ne prévoit pas expressément, ensemble le principe pas de nullité sans texte ;

3°/ le jugement doit être motivé à peine de nullité ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a d'emblée rappelé qu' « en cas de méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail rendant le licenciement privé d'effet, les conséquences dommageables doivent en principe s'apprécier dans le cadre et les limites de l'article L. 1235-3 du code du travail » ; qu'en déboutant cependant la société Les carrières du Bugey de sa demande de limitation de la réparation indemnitaire pour la condamner in fine à payer à M. [I] la somme de 40 483 euros brut et à Mme [R] la somme de 59 364 euros brut à titre de dommages et intérêts pour licenciement privé d'effet sur le fondement de l'article L. 1235-3-1 du code du travail, la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

3 - Propositions de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique du pourvoi n° A24-21.141 et sur la troisième branche du moyen n° B24-21.142, qui est irrecevable, pour les raisons suivantes :

Moyen unique du pourvoi n° A 24-21.141 : **Le moyen, qui critique la motivation de l'arrêt aux termes de laquelle la cour d'appel a énoncé qu'il y avait lieu d'écarter le barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail et qu'il y avait lieu de faire application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du même code, est inopérant.**

Après avoir énoncé que le salarié présentait une ancienneté de 14 années et qu'il percevait un salaire mensuel brut de 3 680,27 euros (arrêt p. 8 § 2), la cour d'appel lui a octroyé une somme de 40 483 euros (arrêt p. 8 § 4 et 10), comprise dans le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail pour être supérieure au montant minimum de 11 040,81 euros (3 x 3 680,27 euros) et inférieure au montant maximum de 44 163,24 euros (12 x 3 680,27). Il importe peu, en effet, que la cour d'appel ait estimé qu'il y avait lieu d'écarter l'application du barème, dès lors qu'elle s'y est finalement soumise.

Il sera rappelé que le barème d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail, pour un salarié présentant une ancienneté de 14 ans et travaillant dans une entreprise employant 11 salariés ou plus, doit être fixé à une somme représentant au moins trois mois et au plus douze mois de salaire brut.

Moyen unique du pourvoi n° B 24-21.142, pris en sa troisième branche : **le grief est irrecevable et n'est, en tout état de cause, pas fondé.**

Recevabilité du grief : la troisième branche est **irrecevable**

La salariée conteste la recevabilité du grief. Elle soutient que la critique opposant un motif de droit à un motif de fait est irrecevable.

Les motifs de droit énoncés par l'arrêt pour écarter le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail au licenciement privé d'effet, prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du même code, ne peuvent constituer les termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation.

Bien-fondé du grief : en tout état de cause, la troisième branche n'est **pas fondée**.

Il n'existe aucune contradiction dans les motifs de l'arrêt attaqué. Après avoir rappelé le principe selon lequel la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail prive le licenciement d'effet et ouvre droit à une indemnité sur le fondement de l'article L. 1235-3 du même code (arrêt p. 5 § 1), la cour d'appel a écarté l'application de ce texte aux motifs qu'il ne permettait pas de garantir la portée et l'efficacité du droit européen (arrêt p. 7 § 5 à p. 8 § 1).

Il sera rappelé que selon l'article 455 du code de procédure civile, le jugement doit être motivé.

Les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont nuls, la contradiction de motifs équivalent à un défaut de motifs (Ch. mixte, 21 juin 1974, pourvoi n° 72-40.054, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre Mixte n° 2, p. 3 ; 1^{re} Civ., 28 janvier 1992, pourvoi n° 90-16.200, Bull. 1992, I, n° 28 ; pour une illustration récente par un arrêt rendu par notre chambre : Soc., 11 décembre 2024, pourvoi n° 22-24.050).

Le grief de contradiction de motifs dénonce une discordance objective dans la motivation de l'arrêt. Il n'invite pas la Cour de cassation à prendre partie sur la règle de droit mais seulement à constater que la décision attaquée repose sur une contradiction et qu'elle doit de ce seul fait être censurée.

Un motif de droit ne peut pas constituer l'un des termes d'une contradiction de motifs (1^{re} Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-50.059, Bull. 2015, I, n° 20 ; 2^e Civ., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-20.189 ; 3^e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 18-12.750).

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger dans le pourvoi n° B 24-21.142

En cas de rejet du pourvoi B 24-12.517 :

- Le barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail est-il compatible avec les dispositions du droit de l'Union et est-il applicable à un licenciement « privé d'effet », prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail (première branche) ?
- Un tel licenciement est-il assimilable à un licenciement nul ou à un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ? Dans le cas où il serait assimilé à un licenciement nul, les dispositions de l'article L. 1235-3-1 du code du travail lui sont-elles applicables (deuxième branche) ?

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1 - Sur la compatibilité de l'article L. 1235-3 du code du travail avec le droit de l'Union européenne

Les développements qui suivent empruntent en partie aux rapports de M. le conseiller Barincou et de M. le conseiller référendaire Carillon respectivement établis pour le traitement des pourvois n° G24-15.145 et J24-10.362.

5.1.1 - Les dispositions de droit interne relatives à l'indemnisation des licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse et des licenciements nuls

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a modifié l'article L. 1235-3 du code du travail pour mettre en place un barème applicable à la fixation par le juge de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, laquelle doit être comprise entre des montants minimaux et maximaux qui varient selon l'ancienneté du salarié.

Suivant l'article L. 1235-3 du code du travail :

« Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19

28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Pour déterminer le montant de l'indemnité, 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.

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article. »

Aux termes de l'article L. 1235-3-1 du même code :

« L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à :

- 1° La violation d'une liberté fondamentale ;
- 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;
- 3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ;

4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;

5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ;

6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur dont bénéficient certains salariés en application du chapitre Ier du Titre Ier du livre IV de la deuxième partie du code du travail, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, sans préjudice de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. »

L'article L. 1235-3-2 suivant dispose :

« Lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'article L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminé selon les règles fixées à l'article L. 1235-3, sauf lorsque cette rupture produit les effets d'un licenciement nul afférent aux cas mentionnés au 1° à 6° de l'article L. 1235-3-1, pour lesquels il est fait application du premier alinéa du même article L. 1235-3-1. »

Ce barème, applicable aux licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017, a été déclaré conforme à la Constitution (Cons. Const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC) :

« 83. L'article L. 1235-3 du code du travail prévoit que, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et en l'absence de réintégration du salarié dans l'entreprise, le juge octroie à ce dernier une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des minimums et des maximums fixés par ce même article. Ces minimums et maximums varient en fonction de l'ancienneté du salarié. Par ailleurs, les minimums diffèrent selon que l'entreprise emploie onze salariés ou plus ou moins de onze salariés. Dans une entreprise employant au moins onze salariés, l'indemnité minimale va de zéro à trois mois de salaire brut ; dans une entreprise de moins de onze salariés, elle est comprise entre zéro et deux mois et demi de salaire brut. L'indemnité maximale est comprise entre un et vingt mois de salaire brut. Ces indemnités sont cumulables avec les indemnités prévues en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche, dans la limite des montants maximaux précités.

84. Les députés soutiennent que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui instituent un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seraient contraires à la Constitution. Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment

dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789. En effet, d'une part, les plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

85. En premier lieu, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.

86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

87. D'autre part, l'indemnité ainsi encadrée a pour objet de réparer le préjudice né d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, le cas échéant, celui né de l'absence de respect de la priorité de réembauche et de la méconnaissance des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative ou de l'obligation de mise en place d'un comité social et économique. Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnisations accordées par les juridictions. Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail, ces maximums ne sont pas applicables lorsque le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés.

88. Il résulte de ce qui précède que **la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.**

89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié. En revanche, il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur.

90. Dès lors, **la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.**

91. **Il résulte de tout ce qui précède que les deuxième à septième alinéas de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui ne méconnaissent pas non plus la garantie des droits ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. »**

Statuant en référé, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension de l'exécution de divers articles de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, dont l'article 2 prévoyant le barème, en retenant que les critiques formulées à l'encontre de ces dispositions n'étaient pas de nature à créer un doute sérieux sur leur légalité :

« Sur l'article 2 :

4. L'article 2 de l'ordonnance contestée modifie l'article L.1235-3 du code du travail pour prévoir qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés en nombre de mois de salaire, en fonction de l'ancienneté du salarié. En ce qui concerne les montants minimaux et jusqu'à dix ans d'ancienneté, l'article opère également une distinction entre les entreprises selon qu'elles emploient habituellement moins de onze salariés ou au moins onze salariés.

5. En premier lieu, la Confédération générale du travail soutient que ces dispositions méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi. Elle affirme également que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs protégés par l'article 4 de la Déclaration des droits

de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles prévoient que le juge pourra, pour déterminer le montant de l'indemnisation due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.

6. D'une part, il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donné le Comité européen de droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016, dont se prévaut la requérante, qu'elles interdiraient aux Etats signataires de prévoir des plafonds d'indemnisation inférieurs à vingt-quatre mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En outre, le barème que l'article 2 de l'ordonnance contestée énonce n'est, ainsi que le précise l'article L.1235-3-1 du code du travail, pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité afférente " à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L.1152-3 et L.1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L.1134-4 et L.1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L.1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L.1225-71 et L.1226-13 ".

7. D'autre part, si les nouvelles dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail prévoient la possibilité, pour le juge, de " tenir compte " dans la détermination du montant de l'indemnité, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, elles ne lui imposent nullement, en énonçant cette faculté, de déduire du montant finalement accordé au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui ne saurait d'ailleurs être inférieur au minimum prévu, le montant de ces indemnités. Ainsi que cela ressort des termes mêmes du texte, cette faculté reconnue au juge concerne les seules indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, ce qui exclut les autres indemnités versées, à cette occasion, en compensation d'autres droits.

8. Enfin, en fixant des montants minimaux et maximaux d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction des seuls critères de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et des effectifs de celle-ci, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas entendu faire obstacle à ce que le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci.

9. En deuxième lieu, la Confédération générale du travail soutient que les nouvelles dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail méconnaissent le principe d'égalité, en retenant pour seuls critères de différenciation du barème d'indemnisation l'ancienneté dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci, ce qui ne permettrait pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, le principe d'égalité n'implique pas que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de façon différente des personnes se trouvant dans des situations différentes.

10. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, qu'en l'état de l'instruction, il n'est fait état d'aucun moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance contestée. »

5.1.2 - La jurisprudence de la chambre sociale

Par deux avis du 17 juillet 2019 figurant au rapport annuel (n° 19-70.010 et n° 19-70.011), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a retenu, d'une part, que les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers, d'autre part, que l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail est d'effet direct et, enfin, que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de ce texte.

Par deux arrêts publiés du 11 mai 2022, figurant au rapport annuel, la chambre sociale, siégeant en formation plénière, s'est inscrite dans la ligne de ces avis pour se prononcer sur la conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne et à l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT) de ce barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse.

Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-15.247, publié et figurant au rapport annuel, sommaire :

« 1°) Sous réserve des cas où est en cause un traité international pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, les stipulations d'un traité international, régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution, sont d'effet direct dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir et que, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elles n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.

Les dispositions de la Charte sociale européenne selon lesquelles les Etats contractants ont entendu reconnaître des principes et des objectifs poursuivis par tous les moyens utiles, dont la mise en œuvre nécessite qu'ils prennent des actes complémentaires d'application et dont ils ont réservé le contrôle au seul système spécifique visé par la partie IV, ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

L'invocation de son article 24 ne peut dès lors pas conduire à écarter l'application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

2°) Les dispositions de la Charte sociale européenne selon lesquelles les Etats contractants ont entendu reconnaître des principes et des objectifs poursuivis par tous les moyens utiles, dont la mise en œuvre nécessite qu'ils prennent des actes complémentaires d'application et dont ils ont réservé le contrôle au seul système

spécifique visé par la partie IV, ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

L'invocation de son article 24 ne peut dès lors pas conduire à écarter l'application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. »

Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-14.490, publié et figurant au rapport annuel, sommaire :

« 1°) Les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui créent des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir à l'encontre d'autres particuliers et qui, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale de la convention, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire, sont d'effet direct en droit interne.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

Les dispositions des articles L. 1235-3, L. 1235-3-1 et L. 1235-4 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui permettent raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi et assurent le caractère dissuasif des sommes mises à la charge de l'employeur, sont de nature à permettre le versement d'une indemnité adéquate ou une réparation considérée comme appropriée au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Il en résulte que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention précitée.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour condamner l'employeur au paiement d'une somme supérieure au montant maximal prévu par l'article L. 1235-3 précité, retient que ce montant ne permet pas, compte tenu de la situation concrète et particulière du salarié, une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, alors qu'il lui appartenait seulement d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L. 1235-3 du code du travail.

2°) Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

Les dispositions des articles L. 1235-3, L. 1235-3-1 et L. 1235-4 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui permettent raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi et assurent le caractère dissuasif des sommes mises à la charge de l'employeur, sont de nature à permettre le versement d'une indemnité adéquate ou une réparation considérée comme appropriée au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Il en résulte que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention précitée.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour condamner l'employeur au paiement d'une somme supérieure au montant maximal prévu par l'article L. 1235-3

précité, retient que ce montant ne permet pas, compte tenu de la situation concrète et particulière du salarié, une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, alors qu'il lui appartenait seulement d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L. 1235-3 du code du travail. »

Le commentaire au rapport annuel de ces deux arrêts indique :

« Ces deux pourvois ont conduit la chambre sociale, d'une part, à trancher pour la première fois, la question de l'effet direct, dans un litige entre particuliers, des stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et de l'article 24 de la Charte sociale européenne (I) et, d'autre part, à écarter la possibilité d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, avec lequel elle énonce, à son tour, la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail (II).

I. La confirmation d'un effet direct de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et de l'absence d'effet direct de la Charte sociale européenne

Par deux avis du 17 juillet 2019⁹⁰, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu un effet direct de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT dans un litige entre particuliers.

Cette solution, qui s'inscrivait dans la ligne des décisions de la Cour de cassation relatives à l'effet direct déjà reconnu à certaines des dispositions de cette même Convention⁹¹, est reprise par la chambre sociale dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 21-14.490 dès lors que :

- 1°) les stipulations de l'article 10 précité sont suffisamment claires et inconditionnelles et ne nécessitent pas d'acte complémentaire pour être définies ;
- 2°) les formulations de la Convention n° 158 de l'OIT sont énoncées pour la plupart comme des droits reconnus aux travailleurs, et non comme des obligations procédurales ne créant d'obligations qu'à la charge de l'État signataire⁹² ;
- 3°) la Convention n° 158 de l'OIT se réfère expressément au juge quant à ses modalités d'application.

En effet, l'article 1^{er} de la Convention n° 158 de l'OIT précise : « Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale ». Au cœur du dispositif de l'article 10 de la Convention n° 158 figurent ainsi les tribunaux (« les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention ») qui doivent pouvoir allouer aux salariés injustement licenciés une indemnité adéquate.

À l'inverse, l'article 24 de la Charte sociale européenne met au cœur du dispositif, non pas les juridictions nationales, mais les seuls États parties, sur lesquels reposent la mission de permettre, par leur législation ou par voie de la négociation collective, l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement sans motif valable, en assurant aux salariés "un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial".

En effet, la Charte définit seulement des engagements des États contractants permettant de constituer un socle minimal commun de droits sociaux. Ainsi, elle indique qu'il s'agit pour eux de reconnaître comme "objectif d'une politique" que les États s'engagent à poursuivre "par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes" ensuite énumérés, parmi lesquels figure le droit des travailleurs à une protection en cas de licenciement. Le caractère général et programmatique des stipulations de la Charte, dans laquelle s'intègrent celles de l'article 24, fait qu'elles nécessitent l'adoption de mesures nationales pour leur mise en œuvre.

De plus, l'annexe de la Charte sociale européenne énonce, en sa partie III, que "la Charte contient des engagements juridiques de caractère international" et réserve le mécanisme d'application de la Charte aux seules réclamations collectives auprès du Comité européen des droits sociaux (CEDS) institué par la partie IV et constitué d'experts internationaux, excluant dès lors toute intervention directe du juge national.

Ce mécanisme de contrôle prévu par la Charte, confié au CEDS et au comité des ministres du Conseil de l'Europe écarte ainsi toute possibilité d'effet direct de la Charte, ainsi que l'expliquait Pierre Laroque⁹³ et le regrettait Jean-Michel Belorgey⁹⁴, anciens présidents du CEDS. Si la révision en 1996 de la Charte sociale européenne de 1961 comporte des avancées, elle n'a cependant pas apporté de modifications en termes d'effectivité de ce traité.

Ainsi, dans le cadre de ses décisions relatives aux conventions de forfait-jours⁹⁵, au sujet desquelles des critiques avaient été formulées à plusieurs reprises par le CEDS au regard de la Charte, la chambre sociale avait déjà été amenée à écarter implicitement son effet direct.

Au terme d'une analyse globale des termes de la Charte sociale européenne et de la volonté de ses rédacteurs, à laquelle avait également procédé l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses avis précités, la chambre sociale conclut en conséquence à l'absence de tout effet direct de la Charte dans un litige entre particuliers.

La chambre sociale de la Cour de cassation fixe à cette occasion sa jurisprudence en matière d'effet direct des traités internationaux, hors droit de l'Union européenne, et énonce explicitement, pour la première fois, les critères selon lesquels elle entend apprécier si une convention internationale est d'effet direct dans un litige entre particuliers, en reprenant le raisonnement tenu par le Conseil d'État dans la décision GISTI du 11 avril 2012⁹⁶.

Un raisonnement identique avait conduit la première chambre civile de la Cour de cassation à juger récemment que les stipulations de la Charte sociale européenne invoquée devant elle ne sont pas d'effet direct en ce qu'elles "requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers"⁹⁷.

L'ensemble de ces éléments a donc conduit la chambre sociale à rejeter, dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 21-15.247, le pourvoi incident formé par la salariée contre l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, qui, sur ce point, s'était strictement conformée aux avis précités de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant écarté l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne dans un litige entre particuliers.

II. Le refus d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème au regard de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT

Dans ses avis du 17 juillet 2019 précités, la formation plénière de la Cour de cassation avait également décidé que la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales pouvait faire l'objet d'une demande d'avis sous réserve que "son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond".

Certains en ont déduit que les juges du fond pourraient procéder à un contrôle, *in concreto*, de la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT y compris lorsque ces dispositions ont été jugées compatibles, *in abstracto*, avec cette même Convention.

La chambre sociale de la Cour de cassation a entendu écarter cette possibilité.

Au préalable, la chambre sociale affirme à son tour que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

Elle constate que le barème prend en compte la gravité de la faute de l'employeur en excluant de son champ d'application les licenciements entachés de l'une des nullités énumérées par l'article L. 1235-3-1 du code du travail, dont elle cite les dispositions, avant de rappeler les libertés fondamentales, visées par le 1° de ce texte, qu'elle a déjà reconnues : la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la protection de la santé, le principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme, le droit à un recours juridictionnel et la liberté d'expression. Elle rappelle enfin les cas dans lesquels un licenciement serait discriminatoire ou porterait atteinte aux droits d'un salarié protégé et ne serait donc pas davantage soumis au barème.

La chambre sociale retient, en se référant pour cela à une décision du Conseil d'administration de l'OIT⁹⁸, que le terme "adéquate" visé à l'article 10 de la Convention précitée "signifie que l'indemnité pour licenciement injustifié doit, d'une part être suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié, et d'autre part raisonnablement permettre l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi".

Elle indique que le caractère dissuasif de l'indemnité de licenciement injustifié est assuré par les dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail selon lesquelles le juge ordonne, même d'office, le remboursement par l'employeur fautif de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, dans la limite de six mois d'indemnités par salarié intéressé.

Elle affirme que les dispositions des articles L. 1235-3 et L. 1235-3-1 du code du travail prévoyant une indemnité "dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux variant en fonction du montant du salaire mensuel et de l'ancienneté du salarié [...] permettent raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi".

Toute autre solution aurait imposé que la chambre sociale renvoie l'examen du pourvoi à l'assemblée plénière de la Cour de cassation dès lors que cette dernière avait déjà retenu, dans ses avis, que la Convention n° 158 de l'OIT laissait une marge d'appréciation aux États, compte tenu de l'obligation pour les États signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'organiser leur système judiciaire "de façon à éviter l'adoption de jugements divergents"⁹⁹.

La chambre sociale a bien sûr pris en compte, dans le cadre de son délibéré, le rapport, rendu public dans les jours précédant son audience, du comité de l'OIT chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la Convention n° 158. Ce rapport propose au Conseil d'administration de l'OIT d'inviter le gouvernement "à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif". Ayant ainsi confirmé que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, d'effet direct en droit interne, il restait à la chambre sociale à dire si leur application à une situation particulière pouvait conduire le juge du fond à écarter cette norme interne, à l'issue d'un contrôle de conventionnalité effectué, *in concreto*, au regard de cette même Convention. La chambre sociale a répondu à cette question par la négative en considérant que ceci serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi, reconnu par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Un contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière d'indemnité de licenciement pourrait laisser la place, selon les cas d'espèce, à une très grande variété de solutions que la chambre sociale de la Cour de cassation ne pourrait que difficilement contrôler, compromettant ainsi le principe de sécurité juridique et venant heurter directement la volonté du législateur lequel, par l'instauration d'un barème impératif, a précisément entendu offrir une plus grande prévisibilité aux employeurs et aux salariés. Le risque aurait été grand de substituer au barème du législateur un barème du juge en fonction de motifs inhérents à la personne du salarié, sans en revêtir la même légitimité.

Un tel contrôle *in concreto*, qui heurte la conception française d'une norme générale et abstraite, adoptée par le pouvoir législatif et s'imposant à tous, s'est développé exclusivement dans le champ de la protection des droits fondamentaux reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sous le contrôle de la Cour de Strasbourg.

Il permet aux juridictions nationales de continuer à garantir l'exercice de ces droits fondamentaux, y compris lorsqu'ils seraient remis en cause par l'application d'une règle interne, sans attendre une possible condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Or, les mécanismes de contrôle mis en place par l'OIT ne sont pas du même ordre que celui conçu pour assurer l'application des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il convient de souligner que la chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais admis de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto* au regard d'une convention de l'OIT. Ce n'est qu'au terme d'un contrôle *in abstracto* qu'elle a jugé les dispositions de l'article L. 1223-4 du code du travail, relatives aux modalités de rupture des contrats nouvelles embauches, contraires à la Convention n° 158 de l'OIT¹⁰⁰ ou déraisonnable une durée de période d'essai d'un an¹⁰¹.

Ainsi, les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail n'étant pas incompatibles avec une norme de droit supérieur d'effet direct en droit interne et ne laissant place à aucune interprétation, l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé de s'y conformer ne pouvait qu'être cassé. »

Ces deux arrêts ont été rendus alors que le Conseil d'administration de l'OIT venait, le 25 mars 2022, de publier le rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement. Approuvant ce rapport, le Conseil d'administration a alors demandé au gouvernement français de tenir compte notamment des observations formulées, aux paragraphes 80 et 81, et de lui fournir des informations à ce sujet pour examen et suivi ultérieur par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations.

Ensuite, la chambre sociale a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de confirmer sa jurisprudence en cassant des décisions rendues avant cette date (Soc., 6 septembre 2023, pourvoi n° 22-10.973 ; Soc., 20 septembre 2023, pourvoi n° 22-12.751 ; Soc., 11 octobre 2023, pourvoi n° 21-24.857), en censurant des arrêts ayant ensuite retenu que le barème devait être écarté (Soc., 7 mai 2024, pourvoi n° 22-24.594 ; Soc., 16 octobre 2024, pourvoi n° 23-15.097 ; Soc., 21 mai 2025, pourvoi n° 24-10.362 ; Soc., 4 juin 2025, pourvoi n° 24-15.145) ou en rejetant des pourvois l'invitant à modifier sa jurisprudence (Soc., 26 juin 2024, pourvois n° 22-22.187 et 22-22.186 ; Soc., 3 juillet 2024, pourvoi n° 23-13.941).

La jurisprudence de la Cour de cassation paraît donc fixée.

5.1.3 - Compatibilité de la jurisprudence de la Cour de cassation avec la position du Conseil d'Etat

Dans son arrêt GISTI, le Conseil d'Etat a apporté des précisions apportées à la notion « d'effet direct » des stipulations des conventions internationales, en dehors du champ du droit de l'Union européenne (Conseil d'Etat, Assemblée, 11 avril 2012, N° 322326, Publié au recueil Lebon) :

« Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit. »

Par un arrêt Fischer, le Conseil d'Etat a reconnu l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne (Conseil d'Etat, section du contentieux, 7ème - 2ème SSR, 10 février 2014, Req n° 358992) :

« 5. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 24 de la charte sociale européenne : "En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : / a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; / b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. / A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial" ; que ces stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M.B... pour contester la légalité des articles 7 et 15 de la décision contestée en ce qu'ils permettent le licenciement d'un secrétaire général d'une chambre de métiers pour "perte de confiance mettant en cause le bon fonctionnement de l'établissement". »

Par un second arrêt, il a reconnu l'effet direct de l'article 5 de la Charte, relatif au droit syndical (Conseil d'Etat, 23 juillet 2014, Syndicat national des collèges et des lycées, Req n° 358349 et autres).

Il a ensuite refusé de reconnaître l'effet direct :

- à l'article 2§1 de la Charte sociale européenne (Conseil d'Etat, section du contentieux, 1ère - 6ème SSR, 30 janvier 2015, Req n° 363520) :

« 4. Considérant, en premier lieu, que par l'article 2 de la partie II de la charte sociale européenne révisée, faite à Strasbourg le 3 mai 1996, les Etats signataires s'engagent, "en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables", "1 à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent" ; qu'aux termes de l'article I de la partie V de la même charte relatif à la "mise en œuvre des engagements souscrits" : "(...) 2 Les engagements découlant des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de l'article 2, des paragraphes 4, 6 et 7 de l'article 7, des paragraphes 1, 2, 3 et 5 de l'article 10 et des articles 21 et 22 de la partie II de la présente Charte seront considérés comme remplis dès lors que ces dispositions seront appliquées, conformément au paragraphe 1 du présent article, à la grande majorité des travailleurs intéressés" ; qu'eu égard notamment à la marge d'appréciation laissée aux Etats membres pour prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des stipulations du paragraphe 1 de l'article 2, ces stipulations ne créent pas de droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir ; que, par suite, l'union requérante ne peut utilement les invoquer pour contester la légalité des articles D. 432-3 et D. 432-4 du code de l'action sociale et des familles résultant du décret attaqué » ;

- à l'article 1^{er} de la Charte sociale européenne (Conseil d'Etat, section du contentieux, 1ère - 4ème SSR, 28 janvier 2018, Req n° 411846) :

« 7. (...) Si tout traité ou accord en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi, ses stipulations ne peuvent toutefois être utilement invoquées à l'appui d'une demande tendant à la mise en cause de la responsabilité de l'administration que si ce traité ou cet accord remplit les conditions posées à son application dans l'ordre juridique interne par l'article 55 de la Constitution et crée des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir. Par suite, le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que M.A... ne pouvait utilement invoquer à l'appui de sa demande d'indemnisation la méconnaissance par Pôle emploi des stipulations de l'article 6, paragraphe 1, du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de l'article 1^{er} de la charte sociale européenne, qui sont dépourvues d'effet direct. »

Le doyen Huglo soutient qu'il n'existe pas, en la matière, de contrariété de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation¹ :

« Contrairement à ce qui a pu être soutenu, il n'existe pas de contrariété de jurisprudence sur ce point entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Certes, dans un arrêt isolé qui ne concernait d'ailleurs pas le droit du travail, mais le droit de la fonction publique, le Conseil d'Etat a reconnu l'effet direct de l'article 24 de la

¹ J-G. Huglo, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », *Dr. soc.* 2023 p. 286.

Charte sociale européenne en ce qu'il subordonne le licenciement à l'existence d'un "motif valable", pour en déduire qu'un secrétaire général d'une chambre des métiers pouvait être licencié pour "perte de confiance", se séparant ainsi de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation qui ne reconnaît pas à la perte de confiance la qualification de "cause réelle et sérieuse" de licenciement. Toutefois, cette solution n'a jamais été réitérée et, au contraire, postérieurement, le Conseil d'État a de nouveau exclu l'effet direct de la Charte sociale européenne, pour des motifs qui sont applicables à l'ensemble des articles de la Charte (CE, 30 janv. 2015, n° 363520, Union syndicale Solidaires, Lebon ; AJDA 2015. 194 ; JA 2015, n° 514, p. 11, obs. D. Rieubon ; Dr. soc. 2015. 355, étude M. Vialettes ; JT 2015, n° 173, p. 13, obs. D. Rieubon - CE, 28 déc. 2018, n° 411846, Syndicat CGT des chômeurs et précaires de Gennevilliers-Villeneuve-Asnieres, Lebon ; AJDA 2019. 10 ; RDSS 2019. 151, concl. C. Touboul). Par ailleurs, la rapporteure publique de l'arrêt Gisti, par lequel le Conseil d'État a défini les critères de l'effet direct des conventions internationales et européennes, hors droit de l'Union européenne, avait donné la Charte sociale européenne comme exemple d'un acte international dépourvu d'effet direct par la volonté de ses auteurs. »

Le professeur Icard soutient au contraire que les positions de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État sont antagonistes² :

« Le Conseil d'État (...) a en effet jugé que l'article 24 de la Charte était d'effet direct. La solution adoptée par la juridiction administrative intervenait après une longue période d'indifférence à l'égard de la Charte sociale et suite à l'adoption par le Conseil d'État de nouveaux critères d'appréciation de l'effet direct dans l'arrêt GISTI. Or, la Cour de cassation adopte une position inverse à celle du Conseil, tout en revendiquant de s'inspirer et de reprendre les critères de l'effet direct de l'arrêt GISTI. Mieux, le Doyen Huglo considère que l'arrêt Fisher serait isolé et que le Conseil d'État aurait évolué postérieurement. Pourtant, les arrêts dont il est fait mention sont peu convaincants : le premier concerne l'une des stipulations de la Charte, ce qui n'exclut pas qu'une autre stipulation puisse être d'effet direct, la question étant en principe appréciée de manière analytique et non globale. Quant au second, il exclut l'effet direct d'une disposition d'une convention de l'OIT. Il nous semble donc, quoiqu'en dise la chambre sociale, que les positions de la Cour de cassation et du Conseil d'État sont bien antagonistes concernant l'article 24 de la Charte sociale. Le risque - qu'il ne faut exagérer - est le suivant : à l'occasion d'un contentieux administratif relatif à une rupture du contrat de travail qui serait considérée comme injustifiée, le juge administratif pourrait, en appliquant la Charte telle qu'interprétée par le Comité, écarter le barème et déterminer une indemnité adéquate en s'extrayant du plafond légal. »

Dans le même sens, le professeur Mouly indique³ :

² J. Icard, « Le barème désavoué par le Comité EDS : un coup d'épée dans l'eau ? » *SSL* 27 juin 2022, p. 5.

³ J. Mouly, « Conventionnalité du barème Macron : la Cour de cassation persiste et signe », *Dr. soc.* 2025, p. 700.

« On remarquera que, comme en 2022, la Cour, alors qu'elle aurait dû, comme c'est la règle, procéder article par article, a préféré écarter l'effet direct de la Charte dans son ensemble. Elle se met ainsi en contradiction avec le Conseil d'État aussi bien par la méthode suivie que par le résultat auquel elle parvient, puisque la Haute Juridiction administrative a au contraire reconnu un effet direct à l'article 24 de cet instrument (20). On ne peut sur ce point partager l'opinion du doyen Jean-Guy Huglo qui considère que l'arrêt du Conseil d'État est un arrêt isolé qui ne reflète pas la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative (21). Il est exact que, postérieurement à cette décision, le Conseil d'État a refusé de reconnaître à certaines dispositions de la Charte, notamment à celles sur la durée du travail, un effet direct, mais seulement parce que celles-ci, en raison de la marge d'appréciation laissée aux États pour prendre les mesures nécessaires à leur mise en oeuvre, ne confèrent pas de droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir (22). Le Conseil d'État considère donc, contrairement à la Cour de cassation, que les dispositions de la Charte qui ne nécessitent pas un acte complémentaire sont bien d'effet direct, comme il l'a d'ailleurs confirmé s'agissant de son article 5 sur le droit syndical (23). »

5.1.4 - La jurisprudence de la Cour, confrontée au droit de l'Union

5.1.4.1 - Les éléments postérieurs aux arrêts du 11 mai 2022 au regard de la convention n° 158 de l'OIT

A l'occasion de la 111^{ème} session de la Conférence internationale du Travail, qui s'est tenue du 5 au 16 juin en 2023, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) a adopté, une observation relative à l'article 10 de la Convention n° 158. La commission y prend note des arrêts du 11 mai 2022 de la Cour de cassation qui affirme que les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la convention. Elle note également que, selon le Comité européen des Droits sociaux, d'une part, les plafonds prévus par l'article L.1235-3 du Code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur, d'autre part, le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés de sorte que le préjudice réel subi par le salarié lié aux circonstances individuelles de l'affaire peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé. La commission prend encore note du rapport de décembre 2021 du Comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 mentionnant que, dans l'échantillon étudié, le montant des indemnités versées est compris entre le plancher et le plafond du barème dans 90% des cas, pour les licenciements postérieurs à l'application du barème, alors que c'était le cas pour 44% avant la réforme. En conséquence, **« la commission prie le gouvernement de communiquer des informations sur l'examen, en concertation avec les partenaires sociaux, des modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif. »**

Le prochain rapport périodique sur l'application de la Convention n° 158 est attendu pour 2027.

Revenant sur la portée de la position adoptée par la Commission d'experts, le professeur Mouly indique⁴ :

« Sans doute, peut-on considérer que les instances de l'OIT n'ont délivré au barème Macron qu'un **brevet de conventionnalité conditionnelle**, la défaillance de la condition rendant automatiquement le barème inconventionnel. (...) Il n'appartient (...) qu'aux seules instances de l'OIT de se prononcer sur la défaillance de la condition. **C'est en effet au comité d'experts et non au juge national de vérifier si le gouvernement a respecté les obligations qui lui étaient imposées et surtout, en dernière analyse, de dire si les évaluations réalisées sur l'application du barème permettent de conclure ou non à sa conventionnalité. On rappellera d'ailleurs sur ce point que le conseil d'administration de l'OIT demandait au gouvernement français des informations en vue d'un "examen et suivi ultérieurs". En l'occurrence, il ne peut évidemment s'agir que d'un examen et d'un suivi ultérieurs par les organes de l'OIT, et non par le juge français.** »

Pourtant, dans la lignée de la décision du Conseil d'administration de l'OIT et se fondant sur les résultats des études menées sur les effets de la réforme, des auteurs proposent que les juges procèdent à un contrôle *in abstracto*, indiquant qu'il n'a pas été exclu par les arrêts du 11 mai 2022⁵ :

« La référence à des faits d'ordre général dans la motivation doit être conduite avec précaution. Il ne s'agit pas pour les juges de confronter les cas qui leur sont soumis aux situations concrètes traitées dans les études. Il s'agit de juger la norme de manière globale, en prenant appui sur les conclusions générales des études empiriques, pour pouvoir conclure de manière réaliste à la compatibilité d'une norme française avec le droit international du travail. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce point : un nouvel arrêt conservant l'interprétation *in abstracto*, mais estimant, sur le fondement de travaux empiriques, que les normes françaises telles qu'elles sont appliquées sont contraires à la Convention n° 158 de l'OIT, ne constituerait pas un revirement de jurisprudence au sens strict, mais un enrichissement de la motivation juridique qui conduit à écarter, ou non, une disposition de droit national. »

Ainsi que le relève le professeur Mouly⁶ :

⁴ J. Mouly, « Conventionnalité du barème Macron : la Cour de cassation persiste et signe », préc.

⁵ É. Serverin, R. Dalmaso, « Quelle place pour les faits dans la mesure de l'effet des règles ? Une autre interprétation *in abstracto* est possible », *Dr. soc.* 2022, p.729.

⁶ J. Mouly, « Conventionnalité du barème Macron : la Cour de cassation persiste et signe », préc.

« La Cour n'a pas eu à statuer sur des arrêts qui, pour écarter le barème, se seraient fondés sur son inconventionnalité *in abstracto*. Même avant le 11 mai 2022, les juges du fond préféraient contourner les plafonds légaux en se bornant à constater qu'il ne permettait pas, dans l'espèce tranchée, la réparation du préjudice subi par le salarié. Plus rares en revanche sont les cours d'appel qui pratiquent un véritable contrôle de proportionnalité *in concreto*.

Dans la première catégorie, on rangera l'arrêt du 6 septembre 2023 relatif à une salariée ayant onze ans d'ancienneté et auquel les juges du fond avaient accordé une indemnité égale au double de celle prévue par le barème au motif qu'elle était âgée de 58 ans et était de santé fragile, n'avait pas de diplôme et justifiait d'un préjudice de 30 800 € que le montant "réduit" (sic) du barème ne permettait pas de réparer (Soc., 6 sept. 2023, n° 22-10.973, cassant Chambéry, 23 nov. 2021). Au visa de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), relatif à l'égalité devant la loi, et de l'article 10 de la Convention OIT n° 158, la Cour, comme en 2022, casse la décision en rappelant que "le barème permet raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi et assure le caractère dissuasif des sommes mises à la charge de l'employeur". On remarquera que, dans cette espèce, fait exceptionnel, les juges avaient très largement dépassé le plafond prévu par le barème. Dans toutes les autres affaires étudiées, au contraire, le dépassement du plafond était toujours très modéré. On rangera également dans la même catégorie l'arrêt du 11 octobre 2023 relatif à un salarié qui avait obtenu une indemnité supérieure aux dix mois et demi de salaire prévus par le barème au motif, selon les juges du fond, qu'"il appartient toujours au juge d'apprécier souverainement l'étendue du préjudice constitué par la perte injustifiée de l'emploi et, le cas échéant, de laisser inappliqué le barème si [...] celui-ci n'est pas de nature à en assurer une réparation appropriée" (Soc., 11 oct. 2023, n° 21-24.857, cassant Grenoble, 30 sept. 2021). À nouveau, la Cour censure au visa de l'article 6 de la DDHC et de l'article 10 de la Convention OIT n° 158. (...)

La Cour a également eu à statuer dans des espèces où les juges du fond s'étaient essayés à un contrôle de proportionnalité *in concreto* qui se voulait plus sophistiqué. Ainsi, elle a censuré un arrêt décidant que "si le barème pris dans l'ensemble de son dispositif n'est pas en soi contraire à l'article 10 de la convention de l'OIT, il entre néanmoins dans l'office du juge de s'assurer concrètement que son application ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des justiciables, et en particulier que l'indemnité prévue par le barème est proportionnée au but légitime poursuivi et adéquate [au sens de] l'article 10 de la Convention OIT" (Soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.751, cassant Chambéry, 6 janv. 2022). Les juges en avaient déduit que l'indemnité de seize mois et demi de salaire prévue par le barème pour un salarié de 21 ans d'ancienneté ne suffisait pas à réparer le dommage subi par le travailleur qui, âgé de 57 ans, n'avait pas retrouvé d'emploi. On remarquera que, dans cette espèce, le contrôle de proportionnalité pratiqué par les juges était des plus approximatifs puisque ceux-ci, pour justifier l'exclusion du barème, s'étaient contentés de constater l'inadéquation entre le plafond légal et le préjudice effectivement souffert par le salarié. Cet usage dévoyé du contrôle de proportionnalité confortera sans doute les auteurs hostiles à ce type de contrôle (C.

Radé, Conventionnalité du barème Macron : il faut résister à la tentation de l'appréciation *in concreto*, Dr. soc. 2023. 434). Au contraire, dans l'affaire jugée par la Cour le 7 mai 2024, la cour d'appel, qui avait également exercé un contrôle de conventionnalité *in concreto*, indiquait que celui-ci devait en toute hypothèse rester "exceptionnel", mais était en l'espèce justifié par la situation "particulière" du salarié, licencié pour inaptitude avec un avis du médecin du travail comportant de fortes restrictions rendant difficile le reclassement (Soc., 7 mai 2024, n° 22-24.594, cassant Douai, 21 oct. 2022). Sans surprise, la chambre sociale a également censuré la décision. Il n'était de toute façon pas évident qu'en l'espèce, malgré les affirmations des juges, un contrôle *in concreto* pût se justifier alors que le plafond du barème avait été seulement dépassé de quatre mois par les juges. Il n'y avait en l'espèce aucune disproportion manifeste. »

Une étude portant sur dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* montre que, statistiquement, le contrôle de proportionnalité n'aboutit donc à l'éviction de la loi que de manière extrêmement rare⁷.

« Dans la quasi-totalité des cas, l'argument est rejeté par les juges du fond comme par la Cour de cassation. Ce constat suscite une double réaction. D'un côté, il est extrêmement rassurant : la sécurité juridique n'a pas disparu ; le juge continue à appliquer la loi votée par les représentants du peuple ; le contrôle *in concreto* n'est qu'une soupape exceptionnelle. De l'autre côté, on peut se demander si le jeu en valait véritablement la chandelle ; l'admission du contrôle de proportionnalité est la source d'un bouleversement de la place du juge comme du raisonnement juridique, pour un résultat finalement marginal. »

Elle réfute certains arguments ayant justifié d'écarter le contrôle *in concreto* dans l'appréciation de l'article L. 1235-3 du code du travail :

« Un deuxième critère réside dans les nécessités de la sécurité juridique et de l'égalité : le contrôle de proportionnalité serait exclu lorsqu'il menace ces valeurs essentielles. Ce critère a été mis en avant par la Cour de cassation elle-même à propos du barème Macron : l'arrêt vise l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui consacre le principe d'égalité ; le communiqué qui accompagne l'arrêt évoque, outre l'égalité des citoyens devant la loi, l'"incertitude sur la règle de droit applicable, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges". [...]

Ce critère ne saurait cependant expliquer l'ensemble de la jurisprudence puisqu'il devrait conduire, s'il était suivi, à une éviction générale du contrôle de proportionnalité : celui-ci est en effet par nature attentatoire à la sécurité juridique et à l'égalité ! Il est attentatoire à la sécurité juridique puisque sa mise en œuvre dépend des particularités de chaque situation de fait ; il est attentatoire à l'égalité puisque la loi sera appliquée dans certaines affaires mais écartée dans d'autres. Ces

⁷ A. Gouëzel - Géraud Mégret, « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », D. 2024, p. 321.

inconvenients sont d'ailleurs admis par le rapport de 2020, tout le travail réalisé depuis dix ans ayant pour objectif de les limiter.

22. L'intention du législateur. Un troisième critère réside dans l'intention du législateur : le contrôle de proportionnalité doit être écarté lorsqu'il heurte la volonté du législateur. Cet argument a été mis en avant notamment dans la notice au Rapport annuel relative aux arrêts sur le barème Macron. Ce critère ne convainc pas. Même si certaines lois, parce qu'elles ont précisément pour objet d'interdire la prise en compte par le juge de circonstances particulières, sont encore plus rétives que les autres au contrôle de proportionnalité, celui-ci opère par définition *contra legem* et heurte donc nécessairement l'intention du législateur. Il consiste, en effet, à écarter la loi alors même qu'elle a, dans un premier temps, été reconnue applicable à la situation. ;[...]

23. Incohérence et imprévisibilité. En définitive, aucun critère ou combinaison de critères ne permet d'expliquer le domaine du contrôle de proportionnalité. Il en résulte, au-delà d'un problème de cohérence, une forte imprévisibilité lorsque la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée. »

5.1.4.2 - Les éléments postérieurs aux arrêts du 11 mai 2022 au regard de la charte sociale européenne

¼ La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe, signé le 18 octobre 1961, révisé le 3 mai 1996 et ratifié par la France le 9 mars 1973 puis le 7 mai 1999, qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle constitue le pendant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle garantit les droits civils et politiques.

Le respect des engagements pris en vertu de la Charte par les Etats parties est soumis au contrôle du Comité européen des Droits sociaux (Comité EDS ou CEDS), lequel est composé de 15 membres indépendants et impartiaux, élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour une période de six ans, renouvelable une fois.

La Charte prévoit un mécanisme de contrôle qui repose, d'une part, sur la présentation de rapports nationaux périodiques par les Etats parties et, d'autre part, depuis 1995, sur une procédure de réclamations collectives ouverte notamment aux organisations syndicales.

A la suite d'une réclamation collective, le Comité EDS adopte une « décision » sur son bien-fondé, établissant si le droit ou les pratiques de l'Etat sont conformes aux dispositions de la Charte.

Le site du Conseil de l'Europe indique, à ce titre, que, « dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions juridiquement contraignantes et sont adoptées par un organe de contrôle établi par un traité contraignant et les protocoles y afférents, les décisions et les conclusions du Comité européen des droits sociaux doivent être respectées par les Etats concernés, même si elles ne sont pas directement exécutoires dans leur ordre juridique interne. Elles disent le droit et peuvent servir de

base à un renforcement des droits sociaux par le biais de la législation et de la jurisprudence au niveau national. »

Les décisions du Comité EDS sont transmises aux parties ainsi qu'au Comité des ministres du Conseil de l'Europe et publiées. En cas de violation constatée par le Comité, l'Etat concerné est invité à informer le Comité des Ministres des mesures prises ou envisagées pour mettre la situation en conformité puis le Comité des Ministres peut adopter, à la majorité des deux tiers, une recommandation destinée à l'Etat.

Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, prévoyant un système de réclamations collectives, dispose, en ses articles 9 et 10, que le Comité des Ministres adopte, sur la base du rapport du Comité EDS, une résolution à la majorité et qu'en cas de constat par le Comité d'une application non satisfaisante de la Charte, le Comité des Ministres adopte, à la majorité des deux tiers, une recommandation. L'Etat mis en cause doit alors donner des indications sur les mesures qu'il aura prises pour donner effet à la recommandation du Comité des Ministres dans son prochain rapport. Ce rapport est soumis au Comité EDS qui détermine si la situation a été mise en conformité avec la Charte. En cas de difficultés persistantes, le Comité des Ministres peut renvoyer l'affaire au Comité gouvernemental pour aider l'Etat concerné à identifier les mesures qu'il pourrait prendre. Il peut aussi renouveler la recommandation.

Pierre Laroque, qui a été le premier président du Comité qui s'appelait alors Comité d'experts indépendants, considérait que le mécanisme de contrôle prévu par la Charte écarte toute possibilité d'effet direct.

Le site du Conseil de l'Europe rappelle que l'objectif poursuivi par la procédure de réclamations collectives, introduire à l'occasion de la révision de 1996, était d'accroître l'efficacité, la rapidité et l'impact de la mise en œuvre de la Charte et que cette procédure est un système de protection des droits humains pour les droits sociaux et économiques qui complète la protection judiciaire prévue par la Convention européenne des droits de l'homme pour les droits civils et politiques.

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux avis du Comité EDS une valeur interprétative en indiquant « qu'elle a tenu compte à maintes reprises des interprétations de la Charte données par le CEDS et des avis de celui-ci sur le respect par les États de diverses dispositions de ce texte » (CEDH, 8 avril 2014, *National Union of rail, maritime and transport workers c. Royaume-Uni*, n° 31045/10, point n° 94).

¼ En 2018 puis 2019, plusieurs syndicats ont saisi le Comité EDS pour contester la conformité du barème résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 aux dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Par une première décision, publiée le 26 septembre 2022, le Comité EDS a conclu à la violation de l'article 24 b de la Charte en retenant que le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée, au sens de ce texte, n'était pas garanti par la législation française (Comité EDS, 23 mars 2022, publié le 26 septembre 2022, n° 160/2018, *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière*

(CGT-FO) c. France et n° 171/2018, Confédération générale du travail (CGT) c. France) :

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

Par une seconde décision, publiée le 30 novembre 2022, le Comité EDS a pris acte des arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 2022 mais confirmé la violation de l'article 24.b de la Charte (Comité EDS, 5 juillet 2022, publié le 30 novembre 2022, n° 175/2019, Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France) :

« 88. En ce qui concerne la question de l'indemnisation, le Comité renvoie à Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France, réclamation n° 160/2018, et Confédération générale du travail (CGT) c. France, réclamation n° 171/2018, décision sur le bien-fondé du 23 mars 2022, dans laquelle il a conclu à la violation de l'article 24.b de la Charte au motif que le droit à une indemnisation adéquate ou à toute autre réparation appropriée au sens de l'article 24.b de la Charte n'était pas garanti.

89. Le Comité a considéré que des plafonds d'indemnisation fixés par l'article L.1235-3 du code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur. En outre, le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le travailleur en question, lié aux circonstances individuelles de l'affaire peuvent être prises en compte de manière inadéquate et, par conséquent, ne pas être corrigées.

90. A cet égard, le Comité a pris connaissance de la récente décision de la Cour de cassation (Chambre Sociale, arrêt du 11 mai 2022, pourvois n° 21-14.490 et 21-15.247) qui, en rejetant la demande du requérant relative aux plafonds fixés par le code du travail, a considéré que la Charte s'inscrit dans une « logique programmatique » et que son article 24 n'a pas d'effet direct en droit français. En outre, la Cour a estimé que les décisions du Comité ne sont pas de nature juridictionnelle et ne sont donc pas contraignantes pour les Etats parties. Tout cela a conduit la Cour de cassation à conclure que l'article 24 de la Charte ne peut pas être invoqué par les travailleurs ou les employeurs dans les litiges portés devant les tribunaux.

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

92. Le Comité considère à la lumière de l'ensemble des éléments ci-dessus que, du fait que dans l'ordre juridique interne français, l'article 24 ne peut être directement appliqué par les juridictions nationales pour garantir une indemnisation adéquate aux travailleurs licenciés sans motif valable, le droit à une indemnité au sens de l'article 24.b de la Charte n'est pas garanti en raison des plafonds fixés par l'article L.1235-3 du code du travail.

93. Le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24.b de la Charte à cet égard. »

Par une troisième décision publiée le 10 mars 2023, le Comité EDS a confirmé la violation par la France de l'article 24.b de la Charte dès lors que les plafonds fixés par le barème ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur et que les tribunaux disposent d'une marge de manœuvre trop étroite de sorte que le préjudice réel subi par le salarié peut ne pas être réparé (Comité EDS, 19 octobre 2022, publié le 10 mars 2023, n° 182/2019, Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube c. France) :

« En ce qui concerne la question de l'indemnisation, le Comité a notamment estimé que les plafonds fixés par l'article L.1235-3 du code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur. En outre, les tribunaux disposent d'une marge de manœuvre étroite pour trancher l'affaire au fond en examinant les circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le travailleur concerné, lié aux caractéristiques individuelles de l'affaire, peut être insuffisamment pris en compte et, par conséquent, ne pas être réparé. En ce qui concerne le cas présent, le Comité réitère ses décisions précédentes et estime que les niveaux d'indemnisation fixés par l'article L.1235-3 ne sont pas dissuasifs pour l'employeur et, par conséquent, n'offrent pas une protection adéquate des travailleurs contre les licenciements illégaux. »

A la suite de ces différentes décisions, le 6 septembre 2023, le Comité des ministres a adopté la recommandation suivante⁸ :

⁸ Recommandation du Comité des ministres, 6 septembre 2023, CM/RecChS (2023)3.

« Le Comité EDS a noté que les organisations réclamantes ont fait valoir qu'aussi bien les planchers que les plafonds introduits par la réforme de 2017 sont inappropriés. Le gouvernement a fait valoir que les plafonds ne sont pas en soi contraires à la Charte et que l'on ne saurait prendre ce seul aspect juridique en considération lorsque l'on examine si la réparation est appropriée. Dans son argumentation en faveur des barèmes d'indemnisation, le gouvernement s'est appuyé sur la décision n° 2018-761 du Conseil constitutionnel. Dans cette décision, fondée sur un contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel a considéré que le plafonnement n'instituait pas des restrictions disproportionnées aux droits des victimes par rapport à l'objectif de renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Le gouvernement a soutenu que le barème a été établi en tenant compte des moyennes constatées des indemnités accordées et qu'il permet donc d'octroyer une indemnité adéquate, en rapport avec le préjudice subi et suffisamment dissuasive. Le Comité EDS a noté que, dans la législation française, le plafond maximal ne dépasse pas 20 mois et ne s'applique qu'à partir de 29 ans d'ancienneté. Le barème est moins élevé pour les salariés ayant peu d'ancienneté et pour ceux qui travaillent dans des entreprises de moins de 11 salariés. Pour ces derniers, les montants minimums et maximums d'indemnisation auxquels ils peuvent prétendre sont faibles et parfois quasi identiques, de sorte que la fourchette d'indemnisation n'est pas assez large. Le Comité EDS a considéré que la "prévisibilité" résultant du barème pourrait plutôt constituer une incitation pour l'employeur à licencier abusivement des salariés. En effet, les plafonds d'indemnisation ainsi définis pourraient amener les employeurs à faire une estimation réaliste de la charge financière que représenterait pour eux un licenciement injustifié sur la base d'une analyse coûts-avantages. Dans certaines situations, cela pourrait encourager les licenciements illégaux.

Le Comité EDS a noté en outre que le plafond du barème d'indemnisation ne permet pas de prévoir une indemnité plus élevée en fonction de la situation personnelle et individuelle du salarié, le juge ne pouvant ordonner une indemnisation pour licenciement injustifié que dans les limites inférieure et supérieure du barème. Pour autant, le Comité EDS a également noté que le barème n'est pas applicable dans un certain nombre d'hypothèses qui correspondent aux situations les plus graves dans lesquelles la sanction est la nullité du licenciement : présence de violations de libertés fondamentales, de situations de harcèlement ou de discrimination, de méconnaissance des protections dues à certaines catégories de salariés, exceptions pour lesquelles la nullité du licenciement est encourue et maintenue, avec un droit à réintégration du salarié et une indemnisation non plafonnée.

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

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

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

Eu égard à la réponse fournie par la France dans laquelle le gouvernement souligne notamment les points suivants :

Le gouvernement se réfère aux deux arrêts de 11 mai 2022 dans lesquels la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'avait pas d'effet direct en droit français. La chambre sociale a en effet constaté que la Charte réclame des États qu'ils traduisent dans leurs textes nationaux les objectifs qu'elle leur fixe et que le contrôle du respect de cette Charte est confié au seul Comité EDS.

La chambre sociale a conclu qu'employeurs comme salariés ne peuvent se prévaloir directement de la Charte dans leurs litiges devant les juridictions internes.

Dans ces mêmes arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé le barème prud'homal introduit par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 compatible avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail prévoyant le versement d'une indemnité adéquate au salarié en cas de licenciement injustifié. La chambre sociale a en effet observé que le droit français prévoit des mécanismes dissuadant les licenciements sans cause réelle et sérieuse. Il permet aussi une indemnisation adéquate en cas de licenciement injustifié, l'indemnisation des licenciements nuls n'étant pas soumise au barème. Enfin, la chambre sociale a établi que l'application de ce barème ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité *in concreto* par les juridictions internes.

Le gouvernement examine attentivement la mise en œuvre du barème prud'homal introduit par l'ordonnance du 22 septembre 2017 et assure de sa pleine collaboration dans le suivi des décisions rendues par le Comité EDS.

Recommande à la France :

- de poursuivre ses efforts visant à garantir que le montant des dommages et intérêts pécuniaires et non pécuniaires accordés aux victimes de licenciement injustifié sans motif valable soit dissuasif pour l'employeur, afin d'assurer la protection des travailleurs contre ces licenciements injustifiés ;
- de réexaminer et modifier, le cas échéant, la législation et les pratiques pertinentes afin de garantir que les indemnités accordées dans les cas de licenciement abusif, et tout barème utilisé pour les calculer, tiennent compte du préjudice réel subi par les victimes et des circonstances individuelles de leur situation ;
- de rendre compte des décisions et mesures prises pour se conformer à la présente recommandation dans le rapport sur le suivi des décisions relatives aux réclamations collectives, à fournir dans deux ans. »

La doctrine, quasiment unanime pour regretter la position adoptée par la chambre sociale au sujet de l'absence d'effet direct de la Charte sociale européenne⁹, a renouvelé ses critiques après la publication des décisions du Comité EDS :

C. Nivard indique¹⁰ :

« Comme attendu, la France a été condamnée le 23 mars 2022 par le Comité européen des droits sociaux dans une décision CGT-FO et CGT c. France. (...) La question se pose de ce qu'il peut être attendu d'une telle condamnation, autrement dit, quelle portée espérer pour cette décision du CEDS ? La réponse est navrante. La portée de la décision est déjà limitée du seul fait du mécanisme de contrôle de la Charte sociale au niveau supranational (I). Sur le plan interne, elle se retrouve de surcroît neutralisée de fait, par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (II).

I. - Une portée limitée par le mécanisme international de contrôle

Quelle valeur juridique attribuer aux décisions du CEDS ? Comme l'a rappelé supra K. Chatzilaou, la réponse est claire pour les membres de la chambre sociale de la Cour de cassation : elles " n'ont pas de caractère contraignant en droit français ". Certains éléments du système de la Charte sociale européenne inclinent effectivement en ce sens. En vertu du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, le CEDS rend formellement un rapport dans lequel il rend ses conclusions quant au respect de la Charte par l'État visé par la réclamation. Puis, il revient au Comité des ministres, sur la base du rapport, d'adopter une résolution ou - en cas de violation - une recommandation. La décision (" rapport ") du CEDS ne clôt donc pas la procédure.

⁹ Voir par exemple : F. Marchadier, « Effet direct des conventions internationales protectrices des droits sociaux fondamentaux », *RTD Civ* 2022, p.861 ; J. Mouly, « Le barème Macron inopportunistement renforcé par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2022, p. 733.

¹⁰ K. Chatzilaou et C. Nivard, « Controverse : la condamnation de la France par le Comité européen des droits sociaux : un coup d'épée dans l'eau ? », *RDT* 2022, p. 483.

Cette dernière s'achève par une décision de l'organe intergouvernemental via des actes n'ayant de surcroît pas de valeur contraignante. Le Comité des ministres a en effet la possibilité de porter une appréciation différente de celle du CEDS. Il est en revanche précisé dans le rapport explicatif au Protocole que l'appréciation juridique du CEDS ne peut être remise en cause, le Comité des ministres ne pouvant fonder sa décision que sur des considérations " de politique sociale et économique ". En pratique, le Comité des ministres a divergé une seule fois de l'appréciation du CEDS lors des premières années de vie de la procédure mais la normalisation des pratiques, après plus d'une centaine de réclamations traitées, porte à croire que cela ne se reproduira plus. En revanche, contrairement à la lettre des traités, le Comité des ministres n'a adopté qu'une seule recommandation faisant suite à un constat de violation. Depuis, il n'a adopté que des résolutions prenant acte du rapport du CEDS et/ou des informations présentées par le gouvernement en cause devant eux. La résolution se contente en définitive d'" appeler de ses vœux " que le gouvernement présente dans son prochain rapport national (dans le cadre de procédure de contrôle périodique) les éléments marquant un progrès ou allant dans le sens de la mise en oeuvre des droits de la Charte. En conséquence, il ne résulte de la procédure de réclamations collectives aucun acte emportant coercition ou sanction pour l'État.

Pour autant, il ne peut être considéré que les décisions du CEDS relèvent du " droit non contraignant " ou encore de la *soft law*. En effet, malgré l'intervention du Comité des ministres, la décision constitue l'appréciation juridique définitive quant au respect de la Charte. Ses décisions revêtent donc de fait une autorité de " chose jugée ", ainsi qu'une autorité de " chose interprétée ". Les États parties sont donc tenus de respecter le sens du constat opéré par le CEDS ainsi que l'interprétation des termes de la Charte retenue par lui. En effet, en adhérant à la Charte sociale ainsi qu'à ses mécanismes de contrôle, ils sont tenus par les principes classiques de *pacta sunt servanda* et d'exécution de bonne foi. La France a ratifié les traités internationaux contraignants que constituent la Charte sociale européenne révisée et son Protocole prévoyant un système de réclamations collectives. Ce faisant, elle s'est engagée non seulement à respecter et mettre en oeuvre les droits qui y sont consacrés mais également à respecter et mettre en oeuvre les appréciations et interprétations de l'organe international de contrôle que la Charte institue. Affirmer que les décisions du CEDS " n'ont pas de valeur contraignante " revient à nier les obligations juridiques de l'État qui découlent de la ratification des traités et accords internationaux visés par l'article 55 de la Constitution. La décision du 23 mars 2022 oblige l'État français, et l'ensemble de ses démembrements, à mettre sa situation en conformité avec la Charte sociale. Si la France maintient l'état de son droit, elle ne sera pas contrainte à l'exécution, ni même sanctionnée. Mais elle violera bien une obligation juridique internationale. Sur le plan international, cela conduira à des constats de violation de la part du CEDS dans de futures conclusions, ainsi qu'à l'adoption de résolutions, éventuellement de recommandations, de la part du Comité des ministres. Sur le plan interne, la sanction est susceptible de provenir des juges ordinaires en charge de contrôle de conventionnalité. Or les récents arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2022 rendent peu probable une telle éventualité.

II. - Une portée neutralisée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation

Par ses arrêts du 11 mai 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a tranché le débat qui persistait devant les juridictions sociales françaises en concluant à la conventionnalité du système de barémisation des réparations en cas de licenciement sans cause réelle. Elle s'est donc positionnée sciemment en sens contraire du CEDS qui s'était déjà prononcé deux mois auparavant. Or, dans le but de contrecarrer les conséquences d'une telle divergence, la motivation des arrêts procède à une véritable neutralisation des effets de la décision européenne. À notre sens, les motifs avancés sont particulièrement douteux au point de s'interroger sur la part d'opportunité qui a présidé lors de la rédaction des arrêts.

De fait, afin de contourner la décision du CEDS, l'arrêt de la chambre sociale Société FSM aboutit à neutraliser, voire annihiler, la Charte sociale européenne révisée elle-même et donc, l'ensemble de son système. En effet, l'arrêt rejette le moyen de l'inconventionnalité en arguant de l'absence " d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers " de l'article 24 de la Charte sociale européenne qui consacre le droit à une protection en cas de licenciement. Il fonde ce constat sur les termes de la Charte selon lesquels les États parties " ont entendu reconnaître des principes et des objectifs, poursuivis par tous les moyens utiles, dont la mise en oeuvre nécessite qu'ils prennent des actes complémentaires d'application " et " ont réservé le contrôle [de cette mise en oeuvre] au seul système spécifique " devant les organes européens (§ 20). Si la conclusion a une portée limitée, l'absence d'effet direct de l'article 24 dans un litige horizontal, la motivation a, quant à elle, des conséquences d'ampleur puisqu'elle permet de justifier le rejet de toute justiciabilité de la Charte sociale dans son ensemble. Or une telle annihilation résulte d'une lecture erronée des termes de la Charte. Non seulement la Charte consacre bien des droits (dans sa partie II) et non pas uniquement des principes et objectifs (listés à la partie I). En outre, le respect de ces droits suppose également des obligations immédiates de la part des États qui ne nécessitent pas d'actes complémentaires d'application (actes complémentaires qui feraient obstacle à tout effet direct). En tout état de cause, la seule existence d'obligations positives des États dans la réalisation des droits fondamentaux n'interdit pas l'effet direct des sources qui les consacrent, comme l'illustre la reconnaissance non discutée de l'effet direct des droits de la Convention européenne des droits de l'homme par exemple. Quant à l'argument de l'exclusivité du contrôle international au détriment du contrôle national, il résulte d'une lecture étriquée des termes de l'Annexe à la Charte sociale qui fait fi non seulement de l'évolution du droit international et de sa doctrine ces soixante-dix dernières années mais également de la pratique des juridictions nationales européennes qui ont été amenées à contrôler le respect des dispositions de la Charte à diverses reprises.

Une telle radicalité du rejet de l'effet direct, et finalement, de toute invocabilité de la Charte sociale européenne devant la Cour de cassation suscite *a minima* de l'étonnement. D'une part, la Cour de cassation ne nous avait pas habitués à une telle fermeture vis-à-vis des conventions internationales. Qu'on se rappelle entre autres exemples, l'arrêt Melki et Abdeli de 2010 (n° 10-40.002) par lequel elle avait instrumentalisé son office de juge de droit commun de l'Union européenne à l'encontre de l'instauration du mécanisme de QPC, ou, encore, l'arrêt CNE de 2008 (n° 07-44.124) écartant l'application de la loi du fait de sa contrariété avec une convention OIT. D'autre part, l'appréciation retenue par la chambre sociale de la

Cour de cassation donne lieu à des incohérences quant à l'état actuel de la jurisprudence française. La première dissonance découle de sa propre jurisprudence dans laquelle elle avait semblé opérer un contrôle de conventionnalité au regard de certaines dispositions de la Charte sociale européenne (ses art. 5 et 6, v. entre autres, Soc. 14 avr. 2010, Société SDMO Industries, n° 09-60.426, D. 2010. 1150, obs. B. Ines ; ibid. 2029, obs. J. Péliissier, M.-C. Amauger-Lattes, A. Arseguel, T. Aubert-Monpeyssen, P. Fadeuilhe, B. Lardy-Péliissier et B. Reynès ; Dr. soc. 2010. 647, note L. Pécaut-Rivolier ; RDT 2010. 276, rapp. J.-M. Béraud ; ibid. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé et Soc. 16 févr. 2011, Société Robert Bosch France, nos 10-60.189 et 10-60.191, D. 2010. 2264, obs. B. Ines, note V. Bernaud et F. Petit ; ibid. 2264 ; ibid. 2011. 840, obs. Équipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; RDT 2010. 564, rapp. J.-M. Béraud), admettant implicitement, si ce n'est leur effet direct, tout du moins leur invocabilité. Par ailleurs, elle s'inscrit en opposition frontale avec la jurisprudence administrative qui a admis en particulier l'effet direct de l'article 24 de la Charte (CE 10 févr. 2014, Fischer, n° 358992, Lebon ; AJDA 2014. 380 ; Dr. soc. 2014. 474, obs. J. Mouly). Enfin, on ne s'explique toujours pas pour quelle raison une distinction est faite avec l'article 10 de la convention OIT n° 158, dont les termes sont similaires à ceux de l'article 24 et dont le mécanisme de contrôle n'est pas plus contraignant que celui de la Charte. La seule explication est ici encore d'opportunité, la chambre sociale ne pouvant se dénier s'agissant d'une convention dont elle avait admis l'effet direct de plusieurs de ses dispositions par le passé (v. C. Nivard, " L'invocabilité des conventions internationales du travail devant les hautes juridictions françaises ", RDT 2019. 808) et dont la formation plénière pour avis avait reconnu récemment l'effet direct de son article 10 (Cass., ass. plén., 17 juill. 2019, avis nos 19-70.010 et 19-70.010, D. 2019. 1916, note T. Sachs ; RDT 2019. 693, étude J.-P. Marguénaud ; RTD civ. 2020. 59, obs. P. Deumier). Il en résulte une différence de traitement entre la Charte sociale et les autres conventions internationales de consécration de droits de l'homme qui ne se justifie pas.

Le message délivré par la chambre sociale est clair : la décision du CEDS du 23 mars 2022 ne doit produire aucun effet dans l'ordre juridique interne. Les juridictions inférieures sont censées se ranger à l'appréciation d'absence d'inconventionnalité de la barémisation que ce soit au regard de la Charte sociale européenne ou de la convention OIT n° 158. Le législateur est " dans son bon droit ". Gare aux rebelles ! Encore faut-il s'accorder sur l'identité des rebelles dans l'histoire... »

Le professeur Mouly et J.-P. Marguénaud indiquent¹¹ :

La « tentative de sanctuarisation du barème Macron par la Cour de cassation ne saurait suffire à le mettre hors d'atteinte de toute critique du droit européen des droits de l'homme entendu comme le droit du Conseil de l'Europe dont la Charte sociale révisée n'est malheureusement pas l'instrument le plus connu. Dès avant la publication de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'un des soussignés avait, le premier, alerté sur le risque d'incompatibilité du nouveau barème français avec les exigences de l'article 24, b de la Charte sociale (8). Ce

¹¹ J. Mouly, J.-P. Marguénaud, « Le barème Macron dans les griffes du droit européen des droits de l'homme », *Dr. soc.* 2023, p. 14.

risque s'est effectivement vérifié par la décision sur le bien-fondé CGT-FO et CGT condamnant ledit barème, rendue le 23 mars 2022 mais publiée seulement le 26 septembre 2022 (9), à la suite d'une procédure dont la durée ne laisse d'étonner (10). Pour prévisible et bienvenu qu'il soit, ce premier coup de griffe au barème n'aura pourtant provoqué, en raison de l'autorité limitée des décisions du CEDS, qu'une simple égratignure (I). Il convient donc de se demander si un second, venu cette fois de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme, ne serait pas envisageable pour lui porter, enfin, le coup décisif (II).

I. - La condamnation du barème par le CEDS : une simple égratignure

On signalera d'abord brièvement que la décision du 23 mars 2022 a été adoptée à l'unanimité, alors que les décisions (11) précédentes sur le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié avaient été acquises seulement à la majorité des voix. C'est dire que la jurisprudence du Comité sur ce point s'est affermie et est aujourd'hui bien consolidée. On notera également que, comme très souvent, des organisations tierces sont intervenues à la procédure, sans développer toutefois d'arguments spécifiques. On remarquera enfin que, comme dans la décision italienne de 2019, le Comité, au titre du " droit pertinent ", fait un recensement très complet des sources prises en compte en citant non seulement le droit onusien et celui de l'OIT, mais également le droit de l'Union européenne, et en particulier le Socle européen des droits sociaux et son principe 7 prévoyant, en cas de licenciement injustifié, un droit à un recours assorti d'une " compensation adéquate ".

Sur le fond, la décision du 23 mars 2022 se situe dans le droit fil des deux précédentes contre la Finlande et l'Italie. En particulier, elle rappelle qu'un système d'indemnisation n'est conforme à la Charte que s'il prévoit : a) l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ; b) la possibilité de réintégration du salarié et/ou c) une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime (§ 153). L'élément " temps " (durée de la procédure...), introduit par la décision italienne, n'a pas été en l'espèce examiné par le Comité de façon séparée, mais envisagé globalement dans le cadre de l'appréciation du caractère adéquat de la réparation. On a pu y voir un recul du Comité (12). La solution s'explique cependant par ce que celui-ci a entendu se " concentrer sur la question de savoir si l'article L. 1235-3 du code du travail respecte les conditions d'une indemnisation adéquate énoncées au point (c) ci-dessus" (§ 154).

Ceci précisé, on notera surtout que, pas plus que dans ses décisions antérieures, le Comité ne donne une définition précise de la notion de réparation " adéquate ". Il indique seulement que les indemnités doivent être " à la fois proportionnelles au préjudice subi par la victime et suffisamment dissuasives pour l'employeur ". De façon très voisine, il ajoute encore que ces indemnités doivent être " en rapport avec le préjudice subi " par le salarié (§ 153). Or ces termes, déjà utilisés dans les décisions précédentes, ne permettent pas de savoir avec certitude si le Comité exige une réparation intégrale du préjudice ou se contente, au contraire, d'une réparation raisonnable de celui-ci. C'est la première solution qui paraît avoir sa préférence puisque, au paragraphe 168 de sa décision, il indique que les indemnités prévues par le barème Macron " ne sont pas suffisamment élevées pour réparer le préjudice

subi par la victime ". On rappellera d'ailleurs que, dès sa décision contre la Finlande, le Comité avait affirmé que le plafond prévu par la loi devait " compenser les pertes et le préjudice subis " par le salarié (§ 49 et 53). On notera cependant que, dans d'autres paragraphes, le Comité laisse entendre que c'est seulement le préjudice moral qui doit faire l'objet d'une réparation intégrale, le préjudice matériel pouvant au contraire être plafonné (§ 153 et 166). En particulier, il n'impose une voie alternative permettant de compléter les plafonds du barème que pour cette catégorie particulière de préjudice. La position du Comité sur ces points n'est donc pas aussi claire qu'on pourrait le penser et mériterait sans doute d'être précisée. Quoi qu'il en soit, dans la décision commentée, le Comité n'a pas eu besoin de choisir entre les deux conceptions de l'indemnité adéquate pour se prononcer. Il lui a suffi de procéder par comparaison. En effet, le Comité ayant déjà jugé, dans sa décision finlandaise, qu'un plafond de 24 mois de salaire était insuffisant pour respecter les exigences de la Charte, il se devait a fortiori d'adopter la même solution pour un plafond de 20 mois qui, de surcroît, n'est applicable qu'aux salariés ayant au moins vingt-neuf ans d'ancienneté (§ 158 et 159). On notera également que le Comité ne se borne pas à stigmatiser le plafond maximal du barème, mais relève aussi que les montants des indemnités prévues pour les salariés ayant peu d'ancienneté, en particulier dans les petites entreprises, sont " faibles ". En réalité, c'est bien l'ensemble des plafonds prévus par le barème qui est considéré par le Comité comme inadéquat.

Le mécanisme français d'indemnisation ne trouve pas davantage grâce auprès du Comité pour ce qui est de son caractère dissuasif. Le gouvernement tentait en effet de soutenir, comme il l'avait déjà fait avec succès devant le Conseil constitutionnel, que l'instauration d'un barème poursuivait essentiellement un objectif de prévisibilité et de sécurité qui n'enlevait rien à son caractère dissuasif. Ce dernier tiendrait en effet davantage à la perspective de la condamnation qu'à son caractère prédéterminé. Sans surprise, c'est un tout autre point de vue qui est adopté par le CEDS. Il considère en effet que " la " prévisibilité " résultant du barème pourrait plutôt constituer une incitation pour l'employeur à licencier abusivement des salariés. En effet, les plafonds d'indemnisation ainsi définis pourraient amener les employeurs à faire une estimation réaliste de la charge financière que représenterait pour eux un licenciement injustifié sur la base d'une analyse coûts-avantages. Dans certaines situations, cela pourrait encourager les licenciements illégaux " (§ 160). Il apparaît ainsi que le Comité condamne toute méthode d'évaluation qui permettrait à l'employeur de connaître en amont le coût d'un licenciement injustifié et d'être dès lors en mesure de savoir s'il restera " profitable " à l'entreprise en dépit de son caractère injustifié. Il stigmatise donc clairement la " violation efficace " du droit qu'autorise la barémisation des indemnités de licenciement injustifié. Cette orientation n'est pas nouvelle, le Comité s'étant déjà engagé sur cette voie dans sa décision italienne de 2019, à propos de " l'option conciliatoire ". En effet, il y reprochait déjà à celle-ci de " permettre à l'employeur de se soustraire à une procédure judiciaire tout en maîtrisant les frais du licenciement grâce à un plafonnement plus avantageux de l'indemnité négociée " (13) (§ 19 et 22). Enfin, l'argument du gouvernement selon lequel l'employeur qui a procédé à un licenciement sans cause réelle et sérieuse doit rembourser, dans la limite de six mois, les allocations chômage versées au salarié par Pôle emploi n'est même pas examiné par le Comité. En effet, selon ce dernier, c'est l'indemnité versée au salarié

qui doit en elle-même être dissuasive du licenciement, abstraction faite des sanctions complémentaires qui peuvent frapper l'employeur (§ 153). La solution doit être approuvée car, si l'indemnité à laquelle le salarié peut prétendre est trop faible, celui-ci n'a plus aucun intérêt à la demander et, faute d'action en justice, les sanctions complémentaires prévues par la loi risquent de rester lettre morte (14). Tel est bien le cas en droit français où le remboursement des allocations chômage ne peut être ordonné que si le salarié a au préalable saisi le juge et fait condamner l'employeur.

Le Comité EDS reproche également au barème français de ne pas prendre suffisamment en compte la situation " personnelle et individuelle du salarié " (§ 161). En creux, le Comité fait grief au barème Macron de ne retenir qu'un seul paramètre d'évaluation du préjudice : l'ancienneté. Il est significatif à cet égard que, dans sa motivation (§ 162), le Comité rappelle la position de la Cour constitutionnelle italienne qui, se référant à l'article 24 de la Charte tel qu'interprété par le Comité, considère au contraire que le juge doit prendre en considération d'autres facteurs. Dans le même ordre d'idées, le Comité stigmatise le barème Macron pour prévoir des montants minimums et maximums " parfois quasi identiques, de sorte que la fourchette d'indemnisation n'est pas assez large " (§ 159). En effet, dans ces hypothèses, le juge ne dispose pas non plus d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour pouvoir adapter l'indemnité à la situation personnelle du salarié. C'est même, comme on a pu l'écrire (15), la fonction de juger qui se trouve alors entamée. Enfin, le Comité reproche au système français d'indemnisation de ne pas autoriser le juge à dépasser les limites prévues par le barème, ce qui là encore ne permettrait pas de tenir compte de la situation personnelle de certains salariés (§ 162). Le Comité paraît ici anticiper l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2022 par lequel celle-ci a refusé d'admettre le contrôle de conventionnalité in concreto. Il ne restait plus alors au Comité qu'à envisager la question dite de la " voie alternative ".

On se souvient en effet que, dans ses décisions précédentes, le Comité admettait la conventionnalité d'un barème dès lors qu'il existait dans l'ordre juridique interne une autre voie de droit permettant de réparer de manière adéquate le préjudice subi par le salarié. Dans la décision italienne, le Comité exigeait cependant que cette voie alternative s'appuie sur une jurisprudence " stable et consolidée " et présente un caractère " général ", susceptible de permettre la réparation du préjudice dans tous les cas de figure. Or ces conditions n'ont pas permis à l'argumentaire du gouvernement français de prospérer. En effet, le Comité relève que le mécanisme français d'indemnisation constitue une "*lex specialis* qui s'applique en lieu et place du droit commun de la responsabilité civile". Il en découle, selon lui, que ce droit commun " ne s'applique [...] que pour obtenir une indemnisation complémentaire pour un préjudice distinct (16) de celui lié à la perte d'emploi injustifiée " (§ 165). Il ne peut donc constituer la voie alternative permettant d'accorder un complément de réparation lorsque les plafonds du barème apparaissent insuffisants. Il en est ainsi d'abord - encore que l'hypothèse ne soit pas explicitement envisagée par le Comité - pour l'action en licenciement abusif ou vexatoire puisqu'elle tend à réparer, non le préjudice résultant de la perte injustifiée de l'emploi, mais l'atteinte à la réputation du salarié licencié. Ensuite, le Comité indique que, " l'indemnisation du préjudice moral [...] étant incluse dans le plafonnement ", le droit aux allocations chômage, qui répare seulement un préjudice financier, ne saurait compenser ce défaut du barème

et constituer la voie de droit appropriée. On pourrait encore ajouter que, ce droit étant de toute façon ouvert à tous les salariés ayant perdu leur emploi à la suite d'un licenciement, il ne saurait réparer spécifiquement le préjudice lié à une perte injustifiée de l'emploi. Enfin, si le Comité concède que certaines indemnités peuvent ne pas être totalement étrangères à ce type de préjudice, notamment en matière de licenciements économiques, il constate néanmoins " qu'elles ne s'appliquent pas à tous les cas de licenciements injustifiés, mais [seulement] dans certains cas limités " (§ 167). L'absence de caractère général de ces voies de droit complémentaires ne leur permet donc pas d'être la voie alternative appropriée. En conséquence, le Comité conclut à la violation de l'article 24, b de la Charte par la France.

La question se pose alors de savoir si, compte tenu de l'autorité limitée des décisions du CEDS, cette condamnation ne risque pas de constituer pour les salariés une simple victoire symbolique dépourvue de toute conséquence tangible (17). Certains auteurs (18) ont bien tenté de démontrer que, quoique privées de force exécutoire, les décisions du Comité n'en étaient pas moins " obligatoires " pour l'État condamné puisqu'il a accepté de se soumettre à son contrôle et à la procédure des réclamations collectives. Si, en soi, cette analyse n'est guère contestable, il faut cependant reconnaître que, bien qu'obligatoires pour l'État condamné, les décisions du Comité n'en demeurent pas moins dépourvues de force exécutoire et, par voie de conséquence, de tout effet contraignant. Dans ces conditions, le coup de griffe donné par le CEDS au barème Macron ne peut guère provoquer qu'une simple égratignure. Il importe dès lors de lui en donner un second, venu cette fois de la Convention et de la CEDH, dont on peut penser qu'il sera plus efficace puisque les arrêts de la Cour de Strasbourg sont, eux, assortis de force contraignante. Il pourrait peut-être alors être donné au barème Macron le coup de grâce. »

5.1.4.3 - La conventionnalité du barème au regard de la Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001

La Directive « Transfert » 2001/23/CE du 12 mars 2001 « tend à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant » (CJCE, 15 juin 1988, n° 101/87, « Bork International »). Elle n'a ainsi pas pour but ou pour effet premier d'assurer le maintien des emplois. Le but poursuivi est de garantir aux travailleurs, dans leur relation avec leur nouvel employeur, le « maintien des droits » qui étaient les leurs dans les relations avec l'ancien. Il s'agit donc davantage de maintenir un statut plutôt que de garantir un emploi. A ce titre, la Directive n'impose aucune exigence d'indemnisation particulière de la rupture des contrats de travail survenus malgré le transfert.

C'est, plus précisément, l'article 3 de la Directive qui impose le transfert au cessionnaire des droits et obligations résultant, pour le cédant, du contrat de travail ou de la relation de travail l'unissant aux salariés concernés :

« 1. Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

Les États membres peuvent prévoir que le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert.

2. Les États membres peuvent adopter les mesures appropriées pour garantir que le cédant notifie au cessionnaire tous les droits et les obligations qui lui seront transférés en vertu du présent article, dans la mesure où ces droits et ces obligations sont connus ou devraient être connus du cédant au moment du transfert. Le fait que le cédant omette de notifier au cessionnaire l'un ou l'autre de ces droits ou obligations n'a pas d'incidence sur le transfert de ce droit ou de cette obligation ni sur les droits des salariés à l'encontre du cessionnaire et/ou du cédant en ce qui concerne ce droit ou cette obligation.

3. Après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.

Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.

4. a) Sauf si les États membres en disposent autrement, les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent pas aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale des États membres.

b) Même lorsqu'ils ne prévoient pas, conformément au point a), que les paragraphes 1 et 3 s'appliquent à de tels droits, les États membres adoptent les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert, en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires visés au point a). »

Seul l'article 4 de la Directive concerne directement le licenciement des salariés travaillant dans l'entreprise du cédant *in bonis*. Il dispose :

« 1. Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Les États membres peuvent prévoir que le premier alinéa ne s'applique pas à certaines catégories spécifiques de travailleurs qui ne sont pas couverts par la

législation ou la pratique des États membres en matière de protection contre le licenciement.

2. Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur. »

L'article 4, § 1, ne fait ainsi pas obstacle aux licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation. En revanche, le transfert ne peut constituer en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.

La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les travailleurs licenciés par le cédant avant le transfert d'entreprise, en violation de ce texte, et non repris par le cessionnaire, peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité de la rupture. Ils doivent alors être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert (CJCE, 12 mars 1998, aff. C-319/94, Jules Dethier Équipement SA contre Jules Dassy et Sovam SPRL) :

« 34 A cet égard, il y a lieu d'observer que l'article 4, paragraphe 1, assure la protection des droits des travailleurs contre le licenciement justifié par le seul motif du transfert tant vis-à-vis du cédant que vis-à-vis du cessionnaire.

35 D'ailleurs, la Cour a déjà estimé que **les travailleurs dont le contrat ou la relation de travail ont pris fin avec effet à une date antérieure à celle du transfert, en violation de l'article 4, paragraphe 1, doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert avec la conséquence, notamment, que les obligations de l'employeur à leur égard sont transférées de plein droit du cédant au cessionnaire** (arrêt du 15 juin 1988, Bork International e.a., 101/87, Rec. p. 3057, point 18).

(...)

38 Par la seconde partie de la seconde question, le juge national vise à savoir, en substance, si les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité dudit licenciement.

39 D'une part, **il résulte de l'arrêt Bork International e.a., précité, que les travailleurs licenciés avant le transfert d'entreprise en violation de l'article 4, paragraphe 1, doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert.**

40 D'autre part, il est de jurisprudence constante (voir, notamment, arrêt du 10 février 1988, Daddy's Dance Hall, 324/86, Rec. p. 739, point 14) que les règles de la directive, et notamment celles relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement en raison du transfert, doivent être considérées comme impératives, en ce sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs.

41 Par conséquent, **le contrat de travail de la personne licenciée irrégulièrement peu de temps avant le transfert doit être considéré comme encore existant vis-à-vis du cessionnaire, même si le travailleur licencié n'a pas été repris par ce dernier après le transfert d'entreprise.**

42 Pour ces raisons, il y a lieu de répondre à la seconde partie de la seconde question préjudicielle que **les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité dudit licenciement.** »

Ainsi, la Directive « Transfert » appelle une réponse ferme de la part des Etats membres dont la législation doit permettre d'ordonner la poursuite du contrat de travail auprès du cessionnaire. Toute autre sanction ne saurait être de nature à assurer l'effectivité de la norme européenne.

Si le droit européen impose aux Etats membres de considérer comme existant vis-à-vis du cessionnaire le contrat de travail de la personne irrégulièrement licenciée en violation de la législation applicable aux transferts, il ne comporte, spécifiquement, aucune disposition relative à l'indemnisation de ce type de licenciement.

En droit interne, l'article L. 1224-1 (ancien article L. 122-12, alinéa 2) du code du travail, issu de la transposition en droit national de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, dispose :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

Dès lors que les conditions de l'article L. 1224-1 du code du travail sont remplies, le contrat de travail du salarié se poursuit de plein droit, de manière impérative et automatique par le seul effet de la loi, avec le nouvel employeur (Soc., 12 juin 2007, pourvoi n° 05-44.337), aux conditions en vigueur au jour du changement d'employeur.

Ces dispositions sont d'ordre public (Soc., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-10.179). Le changement d'employeur qui résulte du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés (Soc., 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-41.713, Bull. 2004, V, n° 331), peu importe le refus du salarié (Soc., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-44.006, Bull. 2002, V, n° 221).

Il en résulte que, si l'employeur initial ou le nouvel employeur disposent du pouvoir de licencier un salarié, le licenciement opéré ne doit pas porter atteinte aux règles d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail.

La Cour de cassation a hésité sur la sanction à retenir lorsqu'un licenciement était intervenu en violation des dispositions de cet article. Faute de texte énonçant la nullité d'un tel licenciement, cette sanction n'a pas été retenue.

Avant de fixer sa jurisprudence, la chambre sociale jugeait régulièrement que des licenciements prononcés en violation de l'article L. 122-12, devenu l'article L. 1224-1, du code du travail étaient « dépourvus de cause réelle ou sérieuse », « abusifs » ou « illégitimes » (Soc., 17 juillet 1990, pourvoi n° 86-40.155, Bull. 1990, V, n° 372 ; Soc., 17 juillet 1990, pourvoi n° 87-40.867, Bull. 1990, V, n° 372 ; Soc., 27 juin 1995, pourvoi n° 94-40.359, Bull. 1995, V, n° 217 ; Soc., 12 juillet 1995, pourvoi n° 94-40.358).

Dans certains arrêts toutefois, elle retenait que les licenciements, prononcés en violation des dispositions de l'article L. 122-12 du code du travail, étaient sans effet.

Soc., 10 juin 1982, pourvoi n° 81-11.725, Bull. 1982, V, n° 389 :

« Nonobstant de **prétendus licenciements qui étaient restés sans effet**, les intéressés avaient, en fait, continué leur travail au service du nouvel exploitant, de telle sorte que les congédiements avaient simplement entraîné la disparition des liens les unissant au premier exploitant et qu'en vertu de l'article L. 122-12 du code du travail, leur contrat de travail avait subsisté avec le second, la cour d'appel a fait une fausse application de ce dernier texte ».

Soc., 26 octobre 1994, pourvoi n° 93-43.521 :

« Vu l'article L. 122-12 du Code du travail ;

Attendu que cet article, dont les dispositions sont d'ordre public, s'impose tant aux salariés qu'aux employeurs ; qu'il s'applique, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Attendu que la société Meubles Sachet a cédé, le 18 septembre 1991, à la société Meubles et décors un fonds de commerce ; que Mme [X...], au service de la société Meubles Sachet, en qualité de femme de ménage, a été licenciée le 19 septembre 1991 et embauchée le 7 octobre suivant par la société Meubles et décors ; que la salariée a attiré le premier employeur devant la juridiction prud'homale afin d'obtenir notamment le paiement d'indemnités de rupture ;

Attendu que pour accueillir la demande, le jugement attaqué a retenu que l'article L. 122-12 du Code du travail était inapplicable en raison du licenciement de l'intéressée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté que la salariée avait continué d'exercer ses fonctions au service du nouvel employeur et que, dès lors, **son licenciement, qui ne pouvait faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, était resté sans effet**, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ».

Commentant ce dernier arrêt, le professeur Blaise y voit la consécration d'un « principe », ainsi formulé : lorsqu'un salarié continue à exercer ses fonctions au

service du nouvel employeur, un licenciement, même parfaitement régulier, prononcé par le précédent employeur reste sans effet, car il ne saurait faire échec aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, qui s'imposent tant aux salariés qu'aux employeurs¹².

Rejoignant cette analyse, le professeur Morvan indique¹³ :

« L' "inefficacité" [a] acqui[s] le rang de sanction commune du licenciement prononcé en violation de l'article L. 1224-1, aussi bien dans les entreprises en cessation de paiements que dans les entreprises *in bonis*, indépendamment de toute fraude avérée (que ce soit par la volonté exprimée du cédant ou du cessionnaire de dégraisser l'effectif avant la cession ou par le réembauchage ultérieur de salariés licenciés). A ainsi été répudiée la sanction naguère classique du licenciement irrégulier. »

Cet auteur relève toutefois que « le fil des conséquences » du principe, suivant lequel le licenciement prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail est sans effet, a été « long à débobiner »¹⁴.

C'est par l'arrêt « Guermonprez » du 20 janvier 1998 que la Cour de cassation a adopté une « position plus radicale »¹⁵ et a jugé que, dès lors que le transfert d'une entité économique autonome entraîne, de plein droit, le maintien avec le nouvel employeur des contrats de travail qui y sont attachés, il prive d'effet les licenciements pour motif économique prononcés par le cédant à l'occasion de ce même transfert. Ainsi la cession du fonds de commerce, par décision du juge-commissaire, d'une société faisant l'objet d'une décision de liquidation judiciaire, entraîne-t-elle le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité a été poursuivie par la société cessionnaire, qui est tenue de reprendre les contrats de travail en application de l'article L. 122-12 du code du travail, et il en résulte que les licenciements prononcés par le mandataire-liquidateur sont « sans effet » (Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-40.812, Bull. 1998, V, n° 16) :

« Mais attendu que si comme le soutient exactement le pourvoi, la cession du fonds de commerce exploité par la société Pompes Maroger a entraîné le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité a été poursuivie par la société Vallat-Irrig-Elec qui était tenue, en application de l'article L. 122-12 du Code du travail de reprendre les contrats de travail des salariés, il en résulte seulement que les licenciements prononcés par le mandataire liquidateur étaient **sans effet**. »

¹² H. Blaise, Observations sous Soc., 26 octobre 1994, pourvoi n° 93-43.521, *Dr. soc.* 1995, p. 55.

¹³ P. Morvan, « Transfert d'entreprise. - Effets. Relations individuelles », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 19-52, n° 159.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ P. Morvan, « Transfert d'entreprise. - Effets. Relations individuelles », *préc.*, n° 158.

Selon le professeur Morvan¹⁶ :

« À partir de l'arrêt Guermonprez, la sanction du licenciement "sans effet" a, par son ampleur, largement éclipsé l'exception de fraude, en lui empruntant sa conséquence majeure.

Lorsque les licenciements sont réputés "sans effet" ou "de nul effet", le juge est conduit à renverser et amplifier la sanction habituelle de leur irrégularité. L'originalité essentielle de la notion d'inefficacité par rapport à celle d'absence de cause réelle et sérieuse consiste à imputer au cessionnaire le coût d'une rupture prononcée par le cédant ; le paiement des indemnités de rupture incombe de plein droit au cessionnaire, quand bien même il n'aurait repris aucun des salariés concernés.

Parallèlement, le salarié licencié qui avait dirigé son action en paiement d'indemnités de rupture contre le premier employeur devait être débouté de sa demande : le cessionnaire étant "tenu de reprendre les contrats de travail des salariés", il pouvait seul figurer en qualité de défendeur dans l'action en justice introduite par ces derniers (Cass. soc., 20 janv. 1998 , préc. - Cass. soc., 18 déc. 2000 : Bull. civ. V, n° 425). Par exception, la condamnation du cédant "en qualité de coauteur du dommage subi par le salarié" était justifiée s'il apparaissait un "accord illicite des deux parties pour éluder les dispositions de l'article [L. 1224-1]" (Cass. soc., 16 janv. 2001 : Bull. civ. V, n° 6 , concernant la cession d'un service de radiologie par une clinique à des médecins).

Mais la Cour de cassation est parvenue progressivement à s'élever au-dessus de ces solutions particulières et à bâtir une véritable théorie du licenciement "sans effet". De ce point de vue théorique, dont l'horizon n'a commencé à se dégager qu'à partir de 2002, l' "inefficacité" du licenciement signifie très exactement que ni les employeurs successifs ni le salarié concerné ne peuvent opposer (c'est-à-dire invoquer) la rupture du contrat de travail afin d'asseoir un droit ou une prétention quelconque. Le contrat ayant été transféré de plein droit, il est censé n'avoir jamais été rompu et cette continuité s'impose à tous les protagonistes. »

Le professeur Morvan ajoute que « la clarté du droit positif est altérée par certaines incohérences ».

On sait, en effet, depuis l'arrêt « Maldonado », que le licenciement d'un salarié prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie est privé d'effet et le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant (Soc., 20 mars 2002, pourvoi n° 00-41.651, Bull. 2002, V, n° 94). Ainsi le salarié, licencié à l'occasion d'un tel transfert, peut, à son choix, soit demander au repreneur la poursuite de son contrat de travail, qui est alors censé n'avoir jamais été rompu, soit demander à son

¹⁶ P. Morvan, « Transfert d'entreprise. - Effets. Relations individuelles », préc., n° 159.

ancien employeur, qui l'a licencié, la réparation du préjudice résultant de cette rupture.

Vis-à-vis du cédant :

Le professeur Morvan relève l'existence d'un paradoxe en soulignant que « le licenciement sans effet produit... plus d'un effet »¹⁷. A ce titre, il indique :

« Si un licenciement prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique dont l'activité est poursuivie est privé d'effet, **le salarié peut toutefois demander à celui qui l'a licencié en méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail la réparation du préjudice en résultant ; de même, l'employeur cédant s'expose au paiement de dommages-intérêts et au remboursement d'indemnités de chômage versées à la suite de ce licenciement.** »

En réalité, si l'on se place sur le terrain des relations entre le salarié et le cédant c'est-à-dire si l'on se place dans l'hypothèse où le salarié a opté pour une indemnisation, par celui-ci, de la rupture de son contrat de travail, ce contrat, dont la poursuite n'a pas été demandée, a bien été rompu. Le licenciement, prononcé par le cédant, n'est pas remis en cause dans son existence mais, uniquement, dans son bien-fondé. Il ne s'agit donc pas d'un licenciement privé d'effet mais d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont l'indemnisation ouvre droit au paiement d'une indemnité sans cause réelle et sérieuse.

Mais, le salarié ne peut prétendre à une telle indemnisation que lorsque le nouvel employeur refuse, les conditions posées par l'article L. 1224-1 du code du travail étant satisfaites, de poursuivre le contrat de travail du salarié (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-40.447, Bull. 2009, V, n° 127) :

« Attendu cependant, d'une part, que **si le salarié licencié pour motif économique à l'occasion du transfert de l'entreprise peut demander au cédant réparation du préjudice que lui cause la perte de son emploi, c'est à la condition que le contrat de travail ne se soit pas poursuivi avec le cessionnaire** ; d'autre part, que, sauf en cas de collusion frauduleuse, les modifications apportées par le cessionnaire aux contrats de travail des salariés passés à son service, à la suite du changement d'employeur, ne peuvent constituer un manquement du cédant à ses obligations ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations qu'après leur licenciement par le liquidateur judiciaire les salariés étaient effectivement passés au service du cessionnaire, lequel était responsable de la modification de leur contrat de travail, qu'il avait seul décidée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Dans le même sens, Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-30.646 ; Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 10-26.504.

¹⁷ P. Morvan, préc., n° 160.

Vis-à-vis du cessionnaire :

Si l'on se positionne dans les rapports entre le salarié et le cessionnaire c'est-à-dire si l'on se place dans l'hypothèse où le salarié a choisi de s'adresser au repreneur, le licenciement, préalablement prononcé par le cédant, est privé d'effet.

Dans ce cas, la condamnation du cessionnaire suppose qu'il se soit opposé à la poursuite du contrat de travail, son refus constituant une violation de l'article L. 122-12, devenu l'article L. 1224-1, du code du travail (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 07-45.029 ; Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.862). Il appartient dès lors au juge de rechercher si le salarié a vainement demandé au repreneur la poursuite de son contrat de travail (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-30.020).

Lorsque celui-ci s'est vu opposé un refus de poursuite de son contrat, le salarié peut saisir le juge pour obtenir :

- la résiliation judiciaire de son contrat de travail (Soc., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.215) ;
- la poursuite de celui-ci (Soc., 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40.276) :

« Sur le moyen unique du pourvoi principal de la société FLD :

Attendu que la société France location distribution fait grief à l'arrêt d'avoir jugé que le contrat de travail de M. [X...] lui a été transféré le 1^{er} octobre 2001, d'avoir considéré que la rupture du contrat de travail du salarié intervenue le 14 janvier 2002 lui était imputable, et en conséquence l'avoir condamnée à payer au salarié des sommes en raison de cette rupture alors, selon le moyen :

1°/ que l'application de l'article L. 122-12 du code du travail emporte le transfert du contrat de travail des seuls salariés affectés à l'entité économique concernée ; qu'il appartient donc aux juges du fond de déterminer précisément les limites de l'entité intéressée par le transfert ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a elle-même constaté que la convention de cession conclue entre les sociétés Anthes et France location distribution précisait qu'elle concernait l'activité logistique de la société Anthes limitée aux «chauffeurs titulaires d'un permis poids lourds affectés à cette activité ainsi que le matériel (camions mis à disposition des chauffeurs)» ; qu'en affirmant que le contrat de travail des salariés, qui n'avait pas le permis poids lourd, avait été transféré par application de l'article L. 122-12 du code du travail au prétexte qu'il était attaché à l'activité logistique, sans dire en quoi il n'aurait pas existé au sein même de l'activité logistique une entité autonome constituée des seuls poids lourds et du personnel nécessaire à leur utilisation, seule transférée tel que le prévoyait la convention des parties, le contrat de travail des salariés n'étant dès lors pas concerné par la cession, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-12 du code du travail ;

2°/ que le salarié licencié par l'employeur cédant à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ne peut demander qu'à cet employeur, auteur du licenciement illicite, la réparation du préjudice en résultant ;

qu'en l'espèce, le contrat de travail de M. [X...] ayant été illégalement rompu par la société Anthes, seule cette dernière pouvait être condamnée à indemniser le salarié ; qu'en condamnant le repreneur à supporter les conséquences de la rupture, la cour d'appel a violé l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail ;

3°/ que le simple fait qu'aucun travail n'ait été confié à un salarié n'emporte pas rupture du contrat de travail dès lors que le salarié n'en a pas pris acte ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a cru devoir retenir que la société France location distribution était devenue l'employeur de M. [X...] depuis le 1^{er} octobre 2001, et que le licenciement prononcé par la société Anthes le 14 janvier 2002 était nul ; qu'en retenant que «la rupture du contrat de travail est cependant de fait intervenue à compter du 14 janvier 2002, la société France location distribution n'ayant pas offert d'emploi [au salarié]», la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'existence d'une rupture du contrat de travail des salariés a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a constaté que l'ensemble de l'activité livraison ou logistique de la société Anthes a été transféré à la société France location distribution, que cette branche d'activité comprenait un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ; qu'elle en a dès lors exactement déduit l'existence d'un transfert d'une entité économique autonome et ainsi légalement justifié sa décision ;

Et attendu, ensuite, qu'ayant constaté que la société cessionnaire, en refusant de poursuivre les contrats de travail des salariés qui relevaient de l'entité transférée, s'était opposée à l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle devait **indemniser le salarié du préjudice subi à ce titre** ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident du salarié :

Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 ;

Attendu que pour débouter M. [X...] de sa demande fondée sur la poursuite de son contrat de travail à compter du 1^{er} octobre 2001, la cour d'appel a retenu que bien que le contrat de travail du salarié ait été transféré de plein droit à la société FLD dès le 1^{er} octobre 2001 et que celle-ci ait rompu de façon injustifiée la relation de travail, cette rupture n'ouvrait pas pour autant droit à une réintégration, car une telle mesure, dérogatoire du droit commun de la rupture du contrat de travail devait être expressément prévue par une disposition légale ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu, cependant, que s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification se poursuivent de plein droit avec le nouvel employeur ; qu'il s'ensuit que les salariés

relevant de l'entité transférée sont **en droit d'exiger la poursuite de leur contrat de travail par le nouvel employeur** ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que M. [X...] se prévalait des effets de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail pour demander à son nouvel employeur le paiement de salaires dus à compter de la reprise de l'entité économique transférée en octobre 2001, et alors que le licenciement prononcé était à cet égard sans portée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

- ou, la condamnation de celui-ci à lui payer des indemnités de rupture pour licenciement injustifié (Soc., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-44.667 ; Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-41.434) le refus du nouvel employeur de poursuivre le contrat de travail s'analysant en un licenciement (de sa part et non plus de la part du cédant).

Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail mais qu'il sollicite, auprès du cessionnaire, l'indemnisation du préjudice découlant de son licenciement « privé d'effet », la chambre sociale a jugé, dans un arrêt du 28 septembre 2022, que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail lui étaient applicables (Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-17.213) :

« 6. La société Hydr'o Berry fait grief à l'arrêt de la condamner à verser au salarié diverses sommes pour licenciement abusif, alors :

« 1° / que le licenciement d'un salarié, prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au transfert d'entreprise, est privé d'effet, de sorte que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail ne sont pas applicables ; qu'en en faisant application, après avoir jugé que le licenciement du salarié était privé d'effet, la cour d'appel a violé ce texte par fausse application ;

2° / que lorsque son licenciement est privé d'effet, le salarié, qui n'entend pas demander au repreneur la poursuite de son contrat de travail, ne peut réclamer à l'auteur de la rupture que la réparation du préjudice qu'il a effectivement subi ; qu'en fixant à 25 000 euros le préjudice subi par le salarié pour perte d'emploi, après avoir constaté que, tandis que son contrat a pris fin le 12 février 2018, celui-ci avait, dès le 1er mars suivant, constitué la société, dénommée Berry Maintenance Industrielle exerçant une activité concurrente de celle de la société Hydr'o Berry, la cour d'appel a violé le principe de la réparation intégrale ;

3° / qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si le salarié n'avait pas bénéficié dans le cadre du contrat de sécurisation qu'il a conclu avec la société HBT, de l'allocation de sécurisation professionnelle lui permettant de percevoir pendant douze mois une somme correspondant à son salaire net antérieur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de la réparation intégrale. »

Réponse de la Cour

7. La cour d'appel, qui a constaté l'existence d'un concert frauduleux entre les employeurs successifs, la société HBT et la société Hydr'o Berry, pour priver le salarié des droits qu'il tenait de l'article L. 1224-1 du code du travail, en a exactement déduit que **le licenciement était privé d'effet et que chacun d'eux devait supporter les conséquences dommageables de la rupture du contrat de travail, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail.**

8. Elle a ensuite, sans violer le principe de la réparation intégrale et sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, souverainement évalué le préjudice du salarié résultant de la perte injustifiée de son emploi.

9. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Cette solution induit, de l'avis du rapporteur, qu'un licenciement privé d'effet est soumis au barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail.

Ainsi le licenciement prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail permet-il au salarié, n'ayant pas reçu, de la part du cessionnaire, une offre de reprise aux mêmes conditions, de s'adresser soit à l'auteur du licenciement pour lui demander la réparation du préjudice résultant de la rupture, soit au repreneur pour qu'il poursuive le contrat de travail aux mêmes conditions ou assume les conséquences de son refus. Ainsi la sanction tenant à la privation d'effet du licenciement ne se réduit-elle pas à la possibilité d'obtenir l'indemnisation de la perte d'emploi.

Il convient dès lors de se demander si l'effectivité du droit de l'Union n'est pas, en elle-même, assurée par l'option ouverte au profit du salarié. A ce titre, on pourrait penser que la sanction attachée au licenciement dépourvu d'effet doit s'apprécier dans sa globalité, de sorte que la question de l'indemnisation d'un tel licenciement et de son montant, qui n'en est que l'un des aspects, ne présenterait pas, à elle seule, un caractère déterminant.

5.1.5 - Les conséquences concrètes de l'application du barème

Plusieurs études ont été menées pour tenter d'analyser les effets de l'instauration du barème sur le contentieux prud'homal en général et sur le montant des indemnités allouées aux salariés en particulier¹⁸. Pour leur présentation exhaustive, il sera

¹⁸ France stratégie, *Rapport d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, décembre 2021, p. 145 s. ; R. Dalmasso et C. Signoretto, « Une première évaluation du "barème" d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2022, p. 135 ; R. Dalmasso et E. Serverin, « Quelle place pour les faits dans la mesure de l'effet des règles ? Une autre interprétation *in abstracto* est possible », *Dr. soc.* 2022, p. 729 ; France Stratégie, *Rapport d'évaluation de l'impact du barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse*, février 2024 ; P. Cahuc et S. Carcillo, « Les effets inattendus (?) de la barémisation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2024, p. 920 ; R. Dalmasso, « Contentieux des

renvoyé au rapport établi par M. Le conseiller référendaire Carillon dans son étude du pourvoi n° 24-10.362.

Le professeur Mouly synthétise ces différentes études de la manière suivante¹⁹ :

« La doctrine a généralement considéré, parfois pour le regretter, que les arrêts du 11 mai 2022 réglaient, sinon définitivement, au moins pour un bon bout de temps, la question de la conventionnalité du barème Macron (1). Rétrospectivement, même si nous ne disposons encore que d'un faible recul, on peut dire qu'elle ne s'était pas trompée. La fièvre est aujourd'hui retombée. Les juges du fond sont rentrés dans le rang et **les conseils des salariés ont imaginé d'autres stratégies convoquant les atteintes aux libertés fondamentales ou la notion de licenciement abusif**. Aujourd'hui, l'heure serait donc plutôt au bilan. Des études ont en effet été publiées sur les premières applications du barème par les juges du fond mais, comme naguère pour sa conventionnalité, les auteurs sont loin d'être unanimes sur leurs résultats. Pour les uns, plutôt des juristes, l'application du barème aurait conduit à une baisse généralisée de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, particulièrement sensible pour les salariés de faible ancienneté, lesquels seraient les "grands perdants" de la réforme (2). Pour d'autres, au contraire, plutôt des économistes, la baisse serait globalement modérée et de toute façon compensée par la hausse corrélative d'autres indemnités, notamment celle de l'indemnité de licenciement (3). Une réforme pour rien, en somme, sauf à constater une **augmentation constante du nombre des actions en nullité du licenciement confirmant la stratégie de contournement du barème adoptée par les conseils** (4). On n'entrera pas dans ce débat d'experts, mais tous les auteurs semblent néanmoins d'accord pour reconnaître que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus pour les salariés ayant peu d'ancienneté les décourage le plus souvent d'agir en justice. On ne doit plus parler alors de baisse des indemnisations, mais de leur disparition pure et simple. Quoi qu'ait pu en dire la Cour de cassation, c'est bien alors le droit d'agir en justice qui est remis en cause (5). »

L'arrêt critiqué par le présent pourvoi écartant le barème d'indemnisation des licenciements injustifiés prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail pour étendre le champ d'application de l'article L. 1235-3-1 du même code aux licenciements privés d'effet, aux motifs que ceux-ci produiraient peu ou prou les mêmes conséquences qu'un licenciement nul, il apparaît intéressant au rapporteur de revenir sur les conclusions des études relatives à l'augmentation constante du nombre des actions en nullité des licenciements.

barèmes : critique par un juriste d'une évaluation d'économistes », *Dr. soc.* 2024, p. 926 ; P. Cahuc et S. Carcillo, « Réponse à Raphaël Dalmasso », *Dr. soc.* 2024, p. 932.

¹⁹ J. Mouly, « Conventionnalité du barème Macron : la Cour de cassation persiste et signe », préc.

Le rapport d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, établi par France stratégie au mois de décembre 2021, indiquait ne pas avoir procédé à cette analyse :

« Sur l'analyse du contentieux, différents points restent à approfondir, en particulier pour apprécier une éventuelle évolution des motifs de licenciement (en lien avec l'augmentation de l'indemnité légale de licenciement), ainsi que pour mesurer les effets du barème sur la nature des contentieux (éventuel report sur des motifs de nullité du licenciement pour lesquels le barème ne s'applique pas, en particulier motifs de discrimination ou harcèlement) »²⁰.

Le syndicat CFDT appelait à rester vigilant sur ce point, mais il se concentrait sur les nullités sanctions du harcèlement moral et de la discrimination²¹ :

« Le rapport dresse le constat à juste titre d'un recul du nombre de recours juridiques ainsi qu'une baisse du montant des indemnités versées. Il fait cependant l'impasse sur des effets "rebonds" tels que l'encouragement des salariés à invoquer les causes de nullité pour écarter le barème en allant par exemple sur le terrain du harcèlement moral et de la discrimination. Un risque latent de banaliser ces thématiques et de passer à côté du vrai harcèlement moral et des réelles discriminations. »

Dans une étude consacrée au barème d'indemnisation²², des auteurs, soutenant que l'application du barème dépend de la gravité de la faute commise par l'employeur et soulignant que celui-ci ne s'applique pas dans certains cas de nullité du licenciement, estiment que « le juge dispose ici d'une marge de manoeuvre potentiellement considérable pour "sortir" du barème »²³.

Aux termes du rapport France Stratégie d'évaluation de l'impact du barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse établi au mois de février 2024, ses auteurs dressaient le bilan suivant :

« Les conclusions de cette évaluation de l'effet du barème introduit en 2017 sont nuancées.

²⁰ France stratégie, *Rapport d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, préc., p. 156.

²¹ Annexe n° 12 au *Rapport d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, préc., « Contributions des membres du comité - contribution de la CFDT », p. 243.

²² Dossier : Barème Macron, *Dr. soc.* 2022, p. 727.

²³ P. Cahuc, S. Carcillo, B. Patault, « La barémisation des indemnités de licenciement : une étape vers une meilleure justice ? », *Dr. soc.* 2022, p. 727.

En première analyse, on observe bien une baisse significative – de l'ordre d'un mois de salaire – du montant moyen alloué par les juges en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse pour les salariés ayant une faible ancienneté (qui sont les plus affectés par le barème). Ce n'est pas négligeable, en regard du montant moyen accordé par le juge de 7 mois avant la réforme. On observe également une nette réduction de la dispersion de ces montants, l'écart type tant réduit d'un tiers pour les travailleurs de moins de 5 ans d'ancienneté. A première vue, la réforme semble donc avoir eu l'effet escompté sur le coût moyen mais aussi l'incertitude qui entoure les décisions. Cependant, il y a des substitutions entre les différents types d'indemnités octroyées, si bien que les indemnités totales ne diminuent pas de manière significative. Par ailleurs, **on observe en parallèle une montée des demandes de nullité des licenciements pour les salariés ayant moins de 5 années d'ancienneté (mais pas pour les autres), et ce sans doute afin de contourner le barème. De facto, la probabilité qu'un licenciement soit jugé nul parmi les salariés à faible ancienneté, de l'ordre de 2% avant la réforme, a augmenté de 3 points post-réforme. Or, en cas de nullité les montants totaux alloués sont beaucoup plus élevés (d'environ 10 mois de salaire en moyenne après la réforme). Ainsi, même si l'obtention de la nullité du licenciement demeure relativement rare, l'augmentation des cas observés post-2017 tend à annuler l'effet de la réforme sur le montant total moyen des indemnités versées. L'évolution de la jurisprudence du licenciement nul est donc à surveiller de près.** D'autant que tous les cas de licenciement post-réforme n'ont pas encore été jugés en Cour d'appel, et qu'il peut y avoir des effets de sélection au fil du temps.

L'effet de cette réforme sur les comportements de licenciement des entreprises est également difficile à identifier. (...) on observe bien une hausse des licenciements à partir de 2016 parmi celles ayant une part plus importante de leurs effectifs avec une ancienneté de moins de 5 ans par rapport aux autres, et l'effet s'amplifie à partir de 2017. (...)

Au final ces constats mériteraient d'être approfondis à mesure que s'étoffe le nombre de décisions en Cour d'appel concernant des licenciements intervenus depuis la réforme. Si la tendance à la hausse que nous observons pour les licenciements nuls se confirme, **les effets du barème sur le montant total moyen des indemnités allouées pourraient bien être en partie, voire totalement, neutralisés.** Dans ce cas, l'effet attendu sur le comportement de licenciement (et d'embauche) des entreprises devrait à terme être négligeable. »

Même si leur méthodologie a été critiquée par un auteur²⁴, MM. Cahuc et Carcillo ont objectivé une augmentation de la proportion de licenciements jugés nuls²⁵ :

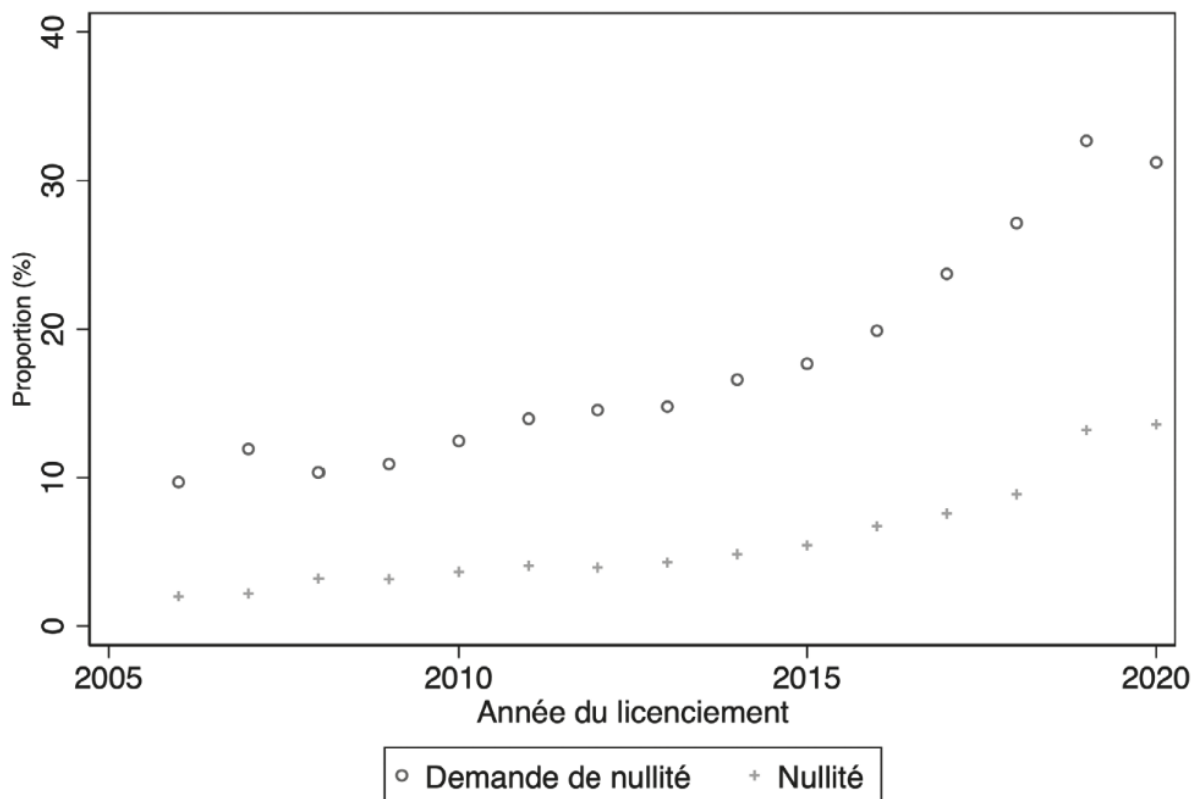
²⁴ R. Dalmaso, « Contentieux des barèmes : critique par un juriste d'une évaluation d'économistes (De quelques remarques méthodologiques sur une étude portant sur les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et sur les conséquences y afférant) », *Dr. soc.* 2024, p. 926.

²⁵ P. Cahuc, S. Carcillo, « Les effets inattendus (?) de la barémisation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse », préc. ; Et leur réponse à R. Dalmaso publiée à la revue *Droit social* 2024, p. 932.

« Le barème ne s'impose qu'aux licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse et ne s'applique pas au licenciement nul. Dans ce cas, l'article L. 1235-3 du code du travail dispose qu'il n'existe aucun plafond d'indemnisation. Il y a seulement un plancher égal aux salaires des six derniers mois. La nullité du licenciement peut être prononcée par le juge si elle est demandée par le salarié. Cependant, la nullité ne peut être prononcée que dans des cas précis, comprenant notamment la violation d'une liberté fondamentale (par exemple, le droit de grève ou l'exercice légitime du droit de retrait), des faits de harcèlement moral ou sexuel, en cas de discrimination, ou lorsque le licenciement concerne un salarié protégé. Or, les demandes de nullité du licenciement de la part des salariés ont crû très fortement depuis 2017. Il y a une tendance à l'augmentation des demandes de nullité depuis le début des années 2010 (figure 5). Mais cette tendance s'accélère significativement depuis 2017.

Au total, la proportion de demandes de nullité dans l'ensemble des arrêts mentionnant des requêtes pour nullité ou pour absence de cause réelle et sérieuse est passée de 20 % pour les licenciements survenus en 2016 à 32 % pour ceux survenus en 2019-2020, soit une augmentation de plus de 50 %. La proportion de cas jugés nuls a aussi crû. Elle part d'un niveau plus faible, égale à 6,7 % en 2016, qui passe à 13,4 % en 2019-2020, soit une augmentation de 100 % en quatre années ! Ces variations sont similaires lorsque sont prises en compte les évolutions de la composition des affaires jugées dépendantes du type de licenciement (économique ou pour motif personnel), du sexe et de l'ancienneté du salarié, du statut protégé ou non du salarié, du mois calendaire de l'arrêt, de la cour d'appel où a eu lieu le jugement, ainsi que du délai entre le licenciement et les dates du jugement aux prud'hommes et en cour d'appel. Il est donc probable que des licenciements jugés nuls depuis l'introduction du barème auraient été jugés sans cause réelle et sérieuse en son absence.

Figure 5 : Évolution des proportions de demandes de licenciement nul et de licenciements jugés nuls :



Champ: ensemble des arrêts mentionnant des demandes pour nullité ou pour absence de cause réelle et sérieuse.

Note : Ce graphique reporte l'évolution des proportions (en %) de demandes de nullité du licenciement (licenciement nul mentionné dans l'arrêt) et de licenciements jugés nuls dans l'ensemble des arrêts mentionnant des requêtes pour nullité ou pour absence de cause réelle et sérieuse.

Les évolutions contrastées de l'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse et de l'ensemble des indemnités en cas d'absence de cause réelle et sérieuse ou de nullité

L'examen de l'évolution du montant total d'indemnisation pour l'ensemble des licenciements jugés nuls ou sans cause réelle et sérieuse révèle un contraste frappant entre l'indemnisation pour absence de cause réelle et sérieuse, qui diminue d'environ un mois et demi, et l'ensemble des indemnités obtenues en cas d'absence de cause réelle et sérieuse ou de nullité, qui croît d'environ un demi-mois de salaire. Ces différentes évolutions proviennent en partie des indemnités autres que l'indemnisation pour absence de cause réelle et sérieuse qui ont crû après l'introduction du barème (voir figure 4), mais aussi de l'augmentation de la proportion de nullité. En effet, en cas de nullité, le montant total d'indemnisation est nettement supérieur, d'environ dix mois de salaires.

Figure 6 : Différence d'indemnités pour les licenciements nuls ou sans cause réelle et sérieuse, en mois de salaire, entre après le 21 septembre 2017 et du 1er janvier 2006 au 21 septembre 2017, date d'introduction du barème Voir tableau

Finalement, la période consécutive à l'introduction de la barémisation est marquée par une diminution du montant d'indemnisation pour absence de cause réelle et sérieuse. En contrepartie, les autres indemnités obtenues dans le cadre de ces licenciements et la proportion de nullités ont augmenté. Au total, lorsque toutes les indemnités sont comptabilisées pour l'ensemble des licenciements jugés sans cause réelle et sérieuse ou nuls, leur montant est plus élevé, d'environ un demi-mois de salaire, après l'introduction de la barémisation.

Mais qu'en est-il de la dispersion des indemnités qui semblait constituer l'objectif premier de la barémisation selon le projet de loi qui l'a instituée ? Comme pour la moyenne des montants d'indemnisation, le constat diffère pour l'indemnisation de l'absence de cause réelle et sérieuse *stricto sensu*, pour le montant total des indemnités obtenues en absence de cause réelle et sérieuse, et pour l'ensemble des indemnités prenant aussi en compte les licenciements jugés nuls.

La dispersion de l'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse, mesurée par son écart-type (1), a diminué de 22 % après l'introduction du barème. La dispersion de l'ensemble des indemnités obtenues en cas d'absence de cause réelle et sérieuse a diminué de 3 %. La diminution est moindre que pour l'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse *stricto sensu*, car les divers autres montants d'indemnisation ont crû significativement (voir figure 4). La dispersion de toutes les indemnités en cas d'absence de cause réelle et sérieuse ou de nullité a crû de 2,7 %, car l'augmentation de la proportion de licenciements jugés nuls, dont le surcroît d'indemnisation est significatif, a une influence prépondérante. En fin de compte, la période consécutive à l'introduction de la barémisation est caractérisée par une augmentation de la dispersion des indemnités obtenues dans le cadre des licenciements sans cause réelle et sérieuse ou nuls, et non par une diminution de cette dispersion, comme le visait l'ordonnance du 22 septembre 2017. »

Compte tenu de cette évolution et au-delà de la question du caractère adéquat ou suffisant de l'indemnisation prévue par le barème sur laquelle nous sommes déjà amplement revenus, il apparaît nécessaire de cerner, au mieux, le champ des nullités permettant aux juges d'écarter le barème d'indemnisation instauré par l'article L. 1235-3 du code du travail. Le présent pourvoi nous invite, plus particulièrement, à dire si un licenciement prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail est assimilable à un licenciement nul entrant dans le champ de l'article L. 1235-3-1 du code du travail et s'il est de nature à justifier une indemnisation hors barème.

5.2 - Sur l'assimilation d'un licenciement privé d'effet, prononcé en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail, à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou à un licenciement nul

Le régime juridique du licenciement privé d'effet ayant été rappelé (voir point 5.1.4.3 du présent rapport), il convient de s'intéresser, plus précisément, à la distinction entre licenciement nul, licenciement sans cause réelle et sérieuse et licenciement privé d'effet

Sur ce point, le pourvoi relance un débat assez ancien.

Dans une étude datant de 2005, le professeur Gauriau s'est exprimé en faveur de la nullité du licenciement prononcé en violation des dispositions de l'article L. 122-12, devenu l'article L. 1224-1, du code du travail, plutôt qu'en faveur de son inefficacité²⁶ :

« Il convient tout d'abord de soumettre ce débat à une question préalable : inefficacité et nullité sont-elles simplement susceptibles d'une quelconque distinction ? Ensuite, au regard du régime juridique applicable, il convient d'envisager les raisons qui nous font préférer la nullité.

I. - Y a-t-il matière à distinction ?

Si le paradoxe illustre une idée contraire à l'opinion commune, il y a paradoxe à contester l'existence même d'une distinction que nous considérons comme avérée. **La préférence ici marquée (jusque dans l'intitulé de notre article) pour la nullité au détriment de l'inefficacité conduit à penser qu'il y a place pour une articulation entre les deux notions. Or, la distinction suppose que l'on fasse une différence entre elles.** Deux difficultés surgissent alors.

A - **La première difficulté tient à la relation qui unit l'inefficacité et la nullité. L'inefficacité est tout d'abord perçue comme la sanction générique des conditions de formation d'un acte juridique (2). Dans un second temps, l'inefficacité se décline en degrés que sont l'inexistence (si on la reçoit), la nullité absolue, la nullité relative, voire l'inopposabilité. Ces variantes sont autant d'espèces appartenant au même genre incarné dans l'inefficacité.**

De ce point de vue, la maxime *Quod nullum est, nullum producit effectum* est relativement éclairante. Si ce qui est nul ne peut produire aucun effet, cela signifie que la nullité se définit, en tant qu'espèce, par rapport au genre auquel elle appartient, l'inefficacité. Mieux, la nullité, dit-on, rend l'acte inefficace. Par une causalité feutrée, tout doit se passer comme si l'acte n'avait jamais produit **aucun effet**. "Que du néant rien ne puisse sortir (...) ce n'est qu'une application de la notion logique de causalité", précisait le doyen Carbonnier (3).

À cet égard, la jurisprudence européenne ne marque pas une préférence marquée pour l'inefficacité au détriment de la nullité. L'arrêt Bork International rendu le 15 juin 1988 par la CJCE (4) indique, dans son paragraphe 18, que " les travailleurs employés de l'entreprise dont il a été mis fin au contrat ou à la relation de travail avec effet à une date antérieure à celle du transfert, en violation de l'article 4, paragraphe 1 de la directive (du 14 février 1977, en l'espèce), doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert...".

Cette formule rappelle les raisonnements habituellement développés pour décrire l'inefficacité qui doit s'attacher à un acte nul, non pas pour appréhender l'inefficacité comme une notion autonome, mais pour décrire les effets de la nullité. Par exemple,

²⁶ B. Gauriau, « Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace », *Dr. soc.* 2005, p. 852.

dans le Code du travail français, l'article L. 123-5, qui prescrit un cas de nullité du licenciement, achève son premier alinéa par ces mots : "En ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi". Être considéré comme "toujours salarié" d'une entreprise ou "être regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi" fleure bon le parfum d'une nullité qui emporte l'inefficacité de l'acte.

L'arrêt Déthier Équipement (5), rendu par la CJCE le 12 mars 1998, est de la même veine puisqu'il y est affirmé que "le contrat de travail de la personne licenciée irrégulièrement peu de temps avant le transfert doit être considéré comme existant vis-à-vis du cessionnaire, même si le travailleur licencié n'a pas été repris par ce dernier après le transfert d'entreprise".

En conséquence, si la CJCE ne parle pas de nullité, elle ne fait pas non plus la promotion de l'inefficacité du licenciement au détriment de sa nullité.

Quoi qu'il en soit, le rapport de genre à espèce qui lie l'inefficacité et la nullité d'un acte juridique - comme le licenciement - ne permet pas d'affirmer que l'inefficacité soit une sanction civile nommée dont on connaîtrait ainsi le régime juridique applicable. Il s'agit, tout au contraire, d'une sanction générique, innommée puisque non affectée d'un régime juridique préétabli, même parcellaire, qui serait décrit dans tel ou tel texte. Ceci nous conduit à aborder la seconde difficulté.

B - L'inefficacité n'est pas une sanction civile répertoriée en tant que telle. Elle n'est pas, à proprement parler, l'objet d'une action en justice recensée en tant que telle, ni dans la catégorie des actions attitrées, ni dans la catégorie des actions banales.

Au contraire, la nullité peut être mise en oeuvre judiciairement, par une action attitrée (6). Mais la considérerait-on comme objet d'une action banale (7), qu'elle n'en vérifierait pas moins les vertus d'une sanction civile mise en oeuvre judiciairement et répertoriée en tant que telle.

Il n'est guère possible de recenser les éléments d'un régime spécifique associé à l'inefficacité d'un acte : qui peut agir en inefficacité ? Dans quel délai ? etc. Autant de questions sans réponse.

On pourrait à juste titre nous faire le reproche de donner la part trop belle à des arguments trop théoriques ou trop techniques quand il s'agit, pour la Cour de cassation, de dire le droit mais aussi de rendre la justice.

Le juriste se doit aussi d'être pragmatique, il lui faut accepter la création jurisprudentielle telle qu'elle est. Il faudrait donc se résoudre à considérer l'inefficacité pour elle-même, comme une sanction en tant que telle d'un acte juridique unilatéral dont le régime juridique resterait à construire.

Pourtant, c'est l'impression exactement inverse qui nous semble devoir l'emporter. L'invocation de l'inefficacité illustre un non-choix, une non-qualification, afin de concentrer les feux sur les effets d'une sanction que l'on se retient de nommer. La

référence à la " notion logique de causalité " que nous empruntons au doyen Carbonnier laisse entendre que l'inefficacité est la conséquence d'une sanction préalable, laquelle s'incarne dans la nullité ou la caducité par exemple. Ce rapport de cause à conséquence nous renvoie sans doute à un raisonnement juridique fortement teinté d'abstraction, mais il existe pourtant. C'est la raison pour laquelle la proclamation d'un licenciement " sans effet ", pour être parlante au premier abord, laisse en définitive un sentiment de frustration à l'observateur.

Et l'on peut regretter que la chambre sociale n'ait pas jugé bon de transposer la solution issue d'un arrêt du 15 décembre 1998 (8) à d'autres hypothèses que l'action en nullité du licenciement formée par l'AGS. Pourquoi admettre la nullité en pareille hypothèse alors que le licenciement initial était bel et bien prononcé en violation de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et ne pas l'admettre dans d'autres situations où le salarié est demandeur ? Le régime de l'action en nullité n'est-il pas le mieux adapté à ce genre de situation (9) ? C'est ce qu'il nous faut examiner à présent. Mais les raisons d'admettre la nullité ne manquent pas.

II. - Les raisons de préférer la nullité

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier l'inadaptation de la sanction de la nullité à notre hypothèse. Un argument de cohérence interne au domaine des nullités, un argument tiré du droit à l'emploi et enfin un argument d'intérêt pratique. Reprenons successivement ces trois points, étant entendu que les deux premiers ne sauraient être dissociés.

A - Le domaine des nullités du licenciement n'est pas homogène - Quiconque en dresse la liste établit celle-ci selon un classement qui lui est personnel, même si bien des classements se recoupent, d'un ouvrage à l'autre. De ce point de vue, la position adoptée par la chambre sociale est efficace par la distinction binaire et assez sobre qu'elle promeut : la nullité d'un licenciement ne peut être prononcée que si un texte le prévoit ou s'il porte atteinte à une liberté fondamentale.

Cette approche qualifiée parfois de restrictive (10) nous paraît concilier des impératifs divers : ceux qui se rattachent à la protection des droits et libertés fondamentaux du salarié, dans le droit fil des lois Auroux de 1982, et répondent ainsi à un souci de protection de la partie faible au contrat ; ceux qui subordonnent l'intervention du juge à un nombre limité d'hypothèses, qui sont autant de causes de nullité connues (ou censées être connues) de l'employeur (11) ; derniers impératifs enfin, attachés à l'intervention du juge : celui-ci puise dans des causes textuelles de nullité un surcroît de légitimité et aussi, pourquoi ne pas l'avouer sans lui faire offense, une meilleure connaissance de la règle applicable au litige dans un contexte de justice à flux tendus (12). En bref, cette approche du domaine des nullités ne nous semble pas *a priori* condamnable.

Enfin, si l'on redoute que l'admission d'un nouveau cas de nullité n'ajoute à l'hétérogénéité de l'ensemble, le juge ne saurait être désigné comme celui par qui le scandale arrive. Le législateur, depuis 1966 et la nullité du licenciement des femmes enceintes, n'a cessé d'aligner les cas de nullité les uns à la suite des autres. Si incohérence il y a, elle est d'abord législative. On pourrait préférer un texte frappant de nullité les licenciements discriminatoires ou attentatoires aux libertés

fondamentales, et faire l'économie d'une liste, à l'instar de la législation espagnole, mais là n'est pas notre propos.

Quoi qu'il en soit, la consécration de la nullité du licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 risque-t-elle de nuire à la cohérence de l'ensemble et de " relativiser les causes de nullité fondées sur la violation d'un statut protecteur ou l'atteinte à une liberté fondamentale " (13) ?

On peut certainement répondre par l'affirmative à cette question, si l'on considère que l'article L. 122-12 alinéa 2 ne répond pas à un impératif de protection du droit à l'emploi, vu comme un droit fondamental (14).

On peut d'ailleurs ajouter qu'un texte peut parfaitement affecter le droit à l'emploi sans que sa violation ne soit sanctionnée par la nullité du licenciement qui y porte atteinte. Ainsi relèvera-t-on les dispositions (15) relatives au licenciement sans cause réelle et sérieuse qui sanctionnent par une (simple) indemnisation un licenciement illégitime, comme tel attentatoire au droit à l'emploi. Dès lors, quand bien même l'article L. 122-12 alinéa 2 répondrait-il à la protection du droit à l'emploi qu'il n'appellerait pas nécessairement la sanction de nullité.

L'inconvénient qui s'attache à cette conclusion intermédiaire est qu'elle conduit à ignorer le domaine des nullités posées par la Cour de cassation elle-même : nullités textuellement prévues, nullités lorsqu'il y a atteinte à une liberté (ou un droit) fondamental(e). Or, l'atteinte au droit à l'emploi est une atteinte à un droit fondamental. Quant à la réserve tirée des articles L. 122-14-4 et suivants du Code du travail, elle traduit une exception au principe de nullité et s'explique par le contexte de la loi du 13 juillet 1973 et la primauté donnée à l'époque à une logique indemnitaire sur une logique de pouvoirs. C'est un choix politique que de refuser la nullité du licenciement illégitime et de lui préférer une sanction indemnitaire. Mais ce choix est d'autant plus acceptable et même supportable que, concomitamment, la jurisprudence et le législateur ont ouvert le champ des nullités en cas de violation d'une liberté fondamentale.

Sans doute l'invocation du droit à l'emploi, ou à un autre droit fondamental ne " répond (elle) pas nécessairement au vœu du salarié " (16). Sans doute. Mais n'est-ce pas le lot de bon nombre de normes qui promeuvent un idéal alors que, dans telle ou telle situation contingente, le bénéficiaire-type de l'idéal ne trouve aucun intérêt à en invoquer la violation. La décision de s'abstenir d'agir ne remet pas en cause la liberté que le droit d'agir aurait permis de mobiliser.

Il est, pour cette raison, difficile de convenir que "l'impératif de protection de l'emploi" puisse "se retourne(r) contre la volonté du salarié" (17). Si un licenciement est prononcé en violation de l'article L. 122-12 alinéa 2, il est frappé d'une cause de nullité. Mais celle-ci a besoin d'une mise en oeuvre judiciaire, en principe, pour atteindre l'acte illicite. Le salarié est donc libre d'invoquer ou pas la nullité de l'acte (18) et d'exercer, comme disait Japiot, son droit de critique.

À cet égard, les solutions issues des arrêts Guermonprez, Maldonado et Cousin ne contredisent pas notre hypothèse. La chambre sociale considère en effet que " le

salarié a le choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu ou de demander à l'auteur du licenciement la réparation du préjudice en résultant, le changement d'employeur s'impose toutefois à lui lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail " (19).

Il est possible, sans trop solliciter la lettre même de l'attendu, d'appliquer ici la grille de lecture inspirée par la théorie des nullités. Lorsque le salarié exprime le choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu, n'invoque-t-il pas implicitement la nullité de la rupture ? La Cour de cassation a eu l'occasion de nous dire, par le passé, que la demande de réintégration valait invocation implicite de la nullité du licenciement (20).

S'il préfère demander à l'auteur du licenciement une indemnisation, c'est qu'il renonce à réclamer la remise en l'état, préférant la solution indemnitaire. Rien de très original à cela, avouons-le.

Et si le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail, n'est-il pas en train d'invoquer la nullité du licenciement ? Si l'AGS peut le faire, on ne voit pas pourquoi le repreneur en serait privé. Pour sanctionner la violation d'un texte d'ordre public, la nullité revêt sans doute un caractère absolu, ce qui ouvre le champ des titulaires du droit de critique (21).

B - Les considérations d'ordre pratique attachées à la mise en oeuvre de la nullité peuvent-elles, de ce point de vue, révéler la faiblesse de l'intérêt qui s'attache à reconnaître la primauté de la nullité sur la simple inefficacité ?

Au premier rang de celles-ci, l'importance de la condamnation indemnitaire doit-elle dissuader d'invoquer la nullité ? Pour être absolue, la nullité n'en demeure pas moins facultative (22) pour le juge, à qui il convient de réserver un pouvoir d'appréciation. À l'instar des solutions législatives issues de la loi du 18 janvier 2005 en matière de nullité du licenciement pour motif économique, le juge peut refuser de prononcer la nullité s'il estime que la condamnation revêt un caractère excessif ou qu'elle est inopportune. On peut regretter ce choix, par rapport à l'ancienne rédaction issue de la loi de modernisation sociale, mais il n'est pas rare en droit privé (23).

En conclusion, il nous paraît préférable d'admettre la nullité plutôt que l'inefficacité du licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail. Cette solution nous paraît s'inscrire dans des catégories juridiques connues et favoriser la mise en œuvre d'un régime juridique qui, au fil des ans, nous est devenu familier. »

Sur la notion « controversée » de licenciements privés d'effet, J. Mouly estime qu'il n'existe « aucun obstacle sérieux à l'application de la théorie des nullités, la notion

jurisprudentielle de licenciements sans effet relevant davantage du simple constat que de l'explication juridique »²⁷ :

« La sanction de l'illicéité : nullité ou simple inefficacité ?

36. La sanction frappant les licenciements contraires à l'article L. 122-12 al. 2 est-elle le constat d'une simple inefficacité ou consiste-t-elle au contraire en une véritable nullité (B) ? En réalité, la question ne se pose que si l'on reconnaît au salarié la possibilité de demander la poursuite de son contrat de travail. Cette possibilité lui est aujourd'hui indiscutablement acquise. Curieusement, elle a même été un temps la seule faculté qui lui était offerte. La jurisprudence lui ouvre cependant aujourd'hui une option, sur laquelle il convient d'abord de revenir brièvement (A).

A - L'option ouverte au salarié

37. Avec l'arrêt *Guermonprey*, déjà cité, la jurisprudence avait considéré dans un premier temps que, l'illicéité du licenciement antérieur le privant de tout effet, le contrat de travail se trouvait nécessairement transmis au repreneur et que le salarié ne pouvait donc que s'adresser à ce dernier pour demander la poursuite du contrat et, en cas de refus de sa part, obtenir des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. En tout cas, le salarié ne disposait d'aucun recours contre le cédant. Cette solution a pu, à juste titre, paraître curieuse. En effet, il était surprenant que le cédant, auteur matériel de l'acte illicite, fût ainsi mis à l'abri de toute sanction et que le poids de la faute fût tout entier reporté sur le repreneur, au mieux commanditaire du licenciement et donc simple complice de l'illicéité. En réalité, cette jurisprudence semblait bien imposer au salarié la réparation en nature de l'illicéité dont il avait été victime. Il est pourtant acquis, en droit positif, qu'en cas d'inexécution d'une obligation, la victime dispose du choix entre l'exécution forcée de celle-ci ou la réparation par équivalent (69). D'ailleurs, selon une jurisprudence constante, le salarié victime d'un licenciement illicite bénéficie lui aussi, comme tout créancier, de cette option (70). Tel n'était pourtant pas le cas, selon la jurisprudence *Guermonprey*, du salarié victime d'un licenciement contraire à l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail. Aussi bien la Cour de cassation corrigea-t-elle assez rapidement cette jurisprudence et, par son arrêt *Maldonado* lui aussi déjà cité, décida que le salarié pouvait " à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant ". Le salarié dispose donc désormais d'une option entre la réparation en nature ou la réparation par équivalent. Il peut même obtenir la condamnation in solidum des employeurs successifs lorsque le repreneur a été le commanditaire des licenciements illégaux. Il reste que la nature et la portée de cette option méritent d'être plus amplement précisées.

²⁷ J. Mouly, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise - Pour dissiper quelques malentendus », *Dr. soc.* 2007, p. 534.

38. On a pu notamment la rapprocher de la faculté laissée aux salariés par certains droits étrangers, tel le droit allemand, de s'opposer au transfert de leur contrat de travail au repreneur en demeurant auprès du cédant, notamment en cas de cession partielle (71). En effet, dans l'hypothèse envisagée, le salarié peut également refuser de passer au repreneur et choisir de rester auprès du cédant. Un tel rapprochement relève cependant davantage de la confusion des genres que de la comparaison raisonnée. En effet, l'option conférée au salarié par la jurisprudence Maldonado est strictement limitée à l'hypothèse où celui-ci a fait l'objet d'un licenciement illicite, opéré en violation de l'article L. 122-12 al. 2, et le choix à effectuer par le salarié, entre la poursuite du contrat auprès du repreneur et l'octroi de dommages-intérêts par le cédant, n'est, on l'a vu, que le choix de toute victime de l'inexécution d'une obligation légale ou conventionnelle. À aucun moment, cependant, il n'est conféré au salarié, comme dans le véritable droit d'opposition, la possibilité d'écarter l'application de l'article L. 122-12 al. 2. Bien au contraire, c'est parce que cet article est applicable au licenciement litigieux que le salarié dispose d'un droit d'option né de l'illégalité de ce licenciement. En tout cas, la jurisprudence Maldonado ne transforme pas l'article L. 122-12 al. 2 en disposition d'ordre public social ou de protection, au seul bénéfice des salariés et auquel ceux-ci seraient en droit de renoncer. Il demeure au contraire une disposition d'ordre public classique ou, à tout le moins, d'ordre public de direction, qui s'impose aux deux parties, y compris au salarié. C'est ce que l'on peut vérifier à la lecture d'un autre arrêt, lui aussi précité, l'arrêt Voisin.

39. En effet, malgré les différences substantielles qui viennent d'être soulignées, il existe néanmoins un point commun entre le droit d'opposition véritable et la possibilité de choix du salarié résultant de la jurisprudence Maldonado : dans les deux cas, en effet, ces facultés, lorsqu'elles sont exercées par un nombre important de salariés, sont susceptibles de remettre en cause le transfert de l'entreprise au repreneur, en dépouillant celle-ci de son personnel et de son savoir-faire (72). C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a souhaité limiter le domaine de l'option du salarié résultant de la jurisprudence Maldonado, en cantonnant autant que possible cette dernière. Ainsi décide-t-elle aujourd'hui, depuis l'arrêt Voisin précité, que lorsque " le cessionnaire informe [le salarié], avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail ", celui-ci ne peut s'opposer au changement d'employeur. Le salarié perd ainsi son droit d'option et se voit contraint de poursuivre le contrat avec le repreneur, sans pouvoir préférer la rupture du lien contractuel et l'octroi de dommages-intérêts par le cédant. Une telle solution ne peut cependant se comprendre que si l'article L. 122-12 al. 2 est demeuré un texte d'ordre public classique, organisant la cession de l'entreprise dans l'intérêt aussi bien de l'employeur que des salariés (73). Sur un plan plus technique, la jurisprudence Voisin s'expliquerait par le fait que, la disposition méconnue demeurant une disposition d'ordre public classique, le repreneur pourrait lui aussi invoquer l'illicéité des licenciements antérieurs au transfert, chaque fois qu'il y a intérêt. Tel serait le cas pendant le préavis, lorsqu'il est encore temps de sauvegarder la communauté des travailleurs affectés à l'entreprise cédée. Et entre les deux prétentions contraires de l'employeur et des salariés - poursuite du contrat par le cessionnaire ou rupture par le cédant - le juge choisirait la première parce qu'elle est la plus conforme à l'objectif poursuivi par l'article L. 122-12 al. 2 : la préservation de l'entreprise. Il reste que cette possibilité de poursuivre le contrat ne

se conçoit que si le licenciement antérieur au transfert de l'entreprise est privé d'effet. Se pose alors le problème qui soulève aujourd'hui les plus vives controverses : la qualification de cette sanction.

B - La qualification de la sanction frappant le licenciement

40. Si on laisse de côté quelques décisions, plutôt anciennes, favorables à la nullité (74), la jurisprudence actuelle ne reprend pas cette qualification et se borne à constater que les licenciements antérieurs au transfert et contraires à l'article L. 122-12 al. 2 sont "privés d'effet", sans s'expliquer autrement sur la cause de cette inefficacité. Ainsi est née la **théorie dite du "licenciement sans effet", critiquée par certains auteurs (75) qui auraient préféré voir consacrée celle de la nullité pure et simple, mais néanmoins approuvée par une doctrine majoritaire, invoquant une foule d'arguments, en réalité de valeur très inégale (76).** Certains ne méritent guère que l'on s'y attarde.

41. Ainsi celui tiré de l'adage *quod nullum* (77) - ce qui est nul ne peut produire aucun effet - et qui condamnerait la seconde branche de l'option instaurée par la jurisprudence Maldonado puisque, si le licenciement était nul, le juge ne pourrait en aucune manière accorder au salarié des dommages-intérêts, "rien ne pouvant naître d'un acte nul". Cette façon de voir, qui est parfaitement contraire de surcroît au droit positif, puisque celui-ci a toujours admis que la victime d'un licenciement nul pouvait obtenir des dommages-intérêts, confond en réalité nullité du licenciement et nullité du contrat. C'est au contraire parce que le licenciement est nul que le contrat se poursuit et que celui qui ne l'exécute pas doit réparation à la victime. Quant à l'argument tiré du soi-disant "effet boomerang" (78) et selon lequel la nullité du licenciement obligerait le salarié à restituer les diverses indemnités et allocations qu'il a perçues, il ne mérite guère plus de considération. En effet, cette restitution est parfaitement indépendante de la nullité elle-même. Il est en réalité parfaitement logique que le salarié restitue les avantages reçus pour compenser une rupture qui finalement se trouve anéantie ; mais il doit en être ainsi quelle que soit la cause de cet anéantissement, qu'il soit le fait de la nullité ou de toute autre technique. La nullité en tant que telle n'a en réalité rien à voir là-dedans. Quant à l'objection selon laquelle la cause de l'illégalité n'apparaîtrait que postérieurement au prononcé du licenciement (79), elle ne concerne que le cas particulier des licenciements dits de précaution pour lesquels, on l'a vu, la nullité est de toute façon exclue, ces licenciements étant seulement affectés de caducité. **Beaucoup plus sérieux en revanche est l'argument tiré du droit commun de la nullité des licenciements.**

42. En effet, selon celui-ci, un licenciement ne peut être affecté de nullité que si cette dernière est expressément prévue par un texte ou si le licenciement est contraire à un droit fondamental (80). Or, en l'occurrence, l'article L. 122-12 al. 2 ne comporte aucune disposition prévoyant la nullité, ce qui devrait donc conduire à exclure celle-ci. On pourrait certes, comme on a pu le proposer (81), considérer que ce licenciement est nul parce qu'il porte atteinte à un droit fondamental : le droit des salariés à l'emploi, que l'article L. 122-12 al. 2 serait précisément destiné à sauvegarder. Dans cette logique, néanmoins, un

licenciement portant, par hypothèse, atteinte au droit à l'emploi, il faudrait en déduire que tout licenciement illégal doit être frappé de nullité, ce qui ne correspond pas au droit positif, le législateur se contentant généralement de déclarer ces licenciements sans cause réelle et sérieuse. L'argument, cette fois, paraît donc plus solide ; il n'est pourtant pas sans réplique. En effet, lorsque, faute des conditions nécessaires, le juge exclut la nullité du licenciement, c'est pour cantonner le salarié au seul droit à dommages-intérêts, à l'exclusion de toute exécution en nature du contrat et de toute poursuite de celui-ci au-delà de sa rupture, d'ores et déjà consommée. Or la situation est bien différente en ce qui concerne les licenciements prononcés en violation de l'article L. 122-12 al. 2. puisque le salarié, s'il le souhaite, peut demander, au lieu des traditionnels dommages-intérêts, la poursuite du contrat et son transfert entre les mains du repreneur, comme si son licenciement était nul (82). Aussi bien les auteurs hostiles à cette nullité sont-ils obligés de considérer ce licenciement comme néanmoins privé d'effet (83). De ce point de vue, la théorie du " licenciement sans effet " montre alors son véritable visage.

43. Elle n'est qu'un substitut de la technique de la nullité, une sorte de " Canada dry " de celle-ci, qui en produirait les effets, mais sans toutefois en emprunter la nature. Elle pourrait même bien n'être qu'un subterfuge, puisque le droit positif en la matière ne peut de toute façon s'expliquer par la seule application des solutions rejetant la nullité du licenciement. Celles-ci devraient conduire en effet à n'octroyer au salarié que des dommages-intérêts, en aucun cas lui reconnaître un droit à la poursuite du contrat. En réalité, affirmer que les licenciements contraires à l'article L. 122-12 al. 2 sont privés d'effet relève plus du simple constat que de la justification juridique (84). L'affirmation laisse en effet sans réponse la question essentielle : la détermination et la qualification de la cause de cette absence d'effet. Si l'on exclut la nullité et si on laisse de côté la caducité, qui ne concerne, on l'a vu, qu'un cas particulier, il ne reste que deux possibilités : l'inexistence ou l'inopposabilité. Or aucune de ces deux qualifications n'est satisfaisante.

44. L'inexistence, théorie très douteuse, imaginée principalement pour contourner la prohibition, dans certaines hypothèses, des nullités virtuelles, suppose un vice particulièrement grave : l'absence d'un élément essentiel de l'acte, qui l'empêche de parvenir à la vie juridique, au point qu'il suffit de constater cette inexistence. Tel n'est pas le cas des licenciements contraires à l'article L. 122-12 al. 2, qui sont au demeurant parfaitement constitués et qui, de l'aveu même d'auteurs hostiles à la nullité (85), ne sauraient relever de cette théorie (86). Quant à l'inopposabilité (87), elle ne paraît guère davantage devoir s'appliquer au cas de figure envisagé. Elle vise en effet à rendre inefficaces à l'égard de certaines personnes des actes qui par ailleurs sont parfaitement réguliers (88). Ces actes conservent d'ailleurs l'intégralité de leurs effets à l'égard des autres intéressés. Or, s'agissant des licenciements contraires à l'article L. 122-12 al. 2, outre le fait qu'ils sont en eux-mêmes illégaux, on ne voit pas très bien ce qu'il pourrait en rester et à l'égard de qui ils pourraient encore conserver leurs effets, dès lors qu'ils se trouvent privés de ceux-ci à l'égard de leur principal destinataire. En réalité, la qualification

d'inopposabilité apparaît parfaitement artificielle. Il ne reste donc plus que celle de nullité.

45. Si cette dernière fait l'objet de tant de préventions de la part de certains auteurs et aussi, il faut bien le reconnaître, des juges, c'est moins, semble-t-il, pour des raisons techniques, puisqu'à cet égard la qualification de nullité ne paraît guère contestable, que pour des raisons d'opportunité. Ce que la jurisprudence et les tenants de la théorie du "licenciement sans effet" semblent vouloir éviter, c'est un droit à réintégration du salarié dans l'entreprise auprès du repreneur (89), après la cession. À juste titre d'ailleurs, car l'objet de l'article L. 122-12 al. 2 est seulement d'assurer la transmission des contrats de travail au repreneur en même temps que l'entreprise elle-même ; mais une fois cet objectif réalisé, l'article L. 122-12 al. 2 a épuisé ses effets. Il ne confère pas, on le sait, de garantie particulière aux salariés ; le nouvel employeur peut procéder à des licenciements dans les mêmes conditions que si la cession n'avait pas eu lieu. Les salariés ne peuvent donc en aucun cas prétendre à être réintégrés dans l'entreprise cédée. Si le repreneur se refuse à poursuivre les relations, ils seront simplement considérés comme ayant été licenciés par ce dernier (90) puisque, grâce à l'article L. 122-12 al. 2, qui " prive d'effet " les licenciements illicites antérieurs à la cession, ils sont en réalité déjà passés à son service. Et ces licenciements ne seront cette fois que des licenciements sans cause réelle et sérieuse, l'article L. 122-12 al. 2 étant inapplicable une fois la cession intervenue et les contrats transmis. Concrètement, l'article L. 122-12 al. 2 a donc essentiellement pour effet de transférer la qualité d'auteur du licenciement sur la tête du repreneur (91).

46. Pour obtenir un tel résultat, néanmoins, il suffit de priver provisoirement ces licenciements de leurs effets, tant que la cession de l'entreprise n'est pas réalisée. Une fois celle-ci intervenue, en revanche, et dès lors que les contrats de travail ont été transmis, cette inefficacité ne présente plus aucun intérêt. Elle pourrait même s'avérer inopportune en permettant la réintégration forcée du salarié dans l'entreprise cédée, solution qui dépasserait les objectifs de l'article L. 122-12 al. 2. La controverse entre les tenants de la théorie du " licenciement privé d'effet " et les partisans de la nullité porte donc essentiellement sur la durée pendant laquelle les effets des licenciements doivent être neutralisés. Plus précisément, les premiers reprochent à la théorie de la nullité de produire des effets trop radicaux et définitifs, incompatibles avec l'article L. 122-12 al. 2. Tel n'est pourtant pas le cas puisque certaines formes de nullité peuvent n'emporter qu'une neutralisation provisoire de l'acte infecté. Ce sont les nullités causatives qui, en réalité, ne sont que des nullités temporaires (92). Elles ne se prolongent qu'autant que persiste la cause de la nullité et n'entraînent qu'une suspension provisoire des effets de l'acte nul. La théorie du licenciement privé d'effet n'est en définitive qu'une application de la théorie des nullités causatives.

47. On peut d'ailleurs s'en convaincre en comparant les solutions en matière de licenciements antérieurs à la cession de l'entreprise à celles qui ont longtemps prévalu à propos des salariés protégés, licenciés sans autorisation administrative. Là aussi, la jurisprudence considérait que la nullité de ces licenciements était seulement

temporaire et qu'une fois la période de protection achevée, l'employeur retrouvant son pouvoir de licencier, le salarié ne pouvait prétendre à la poursuite du contrat (93). On sait que cette solution est aujourd'hui remise en cause, à juste titre d'ailleurs, car même s'il intervient après l'expiration de la protection, le licenciement du salarié décidé en raison de ses activités antérieures de représentation demeure discriminatoire et donc frappé de nullité (94). Au contraire, s'agissant de la cession d'une entreprise, un licenciement postérieur au transfert ne peut être atteint de nullité puisque, l'article L. 122-12 al. 2 ayant par hypothèse épuisé ses effets, la cession ne peut plus être une cause d'illicéité de celui-ci. On observera seulement que, quelle que soit la théorie à laquelle on se réfère, celle de la nullité causative ou celle du licenciement privé d'effet, il n'est pas tout à fait exact, lorsque le cessionnaire refuse de poursuivre le contrat, de considérer, comme on le fait généralement, que l'on se trouve en présence d'un licenciement (de fait) opéré par le repreneur. On se trouve en réalité toujours en présence du licenciement décidé par le cédant et qui, après avoir été provisoirement neutralisé, produit ses effets de manière différée, une fois le transfert d'entreprise intervenu.

Cela étant, il ne paraît pas interdit non plus de considérer que le licenciement antérieur est frappé d'une nullité définitive et que le droit à réintégration du salarié qui en découle est instantanément absorbé par le pouvoir de licencier, intégralement retrouvé par l'employeur après la cession. À bien des égards, cette vision des choses serait même préférable, car la théorie des nullités causatives est aujourd'hui très fortement contestée. Selon une opinion autorisée, " on ne saurait [en effet], en toute rigueur, considérer comme une nullité véritable l'inefficacité temporaire d'un acte, qu'un événement ultérieur pourrait faire disparaître ". Il vaudrait mieux considérer que " le licenciement étant nul, le contrat de travail subsiste... jusqu'à ce qu'un nouveau licenciement, efficace cette fois, intervienne ". Dans l'hypothèse envisagée, cette solution serait même mieux en harmonie avec le droit de poursuivre le contrat de travail ouvert au salarié. En tout cas, contrairement à ce que l'on cherche souvent à faire croire, la théorie des nullités, causatives ou non, est parfaitement compatible avec les solutions du droit positif actuel.

48. En revanche, sur un autre point, elle apporterait quelques modifications, lorsque le salarié s'adresse au cédant pour obtenir des dommages-intérêts. En effet, le licenciement étant nul, même provisoirement, il devrait en résulter que le salarié aurait droit à l'indemnité minimale de l'article L. 122-14-4, indépendamment de son ancienneté ou de la taille de l'entreprise (95). Il faudrait également s'interroger sur le caractère de cette nullité. Certaines décisions, réservant au salarié le droit d'invoquer cette dernière, paraissent favorables à la qualification de nullité relative, d'autant qu'elles relèvent aussi que l'article L. 122-12 al. 2 est destiné à assurer au salarié la stabilité de son emploi (96). Une telle solution n'est pourtant guère compatible avec le caractère d'ordre public classique conféré par les juges à l'article L. 122.12 al. 2. Tant qu'un droit d'opposition à l'application de ce dernier ne sera pas octroyé au salarié, il serait préférable d'y voir plutôt une nullité absolue, d'autant, on l'a vu, que certaines solutions ne peuvent s'expliquer autrement que par la reconnaissance à l'employeur du droit de critiquer le licenciement opéré en violation de l'article L. 122-12 al. 2. Peut-être les décisions précitées s'expliquent-elles avant tout parce que la Cour de cassation veut éviter que l'employeur puisse, trop

systématiquement, invoquer une nullité dont il est, en dernière analyse, l'unique responsable (97). »

Le choix de la sanction du licenciement, prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique, a été défendu par le doyen Bailly en ces termes²⁸ :

« On sait que la chambre sociale juge que des licenciements intervenus en méconnaissance de l'article L. 122-12 du Code du travail sont sans effet, de sorte que, le contrat de travail n'ayant pas été rompu, le cessionnaire est tenu de reprendre le personnel de l'entité transférée.

Cette absence d'effet est également opposable au salarié licencié qui ne peut échapper, par sa seule volonté, au changement d'employeur, sans avoir alors à assumer les conséquences d'une rupture du contrat (16) . Cependant, en ce qui le concerne et malgré cette absence d'effet, pour atténuer la rigueur parfois dommageable de la règle énoncée dans l'arrêt Guermonprez (17) , il lui est reconnu le droit d'exiger réparation du préjudice né de son éviction effective de l'entreprise à la suite d'un tel licenciement, tant de l'employeur qui l'a licencié, que du cessionnaire qui a refusé de poursuivre le contrat (18) .

Cette position est en harmonie avec celle de la Cour de Justice des communautés européennes, qui a eu l'occasion de dire que, nonobstant des licenciements, tout doit se passer en ce cas comme si les salariés licenciés étaient demeurés au service de l'entreprise à la date du transfert, même si le personnel n'a pas été repris par le cessionnaire (19) . C'est là en effet, pour la Cour de Justice, le seul moyen d'assurer utilement l'application de la directive, en rendant inopérante la rupture des contrats de travail liée au transfert de l'entreprise.

Une rupture dépourvue d'effet

Sauf dans un arrêt ancien et dans une décision plus récente mais qui ne concernait qu'une action en répétition de l'indu formée par l'AGS (20) , la Cour de cassation n'a jamais dit qu'un licenciement prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique était atteint de nullité.

Dans tous ses arrêts, la chambre sociale se limite à constater qu'une telle rupture est dépourvue d'effet, en ce qu'elle n'est pas de nature à empêcher le changement d'employeur. La sanction retenue par la jurisprudence, tant européenne que française, est donc celle de l'inefficacité de l'acte de rupture, au sens premier du terme, c'est-à-dire son inaptitude à produire l'effet qui en est attendu. Il ne faut pas y voir une forme d'inexistence juridique, notion controversée, dont l'application est des plus incertaine en droit privé (21) , puisque la résiliation du contrat de travail, bien qu'inopérante en raison des circonstances dans lesquelles elle se produit, n'en a pas moins d'existence et qu'elle

²⁸ P. Bailly, « Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ? », *SSL* 18 avril 2005, n° 1211, p. 7.

peut même entraîner certaines conséquences indemnitaires, en faveur du salarié licencié, en lui permettant d'obtenir réparation du préjudice qu'elle lui a causé (22) .

La sanction de la nullité n'est pas adaptée - Car, pour la chambre sociale, la nullité d'un licenciement ne peut être prononcée que si un texte le prévoit ou s'il porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental du travailleur. On a reproché à cette approche restrictive, mais qui peut se recommander de la doctrine du Conseil constitutionnel, de ne pas tenir compte du principe général qui admet l'existence de nullités « virtuelles », fondées sur la seule violation d'une règle légale impérative, et qui devrait permettre d'annuler des licenciements décidés en violation de l'article L. 122-12 du code du travail. Il convient toutefois de relever qu'au moment où il intervient, le licenciement qui précède un transfert peut être parfaitement régulier et reposer sur une cause économique avérée, de sorte que sa validité n'est alors pas discutable. Il ne devient en réalité inopérant que par suite d'un événement ultérieur, constitué par la cession de l'entreprise, lequel n'est pas nécessairement contemporain du prononcé du licenciement et peut même se situer assez loin du jour de la rupture, sans que le transfert ait été alors envisagé. Il est donc difficilement concevable dans ce cas de considérer que le licenciement était, dès l'origine, atteint de nullité. »

Dans un article paru à la revue de jurisprudence sociale en 2006, le professeur Morvan invite à distinguer le licenciement privé d'effet d'un licenciement nul²⁹ :

« Vers une nullité ouvrant droit à réintégration ?

12. L'inefficacité du licenciement prononcé en violation de l'article L 122-12 est-elle une nullité ? De nombreux arguments interdisent d'admettre cette équivalence qui nie la spécificité du licenciement "sans effet" (18) .

13. Premier argument. Bien qu'étant privé d'effet, le licenciement prononcé en violation de l'article L 122-12 par le cédant n'en produit pas moins des conséquences indemnitaires puisque, selon la formule de l'arrêt Maldonado, le salarié a la faculté de demander à ce nouvel employeur la "réparation du préjudice en résultant". La nullité du licenciement priverait le travailleur de cette source d'indemnisation puisque, selon l'adage, ce qui est nul ne doit produire aucun effet (*quod nullum est nullum effectum producit*) (19). Sauf à fouler aux pieds la logique, la Cour de cassation ne peut adhérer à la thèse de la nullité sans répudier la première branche de l'option ouverte par la jurisprudence Maldonado au détriment des salariés. Une telle régression n'est pas souhaitable.

14. Deuxième argument. En matière de licenciement, ne sont admises que les causes de nullité prévues expressément par la loi ou découlant d'une atteinte à une liberté fondamentale du travailleur. Selon la Cour de cassation, "la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure de licenciement prévue par les articles L. 122-14 et suivants du code du travail et

²⁹ P. Morvan, « Les non-dits de l'article L. 122-12 : nullité et fraude », *RJS* 2006, p. 647.

n'ouvre droit pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit, ou ne restreint la faculté de l'employeur, de le licencier, qu'à des réparations de nature indemnitaire ; il en résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement" : en conséquence, le juge ne peut "ordonner la poursuite des relations contractuelles" (20) .

La règle "pas de nullité sans texte" résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle "en l'absence de disposition expresse, et la nullité ne se présument point, la violation de la loi ne [peut] pas être sanctionnée *a posteriori* devant le juge du contrat de travail par la nullité de la procédure de licenciement" (21) .

Or, aucun texte ne sanctionne par la nullité la violation de l'article L. 122-12, laquelle ne traduit pas davantage une atteinte à une liberté fondamentale. C'est, tout au contraire, l'obligation imposée au travailleur de poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire qui « mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur », souligne le juge communautaire (22) . Enfin, il serait évidemment excessif d'affirmer que tout licenciement est nul en ce qu'il heurte la liberté du travail ou le droit à l'emploi.

15. Troisième argument. Le mécanisme de la nullité serait ici en porte-à-faux. Une cause de nullité doit exister à la date à laquelle est accompli l'acte juridique litigieux. Or, selon la Cour de cassation, l'article L. 122-12 prive d'effet tout licenciement intervenant "à l'occasion" du transfert d'une entité économique, lequel peut se produire à une date antérieure ou postérieure, le cas échéant de plusieurs mois, au licenciement.

De même, aux yeux du juge communautaire, il convient, pour déterminer si un licenciement a été motivé par le seul fait du transfert, en violation de l'article 4, § 1 de la Directive du 14 février 1977 (remplacée par celle du 12 mars 2001), de prendre en considération les circonstances objectives dans lesquelles il est intervenu et, notamment, le fait qu'il a pris effet à une date rapprochée de celle du transfert et le fait que les salariés en cause ont été réembauchés par le cessionnaire (23). **Les circonstances révélatrices de la violation de l'article L. 122-12 ne coïncident jamais exactement avec la date de notification des licenciements. Elles n'affectent donc pas la validité même de cet acte juridique.**

16. Quatrième argument. Conformément à une règle commune à l'ensemble des causes de nullité entachant le licenciement, l'annulation ouvrirait d'abord droit à réintégration du salarié dans l'emploi ou un emploi équivalent au sein de l'entreprise cessionnaire (24), sauf impossibilité matérielle d'y procéder (25) . Corrélativement, celui-ci aurait droit à l'indemnisation de son préjudice. Or, cette double sanction apparaîtrait dans certains cas totalement disproportionnée et porteuse de graves inconvénients, que le salarié demande ou non sa réintégration.

17. D'une part, "le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été

privé". En contrepartie, doivent être déduits de cette somme "les revenus qu'il a pu tirer d'une autre activité professionnelle pendant la période correspondante et le revenu de remplacement qui a pu lui être servi pendant la même période, sauf à démontrer un préjudice distinct " (26) et sauf cas particuliers (voir ci-dessous).

Le montant de l'indemnisation atteint des sommets lorsque le salarié a obtenu judiciairement sa réintégration et se heurte au refus de l'entreprise d'y procéder. Il lui est alors loisible de prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de l'employeur qui est obligé de lui verser les salaires échus entre le licenciement et cette prise d'acte (et, en outre, une indemnité de rupture au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du code du travail, soit 6 ou 12 mois de salaire) (27).

La sévérité de cette jurisprudence se conçoit dans le cadre de litiges individuels, qui n'impliquent qu'un travailleur protégé. Mais si, d'aventure, le juge admettait la nullité du licenciement prononcé au mépris de l'article L. 122-12, des dizaines et parfois des centaines de travailleurs auraient la possibilité, plusieurs années après leur licenciement intervenu à l'occasion de la cession de leur entreprise, de réclamer au cessionnaire le paiement des salaires échus depuis cette date. Le coût effarant de l'indemnisation (qui se chiffre en pratique à 30 voire 50 ou 80 mois de salaire !) plongerait l'entreprise dans des difficultés économiques susceptibles de provoquer une nouvelle compression d'effectifs jusqu'à l'ouverture d'une procédure collective de liquidation judiciaire à son encontre. Il ne faut pas se leurrer : d'autres salariés paieraient le coût exorbitant de la nullité des licenciements antérieurs.

Il faut espérer que la Cour de cassation retienne les leçons de l'expérience et ne réitère pas l'analyse désastreuse (en fait plus qu'en droit) qui l'avait conduite à appliquer de plein droit l'article L. 122-12 à la cession d'unité de production dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com. art. L 622-17 ancien). Condamnée par la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (du moins pour les procédures collectives ouvertes à compter du 1er janvier 2006), cette opinion immuable avait suscité une profonde incompréhension de la pratique - d'ailleurs contrainte de l'ignorer ou de la contourner depuis deux décennies - et subi les foudres de la doctrine (28). Ses effets économiques et sociaux étaient déplorablement : elle dissuadait les repreneurs potentiels de se manifester en cas de liquidation si bien que des licenciements plus nombreux étaient prononcés par les liquidateurs, alourdissant du même coup les charges de l'AGS et grevant le budget de l'assurance chômage ; les repreneurs qui avaient cru légitimement pouvoir restreindre le périmètre de leur offre - au bénéfice de l'homologation délivrée par le juge-commissaire - à un nombre limité de salariés se trouvaient exposés durant le délai de la prescription trentenaire (!) à une salve d'actions en justice formées par les salariés non repris dont le succès menaçait de précipiter leur propre dépôt de bilan ; pire, les salariés réputés transférés étaient tenus de rembourser les indemnités de rupture qui leur avaient été versées par l'AGS, ce qu'ils ne soupçonnaient guère avant d'ester en justice !

Chacun de ces graves inconvénients se manifesterait à nouveau si le juge sanctionnait par la nullité la violation de l'article L. 122-12 : paralysie des cessions d'entreprise sous la menace de garanties du passif trop lourdes ; vagues

secondaires de licenciements collectifs ; cascade d'actions en répétition de l'indu formées par les Assédics contre les salariés réintégrés, etc.

En un mot, il serait extrêmement inopportun que la nullité devienne la sanction de principe d'un licenciement collectif, gagnant le domaine de l'article L. 122-12. Elle doit demeurer la sanction de licenciements individuels, stigmatisant l'atteinte à des valeurs sociales supérieures, sauf exception légale expresse.

18. D'autre part, "le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration (auquel est assimilé celui qui la demande puis y renonce (29)), a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part, à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail" (30) . Ce plancher d'indemnisation est égal à 6 mois de salaire et s'élève à 12 mois lorsque la procédure de licenciement collectif pour motif économique est nulle à raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi ou lorsque la réintégration du salarié est devenue impossible (C. trav. art. L 122-14-4, al. 1er in fine). Les travailleurs dont l'ancienneté n'atteint pas 6 ou 12 mois selon les cas bénéficient donc d'un enrichissement sans cause, pour le moins discutable.

19. Certes, objectera-t-on dans tous les cas, les revenus d'activité (salaires) ou de remplacement (allocations d'assurance chômage, pensions de retraite) perçus au cours de la période d'éviction doivent, en principe, être déduits de la réparation due par l'employeur fautif.

Mais cette atténuation de la remise en état présente un caractère symbolique. Sa mise en œuvre se heurte à des difficultés pratiques évidentes. Bien pis, la Cour de cassation l'écarte volontiers. Le licenciement du salarié gréviste ouvre droit à une réparation forfaitaire (31) et cette solution, qui se justifie en l'occurrence par la valeur constitutionnelle du droit lésé, est également appliquée en cas de violation frontale du statut protecteur (licenciement sans autorisation administrative préalable) : ni les allocations servies par l'Assédic (32) ni les arrérages de pension de retraite perçus durant la période d'éviction (33) ne peuvent alors être déduits du montant des salaires restitués au salarié protégé.

20. Cinquième argument. Surtout, la remise en état inhérente à la nullité expose les salariés à subir un préjudice financier important, qui plus est à leur insu.

L'annulation d'un plan de sauvegarde de l'emploi implique la restitution à l'employeur des sommes (indemnités ou aides de toute nature) versées en vertu de ses stipulations. Selon la Cour de cassation, en déclarant que les licenciements sont nuls et de nul effet, le juge a nécessairement remis en cause les versements effectués à ce titre (34) .

Parallèlement, les institutions gestionnaires de l'assurance chômage (Assédics) sont fondées à réclamer le remboursement des allocations indûment versées aux travailleurs réintégrés. Bien plus, le délai de prescription triennal enfermant cette

action en répétition de l'indu (C. trav. art. L 351-6-2) ne court pas tant que la nullité du licenciement n'a pas été prononcée (35) .

De même, en cas de procédure collective, l'AGS ne doit aucune avance de créances si les licenciements sont dépourvus d'effet sur le fondement de l'article L 122-12 du Code du travail (36) .

La situation devient inextricable lorsque ces sommes ou prestations sont déductibles de l'indemnité due par l'employeur au titre de la réintégration (Voir supra, n° 17 et 19) : il faut alors veiller, dans le maquis procédural, à ce que le salarié ne restitue pas à l'Assédic des sommes qui ont été ou seront imputées sur ses droits à indemnisation...

Plus grave, la pratique révèle que ces divers effets "boomerang" sont parfois occultés a priori afin de ne pas affaiblir la détermination des salariés à obtenir l'annulation contentieuse d'un licenciement collectif. Beaucoup déchantent ensuite qui regrettent de n'avoir pas restreint leurs prétentions à des demandes de nature indemnitaire. L'épilogue de l'affaire Wolber en 2005 a révélé une telle manipulation : chaudement incités à solliciter l'annulation du plan social puis leur réintégration dans cette entreprise disparue en 2000, les salariés, déboutés de leur deuxième demande par la Cour de cassation qui a néanmoins accueilli la première (37) , ont été condamnés par la cour de renvoi à restituer les indemnités du plan social annulé, soit pour certains la moitié des sommes perçues cinq années plus tôt (38) ! Leur avocat qualifia cette décision d' "injuste" et annonça une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme... Aurait-il omis d'aviser ses clients de ce risque de dommage collatéral ?

La nullité n'est pas parée de toutes les vertus sociales.

21. Sixième argument. **La sanction de la nullité ne serait d'aucune utilité chaque fois que le cessionnaire accepte de poursuivre l'exécution des contrats de travail illégalement rompus par le cédant.** Certes, elle constituerait sans doute une sanction dissuasive dans le cas contraire où le nouvel employeur refuse de fournir du travail aux salariés transférés. Mais il semble difficile d'introduire une distinction pour ne l'admettre que dans ce dernier cas (39) .

22. Septième argument. **La jurisprudence issue des arrêts Maldonado et Voisin expose le cessionnaire qui, après le transfert d'entreprise, a refusé de poursuivre un contrat de travail illégalement rompu par le cédant, à devoir réparer le préjudice subi par le salarié.** Le refus du cessionnaire s'analyse alors en un licenciement collectif de fait intervenant au jour du transfert d'entreprise, date à laquelle est réputé prendre effet son refus de garder à son service le personnel transféré de plein droit par l'effet de l'article L. 122-12. Le licenciement de fait, qui résulte d'actes de l'employeur manifestant une volonté non équivoque de rompre unilatéralement le contrat de travail ou d'un manquement grave à ses obligations (40) , présente la particularité d'être nécessairement sans cause réelle et sérieuse (41) .

Ensuite, dans la mesure où le salarié peut choisir de "demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu" plutôt que d'assigner le cédant, une telle demande, facultative et alternative, ne saurait constituer un préalable nécessaire à l'action en justice dirigée contre le nouvel employeur. La rupture de fait est donc consommée quand bien même celui-ci n'aurait pas été saisi d'une demande de reprise des contrats de travail.

Que le licenciement prononcé par le cédant soit réputé nul ou sans effet ne peut affecter la responsabilité du cessionnaire. Certes, la rupture lui est imputable. Mais elle intervient au jour du transfert d'entreprise, à l'instant où ce nouvel employeur exclut la reprise du personnel et s'abstient de lui fournir du travail.

23. L'article L. 122-12 prive d'effet le licenciement prononcé par le cédant. En revanche, comme l'a rappelé la Cour de cassation, ce texte ne fait pas interdiction au cessionnaire de procéder à un licenciement économique pour une cause réelle et sérieuse (42) . A défaut, dès lors que le second employeur a décidé de licencier certains salariés en dehors de toute cause réelle et sérieuse ou que le licenciement (de fait) est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse, leur réintégration ne saurait être judiciairement ordonnée, sous peine de méconnaître les dispositions de l'article L. 122-14-4 du Code du travail (43) . Ce texte ne permet au juge que de proposer à l'employeur une telle mesure dont l'exécution requiert son consentement. Il est donc impossible de lui imposer une obligation de réintégration.

24. Huitième argument. **La jurisprudence n'a jamais reconnu de façon explicite qu'un licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 était frappé d'une nullité ouvrant droit à réintégration.** Les quelques arrêts qui se sont aventurés dans cette direction doivent être bien circonscrits.

En 1998, la Cour a estimé que l'AGS était "fondée à demander que soit constatée la nullité du licenciement et ordonné le remboursement des indemnités de rupture qu'elle avait indûment versées" au salarié concerné (44) . Mais la nullité du licenciement constituait ici une condition de recevabilité de l'action en répétition de l'indu qui suppose que le paiement soit sans cause (C. civ. art. 1235 et 1376). En outre, cette qualification fut retenue au soutien d'une demande de remboursement formée par un tiers (l'organisme social) contre un salarié et non dans le cadre d'un litige ordinaire entre parties contractantes, opposant un salarié à son nouvel employeur.

En 2005, la Cour suprême a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré, d'une part, que des "contrats de travail s'étaient poursuivis de plein droit" avec une société cessionnaire "pour la condamner au paiement de salaires [et], d'autre part, que celle-ci avait manqué gravement à ses obligations en ne fournissant pas de travail aux salariés pour prononcer la résiliation judiciaire des contrats de travail à ses torts, à une date qu'elle a souverainement fixée" (en l'occurrence la date de l'audience tenue devant la cour d'appel, postérieure de deux années à la cession de l'activité !). Au total, le nouvel employeur a donc été condamné "au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts, s'ajoutant aux salaires dus jusqu'au jour de la

résiliation" (45). Mais cette dernière décision semble résulter d'un accident. Inédite au Bulletin des arrêts civils, elle n'engage pas - officiellement - la chambre sociale au sein de laquelle le débat semble pour le moins ouvert (46) ...

25. C'est, en réalité, une décision plus récente qui préfigure ce que devrait être la doctrine de la Cour de cassation.

Dans un arrêt Hattabi du 15 février 2006 (47), la Cour de cassation a rappelé que les licenciements prononcés en violation de l'article L. 122-12 « sont privés d'effet et que les salariés licenciés ont le choix de demander au nouvel employeur la poursuite de leur contrat de travail, qui est alors censé n'avoir jamais été rompu, ou la réparation du préjudice qui découle de la rupture par l'auteur du licenciement ». La variante est imperceptible mais notable : le contrat de travail n'est plus "illégalement rompu" par le cédant, comme le déclarait l'arrêt Maldonado : il est "censé n'avoir jamais été rompu"... Serait-ce un pas vers la nullité ? Une réponse affirmative n'est pas à exclure mais sous une condition restrictive.

En l'espèce, le gérant d'une EURL avait transformé sa société unipersonnelle en entreprise en nom personnel et, invoquant une prétendue cessation d'activité, avait licencié son salarié. La Cour constate que "le licenciement de l'intéressé en fraude de ses droits au regard de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail au prétexte d'une cessation d'activité, était privé d'effet et que le salarié était en droit d'obtenir la poursuite de son contrat de travail qui n'avait jamais été rompu avec le nouvel employeur".

En tant que telle, cette motivation n'innove guère. Mais elle conduit en l'espèce la Cour de cassation à censurer une cour d'appel qui avait jugé que le salarié n'était pas en droit d'« obtenir le paiement des salaires qu'il aurait dû percevoir entre son licenciement et sa réintégration ». Pour la première fois, est donc envisagée la possibilité pour le salarié licencié en violation de l'article L 122-12 de solliciter sa réintégration et le paiement des rémunérations échues jusqu'à cette date.

Publié au Bulletin des arrêts civils, cet arrêt n'est pas une décision d'espèce. Il convient en revanche d'en marquer les limites : ce n'est qu'en cas de fraude que le nouvel employeur peut être tenu de réintégrer le salarié licencié en violation de l'article L. 122-12. Deux circonstances dans l'affaire jugée le 15 mars 2006 sont accablantes à cet égard : l'ancien employeur (l'EURL, société unipersonnelle) et le nouveau (l'entrepreneur, personne physique) ne faisaient qu'un en réalité ; ensuite, aucun transfert d'entité économique suivi de cessation d'activité n'avait eu lieu : l'employeur avait allégué un "prétexte" fallacieux pour se séparer de son salarié. La fraude était manifeste. La seule sanction adaptée résidait dans l'obligation de réintégrer le travailleur victime de cette manœuvre grossière.

26. La Cour de cassation renoue ici avec son ancienne jurisprudence qui aggravait la sanction classique de la violation de l'article L. 122-12 (consistant à l'époque en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Voir supra, n° 4) en cas de fraude. Bien avant que l'arrêt Guermonprez n'érige l'absence d'effet en sanction de principe, des arrêts l'avaient consacrée dans des hypothèses de fraude évidente, résultant notamment de la volonté exprimée par le cédant ou par le cessionnaire de

réduire l'effectif avant la cession ou du réembauchage ultérieur des salariés licenciés par ce même cessionnaire (48).

En somme, la Cour de cassation aurait rétabli une gradation des sanctions, couvrant deux échelons différents : non plus l'absence de cause réelle et sérieuse et l'absence d'effet mais l'absence d'effet et la nullité. Résumons : en principe, le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 est "sans effet" ; par exception, en cas de fraude de la part du cédant, *a fortiori* de collusion frauduleuse entre les employeurs successifs, ce même licenciement est frappé de nullité. En cas de collusion frauduleuse, l'obligation de réintégration et l'indemnisation corrélative du travailleur se conçoivent ainsi comme une peine privée. »

Dans un ouvrage plus récent, le professeur Morvan reprend les points saillants de sa critique de la nullité³⁰ :

« L'inefficacité du licenciement prononcé en violation de l'article L. 1224-1 est-elle une nullité ? Plusieurs arguments interdisent d'admettre cette équivalence : **aucun texte ne sanctionne par la nullité la violation de l'article L. 1224-1, qui ne traduit pas davantage une atteinte à une liberté fondamentale ; "la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte (...) à la liberté d'entreprendre"** (Cass. soc.14 avr. 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 815, note J. Mouly) **et pourrait constituer une sanction disproportionnée ; les salariés devraient d'ailleurs restituer à leur employeur les sommes (indemnités ou aides de toute nature) perçues tandis que France travail comme l'AGS seraient fondés à réclamer le remboursement des allocations et avances indûment versées aux travailleurs réintégrés** (beaucoup de salariés déchantent quand ils le réallisent) ; **la nullité n'est d'aucune utilité chaque fois que le cessionnaire a accepté de poursuivre l'exécution des contrats de travail illégalement rompus par le cédant ; l'article L. 1224-1 ne fait pas interdiction au cessionnaire de procéder à un licenciement économique pour une cause réelle et sérieuse** (Cass. Soc., 8 nov. 2005 : *JCP* 2006, 1136 (2^e esp.), note P. Morvan) **et à défaut de cause réelle et sérieuse, la réintégration ne peut être ordonnée mais seulement proposée par le juge** (C. trav., art. L. 1235-3) (V. les arrêts cités infra, n° 361). (...) »

La Cour de cassation serait bien inspirée de renouer avec son ancienne jurisprudence qui aggravait la sanction classique de violation de l'article L. 1224-1 (consistant à l'époque en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement) en cas de fraude (...). Bien avant que l'arrêt *Guermontprez* n'érige l'absence d'effet en sanction de principe, des arrêts l'avaient consacrée dans des hypothèses de fraude évidente (...). En d'autres termes, la Cour de cassation devrait rétablir une **gradation des sanctions**, couvrant deux échelons différents : non plus l'absence de cause réelle et sérieuse et l'absence d'effet, mais l'absence d'effet et la nullité. En principe, le licenciement prononcé en violation de l'article L. 1224-1 serait "sans effet" ; par exception, en cas de fraude de la part du cédant, *a fortiori* de collusion frauduleuse entre les employeurs successifs, ce même licenciement serait frappé de

³⁰ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2024 n° 350.

nullité. En cas de collusion frauduleuse, l'obligation de réintégration et l'indemnisation corrélative du travailleur constituerait ainsi une peine privée. »

Le professeur Mazeaud souligne également l'importance de la distinction entre licenciement privé d'effet et licenciement nul³¹ :

« 4 - Deux mots clés : "à l'occasion de" et "sans effet"

129. Deux mots clés dominent la jurisprudence contemporaine. Sont sans effet les licenciements prononcés par le cédant à l'occasion du transfert, alors même que la relation de travail n'est pas effectivement maintenue avec le cessionnaire (on a même dit "inexistants"). Selon la jurisprudence ancienne, le licenciement par le cédant dans le but d'éluder l'application de l'article L. 122-12 était frappé de nullité (...) **Selon la jurisprudence actuelle, ces licenciements étant "sans effet" ne sont pas frappés de nullité ; par conséquent, les salariés ne peuvent opter pour la sanction indemnitaire dont le minimum est de six mois de salaire, conformément au droit commun. Sans entrer ici dans la controverse, le qualificatif employé par la Cour de cassation, avec les conséquences qui en résultent, exprime le fait que l'irrégularité du licenciement résulte du transfert. Bien évidemment, le licenciement en tant que tel n'est pas fondé, si la cause déterminante tient au seul transfert (par ex., licenciement pour une prétendue cessation d'activité, alors que le cédant a connaissance ou est à l'origine du projet de cession), ou s'il est fait en fraude aux droits des salariés. Mais, selon la doctrine de la Cour de cassation, le licenciement est sans effet en raison de la survenance du transfert, c'est-à-dire sans avoir à s'interroger sur le bien-fondé du licenciement en lui-même (...) En somme, un traitement uniforme est appliqué à ces licenciements qu'ils aient ou non une cause réelle et sérieuse à l'origine : ils sont sans effet. »**

Ainsi que cela a été rappelé (cf. Supra point 5.1.4.3 du présent rapport), la sanction retenue par la chambre sociale paraît conforme à celle adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne qui, interrogée par un juge national pour savoir si les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité du licenciement, a jugé que les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité de ce licenciement, leur contrat de travail devant être considéré comme encore existant vis-à-vis du cessionnaire. En effet, d'une part, les travailleurs licenciés par le cédant avant le transfert d'entreprise en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la Directive « Transfert » doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert et, d'autre part, les règles de la directive, et notamment celles relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement en raison du transfert, doivent être considérées comme impératives, en ce sens qu'il n'est pas permis d'y

³¹ A. Mazeaud, « Transferts d'entreprise : aspects individuels », *Répertoire de droit du travail*, n° 129.

déroger dans un sens défavorable aux travailleurs (CJCE, arrêt du 12 mars 1998, n° C-319/94, préc.).

Une telle sanction n'est pas spécifique aux licenciements prononcés à l'occasion d'un transfert et elle est également prononcée en cas de rupture d'un contrat d'apprentissage, hors des cas prévus par l'article L. 6222-18 du code du travail (Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-40.049, Bull. 1999, V, n° 183 ; Soc., 15 mars 2000, pourvoi n° 97-44.035 ; Soc., 18 avril 2000, pourvoi n° 98-42.331 ; Soc., 24 avril 2001, pourvoi n° 99-41.171 ; Soc., 22 mai 2002, pourvoi n° 00-43.775 ; Soc., 16 octobre 2002, pourvoi n° 00-46.280 ; Soc., 5 novembre 2003, pourvoi n° 01-44.460 ; Soc., 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-45.576 ; Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-18.011 ; Soc., 16 mars 2022, pourvoi n° 19-20.658, publié, sommaire) :

« La rupture par l'employeur d'un contrat d'apprentissage hors des cas prévus par l'article L. 6222-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, étant sans effet, l'apprenti est fondé à prétendre au paiement des salaires dus jusqu'au terme du contrat, lesquels ouvrent droit au paiement des congés payés afférents.

Dès lors viole le texte susvisé, la cour d'appel qui, ayant constaté que la rupture unilatérale par l'employeur du contrat d'apprentissage était intervenue hors des cas prévus par la loi, retient que l'apprenti est fondé à obtenir une indemnité équivalente au rappel de salaire jusqu'au terme du contrat mais ne peut prétendre aux congés payés afférents »

Au cas présent, après avoir rappelé qu'il appartenait aux Etats membres de l'Union européenne de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire, en veillant à ce que la sanction des violations de la réglementation communautaire revête un caractère effectif, proportionné et dissuasif (arrêt p. 5 § 5), la cour d'appel s'est référée à deux décisions aux termes desquelles le Comité des droits sociaux a considéré que l'article L. 1235-3 du code du travail méconnaissait les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne (arrêt p. 6 § 4). Relevant que la Charte des droits fondamentaux prévoit, en son article 30, une protection des travailleurs contre tout licenciement injustifié et se réfère, en son préambule, à la Charte sociale européenne, et que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne la vise dans son article 151, elle retient que le licenciement d'un salarié et son indemnisation en méconnaissance du principe de transfert du contrat de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome mettent en oeuvre des règles impératives du droit de l'Union européenne et que l'indemnisation d'un licenciement privé d'effet telle qu'appliquée dans le droit français par référence à l'article L. 1235-3 du code du travail instaurant un plafonnement des indemnités n'est pas conforme au droit de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne exigeant que la sanction de la méconnaissance de la Directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise ait un caractère effectif, proportionné et dissuasif et analogue à celle de violations similaires du droit national (arrêt p. 7 § 5).

Elle ajoute que les conséquences d'un licenciement privé d'effet dans le cadre de la méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail tel qu'interprété à la lumière

de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements ayant abrogé la directive n° 77/187/CEE sont peu ou prou similaires à celles d'un licenciement nul s'agissant de la possibilité offerte au salarié de demander au cessionnaire sa réintégration et la poursuite du contrat de travail, sans que le seul refus de ce dernier puisse y faire obstacle (arrêt p. 7 dernier §).

Elle en déduit que, dans ces conditions, lorsque le salarié dont le licenciement est privé d'effet ne demande pas sa réintégration, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du code du travail correspondant en droit national à une sanction dans des conditions de fond et de procédure analogues à celle applicable aux violations du droit national entraînant la nullité d'un licenciement qui sont d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif (arrêt p. 8 § 1).

Le mémoire ampliatif fait valoir que, lorsque l'article L. 1224-1 du code du travail a été méconnu, il appartient aux juges du fond d'en tirer les conséquences indemnitaires en en déduisant que le licenciement est privé d'effet et que cédant et cessionnaire doivent supporter les conséquences dommageables de la rupture du contrat de travail, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail. Il ajoute que, d'une manière générale, il ne peut y avoir, en principe, de nullité sans disposition consacrant expressément cette conséquence judiciaire, selon la formule constante « pas de nullité sans texte ». Il en déduit que la motivation de la cour d'appel est tout à la fois inopérante au regard des principes qui gouvernent l'indemnisation du licenciement privé d'effet pour méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail et contraire au barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail.

Plus précisément, dans la première branche du moyen, il soutient que la cour d'appel a violé la loi par refus d'application. Il ajoute qu'en cas de méconnaissance de l'article L. 1224-1 du code du travail, le licenciement est « privé d'effet » et qu'en pareille hypothèse, les conséquences dommageables de cette rupture injustifiée du contrat de travail doivent en principe s'apprécier dans le cadre et les limites de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, de sorte que si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés par ce texte. Il estime qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé la loi par refus d'application de l'article L. 1235-3 du code du travail.

Dans la deuxième branche, il soutient que la cour d'appel a encore violé la loi en ajoutant une condition qu'elle ne prévoit pas expressément. Il ajoute que l'article L. 1235-3 du code du travail n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités expressément prévues au deuxième alinéa de l'article L. 1235-3-1 du code du travail et que ce n'est que dans ces cas exceptionnels, et lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de

son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, que le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Il en déduit qu'en écartant le barème d'indemnisation du licenciement injustifié hors des nullités mentionnées, la cour d'appel a violé la loi, en ajoutant une cause de nullité que l'article L. 1235-3-1 du code du travail ne prévoit pas expressément, et le principe pas de nullité sans texte.

Le mémoire en défense réplique qu'en cas de violation des dispositions protectrices de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements ayant abrogé la directive n° 77/187/CEE, la sanction prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail ne répond pas aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne et n'est pas adaptée. Il ajoute que cette disposition n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, en ce qu'elle ne permet pas au salarié licencié sans motif valable d'obtenir une réparation adéquate, proportionnée au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux, et que le principe de primauté de l'Union européenne commande d'écarter toute disposition interne qui serait contraire à une de ses normes, sans qu'il y ait lieu de limiter sa portée aux seules directives. Il en déduit que le juge national doit - lorsque le licenciement prononcé à l'occasion d'un transfert d'entreprise est privé d'effet et que le salarié ne sollicite pas la poursuite du contrat de travail qui n'a pas été légalement rompu avec le cessionnaire - laisser inappliquées les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui ne permettent pas de garantir la portée et l'efficacité du droit européen et de veiller à ce que les violations de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif au sens des dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée et de celle de l'article 30 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Il soutient ainsi que la première branche du moyen est dépourvue de tout fondement et qu'il y a lieu, lorsque le licenciement prononcé à l'occasion d'un transfert d'entreprise est privé d'effet et que le salarié ne sollicite pas la poursuite du contrat de travail qui n'a pas été légalement rompu avec le cessionnaire, d'écarter le barème d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail.

Il soutient que la deuxième branche du moyen manque en droit, en ce qu'il existe des cas de nullité sans texte et que le principe « pas de nullité sans texte » n'a aucune portée générale en droit privé et n'est strictement applicable qu'à la nullité des actes de procédure pour vice de forme ou en raison d'une irrégularité de fond. Il ajoute que le grief est inopérant, qu'à supposer que les juges du fond aient commis une erreur de droit en faisant application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du code du travail, il n'en demeure pas moins que cette erreur - dès lors qu'aucune réintégration n'a été prononcée - n'est pas de nature à exercer une influence sur la solution du litige et que, dès lors qu'ils ont écarté à bon droit le barème d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du même code, ils ont souverainement

apprécié le préjudice qui est résulté de la transgression par l'employeur des dispositions impératives et d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail telles qu'elles doivent être interprétées à la lumière de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de ces deux branches en déterminant si l'article L. 1235-3 du code du travail est applicable aux licenciements prononcés en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du même code, ou si ceux-ci entrent dans le champ des dispositions de l'article L. 1235-3-1 bien qu'ils ne fassent pas partie des exceptions énoncées dans son second alinéa.

Le cas échéant, le mémoire en défense formant, à titre subsidiaire, une demande de sursis à statuer et de renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne rédigée en ces termes :

« Les dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail, qui prévoient que lorsque le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis, mais que, si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans un tableau, permettent-elles de garantir la portée et l'efficacité du droit européen et de s'assurer que les violations de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ? »

il appartiendra à la chambre de se prononcer sur l'opportunité d'un tel renvoi.

Toutefois, au cas où la chambre entendait casser l'arrêt, sans procéder au renvoi de cette question préjudicielle, **les parties sont invitées à présenter leurs observations, dans le délai d'un mois après dépôt du présent rapport, sur la possibilité d'une cassation sans renvoi.** La Cour serait, en effet, en capacité de statuer au fond en octroyant à la salariée une indemnité pour licenciement privé d'effet dans les limites du barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail correspondant à son ancienneté (22 ans), sur la base d'un salaire mensuel brut d'un montant de 3 492 euros.