



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**

26 octobre 2017

Pièce n°1

Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie
Réclamation n°158/2017

RECLAMATION

Enregistrée au secrétariat le 16 octobre 2017

RÉCLAMATION COLLECTIVE

Secrétariat exécutif du Comité européen des droits sociaux

Service de la Charte sociale européenne

Direction générale Droits de l'homme et Etat de droit

Conseil de l'Europe

F-67075 Strasbourg Cedex

social.charter@coe.int

Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)

Corso d'Italia n° 25

00198 Rome

Italie

Adresse électronique : segretaria.camusso@cgil.it

Objet : réclamation collective présentée par la Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) (Confédération générale italienne du travail – CGIL) pour violation par l'État italien de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

Table des matières

1. Objet de la réclamation collective

2. Cadre juridique pertinent

2.1. Droit applicable aux relations de travail avant l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015 (article 18 de la loi n° 300/1970 et article 8 de la loi n° 604/1966).

2.1.1 Droit à la réintégration

2.1.2. Droit à une indemnité

2.2. Décret législatif n° 23/2015 relatif au contrat à protection croissante

2.2.1. Finalités et raison d'être de la réforme de 2015

2.2.2. Indemnisation en cas de licenciement sans motif justifié

2.2.3. Possibilité de réduction du montant de l'indemnisation prévue à l'article 3 du décret législatif n° 23/2015

a) Vices formels et de procédure

b) Proposition de conciliation

2.2.4. Absence de voies de droit alternatives

2.2.5. Champ d'application résiduel de la réintégration

a) licenciement discriminatoire ou que la loi sanctionne par la nullité

b) licenciement disciplinaire abusif pour « inexistence du fait »

2.2.6. Licenciement collectif

2.3. Modèle d'aide au revenu en cas de licenciement.

3. Recevabilité de la réclamation collective

3.1 État contre lequel la réclamation collective est dirigée

3.2. Organisation auteur de la réclamation collective

3.2.1. Confederazione Generale Italiana del Lavoro

3.2.2. Qualité de la CGIL pour présenter des réclamations collectives devant le CEDS

4. Bien-fondé de la réclamation collective

4.1. L'article 24 de la CSER et la jurisprudence pertinente du CEDS

4.1.1. Principes

4.1.2. Appréciation spécifique du CEDS relative aux législations nationales

4.1.3. Appréciation spécifique du CEDS relative à la législation italienne

4.2. Analyse de la législation nationale au regard des dispositions et des finalités prévues par l'article 24 de la CSER

4.2.1. Caractère certain de l'indemnisation préétablie sur la base de l'ancienneté de service

4.2.2. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard des conditions de validité d'une sanction

4.2.3. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard du préjudice subi par le travailleur au cours de la période antérieure à la décision judiciaire qui constate le caractère abusif du licenciement

4.2.4. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard du préjudice subi par le travailleur au cours de la période postérieure à la décision judiciaire qui constate le caractère abusif du licenciement.

4.2.5. Effet des réformes du système de sécurité sociale

4.2.6. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard de la réduction (supplémentaire) de l'indemnisation dans les petites entreprises (unités de production employant jusqu'à 15 salariés)

4.2.7. Mécanisme d'incitation à la résolution extrajudiciaire du litige : réduction « en fait » de l'indemnité

4.3. Protection par la voie de la réintégration: restrictions légales au pouvoir du juge de protéger le travailleur par la réintégration dans son emploi

4.4. Inexistence de raisons d'« ordre public » susceptibles de justifier des restrictions au droit consacré par l'article 24, au sens de l'article G de la CSER

5. Conclusions

Annexes

1. Objet de la réclamation collective

Par la présente réclamation dirigée contre l'Italie, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (ci-après, « CGIL »), assistée par Maîtres Amos Andreoni et Carlos de Marchis, avocats inscrits près le Barreau de Rome et Maîtres Vittorio Angioloni et Giovanni Orlandini, demande au Comité européen des droits sociaux (ci-après, CEDS) de dire que les dispositions contenues dans les articles 3, 4, 9 et 10 du décret législatif n° 23 du 4 mars 2015 (annexe 1)¹ établissant la protection applicable à tous les travailleurs ayant la qualification d'ouvriers, employés ou cadres, embauchés – dans le secteur privé – avec un contrat de travail subordonné à durée indéterminée à compter du 7 mars 2015 sont contraires à l'article 24 (droit à une protection en cas de licenciement) de la Charte sociale européenne révisée (ci-après, la « CSER »), dans les cas de licenciements déclarés abusifs pour absence de raison disciplinaire valable ou de cause objective ou économique, y compris en cas de licenciements collectifs.

L'objet de la réclamation collective porte sur le mécanisme de calcul de l'indemnisation prévu par les dispositions précitées du décret législatif n° 23/2015 en cas de licenciement sans motif justifié. La loi octroie au travailleur une indemnité préétablie de manière strictement automatique, dont le montant augmente en fonction de l'ancienneté, jusqu'à atteindre un seuil maximum légal préétabli (plafond). Cette indemnisation est globale et exclut toute possibilité pour le juge d'apprécier et de reconnaître l'éventuel préjudice supplémentaire subi par le travailleur en raison du licenciement.

2. Cadre juridique pertinent

Le décret législatif n° 23/2015 représente la dernière étape d'un processus de réforme de la réglementation en matière de licenciement, qui a conduit en 2012 à la modification des dispositions de la loi n° 604 du 15 juillet 1966 (« Règles portant sur les licenciements individuels ») et de

¹ « Dispositions en matière de contrat de travail à durée indéterminée à protection croissance en application de la loi n° 183 du 10 décembre 2014 », publié dans la Gazzetta Ufficiale (Journal Officiel) du 6 mars 2015 – Série générale n° 54 ».

l'article 18 de la loi n° 300 du 20 mai 1970 (« Statuts des travailleurs »). En particulier, la loi n° 92/2012 (dite « Loi Fornero ») a modifié le régime des sanctions applicables en cas de licenciement abusif, en restreignant le champ d'application de la réintégration du salarié dans ses fonctions (protection réelle), jugé trop rigide et coûteux pour les entreprises.

En dernier lieu, le décret législatif n° 23/2015 a introduit dans l'ordre juridique italien, un régime parallèle de sanctions des licenciements, dont l'application dépend exclusivement de la date d'embauche du travailleur.

Le contrat à protection croissante s'insère donc dans un cadre législatif préexistant, qui n'a pas été abrogé avec l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015. La réforme n'a créé aucune nouvelle forme de contrat de travail, ni réglementé de manière différente les causes de licenciement, mais a introduit un système de sanctions différent en cas de licenciement abusif, pour les travailleurs embauchés après son entrée en vigueur.

Le contrat à protection croissante s'applique, en effet, de manière générale à tous les travailleurs embauchés à partir du 7 mars 2015, tandis qu'un régime de sanctions différent et plus favorable s'applique aux travailleurs embauchés avec un contrat de travail à durée indéterminée de droit privé signé avant le 7 mars 2015.

2.1 Législation applicable aux relations de travail antérieures à l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015 (article 18 de la loi n° 300/1970 et article 8 de la loi n° 604/1966).

2.1.1. Droit à la réintégration

En vertu des dispositions de l'article 18 de la loi n° 300/1970 (tel que réformé par la loi Fornero), la protection par la voie de la réintégration s'applique de manière générale et indépendamment du nombre de salariés employés dans une entreprise, à tous les licenciements discriminatoires, c'est-à-dire notifiés concomitamment à un mariage, conformément à l'article 35 du code civil pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes (visé dans le décret législatif n° 198 du 11 avril 2006) ou en violation des interdictions de licenciement pour congé maternité ou autres congés (sur le fondement de l'article 54, paragraphes 1, 6, 7 et 9 du Texte unique des dispositions législatives en matière de protection et d'aide à la maternité et à la paternité visé dans le décret législatif n° 151 du 2 mars 2001) ou qui relèvent d'autres hypothèses légales entraînant la nullité du licenciement ou fondés sur un motif illégal déterminant au sens de l'article 1345 du code civil, quel que soit le motif formellement avancé par l'employeur.

Dans les unités de production du secteur privé employant plus de 15 salariés (5 travailleurs s'il s'agit d'entreprises agricoles) ou plus de 60 salariés au total², l'instrument juridique de la réintégration est étendu également aux hypothèses de licenciement pour motif objectif justifié (licenciement dit « économique ») si le fait avancé par l'employeur à la base du licenciement est manifestement dénué de fondement (« *inexistence manifeste du fait* ») et aux licenciements collectifs, en cas de violation des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements et sur la base desquels l'employeur indiquera les travailleurs à licencier, tels que déterminés par les conventions collectives de travail ou – à défaut – par la loi (article 5, loi n° 223/1991).

En ce qui concerne les licenciements disciplinaires, la sanction de la réintégration s'applique dès lors que le fait reproché au travailleur est inexistant et si le comportement dont il est fait grief figure parmi les hypothèses que les codes disciplinaires ou les accords collectifs sanctionnent par des

² L'article 18 de la loi n°300/1970 prévoit un domaine d'application basé sur des effectifs de plus de 15 salariés par unité de production (5 s'il s'agit d'entreprises agricoles) au sein d'une même commune soit de plus de 60 salariés répartis sur l'ensemble du territoire national.

mesures conservatoires. Cette disposition accroît le rôle des codes de comportement établis d'un commun accord avec les organisations syndicales et attribue une importance à la classification des comportements susceptibles d'être sanctionnés, afin d'éviter toute forme d'abus du pouvoir disciplinaire.

En cas de licenciement discriminatoire ou nul, le travailleur a droit, outre à la réintégration dans son emploi, à la réparation intégrale du préjudice (consistant dans le versement des salaires non perçus jusqu'à la réintégration effective). Il peut également demander, au lieu de la réintégration, une indemnité équivalant à 15 mois de salaire ; si le licenciement (économique ou disciplinaire) sans motif justifié est sanctionné par la réintégration, le montant de la réparation ne peut dépasser, en revanche, 12 mois de salaire.

2.1.2 Droit à une indemnité

Dans les autres hypothèses de licenciement, lorsqu'il constate que les conditions relatives au motif, subjectif ou objectif, justifié ou à la juste cause ne sont pas remplies et que le licenciement sans motif justifié n'est pas sanctionné par la réintégration, le juge fixe le montant de l'indemnité à laquelle le travailleur a droit, qui sera compris entre 12 et 24 mensualités de sa dernière rémunération. Cette indemnité sera calculée en tenant compte d'une pluralité d'éléments (ancienneté du travailleur, nombre de salariés, le volume de l'activité économique, le comportement et condition des parties).

En ce qui concerne les licenciements sans motif justifié notifiés par des employeurs dits « moins importants » (dont les effectifs sont inférieurs à 16 salariés par unité de production), le régime général appliqué aux travailleurs embauchés avant le 7 mars 2015 (fixé par l'article 8 de la loi n° 604/1966) prévoit une protection basée sur l'indemnisation. L'indemnité calculée par le juge est comprise dans une fourchette allant de 2,5 à 6 mois de salaires, sur la base des mêmes conditions que celles prévues pour déterminer l'indemnisation dans les entreprises de plus grande taille.

Enfin, dans l'hypothèse de l'existence (exclusivement) d'un vice de forme, les employeurs dont les effectifs sont en nombre plus élevés (plus de 15 salariés), sont passibles d'une condamnation par les tribunaux à un dédommagement compris entre 6 mois et 12 mois de salaires.

Les indemnités prévues par l'article 18 de la loi n° 300/1970 à titre de réparation du préjudice subi par le travailleur, relèvent d'une protection spéciale qui régit tout manquement au contrat de travail et la loi leur attribue, en outre, un caractère global ; partant, aucune autre forme ou forme complémentaire de réparation n'est prévue.

Ainsi qu'il a été préalablement exposé, ces dispositions continuent de s'appliquer aux travailleurs embauchés à durée indéterminée avant le 7 mars 2015, soit la date d'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015.

2.2. Décret législatif n° 23/2015 sur le contrat à protection croissante

2.2.1. Finalités et raison d'être de la réforme de 2015

La réforme de 2012 a modifié le régime antérieur des sanctions du licenciement abusif, en autorisant le juge, dans certaines circonstances déterminées, à remplacer la réintégration par une indemnité calculée dans une fourchette qui varie entre un seuil minimum et un seuil maximum et qui tient compte des critères d'appréciation prévus par la loi.

Cependant cette réforme a été jugée insuffisante par le Gouvernement suivant, qui l'a considérée « *excessivement rigide et de nature à influencer négativement sur l'emploi* » (voir l'exposé des motifs du décret législatif n° 23/2015 sur le contrat à protection croissante). En particulier, cet élément de

rigidité a été pointé du doigt du fait que la loi n° 92/2012 autorise encore la réintégration en cas de licenciement (économique et disciplinaire) sans motif justifié, sans garantir à l'employeur des coûts de licenciement certains et prévisibles, puisqu'elle laisse au pouvoir discrétionnaire du juge la détermination du montant de l'indemnisation à verser au salarié.

Par le décret législatif n° 23/2015, le Gouvernement a donc entendu combler cette « lacune » de la réforme précédente, d'une part, en réduisant davantage les cas dans lesquels il est possible d'obtenir la réintégration, d'autre part, en diminuant le montant de l'indemnisation en cas de licenciement abusif et, surtout, en éliminant tout élément d'incertitude quant à sa quantification (et donc en retirant au juge la faculté d'appliquer, au titre de la sanction, les facteurs abstraits au cas concret).

Cet objectif est expressément indiqué comme étant le motif de l'exigence de réformer davantage le droit du licenciement dans la loi d'habilitation n° 183 du 10 décembre 2014 (dont le décret législatif n° 23/2015 constitue l'application), par l'introduction dudit contrat à protection croissante. L'article 1, paragraphe 7, point c), de la loi n° 183/2014 a en effet délégué au Gouvernement l'adoption d'une réforme de la législation sur les licenciements, en s'inspirant des principes suivants: *« prévision, pour les nouvelles embauches, du contrat à durée indéterminée à protection croissante basé sur l'ancienneté de services, qui exclut pour les licenciements économiques, la possibilité de la réintégration du travailleur dans son emploi, qui prévoit une indemnisation économique certaine et croissante selon l'ancienneté de service et limite le droit à la réintégration aux licenciements nuls et discriminatoires et à des hypothèses spécifiques de licenciement disciplinaire sans motif justifié, tout en prévoyant des délais certains pour faire appel du licenciement »*.

Dans son exposé des motifs à la base du décret d'application, le Gouvernement a rappelé son intention d'éliminer, au moyen de la réforme, les incertitudes quant au coût du licenciement abusif et d'exclure toute marge discrétionnaire du juge dans la détermination du montant de l'indemnité à verser au travailleur. On y lit en effet que le décret à intervenir *« prévoit des mesures tendant à favoriser l'instauration de relations de travail subordonné à durée indéterminée qui, pour les travailleurs embauchés après son entrée en vigueur, seront assurées par une protection croissante en fonction de la durée de la relation existant entre les parties. Cette finalité est poursuivie, en particulier :*

- a) *en simplifiant les règles en matière de licenciement, notamment en fusionnant les dispositions relatives aux conditions de légalité et aux sanctions consécutives à leur violation, afin d'en permettre une interprétation et une application claires et univoques ;*
- b) *en établissant une graduation des mesures de protection du travailleur de manière croissante et sans discontinuité, en fonction de la durée de la relation de travail entre les parties, en établissant une protection garantie ab initio»*³.

³ Les finalités de la réforme ont été précisées par la suite par le Ministre du Travail et des Politiques sociales, M. Giuliano Poletti, durant son intervention à la chambre du Sénat du 8 octobre 2014, au cours de laquelle il a affirmé ce qui suit : *« Pour simplifier, résoudre des questions d'incertitude et de pouvoir discrétionnaire, pour réduire le recours aux procédures judiciaires, dans l'élaboration du décret délégué relatif au contrat à protection croissante, et donc, pour les nouvelles embauches, le Gouvernement entend modifier le régime de la réintégration tel que prévu à l'article 18, modifié par la loi n°92/2012, en supprimant cette possibilité pour les licenciements économiques et en la remplaçant par une indemnité économique certaine et croissante en fonction de l'ancienneté ». « La possibilité de la réintégration sera prévue pour les cas de licenciements discriminatoires et ceux sans motif justifié de nature disciplinaire particulièrement graves, après qualification spécifique du cas d'espèce. Concernant les autres situations, une indemnisation économique définie et certaine sera prévue »*.

Le système rigide d'indemnisation plafonnée adopté par le Gouvernement, qui ne permet pas au travailleur d'être dédommagé du préjudice concrètement subi, a été critiqué également par la XI^{ème} commission Travail du Sénat, qui lors de l'examen préalable du texte du décret Gouvernemental, a invité, vainement, l'exécutif à réviser le modèle d'indemnisation, afin d'augmenter le niveau de protection et décourager toute forme abusive de licenciement ⁴.

Le décret législatif n° 23/2015 établit, donc, en application de la loi d'habilitation n° 183/2014, pour les travailleurs embauchés à compter du 7 mars 2015, un modèle général de protection basé sur un dédommagement, au montant certain, qui augmente en fonction exclusivement de l'ancienneté de service et qui est plafonné (satisfaisant ainsi au critère prévu par la loi d'habilitation de 2014: « *indemnisation certaine et croissante en fonction de l'ancienneté de service* »).

2.2.2. Indemnité en cas de licenciement sans motif justifié

Les licenciements notifiés par les employeurs privés jugés abusifs en ce qu'ils ne répondent pas aux critères de validité, à savoir sans un motif objectif ou subjectif justifié ou disciplinaire valable (juste cause) – soit la majorité des cas de licenciements soumis aux tribunaux – sont caractérisés par un modèle de protection par voie d'indemnisation fixe et prédéfinie.

Le nouveau mécanisme d'indemnisation est prévu par l'article 3 du décret législatif n° 23/2015 :

« 1. *Sans préjudice des dispositions prévues au paragraphe 2 [voir ci-dessous paragraphe 2.2.5], lorsqu'il est établi que les conditions du licenciement pour motif objectif justifié ou motif subjectif justifié ou pour juste cause font défaut, le juge déclare la cessation de la relation de travail à la date du licenciement et condamne l'employeur au paiement d'une indemnité, exempte de cotisations sociales, d'un montant égal à deux mensualités de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, par année de service, dans une mesure, en tout état de cause, non inférieure à quatre et non supérieure à vingt-quatre mensualités* ».

L'article 9 prévoit une réduction de l'indemnité pour les travailleurs employés dans des unités de production de 15 salariés au maximum ou dans des entreprises qui emploient au total jusqu'à 60 salariés:

«1. *Lorsque l'employeur ne satisfait pas aux critères en termes de taille de l'entreprise prévus à l'article 18, paragraphes 8 et 9, de la loi n° 300/70* ⁵, *l'article 3, paragraphe 2, ne s'applique pas et*

⁴ Compte-rendu Actes du Sénat, XI^{ème} Commission du Travail du 17 février 2015.

⁵ L'article 18, paragraphes 8 et 9, de la loi n° 300/1970 est libellé comme suit : «8. *Les dispositions des paragraphes 4 à 7, s'appliquent à l'employeur, entrepreneur ou non entrepreneur, qui, dans chaque établissement, filiale, bureau ou service autonome dans lequel est intervenu le licenciement, emploie plus de quinze travailleurs ou plus de cinq s'il s'agit d'une entreprise agricole, ainsi qu'à l'employeur, entrepreneur ou non entrepreneur, qui dans le ressort de la même commune emploie plus de quinze salariés et à l'entreprise agricole qui dans le même cadre territorial emploie plus de cinq salariés, même si chacune des unités de production, examinée individuellement, n'atteint pas ces limites, et, en tout état de cause, à l'employeur, entrepreneur ou non entrepreneur, qui emploie plus de soixante salariés. 9. Aux fins du calcul du nombre de salariés visés au paragraphe 8, il sera tenu compte des travailleurs embauchés avec un contrat à durée indéterminée à temps partiel dans le nombre d'heures effectivement travaillées, en tenant compte, à cet égard, du fait que le calcul des unités de travail se réfère à l'horaire tel que prévu par les accords collectifs de secteur. Sont exclus du calcul le conjoint et les parents de l'employeur jusqu'au deuxième degré de parenté en ligne directe et en ligne collatérale. Le calcul des limites en nombre de personnel visées au paragraphe 8 n'influe pas sur les normes ou sur les instruments qui prévoient des bénéficiaires d'ordre économique ou fiscaux* ».

le montant total des indemnités et des sommes prévues à l'article 3, paragraphe 1, à l'article 4, paragraphe 1, et à l'article 6, paragraphe 1, est diminué de moitié et ne peut, en aucun cas, dépasser la limite de six mois de salaire ».

Par conséquent, les articles 3 et 9 précités du décret législatif n° 23/2015 accordent au travailleur embauché à partir du 7 mars 2015 et licencié de manière abusive en l'absence d'une juste cause ou sans un motif subjectif (licenciement disciplinaire) ou objectif (licenciement économique) justifié, **une indemnisation qui augmente dans le temps, dans une mesure préétablie, indépendamment du préjudice subi ou des caractéristiques subjectives et objectives des parties**, qui est, en outre, plafonnée.

Le modèle de protection se distingue par son montant fixe/progressif, reposant sur le **critère du nombre de salariés employés**. Il prévoit en effet, en fonction du personnel total de l'entreprise, un montant minimum – soit, respectivement, quatre mois de salaire lorsque les effectifs sont composés de plus de 15 salariés par unité de production et de deux mois de salaire pour les salariés des employeurs dits « moins importants » – majoré jusqu'à un plafond de deux mensualités de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, par année de service, dans le premier cas et d'une seule mensualité, toujours par année d'ancienneté de service, dans le second cas.

Le plafond d'indemnisation est de 24 mois de salaire pour les travailleurs salariés d'employeurs employant plus de 15 salariés et de 6 mois de salaire pour les autres. Partant, le niveau de protection maximum est atteint automatiquement après 12 années d'ancienneté professionnelle dans les entreprises employant plus de 15 salariés et après 6 ans pour les autres.

Il convient de relever, par ailleurs, que cette indemnisation est inappropriée pour réparer le préjudice découlant de la perte de la source du revenu au regard, également, du paramètre de référence aux fins de sa quantification. En effet, l'indemnisation n'est pas établie en fonction de la rémunération globale de fait revenant concrètement au travailleur, mais d'un paramètre formel, pertinent aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat (articles 2, 3 et 4 du décret législatif n° 23/2015), qui constitue une compensation différée dans le temps, due au travailleur en cas de cessation de la relation de travail.

Cependant, ce paramètre formel peut ne pas intégrer le revenu professionnel concrètement perdu à cause du licenciement, dans la mesure où, dans la notion de rémunération utile aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, des éléments de rémunération fixes et non occasionnels, qui participent à la formation de la rémunération globale de fait, peuvent être légalement exclus.

L'analyse des accords collectifs en vigueur en Italie permet de mettre en exergue l'existence de très nombreux contrats excluant des postes importants de leur base de calcul formel.

Le montant déterminé par le juge en présence d'un licenciement abusif est donc totalement indépendant des conditions subjectives et objectives liées aux parties et du préjudice concret subi par le travailleur, dans la mesure où il est axé sur une standardisation de l'indemnité, basée exclusivement sur l'ancienneté de service, de manière à rendre prévisible et parfaitement quantifiable *a priori* pour l'employeur, les conséquences de son acte de résiliation du contrat (en d'autres termes, les conséquences d'un acte – y compris programmé - contraire à la loi).

Le décret législatif n° 23/2015 ne prévoit en outre aucune règle de calcul de l'ancienneté de service en cas d'embauche antérieure du travailleur au moyen d'un contrat à durée déterminée ou sous une autre forme contractuelle ou en cas d'emploi du travailleur dans le passé avec un contrat de

louage de main-d'œuvre (la seule règle spécifique pour le calcul de l'ancienneté concerne le cas d'une substitution dans un marché public ⁶).

Le magistrat se voit donc totalement retirer sa fonction d'organe garant d'une réparation concrète, appropriée et effective des conséquences subies par le travailleur en raison d'un acte illégal entraînant la cessation de sa source de revenu. Il n'a pour tâche que d'établir l'ancienneté de service du travailleur et d'en déduire le montant de l'indemnisation qui en découle, tel que celui-ci a été fixé par la loi.

C'est dans des termes identiques que le Tribunal de Rome s'est prononcé récemment dans une ordonnance du 26 juillet 2017 (annexe 2), laquelle a déféré à la Cour constitutionnelle la question de la légalité de l'article 1, paragraphe 7, point c), de la loi n° 183/2014 et des articles 2, 3 et 4 du décret législatif n° 23/2015, susceptibles d'être non-conformes aux articles 3, 4, 35, 76 et 117 de la Constitution. Le juge souligne que le contenu du décret législatif n° 23 n'incite pas les entreprises à adopter des comportements vertueux, dès lors qu'«il normalise le fait qu'un acte contraire à la loi et qui constitue un manquement à l'engagement de stabilité pris lors de la signature du contrat de travail à durée indéterminée.... fait l'objet d'une sanction basée sur un dédommagement au montant réduit, sans aucun rapport avec le préjudice effectivement causé, soustrait à l'appréciation du juge en termes de quantification, mais qui doit continuer à en contrôler les conditions d'application».

2.2.3. Possibilité de réduction du montant de l'indemnisation prévue à l'article 3 du décret législatif n° 23/2015

a) Vices de forme et de procédure

La protection évoquée ci-dessus est encore réduite de moitié par rapport aux paramètres indiqués dans le paragraphe ci-dessus, en présence de vices formels ou procéduraux qui affectent le licenciement, lesquels peuvent revêtir toutefois des aspects extrêmement importants aux fins de la protection des droits du salarié. En effet, il importe d'indiquer que les licenciements dénués d'une motivation spécifique figurent parmi ces hypothèses.

À cet égard, l'article 4 du décret législatif n° 23 prévoit ce qui suit : « *1. En cas de licenciement notifié en violation du critère de motivation prévu à l'article 2, paragraphe 2, de la loi n° 604 de 1966 ou de la procédure visée à l'article 7 de la loi n° 300/1970, le juge déclare la cessation de la relation de travail à la date du licenciement et condamne l'employeur au paiement d'une indemnité exempte de cotisations sociales, d'un montant égal à une mensualité de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, par année de service, qui sera comprise, en tout état de cause, dans une mesure variant de deux mensualités au minimum et douze mensualités au maximum, à moins que le juge, sur demande du travailleur, ne constate la satisfaction des conditions aux fins de l'application des protections visées aux articles 2 et 3 du présent décret* ».

⁶ L'article 7 du décret législatif n° 23/2015 prévoit qu'« *aux fins du calcul des indemnités et du montant visés à l'article 3, paragraphe 1, à l'article 4 et à l'article 6, l'ancienneté de service du travailleur qui devient salarié de l'entreprise reprenneur dans le cadre d'un contrat de marchés publics, se calcule en tenant compte de l'ensemble de la période durant laquelle le travailleur a été employé dans l'activité faisant l'objet du marché* ». En vertu de cette règle, les travailleurs employés dans le cadre des marchés ne perdent pas l'ancienneté acquise s'ils sont réembauchés par une nouvelle entreprise.

La disposition précitée prévoit un « abattement » de 50 % des montants prévus en tant que paramètres d'indemnisation susmentionnés (c'est-à-dire du montant minimum, de l'augmentation annuelle et du plafond) en présence de vices de forme affectant des licenciements. L'absence d'indication des raisons du licenciement, bien qu'empêchant le travailleur de connaître les motifs de la cessation de la relation de travail et, par conséquent, de préparer une défense adéquate, n'est sanctionnée que par une indemnité au montant réduit de moitié. Cette même réduction est prévue en cas de violation des procédures disciplinaires prévues à l'article 7 de la loi n° 300/1970.

b) Proposition de conciliation

Le décret n° 23/2015 attribue en outre à l'employeur un instrument efficace pour réduire ultérieurement le coût du licenciement abusif, qui décourage le travailleur de recourir en justice, en prévoyant un mécanisme de conciliation qui rend la protection judiciaire très désavantageuse.

À cet égard, l'article 6, paragraphe 1, prévoit ce qui suit: « *1. En cas de licenciement des travailleurs visé à l'article 1, afin d'éviter la procédure judiciaire et sans préjudice de la possibilité pour les parties d'opter pour toute autre modalité de conciliation prévue par la loi, l'employeur peut proposer au travailleur, dans les délais pour former un recours extrajudiciaire contre le licenciement, selon les modalités définies à l'article 2113, alinéa 4, du code civil et à l'article 76 du décret législatif n° 276 du 10 septembre 2003 et ses modifications postérieures, un montant qui ne participe pas à la formation du revenu imposable aux fins de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et qui n'est pas assujéti aux cotisations sociales, correspondant à une mensualité de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, par année de service, dans la mesure, en tout état de cause, de deux mensualités au minimum et dix-huit mensualités au maximum, au moyen de la remise au travailleur d'un chèque de banque. L'acceptation du chèque à ce stade par le travailleur comporte l'extinction de la relation à la date du licenciement et la renonciation à tout recours contre le licenciement, y compris si le travailleur l'a déjà introduit. Les éventuelles autres sommes fixées d'un commun accord dans le cadre de la conciliation pour clôturer tout autre différend découlant de la relation de travail sont assujéties au régime fiscal ordinaire ».*

Par conséquent, dans tous les cas de licenciement régis par le décret législatif n° 23/2015, lorsque le travailleur conteste le licenciement, l'employeur peut proposer une solution de conciliation dans les délais fixés par la loi, laquelle se caractérise par une non-taxation et un non-assujettissement aux cotisations sociales.

Cette caractéristique rend l'acceptation [de la conciliation] avantageuse pour le travailleur et ne pénalise nullement l'employeur. Le travailleur licencié est incité, en effet, à accepter une proposition de conciliation qui s'élève à plus de la moitié de l'indemnisation garantie au titre de la protection (mais plafonnée à 18 mois de salaire), en vertu d'une procédure de conciliation ouverte après la contestation du licenciement, qui bénéficie d'une défiscalisation totale de la somme proposée par l'employeur.

La proposition de l'employeur, grâce à l'avantage fiscal, décourage le salarié d'agir en justice, dans la mesure où **le montant proposé est identique au montant de l'indemnisation, après déduction des taxes et cotisations, qu'il percevrait en cas d'action en justice**. Réciproquement, cette procédure de conciliation ne pénalise aucunement l'employeur et n'a aucune action dissuasive à

son égard mais, au contraire, le récompense en lui évitant de supporter les frais liés à une procédure judiciaire et lui permet d'économiser une somme importante par rapport à la somme, d'ailleurs déjà modeste, qu'il serait tenu de verser en cas de décision judiciaire constatant le caractère abusif du licenciement. Pour un bénéficiaire fiscal moyen d'environ 25 % pour le travailleur, l'employeur obtient une réduction de 50 % du montant de ses coûts.

Le mécanisme introduit induit le salarié à renoncer à la protection judiciaire, laquelle est déjà intrinsèquement inapte à le protéger de manière adéquate et **à accepter une somme encore moins adéquate, dépourvue de tout caractère effectif et dissuasif**. Inversement, en limitant le coût pour l'employeur à un montant égal à la moitié de l'indemnité qu'il devrait verser en cas de licenciement déclaré abusif, ce dernier n'est aucunement dissuadé de recourir au licenciement.

Il ressort d'une pratique fréquemment suivie par les tribunaux que les cas de licenciement assujettis à la protection des articles 3 et 4 du décret législatif n° 23/2015 se clôturent, le plus souvent, par des accords transactionnels aux montants modestes, inférieurs à ceux calculés sur la base du paramètre de progressivité introduit par la loi, notamment en raison du système de procédure qui impose au magistrat de formuler une proposition de conciliation et de tenir compte de l'éventuel refus de la proposition lors du règlement des dépens de procédure ⁷.

2.2.4. Absence de voies de droit alternatives

Dans le régime actuel des sanctions, il n'existe aucune autre protection relevant du droit civil. L'indemnisation prévue par l'article 18 de la loi n° 300/1970 est définie comme étant «globale» (paragraphe 5). Il en va de même, *a fortiori*, pour l'indemnisation prévue aux articles 3, 4 et 9 du décret législatif n° 23/2015, qui constitue une forme de protection spéciale, différente de celles prévues en matière de droit civil et qui répond à la loi d'habilitation de 2014, laquelle a expressément imposé d'adopter « *une indemnisation financière certaine et croissante* ».

Le décret législatif n° 23/2015 a été adopté dans le but spécifique et affirmé d'accroître la certitude quant aux coûts du licenciement abusif pour les entreprises (*voir ci-dessus*, paragraphe 2.1), qu'il garantit par un mécanisme de calcul de l'indemnisation rigoureusement lié à l'ancienneté de service, de manière à éliminer toute possibilité pour le juge de la quantifier en tenant compte d'autres facteurs ou éléments pertinents. L'indemnisation prévue par l'article 18 de la loi n° 300/1970, bien qu'étant « globale » et plafonnée, est en revanche déterminée de manière discrétionnaire par le juge après une appréciation du cas concret ; c'est précisément cet élément que l'on a entendu éliminer dans la nouvelle réglementation de 2015.

La raison d'être de la nouvelle réglementation réside précisément dans la prédétermination stricte du montant global de l'indemnisation et pas seulement de son montant maximum. Il est donc constant que le travailleur licencié ne pourra obtenir une réparation supérieure au montant de l'indemnisation fixée par la loi.

⁷ L'article 91, paragraphe 2, du code de procédure civile, en régissant le mécanisme de détermination des dépens, impose au magistrat « *qui fait droit à la demande dans une mesure non supérieure à l'éventuelle proposition de conciliation* » de « *condamner la partie qui a refusé sans motif justifié la proposition au paiement des dépens acquis après la formulation de la proposition* ». L'article 420 du code de procédure civile régissant les règles du débat lors de la première audience dans les litiges en matière de droit du travail, impose au magistrat de formuler une proposition de conciliation, semblable en réalité à celle proposée par l'employeur.

D'autre part, il n'existe aucun litige ayant accordé une réparation relevant du droit civil, telle que le rétablissement de la situation antérieure ou le versement d'une indemnisation sur la base d'un régime différent de celui prévu par les modèles décrits précédemment. Dans les quelques litiges ayant donné lieu à des jugements, après avoir pris acte de la nature injustifiée du licenciement, le juge a en effet quantifié le préjudice en se limitant à appliquer le critère prévu à l'article 3, paragraphe 1, du décret législatif n° 23/2015 (Tribunal de Rome, jugement n° 6100 du 22 juin 2017, Tribunal de Rome, jugement n° 5138 du 30 mai 2017, Tribunal de Rome, jugement n° 4021 du 2 mai 2017 ; décisions ayant toutes prononcé la réduction de moitié de l'indemnité imposée par l'article 9 : Tribunal de Milan, jugements des 9 mars 2017, 30 novembre 2016, 5 juillet 2016; aux fins de l'application de l'indemnisation diminuée de moitié prévue par l'article 4 du décret n° 23/2015 voir : Tribunal de Rome, jugement n° 5725 du 14 juin 2017, Tribunal de Rome, jugement n° 4140 du 2 mai 2017).

Le Tribunal de Rome, par l'ordonnance du 26 juillet 2017 précitée, confirme que le contrat à protection croissante crée un régime d'indemnisation qui exclut toute autre voie de droit ; par ailleurs, la structure même de la réglementation et les indications claires du Gouvernement mettent en exergue le caractère global du préjudice découlant de la perte d'emploi.

En outre, on ne saurait ignorer que la réglementation actuelle est totalement dépourvue de toute efficacité dissuasive et s'avère totalement inappropriée pour empêcher l'adoption de pratiques et de comportements tendant à mettre fin à la relation de travail de manière abusive.

L'indemnisation globale et préfixée prévue par les articles 2, 3 et 4 du décret législatif n° 23/2015 ne couvre pas, en effet, la réparation du préjudice concrètement subi par le travailleur licencié en raison de la perte de ses rémunérations entre la fin de la relation de travail et le prononcé du jugement qui établit le caractère abusif de la résiliation du contrat et encourage ainsi les pratiques dilatoires de l'employeur, et ne prévoit aucune mesure de dissuasion en relation avec le préjudice subi durant la période postérieure au jugement.

L'indemnisation prévue dans le décret législatif n° 23/2015 englobe, en effet, tant le préjudice subi par le travailleur jusqu'au prononcé du jugement qui constate le licenciement abusif, que la période postérieure non travaillée en l'absence générale d'un ordre de rétablissement de la relation de travail, à laquelle, d'ailleurs, ne s'appliquerait pas, non plus, l'article 614-bis du code de procédure civile (qui prévoit une mesure de coercition indirecte en cas de non-exécution des d'obligations de faire), compte tenu de l'inapplicabilité expresse des dispositions en matière de résolution des conflits en droit du travail.

La mesure ne tient donc aucunement compte du préjudice concrètement subi et n'a aucun caractère dissuasif.

2.2.5. Champ d'application résiduel de la réintégration

Le travailleur ne peut obtenir la réintégration que dans les cas strictement prévus par l'article 2 et l'article 3, paragraphe 2, du décret législatif n° 23/2015.

a) Licenciement discriminatoire ou que la loi sanctionne par la nullité

Aux termes de l'article 2 du décret législatif n° 23/2015: «1. *Le juge, dans la décision par laquelle il déclare la nullité du licenciement au motif de son caractère discriminatoire, en vertu de*

l'article 15 de la loi n° 300/1970, ou parce qu'il relève d'autres cas de nullité expressément prévus par la loi, ordonne à l'employeur, entrepreneur ou non entrepreneur, de réintégrer le travailleur dans son emploi, indépendamment du motif formellement invoqué. À la suite de l'ordre de réintégration, la relation de travail est considérée comme résolue si le travailleur n'a ni repris son service dans les 30 jours à compter de la réception de l'invitation de l'employeur ni demandé dans les 30 jours de la communication du dépôt de la décision le paiement de l'indemnité prévue au paragraphe 3. Le régime prévu au présent article s'applique également au licenciement déclaré inefficace parce qu'ayant été notifié sous forme orale. 2. Dans la décision visée au paragraphe 1, le juge condamne également l'employeur à la réparation du préjudice causé au travailleur par le licenciement dont la nullité ou l'invalidité a été déclarée au moyen d'une indemnité correspondant à la dernière rémunération de référence aux fins du calcul de l'indemnité de fin de contrat, depuis le jour du licenciement jusqu'à celui de la réintégration effective, après déduction des sommes perçues au cours de la période d'éviction, au titre d'autres activités professionnelles exercées. En aucun cas l'indemnité ne pourra être inférieure à cinq mensualités de la dernière rémunération de référence (Omissis). 3. Sans préjudice du droit à la réparation des dommages, prévu au paragraphe 2, le travailleur a la faculté de demander à l'employeur de remplacer la réintégration dans son emploi par une indemnité égale à quinze mensualités de sa dernière rémunération de référence (Omissis), la demande entraînant la résolution de la relation de travail (Omissis). 4. Les dispositions prévues au présent article s'appliquent également aux hypothèses dans lesquelles le juge constate que le [licenciement] est dépourvu de motif justifié, dès lors que ledit motif consiste dans le handicap physique ou psychique du travailleur ».

La réintégration peut donc être ordonnée par le juge lorsque le licenciement doit être considéré nul ou discriminatoire ou parce que la loi le qualifie « *expressément* » comme tel. La même sanction s'applique au licenciement notifié oralement.

Les discriminations interdites sont énoncées à l'article 15 des statuts des travailleurs (fondées sur des raisons politiques, syndicales, religieuses ou liées à la race, langue, sexe, handicap, âge, orientation sexuelle ou aux convictions personnelles). Les autres hypothèses de nullité prévues par la loi concernent le licenciement en cas de mariage (article 35, paragraphes 2 et 3, du décret législatif n° 198/2006), lorsque la salariée est enceinte et jusqu'à la première année de vie de l'enfant, et lorsque les parents sont en congé parental (article 54, paragraphes 1, 6, 7 et 9, du décret législatif n° 151/2001).

Il est possible d'obtenir la réintégration également dans les hypothèses de licenciement abusif pour absence de motif justifié, lorsque le motif invoqué consiste dans le handicap physique ou psychique du travailleur, ou s'il n'a pas été constaté d'inaptitude au travail, cette dernière justifiant, au sens de la réglementation en la matière, la cessation de la relation de travail dès lors que le travailleur ne peut être reclassé dans un autre emploi (loi n° 68/1999). Des doutes demeurent quant au régime des sanctions en cas de licenciement du travailleur en congé maladie (article 2110 du code civil) et en cas de licenciement infligé à titre de rétorsion, c'est-à-dire en réaction à l'exercice par le travailleur de ses propres droits (ledit « *reprisal dismissal* »). Dans les deux cas, la nullité découle des principes généraux, mais n'est pas « *expressément* » prévue par la loi (comme le requiert l'article 2, paragraphe 1, du décret législatif n° 23/2015). Les considérations qui précèdent conduiraient à exclure la protection par la voie de la réintégration, même si une interprétation de la législation visant à

empêcher toute non-conformité possible avec l'article 3 de la Constitution (principe d'égalité et de proportionnalité) conduirait à une solution différente.

La faculté d'obtenir la réintégration en raison de la nature discriminatoire du licenciement est limitée par la charge de la preuve qui pèse sur le travailleur ; cette charge est atténuée, mais n'est pas exclue des mécanismes de présomption prévus par les décrets législatifs n° 198/2006 (pour les discriminations sur le genre) et n°s 215 et 216 de 2003 (relatifs aux autres discriminations).

D'autre part, les mesures de réintégration adoptées à l'encontre des licenciements discriminatoires notifiés depuis l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015 ont un caractère totalement résiduel et exceptionnel. L'organisation requérante n'a trouvé qu'un seul jugement du Tribunal de Rome du 24 juin 2016 qui réintègre un travailleur embauché après le 7 mars 2015 avec un contrat de travail à protection croissante : le licenciement notifié par un employeur au motif que le salarié avait attaqué des sanctions disciplinaires antérieures a été considéré comme une mesure de rétorsion.

La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015 montre aussi clairement que la protection contre la discrimination exerce une fonction totalement résiduelle dans l'ensemble du système de protection du travailleur en cas de licenciement. De ce point de vue, il importe de constater l'absence quasi totale de jugements de condamnation de l'employeur à la réintégration du travailleur dans les entreprises employant jusqu'à 15 salariés, dans lesquelles la possibilité d'obtenir la réintégration est depuis toujours limitée aux cas de licenciement discriminatoire.

b) Licenciement disciplinaire abusif pour « inexistence du fait »

En cas de licenciement jugé abusif pour absence de motif subjectif justifié ou juste cause (licenciement disciplinaire), le juge peut ordonner la réintégration seulement si l'inexistence du fait matériel reproché au travailleur est prouvée au cours de la procédure.

À cet égard l'article 3, paragraphe 2, du décret législatif n° 23/2015 prévoit ce qui suit : *«le juge annule le licenciement et condamne l'employeur à la réintégration du travailleur dans son poste de travail et au paiement d'une indemnité correspondant à la dernière rémunération pertinente (Omissis) exclusivement dans les hypothèses de licenciement pour motif subjectif justifié ou pour juste cause dans lesquelles l'inexistence du fait matériel reproché au travailleur est directement prouvée dans la procédure, indépendamment de toute appréciation quant au caractère disproportionné du licenciement ».*

Le sens de la règle est incertain (comme le démontre les débats doctrinaires animés qu'elle suscite). Il s'agissait de résoudre les doutes d'interprétation posés par la précédente réforme de 2012 et de n'admettre la réintégration que lorsqu'il est prouvé dans la procédure que le « fait » reproché au travailleur n'existe pas – c'est-à-dire qu'il ne s'est jamais produit – mais pas, en revanche, lorsque le fait existe (le travailleur l'a effectivement commis), mais n'est pas juridiquement qualifiable en tant que cause légale de licenciement (dans la mesure où ledit comportement n'est pas constitutif d'une hypothèse de juste cause ou de motif justifié de licenciement). Le risque d'un effet paradoxal découle cependant des nouvelles dispositions de l'article 3, paragraphe 2, car en cas de licenciement fondé sur un fait existant, mais totalement dénué de pertinence sur le plan disciplinaire (par exemple: endosser une cravate verte ou éternuer au bureau), le travailleur ne pourrait obtenir la réintégration. Afin d'éviter un tel effet, la doctrine a suggéré d'interpréter la référence au « fait matériel » comme visant

un fait présentant, à tout le moins, un intérêt disciplinaire, même minime; mais il ne s'agit pour l'instant que d'un courant doctrinal.

Il importe cependant d'indiquer que, sur la base des nouvelles dispositions, la réintégration est exclue, en toute hypothèse, aussi en présence d'un licenciement infligé pour un manquement de faible gravité ou pour lequel la convention collective de travail prévoit une sanction conservatoire (à titre d'exemple, un retard de quelques minutes au moment de la prise de fonction). Cela découle du fait que l'article 3, paragraphe 2, précité **exclut expressément toute possibilité pour le juge de se référer au principe de proportionnalité** dans la décision relative à la sanction à infliger.

Les règles prévoient ensuite que l'inexistence du fait soit « *directement prouvée dans la procédure* » par le travailleur. Il s'agit à nouveau d'une disposition litigieuse, parce qu'elle semble inverser la charge de la preuve en cas de licenciement sans motif justifié. La doctrine suggère encore d'interpréter la règle conformément au principe général selon lequel la charge de la preuve incombe à l'employeur ; mais le libellé de la loi justifie l'incertitude à cet égard.

La réintégration est ensuite certainement exclue **dans toutes les hypothèses de licenciement économique** (c'est-à-dire pour motif objectif justifié au sens de l'article 3, de la loi n° 604 de 1996), contrairement à ce qui est prévu pour les travailleurs auxquels s'applique l'article 18 de la loi n° 300/1970 (qui ont droit, comme nous l'avons vu, à la réintégration en cas « *d'inexistence manifeste du fait* » invoqué à la base du licenciement : voir paragraphe 1 ci-dessus). Ce qui précède soulève un autre problème important d'interprétation de la règle (resté irrésolu à ce jour), car une interprétation littérale de cette dernière conduirait à la conclusion (encore paradoxale) qu'il suffirait pour un employeur d'invoquer des raisons économiques (même manifestement inexistantes) pour être certain d'éviter une condamnation à la réintégration. Sur cet aspect de la réglementation également, la doctrine a tenté de combler la faille, en suggérant qu'une raison économique, même de moindre importance, doit réellement exister (et donc être prouvée dans la procédure par l'employeur), même si elle ne relève pas des hypothèses indiquées par la loi.

Ces aspects de la réglementation révèlent que la possibilité d'obtenir la réintégration dépend de conditions critiquables, **qui ne tiennent pas compte de la gravité du comportement de l'employeur, et encore moins du cadre spécifique qui caractérise l'entreprise dont le travailleur a été exclu.**

En réalité, la réintégration n'est possible que dans des hypothèses absolument (Ndt : mot manquant) et limitées et implique que le travailleur ait satisfait à la lourde – et parfois impossible – charge de la preuve qui lui incombe. Il est surtout interdit au juge de condamner l'employeur à la réintégration sur la base de son appréciation du comportement des parties et de la situation objective de l'entreprise. La constatation par le juge de l'existence d'un fait quelconque caractéristique d'un manquement contractuel (même mineur) ou d'une raison économique quelconque (même totalement dénuée de pertinence aux fins de la suppression d'un poste de travail) exclut, en effet, toute possibilité pour le travailleur d'obtenir la réintégration.

Ce qui précède, non seulement transforme la sanction de la réintégration en une hypothèse résiduelle et extrêmement difficile à faire valoir, mais met aussi en exergue le fait que celle-ci dépend de critères d'appréciation totalement déraisonnables.

2.2.6. Licenciement collectif

L'article 10 du décret n° 23/2015 prévoit ce qui suit : « *En cas de licenciement collectif (Omissis) notifié sans respecter les formes écrites, le régime des sanctions prévu à l'article 2 du présent décret [protection par la voie de réintégration] s'applique. En cas de violation des procédures (Omissis) ou*

des critères de choix (Omissis), le régime prévu à l'article 3, paragraphe 1, s'applique [indemnisation]) ».

En vertu de cette disposition, en cas de licenciements collectifs, la protection par l'indemnisation est devenue en réalité l'unique solution pour les nouveaux embauchés après le 7 mars 2015, la protection par la voie de la réintégration étant limitée à l'hypothèse (quasiment d'école) des licenciements notifiés oralement. Pour les travailleurs embauchés avant cette date, l'article 5, paragraphe 3, de la loi n° 223/1991 (tel que réformé par la loi n° 92/2012) reste en revanche applicable ; cet article prévoit la réintégration en cas de violation des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements et sur la base desquels l'employeur indiquera les travailleurs à licencier (chargés de famille, ancienneté de service, besoins de l'entreprise).

Deux régimes coexistent donc aujourd'hui aussi pour les sanctions applicables aux licenciements collectifs. Dans l'hypothèse des licenciements collectifs réalisés en violation des critères de fixation de l'ordre des licenciements, les travailleurs embauchés avant le 7 mars 2015 seront protégés par la sanction de la réintégration; ceux embauchés avec un contrat à protection croissante se verront attribuer, en revanche, une indemnisation financière, croissante en fonction de leur ancienneté de service.

Il s'ensuit que les travailleurs d'une même entreprise peuvent se voir appliquer des sanctions sensiblement différentes, y compris dans le cadre d'un même licenciement collectif, au mépris des obligations légales. L'effet prévisible de ce qui précède est que les travailleurs licenciés seront toujours ceux auxquels s'applique le décret législatif n° 23/2015, même si cela implique la violation des critères d'ordre fixés par la loi ou par les conventions collectives de travail.

2.3. Modèle d'aide au revenu en cas de licenciement

Le travailleur qui perd son emploi consécutivement à un licenciement a droit à une indemnité versée par l'INPS (institut national de prévoyance sociale), destinée à tous les demandeurs d'emploi inscrits auprès des centres pour l'emploi, ayant effectué par voie télématique (sur le portail de l'Agence nationale des politiques actives du travail) la déclaration de « *disponibilité immédiate à l'exercice d'une activité professionnelle* » (conformément à l'article 1, paragraphe 2, point c), du décret législatif n° 181/2000).

Le décret législatif n° 22/2015 (contemporain du décret législatif n° 23/2015) a modifié les critères d'accès aux prestations de chômage et de calcul de leur montant, en remplaçant par la nouvelle assurance sociale pour l'emploi (NASpl) la précédente ASpl introduite par la loi n° 92/2012.

Afin de bénéficier de l'indemnité, il est nécessaire d'avoir acquis au moins 13 semaines de cotisation dans l'arc temporel des quatre années précédant le début de la période de chômage et d'avoir effectué au moins 30 jours de « *travail effectif* » dans les 12 mois précédant le début de la période de chômage.

L'allocation est versée « *pendant un nombre de semaines égal à la moitié des semaines de cotisation des quatre dernières années* ». La durée maximale de versement de l'allocation est donc de 24 mois. La réforme a comporté l'abrogation tant de la précédente ASpl (qui prévoyait une durée maximale d'un an et demi, mais qui augmentait en fonction de l'âge du chômeur), que de l'indemnité de mobilité, qui garantissait aux travailleurs des moyennes et grandes entreprises des prestations sur une plus grande durée (*voir ci-dessous : Bien-fondé de la réclamation collective*, paragraphe 4.2.5.).

Ainsi, la réglementation en vigueur n'aboutit pas à protéger plus longuement les personnes nécessitant une aide accrue, mais celles ayant versé le plus de cotisations, en suivant une logique

purement «d'assurance». Cet état de fait, d'autre part, représente l'application du principe ayant inspiré la réforme et expressément énoncé dans la loi d'habilitation (mise en œuvre par le décret n° 22/2015), qui attribue au législateur la tâche de remanier les protections sociales en cas de chômage, en associant ces dernières à l'« *historique des cotisations versées par le travailleur* », afin d'augmenter la « *durée maximum* » de la prestation « *en faveur des travailleurs ayant effectué les versements de cotisations les plus élevés*» (article 1, point b), alinéas 1 et 2, loi n° 183/14).

Le montant de la prestation correspond à 75 % de la rémunération mensuelle moyenne (calculée en prenant comme référence l'accomplissement de la période ouvrant droit à la prestation) et se réduit au montant maximum de 1300 euros pour les rémunérations supérieures à 1195 euros.

Le montant de l'indemnité décroît ensuite de 3 % par mois à partir du quatrième mois. Cela signifie que pour les prestations versées pendant 24 mois, la réduction s'élève au final à 63 % du montant initial. Ce mécanisme de calcul vise à induire le travailleur à chercher activement un nouvel emploi, étant donné que l'indemnité (faible dès le départ), après quelques mois, devient totalement inadéquate pour satisfaire les besoins vitaux minimums. Cependant, son caractère automatique souligne, d'une part, une intention déraisonnable de punir le chômeur, parce que la réduction de l'indemnité intervient indépendamment de la volonté de ce dernier de trouver un nouvel emploi; d'autre part, elle renforce la logique purement d'assurance de la NASpl, dès lors que le calcul du montant des prestations ne tient pas compte de l'état de nécessité effectif du bénéficiaire.

Il est utile de résumer dans le **tableau 1** ci-dessous, le système d'indemnisation global introduit par le décret n° 23/15, différencié selon le niveau d'emploi et le type de licenciement.

VICE AFFEC- TANT LE LICENCIE- MENT	PROTECTION BASE MINIMUM (MOIS DE SALAIRE)		RÉINTEGRATION DANS L'EMPLOI		PROGRESSION AUTOMATIQUE		PLAFOND	
	EMPLO- YEURS « MOINS IMPOR- TANTS »	EMPLO- YEURS « PLUS IMPOR- TANTS »						
Licenciement pour motifs objectifs et économiques	2	4	NON	NON	1	2	6	24

Licenciement collectif	=	4	=	NON	=	2	=	24
Licenciement pour motifs disciplinaires abusif	2	4	NON	NON	1	2	6	24
Licenciement pour motifs disciplinaires pour inexistance du fait	2	4	NON	OUI	1	2	6	24
Licenciement sans motivation	1	2	NON	NON	1/2	1	3	12
Licenciement oral	5	5	OUI	OUI	NON	NON	NON	NON
Licenciement discriminatoire	5	5	OUI	OUI	NON	NON	NON	NON
Licenciement en violation des règles qui établissent expressément la nullité	5	5	OUI	OUI	NON	NON	NON	NON

3. Recevabilité de la réclamation collective

3.1.État visé par la réclamation collective

La présente réclamation est dirigée contre l'Italie.

L'Italie a ratifié et rendu exécutoire la Charte sociale européenne par la loi n° 30 du 9 février 1999 « Ratification et exécution de la Charte sociale européenne révisée, avec annexe, faite à Strasbourg le 3 mai 1996 » (annexe 3).

L'Italie a ratifié par la loi n° 298 du 28 août 1997, « Ratification et exécution du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, faite à Strasbourg le 9 novembre 1995 », le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne relatif au système de réclamations collectives (annexe 4).

3.2. Organisation auteur de la réclamation collective

3.2.1. Confederazione Generale Italiana del Lavoro

La CGIL est une association de représentation des travailleurs et du travail, créée en 1906, dont son siège national est situé à Rome. Elle est la plus ancienne des associations syndicales italiennes et aussi la plus représentative (la CGIL compte en effet environ 6 millions d'adhérents, parmi lesquels des travailleurs, des retraités et des jeunes qui entrent dans le monde du travail).

La CGIL est une organisation de nature programmatique, unitaire, laïque, démocratique, pluriethnique, qui promeut la libre association et l'autoprotection solidaire et collective des travailleurs salariés ou employés avec d'autres contrats de subordination, des travailleurs employés dans des groupements coopératifs et autogérés, des travailleurs sous contrat de « para-subordination », des chômeurs, des personnes sans emploi ou des personnes à la recherche d'un premier emploi, des retraités et des personnes âgées (article 1, statuts de la CGIL, annexe 5).

L'activité de la CGIL s'inspire des principes consacrés par la Constitution italienne, dont elle promeut la pleine application (article 2, statuts de la CGIL).

En particulier, « la CGIL revendique la valeur de la solidarité dans une société sans privilèges ni discriminations, dans laquelle le droit au travail, à la santé, à la protection sociale est reconnu et le bien-être réparti de manière égale, [...] en supprimant les obstacles politiques, sociaux et économiques qui empêchent les femmes et les hommes autochtones et immigrés de décider – sur des bases légales et d'opportunités égalitaires, tout en reconnaissant leurs différences, – de leur propre vie et de leur travail. [...] ».

La CGIL protège, au moyen des formes et des procédures les plus appropriées, le droit de l'ensemble des travailleuses et des travailleurs à des relations de travail correctes et impartiales [...] ».

Elle souscrit, à travers ses propres organisations professionnelles, les contrats de travail et effectue en même temps, une action de protection, visant à défendre, affirmer et conquérir des droits individuels et collectifs, allant des systèmes sociaux aux droits sur le lieu de travail.

La CGIL exerce un rôle fondamental de protection du travail vis-à-vis d'un marché du travail libre et sans conditions. Son activité est caractérisée par une œuvre de construction de la solidarité dans le travail et entre les travailleurs, par l'exercice quotidien de son engagement concret de représentation et de négociation.

L'association est structurée tant verticalement par les fédérations de métiers, qu'horizontalement par les chambres de commerce. Actuellement, les associations nationales de métiers sont au nombre de 12, tandis qu'il existe 115 chambres du travail.

La CGIL est affiliée à la Confédération européenne des syndicats (Ces) et à la Confédération internationale des syndicats (Ituc – Csi).

Il est possible d'obtenir d'autres informations sur la CGIL en consultant son site Internet à l'adresse www.cgil.it.

3.2.2. Qualité à agir de la CGIL aux fins de la présentation de réclamations collectives devant le CEDS

La CGIL dispose de la qualité pour présenter des réclamations collectives devant le CEDS.

Cette qualité est indiquée à l'article 1 du protocole additionnel à la Charte sociale européenne, qui prévoit un système de réclamations collectives, selon lequel le droit de présenter des réclamations collectives appartient, notamment, aux «organisations nationales représentatives du patronat et de travailleurs relevant du ressort de la partie contractante mise en cause par la réclamation».

Disposant de cette qualité, la CGIL introduit la présente réclamation collective contre l'Italie devant le CEDS, par l'intermédiaire de sa Secrétaire générale.

Conformément à l'article 17 des statuts de la CGIL « [...] la représentation légale de la CGIL à l'égard des tiers et dans une procédure judiciaire est attribuée à son secrétaire général, pour l'ensemble des matières, à l'exception de celles prévues au point suivant, qui peuvent être déléguées à une autre personne nommée par une décision formelle du secrétariat confédéral, pour tous les actes juridiques à caractère administratif, fiscal, social, financier et concernant la sécurité sur le lieu de travail. Par cette même décision, le secrétariat de la CGIL peut révoquer à tout moment et sans préavis cette nomination, en procédant, dans le même temps, à la formalisation d'une nouvelle nomination. Le comité directeur est informé par voie formelle de ces décisions [...] ».

Actuellement, Mme Susanna Camusso est la Secrétaire générale de la CGIL et a été élue le 3 novembre 2010.

4. Bien-fondé de la réclamation collective

Au vu des règles contenues dans le décret législatif n° 23/2015 décrites au paragraphe 2 (et résumées schématiquement dans le tableau 1), la CGIL se pose la question de la pertinence des dispositions prévues à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée au regard de l'objet de la présente réclamation.

4.1. Article 24 de la CSER et jurisprudence pertinente du CEDS

L'article 24 de la CSER – comme chacun sait – fixe les principes ci-après énoncés aux fins de la protection des travailleurs en cas de licenciement:

- a) tout licenciement doit être fondé sur un motif valable lié à l'aptitude ou au comportement du travailleur ou aux exigences opérationnelles de l'entreprise ;
- b) en l'absence de motif, le travailleur a droit « *à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* » ;
- c) le travailleur doit pouvoir former un recours contre le licenciement devant un organe impartial.

4.1.1. Principes

Le CEDS a précisé, notamment dans ses décisions adoptées sur la base de l'article 24 de la CSER dans le cadre de son activité de supervision des législations nationales, qu'un modèle de protection basé sur la réparation en présence de licenciements abusifs, bien qu'étant remis au pouvoir discrétionnaire de chaque État membre, doit répondre aux conditions suivantes :

- présenter un caractère adéquat
- présenter un caractère effectif
- présenter un caractère dissuasif pour l'employeur

Ces conditions exigent qu'une mesure de réparation équivalente aux rémunérations effectivement perdues entre la date de son licenciement et la date de la décision du juge qui statue sur le licenciement soit garantie au travailleur, indépendamment du nombre des salariés employés et qu'il lui soit également reconnu le droit à la réintégration dans son emploi ou une indemnisation adéquate au préjudice causé par la perte de son emploi sans motif justifié en raison d'une décision illégale de l'employeur.

En ce qui concerne le montant de l'indemnisation, le CEDS, tout en reconnaissant aux États membres un pouvoir discrétionnaire, estime que l'introduction d'une législation basée sur des *plafonds* stricts est contraire aux dispositions de l'article 24 de la CSER. Le *plafond* empêche en effet les juges nationaux de quantifier une réparation appropriée en cas de licenciement abusif, laquelle est pourtant due en application des principes généraux du droit civil.

4.1.2. Appréciation spécifique du CEDS sur les législations nationales

Dans ses Conclusions 2008 relatives à la situation de la Finlande sur le plan législatif, le CEDS a observé ce qui suit :

« Le Comité estime qu'au regard de l'article 24 de la Charte révisée, les tribunaux ou autres instances compétentes doivent pouvoir accorder des indemnités suffisantes, ordonner la réintégration du salarié ou octroyer toute autre réparation appropriée. Pour être jugée suffisante, l'indemnisation doit comprendre le remboursement des pertes financières subies par le salarié entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours appelé à statuer sur la légalité du licenciement, la possibilité de réintégration et/ou des indemnités qui soient suffisamment dissuasives pour l'employeur et proportionnées au dommage subi par la victime. Le Comité considère que la situation n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte révisée à cet égard ».

Dans ses Conclusions 2012, toujours en relation avec la législation de la Finlande, le CEDS écrit :

« Le Comité rappelle à cet égard que l'indemnisation accordée en cas de licenciement abusif doit être à la fois proportionnelle au préjudice subi par la victime et suffisamment dissuasive pour l'employeur. Tout plafonnement de l'indemnisation qui pourrait avoir pour effet d'empêcher que les indemnités soient en rapport avec le préjudice subi et soient suffisamment dissuasives est à proscrire ».

Dans sa décision du 8 septembre 2016 (réclamation n° 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*), le CEDS note :

« Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative aux contrats de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont

prévues pour constituer un recours dans de telles situations. En conséquence, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24 ».

Dans ses Conclusions de 2016 relatives à la Bulgarie, concernant le droit d'obtenir la reconnaissance d'autres préjudices sur la base du droit civil, le CEDS précise que : « *le Comité note que la décision interprétative adoptée début 2013 par la Cour suprême de cassation (qui à force contraignante pour les organes judiciaires et exécutifs, les administrations territoriales, ainsi que toutes les instances qui délivrent des actes administratifs) dispose qu'en cas de non-respect d'une obligation résultant d'un contrat, le tribunal peut accorder une réparation pour le préjudice moral qui apparaît comme la conséquence directe et immédiate de l'acte en question. Dans ce type d'affaires, l'indemnisation n'est pas plafonnée (loi sur les obligations et les contrats, code de procédure civile). Les relations de travail étant aussi des relations contractuelles, cela signifie qu'en cas de licenciement abusif, le salarié dispose d'un autre outil essentiel de protection civile au titre de la loi sur les obligations et les contrats. Le Comité demande dans quelles circonstances précises d'autres voies de recours sont disponibles ».*

4.1.3. Appréciation spécifique du CEDS sur la législation italienne

En vertu de ces principes, dans ses Conclusions 2016 relatives à la République italienne (annexe 6)⁸, le CEDS a demandé au Gouvernement italien des éclaircissements concernant les dispositions sur le licenciement prévues par l'article 18 de la loi n° 300/1970, tel que réformé par la loi n° 92/2012. Le Comité « *rappelle 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 dissuasives est interdit.** 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 (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour les préjudices matériel et moral subis doivent se prononcer dans un délai raisonnable (Conclusions 2012, Slovénie et Finlande). Le Comité demande si, en cas de plafonnement, **il est possible de demander réparation par d'autres voies juridiques.** Dans l'attente, il réserve sa position ».*

La réponse du Gouvernement italien sera forcément négative, puisque l'indemnisation prévue par la règle précitée est « globale » et écarte toute autre demande de réparation (voir ci-dessus le *cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.2.4.).

Le mécanisme d'indemnisation prévu par l'article 18 de la loi n° 300/1970 ne fait pas l'objet du présent recours, mais présente un intérêt indirect dans la mesure où il a été remplacé par un article du décret législatif n° 23/2015 nettement moins favorable au travailleur. Les doutes soulevés par le CEDS quant à la conformité de l'article 18 au regard de l'article 24 de la CSER se transforment en certitude en ce qui concerne l'article qui l'a remplacé.

4.2. Analyse de la législation nationale au regard des dispositions et des finalités prévues par l'article 24 de la CSER

4.2.1. Caractère certain de l'indemnisation, préétablie sur la base de l'ancienneté de service

Le régime sanctionnant les licenciements abusifs introduit par le contrat à protection croissante (c'est-à-dire des indemnisations établies et qui augmentent dans la limite d'un plafond préétabli) est

⁸ CEDS, Conclusions 2016 sur l'Italie adoptées le 9 décembre 2016 (période de référence 1^{er} janvier 2011-31 décembre 2014).

manifestement contraire aux principes consacrés par l'article 24 de la CSER et aux décisions du CEDS.

Le contrat à protection croissante (défini dans le décret législatif n° 23/2015) introduit, en ses articles 3, paragraphe 1, et 4, paragraphes 1 et 9, un dédommagement (protection obligatoire « forte » comprise entre 4 et 24 mois de salaire et « faible » allant de 2 à 12 mois de salaire, selon le vice affectant le licenciement) qui repose sur le seul paramètre de l'ancienneté de service du travailleur licencié, sans tenir compte du préjudice concrètement subi par ce dernier ou de la gravité de la violation subie et qui retire au juge tout pouvoir de moduler la sanction afin de la rendre plus appropriée au préjudice concrètement subi par le travailleur.

Le système d'indemnisation, libéré de la contrainte de la réparation du préjudice véritablement subi par le travailleur et de la possibilité pour ce dernier d'actionner d'autres modes de dédommagement contractuels relevant du droit civil, introduit dans l'ordre juridique italien un système de protection manifestement contraire aux principes du caractère adéquat, effectif et dissuasif de la sanction, qui doivent caractériser les mesures de protection du travailleur dans les cas de licenciements abusifs.

Le pouvoir discrétionnaire du juge est vidé de sa substance dans la mesure où le magistrat n'a plus la faculté de moduler la sanction afin que celle-ci soit proportionnelle au préjudice subi dans le cas d'espèce.

La mesure fixée directement par la loi est totalement inappropriée pour dissuader valablement toute adoption de licenciements abusifs, puisqu'elle n'impute pas à l'employeur toutes les conséquences préjudiciables subies par le travailleur en raison de la perte illégale de son emploi.

L'incompatibilité de la sanction prévue par le décret législatif n° 23/2015 avec l'article 24 du CSER réside précisément dans son caractère certain et préalablement quantifiable.

En effet, ce qui caractérise le régime italien des sanctions n'est pas seulement l'instauration d'un plafonnement du montant de l'indemnisation, c'est-à-dire une quantification des préjudices maximums susceptibles d'être réparés consécutivement à la cessation abusive de la relation de travail limitée à 24 mois de rémunération au maximum (dans les entreprises moyennes à grandes) et 6 mois au maximum (dans les petites entreprises), même si cet élément rend intrinsèquement ce régime contraire à l'article 24, puisque le travailleur ne dispose plus d'aucune possibilité pour obtenir réparation des autres dommages éventuellement subis.

Le vice qui rend le décret législatif n° 23/2015 irrémédiablement contraire à l'article 24 de la CSER réside aussi dans le fait que l'indemnisation est prédéfinie par le législateur sur la base d'un seul critère péremptoire : l'ancienneté du travailleur.

Cet élément qui caractérise le mécanisme de calcul de l'indemnisation implique, à bien y regarder, que le montant maximum fixé par la loi (24 ou 6 mois de salaire selon la taille de l'entreprise) ne saurait être non plus défini de « plafond » – dans le sens attribué à ce terme par le CEDS lors de l'appréciation de la législation des autres pays –, puisque ce montant ne pourra pas être obtenu, a priori, par les travailleurs dont la période d'ancienneté est inférieure à celle exigée. En effet, le juge n'a pas la possibilité de tenir compte d'un tout autre facteur que l'ancienneté de service pour fixer le montant de l'indemnisation. L'appréciation de l'ancienneté de service consiste également dans un simple acte de vérification, de sorte qu'à une certaine ancienneté correspond, en vertu de dispositions légales, un certain montant d'indemnisation.

Partant, il est incorrect d'identifier les 24 ou 6 mois de salaire comme le « plafond » de l'indemnisation prévue par la réglementation italienne, car seuls les travailleurs ayant acquis au minimum 12 années d'ancienneté auprès de l'employeur qui les a licenciés (6 ans dans les petites entreprises) sont concernés. D'autres « plafonds » s'appliquent à tous les autres travailleurs, c'est-à-dire une indemnisation nettement inférieure. À titre d'exemple, pour deux années d'ancienneté de

service, le « plafond » (soit le montant de l'indemnisation) est de 4 mois de salaire (2 mois dans les petites entreprises) ; pour 3 ans d'ancienneté le plafond est de 6 mois de salaire (3 mois dans les petites entreprises) ; pour 4 années d'ancienneté, il est de 8 mois (4 mois dans les petites entreprises) et ainsi de suite.

Il découle de ce qui précède que l'indemnité a un caractère inévitablement et forcément inadéquat.

4.2.2 Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard des conditions de validité d'une sanction

Le caractère inadéquat se manifeste non seulement dans le niveau objectivement bas de l'indemnisation fixée par la loi, mais aussi par le fait même que l'indemnisation est préalablement fixée par la loi et que, partant, elle ne peut être « par définition » ni proportionnelle ni dissuasive.

Un tel mécanisme de calcul de l'indemnisation ne saurait garantir une réparation proportionnelle au préjudice subi par le travailleur pour la raison évidente que la **loi elle-même exclut la possibilité de quantifier ce préjudice**, puisqu'elle impose au juge de ne pas tenir compte des facteurs qui l'ont causé. Il est possible d'affirmer que **la négation du principe de proportionnalité caractérise l'ensemble du système des sanctions** introduit par le décret législatif n° 25/2015. Le fait que l'article 3, paragraphe 2, interdise expressément au juge d'apprécier le « caractère disproportionné » du licenciement au regard du fait reproché au travailleur lorsqu'il statue sur la possibilité d'une réintégration, est significatif à cet égard (*voir ci-dessus le cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.2.5., point b).

D'autre part, **ce système réduit, jusqu'à l'exclure, l'effet dissuasif de la sanction**. L'objectif principal du décret législatif n° 23/2015 doit être identifié précisément dans la réduction (et tendanciellement l'élimination) de l'effet dissuasif des sanctions pour licenciement abusif, opérée au moyen de la quantification préalable de son coût pour l'entreprise. La possibilité de calculer au préalable le coût du licenciement abusif, en excluant l'aléa du résultat de l'éventuel recours en justice formé par le travailleur, permet en effet à l'employeur d'y recourir sur la base d'une simple évaluation coûts-bénéfices.

4.2.3. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard du préjudice subi par le travailleur au cours de la période antérieure à la décision judiciaire qui constate le caractère abusif du licenciement

L'indemnisation établie par le décret législatif n° 23/2015 «couvre» tant la période antérieure (entre la notification du licenciement et la décision judiciaire), que celle postérieure à la décision du juge (*voir* paragraphe suivant). Dès lors, l'indemnité fixe et prédéterminée par le législateur s'avère inadéquate sous un double aspect.

Le régime des sanctions décrit ci-dessus octroie au travailleur une protection déséquilibrée pour la période antérieure à la décision judiciaire sur le caractère abusif du licenciement, car il fait peser sur la personne économiquement la plus faible la durée de la procédure et l'intervalle de temps écoulé entre la notification du licenciement et la condamnation de l'employeur ; ce dernier en retire tous les bénéfices, dans la mesure où il ne subit aucune conséquence des longueurs des pratiques procédurales.

En effet, bien que le système national impose au travailleur une obligation d'agir en temps utile en cas de licenciement abusif, protégeant ainsi manifestement l'employeur⁹, il ne prévoit pas, inversement, la moindre mesure pour attribuer au travailleur une compensation au titre du préjudice subi pour la perte de son emploi durant la période allant de la notification du licenciement à la décision du juge constatant son caractère abusif.

Cet aspect de la réglementation est particulièrement important dans l'ordre juridique italien eu égard à la longueur excessive des procès civils, que la Cour européenne des droits de l'homme a maintes fois sanctionnée¹⁰.

Dans ses Conclusions 2003 relatives à la Bulgarie, le CEDS affirme qu'« *une indemnité plafonnée à six mois ne peut être considérée comme appropriée étant donné que les procédures judiciaires durent en moyenne deux ans* ». *A fortiori*, la réglementation italienne doit être considérée non conforme aux dispositions de l'article 24 de la CSER. Il est tout à fait possible, en effet, qu'un travailleur ayant deux ou trois années de service soit contraint d'attendre plus de deux ans pour recevoir quatre ou six mois de salaire à titre d'indemnisation (deux ou trois mois de salaire pour les salariés d'une petite entreprise). En outre, il convient de souligner que les règles de procédure spécifiques aux procédures pour licenciement, prévues par la loi n° 92/2012 (article 1, paragraphes 48 à 68) précisément pour en accélérer les délais¹¹, ne s'appliquent pas au contrat à protection croissante.

C'est aussi pour cette raison que le travailleur tend à accepter, presque toujours, l'indemnisation d'un montant inférieur proposée par l'employeur lors de la conciliation préalable (*voir ci-dessus le cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.2.3., point b).

Le fait que l'indemnisation prévue par le décret législatif n° 23/2015 ne couvre pas nécessairement le préjudice subi par le travailleur au cours de la période allant du licenciement à la constatation de son caractère abusif par le juge, met en exergue la circonstance que l'acte unilatéral par lequel l'employeur interrompt la relation de travail (bien que de manière abusive) est juridiquement valable et produit des effets. Cette caractéristique de la réglementation italienne est consacrée expressément par l'article 3, paragraphe 1, dans lequel on lit que le juge, dans sa décision qui constate l'absence d'un motif valable de licenciement « *déclare la cessation de la relation de travail à la date du licenciement* ». Il s'ensuit que le travailleur perd le droit de percevoir les salaires non versés au cours de la période postérieure à cette date.

Le caractère inadéquat de la sanction se traduit donc, à bien y regarder, ainsi que la doctrine l'a observé, par un vice affectant de manière encore plus significative la nouvelle réglementation du licenciement et afférant notamment à ses aspects matériels. Le caractère certain et préétabli de la sanction, associé à la reconnaissance de la pleine efficacité du licenciement en tant qu'acte de résiliation de la relation de travail, « libère » concrètement la possibilité de recourir au licenciement, même si ce dernier a « un coût ». La non-satisfaction des conditions relatives aux motifs du licenciement (lesquels n'ont pas été modifiés par la réforme de 2015) n'a aucune incidence sur

⁹ L'article 32 de la loi n° 183 de 2010 a imposé au travailleur de contester le licenciement dans les 60 jours qui suivent sa notification sous peine de forclusion et de former un recours en justice dans le délai de 180 jours à compter de la date de la contestation sous peine d'inefficacité.

¹⁰ Voir l'affaire « Pinto » et les autres affaires en matière de durée excessive du procès. Voir la fiche sur l'Italie, juillet 2017, dans http://www.echr.coe.int/Documents/CO_Italy_FRA.pdf (p.2 et 9). Le « problème italien » dû au nombre excessif de condamnations pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a même conduit à la menace d'exclusion de l'Italie du Conseil de l'Europe (décision du 3 mai 2000).

¹¹ L'article 11 du décret législatif n° 23/2015 en vertu duquel : « *Les dispositions des paragraphes 48 à 68 de l'article 1 de la loi n° 92 du 28 juin 2012 ne s'appliquent pas aux licenciements visés dans le présent décret* ».

l'employeur, dès lors que sur la base d'une évaluation coûts-bénéfices du licenciement qu'il peut effectuer préalablement, ce dernier devient avantageux à son égard.

L'intention sous-jacente à la réforme de 2015 est la transposition de la **logique dite du « firing cost »**, selon laquelle le licenciement ne doit pas faire l'objet d'un contrôle basé sur le respect des conditions relatives aux motifs, mais doit être régi en garantissant la liberté de l'employeur de mettre fin à la relation d'emploi sur la base d'une simple évaluation coûts-bénéfices et du montant de l'indemnisation que la loi lui impose de verser au travailleur¹². Il s'agit manifestement d'une logique incompatible avec l'article 24 de la CSER, parce que, précisément, elle vide de son sens le principe selon lequel le licenciement infligé sans motif justifié doit être considéré comme étant un acte «abusif», susceptible en tant que tel d'exposer son auteur à des sanctions à hauteur du préjudice causé.

4.2.4. Caractère inadéquat de l'indemnisation par rapport au préjudice subi par le travailleur au cours de la période postérieure à la décision judiciaire qui constate le caractère abusif du licenciement.

La sanction définie par l'ordre juridique italien sous forme d'une mesure fixe est également totalement inadéquate aux fins de la réparation du préjudice éventuellement subi à cause de la perte de l'emploi au cours de la période postérieure à la décision judiciaire, en l'absence d'une mesure de réintégration ou d'une réparation, par équivalent, telle que celles prévues par le droit civil.

Cette indemnisation étant fixée strictement par la loi sur la base uniquement de l'ancienneté de service, il s'ensuit inévitablement qu'elle n'est pas proportionnelle au préjudice subi par le travailleur en raison de la perte injuste de son emploi, comme l'exige l'article 24 de la CSER.

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, compte tenu de la durée prolongée de la procédure, il est tout à fait possible que le travailleur reçoive une indemnisation qui ne couvre pas non plus les salaires non versés entre la date du licenciement et celle de la constatation de son caractère abusif par les tribunaux et que, partant, le travailleur soit totalement privé de réparation pour les préjudices subis au cours de la période postérieure.

Le caractère inadéquat de l'indemnisation se manifeste d'autant plus clairement si l'on considère qu'elle ne tient pas compte de l'âge du travailleur. Si, en effet, d'une part, l'indemnisation calculée sur la seule base de l'ancienneté de service pénalise statistiquement davantage les travailleurs les plus jeunes, d'autre part, elle ne bénéficie pas nécessairement aux travailleurs les plus âgés qui ont, en principe, moins de possibilités de retrouver un emploi et une capacité inférieure à s'adapter aux transformations du marché du travail. Ces éléments exposent le travailleur plus âgé à un préjudice supérieur en cas de perte de son emploi, et, dans ce cas, l'ordre juridique italien n'offre aucune compensation. Les considérations qui précèdent s'appliquent également aux travailleurs qui accèdent au niveau d'indemnisation le plus élevé en raison de leur ancienneté de service et, de manière plus flagrante, aux travailleurs qui n'ont pas acquis le niveau d'ancienneté de service maximal auprès de l'employeur qui les licencie.

En résumé, le mécanisme rigide de calcul de l'indemnisation prévu par le décret législatif n° 23/2015 pénalise tant le travailleur jeune (en raison du montant inférieur de l'indemnisation) que le travailleur plus âgé (car l'indemnisation ne tient pas compte de sa vulnérabilité sociale supérieure et de sa capacité d'adaptation inférieure au marché du travail).

¹² En Italie, le sénateur Pietro Ichino (voir «Il lavoro e il mercato», Mondadori, Milano, 1996) a été le plus fervent soutien du modèle de réglementation fondé sur le *firing cost* et, ce n'est pas un hasard, l'un des « pères » de la réforme de 2015.

Ce mécanisme produit des effets particulièrement inégalitaires dans un pays qui, comme l'Italie, se caractérise par de profonds déséquilibres socio-économiques, puisqu'il ne permet pas de tenir compte des différences possibles en termes de réemploi de celui qui a été injustement licencié. Il suffit à cet égard de songer que pour une même ancienneté de service, un travailleur licencié dans la région du Trentin-Haut-Adige (dans laquelle le taux de chômage s'élève à 5 %) percevra la même indemnité qu'un travailleur licencié en Calabre (dans laquelle le taux de chômage s'élève à 23 %) ¹³.

L'ancienneté de service est calculée, ensuite, exclusivement sur la base de la durée du contrat à durée indéterminée (à protection croissante) interrompu par le licenciement et ne tient pas compte de l'existence d'éventuelles autres relations de travail à caractère temporaire conclues entre le travailleur et le même employeur. Ce dernier aspect de la réglementation doit être associé à la libération matérielle des contrats de travail à durée déterminée (en l'occurrence, le contrat à durée déterminée et la fourniture de travail par l'intermédiaire d'agences), auxquels les entreprises peuvent également recourir pour satisfaire leurs exigences à caractère structurel (articles 19 et 31 du décret législatif n° 81/2015). Il s'ensuit que le système d'indemnisation en cas de licenciement pénalise de manière spécifique la personne ayant été employée sur une longue durée sur la base de contrats atypiques, avant d'être embauchée avec un contrat à durée indéterminée à protection croissante. Si, à titre d'exemple, un travailleur a fourni sa prestation de travail auprès d'un employeur sur la base de plusieurs contrats de travail à durée déterminée pendant 48 mois (limite maximale prévue par le décret n° 81/2015), et qu'il a été ensuite embauché avec un contrat à protection croissante, en cas de licenciement au cours des deux années qui suivent, il percevra une indemnisation correspondant à quatre mois de salaire seulement malgré les six années de travail auprès du même employeur. Si le travailleur est salarié d'une petite entreprise, il percevra deux mois de salaire (conformément à l'article 9 du décret législatif n° 23/2015).

4.2.5. Effet des réformes du système de sécurité sociale

Le cadre décrit ci-dessus s'aggrave encore à l'égard du travailleur en ce qui concerne le régime de protection sociale défaillant en cas de chômage, qui n'offre aucune sorte de protection en mesure de compenser la faiblesse du mécanisme d'indemnisation précité. La nouvelle ASpl (introduite par le décret n° 22/2015) subordonne en effet le montant et la durée de l'allocation chômage aux cotisations sociales versées par le travailleur, mais qui ne dépassera pas, en tout état de cause, 24 mois (*voir ci-dessus le cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.3.).

S'il n'a guère d'ancienneté de service, le travailleur perçoit donc une indemnisation faible, mais aussi une allocation chômage réduite et de brève durée. D'autre part, même si le travailleur a acquis l'indemnité chômage la plus élevée, la protection qui lui est accordée ne lui garantit pas un revenu jusqu'à l'obtention d'un nouvel emploi ; cela est d'autant plus vrai si le travailleur est plus âgé et/ou résidant dans une région du sud de l'Italie, en déficit d'emplois.

Les réformes récentes du système de sécurité sociale pénalisent aussi particulièrement le travailleur plus âgé, soulignant ainsi de manière encore plus flagrante le caractère inapproprié du système des sanctions du licenciement. Il convient d'examiner, à cet égard, la combinaison des effets produits par la réforme des filets de protection sociale (décret législatif n° 22/2015) et ceux de la réforme des retraites (loi n°s 122/2010 et 214/2011).

En effet la première réforme, en instaurant la nouvelle ASpl, a abrogé l'indemnité de mobilité (à partir du 1^{er} janvier 2017). Il s'agissait d'une forme d'allocation chômage « spéciale » une indemnisation sur une période plus longue (parfois grâce à un système généreux de prorogations qui

¹³ Voir www.istat.it

accompagnait le travailleur jusqu'à l'âge de la retraite). L'indemnité de mobilité était versée aux travailleurs employés dans des entreprises moyennes-grandes (plus de 15 salariés) et avait été conçue pour protéger en particulier les travailleurs touchés par des processus de restructuration d'entreprises ou lors de crises graves affectant ces dernières.

La deuxième réforme a augmenté de manière significative l'âge de la retraite, en introduisant un système d'ajustement automatique en fonction de l'espérance de vie (sur la base des indices de l'institut national de statistiques). Consécutivement à cette réforme, l'âge de la retraite est désormais fixé à 66 ans et 7 mois (à partir du 1^{er} janvier 2018 pour les hommes et les femmes), à la condition que le travailleur ait acquis 20 années de cotisation et que la retraite (calculée sur la base d'un système de versement de cotisations) soit d'un montant supérieur à 1,5 fois l'allocation sociale (environ 670 euros par mois) ; à défaut, l'âge de la retraite passe à 70 ans. Un pourcentage élevé de travailleurs risque de ne pas satisfaire ces critères : sur la base des projections de l'INPS, compte tenu du nouveau système de calcul, 63 % des retraites n'atteignent pas actuellement la somme de 750 euros ¹⁴.

Le durcissement des critères d'accès à la retraite a bien évidemment des répercussions négatives pour les travailleurs qui perdent leur emploi à un âge avancé, mais pas suffisant pour prendre leur retraite. Le préjudice très grave provoqué à ces travailleurs par un licenciement abusif n'est aucunement pris en considération par le régime des sanctions prévues par le décret législatif n° 23/2015, ni compensé par des instruments d'aide au revenu suffisants pour faire face à leur état de nécessité.

Un exemple permet de clarifier parfaitement la manière dont, souvent pour ces travailleurs, l'indemnisation pour licenciement abusif est gravement inadéquate et calculée de manière totalement déraisonnable parce que, précisément, elle n'est pas proportionnelle au préjudice effectivement subi. Si un travailleur retrouve un emploi (ou change d'employeur) à 47 ans et qu'il soit licencié de manière abusive à 54 ans, il percevra 14 mois de salaire à titre d'indemnisation (7 s'il a travaillé dans une petite entreprise); en conséquence, il ne bénéficiera plus à 55 ans de la rémunération dont il a été injustement privé, soit 12 ans avant d'acquérir le droit à la retraite (dans l'hypothèse, nullement évidente, qu'il puisse satisfaire aux critères requis). La même indemnisation est attribuée à un travailleur embauché à 58 ans et licencié à 65 ans, qui peut bénéficier, a tout le moins, de l'allocation chômage jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la retraite.

4.2.6. Caractère inadéquat de l'indemnisation au regard de la réduction (plus importante) de l'indemnité dans les petites entreprises (unités de production jusqu'à 15 salariés).

Si l'indemnisation prévue à l'article 3 du décret législatif n° 23/2015 est inadéquate pour garantir une protection effective en cas de licenciement abusif, *a fortiori*, il en va de même en ce qui concerne l'indemnisation prévue à l'article 9 pour les travailleurs employés dans des filiales ou des établissements ayant moins de 16 salariés (ou 61 travailleurs employés au total). Pour ces travailleurs, ainsi qu'il a été exposé, le montant de l'indemnité est en effet réduit de moitié et le plafond est fixé à six mois de salaire seulement.

La réduction drastique d'une indemnisation déjà faible se base uniquement sur la taille de l'entreprise. Cela suffit à rendre l'article 9 contraire à l'article 24 de la CESR. Le CEDS n'a jamais

¹⁴ Il ressort d'une simulation réalisée en 2015 par l'INPS, sur la base d'un échantillon de 5000 travailleurs nés en 1980 ; grâce au nouveau régime des retraites, la personne âgée aujourd'hui de 35 ans percevra en moyenne une retraite d'un montant global d'environ 25 % inférieur à celle de la génération précédente (ceux nés autour de 1945), tout en travaillant jusqu'à 70 ans.

justifié, au sens de l'article 24, la réduction des indemnités sur la base, exclusivement, de la taille des entreprises, mais a demandé, au contraire, des éclaircissements aux États qui réservent un tel traitement différencié aux travailleurs¹⁵. En 2003, précisément, des éclaircissements ont été demandés à l'Italie concernant la possibilité pour le travailleur d'obtenir du juge la réintégration aussi dans les entreprises employant moins de 16 salariés¹⁶. À cette occasion, le Gouvernement italien, se méprenant, semble-t-il, sur le sens de la question, a fourni en fait une réponse incorrecte, en ce qu'il a prétendu erronément (en citant la réglementation relative aux entreprises de plus de 15 salariés) que le choix entre l'indemnisation et la réintégration est laissé au travailleur¹⁷.

L'indemnisation réduite en raison de la taille de l'entreprise et basée seulement sur la durée de la relation de travail est fixée indépendamment – force est de le rappeler – du préjudice véritablement subi par le travailleur et de la gravité de la violation concrètement constatée ; cette situation provoque une pénalisation et une précarisation majeures, injustifiées et déraisonnables, des travailleurs employés dans les petites entreprises.

Ce qui précède est d'autant plus grave si l'on considère que la réduction de moitié des protections prévues à l'article 9 du décret n° 23/2015 concerne une partie importante de la force de travail employée en Italie, dont le système de production est – comme nul ne l'ignore – caractérisé par un large déploiement de petites et très petites entreprises¹⁸.

4.2.7 Mécanisme d'incitation à la résolution du litige dans un cadre extrajudiciaire : réduction « de facto » de l'indemnité

En dernier lieu, indépendamment de la finalité de la dissuasion recherchée, la mesure visant à une résolution extrajudiciaire des litiges en matière de licenciement contenue dans l'article 6 du décret législatif n° 23/2015 avantage l'employeur ; bien qu'il soit déjà modeste à son égard, le coût du licenciement est encore réduit de 50 % et reste à la charge de la collectivité qui doit en supporter la défiscalisation.

L'employeur est en effet récompensé par la réglementation dans la mesure où non seulement il n'est pas pénalisé, mais, au contraire, en tire un bénéfice – de la manière précédemment décrite – bien supérieur à celui obtenu par le travailleur. En revanche, le travailleur est encouragé à accepter une mesure totalement inappropriée et dérisoire au regard de la perte de son emploi, confronté à la

¹⁵ Dans ses Conclusions de 2003 relatives à la Bulgarie, le CEDS demande que « le prochain rapport soit plus clair à ce sujet et indique notamment si la protection contre le licenciement s'applique indépendamment de la taille de l'entreprise ».

¹⁶ « Le système dit de "garantie obligatoire" (article 8 de la loi n° 604) est d'application résiduelle puisqu'il concerne les cas où ne s'applique pas la « garantie réelle ». Si le licenciement est considéré comme illégitime, l'employeur sera condamné, à son choix, à réembaucher le salarié dans les trois jours ou à lui verser une indemnité comprise entre 2,5 et 6 mois de salaires (selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise). Le Comité demande si en pratique les juges italiens font plus ou moins volontiers usage de l'une ou de l'autre de ces possibilités (réembauchage ou indemnité) » (CEDS, Conclusions 2003, Italie).

¹⁷ Ainsi on lit dans le rapport suivant du Gouvernement italien de 2007 : « Contrairement à l'observation contenue dans les Conclusions du Comité, en substitution de la réintégration dans le poste de travail, le salarié a la faculté de demander à l'employeur une indemnité de quinze mois de salaire. Telle possibilité doit être exercée dans les trente jours à faire date de la publication du jugement. Donc, on n'est pas en condition de fournir, comme demandé, l'orientation des juges en cette matière puisqu'il s'agit là d'un choix qui revient exclusivement aux travailleurs » (p. 169).

¹⁸ Il n'existe aucune donnée officielle concernant le nombre total de salariés dans les entreprises employant jusqu'à 15 salariés. Selon les calculs publiés en 2012 par la CGIA- Association des artisans et petites entreprises de Mestre, les entreprises employant plus de 15 salariés, 3 % seulement du nombre total des entreprises, emploient environ 65 % des salariés. Sur la base également des données fournies par des organisations d'employeurs donc, au moins 8 millions de travailleurs sont privés du droit à l'indemnisation totale garantie par l'article 3 du décret législatif n°23/2015.

perspective d'une justice ordinaire lente, des frais de procédure ¹⁹, tout en sachant avec certitude que, en tout état de cause, la mesure d'indemnisation est plafonnée, non effective et qu'en raison de son automatisme, elle ne tient pas compte des délais de la procédure. Sous cet aspect également, l'absence de caractère dissuasif de l'indemnisation est évidente.

La procédure prévue à l'article 6, visant à résoudre le litige par la voie de la conciliation, exerce une fonction absolument centrale dans le système global de sanctions organisé par le décret n° 23/2015. Dans la logique qui inspire la nouvelle réglementation sur le licenciement, elle sert à garantir la baisse du contentieux judiciaire ; la réduction du nombre des procédures constitue l'un des principaux objectifs de la réforme ²⁰, au point que l'accord de conciliation devrait constituer l'issue naturelle des litiges en matière de licenciement, en réduisant l'intervention judiciaire à une hypothèse résiduelle. Il devient alors primordial que cette finalité de réduction repose exclusivement sur un mécanisme d'incitation du travailleur à renoncer à son droit à obtenir une indemnisation intégrale.

Le montant fixe et prédéfini de l'indemnisation intervient bien évidemment totalement au bénéfice de l'employeur et dénature la fonction même de la procédure de conciliation, en la rendant déséquilibrée *ab initio*. En effet, l'employeur connaît avec certitude son issue, puisqu'il connaît déjà le montant de l'indemnisation à laquelle il pourrait être condamné par le juge en cas d'issue négatif du litige à son égard. D'autre part, le salarié sait que, dans la meilleure des hypothèses, il percevra cette indemnisation au terme de la procédure (voire après quelques années), mais qu'il risque – en cas d'issue négative – de ne rien obtenir et de devoir supporter également les dépens. Sous ce dernier aspect, la réforme de l'article 92 du code de procédure civile (loi n° 69/2009 et décret-loi n° 139/2014) lui est défavorable en ce qu'elle a modifié le régime de la compensation des dépens pour la partie qui succombe dans un sens défavorable au travailleur (qui en bénéficiait auparavant dans la plupart des cas).

Il est manifeste que face à une telle situation de déséquilibre entre les parties, le travailleur licencié tendra à accepter l'offre d'une indemnisation certaine et qu'il percevra immédiatement. L'aléa lié à la quantification de la protection susceptible d'être obtenue en justice faisant défaut, le salarié est quasiment « contraint » de renoncer à l'indemnisation garantie par la loi, qui n'est d'ailleurs supérieure que de peu à celle qu'il peut percevoir immédiatement dans le cas d'une procédure de conciliation, et qu'il ne pourra obtenir qu'au terme d'une longue procédure, dont l'issue positive n'est bien évidemment aucunement garantie.

Partant, il est possible de conclure que dans la majorité des cas de licenciement, le montant de l'indemnisation versée au travailleur sur la base du décret législatif n° 23/2015 correspond à 50 % (plus la quote-part défiscalisée) de celle prévue par l'article 3, paragraphe 1. Cette indemnisation doit donc être considérée comme étant celle normalement garantie par l'ordre juridique italien au travailleur victime d'un licenciement abusif, puisqu'une indemnisation intégrale constitue une hypothèse statistiquement résiduelle ²¹. Plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme, la

¹⁹ L'article 9, paragraphe 1-bis, du Texte unique sur les frais de justice (introduit par l'article 37, paragraphe 6, du décret-loi n° 98 du 6 juillet 2011, converti dans la loi n°111 du 15 juillet 2011) a prévu l'introduction d'une taxe dénommée « contribution unifiée », y compris pour les litiges en droit du travail. Cette contribution s'élève, en cas de recours contre un licenciement, à 259 euros en première instance, 388,50 euros en appel et 1036 euros en cassation. Cette somme est doublée en cas de rejet du recours. Dans la procédure de cassation, l'exemption au titre des revenus familiales les plus bas ne s'applique pas.

²⁰ Dans le rapport accompagnant le décret, le Gouvernement souligne que « l'introduction de l'offre de conciliation prévue à l'article 6 du schéma de décret constitue un avantage pour l'ordre juridique en général en termes de réduction du nombre des litiges en matière de licenciement ».

²¹ Ainsi que le sénateur Pietro Ichino l'a reconnu lors de la présentation de la réforme à la presse « [L']indemnisation judiciaire sera égale à deux mois de salaire par année de service. En réalité, le coût pour l'entreprise sera de la moitié ou

rareté des décisions judiciaires condamnant l'employeur le confirme. Il s'agit d'un signe évident que les litiges se sont jusqu'à ce jour résolus presque toujours dans un cadre extrajudiciaire, qui accentue la non-conformité de la réglementation en vigueur au regard de l'article 24 de la CSER.

4.3. Protection par la voie de la réintégration : les restrictions légales au pouvoir du juge de protéger le travailleur par la réintégration dans son poste de travail

Le CEDS estime que la réintégration est l'une des solutions à prévoir nécessairement comme possible issue dans une procédure en matière de licenciement²². Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier l'opportunité d'adopter ou non cette solution, mais un droit interne qui exclut *a priori* la possibilité de la réintégration n'est pas conforme à l'article 24 de la CSER.

Le régime des sanctions prévues par le décret législatif n° 23/2015, sous cet aspect également, s'oppose donc aux dispositions de l'article 24 précité, dès lors qu'il ne permet au juge de protéger le travailleur par la réintégration dans son emploi que dans des cas définis et strictement limités par le législateur.

Ainsi qu'il a d'ores et déjà été précisé, les voies de recours à disposition du salarié en cas de licenciement abusif sont exclusivement celles prévues par le décret législatif n° 23/2015 et donc les indemnités prévues par le décret englobent l'intégralité de la réparation accordée, à l'exclusion de toute autre forme de dédommagement relevant du droit civil (*voir ci-dessus le cadre juridique de référence*, paragraphe 2.2.4).

Il a été également clarifié que le régime du contrat à protection croissante introduit par le décret législatif n° 23/2005 ne prévoit la réintégration en tant que protection que dans des hypothèses péremptoires, qui se présentent rarement (*voir ci-dessus le cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.4.5.). La protection par la réintégration est en effet limitée prioritairement aux hypothèses de licenciement discriminatoire ou nul pour des motifs limitativement prévus par la loi.

Le caractère totalement résiduel de la protection antidiscrimination est – dans ce cas également – confirmé par l'absence quasi-totale de décisions de justice ayant accordé cette protection aux travailleurs embauchés avec un contrat à protection croissante durant les deux années qui séparent la présente réclamation de l'entrée en vigueur du décret législatif n° 23/2015. D'autre part, ainsi qu'il a été souligné précédemment (*cadre juridique pertinent*, paragraphe 2.2.5., point b), même avant cette date, les jugements ayant reconnu le caractère discriminatoire du licenciement (et condamné l'employeur à rétablir la relation) représentent un pourcentage absolument négligeable des jugements enregistrés dans les répertoires de jurisprudence, bien que la protection contre la discrimination constitue pourtant et depuis toujours le seul canal d'accès à la réintégration dans l'emploi dans les petites entreprises.

En dehors de ces hypothèses, l'instrument juridique de la réintégration du travailleur dans ses fonctions est prévu seulement dans les entreprises qui emploient plus de 15 salariés par unité de production, dans les hypothèses de licenciement disciplinaire, mais exclusivement si le travailleur prouve en justice « *l'inexistence du fait matériel reproché* » (article 3, paragraphe 2, décret législatif

un peu plus, parce que la personne concernée optera pour la conciliation standard, soit un mois de salaire par année de service » (interview au quotidien « libéraux » du 16 janvier 2015).

²² Voir, en dernier lieu, la décision du 8 septembre 2016, Finnish Society of Social Rights c. Finlande, réclamation 107/2014: « *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 (voir Conclusions 2003, Bulgarie). La possibilité d'octroyer ce moyen de réparation reconnaît l'importance de replacer un salarié dans une situation d'emploi non moins favorable que celle dont il/elle bénéficiait antérieurement. Il appartient aux juridictions internes de décider si la réintégration est appropriée dans le cas d'espèce* » (paragraphe 55).

n° 23/2015). La simple présence d'un quelconque manquement, y compris de moindre importance, empêche l'application de la protection par la réintégration et limite la réparation du préjudice subi par le travailleur à l'indemnisation plafonnée.

La protection garantie par le rétablissement de la relation de travail est en revanche expressément exclue pour tous les licenciements économiques et pour ceux notifiés dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif.

La loi interdit donc au juge d'adopter la voie de la réintégration en tant que moyen de réparation en présence d'un licenciement abusif fondé sur un manquement quelconque, même si ce dernier est manifestement inapte à justifier le licenciement et même s'il est sanctionné par une mesure conservatoire par les conventions collectives de travail. Cette même restriction s'applique si le licenciement est notifié pour des raisons d'ordre économique inexistantes. Dans ces hypothèses, le législateur retire « *a priori* » au juge la possibilité d'apprécier si, sur la base d'autres éléments (tels que, par exemple, la situation économique réelle de l'entreprise, le comportement des parties avant et après le licenciement, les éléments subjectifs afférents au travailleur, la disproportion évidente entre la sanction et le manquement du travailleur), il est possible et opportun de réintégrer le travailleur dans ses fonctions.

Les règles prévues par le décret législatif n° 23/2015 favorisent, en outre, des comportements opportunistes de la part de l'employeur, en lui permettant de « planifier » le licenciement de manière à éviter le risque de la réintégration. Afin de « se libérer » d'un travailleur, il suffit en effet d'attendre que ce dernier commette le plus petit manquement ou de déclarer que l'entreprise traverse une phase de difficultés économiques ; bien qu'il ait constaté le caractère abusif d'un tel licenciement, le juge ne pourra néanmoins ordonner la réintégration du travailleur dans ses fonctions, puisque la loi le lui interdit.

En conclusion, l'interdiction pour le juge d'ordonner la réintégration dans les hypothèses prédéfinies par la loi annule l'effet dissuasif de la sanction et constitue un autre aspect de non-conformité du décret législatif n° 23/2015 au regard de l'article 24 de la CSER.

Cette non-conformité au regard de l'article 24 est d'autant plus flagrante lorsque l'on examine le régime des sanctions applicable aux entreprises « moins importantes » (jusqu'à 15 salariés par unité de production). En effet, le décret législatif n° 23/2015 exclut toujours dans ce cas la possibilité d'une réembauche du travailleur en cas de licenciement sans motif justifié, y compris à la place du paiement de l'indemnité, alors que la loi n° 604 du 15 juillet 1966 reconnaît cette possibilité aux employeurs (pour les personnes embauchées avant le 7 mars 2015). Le législateur a clairement choisi d'imposer au juge de monétiser la perte de l'emploi avec une mesure au montant faible, qui devient irréversible et en aucune manière dissuasive pour les employeurs dits « moins importants ».

Le juge ne pouvant jamais ordonner la réintégration en présence d'un licenciement sans motif justifié, la protection par la voie de la réintégration pour les travailleurs employés dans des entreprises dites « moins importantes » (soit quasiment la moitié des travailleurs subordonnés employés sur le territoire italien) ne peut être obtenue qu'en prouvant que le licenciement est intervenu pour des motifs discriminatoires. Ainsi qu'il a été indiqué, il s'agit d'une hypothèse que la pratique jurisprudentielle révèle être pratiquement un cas d'école.

4.4. Absence de raisons d'« ordre public » susceptibles de justifier des restrictions du droit consacré par l'article 24, au sens de l'article G de la CSER

À toutes fins utiles, il importe de souligner pour conclure que la violation de l'article 24 de la CSER définie par le décret législatif n° 23/2015 ne saurait, en aucun cas, être justifiée en invoquant l'article G de la CSER (article 31 de la Charte sociale européenne), au sens duquel « *les droits et les*

principes énoncés dans la partie I [...] ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations [...] à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publiques ou les bonnes mœurs ».

Ainsi que le CEDS l'a déclaré à plusieurs reprises :

«...., les restrictions admises par l'article 31 constituent des exceptions qui ne peuvent être imposées que dans des circonstances extrêmes : elles doivent donc être interprétées de manière étroite. Les mesures restrictives doivent avoir une base juridique claire, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir été approuvées par un corps législatif démocratique et poursuivre l'un des buts légitimes définis par l'article 31§1. De plus, les mesures restrictives doivent être « nécessaires dans une société démocratique » ; elles ne doivent être adoptées que pour répondre à « un besoin social pressant »²³.

C'est pour cette raison que les différentes restrictions aux droits consacrés par la CSE apportées par la législation grecque adoptée entre 2010 et 2014 pour faire face à la grave crise économique et financière du pays ont été considérées injustifiables au sens de l'article 31, malgré l'approbation de cette législation sur la base des mémorandums signés entre le Gouvernement et ladite Troïka, en tant que condition pour permettre au pays de rester dans la zone euro. En l'espèce le CEDS a précisé que :

« Lorsqu'ils transposent des mesures restrictives dans le droit national, les textes juridiques doivent assurer une proportionnalité entre les buts poursuivis et leurs conséquences négatives sur l'exercice des droits sociaux. Par conséquent, même dans des circonstances particulières : les mesures restrictives mises en place doivent être adaptées à l'objectif poursuivi, elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, elles ne doivent être appliquées que dans l'objectif pour lequel elles ont été conçues et elles doivent maintenir un niveau de protection suffisant »²⁴.

Ces exigences ont force contraignante pour les législateurs nationaux y compris dans des situations de grave crise économique, étant donné que :

« La crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les Gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir »²⁵.

L'incapacité du Gouvernement grec à prouver la satisfaction des exigences précitées a entraîné inévitablement les critiques de la CEDS.

²³ CEDS, Conclusions XIII-1, Pays-Bas, article 6, paragraphe 4 ; CEDS, *Confédération européenne de police (EuroCOP) c. Irlande*, réclamation n° 83/2012, décision sur le bien-fondé du 2 décembre 2013, paragraphes 207 et suivants).

²⁴ CEDS, *Confédération générale grecque du travail (GSEE) c. Grèce*, réclamation n° 111/2014, décision sur le bien-fondé du 23 mars 2017, par. 87.

²⁵ CEDS, Conclusions XIX-2 (2009), *Introduction générale*; voir également CEDS, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI)/Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 66/2011, décision du 23 mai 2012, par. 12; CEDS, *Fédération des pensionnés salariés de Grèce (IKA-ETAM) c. Grèce*, réclamation n°76/2011, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, par. 75.

Concernant le décret législatif n° 23/2015, il suffit d'observer qu'au moment de son adoption, la gravité de la situation économique et financière de l'Italie n'était en aucun cas comparable à la gravité de la situation grecque. D'autre part, en amont de la réforme aucun engagement n'avait été pris sur la base d'un mémorandum (jamais signé par le Gouvernement italien). Cela suffirait à exclure la pertinence de l'article G de la CSER, la réforme du licenciement n'ayant pas été adoptée sur le postulat qu'elle était nécessaire pour éviter des conséquences économiques dramatiques pour le pays (comme cela était le cas pour la Grèce avec le risque de sortie de la zone euro).

La réforme de 2015, bien qu'ayant été appréciée par les institutions européennes, a donc été le fruit d'un choix délibéré du Gouvernement italien, qui en a justifié l'adoption par les raisons soulignées ci-dessus (voir ci-dessus le cadre législatif, paragraphe 2.2.1). Ces raisons étaient principalement liées à l'emploi, ainsi qu'il a été exposé: dans l'intention du législateur italien (à l'article 1, paragraphe 7, loi d'habilitation n° 183/2014), le nouveau régime du licenciement devait favoriser la croissance de l'emploi stable et réduire la segmentation du marché du travail (c'est dans cette perspective que son adoption a été suggérée par les institutions de l'Union européenne²⁶). Il s'agit bien évidemment de finalités qu'il convient de saluer, mais qui ne répondent pas pour autant aux conditions exigées par l'article G pour justifier des limitations à un droit fondamental.

Ensuite, quand bien même on considérerait que la simple finalité de garantir l'emploi est une finalité « *d'ordre public* » au sens de l'article G (ce qui est impossible, ainsi qu'il a été expliqué), cela ne rendrait pas pour autant le décret n° 23/2015 conforme à l'article 24 de la CSER, parce que, comme nul ne l'ignore, il n'existe aucune certitude qu'une réglementation sur le licenciement moins protectrice entraîne une croissance de l'emploi ; dès lors, une telle mesure ne peut intrinsèquement être perçue comme une mesure proportionnelle au but poursuivi, condition nécessaire pour la justifier sur le fondement de l'article G.

En effet, les données ventilées relatives au marché du travail attestent que la récente et très timide croissance globale de l'emploi perceptible sur le marché du travail italien, s'est traduite par une augmentation des contrats de travail temporaire et occasionnel. Les analyses sur l'évolution du marché du travail indiquent que les contrats à durée indéterminée ont augmenté en 2015 uniquement en raison des allègements de charges sociales (pendant 36 mois) prévues par l'article 1, paragraphe 118, de la loi n° 190 du 23 décembre 2014. La réduction des avantages accordés en matière de charges sociales et de leurs effets (l'article 1, paragraphe 178, loi n° 208 du 28 décembre 2015 a réduit de moitié les allègements pour les contrats signés au cours de l'année 2016) a mis fin à leur effet stimulant sur l'emploi à durée indéterminée que le décret n° 23/2015²⁷ visait à encourager. Aujourd'hui cet effet repose, à nouveau, sur les hypothèses que la loi n° 183/2014 entendait rendre moins intéressantes pour les entreprises, c'est-à-dire les relations de travail à durée déterminée et sous forme de régime de louage de travail²⁸. Ce qui précède est d'autant plus vrai que les organisations d'entrepreneurs appellent de leurs vœux, à nouveau, l'adoption de mesures substantielles de réductions des charges sociales pour promouvoir l'emploi des jeunes²⁹.

²⁶ Commission européenne, *Recommandation par pays 2011- Italie*

²⁷ Selon les données communiquées par l'Observatoire sur la précarité de l'INPS, Rapport mensuel janvier - mai 2017, en 2016 - 2017, à l'expiration des mesures d'incitation, le contrat à durée indéterminée s'est effondré de 37-38 % (moins de 8 % sur l'année 2014).

²⁸ Rapport Istat pour le premier trimestre 2017, consultable à l'adresse <https://www.istat.it/it/files/2017/03/Mercato-del-lavoro-IV-trim-2016.pdf?title=il+mercato+del+lavoro+++10%2Fmar%2F2017++Testo+integrale+e+nota+metodologica.pfd>.

²⁹ « *Lavoro giovani, Bocca : servono 10 miliardi in 2-3 anni per creare 900 mila posti di lavoro* » (Le travail des jeunes, Bocca : 10 milliards sont nécessaires sur 2 - 3 ans pour créer 900 000 emplois), Il Sole 24 ore, 25 août 2017.

En résumé, l'objectif de favoriser l'emploi que le Gouvernement a fait valoir pour justifier l'affaiblissement du régime de protection en cas de licenciement n'a manifestement pas été atteint.

5. Conclusions

Il ressort à l'évidence des considérations qui précèdent que le contrat à protection croissante (prévu dans le décret législatif n° 23/2015) introduit aux articles 3, paragraphe 1, 4, paragraphe 1, et 9, une indemnisation en cas de licenciement abusif (protection obligatoire « forte », de 4 à 24 mois de salaire, et « faible » de 2 à 12 mois de salaire, selon le vice dont le licenciement est entaché), qui est paramétrée uniquement sur l'ancienneté du travailleur licencié et non sur le préjudice effectivement subi par ce dernier ou sur la gravité de la violation subie et prive le juge de tout pouvoir de moduler la sanction afin de la rendre adéquate au préjudice concrètement subi par le travailleur.

Le système d'indemnisation, « libéré » de toute obligation de prise en compte du préjudice véritablement subi par le travailleur et de la possibilité pour ce dernier de recourir à d'autres modes de réparation contractuelles relevant du droit civil, introduit dans l'ordre juridique italien un système de protection manifestement contraire aux principes du caractère adéquat, effectif et dissuasif de la sanction, qui doivent caractériser les mesures de protection du travailleur dans les hypothèses de licenciements abusifs.

La protection totale par la réintégration est limitée à des hypothèses définies par la loi et au caractère résiduel, comme le révèle la pratique jurisprudentielle (article 2 et article 3, paragraphe 2, décret législatif n° 23/2015).

L'indemnisation prévue dans tous les autres cas est prédéfinie par la loi – ainsi qu'il a été exposé – sur la seule base de l'ancienneté de service du travailleur, de manière à permettre à l'employeur d'en connaître avec certitude le montant au moment du licenciement. Cette modalité de calcul de l'indemnisation exclut la possibilité pour le juge de prendre en considération d'autres facteurs et, sur la base de ces derniers, de quantifier d'éventuels autres dommages causés par le licenciement (article 3, paragraphe 1, décret législatif n° 23/2015).

Le montant de l'indemnisation (deux mois de salaire par année d'ancienneté allant jusqu'à 24 mois de salaire) est réduit de moitié pour les travailleurs employés dans de « petites » entreprises (jusqu'à cinq salariés par unité de production), lesquels représentent environ la moitié des personnes employées en Italie. Un plafond d'indemnisation encore plus bas (six mois) (article 9 décret législatif n° 23/2015) s'applique à ces travailleurs.

En ce qui concerne les travailleurs des entreprises moyennes à grandes également, le montant versé est en fait réduit de par l'instauration du mécanisme de la conciliation préalable, qui est réglementé de manière à inciter le travailleur à accepter la proposition de l'employeur, dont le montant est également fixé par la loi (la moitié de l'indemnisation, après déduction des charges fiscales et sociales) (article 6, décret législatif n° 23/2015).

Eu égard aux motifs qui précèdent, la CGIL demande au Comité européen des droits sociaux :

- A) de dire que la réclamation collective formulée par la CGIL recevable et susceptible d'être instruite;
- B) de dire que la législation italienne relative aux licenciements individuels dans le secteur privé, introduite par le décret législatif n° 23/2005, est contraire aux dispositions de l'article 24 de la CSER en ce qu'elle prévoit, en cas de licenciements abusifs, un système de protection plafonné sans aucun rapport avec le préjudice réellement subi par les travailleurs et qui ne présente aucun caractère dissuasif et effectif ;
- C) d'ordonner qu'il soit procédé aux communications et formalités prévues en cas de violation de la CSER.

Le réclamant demande également à pouvoir utiliser la langue italienne dans la présente procédure et en particulier dans tous les actes écrits y afférents.

Rome–Strasbourg, le 6 octobre 2017

Susanna Lina Giulia Camusso
(Secrétaire général CGIL)
Signature

Annexes:

- Annexe 1 : Décret législatif n° 23 du 4 mars 2015 « Dispositions en matière de contrat de travail à durée indéterminée à protection croissante en application de la loi n° 183 du 10 décembre 2014 »
- Annexe 2 : Tribunal de Rome, ordonnance du 26 juillet 2017
- Annexe 3 : Loi n° 30, du 9 février 1999 « Ratification et exécution de la Charte sociale européenne, révisée, avec annexe, faite à Strasbourg le 3 mai 1996 »
- Annexe 4 : Loi n° 298, du 28 août 1997 « Ratification et exécution du Protocole additionnel de la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives conclu à Strasbourg le 9 novembre 1995 »
- Annexe 5 : Statuts de la CGIL
- Annexe 6 : CEDS, Conclusions 2016 sur l'Italie adoptées le 9 décembre 2016