

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**

Confidentiel¹

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France

Réclamation n° 160/2018

et

Confédération générale du travail (CGT) c. France

Réclamation n° 171/2018

RAPPORT AU COMITE DES MINISTRES

Strasbourg, 23 mars 2022

¹ Il est rappelé qu'en application de l'article 8§2 du Protocole, le présent rapport ne sera rendu public qu'après l'adoption d'une résolution par le Comité des Ministres ou au plus tard à l'issue d'une période de quatre mois après sa transmission au Comité des Ministres, c'est-à-dire le 26 septembre 2022.

Introduction

1. En application de l'article 8§2 du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole »), le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne (« le Comité ») transmet au Comité des Ministres son rapport² relatif aux réclamations n° 160/2018 et n° 171/2018. Le rapport contient la décision du Comité sur le bien-fondé des réclamations (adoptée le 23 mars 2022), les décisions sur la recevabilité (adoptées respectivement le 11 septembre 2018 et le 3 juillet 2019) figurent en annexe.
2. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998. Il a été ratifié par la Belgique, la Croatie, Chypre, la République tchèque, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal et la Suède. Par ailleurs, la Bulgarie, la Slovénie et l'Espagne sont également liées par cette procédure en application de l'article D de la Charte sociale révisée de 1996.
3. Le Comité a fondé sa procédure sur les dispositions du Règlement du 29 mars 2004, adopté par le Comité lors de sa 201^e session et révisé pour la dernière fois le 19 mai 2021 lors de sa 320^e session.
4. Le rapport a été transmis au Comité des Ministres le 25 mai 2022. Il est rappelé qu'en application de l'article 8§2 du Protocole, ce rapport ne sera rendu public qu'après l'adoption d'une résolution par le Comité des Ministres ou au plus tard quatre mois après sa transmission au Comité des Ministres, c'est-à-dire le 26 septembre 2022.

² Ce rapport peut subir des retouches de forme.

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**

DECISION SUR LE BIEN-FONDE

Adoption : 23 mars 2022

Notification : 25 mai 2022

Publication : 26 septembre 2022

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France

Réclamation n° 160/2018

et

Confédération générale du travail (CGT) c. France

Réclamation n° 171/2018

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne (« le Comité »), au cours de sa 326^e session dans la composition suivante :

Karin LUKAS, Présidente
Eliane CHEMLA, Vice-Présidente
Aoife NOLAN, Vice-Présidente
Giuseppe PALMISANO, Rapporteur Général
Jozsef HAJDU
Barbara KRESAL
Kristine DUPATE
Karin Møhl LARSEN
Yusuf BALCI
Tatiana PUIU
Paul RIETJENS
George N. THEODOSIS
Mario VINKOVIĆ
Miriam KULLMANN

Assisté de Henrik KRISTENSEN, Secrétaire exécutif adjoint,

Après avoir délibéré le 26 janvier et le 23 mars 2022,

Sur la base du rapport présenté par Barbara KRESAL,

Rend la décision suivante, adoptée à cette date :

PROCÉDURE

1. La réclamation présentée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) a été enregistrée le 12 mars 2018.
2. La CGT-FO allègue que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a instauré un barème plafonnant la réparation du préjudice des salariés licenciés de manière injustifiée, qui est contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte »).
3. Le 11 septembre 2018, le Comité a déclaré la réclamation recevable, conformément à l'article 6 du Protocole de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole »).
4. Dans sa décision sur la recevabilité, le Comité a demandé au Gouvernement de soumettre par écrit, avant le 15 novembre 2018, un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation.
5. En application de l'article 7§§1 et 2 du Protocole et de l'article 32§§1 et 2 de son Règlement (« le Règlement »), le Comité a invité les États parties au Protocole, les États ayant fait une déclaration conformément à l'article D§2 de la Charte et les organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs visées à l'article 27§2 de la Charte, à lui transmettre leurs éventuelles observations sur le bien-fondé de la réclamation avant le 15 novembre 2018.
6. Le mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé de la réclamation a été enregistré le 15 novembre 2018.
7. Les observations de la Confédération européenne des Syndicats et de l'Organisation Internationale des Employeurs (OIE) ont été enregistrées le 15 novembre 2018.
8. En application de l'article 28§2 du Règlement, le Gouvernement et la CGT-FO ont été invités à soumettre, s'ils le souhaitent, une réplique aux observations de la CES et de l'OIE. La réplique du Gouvernement aux observations de la Confédération européenne des Syndicats a été enregistrée le 7 janvier 2019.
9. Conformément à l'article 31§2 du Règlement, la CGT-FO a été invitée à soumettre une réplique au mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé pour le 20 janvier 2019. La réplique de la CGT-FO a été enregistrée le 16 janvier 2019.
10. Conformément à l'article 32A§1 du Règlement, le Président du Comité a invité le Syndicat des Avocats de France (SAF) à présenter des observations écrites sur la

réclamation avant le 15 février 2019. Ces observations ont été enregistrées le 13 février 2019.

11. Conformément à l'article 31§3 du Règlement, le Gouvernement a été invité à soumettre une réponse à la réplique de la CGT-FO pour le 28 février 2019. La réponse du Gouvernement a été enregistrée le 28 février 2019.
12. Le 26 février 2019, la Confédération générale du travail (CGT) a indiqué vouloir présenter des observations sur la réclamation en application de l'article 32A§1 du Règlement, ces observations ont été enregistrées le 7 mars 2019.
13. En application de l'article 28§2 du Règlement, le Gouvernement et la CGT-FO ont été invités à soumettre, s'ils le souhaitent, une réplique aux observations du SAF. La réplique du Gouvernement aux observations du SAF a été enregistrée le 22 mars 2019.
14. En application de l'article 28§2 du Règlement, le Gouvernement et la CGT-FO ont été invités à soumettre, s'ils le souhaitent, une réplique aux observations de la CGT. La réplique du Gouvernement aux observations de la CGT a été enregistrée le 11 juin 2019.
15. La réclamation présentée par la Confédération générale du travail (CGT) a été enregistrée le 7 septembre 2018.
16. La CGT allègue que les nouvelles dispositions du code du travail français concernant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, et notamment l'article L.1235-3 du code du travail, méconnaissent l'article 24 de la Charte.
17. Le 3 juillet 2019, le Comité a déclaré la réclamation recevable, conformément à l'article 6 du Protocole de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives.
18. Dans sa décision sur la recevabilité, le Comité a demandé au Gouvernement de soumettre par écrit, avant le 6 septembre 2019, un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation.
19. En application de l'article 7 paragraphe 1 du Protocole, le Comité a invité les Parties au Protocole et les États ayant fait une déclaration en application de l'article D paragraphe 2 de la Charte à lui transmettre leurs éventuelles observations sur le bien-fondé de la réclamation avant le 6 septembre 2019.
20. En application de l'article 7 paragraphe 2 du Protocole, le Comité a invité les organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs visées au paragraphe 2 de l'article 27 de la Charte de 1961 à formuler des observations avant le 6 septembre 2019.
21. Le mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé de la réclamation a été enregistré le 6 septembre 2019.
22. Le 25 septembre 2019, l'Organisation Internationale des Employeurs (OIE) a sollicité un report de la date limite fixée pour la présentation de ses observations sur

la réclamation. Le Président du Comité a accordé une prorogation de ce délai jusqu'au 11 octobre 2019. Les observations de l'OIE ont été enregistrées le 11 octobre 2019.

23. La date limite pour la réplique de la CGT au mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé a été fixée au 15 novembre 2020. La réplique de la CGT a été enregistrée le 14 novembre 2020.
24. Conformément à l'article 31§3 du Règlement, le Gouvernement a été invité à soumettre une réponse à la réplique de la CGT pour le 8 janvier 2020. La nouvelle réplique du Gouvernement a été enregistrée le 8 janvier 2020.
25. Conformément à l'article 26A§1 du Règlement, le Comité a décidé de joindre les réclamations précitées présentées par la CGT-FO et la CGT le 20 octobre 2021.

CONCLUSIONS DES PARTIES

A – Les organisations auteurs des réclamations

26. Les organisations réclamantes, la CGT-FO et la CGT demandent au Comité de déclarer que les réformes du code du travail introduites par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 sont contraires à l'article 24 (droit à une protection en cas de licenciement) de la Charte au motif qu'elles instaurent un plafonnement de l'indemnisation en cas de licenciement sans motif valable. Les organisations réclamantes soutiennent que cela ne permet pas aux victimes de licenciements injustifiés d'obtenir par la voie judiciaire interne une réparation adéquate par rapport au préjudice subi et dissuasive pour les employeurs et que ces réformes ne garantissent pas un droit de recours effectif contre la mesure de licenciement abusif.

B – Le Gouvernement défendeur

27. Le Gouvernement considère que la législation nationale sur les indemnisations en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est conforme à l'article 24 de la Charte et invite le Comité de déclarer les réclamations non fondées en tous leurs aspects.

OBSERVATIONS DE TIERS INTERVENANTS

A – La Confédération Européenne des Syndicats (CES) (observations présentées au titre de la réclamation n° 160/2018)

28. La CES fait valoir que le plafonnement de l'indemnisation en cas de licenciement abusif n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte, mais également à la lumière du droit international pertinent.
29. Elle considère que les mesures contestées s'inscrivent dans un processus de réforme du droit du travail censé répondre à la crise économique et rappelle que le Comité a déjà eu l'occasion d'examiner l'impact d'un tel contexte sur les droits sociaux, y compris en ce qui concerne les procédures de licenciement, dans d'autres

réclamations (*Fellesforbundet for Sjøfolk* (FFFS) c. Norvège, réclamation n° 74/2011, décision sur le bien-fondé du 2 juillet 2013 ; *Finnish Society of Social Rights* c. Finlande, réclamations n° 106/2014 et n° 107/2014, décisions sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 et du 6 septembre 2016).

30. La CES se réfère aux textes internationaux pertinents, notamment les articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), tels que commentés par la Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), la Convention n° 158 et la Recommandation n° 166 de l'OIT sur le licenciement, telles qu'interprétées notamment par le Comité d'experts sur la mise en œuvre des conventions et recommandations (CEACR), ainsi d'autres instruments moins ciblés mais pertinents, tels que le texte de politique générale adopté en 2009 « *Surmonter la crise: un Pacte mondial pour l'emploi* ».
31. La CES relève également la jurisprudence des organes de suivi du PIDESC et de l'OIT qui concernent spécifiquement la France. Elle fait référence aux observations finales du CDESC concernant le 4^{ème} rapport périodique de la France (2016) et dans lesquelles le CDESC se dit préoccupé par les dérogations à des protections acquises en matière de conditions de travail proposées dans le projet de loi travail et invite la France à s'assurer que toute mesure rétrograde concernant les conditions de travail est inévitable et justifiée, nécessaire et proportionnée ainsi que non-discriminatoire. Elle mentionne aussi que, lors de sa 329^{ème} session (mars 2017), le Conseil d'Administration de l'OIT a déclaré recevable une réclamation présentée par la CGT-FO et la Confédération Générale du Travail (CGT) alléguant de l'inexécution par la France de la Convention n°158 de l'OIT. Cette réclamation est actuellement pendante.
32. Dans ce contexte, la CES fait aussi référence aux textes pertinents de l'Union européenne (notamment l'article 153 du Traité de l'Union, l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux qui s'inspire directement de l'article 24 de la Charte sociale européenne et le principe n° 7 du socle européen des droits sociaux).
33. Evoquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la CES observe aussi qu'un licenciement peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (*Özpınar c. Turquie*, requête n° 20999/04, arrêt du 19 octobre 2010, définitif le 19 janvier 2011 ; *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, requête n° 21722/11, arrêt du 9 janvier 2013, définitif le 27 mai 2013).
34. Elle rappelle enfin les observations, décisions et conclusions pertinentes du Comité européen des droits sociaux en matière de mesures d'austérité et d'indemnités en cas de licenciement abusif.
35. A la lumière de ces différents éléments, la CES conclut que le plafonnement en France de l'indemnisation en cas de licenciement injustifié est contraire à l'article 24 de la Charte, d'autant plus que l'ancienneté est le seul facteur pris en compte, sans tenir compte d'autres variables importantes.

B – L'Organisation Internationale des Employeurs (OIE) (observations présentées au titre des réclamations n° 160/2018 et n° 171/2018)

36. L'OIE fait valoir que la législation française découlant de l'ordonnance n° 2017- 1387 du 22 septembre 2017 sur la prévisibilité et la sécurité accrue des relations de travail est pleinement conforme à l'article 24 de la Charte.
37. L'OIE signale que l'instauration d'un plafonnement des indemnisations en cas de licenciement injustifié n'est pas systématiquement contraire à l'article 24 de la Charte.
38. Le barème plafonnant l'indemnisation des salariés licenciés de manière injustifiée est conforme à l'exigence d'une « indemnité adéquate » ou d'une « autre réparation appropriée » prévue par la Charte. En particulier, les limites inférieures et supérieures fixées à cette indemnisation par la législation française correspondent aux deux objectifs de la Charte, à savoir la réparation du préjudice subi par le salarié et le caractère dissuasif pour l'employeur. Au sujet de la fonction dissuasive de l'indemnité, l'OIE estime que la prévisibilité du montant qui sera alloué par le juge ne prive en rien l'indemnisation de son effet dissuasif. Selon l'OIE, l'effet dissuasif ne dépend pas du caractère inconnu et imprévisible du montant mais du montant de l'indemnité en lui-même.
39. Concernant l'allégation selon laquelle la nouvelle législation française ne permettrait pas d'assurer le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours, l'OIE considère qu'il n'est pas nécessaire de respecter ce critère pour se conformer à l'exigence d'une « indemnisation adéquate » imposée par le Comité.
40. Pour ce qui est de la globalisation des indemnités reprochée par la CGT-FO, l'OIE soutient qu'il ne s'agit là que d'une faculté laissée au juge qui peut très bien décider de ne pas globaliser les indemnités.
41. L'OIE considère aussi que le barème d'indemnisation n'empêche pas le juge de prendre en considération, dans les bornes du barème fixé, tous les éléments déterminants le préjudice subi par le salarié (notamment l'âge, les difficultés à retrouver un emploi...). Il cite pour cela une décision du Conseil des Prud'hommes du Mans en date du 26 septembre 2018 qui a jugé le barème français conforme à la Convention n°158 de l'OIT. L'OIE soutient que l'OIT s'est montrée plus souple que le Comité européen des droits sociaux pour ce qui est du caractère suffisant de l'indemnisation. Elle affirme que le fait d'autoriser, en droit et en pratique, des indemnisations très importantes peut entraîner un risque considérable pour les entreprises.
42. De plus, l'OIE affirme que la législation française permettrait aux travailleurs licenciés sans motif réel et sérieux de demander « d'autres mesures appropriées » comme la réintégration ou des indemnisations complémentaires, notamment par l'intermédiaire de recours de droit commun de la responsabilité civile.
43. L'OIE ajoute que les licenciements entachés de nullité ne sont pas soumis au barème instauré par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

44. Enfin, l'OIE affirme que le barème d'indemnisation a été établi sur la base de la moyenne des indemnités accordées par les cours d'appel françaises, contribuant ainsi à réduire les différences de jurisprudence sur le territoire national.

C – Le Syndicat des Avocats de France (SAF) (observations présentées au titre de la réclamation n° 160/2018)

45. Le Syndicat des Avocats de France (SAF) soutient le bien-fondé des prétentions de la CGT-FO selon lesquelles le système de barème d'indemnisation obligatoire mis en place par l'ordonnance n° 2017-1387 est contraire aux exigences de la Charte.
46. Le SAF indique que le système de barème d'indemnisation obligatoire prévu par le code du travail français depuis 2017 est contraire à l'article 24 de la Charte dans la mesure où il ne permet pas d'indemnisation suffisante au regard de la réparation adéquate du préjudice et au regard de la dissuasion de l'employeur. En outre, il soutient qu'aucune voie de droit alternative ne permet d'obtenir une indemnisation complémentaire en cas de licenciement injustifié.
47. Le SAF attire l'attention du Comité sur la conformité de l'ancienne législation française en matière d'indemnisation de licenciement injustifié, en vigueur entre 1973 et 2017, à l'article 24 de la Charte. Il rappelle que le Comité lui-même dans ses Conclusions de 2003, a reconnu la conformité de la législation française à la Charte.
48. Le SAF avance qu'en pratique, la possibilité de réintégration du salarié ayant subi un licenciement injustifié, prévue par la loi, n'est en pratique quasiment jamais utilisée et donc non effective. Il ajoute que l'indemnité octroyée au salarié pour licenciement injustifié est ainsi le seul moyen permettant la réparation intégrale du préjudice subi. La limitation de cette indemnité par la loi française empêche donc l'octroi d'une indemnité adéquate pour le préjudice subi.
49. Le SAF critique la prise en considération d'un seul critère, à savoir l'ancienneté du salarié, pour fixer le plafond de l'indemnité en cas de licenciement injustifié, car celui-ci ne permettrait pas de prendre en compte l'ensemble de la situation personnelle et professionnelle du salarié afin de déterminer une indemnité adéquate.
50. Le SAF indique que les planchers et plafonds du barème d'indemnisation laissent, dans certains cas (en particulier ceux de salariés ayant peu d'ancienneté), une très faible marge d'appréciation au juge qui ne peut alors individualiser le préjudice et déterminer une réparation appropriée.
51. Le SAF estime que la globalisation des indemnités permises par l'article L.1235- 3 conduit à la prise en compte d'autres indemnités dans le calcul de l'indemnité en cas de licenciement injustifié, ce qui réduirait de fait le montant de l'indemnité accordée par le juge.
52. Selon le SAF, suite à l'ordonnance du 22 septembre 2017, le barème d'indemnisation imposé prévoit une indemnité d'un montant si faible pour les salariés ayant peu d'ancienneté que cela les décourage d'agir en justice.

53. Le SAF fait valoir que la Cour Constitutionnelle italienne a jugé un barème italien en matière d'indemnisation en cas de licenciement injustifié insuffisamment dissuasif alors que ce barème était plus avantageux que le barème français actuel (un salarié italien licencié injustement pouvait recevoir une indemnité comprise entre 6 et 36 mois de salaire alors que le barème français accorde entre 0 et 20 mois de salaire).
54. Le SAF explique que dans le droit interne français, il n'existe aucune voie de droit alternative pour obtenir une indemnisation. En particulier, ce que la législation prévoit pour le licenciement entaché de nullité n'a pas vocation à s'appliquer aux cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

D – La Confédération Générale du Travail (CGT) (observations présentées au titre de la réclamation n° 160/2018)

55. La Confédération Générale du Travail (CGT) a soumis quelques éléments en tant que tierce partie dans le cadre de la réclamation n° 160/2018. Toutefois, son point de vue est reproduit dans les conclusions des parties, puisque la CGT a déposé la réclamation n° 171/2018 contestant les mêmes dispositions du code du travail français.

DROIT ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A – Cadre légal relatif au licenciement injustifié (avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017)

56. Le cadre légal antérieur relatif à la résiliation du contrat de travail et les dispositions relatives au licenciement sans cause réelle et sérieuse n'établissaient pas des plafonds d'indemnité, mais seulement des montants minima, qui ne pouvaient pas être inférieurs à 6 mois de salaires (jusqu'à l'ordonnance du 22 septembre 2017). Il y a eu plusieurs tentatives visant à instaurer un barème d'indemnisation en cas de licenciement injustifié en 2015 et 2016 mais sans succès (fondées sur différentes décisions du Conseil constitutionnel n° 2015-715 DC du 5 août 2015 et n°2016-582 QPC du 13 octobre 2016).

B – Le droit interne français actuellement en vigueur (depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017)

57. L'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, a modifié les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail relatives à la réparation du licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse et a introduit le barème d'indemnisation. Ces dispositions ont été en outre modifiées par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

Article L.1235-3 (et ses alinéas) du code du travail tels que modifiés par l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387 et l'article 11 de la loi n° 2018-217 :

Article L.1235-3 :

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

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

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

21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

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

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

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L.1234-9.

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

Article L.1235-3-1

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

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

- 1° La violation d'une liberté fondamentale ;
- 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles [L.1152-3](#) et [L.1153-4](#) ;
- 3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles [L.1132-4](#) et L.1134-4 ;
- 4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L.1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;
- 5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles [L.2411-1](#) et [L.2412-1](#) en raison de l'exercice de son mandat ;
- 6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L.1225-71 et [L.1226-13](#).

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L.1225-71 et du statut protecteur dont bénéficient certains salariés en application du chapitre 1er du Titre 1er du livre IV de la deuxième partie du code du travail, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, sans préjudice de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. »

Article L.1235-3-2

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

C – La jurisprudence française concernant la réforme

1) La jurisprudence en faveur de l'application de l'article L.1235-3 du code du travail

a) Le Conseil d'Etat

58. Conseil d'Etat, ordonnance de référé, n°415243, 7 décembre 2017 :

« Sur l'article 2 :

4. L'article 2 de l'ordonnance contestée modifie l'article L.1235-3 du code du travail pour prévoir qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité

à la charge de l'employeur dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés en nombre de mois de salaire, en fonction de l'ancienneté du salarié. En ce qui concerne les montants minimaux et jusqu'à dix ans d'ancienneté, l'article opère également une distinction entre les entreprises selon qu'elles emploient habituellement moins de onze salariés ou au moins onze salariés.

5. En premier lieu, la Confédération générale du travail soutient que ces dispositions méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi. Elle affirme également que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs protégés par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles prévoient que le juge pourra, pour déterminer le montant de l'indemnisation due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture.
6. D'une part, il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donnée le Comité européen de droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016, dont se prévaut la requérante, qu'elles interdiraient aux Etats signataires de prévoir des plafonds d'indemnisation inférieurs à vingt-quatre mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En outre, le barème que l'article 2 de l'ordonnance contestée énonce n'est, ainsi que le précise l'article L. 1235-3-1 du code du travail, pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité afférente " à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre 1er du titre 1er du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13 ".
7. D'autre part, si les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail prévoient la possibilité, pour le juge, de " tenir compte " dans la détermination du montant de l'indemnité, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, elles ne lui imposent nullement, en énonçant cette faculté, de déduire du montant finalement accordé au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui ne saurait d'ailleurs être inférieur au minimum prévu, le montant de ces indemnités. Ainsi que cela ressort des termes mêmes du texte, cette faculté reconnue au juge concerne les seules indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, ce qui exclut les autres indemnités versées, à cette occasion, en compensation d'autres droits.
8. Enfin, en fixant des montants minimaux et maximaux d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction des seuls critères de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et des effectifs de celle-ci, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas entendu faire obstacle à ce que le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci.
9. En deuxième lieu, la Confédération générale du travail soutient que les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail méconnaissent

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

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

b) Le Conseil constitutionnel

59. Conseil Constitutionnel, décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 par laquelle le Conseil Constitutionnel déclare le nouvel article L.1235-3 du code du travail instaurant le barème d'indemnisation contesté par la CGT-FO conforme à la Constitution :

« En ce qui concerne certaines dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail dans sa rédaction résultant du 7 ° du paragraphe I de l'article 11 de la loi déferée :

83. L'article L.1235-3 du code du travail prévoit que, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et en l'absence de réintégration du salarié dans l'entreprise, le juge octroie à ce dernier une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des minimums et des maximums fixés par ce même article. Ces minimums et maximums varient en fonction de l'ancienneté du salarié. Par ailleurs, les minimums diffèrent selon que l'entreprise emploie onze salariés ou plus ou moins de onze salariés. Dans une entreprise employant au moins onze salariés, l'indemnité minimale va de zéro à trois mois de salaire brut ; dans une entreprise de moins de onze salariés, elle est comprise entre zéro et deux mois et demi de salaire brut. L'indemnité maximale est comprise entre un et vingt mois de salaire brut. Ces indemnités sont cumulables avec les indemnités prévues en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche, dans la limite des montants maximaux précités.
84. Les députés soutiennent que les deuxième à septième alinéas de l'article L.1235-3 du code du travail, qui instituent un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, seraient contraires à la Constitution. Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789. En effet, d'une part, les plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.
85. En premier lieu, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.
86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui

s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

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

ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés.

88. Il résulte de ce qui précède que la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.
89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié. En revanche, il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur.
90. Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.
91. Il résulte de tout ce qui précède que les deuxième à septième alinéas de l'article L.1235-3 du code du travail, qui ne méconnaissent pas non plus la garantie des droits ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. »

c) La Cour de Cassation

60. Cour de Cassation, Formation plénière, Avis n° 15012 et n°15013 du 17 juillet 2019 (Demande d'avis n° R 19-70.010), la Cour de Cassation rend deux avis consultatifs sur la compatibilité avec les normes internationales et européennes du barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Avis n°15012

« II - Sur le fond :

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

Il en résulte notamment que cette indemnité, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, est comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut.

1.- S'agissant de la conventionnalité de ce texte au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de distinguer entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel, cette distinction déterminant l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, n° 76943/11).

Dès lors, les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, précité.

2.- S'agissant de la compatibilité de l'article L.1235-3 du code du travail avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, selon la partie II de ce dernier texte :

« 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.
[...]

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

- a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».

Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

3.- Selon l'article 10 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »

Le terme "adéquat" doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation.

En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux.

Le barème prévu par l'article L.1235-3 du code du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1235-3-1 du même code.

Il s'en déduit que les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

En conséquence,

LA COUR EST D'AVIS QUE :

Les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.

Les dispositions précitées 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. »

Avis n°15013

« II - Sur le fond :

Selon l'article L.1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et

sérieuse, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux.

1. S'agissant de la compatibilité de ce texte avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, selon la partie II de ce dernier texte :
Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.
2. 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 :
Le terme « adéquat » doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation.
En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux.
Le barème prévu par l'article L.1235-3 du code du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1235-3-1 du même code.
Il s'en déduit que 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, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

En conséquence,

LA COUR EST D'AVIS QUE :

Les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers. »

2) L'opposition de certains Conseils de Prud'hommes et de certaines Cours d'Appel refusant d'appliquer le barème d'indemnisation prévu à l'article L.1235-3 du Code du travail

a) Conseils de Prud'hommes

61. Conseil de Prud'hommes de Troyes, décision n°18/00418 du 13 décembre 2018 :
« L'article L.1235-3 du code du travail, en introduisant un plafonnement limitatif des indemnités prud'hommales, ne permet pas aux juges d'apprécier les situations individuelles des salariés injustement licenciés dans leur globalité et de réparer de manière juste le préjudice qu'ils ont subi.
De plus, ces barèmes ne permettent pas d'être dissuasifs pour les employeurs qui souhaitent licencier sans cause réelle et sérieuse un salarié. Ces barèmes sécurisent davantage les fautifs que les victimes et sont donc inéquitables.
En conséquence, le Conseil juge que ce barème viole la Charte Sociale Européenne et la convention n°158 de l'OIT.
Les barèmes prévus par l'article L.1235-3 du code du travail sont inconvencionnels. »
62. Conseil de Prud'hommes d'Amiens, décision n°18/00040 du 19 décembre 2018 :
« Attendu que les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail accordent à Monsieur [...] une indemnité d'1/2 mois de salaire. [...] Que cette indemnité ne peut être considérée comme étant appropriée et réparatrice du licenciement sans cause réelle et sérieuse et ce dans le respect de la convention 158 de l'OIT, mais aussi de la législation française et de la jurisprudence applicable en la matière. Que de ce fait, il y a lieu pour le Conseil de rétablir la mise en place d'une indemnité appropriée réparatrice du licenciement sans cause réelle et sérieuse [...]. »

63. Conseil de Prud'hommes de Lyon, décision n° 18/01238 du 21 décembre 2018 (le Conseil rejette l'application du barème) :

« Attendu que l'indemnisation du salarié est évaluée à hauteur de son préjudice.
Attendu qu'aux termes de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, est rappelé le principe suivant « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître (...) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.* »

64. Conseil de Prud'hommes de Lyon, décision n°15/01398 du 7 janvier 2019 :

« Vu l'article 10 de la Convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail sur le licenciement [...] ;
Vu l'article 24 de la Charte Sociale Européenne du 3 mai 1996 [...] ;
Attendu que les indemnités octroyées doivent être en rapport avec le préjudice subi et suffisamment dissuasives pour être conformes à la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 ;
Attendu que la Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe adopté à Turin en 1961 et qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux, doit donc être considérée comme la Constitution sociale de l'Europe ;
Attendu que le caractère contraignant de ladite Charte sociale ne fait plus de doute et que les principes qu'elle contient sont directement applicables devant le juge français ;
Attendu que la Cour de Cassation a reconnu son applicabilité directe dans un arrêt du 14 mai 2010 (N°09-6 426) et se réfère notamment à ses articles 5 et 6 ;
Attendu en conséquence que la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 et l'interprétation qu'en fait le Comité Européen des droits sociaux sont d'application directe en droit interne français et doivent conduire le Conseil à faire prévaloir la nécessité d'une indemnisation intégrale des préjudices subis par le salarié ;
Attendu qu'une ancienneté faible n'exclut pas la nécessité d'indemniser le salarié en fonction notamment :

- D'une situation personnelle suite à la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap de suspension...)
- Et/ou d'une situation professionnelle rendant la recherche d'un nouvel emploi plus difficile (éloignement géographique, spécialités rares...)
- Et/ou d'un préjudice professionnel réel, plus lourd que l'ancienneté. »

65. De façon additionnelle aux décisions citées par la CGT-FO, d'autres décisions sont également citées par le Syndicat des Avocats de France (SAF) :

Conseil des Prud'hommes de Lyon, décision n° 18/00458 du 22 janvier 2019
Conseil des Prud'hommes d'Angers, décision n° 18/00046 du 17 janvier 2019
Conseil de Prud'hommes de Grenoble, décision n° 18/00989 du 18 janvier 2019
Conseil des Prud'hommes d'Agen, décision n° 18/00049 du 5 février 2019 (décision arbitrale sous l'autorité d'un juge professionnel)

66. Les décisions citées ci-dessus figurent dans la réplique de la CGT au mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé ainsi que dans les observations du SAF. Toutes ces décisions ont été adoptées avant l'avis de la Cour de Cassation du 17 juillet 2019. Cependant, il existe d'autres exemples plus récents de décisions adoptées par les Conseils de Prud'hommes s'opposant au barème et qui octroient des compensations plus élevées que celles établies par l'article L.1235-3 du code de travail. Voici quelques exemples de ces décisions récentes :

Conseil de Prud'hommes de Grenoble, décision n° 18/00267 du 22 juillet 2019 : le barème d'indemnisation fixé à l'article L.1235-3 du code du travail ne permet pas d'accorder une

indemnisation adéquate au regard du préjudice subi par l'employé en l'espèce ; le Conseil lui a accordé un montant supérieur au maximum fixé par l'article L.1235-3.

Conseil de Prud'hommes de Nevers, décision n° 18/00050 du 26 juillet 2019 : décision similaire à l'affaire ci-dessus, où le Conseil a estimé que les montants minimum et maximum prévus à l'article L.1235-3 ne permettaient pas une indemnisation adéquate au regard du préjudice subi.

Conseil de Prud'hommes de Pau, décision n° 18/00160 du 26 juillet 2019

Conseil de Prud'hommes de Troyes, décision n° 18/00169 du 29 juillet 2019

Conseil de Prud'hommes du Havre, décision n° 18/00413 du 10 septembre 2019

Conseil de Prud'hommes de Boulogne Billancourt, décision n° 18/00444 du 18 septembre 2019

Conseil de Prud'hommes de Limoges, décisions n° 19/00113, 19/00114 et 19/00115 du 1 octobre 2019.

Conseil de Prud'hommes de Saint Germain en Laye, décision n° 18/00290 du 8 juin 2020.

b) Cours d'Appel

67. Cour d'Appel de Reims, décision n°19/00003 du 25 septembre 2019. En premier lieu, elle affirme la conventionnalité *in abstracto* du barème d'indemnisation imposé par l'article L.1235-3 à la Convention n° 158 de l'OIT et à la Charte sociale européenne (dont elle reconnaît qu'elle bénéficie d'un effet direct, contrairement à ce qu'a soutenu la Cour de Cassation dans son avis consultatif de juillet 2019). Elle déclare donc que le barème français est conforme, de manière objective et abstraite, aux normes internationales et européennes. Elle précise qu'une indemnité adéquate ou une réparation appropriée n'implique pas en soi une réparation intégrale du préjudice subi par le licenciement injustifié et peut donc s'accorder avec un plafond d'indemnisation. En revanche, la Cour d'Appel considère qu'il convient également de procéder à un contrôle de conventionnalité *in concreto* pour vérifier l'application de la norme de droit aux circonstances de l'espèce. Elle ajoute que ce contrôle *in concreto* peut impliquer d'écarter la règle de droit jugée conventionnelle *in abstracto* si elle affecte de manière disproportionnée les droits du salarié. Ce raisonnement ouvre la voie aux autres cours d'appel pour écarter l'application du barème. Toutefois, la Cour d'Appel de Reims a décidé en l'espèce de ne pas écarter le barème de l'article L.1235-3 au motif que la salariée n'avait pas demandé explicitement un contrôle de conventionnalité *in concreto* ; la Cour d'Appel ne pouvait dès lors procéder qu'à un contrôle *in abstracto* aboutissant à un constat de conventionnalité.
68. Cour d'Appel de Bourges, arrêt n°19/00585 du 6 novembre 2020 (première Cour d'Appel à allouer une indemnité supérieure au plafond prévu par l'article L.1235-3 afin de réparer intégralement le préjudice subi par le salarié) :

Sur les indemnités dues au titre du licenciement

Les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail prévoient qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et à défaut de réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris, pour les salariés ayant 5 années d'ancienneté et employés dans une entreprise employant habituellement plus de onze salariés, entre 3 mois et 6 mois de salaire brut.

En octroyant à M. B 30 000 euros de dommages et intérêts, les premiers juges ont implicitement écarté l'application de ces dispositions légales.

En cause d'appel, M. B soulève en l'espèce l'inconventionnalité de ces dispositions en ce qu'elles seraient contraires à celles des articles 4 et 10 de la convention N°158 de l'OIT et à celles de l'article 24 de la charte sociale européenne du 3 mai 1996 révisée, outre en ce qu'elles heurteraient le droit au procès équitable inscrit à l'article 6§1 de la convention de sauvegarde

des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en déduit que l'application des dispositions nationales porte une atteinte disproportionnée à ses droits et le prive de la possibilité d'être intégralement indemnisé du préjudice qu'il a subi.

Il sera toutefois rappelé que les dispositions précitées de l'article L.1235-3, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6§1 précité.

Par ailleurs, en ce qu'elles laissent une trop importante marge d'appréciation aux parties contractantes pour permettre à des particuliers de s'en prévaloir dans le cadre d'un litige devant les juridictions judiciaires nationales, les dispositions de l'article 24 de la charte sociale européenne révisée ne sont pas d'applicabilité directe en droit interne.

Tel n'est pas le cas en revanche de l'article 10 de la convention N°158 de l'OIT sur le licenciement.

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

L'indemnité est « adéquate » lorsque son montant est suffisamment dissuasif pour éviter le licenciement injustifié. Il doit raisonnablement permettre d'atteindre le but visé, à savoir l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi.

En droit français, l'article L.1235-3 du code du travail permet de moduler l'indemnisation du dommage causé par le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse d'un salarié en fonction de l'ancienneté, critère objectif du préjudice subi et de l'adapter dans les limites légales, à la situation de chaque salarié selon des critères qui lui sont propres. En outre, une possibilité de voies alternatives est ouverte dès lors qu'un licenciement est considéré comme nul ou pour permettre au salarié de demander réparation de préjudices distincts de la perte d'emploi.

Le plafonnement instauré par les dispositions précitées de l'article L.1235-3 présente des garanties suffisantes pour qu'au regard de l'objectif poursuivi, l'atteinte nécessaire aux droits fondamentaux n'apparaisse pas en elle-même disproportionnée.

Le contrôle de conventionnalité, exercé de façon objective et abstraite sur l'ensemble du dispositif conduit par conséquent à conclure, peu important la situation de M. B, à la conventionnalité de celui-ci.

Pour autant, lorsqu'un licenciement est injustifié, le contrôle de conventionnalité ne dispense pas, en présence d'un dispositif jugé conventionnel, d'apprécier s'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné en lui imposant des charges démesurées par rapport au résultat recherché, en l'occurrence l'indemnisation intégrale du préjudice qu'il a subi.

Or, en l'espèce, il apparaît que M. B était âgé de 59 ans au jour de son licenciement et comptabilisait 5 années d'ancienneté au sein de l'entreprise. Il justifie d'un nombre impressionnant de recherches d'emploi demeurées vaines sans qu'il puisse lui être reproché de ne pas les avoir circonscrites à son domaine de compétences, la logistique. En effet, eu égard à son âge et au marché français de l'emploi, il était de son intérêt d'étendre ses recherches bien au-delà de son domaine principal de compétences. Il ne peut davantage lui être reproché la tardiveté de ses recherches puisque, sur la période d'octobre 2019 à juillet 2020, il justifie d'au moins 177 dépôts de candidatures.

Eu égard à son âge, 59 ans, et à la difficulté qui en résulte pour lui et dont il justifie de retrouver un emploi dans un marché du travail en tension, l'application des dispositions précitées de l'article L.1235-3 du code du travail porte en l'espèce une atteinte disproportionnée à ses droits

en ce qu'elle ne permet pas l'indemnisation intégrale de son préjudice. Elle contrevient pour ce motif aux dispositions précitées de l'article 10 de la convention N°158 de l'OIT.

C'est par conséquent à bon droit que les premiers juges ont en l'espèce écarté l'application des dispositions de l'article L.1235-3. »

69. Cour d'Appel de Paris, arrêt n°19-08.721 du 16 mars 2021 dans lequel la Cour d'Appel de Paris écarte le barème imposé par l'article L.1235-3 en se fondant sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et en tenant compte de la situation « concrète et particulière » de la salariée licenciée injustement ; elle a ainsi estimé que le barème imposé par le code du travail représentait en l'espèce « à peine la moitié du préjudice subi en termes de diminution des ressources financières depuis le licenciement ». Dans cet arrêt du 16 mars 2021, la cour d'Appel de Paris a procédé à un contrôle de conventionnalité dit « concret » pour écarter le barème : il faut noter que dans deux arrêts précédents (arrêt n° 17/06676 du 18 septembre 2019 et arrêt n° 16/05602 du 30 octobre 2019), la Cour d'Appel avait suivi l'avis consultatif de la Cour de Cassation et jugé les barèmes conventionnels.

3) La jurisprudence française concernant d'éventuelles voies de droit alternatives

70. D'après la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, il est possible pour les salariés injustement licenciés d'obtenir des réparations supplémentaires mais uniquement pour des préjudices distincts.

71. Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre sociale, 26 octobre 2017, n°15-25976

Les règles de la responsabilité civile ne retrouvent leur efficacité que pour réparer des préjudices distincts de celui résultant de la perte de l'emploi :

« SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société TTR GUY FRANCOIS à verser à Monsieur X... la somme de 5.000 euros en réparation du préjudice moral subi du fait des circonstances vexatoires de son licenciement ;

AUX MOTIFS QUE « M. X..., entré dans l'entreprise à l'âge de 18 ans, a été brutalement évincé à un âge auquel il lui sera difficile de retrouver un poste de livreur dans une autre société ; qu'il subit de ce fait un préjudice moral qu'il convient de réparer par la condamnation de la société employeur à lui payer une somme de 5 000 euros à titre de dommages intérêts eu égard au caractère vexatoire de son licenciement » ;

ALORS QUE le juge ne peut allouer au salarié des dommages et intérêts distincts des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'à la condition de caractériser une faute de l'employeur dans les circonstances de la rupture et le préjudice distinct de la perte de son emploi qui en résulte ; qu'en se bornant à affirmer que Monsieur X..., qui, compte tenu de son âge, aura des difficultés à retrouver un poste de livreur dans une autre société, est fondé à solliciter la réparation de son préjudice moral distinct eu égard au caractère vexatoire de son licenciement, sans faire ressortir en quoi son licenciement présentait un caractère vexatoire ou brutal, ni caractériser un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil. »

72. Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre sociale, du 14 septembre 2017, n° 16-11563

La Cour de Cassation a cassé l'arrêt rendu par une Cour d'Appel qui avait condamné l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures d'un plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à chaque salarié une indemnité au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse, laquelle doit être la seule réparation allouée au titre du caractère illicite du licenciement :

« Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Vu les articles L.1235-10 et L.1235-11 du code du travail dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble le principe de réparation intégrale du préjudice ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, l'arrêt retient que les avantages liés à l'adoption de ce plan sont non négligeables puisque se mettent en place des actions en vue du reclassement interne des salariés, des créations nouvelles par l'entreprise, des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés, des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents, ainsi que des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail et que la privation par l'employeur de ces avantages justifie l'allocation d'une indemnité spécifique ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à chaque salarié une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ; »

73. **Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, 2 mars 2011, n° 08-44977** En cas de licenciement pour inaptitude, un employeur peut être condamné, en plus d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à une indemnité réparant le préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé si celle-ci est imputable à l'employeur :

« Sur le troisième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de la condamner à verser à M. X... une somme à titre de dommages-intérêts au titre d'un préjudice distinct, alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation prononcée sur le fondement du premier moyen ou, en toute hypothèse, du deuxième moyen, aura pour conséquence, en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile, d'entraîner la censure du chef ici querellé du dispositif de l'arrêt ;

2°/ que la cour d'appel l'a condamnée à verser à M. X... une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en estimant qu'elle s'était rendue responsable de l'inaptitude du salarié, cause, du fait de son refus d'accepter les offres de reclassement formulées par l'exposante, de son licenciement ; qu'en conséquence, ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui estime que le salarié a subi un préjudice distinct résultant du comportement de l'employeur qui a, selon la cour, visiblement voulu d'une part passer en force et d'autre part imposer au salarié des changements déloyaux, ce dont il est résulté la détérioration de l'état de santé du salarié et au final son inaptitude, sans caractériser en quoi ce préjudice était distinct de l'indemnisation de la perte d'emploi estimée injustifiée, cependant que ce préjudice prétendument distinct provenait de la même faute et résultait également de l'inaptitude du salarié fondant l'octroi de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le comportement fautif de l'employeur était à l'origine de la détérioration de l'état de santé et de l'inaptitude physique du salarié, la cour d'appel, qui en a

déduit que le salarié avait subi un préjudice distinct de celui indemnisé au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; »

74. Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, 25 février 2003, n° 00-42031

Il est possible de réparer le préjudice moral du salarié, dès lors que celui-ci ne résulte pas exclusivement du caractère injustifié du licenciement. En l'espèce, il s'agit d'une atteinte à la dignité du salarié :

« Mais sur le second moyen :

Vu les articles 9 et 1147 du code civil et L.120-2 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice qui lui a été causé par la diffusion, lors de réunions de service, des motifs pour lesquels l'employeur engageait une procédure disciplinaire à son encontre, la cour d'appel retient que les faits commis par la salariée n'étant pas dénués de rapport avec son activité professionnelle, il n'était pas anormal que l'employeur les fasse connaître ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

75. Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, 31 mai 2011, n° 09-71350 : Le salarié peut obtenir une réparation distincte du plafond sur le fondement de la perte de chance. En l'espèce, il s'agit de la perte de la chance de pouvoir bénéficier de l'avantage retraite applicable dans l'entreprise :

« PREMIER MOYEN DE CASSATION

[...]

ALORS, ENFIN et SUBSIDIAIREMENT QUE le salarié qui ne peut, du fait de son licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse, bénéficier de la retraite chapeau applicable dans l'entreprise, subit nécessairement un préjudice qui doit être réparé ; qu'en rejetant la demande de Monsieur X... en paiement de dommages et intérêts pour perte d'une chance de bénéficier de la retraite chapeau aux motifs inopérants que « le salarié doit être présent dans l'entreprise lors du départ en retraite et qu'ayant une ancienneté de moins de deux ans (il) ne saurait prétendre avoir perdu, du fait de son licenciement, la chance de bénéficier de cet avantage différé », quand elle avait exactement retenu que « le licenciement de Monsieur X... était dépourvu de cause réelle et sérieuse », ce dont il résultait que cette perte de chance était suffisamment sérieuse pour donner lieu à une indemnisation, la Cour d'appel de Paris, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 1134 et 1147 du code civil outre l'article L.1235-3 du code du travail. »

TEXTES INTERNATIONAUX PERTINENTS

A – Nations Unies

76. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976 :

Article 6

« 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

2. Les mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales. »

77. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 18 : Le droit au travail (article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), adoptée le 24 novembre 2005

« 4. Le droit au travail, tel que consacré par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, affirme l'obligation des États parties de garantir aux individus leur droit à un travail librement choisi ou accepté, notamment le droit de ne pas en être privé injustement. (...) »

« 11. La Convention no 158 de l'OIT sur le licenciement (1982) définit la licéité du licenciement en son article 4 ; elle impose en particulier l'existence d'un motif valable de licenciement et reconnaît le droit à réparation – juridique ou autre – en cas de licenciement injustifié. »

Manquements à l'obligation de protéger

« 35. L'État manque à l'obligation de protéger quand il s'abstient de prendre toutes les mesures voulues pour protéger les personnes relevant de sa juridiction contre des atteintes au droit au travail imputables à des tiers. Dans ces manquements entrent des omissions, comme le fait de ne pas réglementer l'activité d'individus, de groupes ou de sociétés aux fins de les empêcher de porter atteinte au droit au travail d'autrui ou le fait de ne pas protéger les travailleurs contre les licenciements abusifs. »

78. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la France, adoptées le 24 juin 2016 :

Droit de jouir de conditions de travail justes et favorables

24. Le Comité est préoccupé par les dérogations à des protections acquises en matière de conditions de travail proposées dans le projet de loi travail (projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs), y compris pour accroître la flexibilité du marché du travail, sans qu'il ne soit démontré que l'État partie a considéré toutes les autres solutions possibles (art. 6 et 7).
25. Le Comité engage l'État partie à s'assurer que les dispositifs proposés pour accroître la flexibilité du marché du travail n'ont pas pour effets la précarisation du travail et la diminution de la protection sociale du travailleur. Il l'exhorte également à s'assurer que toute mesure rétrograde concernant les conditions de travail :
 - (a) est inévitable et pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits du Pacte, compte tenu de l'obligation de l'État partie de viser la pleine réalisation de ces droits au maximum de ses ressources disponibles ;
 - (b) est nécessaire et proportionnée à la situation, c'est-à-dire que l'adoption de tout autre mesure, ou l'absence de mesures, aurait des effets encore plus néfastes sur les droits visés par le Pacte ; et
 - (c) n'est pas discriminatoire et ne touche pas de manière disproportionnée des personnes et des groupes défavorisés et marginalisés.

26. Le Comité renvoie l'État partie à son observation générale n°23 (2016) sur le droit à des conditions de travail justes et favorables.

B – Organisation Internationale du Travail (OIT)

79. Convention n° 158 sur le licenciement, adoptée en 1982 et entrée en vigueur le 24 novembre 1985 :

« Partie II. Normes d'application générale

Section A. Justification du licenciement

Article 4

Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

(...)

Section C. Procédure de recours contre le licenciement

Article 10

Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »

80. Comité d'experts sur la mise en œuvre des conventions et recommandations (CEACR) Etude d'ensemble sur la Convention (n° 158) et la Recommandation (n° 166) en matière de licenciement, 1982, Conférence OIT, 82e session 1995, Rapport III (Part 4B), Genève 1995 :

« 218. Aux termes de l'article 10 de la Convention, « si les organismes mentionnés à l'article 8 [...] arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ».

219. Dans son libellé, l'article 10 privilégie l'annulation du licenciement et la réintégration du travailleur à la suite d'un licenciement injustifié, mais il offre aussi une certaine souplesse puisqu'il propose d'autres solutions, en fonction du pouvoir dont dispose l'organisme impartial et de la possibilité, compte tenu des circonstances, de décider d'annuler le licenciement et de réintégrer le travailleur. La disposition précise en outre que l'indemnité éventuelle doit être « adéquate ». (...)

232. Au vu de ce qui précède, le Comité considère que l'indemnité versée en cas de licenciement violant un droit fondamental doit viser à réparer totalement, sur le plan tant financier que professionnel, le préjudice subi par le travailleur ; la meilleure solution consiste généralement à réintégrer le travailleur dans son emploi, en lui versant les salaires impayés et en conservant ses droits acquis. À cette fin, les organismes impartiaux doivent être dotés de tous les pouvoirs nécessaires pour trancher rapidement, complètement et en toute indépendance, et en particulier décider de la forme de réparation la plus adaptée compte tenu des circonstances, et notamment de la possibilité de réintégration. Si la réintégration n'est pas

proposée à titre de réparation, si elle n'est pas possible ou si elle n'est pas voulue par le travailleur, il serait souhaitable que l'indemnité octroyée pour un licenciement violant un droit de l'homme fondamental soit proportionnée au préjudice subi et d'un montant supérieur à celui versé pour d'autres types de licenciement. (...) »

C – Union Européenne

1. Droit primaire

81. Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne :

Article 30 Protection en cas de licenciement injustifié

« Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. »

2. Socle européen des droits sociaux

82. Le Socle européen des droits sociaux, proclamé et signé le 17 novembre 2017 par le Conseil de l'Union européenne, le Parlement européen et la Commission européenne lors du sommet social pour des emplois et une croissance équitables de Göteborg.

83. Principe 7 du Socle :

7. Informations concernant les conditions d'emploi et protection en cas de licenciement

(...)

« b. Les travailleurs ont le droit d'être informés des raisons conduisant à leur licenciement, préalablement à celui-ci, et de recevoir un préavis raisonnable. Ils ont le droit d'avoir accès à un système de règlement des litiges efficace et impartial et de bénéficier, en cas de licenciement injustifié, d'un droit de recours, assorti d'une compensation adéquate. »

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 24 DE LA CHARTE

84. L'article 24 la Charte est libellé ainsi :

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

Partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ».

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

- a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial. »

A – Argumentation des parties

1. Les organisations auteurs des réclamations

85. Les deux organisations réclamantes, la CGT-FO et la CGT considèrent que l'« indemnité adéquate » garantie par la Charte doit s'entendre comme la réparation intégrale du préjudice subi par le salarié du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse. En cas de plafonnement des indemnités qui ne permettrait pas d'assurer une réparation intégrale du préjudice subi, il faut vérifier si, en pratique, il n'y a pas de voies de droit alternatives qui permettraient d'obtenir une réparation complémentaire. La CGT-FO renvoie également au raisonnement du Comité dans sa décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016 dans *Finnish Society of Social Rights*

c. Finlande, réclamation n°106/2014.

i) L'absence d'indemnité adéquate ou autre réparation appropriée prévue par le droit français

86. La CGT-FO et la CGT soutiennent que le nouveau barème français d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en vigueur depuis 2017 ne permet pas une réparation adéquate ou appropriée en cas de licenciement injustifié car il ne remplit pas les critères d'indemnité adéquate ou autre réparation appropriée fixés par le Comité.

a) L'absence de remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la date de la décision de l'organe de recours

87. La CGT-FO et la CGT affirment que le système français d'indemnisation du licenciement injustifié n'assure pas correctement le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours. La CGT dresse en outre une comparaison avec l'article L.1235-3-1 du code du travail qui instaure un régime d'exception pour les licenciements abusifs les plus graves qui sont entachés de nullité. Cet article prévoit explicitement le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe. Or l'article L.1235-3 relatif aux licenciements sans cause réelle et sérieuse ne fait aucune mention explicite du remboursement des pertes financières consécutives au licenciement injustifié.

88. En réponse au Gouvernement qui soutient que l'allocation d'assurance chômage constituerait une forme de remboursement des pertes financières consécutives au licenciement pour le salarié, la CGT dresse plusieurs constats. Tout d'abord, l'allocation d'assurance chômage est limitée dans la mesure où elle équivaut en moyenne à 60% de l'ancien salaire du salarié, ce qui ne serait pas suffisant pour rembourser les pertes financières. Ensuite, la durée d'indemnisation est restreinte dans le temps et dépend de la durée de cotisation : elle peut donc être inférieure à la période s'écoulant entre le licenciement et la décision de l'organe de recours. De plus, la CGT indique que le Gouvernement français a récemment réformé le système d'allocation d'assurance chômage, ce qui le rendrait plus difficile d'accès et moins

protecteur. Au-delà, la CGT souhaite surtout attirer l'attention du Comité sur le fait que cette allocation d'assurance chômage n'a pas vocation à réparer la perte injustifiée d'emploi : tous les salariés licenciés, de manière justifiée ou injustifiée, peuvent en bénéficier. Elle rappelle par ailleurs que, dans sa décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016 concernant la Finlande (*Finnish Society of Social Rights* c. Finlande, réclamation n°106/2014, *op. cit.*), le Comité ne s'est nullement fondé sur le mécanisme de déduction des allocations chômage de l'indemnité pour licenciement injustifié pour conclure à la violation de la Charte par la Finlande. Ainsi, la France ne peut se fonder sur l'existence d'une allocation chômage pour soutenir que le barème est conforme à l'article 24 de la Charte.

89. La CGT-FO affirme en outre que les procédures prud'homales sont particulièrement longues. Elle se réfère ainsi aux statistiques officielles du Ministère de la Justice de 2016, lesquelles indiquent qu'une procédure prud'homale dure en moyenne 15 à 17 mois, sans prendre en compte les procédures d'appel et de cassation. Ces délais peuvent en outre atteindre 30 mois en cas de départage. Cette situation a fait l'objet de plusieurs condamnations par des juridictions françaises qui ont jugé les délais procédures des conseils de prud'hommes excessifs au regard de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
90. Selon la CGT-FO, la longueur des procédures combinée au plafonnement des indemnités conduira nécessairement les salariés licenciés injustement à renoncer à agir en justice. Le syndicat réclamant allègue par ailleurs que les salariés se pourvoient déjà moins en justice qu'auparavant, suite à diverses réformes du système prud'homal et à la montée en puissance des ruptures conventionnelles. Ainsi, entre 2016 et 2017, le nombre de saisines des conseils prud'homaux aurait nettement diminué : une baisse de 40% à 50% aurait été enregistrée au premier trimestre à Roubaix et une baisse de 41% à Paris. Le doyen honoraire de la Chambre sociale de la Cour de Cassation prévoit que cette baisse du nombre de saisines se poursuivra, voire s'accroîtra avec le plafonnement des indemnités pour licenciement injustifié, en expliquant que le plafonnement découragera les salariés à faible ancienneté de saisir les conseils de prud'hommes.
91. La CGT-FO reconnaît, en réponse à l'affirmation du Gouvernement, que la diminution du nombre de saisines des conseils prud'homaux est le résultat de réformes antérieures et ne repose pas exclusivement sur l'introduction du barème d'indemnisation. Elle reconnaît en effet que la baisse du nombre de saisines s'inscrit dans une tendance antérieure à l'entrée en vigueur du barème. Toutefois, cela n'empêcherait pas que la diminution du nombre de saisines soit également attribuable au nouveau barème : la Ministre du Travail elle-même aurait attribué la baisse du nombre d'affaires portées devant les conseils de prud'hommes aux premiers effets des ordonnances Travail.
 - b) L'absence d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour compenser le préjudice subi par la victime
92. La CGT-FO et la CGT estiment que le montant d'indemnisation prévu par le barème n'est pas suffisamment élevé pour compenser entièrement le préjudice subi par les salariés victimes de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Considérations générales sur le caractère adéquat de la réparation du préjudice subi

93. En ce qui concerne le montant des indemnités prévues par le barème, la CGT- FO souligne d'abord que les minima sont insuffisants. Elle précise que, pour ceux qui ont moins de 11 ans d'ancienneté, des minima ont été instaurés spécifiquement pour les entreprises de moins de 11 salariés. Cela semble démontrer la volonté de l'Etat de répondre avant tout aux besoins des petites et moyennes entreprises. Les nouveaux minima fixés par l'ordonnance de 2017 ne représentent qu'un demi-mois ou un mois de salaire pour les salariés de petites entreprises ayant une faible ancienneté. En outre, la CGT-FO fait valoir, les planchers auparavant en vigueur avaient été fixés à 6 mois de salaire car il s'agissait de la durée moyenne du chômage à l'époque : cette durée moyenne ayant significativement augmenté depuis, les planchers d'indemnisation devraient désormais être fixés à 9 mois afin de les aligner sur la durée moyenne actuelle du chômage. La CGT estime également que pour les salariés à faible ancienneté, l'indemnité maximale attribuable ne dépasse pas un mois de salaire brut et se combine à des planchers d'indemnisation bas : la fourchette d'indemnisation est ainsi très étroite pour les salariés ayant une faible ancienneté.
94. En second lieu, la CGT-FO et la CGT font référence à l'insuffisance des plafonds du barème d'indemnisation. Elles relèvent que les plafonds fixés par le barème sont compris entre 1 mois de salaire pour les salariés ayant moins d'un an d'ancienneté et 20 mois pour les salariés ayant plus de 29 ans d'ancienneté. Le montant maximal de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut donc excéder 20 mois de salaire brut. En cela, le plafond du barème français est inférieur à celui du barème finlandais qui s'élevait à 24 mois de salaire et que le Comité avait considéré comme insuffisant pour assurer une indemnisation adéquate lorsqu'il n'existe pas d'autres voies de recours.
95. Par ailleurs, dans certains cas, les montants du plancher et du plafond sont quasiment identiques : par exemple, pour les salariés ayant 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés ou plus, le montant de l'indemnité est compris entre 3 et 3,5 mois. Ces fourchettes étroites d'indemnisation limiteraient le pouvoir d'appréciation du juge.
96. Il existe des exceptions au barème d'indemnisation. Elles font l'objet d'une liste limitative à l'article L.1235-3-1. Elles correspondent aux cas de licenciements abusifs les plus graves qui sont entachés de nullité. La nullité, une fois constatée par le juge, permet la réintégration et quand le salarié ne souhaite pas réintégrer l'entreprise ou que sa réintégration n'est pas matériellement possible, elle donne lieu à une indemnité qui n'est pas plafonnée et ne peut être inférieure à 6 mois de salaire. Toutefois, la CGT-FO précise que le choix du gouvernement de recourir à une liste d'exceptions au sein de l'article L.1235-3-1 démontrerait son intention de limiter strictement les cas dans lesquels il peut être dérogé à l'utilisation du barème.
97. La CGT affirme de même que les nouveaux montants d'indemnisation imposés par le code du travail sont moins avantageux que la moyenne des montants d'indemnisation accordés par les tribunaux en pratique. L'organisation réclamante s'appuie sur une étude réalisée en 2015 par le ministère de la Justice sur les indemnités accordées par les tribunaux pour licenciement sans cause réelle et

sérieuse, recensant 401 arrêts rendus par les cours d'appel françaises en octobre 2014. Parmi ces arrêts, 284 concernaient des salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté et ayant travaillé dans des entreprises de plus de onze salariés. L'étude du tableau statistique des indemnités fixées en équivalent « mois-salaires » selon l'ancienneté et situées au regard du seuil minimal de 6 mois de salaires (pour ces 284 arrêts) révèle que les nouveaux montants d'indemnités légaux sont globalement moins avantageux que ceux anciennement attribués par les juridictions françaises et qu'ils ne sauraient donc couvrir l'intégralité du préjudice subi par les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse.

Globalisation des indemnités

98. Selon la CGT-FO et la CGT, l'alinéa 4 de l'article L.1235-3 du code du travail prévoit une « globalisation » des indemnités dans la mesure où « le juge peut tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture », ce qui aboutit à une réduction de la réparation.
99. Les organisations réclamantes soutiennent qu'initialement l'ordonnance prévoyait d'inclure l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L.1234-9 mais la loi de ratification de 2018 l'a explicitement exclue de la globalisation des indemnités. Toutefois, si l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9 ne peut pas être prise en compte par le juge lorsqu'il fixe le montant des dommages et intérêts pour licenciement injustifié, le juge peut néanmoins intégrer au calcul de l'indemnité pour licenciement injustifié d'autres indemnités de licenciement versées au moment de la rupture, telles que les indemnités conventionnelles.
100. La CGT-FO et la CGT considèrent que la globalisation porte également sur d'autres indemnités mentionnées au dernier alinéa de l'article L.1235-3. En effet, peuvent être intégrées dans le calcul du montant de l'indemnité pour licenciement injustifié, dans la limite du plafond imposé, des indemnités qui réparent le non-respect de certaines irrégularités en matière de licenciements économiques et de violation de la priorité de réembauche. Ce phénomène de globalisation des indemnités soumises au barème d'indemnisation plafonné constitue une invitation faite au juge de modérer l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ces nouvelles règles favorisant la réduction des indemnités impacteraient également les licenciements abusifs les plus graves, entachés de nullité, qui échappent au barème. Dans les faits, ceci conduirait également à la réduction du montant de l'indemnité accordée dans le cadre des licenciements abusifs les plus graves, entachés de nullité.
101. La CGT-FO apporte des précisions sur la globalisation des indemnités en réplique au Gouvernement. Bien qu'elle concède que ce dispositif soit facultatif pour le juge, il n'en demeure pas moins attentatoire au droit à une indemnité adéquate ou à une réparation appropriée, selon elle. En effet, le problème central persiste : pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge peut tenir compte d'indemnités ayant une autre nature, comme l'indemnité conventionnelle de licenciement. Or l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité de licenciement ne réparent pas les mêmes préjudices : une indemnité de licenciement a pour objet de réparer la privation d'emploi tandis que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a pour objet de réparer l'absence de motif valable du licenciement. Comme le préjudice n'est pas le même, on

ne peut prendre en compte les indemnités de licenciement versées au moment de la rupture du contrat de travail pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sans porter atteinte au droit à une indemnité adéquate.

Absence d'évaluation personnelle et individuelle du préjudice subi

102. A cela s'ajoute le fait que le plafond de l'indemnisation pour licenciement injustifié n'est fixé qu'en fonction d'un seul critère, à savoir l'ancienneté du salarié, ce qui ne permettrait pas au juge de prendre en considération d'autres critères relevant de la situation personnelle du salarié, tels que l'âge, l'état de santé, le niveau de qualification, la difficulté à retrouver un emploi... La CGT-FO et la CGT indiquent que cela pose particulièrement problème pour les salariés les plus âgés : à partir de 29 ans d'ancienneté, le plafond d'indemnisation stagne à 20 mois de salaire brut alors que, d'après les statistiques officielles de Pôle Emploi de novembre 2017, les salariés âgés de plus de 50 ans ont une durée moyenne de chômage de 683 jours, voire de 721 jours pour les femmes de plus de 50 ans, alors que la durée moyenne de chômage en France est de 418 jours et tombe à 229 jours pour les moins de 25 ans. De manière générale, la CGT affirme que les plafonds d'indemnisation ne seraient pas suffisamment élevés pour permettre au juge de prendre en considération des critères autres que l'ancienneté liés au préjudice subi : à titre d'exemple, pour les salariés ayant jusqu'à 4 ans d'ancienneté et ayant travaillé dans une entreprise de plus de onze salariés, le juge n'a qu'un mois de salaire de marge entre le plancher et le plafond. La réparation proposée par le juge ne peut donc être adéquate car elle ne correspond pas au préjudice individuel subi.

Elaboration du barème

103. En réplique au mémoire du Gouvernement, la CGT-FO et la CGT reviennent sur les justifications du Gouvernement concernant l'élaboration du barème d'indemnisation. D'une part, elles estiment que l'objectif de prévisibilité que le Gouvernement présente comme la finalité du plafonnement est contestable en soi. En effet, selon les organisations réclamantes, le but de l'indemnisation des licenciements injustifiés doit être d'assurer une indemnité adéquate ; l'indemnisation doit donc être tournée vers les salariés et non pas uniquement vers les employeurs. D'autre part, la CGT-FO et la CGT affirment que l'étude statistique sur laquelle se serait fondé le Gouvernement pour déterminer les montants minimaux et maximaux du barème n'aurait pas été rendue publique. Elles ajoutent qu'une telle étude statistique établissant les montants moyens des indemnités pour licenciement injustifié attribués par les juridictions nationales aurait suffi à offrir une certaine prévisibilité aux employeurs sans avoir besoin d'établir un barème d'indemnisation impératif.

Réintégration

104. La CGT-FO et la CGT répondent également au Gouvernement qui avance que la législation française prévoit un autre mode de réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, à savoir la réintégration. Selon elles, si la loi prévoit bien une possibilité de réintégration en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, celle-ci serait doublement facultative et très peu mise en œuvre en pratique. Ce caractère doublement facultatif tiendrait au fait que les deux parties peuvent s'opposer à la

réintégration du salarié et que le juge peut également refuser la réintégration même si les deux parties s'accordent là-dessus. Dans la pratique, tant les employeurs que les salariés ne souhaiteraient pas user de cette faculté de réintégration. Ainsi, dans les faits, le licenciement sans cause réelle et sérieuse serait réparé uniquement par la voie de l'indemnité.

c) L'absence d'indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur

105. La CGT-FO et la CGT considèrent que le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas seulement insuffisant pour compenser le préjudice subi par la victime, il l'est aussi pour dissuader l'employeur.
106. La CGT-FO et la CGT soutiennent que la « barémisation » instaurerait une prévisibilité rendant possible un calcul de ce que coûte une illégalité, à savoir le licenciement injustifié, et inciterait donc à la commettre si, selon un calcul coût-avantage, le coût d'un licenciement injustifié est moins important que le coût du respect de la légalité. Le barème autoriserait donc une « violation efficace de la loi » au sens anglo-saxon du terme.
107. A ce propos, le Gouvernement a mis en place, en novembre 2017, un simulateur des indemnités en cas de licenciement injustifié qui permet aux employeurs de calculer exactement le risque qu'ils encourent en cas de licenciement abusif. Il en résulte que la fonction punitive de la réparation tend également à s'effacer.
108. La CGT répond au Gouvernement qui indique que l'article L.1235-4 permet au juge d'ordonner le remboursement par l'employeur à Pôle Emploi de tout ou partie des sommes versées dans la limite de six mois de salaire. Elle affirme d'une part qu'en pratique, ce remboursement n'est jamais ordonné par les conseils de prud'hommes ni réclamé par Pôle Emploi. D'autre part, la CGT estime que cette question du remboursement des sommes versées par Pôle Emploi est déconnectée de la question de la réparation du préjudice subi par le salarié injustement licencié.

d) L'absence de voies alternatives

109. Pour finir, la CGT-FO et la CGT affirment qu'il n'existe pas d'autres voies de droit permettant une indemnisation complémentaire du préjudice subi par le salarié injustement licencié.
110. Les organisations réclamantes rappellent que, depuis la loi de 1973, le régime de réparation des licenciements injustifiés constitue une *lex specialis* et déroge donc à la loi générale, en l'occurrence le droit commun de la responsabilité civile.
111. Le droit commun de la responsabilité civile ne s'applique alors que dans des hypothèses marginales pour réparer un préjudice distinct (cas de harcèlement, discriminations, violation des libertés fondamentales, salariés disposant d'un mandat électif et salariés protégés en cas de maternité, d'accident du travail ou de maladie professionnelle). Cependant, ces cas sont rares et, dans les faits, les juridictions nationales n'accordent que très rarement ces réparations d'un préjudice distinct en complément de l'indemnisation pour licenciement injustifié.

112. En dehors de cette liste d'exceptions, seuls les préjudices véritablement distincts du préjudice lié au licenciement injustifié échappent au plafonnement et peuvent donner lieu à des réparations distinctes. Ainsi, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de Cassation, seuls les préjudices distincts peuvent faire l'objet d'une réparation complémentaire. Il ne s'agit donc pas des voies légales alternatives permettant de compléter les indemnités pour licenciement sans motif valable puisqu'elles servent à réparer d'autres préjudices sans rapport.

ii) L'existence d'un droit à un recours effectif devant un organe impartial

113. En plus de ne pas permettre une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée, la CGT fait également valoir que les dispositions du code du travail modifiées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 porteraient atteinte au droit à un recours effectif devant un organe impartial en cas de licenciement sans motif valable.
114. D'une part, les fourchettes d'indemnisation imposées aux juges par le barème impératif fixé à l'article L.1235-3 réduisent fortement son pouvoir d'appréciation. Plus spécifiquement, le fait que le barème ne tienne compte que de deux critères (l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise) restreindrait la marge d'appréciation du juge nécessaire à l'individualisation des décisions et conduirait à une uniformisation des décisions.
115. D'autre part, l'abaissement des plafonds d'indemnisation alors que le coût du procès reste identique aurait pour effet de décourager les salariés victimes de licenciement injustifié à ester en justice. La CGT met ainsi en avant que les salariés licenciés sans motif valable renonceraient à utiliser leur droit de recours, constatant une baisse du nombre de saisines des conseils de prud'hommes : entre 40 et 50% de saisines en moins constatées au premier trimestre 2017 à Roubaix, 41% à Paris.

2. Le Gouvernement défendeur

116. A titre liminaire, le Gouvernement fait savoir que des dispositifs similaires au barème d'indemnisation français en cas de licenciement injustifié existent déjà dans plusieurs Etats européens. Ces dispositifs ne consistent pas à priver le salarié d'une indemnité juste mais à encadrer le montant de cette indemnité. L'objectif d'un tel encadrement est d'harmoniser les pratiques judiciaires afin de permettre une plus grande sécurité juridique et une plus grande prévisibilité pour les parties au contrat lors de la rupture de la relation de travail.

117. Le Gouvernement se réfère à la décision du Comité dans l'affaire *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n°106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016. Selon lui, il en ressort que le principe même du plafonnement de l'indemnisation pour licenciement injustifié ne serait pas par nature contraire à la Charte. Le Comité tiendrait en effet compte, dans son appréciation du caractère adéquat de l'indemnisation, de l'ensemble des règles juridiques existantes dans l'Etat en matière de sanction du licenciement injustifié (indemnité, réintégration, voies alternatives de recours) et de droits consécutifs à un chômage.

i) Le caractère adéquat et approprié de la réparation

118. Le Gouvernement rejette dans leur ensemble les motifs invoqués par la CGT-FO et la CGT pour contester le caractère adéquat et approprié de la réparation en cas de licenciement injustifié. Il affirme au contraire que le nouveau barème d'indemnisation français remplit les conditions fixées par le Comité dans l'affaire *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 106/2014, *op. cit.*, pour que l'indemnisation soit réputée adéquate.

a) Le remboursement des pertes financières entre la date du licenciement et la date de la décision de l'organe de recours

119. En premier lieu, le Gouvernement revient sur l'affirmation de la CGT-FO suivant laquelle le système français d'indemnisation n'assurerait pas correctement le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours en raison des délais de procédure devant les juridictions prud'homales, de l'ordre de 15 à 17 mois, qui dissuadent le salarié d'agir en justice.

120. En ce qui concerne un éventuel renoncement des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse à se pourvoir devant les conseils de prud'hommes, le Gouvernement relève que la diminution des recours devant les conseils de prud'hommes évoquée par la CGT-FO dans ses observations est antérieure à la réforme contestée. Cette diminution du nombre de nouvelles affaires portées devant les conseils de prud'hommes s'inscrit dans une tendance plus ancienne et peut s'expliquer notamment par la mise en place de la rupture conventionnelle (mode de rupture amiable) depuis 2008 ou encore par les réformes entreprises concernant le fonctionnement des juridictions prud'homales.

121. Le Gouvernement souligne également que l'une des finalités poursuivies par le législateur est que le coût d'un recours en justice contre le licenciement abusif soit plus prévisible et ne varie pas en fonction de la durée globale de la procédure. Le barème aurait ainsi pour but de couvrir le préjudice subi par le salarié tant dans la période antérieure à la décision judiciaire que celle postérieure.

122. En réponse aux allégations de la CGT concernant les cas de licenciements qui sont entachés de nullités et couverts par l'article L.1235-3-1, le Gouvernement déclare que le droit français a toujours prévu et prévoit encore explicitement le remboursement des pertes financières subies entre le licenciement et la décision de l'organe de recours. A ce propos, il existe une jurisprudence constante de la Cour de Cassation qui ordonne systématiquement le remboursement de ces pertes financières pour les licenciements entachés de nullité. Le Gouvernement ajoute que cette pratique a toujours été réservé aux seuls licenciements entachés de nullité et que l'ordonnance du 22 septembre 2017 n'a donc introduit aucun changement à ce sujet.

123. De plus, en ce qui concerne l'ensemble des licenciements injustifiés, le salarié licencié peut bénéficier d'une allocation d'assurance chômage qui lui garantit des ressources après la rupture du contrat de travail, dans l'attente de retrouver un emploi. Cette allocation d'assurance chômage et ses modalités de calcul sont prévues par les

articles L.5421-1 et suivants du code du travail. D'après le Gouvernement, le montant maximal que peut toucher un salarié est égal à 75% de son salaire de référence. En moyenne, un salarié perçoit environ 60% de son ancien salaire en allocations chômage. La durée d'indemnisation est proportionnelle à la durée d'affiliation dans la limite de 24 mois si le salarié a moins de 53 ans. Le Gouvernement précise que, contrairement à la législation finlandaise, la loi française ne prévoit pas de déduire le montant de l'allocation chômage ou les rémunérations éventuellement perçues par le salarié depuis son licenciement de l'indemnité allouée par le juge sur la base du barème.

- b) Indemnités d'un montant suffisamment élevé pour réparer le préjudice subi par le salarié

Considérations générales sur le caractère adéquat de la réparation du préjudice subi

124. Selon le Gouvernement, la Charte sociale, telle qu'elle est rédigée, ne prévoit pas un droit à une « réparation intégrale » en matière de licenciement injustifié mais un droit à une « indemnité adéquate » ou « autre réparation appropriée ». La Charte doit donc être interprétée comme laissant une certaine marge d'appréciation à l'Etat.

125. Le Gouvernement tient avant tout à rappeler que, contrairement à la Finlande, la législation française donne la possibilité au juge de décider la réintégration du salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent s'il le demande. Le versement d'une indemnité n'intervient que si le salarié ne souhaite pas être réintégré ou si l'employeur s'oppose à la réintégration. Par ailleurs, en cas de licenciements injustifiés particulièrement graves et entachés de nullité, si le juge a décidé la réintégration à la demande du salarié, l'employeur ne peut s'y opposer, sauf en cas d'impossibilité matérielle. Il en ressort que la réintégration constitue bien un des modes de réparation dont les juridictions internes françaises peuvent disposer même si, dans les faits, cette possibilité est très peu mise en œuvre car les salariés ne le souhaiteraient souvent pas. Dans sa nouvelle réplique sur le bien-fondé, il précise que ce n'est pas parce que ce droit est peu utilisé par les salariés qu'il faut en déduire que le dispositif législatif en vigueur serait insuffisant à les protéger ou à leur permettre de faire valoir leurs droits. En outre, il ajoute, à l'adresse du SAF qui soutient que la réintégration ne serait pas effective en raison de son caractère facultatif, que la Charte ne contient aucune obligation de réintégration : les Etats doivent seulement s'assurer qu'il s'agisse d'une possibilité à la disposition des juridictions nationales.

126. Au niveau national, le Conseil Constitutionnel a soumis le barème de l'indemnisation pour licenciement injustifié à un contrôle de proportionnalité. Il a alors conclu, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, que le plafonnement de l'indemnisation « n'instituait pas des restrictions disproportionnées » aux droits des victimes d'actes fautifs par rapport à l'objectif d'intérêt général de renforcer la prévisibilité des conséquences découlant de la rupture du contrat de travail. En outre, il a également considéré que les conditions dans lesquelles ce droit avait été aménagé n'étaient pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à celui-ci puisque, d'une part, les montants correspondaient aux moyennes constatées des indemnités accordées par les juges avant la réforme et, d'autre part, que le barème n'était pas applicable dans un certain nombre d'hypothèses qui correspondent aux situations les

plus graves dans lesquelles la sanction est la nullité du licenciement (ce régime dérogatoire étant prévu par l'article L.1235-3-1 du code du travail).

127. Le Gouvernement rappelle en effet que les cas de licenciements abusifs les plus graves sont frappés de nullité et dérogent ainsi au barème d'indemnisation. Pour ces licenciements entachés de nullité, l'indemnisation accordée par le juge n'est donc pas plafonnée. En réplique à la CGT-FO, il fait remarquer que la liste des exceptions au barème comprend non seulement la violation d'une liberté fondamentale mais également des situations de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel, d'atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de dénonciation de crimes et délits, lorsqu'il concerne un salarié protégé du fait de l'exercice d'un mandat ou de sa situation de grossesse, maternité, paternité, ou victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle. Il en conclut donc que, contrairement à ce que soutient la CGT-FO, ces exceptions ne correspondent pas à des situations rares ou marginales.

128. Concernant l'élaboration du barème d'indemnisation contesté, le Gouvernement précise divers éléments. Tout d'abord, il affirme que les plafonds du barème d'indemnisation auraient été déterminés à partir des moyennes des montants d'indemnités accordées par les juges en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour ce faire, le Gouvernement s'est basé sur une étude réalisée par le Ministère de la Justice en 2015 recensant les arrêts prononcés par les cours d'appel françaises en octobre 2014 en matière d'indemnisation de licenciements sans cause réelle et sérieuse.

129. Ensuite, concernant les planchers instaurés par le barème, le Gouvernement indique que les salariés de moins de deux ans d'ancienneté et les salariés d'entreprises de moins de onze salariés étaient exclus des planchers imposés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2017 : ce n'est donc que depuis l'ordonnance de 2017 qu'il existe également des montants minimaux d'indemnité pour ces salariés.

Sur la globalisation des indemnités

130. Pour ce qui est de la « globalisation » des indemnités, le Gouvernement indique que la législation française donne la faculté au juge de tenir compte des indemnités de licenciement versées lors de la rupture du contrat dans le calcul de l'indemnité pour licenciement injustifié mais elle ne l'oblige en rien à en tenir compte.

131. Par ailleurs, les indemnités versées au moment de la rupture du contrat de travail et pouvant être intégrées au calcul du montant de l'indemnité pour licenciement injustifiées sont en réalité peu nombreuses. Ainsi, le Gouvernement rappelle que le code du travail interdit explicitement l'inclusion de l'indemnité de licenciement légal prévue par l'article L.1234-9 dans le calcul de l'indemnité pour licenciement injustifié. Il ajoute que la CGT a fait une lecture erronée de la loi française en affirmant que les indemnités compensatrices de préavis et de congés payés et les indemnités réparant une obligation de non-concurrence entrent dans le champ de la « globalisation » des indemnités. En effet, si les indemnités précitées sont effectivement versées à l'occasion de la rupture, elles n'ont pas le même objet que les indemnités de licenciement visées à l'article L.1235-3 alinéa 4 et ne peuvent donc être prises en compte dans le calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

132. Ceci a été confirmé par le Conseil d'Etat dans son ordonnance en date du 7 décembre 2017.

Sur la possibilité d'évaluation individuelle et personnelle du préjudice subi

133. Au sujet de l'absence alléguée d'évaluation individuelle et personnelle du préjudice subi en raison de la perte injustifiée d'emploi, le Gouvernement souhaite apporter plusieurs précisions.

134. Le Gouvernement indique que la CGT a fait valoir, dans le cadre d'un référé-suspension présenté devant le juge des référés du Conseil d'Etat, que les nouvelles dispositions du code du travail méconnaissent le principe d'égalité, en retenant pour seuls critères de différenciation du barème d'indemnisation l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, ce qui ne permettrait pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse. Le Conseil d'Etat a estimé dans son ordonnance du 7 décembre 2017 que « le principe d'égalité n'implique pas que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de façon différente des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

135. Le Gouvernement signale que, contrairement au barème italien, la législation française instaure des planchers et plafonds d'indemnisation et non pas des montants forfaitaires d'indemnisation, ce qui laisse au juge un pouvoir d'appréciation suffisant pour tenir compte d'autres critères liés à la situation personnelle du salarié.

136. Il rappelle également que le critère d'ancienneté du salarié, retenu pour moduler les montants minimum et maximum du barème, a été reconnu par le Conseil Constitutionnel comme étant en adéquation avec l'objet de la mesure puisque ce critère se rattache directement au salarié (décision n° 2018-761 DC).

c) Indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur

137. En troisième lieu, le Gouvernement réfute l'argument de la CGT-FO et de la CGT quant à la perte de l'effet dissuasif de l'indemnisation pour l'employeur en raison de l'insuffisance du montant des indemnités pour licenciement injustifié.

138. Selon le Gouvernement, contrairement à ce qu'estiment la CGT-FO et la CGT, l'effet dissuasif de l'indemnisation ne dépend pas du caractère inconnu et imprévisible du montant de l'indemnisation mais du montant lui-même au regard de la situation de l'entreprise et du contexte économique.

139. Il rappelle que les cas de licenciements entachés de nullité qui correspondent aux cas les plus graves de licenciements sans motif valable dérogent au barème d'indemnisation instauré par l'article L.1235-3. Les indemnités octroyées en cas de licenciements nuls ne sont par conséquent soumises à aucun plafonnement. Or ces cas ne seraient pas marginaux dans la mesure où ils concernent un certain nombre de situations : les cas de violation d'une liberté fondamentale, les faits de harcèlement sexuel ou moral, de licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou à une

dénonciation de crimes et délits, de licenciement d'un salarié protégé du fait de l'exercice d'un mandat ou de sa situation de grossesse, maternité, paternité, ou victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle.

140. En outre, le juge peut ordonner, dans le cas des salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté au sein d'une entreprise d'au moins onze salariés, le remboursement par l'employeur de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, dans la limite de six mois. Ce remboursement constituerait pour l'employeur une charge supplémentaire non négligeable qui viendrait s'ajouter à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

d) L'existence de voies de droit alternatives

141. En quatrième lieu, le Gouvernement soutient qu'il existe bien des voies de droit alternatives permettant d'obtenir une réparation complémentaire à l'indemnité pour licenciement injustifié, malgré ce qu'avancent la CGT-FO et la CGT.

142. Le Gouvernement souligne à nouveau que la réintégration est un mode de réparation possible prévu par la législation française. Toutefois, il reconnaît que, dans les faits, cette possibilité est peu mise en œuvre mais cela s'expliquerait par le fait que les salariés demandent très rarement leur réintégration. Qui plus est, dans les cas de licenciements abusifs particulièrement graves entachés de nullité, l'employeur ne peut s'opposer à la réintégration prononcée par le juge à la demande du salarié.

143. Le Gouvernement indique aussi que le barème français ne couvre que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, autrement dit il ne concerne que le préjudice résultant de l'absence de justification de la rupture. Cela signifie que, si le salarié arrive à démontrer l'existence de préjudices distincts de l'absence de cause réelle et sérieuse, il peut obtenir des réparations complémentaires : par exemple, l'indemnisation du préjudice résultant des circonstances vexatoires entourant la rupture du contrat de travail, le préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé du salarié imputable à l'employeur, le préjudice lié à la perte de chance de pouvoir bénéficier de l'avantage retraite applicable en entreprise...

144. Face à l'argument de la CGT-FO et de la CGT qui soutiennent que la possibilité d'obtenir réparation pour des préjudices distincts de celui lié au licenciement injustifié ne constitue pas une voie de réparation alternative, le Gouvernement répond que la prise en considération de ces potentielles réparations complémentaires est au contraire pertinente car elles permettent de réparer des préjudices consécutifs au licenciement injustifié. Elles ne sont donc pas sans lien avec le préjudice subi par le salarié en raison de son licenciement injustifié.

ii) **L'existence d'un droit à un recours effectif devant un organe impartial**

145. Le Gouvernement répond aux divers arguments avancés par les organisations réclamantes mais aussi par la CES, selon lesquels le barème d'indemnisation porterait atteinte au droit à un recours effectif devant un organe impartial.

146. Le Gouvernement souligne que le juge conserve son pouvoir d'appréciation dans la limite des montants minimum et maximum fixés par le barème d'indemnisation. Il peut alors également recourir à ce pouvoir d'appréciation pour réparer des préjudices distincts à celui de la perte injustifiée d'emploi. Il vérifie aussi si le licenciement injustifié en cause n'entre pas dans le champ des exceptions au barème, ce qui lui permet alors de réparer intégralement le préjudice. Il en ressort que le juge exerce pleinement son office.

147. Dans son avis consultatif n° 15012, la Cour de Cassation a contrôlé la conventionnalité du barème d'indemnisation par rapport à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) garantissant le droit à un procès équitable. Elle explique que l'article 6 de la CEDH ne peut pas s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne : la portée de l'article 6 de la CEDH est uniquement d'ordre procédural. Ainsi, le barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ne saurait être considéré comme restreignant la capacité du justiciable à s'adresser au juge.

148. En ce qui concerne un éventuel renoncement des salariés licenciés sans motif valable à se pourvoir devant les conseils de prud'hommes, le Gouvernement répète que la diminution du nombre de saisines des conseils de prud'hommes est antérieure au barème et peut s'expliquer notamment par la mise en place de la rupture conventionnelle (mode de rupture amiable) depuis 2008 ou encore par les réformes entreprises concernant le fonctionnement des juridictions prud'homales. Dans sa nouvelle réplique sur le bien-fondé, Il ajoute que les chiffres de 2018 relatifs au nombre de saisines ont été analysés par le Comité d'évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail. Ce dernier a bien confirmé que la baisse significative du nombre de saisines s'est amorcée à partir de 2009 : le nombre de nouvelles affaires portées devant les conseils de prud'hommes ont été divisées quasiment par deux, entre 2009 et 2018. Si la baisse se poursuit entre 2017 et 2018, le nombre de saisines se situerait à un niveau globalement similaire. Ainsi, on ne pourrait établir de lien entre l'instauration du barème et l'activité des juridictions à l'heure actuelle, faute de recul.

149. Face aux remarques de la CES, le Gouvernement admet que la mise en place du barème d'indemnisation peut certes contribuer à faciliter la résolution des litiges par d'autres voies que la voie contentieuse, notamment la transaction ou la conciliation. Il souligne néanmoins que ces voies alternatives à la voie contentieuse peuvent être préférables pour les parties à cause de la longueur de la procédure contentieuse.

B – Appréciation du Comité

150. Dans leurs arguments, les parties indiquent que les réformes introduites par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 à l'article L.1235-3 du code du travail, ainsi que sa mise en œuvre, violent l'article 24 de la Charte et plus précisément, le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

151. Le Comité rappelle qu'en vertu de l'article 24.b de la Charte, les États parties doivent reconnaître le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

152. Le Comité constate que les organisations réclamantes soulèvent également la question du droit à un recours effectif. Elles prétendent que le nouveau barème plafonnant l'indemnisation en cas de licenciement injustifié porte également atteinte au droit à un recours effectif devant un organe impartial. En particulier, elles soutiennent qu'il diminue le pouvoir discrétionnaire du juge, car le montant ne dépend pas d'une évaluation individuelle spécifique. De plus, les montants relativement faibles des indemnités découragent les salariés d'engager une action devant les tribunaux, compte tenu des très longs délais de procédure. Le Comité considère que cet aspect doit être examiné dans le cadre de son appréciation globale de la question de savoir si les barèmes et la réglementation permettent une indemnisation adéquate au sens de l'article 24 de la Charte. Par conséquent, il ne juge pas nécessaire d'examiner ce point séparément

153. Un système d'indemnisation est jugé conforme à la Charte s'il prévoit :

- a) l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ;
- b) la possibilité de réintégration du salarié ; et/ou
- c) une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime (*Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016, par. 45 ; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*, réclamation n° 158/2017, décision sur le bien-fondé du 11 septembre 2019, par. 87). Les indemnités en cas de licenciement abusif doivent être à la fois proportionnelles au préjudice subi par la victime et suffisamment dissuasives pour l'employeur (voir Conclusions 2016, Macédoine du Nord, article 24). 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 viole l'article 24 de la Charte (*Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, *op.cit.*). 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 (Conclusions 2012, Slovaquie ; Conclusions 2012, Finlande).

154. Aux fins de l'appréciation des présentes réclamations, le Comité entend se concentrer sur la question de savoir si l'article L.1235-3 du code du travail respecte les conditions d'une indemnisation adéquate énoncées au point (c) ci-dessus. En ce qui concerne le point (a), le Comité considère que cet aspect n'intéresse pas directement l'appréciation des présentes réclamations, puisque la question de la durée de la procédure dont font mention les organisations réclamantes est prise en compte et fait partie de l'appréciation globale sur la question de savoir si les barèmes et les réglementations en droit français assurent une indemnisation adéquate telle qu'énoncée au point (c).

155. S'agissant de la question de la réintégration (point (b) ci-dessus), le Comité constate qu'en droit français, la réintégration est facultative pour les licenciements sans cause réelle et sérieuse ; selon l'article L.1235-3 du code du travail, si un salarié est licencié pour une cause non réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer qu'il soit réintégré, avec maintien de tous ses avantages acquis, et si l'une des parties s'oppose à cette réintégration, le tribunal accorde au salarié une indemnité. En ce qui concerne

la réintégration dans les cas de licenciements abusifs les plus graves, qui sont nuls et nonavenus, l'article L.1235-3-1 du code du travail prévoit que, dans ces cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui accorde une indemnité si le salarié licencié le demande, le juge peut ordonner sa réintégration et l'employeur ne peut alors s'y opposer.

156. À cet égard, le Comité renvoie à sa décision dans *Finnish Society of Social Rights* c. Finlande, réclamation n° 106/2014, *op. cit.*, par. 55 : « bien que l'article 24 de la Charte ne fasse pas expressément référence à la réintégration, il se réfère à une indemnité ou à *une autre réparation appropriée*. Le Comité considère qu'*une autre réparation appropriée* doit inclure la réintégration comme l'un des modes de réparation dont les juridictions internes peuvent disposer (...). Il appartient aux juridictions internes de décider si la réintégration est appropriée dans le cas d'espèce ». Le Comité a également rappelé « avoir considéré de manière constante que la réintégration doit être prévue comme mode de réparation en vertu de nombreuses autres dispositions de la Charte telle qu'interprétée par le Comité, par exemple en vertu des articles 8§2 et 27§3 ». Le Comité considère donc que, dans la mesure où la réintégration est un mode de réparation possible en cas de licenciement abusif, la situation est conforme à l'article 24 de la Charte.

157. Revenant sur le point (c) ci-dessus applicable à la présente réclamation, le Comité note que les organisations réclamantes font valoir qu'aussi bien les planchers que les plafonds introduits par la réforme de 2017 sont inappropriés. Le Gouvernement fait valoir que les plafonds ne sont pas en soi contraires à la Charte et que l'on ne saurait prendre ce seul aspect juridique en considération lorsque l'on examine si la réparation est appropriée. Dans son argumentation en faveur des barèmes d'indemnisation, le Gouvernement s'appuie sur la décision n° 2018-761 du Conseil constitutionnel. Dans cette décision, fondée sur un contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel a considéré que le plafonnement n'instituait pas des restrictions disproportionnées aux droits des victimes par rapport à l'objectif de renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Le Gouvernement soutient que le barème a été établi en tenant compte des moyennes constatées des indemnités accordées et qu'il permet donc d'octroyer une indemnité adéquate, en rapport avec le préjudice subi et suffisamment dissuasive.

158. Le Comité rappelle avoir indiqué dans sa décision adoptée dans *Finnish Society of Social Rights* c. Finlande, réclamation n° 106/2014, *op. cit.*, 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.

159. Le Comité note que dans la législation française, le plafond maximal ne dépasse pas 20 mois et ne s'applique qu'à partir de 29 ans d'ancienneté. Le barème est moins élevé pour les salariés ayant peu d'ancienneté et pour ceux qui travaillent dans des entreprises de moins de 11 salariés. Pour ces derniers, les montants minimums et maximums d'indemnisation auxquels ils peuvent prétendre sont faibles et parfois quasi identiques, de sorte que la fourchette d'indemnisation n'est pas assez large.

160. Le Comité considère que, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement – à savoir que l'objectif du système instaurant des plafonds d'indemnisation était d'assurer une plus grande sécurité juridique aux parties et donc une plus grande prévisibilité des coûts engendrés par une procédure judiciaire – la « prévisibilité » résultant du barème pourrait plutôt constituer une incitation pour l'employeur à licencier abusivement des salariés. En effet, les plafonds d'indemnisation ainsi définis pourraient amener les employeurs à faire une estimation réaliste de la charge financière que représenterait pour eux un licenciement injustifié sur la base d'une analyse coûts-avantages. Dans certaines situations, cela pourrait encourager les licenciements illégaux.

161. Le Comité note en outre que le plafond du barème d'indemnisation ne permet pas de prévoir une indemnité plus élevée en fonction de la situation personnelle et individuelle du salarié, le juge ne pouvant ordonner une indemnisation pour licenciement injustifié que dans les limites inférieure et supérieure du barème, sauf à écarter l'application de l'article L.1235-3 du code du travail.

162. Le Comité rappelle en outre avoir considéré, dans sa décision adoptée dans CGIL c. Italie, réclamation n° 158/2017, *op. cit.*, que même s'il était également établi sur la base du seul critère de l'ancienneté, à la différence du barème français, le barème italien était forfaitaire. De plus, la Cour constitutionnelle italienne a invalidé le calcul automatique du barème sur la base du seul critère de l'ancienneté. Dans son arrêt n° 194 du 26 septembre - 8 novembre 2018 (Journal officiel, 1^{ère} série spéciale n° 45 du 14 novembre 2018), se référant à l'article 24 de la Charte, tel qu'interprété par le Comité, la Cour constitutionnelle a considéré, que sur les indemnités minimales et maximales à verser aux salariés en cas de licenciement abusif, le juge doit tenir compte de l'ancienneté mais aussi d'autres facteurs (nombre des salariés, dimension de l'entreprise, comportement et circonstances des parties).

163. Le Comité prend note de l'arrêt n° 19/00585 du 6 novembre 2020 de la cour d'appel de Bourges (première cour d'appel à allouer un montant d'indemnisation supérieur au montant maximum prévu afin de réparer intégralement le préjudice subi par le salarié), où la cour a estimé que l'application des dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail portait, en l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné, en ce qu'elle ne permettait pas l'indemnisation intégrale de son préjudice. La cour a par conséquent estimé que c'était à bon droit que les premiers juges avaient, en l'espèce, écarté l'application des dispositions de l'article L.1235-3.

164. Dans une affaire plus récente, la cour d'appel de Paris a, dans son arrêt n° 19-08.721 du 16 mars 2021, écarté le barème imposé par l'article L.1235-3 en se fondant sur l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et en tenant compte de la situation « concrète et particulière » de la salariée injustement licenciée ; elle a ainsi estimé que le barème imposé par le code du travail représentait, en l'espèce, « à peine la moitié du préjudice subi en termes de diminution des ressources financières depuis le licenciement ». Dans cet arrêt du 16 mars 2021, la cour d'appel de Paris a procédé à un contrôle de conventionnalité dit « concret » pour écarter le barème.

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

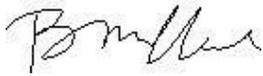
166. Le Comité considère que, dans la mesure où l'indemnisation du préjudice moral causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse est déjà incluse dans l'indemnité plafonnée, la possibilité pour les salariés injustement licenciés de réclamer, en plus de l'indemnité plafonnée, des allocations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

167. Selon les organisations réclamantes, les préjudices indemnisables n'ont pas de lien avec le licenciement injustifié et ne correspondent qu'à des cas marginaux. Le Gouvernement soutient cependant que les préjudices indemnisables sont certes distincts, mais sont suffisamment liés à la perte injustifiée d'emploi pour être pris en considération par le Comité. Il rappelle avoir donné une série d'exemples de préjudices distincts donnant droit à une indemnisation complémentaire, citant plusieurs décisions de la Cour de cassation à l'appui de ses allégations. Le Comité note que, selon la législation et la pratique suivies par les juridictions internes, notamment la Cour de Cassation, d'autres voies de droit peuvent être utilisables dans certains cas limités, mais qu'elles ne s'appliquent pas à tous les cas de licenciements injustifiés.

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

CONCLUSION

Par ces motifs, le Comité conclut à l'unanimité qu'il y a violation de l'article 24.b de la Charte.



Barbara KRESAL
Rapporteur



Karin LUKAS
Présidente



Henrik KRISTENSEN
Secrétaire exécutif adjoint

ANNEXE

Décisions sur la recevabilité

DECISION SUR LA RECEVABILITE

11 septembre 2018

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France

Réclamation n° 160/2018

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne (« le Comité »), au cours de sa 301^e session où siégeaient :

Giuseppe PALMISANO, Président
Monika SCHLACHTER, Vice-Présidente
Karin LUKAS, Vice-Présidente
Eliane CHEMLA, Rapporteur Général
Birgitta NYSTRÖM
Petros STANGOS
József HAJDU
Marcin WUJCZYK
Krassimira SREDKOVA
Raul CANOSA USERA
François VANDAMME
Barbara KRESAL
Kristine DUPATE
Aoife NOLAN

Assisté de Henrik KRISTENSEN, Secrétaire exécutif adjoint,

Vu la réclamation enregistrée le 12 mars 2018 sous la référence 160/2018, présentée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) (« la CGT-FO ») contre la France et signée par son Secrétaire Général, Jean-Claude Mailly, tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte ») ;

Vu les documents annexés à la réclamation ;

Vu la Charte, et notamment son article 24 ainsi libellé :

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

Partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ».

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

- c. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- d. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial. »

Vu le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole ») ;

Vu le Règlement du Comité adopté le 29 mars 2004 lors de sa 201^e session et dernièrement révisé le 26 janvier 2018 lors de sa 297^e session, (« le Règlement ») ;

Après avoir délibéré le 11 septembre 2018 ; Rend

la décision suivante, adoptée à cette date :

1. La CGT-FO allègue que la situation en France constitue une violation de l'article 24 de la Charte au motif que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations du travail, en instaurant un barème d'indemnisation impératif plafonnant la réparation du préjudice subi par le salarié licencié sans motif valable, exclut la possibilité pour le juge d'évaluer ou de reconnaître un dommage plus élevé subi par le travailleur en raison de son licenciement. La CGT- FO soutient en outre que dans les hypothèses où le barème est appliqué et les indemnités plafonnées, l'ordonnance n° 2017-1387 prévoit un mécanisme de globalisation des indemnités qui ne permet pas d'assurer dans tous les cas une réparation intégrale du préjudice réellement subi par le salarié et ne permet pas de manière générale et suffisante l'usage de voies de recours alternatives.

2. Le Gouvernement français (« le Gouvernement ») a été invité à présenter, s'il le souhaitait, des observations sur la recevabilité de la réclamation pour le 16 avril 2018. Aucune observation n'a été enregistrée.

EN DROIT

3. Le Comité observe que, conformément à l'article 4 du Protocole, texte que la France a ratifié le 7 mai 1999 et qui a pris effet pour cet Etat le 1^{er} juillet 1999, la réclamation a été déposée sous forme écrite et concerne l'article 24 de la Charte, disposition acceptée par la France lors de la ratification de ce traité le 7 mai 1999 et à laquelle elle est liée depuis l'entrée en vigueur de ce traité en ce qui la concerne le 1^{er} juillet 1999.
4. En outre, la réclamation est motivée.
5. Exerçant ses activités en France, la CGT-FO est une organisation syndicale qui relève de la juridiction de cet Etat conformément à l'article 1 c) du Protocole.
6. Le Comité rappelle avoir déjà considéré que la CGT-FO est une organisation syndicale représentative aux fins de la procédure de réclamations collectives (Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France, réclamation n °118/2015, décision sur la recevabilité du 9 septembre 2015, par. 6). Aucun changement significatif n'étant intervenu depuis, le Comité maintient sa position sur ce point.
7. La réclamation présentée au nom de la CGT-FO est signée par son Secrétaire Général, Jean-Claude Mailly, habilité à représenter le syndicat aux fins de la présente réclamation, tel qu'approuvé par la décision du Bureau Confédéral du 19 février 2018 en application de l'article 8 des statuts confédéraux. Le Comité considère, par conséquent, que la réclamation satisfait à l'article 23 de son Règlement.
8. Par ces motifs, le Comité, sur la base du rapport présenté par Barbara KRESAL, et sans préjuger de sa décision sur le bien-fondé de la réclamation,

DECLARE LA RECLAMATION RECEVABLE

En application de l'article 7§1 du Protocole, charge le Secrétaire exécutif d'informer de la présente décision l'organisation auteur de la réclamation et l'Etat défendeur, de la communiquer aux Parties au Protocole et aux Etats ayant fait une déclaration au titre du paragraphe 2 de l'article D de la Charte sociale européenne révisée, et de la publier sur le site Internet du Conseil de l'Europe ;

Invite le Gouvernement à lui soumettre par écrit avant le 15 novembre 2018 un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation ;

Invite la CGT-FO à lui soumettre dans un délai qu'il fixera une réplique au mémoire du Gouvernement ;

Invite les Parties au Protocole et les Etats ayant fait une déclaration au titre de l'article D du paragraphe 2 de la Charte à lui transmettre avant le 15 novembre 2018 les observations qu'ils souhaiteraient présenter ;

En application de l'article 7§2 du Protocole, invite les organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs visées à l'article 27§2 de la Charte de 1961 à formuler des observations avant le 15 novembre 2018.



Barbara KRESAL
Rapporteur



Giuseppe PALMISANO
Président



Henrik KRISTENSEN
Secrétaire exécutif adjoint

DECISION SUR LA RECEVABILITE

3 juillet 2019

Confédération Générale du Travail (CGT) c. France

Réclamation n° 171/2018

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne (« le Comité »), au cours de sa 307^e session dans la composition suivante :

Giuseppe PALMISANO, Président
Karin LUKAS, Vice-Présidente
Eliane CHEMLA, Rapporteur Général
Petros STANGOS
József HAJDU
Krassimira SREDKOVA
Raul CANOSA USERA
Barbara KRESAL
Kristine DUPATE
Aoife NOLAN
Karin Møhl LARSEN
Yusuf BALCI
Ekaterina TORKUNOVA
Tatiana PUIU

Assisté de Henrik KRISTENSEN, Secrétaire exécutif adjoint,

Vu la réclamation enregistrée le 7 septembre 2018 sous la référence 171/2018, présentée par la Confédération Générale du Travail (CGT) contre la France et signée par son Secrétaire Général, Philippe Martinez, tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte ») ;

Vu les documents annexés à la réclamation ;

Vu la Charte, et notamment son article 24 ainsi libellé :

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement

Partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ».

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

- e. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- f. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial. »

Vu le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole ») ;

Vu le Règlement du Comité adopté le 29 mars 2004 lors de sa 201^e session et dernièrement révisé le 26 janvier 2018 lors de sa 297^e session, (« le Règlement ») ;

Après avoir délibéré le 3 juillet 2019 ;

Rend la décision suivante, adoptée à cette date :

1. La CGT allègue que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a modifié l'article L.1235-3 du Code du travail de la France relatif à la réparation financière des licenciements sans motif valable, en fixant des fourchettes d'indemnisation obligatoires, en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. La CGT soutient que ces dispositions du Code du travail tel qu'amendé en 2017 constituent une violation de l'article 24 de la Charte en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans motif valable du droit de bénéficier d'une indemnité adéquate ou une réparation appropriée, et en ce qu'elles ne garantissent pas un droit de recours effectif contre le licenciement abusif. La CGT fait également valoir que la réparation du préjudice ne remplit plus sa fonction dissuasive auprès de l'employeur.

2. Le Gouvernement français (« le Gouvernement ») a été invité à présenter, s'il le souhaitait, des observations sur la recevabilité de la réclamation pour le 19 octobre 2018. Aucune observation n'a été enregistrée.

EN DROIT

3. Le Comité observe que, conformément à l'article 4 du Protocole, texte que la France a ratifié le 7 mai 1999 et qui a pris effet pour cet Etat le 1^{er} juillet 1999, la réclamation a été déposée sous forme écrite et concerne l'article 24 de la Charte, disposition acceptée par la France lors de la ratification de ce traité le 7 mai 1999 et à laquelle elle est liée depuis l'entrée en vigueur de ce traité en ce qui la concerne le 1^{er} juillet 1999.
4. En outre, la réclamation est motivée.
5. Exerçant ses activités en France, la CGT est une organisation syndicale qui relève de la juridiction de cet Etat conformément à l'article 1 c) du Protocole.
6. Le Comité rappelle avoir déjà considéré que la CGT est une organisation syndicale représentative aux fins de la procédure de réclamations collectives (CGT c. France, réclamation n° 22/2003, décision sur la recevabilité du 9 février 2004, par. 5 ; CGT c. France, réclamation n° 55/2009, décision sur la recevabilité du 30 mars 2009, par. 6 ; CGT et CFE-CGC c. France, réclamation n° 149/2017, décision sur la recevabilité du 12 septembre 2017, par. 5 ; CGT c. France, réclamation n° 154/2007, décision sur la recevabilité du 23 janvier 2018, par. 5 ; CGT c. France, réclamation n° 155/2007, décision sur la recevabilité du 23 janvier 2018, par. 5). Le Comité maintient sa position sur ce point.
7. En outre, la réclamation déposée au nom de la CGT est signée par Philippe Martinez, Secrétaire général de la CGT, habilité à la représenter, conformément à l'article 38 des statuts de la CGT. Le Comité considère, par conséquent, que la réclamation satisfait à l'article 23 du Règlement.
8. Par ces motifs, le Comité, sur la base du rapport présenté par Barbara KRESAL, et sans préjuger de sa décision sur le bien-fondé de la réclamation,

DECLARE LA RECLAMATION RECEVABLE

En application de l'article 7§1 du Protocole, charge le Secrétaire exécutif d'informer de la présente décision l'organisation auteur de la réclamation et l'Etat défendeur, de la communiquer aux Parties au Protocole et aux Etats ayant fait une déclaration au titre de l'article D, paragraphe 2, de la Charte, et de la publier sur le site Internet du Conseil de l'Europe ;

Invite le Gouvernement à lui soumettre par écrit avant le 6 septembre 2019 un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation ;

Invite la CGT à lui soumettre dans un délai qu'il fixera une réplique au mémoire du Gouvernement ;

Invite les Parties au Protocole et les Etats ayant fait une déclaration au titre de l'article D, paragraphe 2, de la Charte à lui transmettre avant le 6 septembre 2019 les observations qu'ils souhaiteraient présenter ;

En application de l'article 7§2 du Protocole, invite les organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs visées à l'article 27§2 de la Charte de 1961 à formuler des observations avant le 6 septembre 2019.



Barbara KRESAL
Rapporteur



Giuseppe PALMISANO
Président



Henrik KRISTENSEN
Secrétaire exécutif adjoint