



**HAL**  
open science

## Les avis d'Assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité

Mélanie Schmitt

### ► To cite this version:

Mélanie Schmitt. Les avis d'Assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité. *Revue de droit du travail*, 2019. hal-03491770

**HAL Id: hal-03491770**

**<https://hal.science/hal-03491770v1>**

Submitted on 17 Dec 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Les avis d'Assemblée plénière du 17 juillet 2019 ou l'occasion manquée d'une (re)conceptualisation du contrôle de conventionnalité

Mélanie Schmitt, UMR 7354 DRES, Université de Strasbourg CNRS

1. La position de la Cour de cassation était très attendue, dans un contexte de fronde prud'homale et de controverse doctrinale laquelle fut encore attisée quelques semaines à peine avant la publication des avis<sup>1</sup>. Le barème des indemnités dues en cas de licenciement privé de cause réelle et sérieuse n'est donc pas inconventionnel ! Aux termes des avis 17 juillet 2019<sup>2</sup>, « *(l)es 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'Organisation internationale du travail<sup>3</sup>, qui est d'application directe en droit interne* ». En revanche, les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (CSER) n'étant « *pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers* », l'Assemblée plénière n'examine même pas la compatibilité du droit interne avec cette norme<sup>4</sup>.

2. Les avis expriment sans nul doute une prise de position politique, seule à même de comprendre véritablement les inexactitudes et les contradictions évidentes qu'ils renferment. Surtout, par le traitement différencié qu'elle réserve respectivement à l'article 10 C158 et à l'article 24 CSER, l'Assemblée plénière dissimule mal une forme de mépris pour cette Charte et, plus encore, pour son organe de supervision le Comité européen des droits sociaux (CEDS) – d'autant plus préoccupante que la France occupait dans le même temps la présidence du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Comment en effet comprendre autrement les positions contraires de l'Avocate générale puis de l'Assemblée plénière à propos de la portée juridique et judiciaire de ces deux normes, alors que leur rédaction est très proche, comme le souligne très justement l'Avocate générale ? Ainsi, l'article 24 CSER consacre « *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* », s'inspirant explicitement<sup>5</sup> de l'article 10 C158, lequel stipule que, lorsque les juges « *n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement [injustifié] et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».

3. Au-delà du sauvetage du barème, l'on pouvait espérer une clarification plus fondamentale sur la conception du contrôle de conventionnalité, ainsi que la formulation de lignes directrices claires à destination des juges du fond. Sur ce point, les avis rendus le ne laissent de décevoir. Très peu pédagogique, le raisonnement de l'Assemblée plénière repose en effet sur des fondations fragilisées

---

<sup>1</sup> A. Gardin, J.-Ph. Lhernould, Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison, RJS 5/2019, p. 353.

<sup>2</sup> Cass. A.P., 17 juillet 2019, avis n° 15012 et 15013. Ci-après désignés « les avis ».

<sup>3</sup> Convention sur le licenciement de 1982, ci-après désignée « C158 ».

<sup>4</sup> Avait également été écartée par l'Assemblée plénière la question de l'éventuelle incompatibilité de l'article L. 1235-3 avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) consacrant le droit à l'accès à un juge indépendant et impartial, au motif que l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse étant d'ordre matériel, elle n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition qui ne protège que des droits d'ordre procédural.

<sup>5</sup> Voir le *Rapport explicatif de la Charte sociale européenne (révisée)*, § 86, p. 10.

par des incohérences déjà commentées<sup>6</sup>, qui accroissent encore le flou régnant sur le contrôle de la conventionnalité, sa signification, son étendue, ses conséquences. Les avis brouillent davantage encore l'intelligibilité des concepts d'application directe et d'effet direct des normes européennes et internationales (du travail), ainsi que leur articulation avec le contrôle de conventionnalité. Les juridictions prud'homales<sup>7</sup>, bientôt suivies par la Cour d'appel de Reims<sup>8</sup>, n'ont pas tardé à s'engouffrer dans les brèches ainsi préservées ou nouvellement ouvertes<sup>9</sup>.

Tout en laissant aux juges du fond un espace de contrôle, l'Assemblée plénière ne donne aucune indication sur les composantes du contrôle de conventionnalité (I). Plus fondamentalement encore, les avis révèlent une confusion entre les questions de l'application des normes internationales, de leur (éventuel) effet direct et de la conventionnalité de la norme interne. Or, cette confusion aboutit à affirmer de manière erronée la conditionnalité du contrôle de conventionnalité à la reconnaissance de l'effet direct de la norme internationale applicable, en totale contradiction avec la conception supranationale de ces concepts qui fonde pourtant les conclusions de l'Avocate générale endossées par l'Assemblée plénière. Il importe donc de clarifier ces concepts ainsi que leur articulation, afin de saisir l'essence du contrôle de conventionnalité (II).

## I. Les composantes du contrôle de conventionnalité

4. Le contrôle de conventionnalité vise à vérifier « *la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales* », ainsi que l'affirme l'Assemblée plénière dans ses avis. Dans le cadre d'une saisine de la Cour de cassation pour avis, cette vérification n'est menée que « *dès lors que son examen [de la demande] implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond* ». Par cette formule limitant d'emblée la portée des avis, se trouve validée la nécessité de procéder à un contrôle concret de la conventionnalité de l'article L. 1235-3, contrôle qui incombe aux juges du fond dans le cadre du litige dont ils sont saisis. Ce contrôle doit donc porter à la fois sur la norme française applicable et sur son application, qui forment ensemble l'objet du contrôle (A).

En revanche, les avis sont moins clairs sur la nature du contrôle de conventionnalité. Or, il convient de savoir en quoi consiste précisément la vérification à laquelle doivent procéder les juges. La décomposition du contrôle de conventionnalité permet de comprendre toute la complexité d'une opération d'interprétation *a priori* habituelle dans un cadre contentieux. Il s'agit en effet de mener un « *raisonnement interprétatif* »<sup>10</sup> faisant toute sa place à une véritable « *intertextualité* »<sup>11</sup> (B).

---

<sup>6</sup> Sur ces incohérences au regard de la question de l'effet direct, voir les observations de J.-P. Marguénaud dans la présente revue et, déjà, G. Bargain, Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables, *RDT* 2019, p. 569 ; C. Nivard, L'obscur clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, *Dr. soc.* 2019. 792.

<sup>7</sup> CPH Grenoble 22 juillet 2019, n° 18/00267 ; CPH Pau 26 juillet 2019, n° 18/00160 ; CPH Nevers 26 juillet 2019, n° 18/00050 ; CPH Troyes 28 juillet 2019, n° 18/00169 ; CPH Le Havre 10 septembre 2019, n° 18/00413 ; CPH Boulogne-Billancourt 18 septembre 2019, n° 18/00444.

<sup>8</sup> CA Reims, ch. soc., 25 septembre 2019, n° 19/00076.

<sup>9</sup> Étonnamment ignorée par l'Avocate générale Courcol-Bouchard, une décision de la Cour d'appel de Chambéry en date du 27 juin 2019 (ch. soc. n° 18/01276) augurait de cette « résistance » des juges du fond, lesquels avaient déjà massivement relevé l'inconventionnalité du barème.

<sup>10</sup> D. Simon, Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports entre systèmes, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 605 et s.

<sup>11</sup> *Ibid.*

## **A. L'objet du contrôle de conventionnalité : la norme nationale et son application. De la nécessité d'un contrôle abstrait et d'un contrôle concret**

5. Limitée dans sa compétence, l'Assemblée plénière ne peut se prononcer que sur la conventionnalité abstraite du droit interne, c'est-à-dire sur la conformité de la norme nationale en cause aux normes internationales applicables (1). Les avis ne préjugent donc pas de l'appréciation des juges du fond sur l'application de la norme nationale dans un litige donné. Il est donc également erroné de soutenir que les conseils de prud'hommes, qui utilisent leur pouvoir d'appréciation de la situation concrète en litige, s'opposent à l'Assemblée plénière ou font preuve d'une « résistance » indisciplinée envers elle. Au contraire, il ressort même clairement des premières décisions au fond ayant suivi la publication des avis que c'est bien ainsi que les conseils de prud'hommes<sup>12</sup> – suivis sur ce point par la Cour d'appel de Reims dans son arrêt en date du 25 septembre 2019<sup>13</sup> – se sont appropriés les avis. Malgré la validation abstraite de la norme législative interne au regard des normes qui lui sont supérieures, le contrôle concret de conventionnalité peut conduire les juges du fond à retirer à la première son label de conventionnalité, en considération des effets produits par son application à une situation litigieuse particulière (2).

### 1. Le contrôle abstrait de la norme nationale

6. Les questions posées à la Cour de cassation ne sont pas formulées de manière identique dans les deux affaires. Le Conseil de prud'homme de Toulouse demande si « l'article L. 1235-3 du code du travail instaurant un barème d'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse est (...) compatible avec les dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et celles de l'article 24 de la Charte sociale européenne ». Beaucoup plus précise, la question du Conseil de prud'hommes de Louviers porte sur la conventionnalité du même article L.1235-3 en ce qu'il « prévoit, en cas d'ancienneté du salarié licencié égale ou supérieure à une année complète et inférieure à deux années complètes, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse minimale d'un mois et une indemnité maximale de deux mois ». De plus, la compatibilité de cet échelon du barème est mise en question au regard des mêmes normes internationales, mais uniquement « en ce qu'(elles) prévoient le droit pour le salarié licencié de percevoir une indemnité adéquate ».

La question posée par le Conseil de Louviers reflète la grande majorité des décisions prud'homales antérieures aux avis qui, comme le souligne Jean Mouly<sup>14</sup>, avaient retenu l'inconventionnalité des seules dispositions du barème que les juges avaient à appliquer, sans prendre forcément parti sur la conventionnalité du barème dans son ensemble. Ces différences dans la formulation des questions sont loin d'être anecdotiques. Si elles influencent l'étendue de la déclaration d'inconventionnalité (partielle ou totale), elles montrent également et que **la détermination de la norme nationale sous contrôle une opération préalable décisive.**

7. De manière évidente, la norme française visée est énoncée à l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017<sup>15</sup>. Mais, dans son examen de conventionnalité mené au regard de l'article 10 C158, l'Assemblée plénière incorpore d'autres normes de droit français, *i.e.* les dispositions de l'article L. 1235-3-1 du code du travail qui excluent l'application du barème en cas de nullité du licenciement. Comme cela a déjà été relevé<sup>16</sup>, l'Assemblée plénière, suivant les conclusions de l'Avocate générale, reprend implicitement à son compte une proposition doctrinale en ce sens, selon laquelle il convient d'examiner la conventionnalité d'un ensemble plus

---

<sup>12</sup> Voir les références des jugements à la note n° 7.

<sup>13</sup> CA Reims, préc. note n° 8.

<sup>14</sup> J. Mouly, L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ?, Dr. soc. 2019, p. 234.

<sup>15</sup> Selon la question du CPH de Louviers, avis n° 15013.

<sup>16</sup> G. Bargain, Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables, *op. cit.*

large de normes, formant le « système de sanction du licenciement prononcé pour un motif injustifié »<sup>17</sup>.

L'on peut douter toutefois de la pertinence de l'application de ce procédé à des dispositions qui écartent l'application du barème, donc ne concernent pas l'indemnisation des salariés auxquels le barème est applicable<sup>18</sup> alors que ce n'est logiquement que par rapport à leur situation que se pose la question de la conventionnalité du barème. Davantage encore, les dispositions de l'article L. 1235-3-1 peuvent être comprises comme reconnaissant implicitement l'insuffisance du montant de l'indemnisation « barémisée » dans certains cas de licenciements sans cause réelle et sérieuse. Il aurait été plus pertinent d'intégrer dans le raisonnement la possibilité d'obtenir la réparation de préjudices distincts survenus à l'occasion du licenciement, lorsque celui-ci est intervenu dans des circonstances brutales ou vexatoires, comme l'a fait l'Avocate générale.

**8.** La prise en compte des dispositions faisant « système » avec le barème d'indemnisation semble couvrir au contraire de la possibilité de réintégration du salarié également prévue au sein de l'article L. 1235-3 du code du travail, alors même que seul le barème d'indemnisation instauré par le même article est mis en cause par les conseils de prud'hommes de Toulouse et de Louviers. Les questions ne portent pas sur la conventionnalité de cette possibilité (ancienne<sup>19</sup>) de réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, possibilité qui se trouve doublement conditionnée par une proposition du juge (non obligatoire) et par l'accord des deux parties, et qui aurait pourtant mérité que l'on interrogeât sa compatibilité avec les mêmes normes internationales et européennes<sup>20</sup>.

**9.** Fort logiquement au regard de la question posée, la reconnaissance de conventionnalité abstraite au sein de l'avis n° 15013 ne porte alors que sur « les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ». En l'absence de toute limitation, il peut être retenu qu'elle couvre l'ensemble du barème, donc la totalité de ses échelons, qu'ils soient applicables dans les entreprises de moins ou d'au moins de onze salariés et quelle que soit l'ancienneté du salarié. Une telle portée étendue de la déclaration de conventionnalité paraît découler logiquement du caractère abstrait du contrôle, qui implique d'ignorer les « éléments de fait relevant de l'office du juge du fond ».

Pour autant, l'Assemblée plénière n'ignore pas les autres dispositions de l'article L. 1235-3 relatives à la possibilité de réintégration, bien qu'elle se contente d'en énoncer brièvement la substance. Néanmoins, ces dispositions, en ce qu'elles font « système » avec celles relatives à l'indemnisation<sup>21</sup>, sont mobilisées dans l'opération de contrôle de la conventionnalité des seules dispositions relatives au barème. Si cette position rejoint celle, encore balbutiante, du comité d'experts d'OIT interprétant l'article 10 C158<sup>22</sup>.

**10.** Plus ambigu est l'avis n° 15012, qui laisse entrevoir deux autres interprétations possibles qui se situent aux extrémités opposées du spectre. Tout en insistant sur un unique échelon – celui applicable à un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze

---

<sup>17</sup> A. Gardin, J.-Ph. Lhernould, *Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison*, *op. cit.*

<sup>18</sup> Le Conseil de prud'hommes du Havre (jugement du 10 septembre 2019, n° 18/00413) développe de manière particulièrement approfondie cet argument.

<sup>19</sup> La possibilité de réintégration du salarié est issue de la loi n°73-680 du 13 juillet 1973, JORF du 18 juillet 1973 p. 7763.

<sup>20</sup> Voir la jurisprudence du CEDS relative à l'article 24, présentée dans le « Digest » 2018, qui « présente l'interprétation que le Comité européen des Droits sociaux a faite des différentes dispositions de la Charte sociale européenne ». En ligne : <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/case-law>

<sup>21</sup> Selon le terme employé par A. Gardin et J.-Ph. Lhernould, *op. cit.*

<sup>22</sup> L'Avocate générale se fonde sur plusieurs réclamations traitées par ce comité d'experts, sans en citer les références, dont une « réclamation contre l'Espagne, dont le dispositif a été considéré comme conforme à l'article 10 de la convention 158 ». Elle indique que le comité de l'OIT a « tenu compte, non seulement de l'indemnisation d'un montant correspondant à "33 jours de salaire par année de service", mais aussi de la "prestation de chômage [à laquelle peut prétendre le travailleur] à partir du moment où la décision d'annulation de la relation de travail est effective" ».

salariés –, l'Assemblée plénière vise « les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui prévoient notamment », pour un ce salarié, une indemnité comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut. L'emploi de l'adverbe notamment conduit en effet à généraliser un avis qui se focalise sur le seul échelon applicable dans le cadre du litige pendant devant le Conseil de Prud'hommes de Louviers, mais qui tend dans le même mouvement à couvrir l'ensemble des dispositions du barème.

Une lecture encore davantage globalisante permettrait d'englober les autres dispositions de l'article L. 1235-3, dont ses deux premiers alinéas relatifs à la possibilité de réintégration du salarié. Qui peut le plus le moins ! Il aurait été pertinent et bien plus cohérent d'incorporer dans le raisonnement « systématisant » l'articulation des deux formes de réparation (réintégration et indemnisation), qui ressort nettement de l'article L. 1235-3, comme au demeurant de l'article 10 C158 et de la jurisprudence du CEDS relative à l'article 24 CSER<sup>23</sup>.

## 2. Le contrôle concret de l'application de la norme nationale

**11.** Les avis renvoient aux seuls juges du fond l'appréciation concrète de la situation du salarié licencié aux fins de fixer le montant de l'indemnité due pour l'absence de cause réelle et sérieuse. Ils confirment ainsi que les Conseils de prud'hommes (et les Cours d'appel) doivent s'assurer que l'application du barème permet d'accorder au salarié une indemnité adéquate au regard de sa situation spécifique. Au-delà de la déclaration de conventionnalité abstraite, une place est donc préservée pour un contrôle concret de conventionnalité et, le cas échéant, pour la mise à l'écart du barème par l'effet direct produit par les normes internationales en jeu.

**12.** Un tel examen de la conformité de l'application du droit interne avec les normes internationales est exigé des États par ces normes elles-mêmes. Les organes internationaux de contrôle prennent ainsi soin de vérifier, sur la base des rapports nationaux notamment, que la législation est *appliquée* par les juridictions internes de manière compatible avec l'objectif de la norme internationale.

Au sein du système normatif de la Charte sociale européenne (révisée), le CEDS « apprécie(...), d'un point de vue juridique, la conformité des législations, réglementations et *pratiques nationales* avec le contenu des obligations découlant de la Charte »<sup>24</sup>. À propos de l'article 24 CSER plus précisément, les États sont ainsi tenus à un seuil élevé de « redevabilité »<sup>25</sup> : « Afin d'apprécier dans quelle mesure les motifs considérés dans la pratique comme justifiant un licenciement correspondent aux motifs valables prévus par l'article 24 de la Charte révisée, le Comité demande que le prochain rapport indique, *décisions et jugements faisant jurisprudence à l'appui*, quelle interprétation est donnée par le juge » à la législation nationale<sup>26</sup>. Dans ses dernières conclusions portant sur la mise en œuvre par la France de l'article 24 CSER<sup>27</sup>, le CEDS demandait précisément la transmission d'informations complémentaires afin de pouvoir déterminer « le montant de l'indemnité qui peut être octroyée en cas de licenciement abusif et si elle est limitée » ; le seul exposé des dispositions législatives ne lui ayant pas permis d'apprécier le respect des exigences issues de l'article 24 RESC « en pratique ».

Dans le même sens et notamment à propos de la Convention 158, la commission d'experts (CEACR) de l'OIT se préoccupe de « l'application de la convention dans la pratique ». S'adressant à la Suède au sujet des indications fournies sur une loi concernant certaines mesures visant à promouvoir l'emploi, la CEACR « prie le gouvernement de continuer à fournir des informations détaillées sur la manière dont les dispositions de la convention sont appliquées dans la pratique, y compris des extraits de décisions

---

<sup>23</sup> Selon le Digest 2018 du CEDS, *op. cit.*

<sup>24</sup> Article 2 du Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne (dit « Protocole de Turin »), modifiant l'article 24 de la Charte de 1961.

<sup>25</sup> La redevabilité désigne l'obligation de rendre compte. V. F. Lafarge, « Rendre des comptes – rendre compte », RFDA 2016/4 n° 160, p. 985.

<sup>26</sup> Conclusions 2005, Norvège (nous soulignons).

<sup>27</sup> Conclusions 2016, France.

judiciaires portant sur des questions de principe ayant trait à la convention, les statistiques disponibles sur les activités des tribunaux du travail et de l'Ombudsman contre la discrimination, et le nombre de licenciements pour des motifs économiques ou similaires »<sup>28</sup>.

**13.** Dans le cadre du contentieux du barème, il entre dans l'office des Conseils de prud'hommes de réaliser un contrôle de conventionnalité *in concreto*. Prenant appui sur le contrôle devant être mené au regard de la CEDH, la rapporteure indique que, « dans ce cas, la règle en elle-même ne posant aucun problème de conformité à la Convention, il est demandé au juge d'en écarter néanmoins l'application dans les circonstances de l'espèce si cette application affecte de manière disproportionnée un droit ou principe revendiqué par le requérant »<sup>29</sup>. Le contrôle concret de conventionnalité se concentre alors sur les effets produits par l'application de la loi dans une situation donnée et au regard des spécificités de celle-ci. Il vise à vérifier que l'application d'une loi (abstraction) conventionnelle n'aboutit pas à un résultat contrevenant à l'objectif de la convention internationale. Plusieurs Conseils de prud'hommes avaient ainsi affirmé qu'il pourrait être fait exception aux plafonds « en présence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait manifestement rendue impossible par l'application du barème ». Cette approche éminemment casuistique ne permet donc qu'à titre (très) exceptionnel et en considération de seuls éléments factuels l'octroi d'une indemnisation d'un montant supérieur au plafond applicable<sup>30</sup>.

La question décisive se déporte alors sur les implications du dépassement du barème : alors que les juges du fond ne retiennent nécessairement qu'une inconventionnalité concrète partielle, parce qu'elle ne concerne par définition que l'un des échelons du barème, l'inconventionnalité doit-elle s'étendre à l'ensemble des plafonds du barème légal et ainsi se muer en inconventionnalité abstraite et totale ? Suivant l'analyse de Jean Mouly<sup>31</sup>, le principe d'égalité entre travailleurs, s'ajoutant à l'impératif de sécurité juridique (qui fondait l'ordonnance imposant le respect du barème), commande une réponse affirmative. L'inconventionnalité totale du barème est, en outre, seule à même de préserver le pouvoir d'appréciation des juges du fond<sup>32</sup>, décisif dans la détermination de l'indemnisation adéquate et, pour cette raison, précisément placé au cœur du dispositif de l'article 10 C158.

## **B. La nature du contrôle : une opération d'interprétation. De la nécessité d'une intertextualité véritable**

**14.** Lorsqu'il vérifie la conformité du droit interne à une norme internationale, le juge français procède à une opération d'interprétation. Il doit donc intégrer la norme internationale dans son « raisonnement interprétatif »<sup>33</sup>. Cette identité quant à la nature, d'une part, de l'appréciation de la conventionnalité d'une norme nationale et, d'autre part, de son d'interprétation est d'ailleurs soulignée par l'Avocate générale aux fins de justifier l'ouverture de la procédure pour avis aux questions sur la conventionnalité d'une norme interne. Dans les deux cas, il est demandé à la Cour de cassation de « fixer (...) l'état du droit applicable »<sup>34</sup>.

Cependant, la particularité du contrôle de conventionnalité réside dans ce qu'il renferme **une double opération d'interprétation** : il s'agit d'interpréter la norme interne de manière conforme à la norme

---

<sup>28</sup> Observation (CEACR) – adoptée 2017, publiée 107<sup>ème</sup> session CIT (2018).

<sup>29</sup> A. Leprieur, Rapport commun aux demandes d'avis n° R1970010 et S1970011.

<sup>30</sup> J. Mouly, L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ?, *op. cit.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> P. Lokiec, Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger, *Sem. soc.* Lamy, 18 févr. 2019

<sup>33</sup> D. Simon, Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports entre systèmes, *op. cit.*

<sup>34</sup> Selon la formule de P. Deumier, Conventionnalité et saisine pour avis, *RTD Civ.* 2018, p. 66, à propos de la procédure d'avis, citée dans les conclusions de l'Avocate générale Courcol-Bouchard.

internationale, opération impliquant alors nécessairement d'interpréter la norme internationale elle-même.

**15.** Dans le cadre du contentieux relatif au barème d'indemnisation, les juges du fond se sont majoritairement appuyés sur l'interprétation de l'article 24 CSER telle que dégagée par le CEDS, lequel avait récemment rendu une décision dans laquelle il exposait sa position relative à la conformité de barèmes indemnitaires au regard de l'article 24 CESR<sup>35</sup>. C'est précisément cette décision « finlandaise » qui avait conduit des auteurs avisés à mettre en doute la conventionnalité du barème « Macron » encore à l'état de projet<sup>36</sup>. C'est encore elle qui fonde la réclamation collective déposée par les confédérations CGT et Force ouvrière, qui est toujours pendante devant le CEDS<sup>37</sup>. L'Assemblée plénière ayant évincé l'article 24 CSER de son contrôle de conventionnalité, elle peut se permettre de ne pas attendre la décision du CEDS et s'évite ainsi dans le même mouvement la tâche délicate d'avoir à statuer sur l'autorité interprétative des décisions (et des conclusions<sup>38</sup>) du CEDS. Sans doute est-ce là que réside la plus convaincante explication du rejet de l'effet direct de l'article 24 CSER<sup>39</sup>.

**16.** La question demeure toutefois posée s'agissant de l'article 10 C158 et de son interprétation par les organes compétents, dont les positions sont formellement ignorés par les avis. Particulièrement complexe, l'architecture constitutionnelle et institutionnelle de l'OIT reste de toute évidence opaque pour l'Avocate générale, dont le raisonnement est pourtant relayé, s'il n'est endossé, par l'Assemblée plénière. Les avis révèlent ainsi, d'une part, une conception minimaliste de l'obligation d'interprétation conforme (1) et, d'autre part, une compréhension très insuffisante des organes de l'OIT et des processus par lesquels ils contrôlent la mise en œuvre par les États des conventions ratifiées (2).

### 1. Une conception minimaliste de l'obligation d'interprétation conforme

**17.** L'interprétation conforme peut être définie comme « la conciliation par la voie de l'interprétation de deux énoncés juridiques apparemment incompatibles »<sup>40</sup> ou, à tout le moins différents. Lorsqu'il découle des engagements internationaux de l'État<sup>41</sup>, le recours au « principe » de l'interprétation conforme vise à résoudre un conflit de normes (la norme interne et la norme internationale) par une voie pacifique : il permet la mise en œuvre de la norme internationale par le truchement de la norme interne. La logique recherchée est bien celle d'une combinaison des deux normes, d'une symbiose.

**18.** Les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit interne des États membres fournissent au « principe de l'interprétation conforme » son terrain d'application privilégié. Encore convient-il d'ajouter que c'est en statuant sur l'interprétation de directives sociales visant la protection des travailleurs que la Cour de justice a construit et précisé, encore récemment, la signification et les implications de ce principe ainsi énoncé :

*« une juridiction nationale, saisie d'un litige opposant exclusivement des particuliers, est tenue, lorsqu'elle applique les dispositions du droit interne adoptées aux fins de transposer les obligations prévues par une directive, de prendre en considération l'ensemble des règles du droit national et de*

---

<sup>35</sup> CEDS 8 septembre 2016, *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, Récl. n° 106/2014.

<sup>36</sup> J. Mouly, Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le CEDS. Une condamnation de mauvais augure pour le projet « Macron » ?, *Dr. soc.* 2017, p. 745 ; L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra légales, *Dr. ouvr.* 2018, p. 435 ; C. Percher, Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, *RDT* 2017. 726.

<sup>37</sup> *Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) c. France*, récl. n° 160/2018, décision sur la recevabilité du 11 septembre 2018.

<sup>38</sup> Les conclusions et les décisions forment la jurisprudence du CEDS, rassemblée au sein du Digest préc.

<sup>39</sup> En ce sens, J. Icard, Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou, *Sem. Soc. Lamy* n° 1871, 26 août 2019.

<sup>40</sup> D. Simon, *op. cit.*, spéc. p. 611.

<sup>41</sup> Sur ce point, cf. infra II.

*les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de cette directive pour aboutir à une solution conforme à l'objectif poursuivi par celle-ci »<sup>42</sup>*

Cette obligation s'impose plus largement dans l'interprétation de l'ensemble du droit national, antérieur et postérieur aux normes européennes, et au regard non seulement de la norme européenne directement concernée mais de l'ensemble du droit de l'Union, y compris des droits fondamentaux<sup>43</sup>.

La portée considérable que les conclusions octroient au droit de l'UE, dont le concept d'effet direct serait désormais applicable à « l'ensemble du droit international du travail », incite à généraliser l'application de l'obligation d'interprétation conforme. Les conclusions de l'Avocate générale confortent cette démarche, indiquant que, « (c)omme le Conseil d'État, la Cour de cassation interprète le droit national à la lumière des stipulations de conventions internationales (...) ».

**19.** Mise en lumière par les conseils de prud'hommes au regard de l'article 24 CSER, la question qui se pose alors concerne l'espace de liberté dont dispose le juge national dans l'interprétation de la norme internationale. Plus précisément, est-il tenu de se référer et de suivre l'interprétation des normes telle que retenue par les organes de contrôle mis en place par les conventions elles-mêmes (tel le CEDS) ou, dans le cas de l'OIT, par sa Constitution ? Ni la Charte sociale, ni les conventions de l'OIT n'apportent de réponse à cette question, laquelle semble relever de la seule compétence des États. Les avis du 17 juillet 2019 illustrent formellement cette absence d'autorité des recommandations, conclusions, rapports ou autres décisions émanant d'organes « quasi » ou « para-juridictionnels » et précisant l'interprétation des normes issues des conventions internationales. En effet, l'Assemblée plénière ne se réfère aucunement à une quelconque interprétation de l'article 10 C158 dégagée par les organes de l'OIT. Certes, la conformité des barèmes d'indemnités aux exigences d'une compensation adéquate est encore peu appréhendée par les organes de l'OIT (cf. infra II). Mais la véritable raison à cette ignorance résulte sans nul doute de ce que les autorités françaises (exécutives, administratives ou judiciaires) ne se considèrent pas liées par les « recommandations » de ces organes qui, selon l'Avocate générale, « doivent toujours être considérées avec le plus grand sérieux, [mais] ne s'imposent ni aux États, ni aux juridictions ».

**20.** Les conclusions relatives au barème montrent tout de même un mouvement tendant à rechercher une interprétation authentique de la norme internationale. L'Avocate générale trouve ainsi des indications dans un manuel de rédaction des instruments de l'OIT, publié en 2005, dont les paragraphes introductifs précisent qu'il « expose les bonnes pratiques rédactionnelles » en vue d'améliorer la préparation des normes de l'OIT et qu'il « n'est pas contraignant et n'a pas de ce fait de valeur obligatoire » pour les nombreuses personnes participant à la rédaction des conventions. Surprenante de prime abord, la mobilisation de ce guide se révèle néanmoins riche de significations, qu'il nous faut développer car ce choix joue un rôle décisif dans la déclaration de conventionnalité de l'article L. 1235-3.

Cherchant à éclairer le sens des qualificatifs « adéquat » ou « approprié », l'Avocate générale s'appuie en effet sur l'annexe 7 du manuel qui indiquerait « *qu'en français, le terme "adéquat" est souvent employé dans le sens "d'approprié", pour signifier "adapté à un usage déterminé, ou encore, bien adapté, qui convient aux circonstances* ». L'article 10 C158 n'impose donc pas une indemnité « intégrale », pourtant commandée par une définition usuelle du qualificatif « adéquat » comme par une interprétation téléologique<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> CJUE 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, pt 111 ; CJUE 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jointes C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, pt 119 ; CJUE 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, C-282/10, pt 27, EU:C:2012:33 ; CJUE 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, pt 38.

<sup>43</sup> D. Simon, *op. cit.* p. 613.

<sup>44</sup> En ce sens, J. Mouly, La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? *Dr. soc.* 2019, p. 122.

**21.** Outre la mise à l'écart implicite des méthodes d'interprétation classique<sup>45</sup>, cette affirmation est encore contestable à deux titres. Tout d'abord, contrairement à ce que laissent penser les conclusions, le manuel ne donne aucune définition du qualificatif « adéquat ». S'il indique qu'il « *est souvent employé dans le sens "d'approprié"* » – qualificatif auquel il se contente de renvoyer –, le manuel ne les assimile pas, ni de manière générale ni dans le contexte de l'article 10 C158. Les deux qualificatifs ne peuvent en effet être synonymes puisqu'ils sont parfois employés comme deux conditions cumulatives par une seule et même norme. L'annexe 7 cite ainsi les clauses pertinentes de la Convention n° 161 sur les services de santé au travail, notamment l'article 5 aux termes duquel les services de santé au travail doivent « assurer celles des fonctions suivantes qui seront adéquates et appropriées aux risques de l'entreprise pour la santé au travail (...) ».

Ensuite, la lecture de l'annexe 7 révèle que le qualificatif « adéquat » est employé dans deux types différents de clauses : d'une part, les clauses transversales relatives aux « mesures de mises en œuvre »<sup>46</sup> que les États doivent prendre assurer l'application de la Convention – par exemple « *Ladite législation : [...] prescrira des sanctions adéquates pour toute infraction* »<sup>47</sup> – et, d'autre part, les clauses substantielles relatives au contenu de la protection qui doit bénéficier aux travailleurs (exemple de la Convention n° 161). L'exigence d'une « indemnité adéquate » prescrite par l'article 10 C158 relève du second type de clauses. Le qualificatif « adéquat » se rapporte à la situation d'un travailleur licencié déterminé, et non aux mesures nationales générales de mise en œuvre. Or, la marge d'appréciation laissée aux États par l'emploi de ce qualificatif, qui fonde les avis de l'Assemblée plénière, semble se rapporter uniquement au premier type de clauses. Par essence, la détermination d'une « indemnité adéquate » relève en premier lieu du juge du fond. Loin d'être innovant cependant, le raisonnement endossé par l'Assemblée plénière repose sur une lecture dichotomique traditionnelle, qui sépare en les opposant les sphères internationale et nationale en vue de préserver la souveraineté de l'État sur l'interprétation de ses normes internes. La marge d'appréciation constitue l'instrument privilégié à cette fin, mais lui-même se trouve détourné de sa conception internationale.

Il ressort encore du manuel que cet instrument répond à la nécessaire souplesse dans la mise en œuvre d'une convention comme la convention 158, afin de permettre à tous les États, quels que soient les modalités de mise en œuvre dont ils disposent, de garantir l'application de la Convention. La marge d'appréciation n'est alors pas conçue pour permettre à un État de moduler le niveau de protection qu'il assure dans et par son droit interne, mais pour lui permettre d'appliquer la Convention au moyen de modalités conformes à son droit ou à sa pratique. Les avis illustrent également une insuffisante compréhension du fonctionnement institutionnel de l'OIT.

## 2. Une maîtrise insuffisante des organes et processus internationaux

**22.** En suivant les conclusions de l'Avocate générale, l'Assemblée plénière fonde implicitement ses avis sur une lecture pour le moins confuse des mécanismes institutionnels de l'OIT, qui sont il est vrai sinon complexes du moins tortueux. Ceux-ci se distinguent ainsi du système de contrôle mis en place pour la Charte sociale européenne (révisée), au sein duquel le CEDS est l'unique organe chargé d'apprécier « d'un point de vue juridique »<sup>48</sup> la conformité des situations nationales avec le contenu des obligations découlant de la Charte pour les États, que ce soit dans le cadre du système des rapports ou dans celui des réclamations collectives. Le contrôle politique dévolu au Comité gouvernemental apparaît en retrait, bien que déterminant au stade de la publicisation et du suivi politique des décisions et conclusions du CEDS.

---

<sup>45</sup> V. l'analyse de J. Icard, Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou, *op. cit.*

<sup>46</sup> Selon la dénomination donnée à cette catégorie par le manuel.

<sup>47</sup> Cette clause figure dans la Convention n° 126, article 3 2)) ou la Convention n° 153, article 4 2).

<sup>48</sup> Selon les termes de l'article 2 du Protocole de Turin amendant l'article 24 de la Charte sociale européenne (initiale) relatif au mécanisme des rapports.

**23.** Au sein de l'OIT, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) est chargée d'examiner les rapports gouvernementaux relatifs à la mise en œuvre en droit et en pratique des conventions ratifiées. Composée d'experts indépendants, elle rend des rapports contenant des observations à destination des États membres lorsque leur situation nationale n'est pas conforme aux engagements qu'ils tiennent d'une convention. L'Avocate générale s'appuie ainsi sur une observation générale de cette Commission sur la convention n° 158<sup>49</sup>, adoptée en 2008, mais qui pourtant ne contient aucune indication au sujet de l'article 10 C158 et l'exigence d'une indemnisation adéquate à défaut de réintégration.

Également cité dans les conclusions, le « rapport de la session de 1995 de la conférence internationale du travail sur la protection contre le licenciement injustifié » se borne à adopter et rendre publique l'unique étude d'ensemble des normes sur le licenciement (Convention n° 158 et Recommandation n° 166), qui fut réalisée par la CEACR et visait, sur la base des rapports nationaux et de rapports d'experts, à dégager des lignes directrices d'interprétation à partir des effets donnés à ces normes par les États.

**24.** Les conclusions mentionnent encore la réclamation déposée en 2017 par les confédérations CGT et Force ouvrière<sup>50</sup>, laquelle est toujours « en instance », non devant la CEACR comme l'affirme l'Avocate générale, mais devant le comité tripartite composé des trois experts (représentant les gouvernements, employeurs et travailleurs) désignés par le Conseil d'administration du Bureau international du travail (BIT), organe compétent dans le cadre de la procédure des réclamations au sein de l'OIT. La composition du comité reflète autant qu'elle détermine la nature ambivalente du contrôle réalisé, comme celle des rapports qu'il rend ou des décisions que prendra finalement le Conseil d'administration : à la fois juridique et politique. Cependant, la CEACR est associée a posteriori, puisque chargée du suivi de la décision du Conseil d'administration, même si ce dernier se contente d'y inviter l'État concerné à « donner des informations (...) sur la nature des réparations ordonnées par les décisions judiciaires ayant déclaré injustifiées des mesures de licenciement ».

Telle est en effet la recommandation adressée par le Conseil d'administration à l'Espagne, dans une décision de 2014 clôturant la procédure de réclamation mentionnée dans les conclusions sur les demandes d'avis. Cette procédure de réclamation a été actionnée par des syndicats, à l'encontre d'une loi adoptée en 2012 qui réformait le régime juridique espagnol de la réintégration et de l'indemnisation en cas de licenciement injustifié. Ainsi que le souligne l'Avocate générale, le comité d'experts a validé les modifications introduites par cette réforme car « *elles n'ont pas éliminé pour autant le versement d'une indemnité en raison de la rupture de la relation de travail tel que prévu par l'article 10 de la convention n° 158. Les juges espagnols continuent d'être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou d'une autre forme de réparation considérée comme appropriée dans le cas où ils parviennent à la conclusion que la rupture de la relation de travail était injustifiée* ». Pour aboutir à une telle conclusion, le comité d'experts tripartite, dans son analyse du caractère adéquat de l'indemnité en cause, « *observe que le travailleur peut prétendre à une prestation de chômage à partir du moment où la décision d'annulation de la relation de travail est effective* ». Si l'on peut effectivement penser que le comité tripartite puis le conseil d'administration du BIT ont tenu compte de cet autre élément pouvant faire « système » avec l'indemnité espagnole pour licenciement injustifié, il reste délicat d'en tirer des enseignements pertinents pour le droit français en raison des divergences importantes entre les deux législations nationales. De plus, ne sont pas prises en considération l'hypothèse dans laquelle le salarié ne remplit pas les conditions lui donnant droit à une prestation de chômage, ni celle dans laquelle une telle prestation n'atteint pas un montant adéquat.

Plus fondamentalement, les prestations d'assurance-chômage, comme les indemnités de départ, prescrites par l'article 12 C158 ne visent pas à réparer les préjudices liés au caractère injustifié du licenciement, mais à garantir la protection du revenu du travailleur privé d'emploi. Il convient de

---

<sup>49</sup> Les conclusions se réfèrent à un « Rapport final de la Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement, avril 2013 ».

<sup>50</sup> Réclamation (article 24) - FRANCE - C087, C098, C158 – 2017.

considérer que, en l'absence d'une quelconque approche plus souple au sein des organes de l'OIT en faveur d'une interprétation « systémique » des articles 10 et 12 C158, les États sont tenus de mettre le droit et la pratique nationales en conformité avec l'ensemble des exigences respectives de chaque disposition de la Convention 158.

## II. L'essence du contrôle de conventionnalité

**25.** Lorsqu'elle statue sur « *la compatibilité* de l'article L. 1235-3 du code du travail avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », l'Assemblée plénière s'attache uniquement à justifier l'absence « *d'effet direct en droit interne* dans un litige entre particuliers » de cette disposition, laquelle ne sera plus mobilisée par la suite. Dans le même sens, c'est par une simple incise que les avis procèdent à propos de la norme internationale en jeu : « Selon l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT), *qui est d'application directe en droit interne (...)* »<sup>51</sup>. Outre une assimilation erronée des deux concepts d'effet direct et d'applicabilité directe des normes internationales, il ressort de ces deux affirmations que la réalisation par le juge judiciaire du contrôle de conventionnalité d'une norme française dépend de la reconnaissance préalable de l'effet direct horizontal (ou de l'applicabilité directe) de la norme internationale en droit interne. Pour l'Assemblée plénière, la question de l'effet direct relève d'une étape préalable au contrôle de conventionnalité. Ainsi, ce n'est qu'après avoir relevé l'applicabilité directe de la norme internationale (article 10 C158) qu'elle se préoccupe de la question de la compatibilité du droit français avec cette norme, en réalisant effectivement le contrôle abstrait de conventionnalité<sup>52</sup>. Incohérente mais loin d'être inédite<sup>53</sup>, cette démarche s'explique sans doute en partie par l'utilisation non maîtrisée de concepts, notions et mécanismes complexes, issus d'ordres juridiques « externes » et encore peu mobilisés par les juges de l'ordre judiciaire. Quoi qu'il en soit, les avis procèdent à une inversion de l'ordre dans lequel devraient pourtant logiquement être posées les questions de la conventionnalité et de l'effet direct.

**26.** Pourtant, la doctrine<sup>54</sup> a tenté de clarifier les significations et les combinaisons possibles entre ces notions : primauté, justiciabilité (in)directe, invocabilité (in)directe, applicabilité directe, application directe et effet direct. Dans ses conclusions, l'Avocate générale semblait s'inspirer de ces travaux, en distinguant « effet direct » et « interprétation conforme » à propos de l'article 24 CSER : « *Comme le Conseil d'État, la Cour de cassation interprète le droit national à la lumière des stipulations de conventions internationales même dépourvues d'effet direct* ». Dit autrement, « *le fait que la chambre sociale ait rejeté des moyens qui invoquaient un article de la Charte, en considérant que le droit interne était conforme, ne signifie pas une reconnaissance de l'effet direct de cet article* ». Contrôle de conventionnalité et effet direct apparaissent bien connectés l'un à l'autre mais les deux mécanismes demeurent distincts, n'ayant ni la même étendue, ni la même fonction. Il convient de préciser, en premier lieu, la finalité du contrôle de conventionnalité (A). Nous verrons, en second lieu, que la question de l'effet direct ne se pose – du moins ne devrait-elle l'être – qu'en cas de constat d'inconventionnalité, de sorte que cette question revêt un caractère subsidiaire, mais essentiel en vue de garantir l'effectivité de la norme internationale (B).

---

<sup>51</sup> Nous soulignons.

<sup>52</sup> De même, ce n'est qu'après avoir constaté que la CEDH est d'application directe qu'elle prend soin d'examiner la pertinence de l'invocation du droit à un procès équitable consacré à l'article 6 § 1 de la convention.

<sup>53</sup> Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Fischer* (CE, 10 février 2014, n° 358992, *Dr. soc.* 2014, p. 474, note J. Mouly ; *RDLF* 2016, chron. 22, note C. Nivard), procède de la même manière.

<sup>54</sup> V. not. J.-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 214.

## A. La finalité du contrôle de conventionnalité

27. Le contrôle de conventionnalité peut être mené dans le cadre d'un contentieux par le juge administratif (exemple de l'arrêt *Fischer*<sup>55</sup>) ou judiciaire (exemple de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation appliquant les stipulations de la Convention OIT 158<sup>56</sup>), aussi bien que dans le cadre d'une procédure extra-judiciaire, telle que la saisine du Conseil d'État pour avis (préalablement à l'entrée en vigueur d'une ordonnance ou d'une loi), ou encore la saisine de la Cour de cassation pour avis. Ces procédures d'avis montrent que le contrôle de conventionnalité ne s'exerce pas uniquement dans un cadre contentieux. Plus largement encore, ce contrôle ne relève pas prioritairement du juge, mais de l'État français signataire des conventions. Il a pour finalité de garantir l'application des normes internationales (1). S'il n'est pas un mécanisme juridictionnel par sa nature, le contrôle de conventionnalité incombant au juge reste le plus fréquemment étudié, certainement parce qu'il se révèle primordial pour *faire* appliquer les normes internationales (2).

### 1. Le contrôle non juridictionnel de conventionnalité : la garantie de l'application des normes internationales en droit interne

28. Dans sa dimension normative (abstraite), le contrôle de conventionnalité vise tout d'abord la mise en conformité des *normes* françaises avec les normes issues des conventions internationales, lesquelles priment le droit interne en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (...)* ». C'est sur le fondement de cette disposition cardinale, reprise des dispositions de la Constitution de 1946, que le droit positif a établi la primauté des normes internationales d'abord sur les actes administratifs, puis sur les lois postérieures et antérieures aux conventions internationales. Indépendamment de son statut juridictionnel, la norme internationale s'applique, dès lors qu'elle satisfait aux conditions posées par l'article 55 de la Constitution.

Il en résulte que les autorités françaises ont l'obligation de (faire) respecter en droit interne – comme en droit international – les normes issues des conventions internationales liant la France. Cette obligation incombe, en premier lieu, aux autorités exécutives et législatives de l'État. Un « premier » contrôle de conventionnalité est en effet réalisé bien en amont, au stade de la négociation des conventions internationales par l'autorité exécutive tout d'abord. Une circulaire du 30 mai 1997 oblige en effet les représentants de l'État français, durant la phase des négociations, « à déterminer si l'accord [international] pourrait entraîner une adaptation des dispositions législatives ou réglementaires nationales »<sup>57</sup>. Au stade de la ratification du traité international ensuite, la conventionnalité de la loi française en vigueur peut être à nouveau questionnée (ou du moins devrait-elle l'être) lors des débats parlementaires. Ainsi, l'Avocate générale Courcol-Bouchard indique-t-elle dans ses conclusions sur les demandes d'avis que « la convention n° 158 de l'OIT n'a fait l'objet d'aucune réserve, tant par le pouvoir exécutif que le pouvoir parlementaire, sur son caractère d'applicabilité directe au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification du 30 décembre 1988, les parlementaires ayant considéré que la législation française était largement en concordance avec ce texte ». Le contrôle de conventionnalité conditionne l'application des normes internationales en droit interne.

Ignorée par les avis, cette dimension normative du contrôle de conventionnalité implique, à la charge de l'État en tant que destinataire premier de la norme internationale, une obligation de garantir l'application non contentieuse de cette norme. On comprend ainsi que l'Avocate générale ait pris soin de rappeler que, en signant puis ratifiant la Convention 158, la France a pris « **l'engagement** » selon

---

<sup>55</sup> CE 10 février 2014, préc.

<sup>56</sup> V. l'arrêt fondateur Cass. soc. 29 mars 2006, n°04-46.499.

<sup>57</sup> Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, JORF n° 0125 du 31 mai 1997, p. 8415.

lequel « puisse être ordonné le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ».

**29.** Si la comparaison des significations respectivement conférées à chacune des deux normes par les autorités exécutives et/ou législatives aboutit à un constat de conformité de la norme nationale, la norme internationale pourra « faire corps commun »<sup>58</sup> avec la norme nationale et orienter l'évolution future de son interprétation. Dans le cas contraire du **constat de non-conformité**, il convient en théorie de procéder à « l'adaptation » de la norme nationale<sup>59</sup>.

L'obligation de mise en conformité des dispositions législatives ressort clairement des termes de la Charte sociale européenne (révisée). Précisant comment les parties contractantes doivent concrétiser les droits fondamentaux qu'elles s'engagent à garantir, la 2<sup>ème</sup> partie de la Charte débute par cette phrase : « *Les Parties s'engagent à se considérer comme liées*, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après ». Plus nettement encore, l'article I figurant au sein de la 5<sup>ème</sup> partie de la Charte et précisément intitulé « Mise en œuvre des engagements souscrits » dispose que : « *Sans préjudice des moyens de mise en œuvre énoncés par ces articles, les dispositions pertinentes des articles 1 à 31 de la partie II de la présente Charte sont mises en œuvre par : a) la législation ou la réglementation ; b) des conventions conclues entre employeurs ou organisations d'employeurs et organisations de travailleurs ; c) une combinaison de ces deux méthodes ; d) d'autres moyens appropriés* »<sup>60</sup>. La disposition de l'Annexe (qui fait intégrante de la Charte) selon laquelle « *il est entendu que l'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales* », se borne donc à reproduire l'article I de la Charte.

**30.** Contrairement à l'argumentation de l'Avocate générale, suivie par l'Assemblée plénière, ces dispositions expriment **l'exigence d'effectivité des normes issues de la Charte** et la nécessité d'une prévision de la sanction attachée au licenciement injustifié comme un élément indispensable à l'effectivité du droit consacré à l'article 24 CSER. Il est donc erroné de considérer qu'il en résulte « la nécessité d'une intermédiation étatique », privant non seulement l'article 24 CSER d'un effet direct, mais le rendant totalement inapplicable. Cette exigence de prédétermination de l'indemnité ou d'une autre forme de réparation prend une importance capitale au regard du caractère dissuasif du montant de l'indemnité tel qu'exigé par le Comité européen des droits sociaux<sup>61</sup>. Plaidant bien davantage en faveur de la reconnaissance de l'effet direct de l'article 24 CSER, elle impliquait à tout le moins l'inconventionnalité du barème incorporé au sein de l'article L. 1235-3.

## 2. Le contrôle juridictionnel de conventionnalité : « faire application » des normes internationales

**31.** Le contrôle de conventionnalité réalisé par les pouvoirs exécutif et législatif ne préjuge pas du contrôle qui doit être mené par les juges ordinaires en relation avec les contentieux dont ils sont saisis.

---

<sup>58</sup> M. Forteau, Repenser la logique de traitement des rapports entre ordres juridiques. Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordres juridiques ?, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 648.

<sup>59</sup> À noter que ce contrôle de conventionnalité peut fonder le refus d'un État de signer ou de ratifier une convention internationale émanant pourtant d'une organisation dont il est membre. C'est précisément le cas de la Belgique, qui justifie son refus de ratifier la Charte sociale européenne révisée notamment par l'incompatibilité de son droit interne avec l'article 24 CSER (CEDS, *Rapport de la réunion avec des représentants du gouvernement belge sur les dispositions non acceptées de la Charte sociale européenne révisée*, Strasbourg, 3 février 2009, p. 3). Pour la même raison, la Belgique n'a pas non plus ratifié la Convention 158.

<sup>60</sup> Article I, § 1, CSER. Nous soulignons.

<sup>61</sup> Sur cette exigence, cf. infra n° 33 et s.

Rappelons que le Conseil d'État<sup>62</sup> comme la Cour de cassation<sup>63</sup> reconnaissent qu'il incombe aux juridictions administratives et judiciaires ordinaires de vérifier la conformité de la loi française aux normes internationales applicables.

Dans le cadre d'un litige, l'hypothèse est alors celle d'un conflit entre une norme interne et une norme internationale, alors qu'elles ont toutes deux vocation régir la situation. En vertu de la primauté des traités internationaux, la seconde doit l'emporter sur la première. Mais, de manière déterminante quoiqu'implicite, la primauté signifie d'abord que la norme internationale *est applicable* à la situation litigieuse, en ce sens qu'elle a vocation à régir cette situation. L'application contentieuse des normes internationales présuppose donc la détermination des normes applicables. Loin d'être aisée, cette opération incombe au juge. Dans un autre contexte, l'on a ainsi pu relever que la mobilisation des normes européennes et internationales par la chambre sociale de la Cour de cassation obéit fréquemment à une instrumentalisation stratégique, à la limite de l'erreur d'interprétation<sup>64</sup>.

**32.** Dans le contexte de l'application des directives de l'UE, la Cour de justice renforce l'obligation pesant sur les juges en posant que « le principe d'interprétation conforme requiert en outre que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci »<sup>65</sup>. Ainsi conçu, le recours à la méthode de l'interprétation conforme, non seulement « s'impose indépendamment de l'effet direct de la norme (...) en cause »<sup>66</sup>, mais il constitue la première et, le cas échéant, l'unique phase du contrôle juridictionnel de conventionnalité.

**33.** Le refus de contrôler la conventionnalité du barème au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, au motif de l'absence d'effet direct produit par cette norme en droit interne, repose donc sur un raisonnement erroné. L'Assemblée plénière aurait dû, en premier lieu, procéder à la comparaison des deux énoncés en conflit. Il apparaît alors que la seule exigence posée par l'article 24 CSER d'une indemnité adéquate en cas de licenciement injustifié était suffisante à conclure à l'inconventionnalité de l'article L. 1235-3, dans la mesure où il permet l'absence de toute indemnité ou le versement d'une indemnité d'un montant dérisoire aux échelons inférieurs du barème<sup>67</sup>.

L'interprétation du CEDS conforte la violation de l'article 24 CSER. Dans ses conclusions de 2012<sup>68</sup>, il affirmait ainsi que « (l)es mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient : - le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ; - la possibilité de réintégration ; - des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime ». S'agissant plus spécifiquement des barèmes, le CEDS ne pose pas une incompatibilité absolue et générale avec l'article 24 CSER, mais fixe un seuil d'exigence élevé : « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte. Toutefois, en cas de plafonnement des indemnités

---

<sup>62</sup> CE, 20 octobre 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon ; D. 1990, p. 135, note P. Sabourin ; *ibid.* . 57, chron. R. Kovar ; *Rev. crit. DIP* 1990. 125, concl. P. Frydman ; *ibid.* . 139, note P. Lagarde.

<sup>63</sup> Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté des Cafés Jacques Vabre*, Bull. ch. mixte n° 4.

<sup>64</sup> M. Schmitt, La « représentation équilibrée » sauvée par les normes européennes et internationales. Observations critiques sous les arrêts Cass. Soc. 13 février 2019 », *Dr. ouvr.* 2019, p. 351.

<sup>65</sup> CJUE 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, pt 111 ; CJUE *Angelidaki e.a.*, 23 avril 2009, aff. jointes C-378/07 à C-380/07, EU:C:2009:250, pt 200.

<sup>66</sup> D. Simon, *op. cit.*, p. 613, à propos du droit communautaire.

<sup>67</sup> En ce sens, J. Mouly, L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ?, *op. cit.*

<sup>68</sup> Conclusions 2012, Slovaquie.

accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies de droit (par exemple, la législation antidiscriminatoire) »<sup>69</sup>.

Ainsi que cela a déjà été maintes fois souligné, cette interprétation fonde l'appréciation du CEDS dans la décision du 8 septembre 2016, *Finnish Society of Social Rights*, citée à l'appui de son argumentaire par le Syndicat des avocats de France et incorporée expressément dans la motivation de certains jugements prud'homaux. Pour invalider le barème finlandais en cause, le CEDS relève que « le plafonnement de l'indemnisation prévu par la loi sur le contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnité accordée ne couvre pas le préjudice ».

**34.** Dès lors que l'application de l'article L. 1235-3 peut aboutir à la même situation, voire à celle d'une absence d'indemnité, l'interprétation conforme se révèle impossible au regard de l'article 24 CSER, de sorte qu'il convient de considérer que le barème « Macron » dans son ensemble est frappé d'inconventionnalité. Ce constat d'inconventionnalité aurait dû conduire l'Assemblée plénière à statuer, en second lieu seulement, sur l'effet direct de l'article 24 CSER.

## **B. L'effet direct, un mécanisme subsidiaire de garantie de l'effectivité de la norme internationale**

**35.** La question de l'effet direct de la norme internationale ne se pose qu'à l'issue du contrôle de conventionnalité lorsque le juge a conclu à l'inconventionnalité de la norme de droit interne. Si le mécanisme de l'effet direct revêt donc une vocation subsidiaire (1), son importance n'en est pas moins grande puisque la mobilisation de la norme internationale par le juge permettra de garantir l'effectivité de cette norme (2).

### 1. La subsidiarité du mécanisme de l'effet direct

**36.** Cantonnée aux procédures contentieuses, la question de l'effet direct se rapporte à celle de la justiciabilité des normes internationales<sup>70</sup>, sans pour autant la recouvrir totalement. Une norme est revêtue de l'effet direct lorsque les parties à un litige « peuvent l'invoquer utilement » à l'appui de leurs prétentions selon la formule employée par le Conseil d'État – notamment dans l'arrêt Fischer – et par la Cour de justice de l'UE. Plus précisément, une telle norme peut constituer le fondement juridique direct, c'est-à-dire autonome et le cas échéant unique, de la décision juridictionnelle. La conséquence est donc la substitution de la norme française, dont l'application est écartée pour la résolution du litige, par la norme internationale ou européenne. Cet effet de substitution, consubstantiel à l'effet direct, n'a vocation à jouer qu'en cas de conflit irréductible de normes, lorsque l'opération d'interprétation conforme n'a pas permis à la norme internationale et à la norme nationale de « faire corps commun ».

**37.** « Importé » du droit de l'UE, le concept de l'effet direct y a été construit par la CJUE en vue de garantir l'application d'une directive dans les cas où un État ne satisfait pas son obligation d'en assurer la mise en œuvre – « soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte »<sup>71</sup> – et où l'interprétation conforme du droit national s'est révélée impossible, se heurtant à la limite de l'interprétation *contra legem*<sup>72</sup>. Le

---

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Sur la notion de justiciabilité, v. J.-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *op. cit.* Sur cette notion, appliquée aux droits sociaux, v. N. Aliprantis, « Les droits sociaux sont justiciables », *Dr. Soc.* 2006, p. 158 ; D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, consulté le 29 octobre 2019 ; DOI : 10.4000/revdh.635.

<sup>71</sup> CJUE 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, pt 103 ; 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, *Dr. ouvrier* 2014. 546, note I. Meyrat.

<sup>72</sup> « (...) l'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne (...) ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit

caractère subsidiaire de l'effet direct est souligné par la Cour de justice selon laquelle, « (d'emblée, il y a lieu de relever que *la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible* »<sup>73</sup>. La vérification de la conformité du droit interne avec les prescriptions minimales de la directive en cause constitue donc un préalable à la question de l'effet direct. En revanche, si l'interprétation conforme est possible, de sorte que l'application de la directive sera assurée par le truchement du droit interne, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'éventuel effet direct du droit de l'UE. En aucun cas donc, la reconnaissance de l'effet direct d'une disposition ne conditionne l'obligation d'interprétation conforme s'imposant au juge en vue de garantir la conformité du droit national.

**38.** Un raisonnement identique est applicable aux normes internationales, dont les États ont l'obligation de garantir l'application. Une obligation d'interprétation conforme s'impose ainsi au juge français qui doit s'assurer que son droit interne est conforme aux dispositions pertinentes des conventions internationales et ainsi garantir l'autorité supérieure à celle des lois dont celles-ci sont dotés. Le mécanisme de l'effet direct permet de concrétiser la primauté affirmée par l'article 55 de la Constitution. Dès lors que le juge relève que l'État n'a pas adapté sa législation afin de permettre l'application de la convention internationale, il y a lieu d'envisager les voies d'une « application directe » de cette dernière.

## 2. La nécessité de la reconnaissance de l'effet direct

**39.** La reconnaissance de l'effet direct d'une norme internationale est toujours située dans le cadre d'un litige donné, de sorte qu'elle intéresse d'abord et immédiatement la résolution de ce litige. Néanmoins, l'effet direct est attaché à la norme indépendamment des éléments factuels du litige, de manière générale. Il en devient indissociable et pourra profiter aux plaideurs dans le cadre de litiges à venir.

**40.** S'agissant plus spécialement du droit à une indemnité adéquate en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la reconnaissance de l'effet direct des normes internationales et européennes qui le consacrent se justifie d'autant plus que ces normes concrétisent le *droit de l'homme* à une protection en cas de licenciement injustifié. En effet, de manière apparemment surprenante voire paradoxale, la norme la plus pertinente et la plus prometteuse pour la protection de ce droit fondamental des travailleurs licenciés pour un motif non valable est énoncée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit à la protection de la vie privée. Par une interprétation extensive et fonctionnaliste, la Cour européenne des droits de l'homme considère en effet que la vie privée englobe la vie professionnelle, car celle-ci contribue de manière primordiale tout à la fois à l'autonomie et au développement des relations sociales de la personne. Depuis un arrêt *Sidabras et Dziautas*<sup>74</sup>, les juges de Strasbourg développent une approche fondée sur les conséquences dommageables significatives produites par un licenciement. Il ressort de cette jurisprudence qu'un salarié licencié démontrant avoir subi des préjudices conséquents du fait de son licenciement peut faire valoir une violation de l'article 8 CEDH<sup>75</sup>.

---

national » (CJUE 15 avril 2008, *Impact*, préc., point 100 ; CJUE 23 avril 2009, *Angelidaki e.a.*, pt 199 ; CJUE 24 janvier 2012, *Dominguez*, préc., pt 25 ; CJUE 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, préc., pt 39.

<sup>73</sup> Souligné par D. Simon, *op. cit.* p. 613.

<sup>74</sup> *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, CrEDH 27 juin 2004, req. n° 55480/00 et 59330/00 ; J. Mouly, Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne', in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (Bruylant Nemesis, 2005), p. 279.

<sup>75</sup> J.-F. Akandji-Kombé, Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi: le droit à la vie privée, in *Droit du travail Emploi Entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu* (IRJS Éditions, 2014), p. 301.

La qualité primordiale dont bénéficie l'article 8 CEDH, en comparaison avec l'article 24 CSER (suivant les avis), est son « application horizontale », à l'instar de l'ensemble des droits de cette Convention comme l'a souligné l'Avocate générale Courcol-Bouchard. La chambre sociale de la Cour de cassation fonde ainsi sans difficulté ses décisions sur l'article 8 CEDH, qui protège déjà les salariés contre les clauses contractuelles (ou leur mise en œuvre) se révélant attentatoires à leurs droits à la protection de leur vie privée et personnelle, à une vie familiale normale, au libre choix du domicile, ou encore au secret de leurs correspondances<sup>76</sup>. Plus récemment et dans un contexte totalement différent<sup>77</sup>, la même chambre a montré qu'elle savait faire preuve d'initiative et d'ouverture en tirant de la combinaison des articles 8 et 14 CEDH que « toute discrimination entre les sexes en matière de conditions de travail est prohibée ».

Une nouvelle voie se dessine ainsi dans le contentieux de la conventionnalité du barème « Macron », fondée sur l'intertextualité des instruments de protection des droits de l'homme au sein et au-delà du Conseil de l'Europe, laquelle formalise l'interpénétration de ces droits eux-mêmes. Cette approche synergétique apparaît précisément rejetée par l'Assemblée plénière qui, en isolant la Convention 158 et son article 10, évolue également à contre-courant de la CrEDH. Nul doute que des plaideurs avisés fourniront à la Cour de cassation une nouvelle occasion d'invalider, sur ce fondement encore inexploité, le plafonnement des indemnités du licenciement sans cause réelle et sérieuse et de consacrer une conception du contrôle de conventionnalité conforme aux engagements internationaux de l'État français.

---

<sup>76</sup> F. Hendrickx, A. Van Bever, Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (eds), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart publishing, 2014.

<sup>77</sup> V. les arrêts Cass. Soc. 13 février 2019, dans le cadre du contentieux des listes électorales paritaires, et nos obs. préc. note n° 64.