



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

24 septembre 2018

Pièce n° 1

Confédération générale du travail (CGT) c. France
Réclamation n° 171/2018

RECLAMATION

Enregistrée au Secrétariat le 7 septembre 2018

Réclamation de la Confédération Générale du Travail contre la France, relative aux articles L. 1235-3 et suivants du code du travail prévoyant l'indemnisation des licenciements sans motif valable

I- Présentation générale de la réclamation.

A- Applicabilité de la Charte sociale européenne révisée et du Protocole additionnel de 1995 en France et habilitation de la Confédération générale du travail à présenter une réclamation collective.

Le 18 octobre 1968 la France a signé la Charte sociale européenne de 1961. Le 9 novembre 1995, elle a signé le protocole additionnel de la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995. Le 3 mai 1996 elle a signé la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996. Le 7 mai 1999, la France a ratifié le protocole additionnel de 1995 et la Charte sociale européenne révisée.

Aux termes des déclarations contenues dans l'instrument de ratification de la Charte sociale européenne révisée de 1996, la France est liée par l'ensemble des articles de la Partie II de la Charte sociale européenne révisée, dont l'article 24.

Conformément à l'article 1c du protocole additionnel à la Charte du 9 novembre 1995, la Confédération générale du travail (« la CGT »), organisation syndicale représentative, est habilitée à présenter une réclamation collective. Comme prévu à l'article 38 des statuts de la CGT, cette réclamation est présentée par son secrétaire général (cf statuts de la CGT Annexe 1).

B- Historique et droit applicable

La loi n°73-680 du 13 juillet 1973 relative à la résiliation du contrat de travail a créé en droit français les dispositions relatives au licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi codifiées jusqu'en 2017 :

Code du travail :

« **Article L. 1235-2** 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.

Article L. 1235-3 Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Article L.1235-5 Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :

1° Aux irrégularités de procédure, prévues à l'article L. 1235-2 ;

2° A l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L. 1235-3 ;

3° Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4.

Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi.

Toutefois, en cas de méconnaissance des dispositions des articles L. 1232-4 et L. 1233-13, relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions relatives aux irrégularités de procédure prévues à l'article L. 1235-2 s'appliquent même au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés. »

Ainsi, lorsqu'il était confronté à un licenciement dépourvu de motif valable, le juge devait tout d'abord proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. En cas de refus de l'une ou l'autre des parties, une indemnité de licenciement était accordée au salarié licencié à la charge de l'employeur. Le salarié qui travaillait depuis au moins deux ans dans une entreprise d'au moins 11 salariés ne pouvait percevoir une indemnité inférieure à 6 mois de salaire brut, sans plafond maximal. Pour le salarié travaillant dans une entreprise depuis moins de 2 ans ou dans une entreprise employant moins de 11 salariés, le calcul de l'indemnité devait se faire en fonction du préjudice subi, sans plancher ni plafond.

Le juge appréciait souverainement les faits pour déterminer le montant de l'indemnisation du préjudice souffert par le salarié licencié.

En 2015, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique présentait un projet de loi pour l'activité, la croissance et l'égalité des chances économiques. Les dispositions du projet prévoyaient entre autre l'instauration d'un barème concernant les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le Conseil constitutionnel l'a cependant déclaré inconstitutionnel¹. Il a estimé que cet encadrement des indemnités n'était en principe pas contraire à la Constitution puisqu'il pouvait servir un motif d'intérêt général, mais qu'en l'espèce il contrevenait au principe d'égalité car l'un des deux critères pris en compte était la taille de l'entreprise. Or, ce critère ne présentait pas de lien avec le préjudice subi par le salarié.

Un référentiel d'indemnisation a par la suite été créé par le Gouvernement par un décret de 2016², comprenant un barème forfaitaire, en fonction de l'ancienneté du salarié, indemnités pouvant être majorées d'un mois en fonction de son âge et de ses difficultés particulières de retour à l'emploi. Ce référentiel indicatif pouvait être pris en compte par les juges, sans que cela soit obligatoire (articles L. 1235-1 et R. 1235-22 abrogés du code du travail, cf Annexe 2).

Par la suite, la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relevant du domaine de la loi afin de « *renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés (...)* ». L'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail modifie les dispositions relatives à la réparation financière des licenciements sans motif valable, en fixant des fourchettes d'indemnisation obligatoires, en fonction de l'ancienneté et de la taille de l'entreprise, à l'article L. 1235-3 du code du travail qui dispose désormais que :

« 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.

¹ Cons. constit., 5 août 2015, n° 2015-715 DC

² Article 1 du décret n°2016-1581 du 23 novembre 2016

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. »

L'ordonnance a prévu des exceptions à ces fourchettes d'indemnisation :

Article L. 1235-3-1 du code du travail :

« 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. »

Ces dispositions portent manifestement atteinte à l'article 24 de la Charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans motif valable du droit de bénéficier d'une réparation adéquate ou appropriée, et en ce qu'elles ne garantissent pas un droit de recours effectif contre la mesure de licenciement illicite.

I) Exposé de la réclamation.

Au terme de son article 24, la Charte dispose que : *« 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.»

Or, les nouvelles dispositions françaises, et notamment l'article L. 1235-3 du code du travail, ne permettent pas de garantir une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée au travailleur victime d'un licenciement sans motif valable (A). Elles ne lui permettent pas non plus de bénéficier d'un droit de recours effectif contre la mesure de licenciement (B).

Il convient également de mentionner à titre préliminaire que le Comité européen des droits sociaux dans une décision du 9 septembre 1999, n°1/1998 Commission internationale des juristes c/Portugal, rappelle que la Charte européenne des droits sociaux vise à garantir des droits non pas théoriques mais effectifs. A ce titre, le Comité s'engage à vérifier en droit mais également en fait la bonne application de la Charte par le droit français.

A- L'absence d'indemnité adéquate ou autre réparation appropriée prévue par le droit français.

Dans un arrêt rendu le 8 septembre 2016 *Finish Society of Social Rights c/Finlande* (n°106/2014), le Comité européen des droits sociaux (« CEDS ») a apporté des précisions concernant l'article 24 §1 b) de la Charte sociale européenne. Il est précisé au point 45 de la décision qu'une indemnisation en cas de licenciement dépourvu de motif valable est considérée comme adéquate lorsque les mécanismes d'indemnisation prévoient :

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

Or, le droit français ne permet pas le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours (1), ne prévoit pas des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour compenser le préjudice subi par la victime (2), ni pour dissuader l'employeur (3). Enfin, il n'existe aucune voie de droit alternative permettant de compléter le montant de la réparation (4).

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

Le droit du travail français ne prévoit pas de remboursement de la perte financière occasionnée par le licenciement entre la date du licenciement et la décision du tribunal.

Ce remboursement n'est prévu que dans certains cas, listés à l'article L. 1235-3-1 du code du travail qui prévoit que :

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

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

1° La violation d'une liberté fondamentale ;

2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;

3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4

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

de crimes et délits ;

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

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

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

On constate ici qu'il ne s'agit que des cas de violation d'une liberté fondamentale, de harcèlement, de discrimination etc.

L'indemnisation ordonnée par le juge français en cas de licenciement illicite inclut donc pêle-mêle la perte de salaire entre la date du licenciement et la décision du tribunal, mais également les pertes financières postérieures à la décision du tribunal si le salarié n'a toujours pas retrouvé de travail, la privation des gains qu'il pouvait attendre de son maintien dans l'entreprise³, la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi⁴ etc. : tout ceci est plafonné par les montants prévus à l'article L. 1235-3 du code du travail.

De toute évidence, on est loin de la réparation adéquate exigée par l'article 24 de la Charte.

2) L'absence d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour compenser le préjudice subi par la victime

Le Comité pourra constater que la réparation du préjudice pour licenciement dépourvu de motif valable est insuffisante car encadrée par des fourchettes d'indemnisation très étroites (a). De plus, le juge est autorisé à intégrer dans le montant de l'indemnité pour licenciement sans motif valable des sommes dues à raison d'autres préjudices, minorant d'autant cette indemnité (b). Enfin le montant de l'indemnité est calculé à partir du critère unique de l'ancienneté, ce qui ne permet pas une évaluation personnelle et individuelle du préjudice souffert par le salarié (c).

a) Fixation de planchers et de plafonds d'indemnisation inaptes à garantir une réparation adéquate du préjudice pour licenciement sans motif valable

Dans sa décision du 8 septembre 2016 concernant la Finlande, le Comité avait estimé que le plafonnement de l'indemnisation du licenciement sans motif valable pouvait laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvrait pas le préjudice subi par le salarié licencié⁵. Par conséquent, un tel plafonnement était contraire à l'article 24 de la Charte.

³ Cass. Soc. 16 janvier 2008, n°06-40543 sur l'indemnisation de la perte de chance de valoriser ses capitaux investis dans le PPE, Cass. Soc. 30 mars 2011, n°09-69515 : la perte de chance de bénéficier d'un taux d'emprunt avantageux accordé à tout salarié de la banque. In Cyril Wolmark, L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié, Droit ouvrier, décembre 2017, n°833, p.738

⁴ Cass. Soc. 14 septembre 2017, n°16-11563

⁵ Récl. 106/2014 pt 49, CEDS 8 septembre 2016, Finish Society of Social rights c/Finlande (n°106/2014)

Les dispositions prévues aux articles L. 1235-3 et suivants du code du travail français sont similaires au cas finlandais. La Finlande prévoyait un plafonnement de 24 mois maximum de salaire brut pour indemniser le salarié licencié sans motif valable. Le plafonnement légal français imposé depuis 2017 est inférieur à ce que préoyaient les dispositions finlandaises, puisqu'il s'élève à **un maximum de 20 mois de salaire brut à la condition que le salarié ait travaillé au moins 29 ans dans une entreprise employant habituellement plus de 11 salariés. Et le plafond le plus bas est simplement de 1 mois de salaire !** Il paraît de ce fait évident que le montant maximum français alloué n'est lui non plus pas conforme aux dispositions de la Charte.

Non seulement l'indemnité n'est pas adéquate, mais elle est même parfaitement dérisoire pour les salariés à faible ancienneté. Elle l'est d'autant plus dans les entreprises de moins de 11 salariés, puisque le plafond dérisoire se combine à un plancher dérisoire.

Enfin, elle l'est encore plus du fait qu'en droit français le cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité pour irrégularité de procédure n'est pas possible, la deuxième étant incluse dans la première⁶.

Une étude a été menée par le ministère de la Justice en mai 2015 sur l'indemnisation en justice des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Elle s'appuie sur 401 arrêts rendus par les cours d'appel durant le mois d'octobre 2014. Sur ces 401 arrêts, 284 concernent des salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés⁷ :

**Tableau 7 : Indemnités fixées en équivalent « mois-salaire » selon l'ancienneté et situation au regard du seuil minimal de 6 mois de salaires
(284 arrêts fixant des indemnités au titre de l'article L.1235-3)**

Ancienneté	Total	6 mois		Plus de 6 mois à moins d'1 an		1 an à moins de 18 mois		18 mois Moins de 2 ans		2 ans et plus	
		effectifs	%	effectifs	%	effectifs	%	effectifs	%	effectifs	%
de 2 ans à moins de 5 ans	109	17	15,6	53	48,6	26	23,9	7	6,4	6	5,5
de 5 ans à moins de 10 ans	84	6	7,1	36	42,9	23	27,4	14	16,7	5	6,0
de 10 ans à moins de 15 ans	37	0	0,0	4	10,8	21	56,8	4	10,8	8	21,6
de 15 ans à moins de 20 ans	24	0	0,0	5	20,8	10	41,7	3	12,5	6	25,0
20 ans et plus	30	1	3,3	0	0,0	8	26,7	6	20,0	15	50,0
Total des arrêts L1235-3	284	24	8,5	98	34,5	88	31,0	34	12,0	40	14,1

Cette étude, comparée aux fourchettes d'indemnisation retenues à l'article L. 1235-3 du code du travail, montre que les nouveaux montants prévus sont globalement moins avantageux pour le salarié licencié, et ne couvrent donc pas l'ensemble du préjudice subi :

- Pour les salariés ayant entre 5 et 9 ans d'ancienneté, 50 % des décisions analysées ont donné lieu à un versement d'indemnités supérieur au plafond fixé par la fourchette (entre 6 et 9 mois de salaire) ; dans le détail : 27,4 % ont perçu entre 12 et 18 mois de salaires, 16,7 % ont perçu entre 18 et 23 mois, et 6% ont perçu 24 mois ou plus ;

- Pour les salariés ayant entre 10 et 14 ans d'ancienneté, 90 % des décisions analysées ont donné lieu à des condamnations supérieures aux plafonds fixés par la fourchette (entre 10 et 12 mois de salaire) ; dans le détail : 56,8% ont perçu entre 12 et 18 mois, 10,8% ont perçu entre 18 et 23 mois, et 21% ont perçu 24 mois ou plus ;

⁶ Cass. Soc. 25 mai 1976, n°75-40337

⁷ Etude du ministère de la Justice publiée en mai 2015, réalisée sur commande du ministère du travail « dans le cadre de la réflexion sur l'instauration d'un barème d'indemnisation devant les juridictions prud'homales ».

- Pour les salariés ayant entre 15 et 19 ans d'ancienneté, 37,5 % des condamnations étaient supérieures aux plafonds fixés par la fourchette (entre 13 et 15 mois de salaire) ; dans le détail, 12,5% ont perçu plus de 18 mois, et 25% 24 mois ou plus ;

- Pour les salariés ayant au moins 20 ans d'ancienneté, au moins 50% des condamnations étaient supérieures aux plafonds fixés par la fourchette (entre 15,5 et 20 mois de salaire), puisque 50 % des décisions ont condamné l'employeur à verser au moins 24 mois de salaire.

Les plafonds fixés par les fourchettes d'indemnisation apparaissent donc beaucoup plus bas que les montants maximaux alloués par les juridictions prud'homales en 2015. Et ce, alors que déjà à l'époque ces montants ne pouvaient être considérés comme suffisamment élevés pour réparer l'ensemble du préjudice subi par le salarié.

Ensuite, on observe que les montants des fourchettes d'indemnisation sont très variables et inégaux. Par exemple lorsque le salarié a 29 ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de 11 salariés, l'indemnité de licenciement pourra aller de 3 à 20 mois de salaire brut ; au contraire parfois la fourchette est très resserrée comme pour les salariés de 2 ans d'ancienneté pour lesquels l'indemnisation sera obligatoirement comprise entre 3 et 3.5 mois de salaire brut. Comme le relève un auteur, on constate également que « *l'indemnité maximale à laquelle peut prétendre un salarié de 40 ans d'ancienneté est la même que celle d'un salarié ayant 29 ans de services* »⁸, alors que ce sont précisément les salariés les plus âgés qui connaissent un chômage de longue durée.

b) Limitation du montant de l'indemnité pour licenciement sans motif valable par l'intégration de préjudices distincts

Les fourchettes d'indemnisation posent une seconde difficulté : celui de la « globalisation » des préjudices liés au licenciement. L'article L. 1235-3 dispose à son alinéa 4 que « *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.* ». L'article L. 1234-9 renvoie à l'indemnité de licenciement, qui est due pour tout licenciement justifié ou non, sauf en cas de faute grave ou lourde du salarié.

L'indemnisation du préjudice du licenciement sans cause réelle et sérieuse est donc limitée dans son calcul par l'inclusion d'autres indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, notamment l'indemnité de licenciement conventionnel ou transactionnel, l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés, l'indemnité de non-concurrence, ou encore l'indemnité extralégale versée dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (en cas de licenciement pour motif économique). Il ne s'agit donc plus de réparer le seul préjudice pour licenciement sans motif valable, mais de regrouper un ensemble d'autres préjudices -par ailleurs non définis-, liés au licenciement puisqu'ils surviendraient « *à l'occasion de la rupture* ». Ce regroupement a pour but de fixer un montant « global » d'indemnisation, et a pour effet d'amoinrir le montant du préjudice lié à la perte illicite d'emploi.

Dès lors que le juge atteint le plafond au titre de l'indemnisation du licenciement sans motif valable, tous les autres préjudices ne sont alors pas réparés puisqu'ils ne peuvent, tous ensembles, dépasser le plafond. Comme le relève un auteur, « ***ce n'est plus alors le principe de réparation intégrale qui se trouve remis en cause, mais celui du droit à réparation lui-même*** »⁹.

La loi française vient limiter un peu plus la réparation du licenciement sans motif valable, violant le principe de réparation adéquate prévu par l'article 24 de la Charte. L'article L. 1234-9 du code du travail

⁸ J. Mouly, L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales, Droit ouvrier, juillet 2018, n°840, p. 439

⁹ J. Mouly, précité, p. 440

ne contraint certes pas le juge à retenir d'autres préjudices dans l'évaluation du montant de l'indemnité, mais cette simple opportunité qui lui est laissée suffit à mettre en danger le principe de réparation intégrale du préjudice.

c) Fixation de la fourchette d'indemnisation du préjudice subi sur la seule base de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

L'article L. 1235-3 restreint également l'évaluation du préjudice subi par la victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en fixant un critère unique pour déterminer la fourchette d'indemnisation : celui de l'ancienneté¹⁰.

Le préjudice subi, par définition, dépend de la situation individuelle et personnelle de chacun. L'évaluation doit se faire au cas par cas afin de s'assurer qu'une réparation intégrale soit garantie. Or, ce seul critère de l'ancienneté n'est pas suffisant pour examiner la situation personnelle du salarié. Dans certaines situations il ne se révèle même pas en lien avec le préjudice subi. Si ce critère se veut objectif, il empêche de procéder à une réelle évaluation personnelle et individuelle du préjudice. On imagine en effet mal qu'une indemnisation adéquate puisse exister sans une prise en compte factuelle de la situation du salarié en fonction d'autres critères tels que l'âge, la situation familiale, la formation et les diplômes, le bassin d'emploi, le handicap, la réinsertion etc. La durée de la relation de travail n'est qu'un des critères pris en compte par les juges du fond pour apprécier le préjudice subi par le salarié. Passé un certain nombre d'années, le salarié est tout à fait en droit d'attendre une certaine « stabilité » dans son travail, mais ce critère est loin d'être suffisant. Dès lors, seule l'évaluation individuelle et personnelle de la situation est en mesure de garantir au travailleur licencié une réparation adéquate de son préjudice, comme le prévoit l'article 24 de la Charte sociale européenne.

On notera que le référentiel créé par un décret du 23 novembre 2016 et abrogé par l'ordonnance du 22 septembre 2017, codifié à l'article R. 1325-22 prévoyait une augmentation de l'indemnité pour les salariés de plus de 50 ans, ainsi qu'« *en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi du demandeur tenant à sa situation personnelle et à son niveau de qualification au regard de la situation du marché du travail au niveau local ou dans le secteur d'activité considéré* »¹¹. On notera donc l'existence de nombreux autres critères permettant de tenir compte du préjudice subi : âge, situation personnel, niveau de qualification, situation du marché du travail...

Enfin, on sait que le préjudice subi par le salarié lorsqu'il perd son emploi, de surcroît de manière illicite, est très dépendant de sa capacité à retrouver un emploi. Or, on constate que le critère de l'ancienneté dans l'entreprise n'a pas de lien direct avec la difficulté à retrouver un emploi. Si la durée moyenne au chômage est aujourd'hui de 418 jours¹², cette durée est très différente en fonction de l'âge et du sexe de la personne, critères bien plus pertinents pour évaluer le préjudice subi. Ainsi, les femmes ont une durée moyenne de chômage de 446 jours, contre 386 jours pour les hommes, soit deux mois de plus. De même, les salariés âgés de plus de 50 ans ont une durée moyenne de chômage de 683 jours, contre 229 jours pour les moins de 25 ans. Quant aux femmes de 50 ans ou plus elles restent en moyenne 721 jours au chômage. Le secteur géographique joue également un rôle important : un chômeur reste en moyenne dans cette situation pendant 386 jours dans la région Ile-de-France, contre 463 jours dans la région Hauts-de-France, soit deux mois et demi de plus¹³.

Certes, on pourrait arguer que les critères peuvent être pris en compte par le juge à l'intérieur du cadre qui lui est fixé. Mais trois raisons invalident ce raisonnement :

¹⁰ Article L. 1235-3 code du travail

¹¹ Article R. 1325-22 code du travail, abrogé

¹² Au troisième trimestre 2017, Source Pôle emploi, Statistiques, études et évaluations, novembre 2017, n°17.050

¹³ Source Pôle emploi, Statistiques, études et évaluations, novembre 2017, n°17.050 (cf Annexe 3)

- D'une part, les plafonds sont parfois tellement bas qu'il est impossible de prendre en compte d'autres critères que l'ancienneté,
- D'autre part, même les plafonds élevés sont insuffisants à permettre la prise en compte de tous les critères,
- enfin, la fourchette est parfois très étroite (par exemple : cas des salariés ayant 5 ans d'ancienneté ou moins : la fourchette va de trois mois à trois mois et demi ; ou cas des salariés des entreprises de moins de 11 salariés).

L'indemnisation prévue par la loi ne permet donc pas d'indemniser de manière adéquate le salarié licencié. Par ailleurs, la réparation du préjudice ne remplit plus sa fonction dissuasive auprès de l'employeur.

3) L'absence d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur

Le Comité européen des droits sociaux dans sa décision de 2016 concernant la Finlande avait à son point 46 précisé que « *tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasive est en principe contraire à la Charte* ». Or la nouvelle réglementation française apparaît fort peu dissuasive pour l'employeur.

L'indemnité de licenciement est calculée selon deux critères : celui de l'ancienneté (pour les planchers et les plafonds) et celui de la taille de l'entreprise (pour les planchers). Cette limitation à deux critères a pour conséquence d'instaurer une importante « *prévisibilité* » du coût du licenciement. La faute de l'employeur a désormais un coût que ce dernier peut anticiper aisément. L'administration française met même à disposition sur son site officiel un « *simulateur des indemnités en cas de licenciement abusif* ». ¹⁴ **Cette prévisibilité fait automatiquement perdre le caractère dissuasif de l'indemnité et porte atteinte à l'article 24 de la charte.**

Le plafonnement de l'indemnisation et la prévisibilité du coût du licenciement, en se conjuguant, aboutissent à ce que les travailleurs ne bénéficient que d'une faible protection contre les licenciements sans cause réelle et sérieuse.

On pourrait arguer que les planchers prévus par la loi sont suffisants pour assurer une fonction dissuasive. Cependant, ces planchers sont extrêmement bas, et, comme le relève un auteur, ils s'approchent finalement bien souvent des montants « *correspondant à l'indemnité légale de licenciement justifié (indemnité dont le juge peut, du reste, tenir compte dans sa décision), qui n'a jamais été présentée comme une mesure dissuasive* » ¹⁵. Ainsi, le plancher va de 15 jours à un mois de salaire pour les entreprises de moins de 11 salariés et les salariés de moins de 5 ans d'ancienneté. Il n'est que de deux mois pour les salariés des entreprises de 11 salariés et plus ayant moins de deux ans d'ancienneté.

Le préjudice subi par le salarié dépend également de la gravité de la faute commise par l'employeur.

Le plancher d'indemnisation de 6 mois de salaire prévu par le droit français auparavant assurait cette « *fonction punitive* ». C'est le principe de la responsabilité civile : toute personne qui commet une faute, doit réparer le préjudice créé par cette faute. Il y a bien un lien entre la faute et le préjudice.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel français, s'il a considéré qu'il était injustifié de plafonner les indemnités de licenciement en fonction d'un critère lié à la taille de l'entreprise ¹⁶, a en revanche

¹⁴ <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnite-prudhomales>

¹⁵ Cyril Wolmark, précité, p.741

¹⁶ Cons. Constit. 5 août 2015, n° 2015-715 DC

considéré qu'il était possible de créer un plancher d'indemnisation selon la taille de l'entreprise¹⁷. Comme le relève un auteur, les juges constitutionnels considèrent en effet que l'indemnisation est également une sanction « *en raison de son caractère pécuniaire* », et que celle-ci peut « *varier selon la surface financière de son destinataire* »¹⁸. L'indemnisation a donc également une fonction punitive liée à l'ampleur de la faute.

Par ailleurs, l'aspect dissuasif de l'indemnisation est également nécessairement lié à l'ampleur de la faute : l'employeur ne doit pas être incité à commettre des fautes graves du fait qu'elles auraient exactement les mêmes conséquences qu'une faute moins grave.

Or, l'abaissement drastique du plancher de 6 mois, et la création de plafonds parfois très bas, ne permettent pas de prendre en compte la gravité de la faute de l'employeur. De plus, la marge de manœuvre du juge est trop faible, les fourchettes trop étroites, pour pouvoir prendre en compte cette dimension-là. Cela aboutira à ce qu'un employeur licenciant un salarié qui a refusé une augmentation importante de la durée de son travail, une diminution de sa rémunération, une mutation dans un autre pays sans clause de mobilité, soit condamné de la même manière qu'un employeur licenciant un salarié sur un motif trop imprécis. Non seulement il sera condamné de la même manière, mais encore une fois, il pourra être condamné à des sommes dérisoires si l'ancienneté du salarié est faible.

4) L'absence de voie de réparation alternative.

A la suite du point 46 de la décision *Finish Society of Social rights c/Finlande*, le Comité précisait qu'un plafonnement de l'indemnité litigieuse pouvait être conforme à la Charte si d'autres voies de droit permettaient l'indemnisation adéquate du préjudice en venant compléter le plafonnement. Le Comité doit donc vérifier si une voie de réparation alternative est ouverte aux victimes de licenciement sans motif valable.

Dans le cas finlandais, le comité avait estimé à son point 52 que la loi nationale de responsabilité civile ne constituait pas une voie de droit alternative ouverte à toutes les victimes de licenciement sans motif valable, puisqu'elle n'était ouverte qu'aux seules victimes de discrimination. Cette voie de droit ne permettait donc pas d'indemniser toutes les victimes de licenciement sans motif valable (Pt 53).

Encore une fois, à l'identique de la Finlande, le droit du travail français ne respecte pas l'article 24 de la Charte. En effet, aucune autre voie alternative légale n'est prévue pour compenser entièrement le préjudice. L'article L. 1235-3-1 du code du travail liste simplement un certain nombre d'exceptions aux fourchettes d'indemnisation. Ces cas particuliers concernent la violation de libertés fondamentales, les cas de harcèlement, de discrimination, de licenciement d'un salarié disposant d'un mandat électif ou syndical, des salariés protégés du fait de leur maternité ou en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. De même que dans le cas finlandais, ces hypothèses restent marginales, concernent les cas de licenciement les plus fautifs et ne permettent pas d'assurer à tous les salariés l'accès à une réparation adéquate de leur préjudice.

Comme le relève un auteur, en dehors des exceptions suscitées, « *seuls les préjudices véritablement distincts de ceux résultant de la rupture échappent au plafonnement* »¹⁹.

¹⁷ Conseil constitutionnel, 13 octobre 2016, n°2016-582 QPC : « *En prévoyant que le montant minimal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est applicable aux seuls licenciements dans les entreprises d'au moins onze salariés, le législateur a entendu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimées économiquement plus fragiles, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général.* »

¹⁸ J. Mouly, précité, p. 436.

¹⁹ Cyril Wolmark, précité.

Aucun exemple de cas ne pourra être fourni à l'appui d'un argument selon lequel d'autres voies de droit sont ouvertes pour indemniser les préjudices nés de la perte d'emploi. Il s'agit ici de regarder *in concreto* les décisions de la Cour de cassation française, et non de raisonner *in abstracto* sur ce que le Droit pourrait permettre si les juges décidaient de modifier leur jurisprudence, ce qui reste hautement hypothétique.

En effet, la seule possibilité d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement du code civil réside dans l'application, extrêmement limitée, de l'article 1231-1 (ex article 1147) du code civil²⁰. Cet article établit le principe général de responsabilité civile, mais n'est utilisée que de manière résiduelle en droit du licenciement, dans l'objectif de condamner l'employeur à des dommages et intérêts lorsque le licenciement a été prononcé dans des **circonstances abusives ou vexatoires**. Cet article ne permet en aucun cas d'indemniser le salarié sur le bien-fondé ou non du motif du licenciement, qui est déjà réparé par l'article L. 1235-3 qui constitue une loi spéciale dérogeant à l'article 1231-1, loi générale. Un licenciement peut avoir un motif valable et avoir été prononcé dans des circonstances abusives ou vexatoires²¹, et il peut tout aussi bien être mal-fondé et avoir été prononcé dans des conditions qui ne sont pas vexatoires. Les deux indemnités peuvent également se cumuler.

Par exemple, la Cour de cassation a décidé que la cour d'appel avait retenu que « *les circonstances de la rupture avaient été vexatoires en raison de la brutalité du licenciement et de l'animosité de la nouvelle direction à l'égard du salarié ; qu'ayant ainsi caractérisé le comportement fautif de l'employeur, pour constater que ce comportement avait causé au salarié un préjudice distinct de celui résultant du licenciement, elle en [avait] déduit à bon droit que celui-ci pouvait prétendre à des dommages-intérêts se cumulant avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* »²².

Ce fondement ne constitue donc en rien une voie alternative permettant de venir compléter les indemnités pour licenciement sans motif valable. Il permet de réparer un autre type de préjudice.

B) L'atteinte au droit à un recours effectif devant un juge.

L'article L. 1235-3 du code du travail porte également atteinte au paragraphe 2 de l'article 24 de la Charte qui dispose que : « *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* ».

Les dispositions contestées portent atteinte à ce second paragraphe dans la mesure où elles ne permettent pas de garantir aux victimes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse un recours effectif contre la mesure. En limitant le pouvoir du juge dans son appréciation souveraine du préjudice subi par le salarié licencié, l'ordonnance du 22 septembre 2017 porte directement atteinte au droit de recours des parties licenciées sans motif valable.

Les juridictions doivent en principe apprécier souverainement les préjudices découlant de la relation de travail. Elles en fixent l'étendue, dans le respect du principe de réparation adéquate du préjudice. Ce pouvoir d'appréciation est fortement remis en cause par l'instauration de fourchettes d'indemnisation. Le juge doit se conformer à un encadrement prédéfini sur la base d'un critère unique :

²⁰ Article 1231-1 du code civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* »

²¹ Exemple : Cass. Soc. 22 juin 2016 n° 14-15171 : « *le bien-fondé d'une demande de dommages-intérêts à raison des conditions vexatoires de la rupture du contrat de travail est indépendante du bien-fondé de celle-ci* ».

²² Cass. Soc. 12 mars 1987, n°84-41002

l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. La marge de manœuvre laissée au juge pour apprécier « souverainement » le préjudice est extrêmement restreinte.

Ces fourchettes d'indemnisation conduisent dans les faits à une uniformisation des décisions de justice. Cette uniformisation a nécessairement un impact sur le droit de recours des salariés. Les victimes de licenciement sans cause réelle et sérieuse renoncent à agir en justice. Tout est fait pour décourager les salariés d'utiliser leur droit de recours. Or, du fait de différentes modifications législatives (relatives à la rupture conventionnelle du contrat de travail ou encore aux règles procédurales), on constate déjà une baisse drastique du nombre de saisines : entre 40 et 50% en moins constaté au premier trimestre 2017 à Roubaix, 41% à Paris. Une baisse de 66% à Créteil entre le premier trimestre de 2016 et celui de 2017 selon Jamila Mansour, vice-présidente du conseil des prud'hommes de Bobigny²³.

Les montants de l'indemnisation étant plafonnés à des niveaux relativement bas alors que le coût du procès reste en revanche le même (recours à un avocat, frais de dossier etc.), cela dissuade la victime d'un licenciement de porter l'affaire devant les tribunaux du travail. C'est donc le droit de recours tout entier qui est mis à mal par la réforme.

Plus largement, c'est le droit du travail tout entier et son respect par l'employeur qui est mis à mal par ces règles. Comme le souligne un auteur, « *Plus profondément, c'est même l'effectivité des règles de droit du travail qui chancèle, car de l'attractivité de la contestation de la rupture dépend la revendication de nombreux droits par le salarié* »²⁴.

* * * * *

Les nouvelles dispositions du code du travail français concernant le licenciement sans cause réelle et sérieuse ont pour effet de décourager les salariés d'utiliser leur droit de recours. Le juge, organe jusqu'alors souverain dans l'appréciation du préjudice subi n'a plus qu'une très faible marge de manœuvre. La réparation intégrale du préjudice du licenciement sans motif valable est rendue impossible. Le Comité européen des droits sociaux ne pourra que constater et décider que les dispositions contestées ne respectent pas l'article 24 de la Charte sociale européenne.

23 http://www.lemonde.fr/politique/article/2017/09/12/prud-hommes-depuis-la-loi-macron-de-2015-le-nombre-des-saisines-est-en-chute_5184387_823448.html#4wFs2clWP6Cgs1p4.99

<http://www.leparisien.fr/economie/prud-hommes-le-nombre-d-affaires-nouvelles-en-chute-libre-03-07-2017-7105698.php>

²⁴ Cyril Wolmark, précité, p. 744