

pour la part n'excédant pas la tranche 2, entièrement pris en charge par l'employeur ;

– pour les non-cadres, la cotisation est de 0,6 % de la rémunération brute soumise à cotisations de sécurité sociale, pour la part n'excédant pas la tranche 2. L'employeur doit s'engager au minimum à hauteur de 43 % de la cotisation globale venant financer la couverture minimale instituée à titre obligatoire. Les partenaires sociaux ajoutent que les entreprises peuvent négocier ou mettre en place, à leur initiative, « une répartition plus favorable aux salariés ». Par ailleurs, la CCN prévoit expressément que cette part de cotisation supportée par le salarié (soit 57 % au maximum) inclut prioritairement le financement de la prestation « incapacité temporaire ».

En outre, il doit être noté l'instauration d'une garantie « rente éducation » pour tous les régimes d'entreprise ne comportant pas nécessairement ce type de déclinaison de la garantie « décès ». Un arbitrage devra donc être mené afin de déterminer s'il convient de compléter le régime en vue d'insérer ladite rente d'éducation ou si les autres garanties sont suffisamment plus favorables, par ailleurs, pour éluder sa mise en œuvre.

**Les entreprises dérogeant au régime de branche peuvent-elles également déroger à l'obligation dite du « 1,50 TA » ?** De façon inédite, les partenaires sociaux de la branche de la métallurgie ont décidé de déroger à l'obligation « 1,5 TA » fixée à l'article premier de l'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres<sup>(5)</sup>. L'article 166 de la CCN indique à ce titre qu'« en application de l'article L. 2252-1 du Code du travail, l'article 1<sup>er</sup> de l'accord du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance

des cadres n'est pas opposable aux entreprises de la branche »<sup>(6)</sup>.

Pour mémoire, ce texte instaure une obligation, à la charge de l'employeur, de financer des garanties de prévoyance à hauteur de 1,50 % de la tranche A de rémunération de l'ensemble de ses salariés cadres et cadres assimilés, cette cotisation étant affectée prioritairement à la couverture d'avantages en cas de décès. Or, la CCN de la métallurgie fixe, pour les salariés relevant de la catégorie « cadres », un taux dérogatoire de 1,12 % de la rémunération brute soumise à cotisations de sécurité sociale (pour la part n'excédant pas la tranche 2).

En pratique, ces dispositions interrogent, notamment lorsqu'une entreprise décide de ne pas appliquer strictement le régime de branche en appliquant son propre régime d'entreprise. Prenons ainsi le cas d'une DUE adoptée dans une entreprise prévoyant un financement à hauteur de 1,20 % plus favorable que le financement de 1,12 % prévu par la CCN de la métallurgie. La prévalence de la DUE plus favorable emporte alors mise à l'écart de la disposition de la convention collective. Faut-il dès lors en déduire une réactivation de la règle « 1,50 TA » prévue par l'ANI du 17 novembre 2017 ? Selon nous, l'adoption d'un accord de branche fait écran en matière d'articulation des normes collectives. De ce fait, le seul conflit qu'il convient de résoudre est celui qui oppose la DUE à l'accord de branche, sans qu'un éventuel accord national puisse perturber l'analyse.

(6) Pour rappel, l'article L. 2252-1 du Code du travail prévoit qu'« une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie (...) ». Or, précisément, l'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres, dont est issue l'obligation du « 1,50 TA », ne stipule pas qu'il soit interdit d'y déroger.

(5) Ce texte reprend les termes de l'article 7 de la CCN de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947.

TRAVAIL

La gestion des litiges prud'homaux à l'aune du barème

Macron GPL439v9

L'essentiel

La décision du Comité européen des droits sociaux du 23 mars 2022, à paraître au plus tard le 26 septembre prochain, épingle le barème français d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse et relance la polémique que l'on pouvait penser éteinte. Comment va se traduire cette décision en droit et dans la pratique des avocats ? Telle est la question à laquelle nous allons tenter de répondre.

CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France



Note par  
Christine SIHARATH  
Avocate au barreau d'Aix-en-Provence

Nous n'en avons pas fini avec la saga du barème dit *Macron*. En effet, le 17 juin dernier, le quotidien *Le Monde*<sup>(1)</sup> a révélé le contenu de la décision relative au barème français d'indemnisation du licenciement injustifié qui a été prise le 23 mars 2022, à l'unanimité, par le Comité européen des droits sociaux (CEDS)<sup>(2)</sup>, l'instance du Conseil de l'Europe chargée d'examiner les réclamations collectives. Cette décision,

qui ne devait être rendue publique que le 26 septembre 2022<sup>(3)</sup>, relance la polémique sur l'opportunité d'un tel barème.

Le CEDS considère de manière claire que les montants prévus par le barème « ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et [pour] être dissuasifs pour l'employeur »<sup>(4)</sup>. En somme, le barème ne garantit pas le droit à une indemnité adéquate au sens de l'article 24.b de la Charte sociale européenne.

Ont ainsi été mis à l'index les plafonds trop bas, la marge de manœuvre du juge trop étroite, voire l'incitation au licenciement abusif.

Bien que cette décision ne s'impose pas aux juridictions françaises de manière directe, il ne fait aucun doute qu'elle inspirera les magistrats qui avaient déjà résisté

avec force à l'application du barème, et elle pourrait inviter le gouvernement à revoir les seuils prévus à l'article L. 1235-3 du Code du travail.

Effectivement, si l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité souhaité par le gouvernement est louable et compréhensible, il ne doit pas, à notre sens, supplanter le principe de réparation intégrale du préjudice qui irrigue le droit français de la responsabilité.

Cette position qui est la nôtre, bien que nous intervenions en tant qu'avocat aussi bien aux côtés de salariés que d'employeurs, est assumée car, au-delà de l'intérêt du client, il y a le droit. Le droit se doit d'être juste avant d'être économique. Il doit pouvoir laisser le juge faire son œuvre sans le brider.

C'est sans doute la raison pour laquelle certains auteurs et certaines juridictions ont résisté (I) et que, malgré la position prise par la Cour de cassation quant à la validité du barème, la polémique persiste (II).

Se pose ainsi la question de savoir comment, dans ce *pharos* juridique, la décision du CEDS va se traduire en droit, et comment les avocats gèrent les litiges prud'homaux à l'aune du barème qui, quoi que l'on en pense, est actuellement toujours applicable (III).

I. PETIT RAPPEL CHRONOLOGIQUE SUR LA CONTROVERSE RELATIVE AU BARÈME

Le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse a été introduit par les ordonnances de septembre 2017<sup>(5)</sup> et codifié à l'article L. 1235-3 du Code du travail.

Le Conseil d'État<sup>(6)</sup> puis le Conseil constitutionnel<sup>(7)</sup>, saisis de la question, ont validé ce barème, au regard des

(1) J. Icard, « La condamnation européenne du barème d'indemnisation d'un licenciement injustifié est une gifle cinglante », *Tribune, Le Monde*, 17 juin 2022 ; B. Bissuel, « Barème *Macron* : la France tancée par le Conseil de l'Europe », *Le Monde*, 17 juin 2022.

(2) CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France (décision non publiée) – CEDS, 3 juill. 2019, n° 171/2018, CGT c/ France (sur la recevabilité dudit recours).

(3) La décision du CEDS date du 23 mars 2022. Elle ne devait être rendue publique qu'après l'adoption d'une résolution par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, ou au plus tard à l'issue d'une période de quatre mois après sa transmission audit comité, soit le 26 septembre 2022.

(4) CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France ; J. Icard, « La condamnation européenne du barème d'indemnisation d'un licenciement injustifié est une gifle cinglante », *Tribune, Le Monde*, 17 juin 2022.

(5) Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, prévisibilité et sécurisation des relations de travail, ratifiée par l'article 10 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

(6) CE, 7 déc. 2017, n° 415243.

(7) Cons. const., DC, 21 mars 2018, n° 2018-761.

normes internationales pour le premier, et fondamentales françaises pour le second<sup>(8)</sup>.

Pour autant, dès les premiers mois de son introduction, plusieurs conseils de prud'hommes ont remis en cause son application<sup>(9)</sup> qu'ils jugeaient non conforme à la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et à la Charte sociale européenne. Ces juges nationaux estimaient qu'ils devaient pouvoir rester libres de prescrire le versement d'une indemnité conforme au préjudice subi.

Par la suite, la Cour de cassation, saisie pour avis, a considéré, le 17 juillet 2019<sup>(10)</sup>, que le barème était compatible avec la convention n° 158 de l'OIT susvisée et a écarté la Charte sociale européenne qui n'a, selon elle, pas d'effet direct en droit interne concernant un litige entre particuliers.

Malgré cet avis rendu par la Cour de cassation, certains conseils de prud'hommes ont continué à résister<sup>(11)</sup>. Certaines cours d'appel ont suivi le mouvement<sup>(12)</sup>, considérant que le barème portait une atteinte disproportionnée aux droits des salariés.

Nous aurions pu penser que les arrêts du 11 mai 2022 de la haute juridiction<sup>(13)</sup>, qui confirment son avis de 2019, auraient mis un terme à la polémique, mais c'était sans compter sur la décision du CEDS du 23 mars 2022, non encore publiée mais déjà abondamment commentée.

## II. RELANCE DE LA CONTROVERSE PAR LA DÉCISION DU CEDS

Les arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 2022 auraient pu être l'épilogue de la saga juridique du barème *Macron*. La haute juridiction, dans le communiqué diffusé le même

jour, a précisé que le barème ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité *in concreto* dès lors qu'il reviendrait à :

– créer pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges ;

– porter atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Pour les raisons qui seront étudiées ci-après, cette justification n'a pas été jugée satisfaisante par certains. Un auteur a d'ailleurs pu écrire, très justement, que l'analyse opérée par la haute cour était « abyssale »<sup>(14)</sup>.

### « Les juristes avertis ne pouvaient que se douter d'une reprise de la controverse autour du barème Macron »

Nous pouvons ainsi prédire que le débat sur la validité du barème n'était pas clos.

Mais les juristes avertis ne pouvaient que se douter d'une reprise de la controverse<sup>(15)</sup> au regard des recours exercés par les syndicats FO et CGT devant le CEDS les 12 mai 2018 (n° 160/2018, CGT-FO c/ France) et 7 septembre 2018 (n° 171/2018, CGT-FO c/ France). Une décision du Conseil européen était donc attendue et nous pouvions aisément imaginer qu'il persisterait dans sa jurisprudence.

Rappelons que le CEDS avait déjà, sur le fondement de l'article 24 de la Charte, mis à l'index les dispositifs d'indemnisation du licenciement injustifié mis en place en Finlande<sup>(16)</sup> et en Italie<sup>(17)</sup> en ce qu'ils ne permettaient pas l'indemnisation adéquate.

Certes les décisions de ce Conseil n'ont pas de valeur contraignante pour les États membres du Conseil de l'Europe, mais sa contestation du barème relance le débat sur la question<sup>(18)</sup>. Et ce d'autant plus que si sa première décision de 2016 avait été acquise à une courte majorité (7 voix contre 3), la deuxième, en 2019, l'avait été à une plus large majorité (11 voix contre 3), et la présente, l'est à l'unanimité !

(8) Cons. const., DC, 21 mars 2018, n° 2018-761, concluant à une conformité : Dalloz actualité, 23 mars 2018, obs. C. Dechrisme ; D. 2018, p. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2018, p. 677, tribune C. Radé ; Dr. soc. 2018, p. 682, étude B. Bauduin ; Dr. soc. 2018, p. 688, étude A. Fabre ; Dr. soc. 2018, p. 694, étude Y. Pagnette ; Dr. soc. 2018, p. 702, étude J. Mouly ; Dr. soc. 2018, p. 708, étude P.-Y. Verkindt ; Dr. soc. 2018, p. 713, étude G. Loiseau ; Dr. soc. 2018, p. 718, étude D. Baugard et J. Morin ; Dr. soc. 2018, p. 726, étude C. Radé ; Dr. soc. 2018, p. 732, étude P.-Y. Gahdoun ; Dr. soc. 2018, p. 739, étude L. He ; RDT 2018, p. 666, étude V. Champel-Desplats.

(9) Par ex. CPH Angers, 5 juill. 2018, n° 17/00203 – CPH Le Mans, 26 sept. 2018, n° F 17/00538 – CPH Troyes, 13 déc. 2018, n° F 18/00036 – CPH Amiens, 19 déc. 2018, n° F 18/00040 ; CPH Lyon, 21 déc. 2018, n° F 18/02238 – CPH Grenoble, 18 janv. 2019, n° 18/00989 – CPH Angers, 18 janv. 2019, n° F 18/00989 – CPH Amiens, 24 janv. 2019, n° F 18/00093.

(10) Cass. ass. plén., avis, 17 juill. 2019, n° 19-70010 et Cass. ass. plén., avis, 17 juill. 2019, n° 19-70011 ; JCP G 2019, 826, note G. Loiseau ; Lexbase Hebdo, 25 sept. 2019, n° 792, éd. Social, note P. Lokiec ; JCP S 2019, act. 289, note G. Loiseau et N. Collet-Thiry ; SSL, n° 1871, p. 5, note J. Icard ; BJT sept. 2019, n° 112a3, obs. G. Duchange ; Dr. ouvr. 2019, p. 659, note M. Henry et M.-F. Bied-Charreton ; D. 2019, p. 1916, et les obs., note T. Sachs ; RTD civ. 2020, p. 59, obs. P. Deumier.

(11) CPH Angoulême, 9 juill. 2020, n° 19/00184 ; CPH Bobigny, 16 déc. 2020, n° 19/00680 ; CPH Nantes, 25 févr. 2022, n° 20/00674 ; V. dossier doctrinal, « Licenciement et barème. Prévoir et sécuriser ? », Dr. soc. 2019, p. 280 ; « La saga du barème "Macron" : naissance et fin d'un contentieux », SSL, n° 543, numéro spécial.

(12) Par ex. CA Reims, ch. soc., 25 sept. 2019, n° 19/00003 et CA Paris, 18 sept. 2019, n° 17/06676.

(13) Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-15247 ; SSL, n° 2000, p. 9 ; « La saga du barème "Macron" : naissance et fin d'un contentieux », SSL, n° 543, numéro spécial ; « La Cour de cassation écarte le contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème *Macron* et confirme sa validité », JCP S 2022, 190.

(14) C. Bergère-Mestrinaro, « Un arrêt qui coule de source(s) », GPL 24 mai 2022, n° GPL43606.

(15) « Barème *Macron* : un arrêt tant attendu », GPL 24 mai 2022, n° GPL436m3.

(16) CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande ; RDT 2017, p. 726, note C. Percher ; Dr. soc. 2017, p. 745, note J. Mouly.

(17) CEDS, 11 sept. 2019, n° 158/2017, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c/ Italie ; SSL, n° 1900, p. 9, note K. Chatzilaou ; J. Mouly, « Une nouvelle condamnation du plafonnement des indemnités prud'homales par le CEDS », Dr. soc. 2020, p. 533.

(18) J. Icard, « Le barème désavoué par le CEDS : un coup d'épée dans l'eau ? », SSL, n° 2006, p. 5 ; L. Bateman, « Le barème *Macron* viole la Charte sociale européenne, selon le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe », AEF info, dépêche n° 674702, 20 juin 2022 ; F. Champeaux, « Barème, le retour ? », SSL, n° 2006, p. 2 ; « Le barème *Macron* est contraire à la Charte sociale européenne, selon le CEDS », Liaisons sociales quotidiennes 24 juin 2022, n° 18579 ; « Sans surprise, le Comité européen des droits sociaux écarte le "barème *Macron*" », Liaisons Sociales Europe 24 juin 2022, n° 71.

Sur quels fondements le CEDS a-t-il pris sa décision ?

En premier lieu, le Conseil européen rappelle qu'un système d'indemnisation est jugé conforme à la Charte s'il prévoit :

– l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ;

– la possibilité de réintégration du salarié ;

– et/ou une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime.

Dans sa décision, le CEDS se concentre sur le troisième point et indique très clairement que « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne [soient] pas en rapport avec le préjudice subi et ne [soient] pas suffisamment dissuasives viole l'article 24 de la charte »<sup>(19)</sup>.

En cas de « plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies juridiques, et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable »<sup>(20)</sup>. Il est ici dommage que la question du délai raisonnable n'ait pas été davantage exploitée.

Très justement, le CEDS rappelle « que le plafond de 24 mois prévu par la législation finlandaise était insuffisant en ce qu'il ne permettait pas d'octroyer une indemnité adéquate au sens de l'article 24 de la charte ». Il sera précisé ici que le barème italien, lui aussi épinglé, prévoyait un plafond de 36 mois.

Il n'est donc pas étonnant que l'instance européenne ait conclu que le barème *Macron* viole la Charte dès lors « 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 CEDS constate, de surcroît, que 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 ». Il remarque que 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 »<sup>(21)</sup>.

Autrement dit, d'une part, les montants prévus par le barème ne sont pas suffisamment élevés, et d'autre part, l'écart entre le plafond et le plancher est extrêmement ténu, notamment pour les salariés ayant une faible ancienneté et exerçant dans une petite entreprise. Cette fourchette trop réduite empêche le juge de tenir réellement compte de la « situation personnelle et individuelle du salarié », et de lui octroyer une indemnité adéquate, c'est-à-dire réparant réellement le préjudice causé. La marge de manœuvre laissée au juge est donc trop faible

(19) CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France ; CEDS, rapport au Comité des ministres du CEDS du Conseil de l'Europe, 23 mars 2022.

(20) CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France ; CEDS, rapport au Comité des ministres du CEDS du Conseil de l'Europe, 23 mars 2022.

(21) CEDS, 23 mars 2022, n° 160/2018, CGT-FO c/ France ; CEDS, rapport au Comité des ministres du CEDS du Conseil de l'Europe, 23 mars 2022.

alors qu'il doit tenir compte de la situation du salarié ou encore de l'employeur pour déterminer le montant de la somme à allouer<sup>(22)</sup>. Enfermer l'indemnisation dans un barème enlève, en quelque sorte, au juge une partie de son pouvoir souverain d'appréciation.

Pour l'instance européenne, la sécurité juridique et la prévisibilité des coûts engendrés par une procédure judiciaire, visées par le gouvernement français, constituent plutôt « une incitation pour l'employeur à licencier abusivement des salariés ».

Le CEDS balaye ainsi les arguments de la France qui consistaient à dire que les conditions de l'indemnisation adéquate étaient satisfaites par le caractère évolutif du barème en fonction de l'ancienneté et de la rémunération du salarié concerné (C. trav., art. L. 1235-3) et par le fait que lorsqu'un licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le Code du travail impose au juge d'ordonner d'office à l'employeur de rembourser aux organismes d'assurance-chômage jusqu'à six mois d'indemnités (C. trav., art. L. 1235-4). La France se fondait, en outre, sur le fait que le barème ne s'applique pas au licenciement déclaré « nul ».

Enfin, le CEDS constate que l'indemnisation du préjudice moral causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse est déjà incluse dans l'indemnité plafonnée. Ainsi, la possibilité pour les salariés injustement licenciés de réclamer, en plus de l'indemnité plafonnée, des dommages et intérêts distincts ne représente pas une voie de droit alternative à part entière.

À la lumière de ces éléments, l'instance conclut « 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 », et que le barème *Macron* viole l'article 24.b de ladite charte.

Comme l'a très justement souligné le professeur Julien Icard, « il ne s'agit pas pour le CEDS de savoir si le barème est efficace d'un point de vue économique »<sup>(23)</sup>, mais la question se pose surtout de savoir si le barème permet d'indemniser intégralement ou, à tout le moins, de manière adéquate, le salarié injustement licencié.

## III. CONSÉQUENCES DE LA DÉCISION DU CEDS EN DROIT FRANÇAIS

Comment, dès lors, pourrait se traduire juridiquement la décision rendue par le CEDS en droit français ?

Rappelons tout d'abord que par ses deux décisions du 11 mai 2022, la Cour de cassation a clairement considéré que le barème n'est pas contraire à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT. Par conséquent, le juge français ne peut écarter, même au cas par cas, l'application du barème en excipant de cette convention internationale.

Par ailleurs, la Cour précisait que la loi française ne peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'article 24.b de la Charte sociale européenne, qui n'est pas d'effet

(22) S. Gerry-Vernieres (dir.) et M. Picq (coord.), La barémisation de la Justice. Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse », Mission Droit et Justice, université de Grenoble, nov. 2019, p. 39 et s.

(23) J. Icard, « Le barème désavoué par le CEDS : un coup d'épée dans l'eau ? », SSL, n° 2006, p. 5.

direct<sup>(24)</sup>. Cet article est pourtant rédigé dans des termes similaires à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, lequel est d'application directe dans les litiges entre particuliers.

Cela étant posé, nous ne pouvons malheureusement que préciser que les décisions du CEDS n'ont pas de force contraignante...

Il faut donc appliquer le barème !

“ En l'absence de relais judiciaire, les conséquences juridiques de la décision du CEDS relèvent du seul législateur ”

L'absence d'effet direct de la Charte sociale européenne peut surprendre. En effet, un auteur a pu écrire que s'il était satisfait que la Cour de cassation reprenne, quasiment au mot près, la définition retenue dix ans plus tôt par l'assemblée du contentieux<sup>(25)</sup>, il est regrettable qu'elle « en use pour dénier l'effet direct des dispositions de la Charte sociale européenne »<sup>(26)</sup> et, notamment, de son article 24. Le Conseil d'État avait pourtant jugé l'inverse à propos du même article<sup>(27)</sup>. Le même auteur en concluait très justement que « le brouillard entourant les contours exacts de la notion d'effet direct ne s'estompe ainsi guère... »<sup>(28)</sup>.

Pour un autre, il est surprenant que la Cour de cassation ait dénié au droit à la protection contre le licenciement abusif le caractère de droit fondamental au motif qu'il ne figure pas dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>(29)</sup>. Selon lui, il est étonnant de restreindre la catégorie des droits fondamentaux aux seuls droits visés dans cet engagement international, et ainsi occulter les autres textes supranationaux<sup>(30)</sup>. Nous ne pouvons que rejoindre son analyse.

De manière plus pragmatique, en l'absence de tout relais judiciaire, les conséquences juridiques de la décision du CEDS relèvent du seul législateur, éventuellement incité par le Conseil de l'Europe. En effet, la décision du CEDS va être transmise au Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui peut soit ne donner aucune suite, soit adopter une résolution, voire une recommandation<sup>(31)</sup>.

Ainsi par exemple, après la décision *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande* du 8 septembre 2016, aucune décision spécifique n'a été prise par le Comité des ministres<sup>(32)</sup>, et après la décision *CGIL c/ Italie* du 11 septembre 2019, ce comité a, par une simple résolution, invité « les autorités italiennes à faire état, dans leur prochain rapport relatif aux dispositions pertinentes de la charte, de tout nouvel élément concernant leur mise en œuvre et notamment de toute mesure prise pour mettre la situation en conformité avec la charte »<sup>(33)</sup>.

Une recommandation ne sera adoptée que s'il est caractérisé de manière flagrante une application non satisfaisante de la Charte par un État. Cela a été le cas le 23 février 2022 à la suite de la décision du CEDS condamnant la France en matière de forfait en jours<sup>(34)</sup>. Le Comité des ministres des États membres a, en effet, recommandé à la France « de prendre toutes les mesures législatives nécessaires afin qu'une période d'astreinte, lorsqu'aucun travail effectif n'est effectué, ne soit plus considérée comme une période de repos dans son intégralité », mais aussi « de réexaminer sa législation sur le système de forfait en jours (...) en vue d'introduire des limitations légales de la durée maximale hebdomadaire de travail, des garanties adéquates assurant un temps de travail raisonnable »<sup>(35)</sup>.

Ainsi, le choix de la décision fait par le Comité dépend du degré d'atteinte à la Charte, mais nous ne pouvons que constater qu'il est éminemment guidé par des enjeux politiques.

Il appartient ensuite aux autorités de l'État membre en cause de tirer les conséquences de la décision (résolution ou recommandation) en droit interne. Par conséquent, l'avenir du barème tel qu'il existe aujourd'hui est désormais entre les mains du gouvernement et des parlementaires.

Nous pouvons donc être pessimistes quant aux suites qui seront données à la présente décision du CEDS. Effectivement, si nous nous référons aux décisions jugeant le forfait-jours contraire à la Charte sociale<sup>(36)</sup> et aux suites qui ont été données par le gouvernement, nous ne pouvons que constater leur absence...

Par conséquent, pourquoi le gouvernement reverrait-il sa copie ? Nous ne pouvons ainsi qu'espérer que les demandes formulées par les justiciables, appuyées par la résistance des juridictions<sup>(37)</sup>, soient le moteur d'un changement.

IV. CONSÉQUENCES DE LA DÉCISION DU CEDS DANS LA PRATIQUE JUDICIAIRE

À titre liminaire, il convient de préciser certains points.

Un premier constat doit être fait : depuis l'introduction du barème, les salariés ayant peu d'ancienneté et une faible rémunération renoncent le plus souvent à agir en justice.

Le second constat est que la solution retenue par la Cour de cassation le 17 mai 2022 est surtout préjudiciable aux salariés ayant une faible ancienneté, mais aussi ayant atteint un âge rendant difficile leur retour rapide à l'emploi.

Cet éloignement des travailleurs les plus vulnérables des juridictions prud'homales questionne sur l'effectivité de l'accès au juge<sup>(38)</sup>.

Ainsi, confronté aux deux positions diamétralement opposées de la Cour de cassation et du CEDS, nous pouvons nous demander comment, en pratique, l'avocat gère les litiges prud'homaux.

Ce dernier, animé par la défense de son client employeur, sera tenté d'imposer à son adversaire une issue amiable : solution la plus efficace lorsque nous confrontons le montant de l'indemnisation espérée (et largement limitée par l'existence du barème) à la longueur, voire la lenteur de la justice. En effet, pourquoi un salarié qui a très peu d'ancienneté, un salaire bas et qui n'a souffert d'aucun harcèlement moral, ni discrimination s'enfermerait dans une procédure longue et aléatoire si la réparation de son préjudice est tout aussi enfermée dans une fourchette d'indemnisation comprise entre zéro et un mois de salaire ?

La même analyse s'opère également avec un salarié dont l'ancienneté est de 29 ans, voire plus, car le barème fixe un plancher d'indemnisation de 3 mois de salaire et un plafond de 20 mois. Ce salarié peut lui aussi hésiter au regard du long contentieux non dénué de stress et qui pourrait n'aboutir qu'à l'obtention de 3 mois de salaire.

Nous pouvons ainsi affirmer que le barème est largement dissuasif.

Par conséquent, l'avocat du salarié sera tenté quant à lui, afin de s'extirper du barème, de mettre en exergue tous faits, tous comportements de l'employeur, de ses représentants ou des collègues de travail de son client, qui pourraient être considérés comme anodins mais qui, mis

bout à bout, vont constituer des faits permettant de laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral ou d'une discrimination<sup>(39)</sup>. L'avocat tirera argument de la notion de bien-être au travail pour asseoir son argumentation et ainsi tendre vers l'objectif d'indemnisation adéquate...

De même, nous pouvons constater que l'avocat du salarié sollicite de plus en plus souvent la réparation de préjudices distincts, par exemple en soulevant une violation des dispositions sur le temps de repos ou des dispositions conventionnelles instituant une prime d'ancienneté (en plus de la demande fondée sur le rappel de salaires sur prime).

Enfin, ne pouvons-nous pas considérer que la sécurité juridique et la prévisibilité tant espérées par le gouvernement avec l'introduction du barème ont finalement conduit à l'accroissement de nouvelles demandes qui encombreront tout autant les juridictions et qui engendrent des risques de condamnations dont le montant est tout aussi imprévisible ?!

La solution ne serait-elle pas de revoir à la hausse les montants d'indemnisation prévus par le barème et l'écart entre le plancher et le plafond afin de permettre au juge de faire son office et d'indemniser intégralement le préjudice subi par le salarié ?

Ne devrions-nous pas également, comme le proposent certains auteurs<sup>(40)</sup>, définir les modalités d'évaluation du préjudice de perte injustifiée d'emploi afin d'éviter une rupture d'égalité entre les salariés que révèlent les décisions rendues par les différentes juridictions ?

Des pistes existent donc pour garantir le respect du principe de réparation intégrale. Il ne reste qu'à les exploiter.

(24) L. Malfettes, « La conventionnalité du barème Macron », Dalloz actualité 16 mai 2022.

(25) CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, GISTI, FAPIL : Lebon, p. 142 ; AJDA 2012, p. 936, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2012, p. 547, concl. G. Dumortier et RFDA 2012, p. 560, note M. Gautier.

(26) AJDA 2014, p. 380 ; Dr. soc. 2014, p. 474, obs. J. Mouly.

(27) CE, 10 févr. 2014, n° 358992 : Lebon T, p. 486 ; RJS 5/14, n° 436 ; AJDA 2014, p. 380 ; Dr. soc. 2014, p. 474, obs. J. Mouly.

(28) F. Melleray, « Vertige du contrôle de conventionnalité », AJDA 2022, p. 1001.

(29) S. Sereno, « Barème Macron : application obligatoire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse consacrée par la chambre sociale », Lexbase Hebdo, 2 juin 2022, n° 908, éd. Sociale.

(30) Notons que le droit à la protection en cas de licenciement injustifié est aussi consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 30).

(31) Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 1995, art. 9.

(32) J. Icard, « Le barème désavoué par le CEDS : un coup d'épée dans l'eau ? », SSL, n° 2006, p. 5.

(33) Résolution CM/ResChS (2020) 2, CGIL c/ Italie, réclamation n° 158/2017.

(34) CEDS, 10 nov. 2021, n° 149/2017 : RDT 2022, p. 110, note M. Véricel.

(35) Recommandation CM/RecChS (2022) 1 du Comité des ministres aux États membres sur CGT et CFE-CGC contre France, réclamation n° 149/2017 (adoptée par le Comité des ministres le 23 février 2022, lors de la 1426<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres).

(36) « Sans surprise, le Comité européen des droits sociaux étirle le "barème Macron" », Liaisons Sociales Europe 24 juin 2022, n° 71.

(37) Le syndicat de la magistrature avait émis de vives critiques dans un communiqué de presse du 13 mai 2022 intitulé « La Cour de cassation s'incline devant les barèmes Macron. Qui va sauver le droit du travail ? ».

(38) V. not. S. Sereno, « Barème Macron : application obligatoire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse consacrée par la chambre sociale », Lexbase Hebdo, 2 juin 2022, n° 908, éd. Sociale.

(39) V. EFL, « Licenciement abusif : le "barème Macron" s'impose au juge dans tous les cas », fil d'info du module paie, Rupture du contrat de travail, 12 mai 2022 ; A. Gardin, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse : la cohérence juridique à l'épreuve d'objectifs comptables et financiers », RJS 1/18 p. 3.

(40) V. not. C. Radé, « Des préjudices subis par le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse », in « Voyage au bout de la logique juridique », Mélanges offerts au professeur Jean Mouly, 2020, PULIM ; S. Sereno, « Contrôle concret de conventionnalité du barème Macron : état des lieux d'une jurisprudence en construction », BJT mars 2021, n° BJT114z5 ; S. Sereno, « Barème Macron : application obligatoire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse consacrée par la chambre sociale », Lexbase Hebdo, 2 juin 2022, n° 908, éd. Sociale.