



European
Social
Charter

Charte
sociale
européenne

COUNCIL OF EUROPE



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

26 mars 2018

Pièce n°1

Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) c. France
Réclamation n° 160/2018

RECLMATION

Enregistrée au secrétariat le 12 mars 2018



JCM/VLR/148-P

Paris, le 7 mars 2018

RECLAMATION

PRESENTEE PAR LA CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL FORCE OUVRIERE

CONTRE LA FRANCE

POUR MAUVAISE APPLICATION DE L'ARTICLE 24
DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière a l'honneur de vous adresser la réclamation collective suivante, formée au motif que la législation française ne respecte pas, à ses yeux, les dispositions de la Charte sociale européenne.

La personne en charge de la présente réclamation au sein de notre syndicat est son Secrétaire Général, Monsieur Jean-Claude Mailly.

L'article 24 de la Charte sociale européenne dispose qu' :

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

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

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

PLAN

1. RECEVABILITE DE LA RECLAMATION

- 1.1 Sur l'applicabilité à la France de la Charte sociale européenne révisée et du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives
- 1.2 Sur l'applicabilité à la France de l'article 24 de la Charte sociale européenne
- 1.3 Sur le respect par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière de l'article 1 (C) du Protocole additionnel de 1995
- 1.4 Sur le respect des articles 23 et 25 du règlement du Comité européen des droits sociaux relatifs au système des réclamations collectives

2. OBJET DE LA RECLAMATION

3. LE CADRE LEGISLATIF DE REFERENCE

- 3.1 Rappel historique
- 3.2 L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017
 - 3.2.1 Les prémices : Les tentatives d'instauration de barèmes
 - 3.2.2 Finalité et justification de la réforme de 2017
 - 3.2.3 Le barème instauré par la législation française de 2017
 - 3.2.4 Les rares exceptions au barème
 - 3.2.5 La globalisation des indemnités permettant la réduction de la réparation
 - 3.2.6 L'inexistence de voies juridiques alternatives

4. SUR LE MERITE DE LA RECLAMATION

- 4.1 La convention OIT/158
- 4.2 L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée
- 4.3 La jurisprudence pertinente du CEDS
 - 4.3.1 Les fonctions compensatoire et dissuasive de l'indemnisation due au salarié en cas de licenciement injustifié
 - 4.3.2 L'existence de « *voies de droit alternatives* » permettant une indemnisation complémentaire
- 4.4 L'analyse de la législation française au regard des exigences de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée
 - 4.4.1 L'insuffisance de l'indemnisation en référence au dommage subi par le salarié entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours
 - 4.4.2 L'insuffisance de l'indemnisation au regard de l'objectif de réparation totale du préjudice subi par le salarié et de l'objectif de dissuasion de l'employeur
 - 4.4.3 L'inexistence de voies de droit alternatives permettant une indemnisation complémentaire

5. CONCLUSIONS

1. RECEVABILITE DE LA RECLAMATION

1.1 Sur l'applicabilité à la France de la Charte sociale européenne révisée et du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives

La France a signé la Charte sociale européenne de 1961 le 18 octobre 1968 et a déposé ses instruments de ratification le 9 mars 1973. La France a signé le protocole additionnel à la Charte sociale européenne de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives le 9 novembre 1995 et l'a ratifié le 7 mai 1999. La France a signé la Charte sociale européenne révisée le 3 mai 1996 et l'a ratifiée le 7 mai 1999.

1.2 Sur l'applicabilité à la France de l'article 24 de la Charte sociale européenne

Aux termes des déclarations contenues dans l'instrument de ratification de la Charte sociale européenne révisée de 1996 déposé par la France le 7 mai 1999, celle-ci se considère liée par l'ensemble des articles de la Partie II de la Charte sociale européenne révisée.

1.3 Sur le respect par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière de l'article 1 (C) du Protocole additionnel de 1995

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière est une organisation syndicale nationale représentative de travailleurs relevant de la juridiction de la France, conformément à l'article 1.c du Protocole additionnel de 1995.

Pour la deuxième fois, dans le cadre de la réforme de la représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008, l'audience des organisations syndicales a été mesurée au niveau national et interprofessionnel ainsi qu'au niveau des branches professionnelles. Le ministère du travail a présenté le 31 mars 2017 les résultats enregistrés par les organisations syndicales sur le cycle 2013-2016. La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière a obtenu 15,59 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

1.4 Sur le respect des articles 23 et 25 du règlement du Comité européen des droits sociaux relatifs au système des réclamations collectives

Par décision intervenue le 19 février 2018, le bureau confédéral, en application de l'article 8 des statuts confédéraux, a mandaté son secrétaire général, Jean-Claude Mailly, aux fins de présenter une réclamation auprès du Comité européen des droits sociaux en raison de la mauvaise application par la France de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

2. OBJET DE LA RECLAMATION

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière demande au Comité européen des droits sociaux de dire que le barème plafonnant la réparation du préjudice des salariés licenciés de manière injustifiée, tel que mis en place par la récente législation française issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la

sécurisation des relations du travail est contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne.

En effet, l'indemnité est globale et exclut la possibilité pour le juge d'évaluer et de reconnaître éventuellement un dommage plus élevé subi par le travailleur en raison de son licenciement.

3. LE CADRE LEGISLATIF DE REFERENCE

3.1 Rappel historique

Le droit du Travail français était, jusqu'à présent, caractérisé par le principe de la réparation intégrale du préjudice souffert par le salarié en raison du caractère injustifié de son licenciement.

Depuis la loi n°73-680 du 13 juillet 1973 relative au droit du licenciement, le législateur a subordonné l'exercice du droit de licenciement par l'employeur à l'existence d'une « *cause réelle et sérieuse* ».

Le juge apprécie ainsi la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués. En cas de licenciement injustifié l'objectif du législateur de 1973 était de permettre une réparation totale du préjudice pour le salarié.

Antérieurement à la réforme de 2017, pour assurer cette réparation, le code du travail procédait à une distinction selon la taille de l'entreprise et selon l'ancienneté du salarié.

Les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté et qui travaillaient dans une entreprise de 11 salariés ou plus, avaient droit, en cas de licenciement injustifié, à une indemnité qui ne pouvait être inférieure aux six derniers mois de salaire (ancien article L 1235-3 du code du travail). Il s'agissait d'un plancher minimum garanti. En revanche, aucun plafond n'était institué.

La réintégration ne pouvait être que choisie par les parties ; elle était donc facultative.

Les salariés des entreprises de moins de 11 salariés ou ayant moins de deux ans d'ancienneté pouvaient prétendre, en cas de licenciement injustifié, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi (ancien article L 1235-5 du code du travail).

Le code du travail n'instituait donc, dans une telle hypothèse, ni plancher, ni plafond.

Le licenciement des salariés protégés (délégués syndicaux et représentants du personnel) de même que les licenciements fondés sur la violation de libertés fondamentales (discrimination, harcèlement...) étaient sanctionnés par la nullité avec, en corollaire, la possibilité pour le salarié d'exiger sa réintégration.

Dans le cadre de la réparation du préjudice, le juge disposait donc d'une large marge d'appréciation.

Alors que l'indemnité de licenciement versée à l'occasion de la rupture du contrat – que le licenciement soit justifié ou injustifié – avait simplement pour objet de réparer le dommage

découlant de la perte d'emploi, l'indemnisation accordée au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse visait à la fois à réparer l'intégralité de tous les préjudices subis par le salarié et à revêtir un caractère punitif.

A cet égard, le plancher de six mois de salaire visé à l'article L 1235-5 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance était souvent qualifié de peine privée par la doctrine. *A fortiori*, lorsque l'indemnisation minimale s'élevait à douze mois de salaire dans certaines hypothèses de licenciement nul (anciens articles L 1235-11 et L 1226-15), la fonction punitive de la réparation était manifeste.

Dorénavant, avec le nouveau barème instauré par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, la fonction punitive de l'indemnisation tend à s'effacer. De plus, sa fonction compensatoire est elle aussi amoindrie.

3.2 L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

La mise en place de « *barèmes* » est une tendance du droit contemporain et le droit social n'y échappe pas.

Depuis 2013, diverses tentatives ont cherché à instaurer un plafonnement des indemnités pour licenciement injustifié.

3.2.1 Les prémices : Les tentatives d'instauration de barèmes

C'est tout d'abord deux barèmes indicatifs qui ont été introduits récemment dans le code du travail.

- Le premier barème indicatif avait vocation à être utilisé par le juge devant le bureau de conciliation est d'orientation (B.C.O) du conseil de prud'hommes.

Il a été introduit par la loi n°2013-504 de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et mis en œuvre par décret n°2013-721 du 2 août 2013 (modifié par décret n°2016-1582 du 23 novembre 2016). Il s'agissait de l'ancien article D 1235-21 du code du travail.

- Le second barème indicatif était susceptible d'être utilisé devant le bureau de jugement (BJ) du conseil de prud'hommes. Il résultait de la loi dite « *Macron* » n°2015-990 du 6 août 2015 (anciens articles L 1235-1 et R 1235-22 du code du travail).

Comme leur nom l'indique, ces référentiels étaient « *indicatifs* ». Cela signifie qu'il s'agissait d'outils à la disposition du juge pour déterminer les indemnités dues au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le juge n'avait donc, en principe (sauf volonté conjointe des parties d'appliquer le barème), aucune obligation de les appliquer.

Dans les faits, les barèmes n'ont pas été appliqués.

Ces barèmes indicatifs ont été supprimés par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

En effet, l'instauration d'un barème impératif s'imposant au juge prive de toute utilité le recours à un barème facultatif.

Avant « *l'aboutissement* » de l'introduction du barème impératif dans l'ordonnance du 22 septembre 2017, une tentative d'introduction d'un barème impératif avait échoué en 2015.

En effet, dans sa décision du 5 août 2015 (décision n°2015-715 – DC), le Conseil constitutionnel avait censuré ce barème, le jugeant contraire à la Constitution, au regard du principe d'égalité.

Pour le Conseil, il n'était pas possible de plafonner les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction de l'effectif de l'entreprise, ce critère n'étant pas en lien avec le préjudice subi par le salarié.

Toutefois, le Conseil avait validé le principe même du plafonnement estimant qu'une telle réforme « *poursuit des buts d'intérêt général* » en assurant une plus grande sécurité juridique, et en favorisant l'emploi en levant les freins à l'embauche.

Après cet échec, une nouvelle tentative de barémisation des dommages et intérêts a vu le jour lors du projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (loi n°2016-1088 du 8 août 2016 dite loi El Khomri).

Ce projet prévoyait une barémisation faisant uniquement référence à l'ancienneté du salarié.

Aucun minimum n'était prévu. Seuls des plafonds étaient institués.

Ce dispositif a été retiré sous la pression des organisations syndicales.

La volonté d'imposer un barème a, de nouveau, resurgi en 2017 et a abouti avec la publication de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations du travail. La réforme impose un plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, lequel varie en fonction de l'ancienneté du salarié.

3.2.2 Finalité et justification de la réforme de 2017

Les finalités et fonctions affichées du dispositif sont multiples. Tout d'abord, l'instauration d'un barème a été présentée comme un outil d'aide à la décision judiciaire.

Afin d'aider les juridictions à harmoniser leurs pratiques d'évaluation du préjudice, l'instauration d'un barème est présentée comme un instrument de transparence destiné à lutter contre l'opacité des critères retenus dans l'évaluation du préjudice.

Le ministère du travail a insisté sur l'objectif d'assurer une équité entre les salariés.

Enfin, le dispositif est censé sécuriser pour les employeurs les ruptures du contrat de travail en levant l'incertitude quant à l'évaluation des indemnités dues par l'employeur.

Selon le rapport d'A. Milon, déposé au nom de la commission des affaires sociales le 19, juillet 2017, le plancher de l'indemnité de licenciement injustifié au sens de l'article L 1235-3 du code du travail apparaissait « *aux yeux de nombreux employeurs comme un frein à l'embauche, en raison de son montant élevé, de l'incertitude pesant sur son niveau [...] et de l'hétérogénéité constatée dans la pratique des juges* ».

Le Conseil constitutionnel, par sa décision n°2017-751 DC du 7 septembre 2017, a considéré qu' « *en habilitant le gouvernement à fixer un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, à l'exclusion des licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité¹ le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. Il en résulte que, par elle-même, l'habilitation ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité doit donc être écarté* ». (Considérant 33).

Pour sa part, la Ministre du Travail française, Mme Muriel Pénicaud, a comparé le dispositif à celui déjà mis en œuvre dans d'autres Etats membres de l'Union européenne pour justifier la réforme.

En effet, d'autres Etats européens comme l'Italie ou la Finlande ont déjà instauré un plafonnement des indemnités dues en cas de licenciement injustifié.

Et c'est précisément le dispositif de plafonnement des indemnités de licenciement injustifié, instauré par la législation du travail finlandaise, qui a été récemment condamné par le comité européen des droits sociaux.

3.2.3 Le barème instauré par la législation française de 2017

C'est donc l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, prise en application de l'article 3 de la loi d'habilitation autorisant le gouvernement à décider de toute mesure afin « *de renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de rupture pour l'employeur et le salarié* »² qui institue de façon désormais impérative un barème d'indemnités allouées par le juge prud'homal.

Il est prévu par le nouvel article L 1235-3 du code du Travail que le juge octroie au salarié, en cas de licenciement injustifié, une indemnité dont le montant est compris entre des minima et des maxima fixés selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, critères sans lien avec le préjudice qu'a pourtant vocation à réparer cette indemnité.

Ainsi dans cette nouvelle législation relative à la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ou irrégulier, la réintégration reste facultative et lorsque l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, l'indemnité versée au salarié sera calculée ainsi :

¹ Il s'agit des violations des libertés fondamentales des licenciements discriminatoires, du non-respect des protections spécifiques attachées à la grossesse, la maternité, aux accidents du travail et maladies professionnelles.

² Ordonnance qui fait l'objet d'une ratification qui donne valeur législative aux dispositions (loi à paraître prochainement).

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)		Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
	Entreprises de 11 salariés et plus	Entreprises de moins de 11 salariés	
0	Sans objet	Sans objet	1
1	1	0,5	2
2	3	0,5	3,5
3	3	1	4
4	3	1	5
5	3	1,5	6
6	3	1,5	7
7	3	2	8
8	3	2	8
9	3	2,5	9
10	3	2,5	10
11		3	10,5
12		3	11
13		3	11,5
14		3	12
15		3	13
16		3	13,5
17		3	14
18		3	14,5
19		3	15
20		3	15,5
21		3	16
22		3	16,5
23		3	17
24		3	17,5
25		3	18
26		3	18,5
27		3	19
28		3	19,5
29		3	20
30 et au-delà		3	20

➤ Le domaine du barème

Le barème s'applique aux licenciements proprement dits, qu'ils soient économiques ou pour motifs personnels. Mais le législateur a entendu conférer au barème une portée générale en l'étendant à des ruptures qui ne sont pas des licenciements au sens juridique du terme mais qui en produisent les effets. C'est ainsi que l'article L 1235-3-2 applique le barème à la prise d'acte justifiée et à la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur.

➤ Les planchers

L'ordonnance prévoit des planchers différents pour les petites entreprises de moins de 11 salariés. Le législateur a, en effet, souhaité prendre en compte la relative « fragilité » de ces entreprises, afin de ne pas les pénaliser financièrement.

Ce souci permanent de répondre aux attentes des TPE-PME est d'ailleurs une ligne directrice constante dans toutes les ordonnances de 2017 portant réforme du droit du travail.

Ce plancher spécifique, abaissé par rapport à celui des entreprises de taille plus importante, ne vaut que pour les salariés qui ont moins de 11 ans d'ancienneté.

A partir de 11 ans d'ancienneté, les planchers d'indemnisation des salariés des petites entreprises sont alignés sur celui des plus grandes (le plancher est de 3 mois).

Si l'on compare avec la situation antérieure, le plancher de droit commun applicable aux salariés des entreprises de plus de 10 salariés et ayant au moins 2 ans d'ancienneté est réduit de moitié, il était de 6 mois et passe à 3 mois.

S'agissant des salariés de petites entreprises, il n'existait pas de plancher mais la pratique des tribunaux voulait qu'il soit accordé en général un minimum de 3 mois.

Or, les planchers de la nouvelle législation sont, dans cette hypothèse, ridiculement bas (un demi mois de salaire ou un mois, selon l'ancienneté !).

Il faut, par ailleurs, rappeler que ce n'est pas par hasard si le plancher d'indemnisation avait été fixé à 6 mois de salaire lors de la législation de 1973.

Selon les études de la DARES publiées en mai 2015, le plancher de 6 mois représentait la durée moyenne du chômage à cette époque, qui a, depuis lors, significativement augmenté. Ce plancher devrait être aujourd'hui fixé à 9 mois³.

➤ Les plafonds

C'est l'innovation principale du dispositif d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Il n'est pas fait de distinction selon la taille de l'entreprise, conformément aux exigences du

³ J. Mouly « Les indemnisations en matière de licenciement » RDT 2018,13.

Conseil constitutionnel⁴ ; les plafonds varient seulement en fonction de l'ancienneté du salarié.

On note immédiatement que seul ce critère de l'ancienneté est pris en compte pour réparer le préjudice subi par le salarié, alors que l'âge, la santé, les charges de famille, etc... sont totalement ignorés de cette réparation du préjudice.

S'agissant du montant forfaitaire prévu par le barème il est de 20 mois maximum à partir de 29 ans d'ancienneté, et ne peut plus augmenter. C'est la limite absolue.

Dans certaines hypothèses, le plancher et le plafond sont quasi-identiques (ex : salarié de 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés et plus : plancher de 3 mois - plafond de 3,5 mois). Le pouvoir d'appréciation du juge s'en trouve d'autant limité !

3.2.4 Les rares exceptions au barème

Le caractère impératif du barème comporte une exception lorsque le juge constate que le licenciement est entâché d'une des nullités mentionnées au 2^{ème} alinéa de l'article L 1235-3-1 du code du travail.

Dans ce cas, la nullité permet d'obtenir la réintégration. Mais lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Il s'agit des nullités afférentes à :

- la violation d'une liberté fondamentale ;
- des faits de harcèlement moral ou sexuel ;
- un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice ;
- une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- la dénonciation de crimes et délits ;
- un licenciement lié à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ;
- le non-respect de la protection dont bénéficient certains salariés⁵ (maternité, accidents du travail et maladies professionnelles).

La rédaction de cet article L 1235-3-1 telle qu'issue de l'ordonnance du 22 septembre 2018 a privilégié la technique de la « liste » des exceptions et souligne la volonté du gouvernement de cantonner strictement les exceptions au barème.

⁴ Voir ci-avant p 5 et 6.

⁵ Il s'agit des cas de :

- Grossesse, maternité, congé de paternité et d'accueil de l'enfant, congé d'adoption, congé parental d'éducation et passage à temps partiel, congés pour maladie d'un enfant, démission pour élever un enfant (art L 1225-71).
- D'accidents du Travail et maladies professionnelles (art L 1226-13)

Dans ces hypothèses, la réparation n'est pas plafonnée ; comme l'indiquent certains auteurs, « *la nullité chasse le barème parce que la fundamentalité n'a pas de prix* »⁶.

3.2.5 La globalisation des indemnités permettant la réduction de la réparation

Dans les hypothèses où le barème est appliqué et les indemnités plafonnées par voie de conséquence, l'ordonnance du 22 septembre a prévu un mécanisme de globalisation des indemnités, ce qui aboutit à une réduction de la réparation.

En effet le nouvel article L 1235-3 alinéa 4 du code du travail prévoit que pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, « *le juge peut tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture* ».

Cela signifie que le juge peut, en fonction des autres indemnités accordées au salarié lors du licenciement, modérer, dans la limite du plancher, les dommages-intérêts dus pour absence de cause réelle et sérieuse.

Comme le souligne un auteur⁷, « *c'est ainsi l'autonomie de l'indemnité de licenciement – dont la fonction n'est pourtant pas la même que celle des dommages-intérêts de l'article L 1235-3 qui se trouve ici remise en cause (...) En tout cas, pour diminuer la réparation du préjudice du salarié licencié sans motif légitime, le juge est autorisé à prendre en compte les indemnités réparant d'autres dommages, ce qui n'est pas de bonne politique* ».

Consciente de ces difficultés, la loi de ratification a exclu l'indemnité légale de licenciement de cette globalisation, ce qui confirme cependant la possibilité de prendre en compte les indemnités conventionnelles !

De la même manière, le législateur – tout en semblant admettre le cumul – globalise les indemnités qui réparent le non-respect de certaines irrégularités en matière de licenciements économiques et de violation de la priorité de réembauche.

Le plafond du barème s'applique alors à l'ensemble de ces indemnités (art L 1235-3 dernier alinéa).

Enfin, le législateur a mis un terme à la jurisprudence dite du « *motif contaminant* »⁸ qui permettait en cas de pluralité de motifs dont l'un portait atteinte à un droit fondamental de neutraliser les autres motifs et de rendre le licenciement automatiquement entâché de nullité.

Désormais le juge n'est pas dispensé d'examiner les autres griefs « *pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité allouée au salarié* » (art L 1235-3-1).

⁶ P. Adam, « *Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion* » - RDT 2017,643 – C.Percher « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée* » RDT, 2017, 726.

⁷ J. Mouly, « *Les indemnisations en matière de licenciement* » RDT 2018,12.

⁸ Cass. soc., 3 février 2016, n°14-18600.

Le juge est donc clairement invité à « *modérer* » l'indemnité due pour licenciement nul en présence d'un autre motif de rupture.

Ainsi même les licenciements non soumis au barème se trouvent ainsi affectés par ces règles de réduction des indemnités.

3.2.6 L'inexistence de voies juridiques alternatives

Hormis les rares exceptions au barème (cf. 3-2-4) liées aux licenciements discriminatoires, ou effectués en violation de libertés fondamentales, le plafonnement des indemnités a vocation à s'appliquer à tous les licenciements injustifiés.

Il est à noter que le droit français ne prévoit pas de voies de droit alternatives permettant de contourner le plafonnement des indemnités, « *de permettre une réparation intégrale du préjudice subi par le salarié* ».

En effet, depuis la loi du 13 juillet 1973 relative au licenciement, l'action permettant au salarié d'obtenir une « *indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse* » est une action spéciale qui écarte l'application du droit commun de la responsabilité civile.

La loi spéciale déroge à la loi générale et la réparation du préjudice subi par le salarié n'est assurée que par la loi spéciale.

Le droit commun de la responsabilité civile ne trouve à s'appliquer que lorsque le licenciement a été décidé dans des conditions vexatoires⁹, mais c'est alors un préjudice distinct qui se trouve réparé.

Une telle action ne constitue pas une voie de droit alternative de portée générale et ne s'applique que dans des situations particulières.

De la même manière, s'il a été possible dans une situation très particulière de mettre en cause la responsabilité délictuelle d'une société-mère ayant par sa faute et sa légèreté blâmable contribué à la fermeture de sa filiale, cette mise en cause de la responsabilité délictuelle ne permet pas pour autant aux salariés d'obtenir une réparation complémentaire¹⁰.

La mise en œuvre du droit de la responsabilité civile n'est possible que dans des hypothèses marginales et ne constitue donc pas une voie de droit alternative permettant de réparer intégralement le licenciement injustifié.

⁹ Cass. soc., 12 mars 1987, n°84-41002, Bull Civ V n°147.

¹⁰ Cass. soc., 8 juillet 2014, n°13-15573 – D 2014-1552 – RDT 2014, 672, étude A. Fabre.

4. SUR LE MERITE DE LA RECLAMATION

Il convient d'examiner les textes supra nationaux pertinents et tout particulièrement la Charte sociale européenne révisée afin de confronter les dispositions de la législation française aux exigences posées par la Charte.

4.1 La convention OIT/158

La disposition pertinente est celle de l'article 10 de la convention 158 selon lequel, lorsque, « *compte tenu de la législation et de la pratique nationales, [les tribunaux] n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* ».

On constate que, selon cet article, l'octroi d'une indemnité de réparation est seulement subsidiaire, la préférence devant être donnée à l'annulation du licenciement et à la réintégration du salarié.

L'indemnité accordée doit être « *adéquate* » et « *appropriée* ».

4.2 L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée

Droit à la protection en cas de licenciement

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

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

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

4.3 La jurisprudence pertinente du CEDS

Le protocole additionnel du 9 novembre 1995 a instauré, pour contrôler l'application de la Charte, à côté du système des rapports, un nouveau mécanisme de réclamations¹¹ collectives confié au CEDS qui lui a aussi permis d'adopter un certain nombre de décisions

¹¹ J.F. Akandji-Kombé, « *L'application de la Charte sociale européenne. La mise en œuvre du mécanisme des réclamations collectives* », Dr. Soc. 2000-888.

importantes¹². C'est ainsi que dans son activité de surveillance des législations nationale, le CEDS, tout particulièrement dans ses décisions adoptées en référence à l'article 24 de la Charte, a précisé qu'un modèle de protection de type indemnitaire pour les licenciements abusifs, bien que laissé à l'appréciation des seuls Etats membres, doit répondre aux critères suivants :

- caractère approprié/adéquation ;
- effectivité/effet utile ;
- dissuasion vis-à-vis de l'employeur.

Le CEDS a mis en application ces critères dans une décision récente concernant la Finlande.

Cette affaire opposant une association de défense des droit sociaux, la Finnish Society of Social Rights, à l'Etat finlandais a permis au CEDS de se prononcer sur l'inconventionnalité de la barémisation des indemnités prud'homales au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée.

Cette décision rendue le 8 septembre 2016¹³ a le mérite, ce qui est un point essentiel au regard des principes, de donner une définition de la notion de « *mécanismes d'indemnisation appropriés* » utilisé par l'article 24 de la Charte.

En effet, au paragraphe 45 de sa décision, le CEDS énonce que « *les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :*

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

Cet énoncé met alors en évidence les deux fonctions de l'indemnisation auxquelles l'instauration d'un plafond ne saurait porter atteinte, à savoir la compensation du préjudice subi par le salarié et la dissuasion de l'employeur (4.3.1). Toutefois, le CEDS accepte, en cas de plafonnement, de tenir compte de l'existence de voies de droit alternatives, dès lors que celles-ci permettent une indemnisation complémentaire du préjudice subi par le salarié (4.3.2).

4.3.1 Les fonctions compensatoire et dissuasive de l'indemnisation due au salarié en cas de licenciement injustifié

L'article 2 de la loi finlandaise n°398/2013, qui était au cœur du débat, encadre l'indemnité de licenciement injustifié en prévoyant un minimum de trois mois et un maximum de 24 mois de salaire.

¹² J.P. Marguénaud et J. Mouly, « *Le Comité européen des Droits Sociaux. Un laboratoire d'idées sociales méconnu* », RD pub. 2011.685.

¹³ CEDS, 8 septembre 2016, n°106/2014, Finnish Society of Social Rights c/Finlande.

Lorsque la personne licenciée est un délégué syndical ou un représentant du personnel élu, le maximum de cette indemnité s'élève à 30 mois.

En l'espèce, l'association Finnish Society of Social Rights a formé une réclamation le 29 avril 2014 pour voir condamner la Finlande pour violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée en raison notamment, de l'instauration d'un plafonnement du montant de l'indemnisation allouée en cas de licenciement injustifié fixé à 24 mois.

Dans sa décision, le CEDS relève 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, en principe, contraire à la Charte [...] »*¹⁴.

Cela signifie que le plafonnement ne doit pas priver l'indemnisation de sa double fonction de compensation et de dissuasion.

La réparation doit donc non seulement tenir compte du manque à gagner subi par le salarié entre son licenciement et la décision octroyant l'indemnité mais aussi être d'un montant suffisant pour réparer le préjudice postérieur à la perte de son emploi ; c'est donc d'une réparation entière dont il s'agit¹⁵. L'indemnité doit, en outre, revêtir un caractère dissuasif à l'égard de l'employeur.

L'indemnité peut donc aller, si besoin est, au-delà du préjudice réellement souffert par le salarié afin qu'elle puisse avoir un effet dissuasif.

Or, en l'espèce, le CEDS estime que « *dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de Travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes et les préjudices subis »*¹⁶.

A titre dérogatoire, le comité reconnaît que même lorsque le plafonnement ne permet pas une réparation intégrale, celui-ci n'est pas considéré comme contraire à l'article 24 si le salarié a la possibilité d'obtenir des indemnités complémentaires par l'exercice de voies de droit alternatives.

4.3.2 L'existence de « *voies de droit alternatives* » permettant une indemnisation complémentaire

Reprenant des considérations déjà énoncées dans ses conclusions¹⁷ le comité considère qu'en cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par

¹⁴ Décision du CEDS, 8 septembre 2016 § 46.

¹⁵ J. Mouly, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron » ?* », Dr. Soc. 2017, 745.

¹⁶ § 49 de la décision finlandaise.

¹⁷ CEDS conclusions concernant la Finlande des 7 décembre 2012 et 12 décembre 2016.

d'autres voies de droit¹⁸.

En l'espèce, le gouvernement invoquait la loi n°412/1974 relative à la responsabilité civile (qui s'applique lorsque le salarié a subi un préjudice personnel corporel ou moral ou lorsqu'un dommage a été causé à un bien) pour affirmer qu'une réparation complémentaire était possible via le droit commun de la responsabilité civile.

Mais le CEDS n'a pas retenu l'argument du gouvernement finlandais car le CEDS ne s'est pas contenté d'examiner le contenu abstrait de la législation finlandaise, mais il a vérifié également la façon dont elle était appliquée par le juge.

En effet, dès sa première décision sur le bien-fondé, *commission internationale des juristes c/Portugal*, du 9 septembre 1999, relative au travail des enfants¹⁹, le comité avait nettement indiqué, comme l'avait déjà fait la CEDH²⁰ pour les droits civils et politiques proclamés par la Convention, que le but de la Charte consistait à protéger des « *droits non pas théoriques mais effectifs* ».

C'est donc en s'attachant à la situation concrète des salariés que le CEDS, dans l'affaire finlandaise, a estimé que ces voies de droit alternatives n'étaient pas réellement efficaces au regard de l'objectif poursuivi.

En effet, dans le cadre du contrôle par rapports, le CEDS, dans ses conclusions de 2008 avait déjà relevé que la législation finlandaise n'était pas conforme à l'article 24, en raison notamment du plafonnement des indemnités prud'homales ; mais en 2012, il avait modifié sa position en remarquant que les salariés licenciés de manière injustifiée pouvaient également invoquer la loi sur la responsabilité civile²¹.

C'est la raison pour laquelle l'association Finnish Society of Social Rights a démontré qu'en réalité, cette loi n'était jamais appliquée par les Tribunaux. Le comité a alors relevé que le gouvernement ne fournissait pas d'exemples d'affaires dans lesquelles une indemnisation aurait été accordée pour licenciement abusif, le seul arrêt fourni étant un cas de licenciement discriminatoire.

¹⁸ Décision du CEDS, 8 septembre 2016 § 46.

¹⁹ RTD civ. 2000. 937, note J.P. Marguénaud.

²⁰ CEDH, 9 oct. 1979, n° 62899/73, Airey C/Irlande.

²¹ Il est à noter également qu'en vertu de ces mêmes principes, le CEDS dans ses conclusions de 2016 vis-à-vis de la République italienne a demandé au gouvernement italien des éclaircissements relatifs à la réglementation du licenciement prévue à l'article 18 de la loi n°300/1970 révisée par la loi 92/2012 – et a rappelé 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 le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable (Conclusions 2012, Slovaquie 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* ». Dans la suite de ces conclusions la CGIL a déposé le 16 octobre 2017 une réclamation contre l'Italie (n°158/2017) demandant au CEDS de déclarer la législation italienne non conforme à l'article 24 de la Charte (réclamation en cours d'examen).

Le CEDS en a déduit que « *la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas à toutes les situations de licenciement abusif* » (§ 51).

Il en conclut alors que la loi sur la responsabilité civile, loi de droit commun, n'est pas une alternative appropriée à la réparation du préjudice éprouvé par un salarié licencié (§ 52).

La conclusion est la même s'agissant de la loi finlandaise sur le contrat de travail, seuls les licenciements discriminatoires échappant au plafonnement légal (§ 48).

La décision du Comité peut donc se résumer de la façon suivante. L'« *indemnité adéquate* » visée par l'article 24 de la Charte doit s'entendre de la réparation intégrale du préjudice subi par le salarié du fait du licenciement.

Un plafonnement de cette indemnité à 24 mois de salaire ne suffit pas nécessairement à réaliser cet objectif de réparation car, dans certaines hypothèses, le préjudice du salarié peut être plus élevé. Or, les voies de droit alternatives dont disposent les salariés et invoquées par le gouvernement ne sont pas suffisantes car elles ne permettent pas aux salariés d'obtenir, dans tous les cas, le supplément d'indemnité nécessaire. Le Comité en conclut donc que la législation finlandaise, en ce qu'elle instaure un plafonnement de 24 mois des indemnités de licenciement injustifié, est contraire à l'article 24 de la Charte.

Une telle conclusion apparaît de nature à devoir s'appliquer à la législation française en ce sens que le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié mis en place par l'ordonnance n°2017.1387 du 22 septembre 2017 souffre exactement des mêmes critiques²² que celles qui ont été opposées à la législation finlandaise.

4.4 L'analyse de la législation française au regard des exigences de l'art. 24 de la Charte sociale européenne révisée

4.4.1 L'insuffisance de l'indemnisation en référence au dommage subi par le salarié entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours

Le système français d'indemnisation du licenciement injustifié n'assure pas correctement, comme l'exige la Charte, le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours.

Le régime de sanctions décrit fournit au travailleur une protection déséquilibrée pour la période qui précède la reconnaissance judiciaire du caractère abusif du licenciement parce qu'il fait peser sur le sujet le plus faible économiquement la durée du procès et le laps de temps courant entre le prononcé du licenciement et la condamnation de l'employeur, à l'avantage de ce dernier qui ne subit aucune conséquence des pratiques procédurales dilatoires.

²² Voir en ce sens J. Mouly, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron* » ? Dr. Soc. 2017, 745 – également C. Percher, « *le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée* » – RDT 2017, 726.

C'est sur le salarié qui a été licencié de manière injustifiée que pèse l'obligation d'engager une procédure et c'est sur lui que pèsent les inconvénients de la durée et des aléas de la procédure.

La durée moyenne d'un procès devant le conseil de prud'hommes est de l'ordre de 15 à 17 mois (sans compter ensuite la procédure d'appel puis de cassation).

Ces délais peuvent atteindre 30 mois en cas de départage²³.

L'Etat français a d'ailleurs été condamné à plusieurs reprises pour ces délais excessifs²⁴, sur la base de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui précise que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial* ».

Face à la longueur de ces procédures, l'instauration d'un barème avec des planchers très bas et des plafonds manifestement insuffisants va pousser le salarié injustement licencié à renoncer à agir en justice²⁵.

C'est d'ailleurs ce qui se constate d'ores et déjà dans les chiffres de saisines.

Comme l'indiquent certains journaux « *Avant même la mise en place du plafonnement des indemnités, voulues par l'exécutif, les conseils de prud'hommes font le constat que « tout incite les salariés à se décourager* »²⁶.

Ainsi une baisse du nombre de saisines entre 40 % et 50 % en moins a été constatée au premier trimestre 2017 à Roubaix, 41 % à Paris.

En effet, la complexification de la procédure générée par la loi Macron du 6 août 2015 oblige les salariés qui veulent poursuivre leur employeur devant le conseil de prud'hommes pour un licenciement injustifié à remplir un formulaire de 6 pages contre une auparavant²⁷.

La procédure prud'homale elle-même s'est singulièrement complexifiée et la procédure en appel est devenue une procédure écrite où le salarié ne peut plus se défendre seul.

A cela s'ajoute la montée en puissance des ruptures conventionnelles. Sur un an, de mai 2016 à mai 2017, celles-ci ont connu une hausse de 5,5 % selon la Dares.

Certes, nous ne disposons pas à l'heure actuelle pour 2018 des statistiques du ministère de

²³ Voir les statistiques officielles du ministère de la justice – année 2016.

²⁴ En 2012 et en 2016 ; voir article de Mediapart du 23 novembre 2012, « *Délais raisonnables de la procédure prud'homale : l'Etat condamné* », voir également article du journal Le Monde du 7 avril 2016, « *L'Etat à nouveau inquiété pour des délais excessifs aux Prud'hommes* ».

²⁵ La Tribune du 1^{er} septembre 2017, « *Les indemnités prud'homales vont singulièrement diminuer* ».

²⁶ Le Monde du 12 septembre 2017.

²⁷ Le Parisien du 3 juillet 2017, « *Prud'hommes : le nombre d'affaires nouvelles en chute libre* ».

la justice, celles-ci s'arrêtant à l'année 2016²⁸ mais les tendances constatées un peu partout en France dans les conseils de prud'hommes démontrent que cette baisse des saisines déjà amorcée avant la réforme de 2017 se poursuit inexorablement en 2018.

Sur le plan national, on semble donc s'orienter vers une véritable chute libre du nombre de saisines qui avoisinerait entre un quart et un tiers des affaires en moins comme le souligne Pierre BAILLY, doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation :

« Il se peut qu'à l'avenir, cette évolution à la baisse du nombre d'affaires se poursuive, voire s'accroisse, puisque le plafonnement des indemnités, prévu dans les ordonnances de septembre 2017 réformant le code du travail, peut dissuader des salariés ayant peu d'ancienneté de saisir le juge prud'homal d'une contestation »²⁹.

Cette crainte exprimée par le doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation s'avère malheureusement vérifiée.

Ainsi l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 permet désormais à l'employeur de rompre la relation de travail à sa guise et sans motif valable, sur la base d'une simple évaluation coûts-bénéfices tenant compte du montant de l'indemnité que la loi prévoit pour le travailleur. Il s'agit de toute évidence d'une logique incompatible avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée par ce qu'elle vide justement de son sens le principe selon lequel le licenciement dépourvu de justifications doit être considéré comme un acte « abusif ».

Et il est clair que le système français ne garantit pas au salarié la réparation appropriée correspondant au préjudice subi.

4.4.2 L'insuffisance de l'indemnisation au regard de l'objectif de réparation totale du préjudice subi par le salarié et de l'objectif de dissuasion de l'employeur

Le « plafonnement » ou « barémisation impérative » des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse imposé par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 répond aux souhaits du MEDEF (cf point 3.2.2 de la présente réclamation) et s'inscrit dans une volonté d'accentuer encore un peu plus la flexibilité du droit du travail français.

Ainsi que cela a été exposé aux points 3.2.3 et 3.2.4 de cette réclamation, l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre envisage deux types d'indemnisations :
Des indemnités plafonnées dans la plupart des cas et de rares exceptions au plafonnement (en cas de violation d'une liberté fondamentale, ex : discrimination...).

La réintégration est facultative, hormis de rares exceptions (domaine des nullités).

²⁸ En 2016 – dernière année pour laquelle les données sont connues sur l'ensemble du territoire français – les salariés étaient un peu moins de 150 000 à porter un litige contre leur employeur devant cette juridiction paritaire, dans laquelle siègent des représentants des employeurs et des salariés. Soit un chiffre en repli de 18,7 % en un an selon les chiffres du ministère de la justice (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_chapitre4.pdf).

²⁹ Le Monde du 30 janvier 2018.

Sur le plan théorique, hors les cas de nullité une telle réforme remet en cause le principe de la réparation intégrale du préjudice subi par le salarié en raison du caractère injustifié du licenciement et corrélativement, réduit de manière significative le pouvoir du juge.

L'article L 1235-3 du code du travail prévoit une indemnité maximale comprise entre 1 mois de salaire brut pour les salariés ayant moins de 1 an d'ancienneté et 20 mois de salaire brut à compter de 29 ans d'ancienneté.

D'ores et déjà, la violation de l'article 24 de la Charte par la France est envisageable dans la mesure où le plafond fixé par l'ordonnance est encore plus faible que celui de 24 mois de salaire brut, montant qui a été jugé insuffisant par le Comité dans l'affaire finlandaise, pour assurer une réparation appropriée.

D'autre part, le mécanisme de « *globalisation* » des indemnités (cf point 3.2.5) aboutit à prendre en compte des indemnités qui ont un autre objet.

L'inadéquation de la réparation ne tient pas seulement à son niveau objectivement bas mais aussi dans le fait même que l'indemnité est fixée au préalable par la loi et qu'elle ne peut pas être, par définition, ni proportionnée ni dissuasive.

Comme l'ont très justement écrit certains auteurs³⁰, la « *barémisation* » rend possible un calcul de ce que coûte une illégalité et incite, donc, à la commettre si, selon un raisonnement courant, ce coût est moins important que l'inconvénient créé par le respect de la légalité.

En définitive, le barème autorise une « *violation efficace de la loi* »³¹, au sens anglo-saxon du terme.

Or une telle solution n'est pas acceptable en droit du travail³².
La fonction punitive de la réparation tend à s'effacer.

De plus, concernant le caractère dissuasif de l'indemnité, on peut douter de la compatibilité du droit français avec l'article 24 de la Charte. Sur ce point, un auteur³³ a mis en avant la teneur des dispositions de l'article L 1235-4 du code du Travail qui permet d'ordonner à l'employeur fautif le remboursement à Pôle emploi de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement jusqu'au jour du prononcé du jugement.

Mais cette indemnisation ne saurait en aucun cas satisfaire l'exigence de dissuasion posée

³⁰ A. Lyon-Caen, « *La complexité du barème* », RDT 2016.65 - G.Bargain et T. Sachs, « *La tentation du barème* », RDT 2016.251.

³¹ P. Lokiec, « *Déréguler le travail ne fera pas baisser le chômage* », LPA 2016 n°61, p 4.

³² Jean Mouly souligne que de grands groupes qui délocalisent une entreprise provisionnent déjà les sommes qu'ils s'exposent à devoir payer au titre des diverses indemnités de licenciement. Un tel barème va nécessairement accentuer et généraliser ces pratiques. RDT 2017, 746.

³³ J. Mouly - article précité.

par le CEDS dans sa décision du 8 septembre 2016.

En effet, cette indemnisation concerne la réparation du préjudice subi par Pôle emploi et non celui subi par le salarié.

Par ailleurs, le gouvernement français a mis en place en novembre 2017, un simulateur des indemnités en cas de licenciement injustifié permettant aux employeurs de calculer très exactement le « *risque* » qu'ils encourent en licenciant de manière illégale³⁴.

Cette possibilité offerte aux employeurs ne paraît donc guère compatible avec la fonction de dissuasion que doit remplir l'indemnisation du licenciement injustifié subi par le salarié.

Cette quantification préalable du coût de licenciement abusif, outre son caractère choquant, heurte sans conteste l'article 24 de la Charte.

L'inadéquation de la sanction se manifeste encore plus clairement si on considère que l'indemnité ne prend pas en compte l'âge du travailleur, ni sa plus grande vulnérabilité sociale.

Ce mécanisme ne prend pas en compte les difficultés à retrouver un emploi avec un taux de chômage important en France et qui peuvent être différentes d'un bassin d'emploi à un autre (certaines régions souffrant d'un taux de chômage encore plus élevé que dans d'autres) et selon les types d'emplois et qualification recherchées.

Les situations individuelles des salariés ne sont pas prises en compte dans le calcul du préjudice.

Le seul critère de l'ancienneté ne peut à lui seul servir à réparer l'entier préjudice. Il est donc clair que la réparation telle que prévue par le système français ne remplit pas les conditions de cette « *réparation appropriée* ».

4.4.3 L'inexistence de voies de droit alternatives permettant une indemnisation complémentaire

Le CEDS accepte, en cas de plafonnement, de tenir compte de l'existence de voies de droit alternatives dès lors que celles-ci permettent une indemnisation complémentaire du préjudice subi par le salarié.

Il a été exposé au point 3.2.6, que le droit français ne permet pas, sauf dans des cas particuliers, d'obtenir une indemnisation complémentaire.

De même que dans le cas de la Finlande, le Comité a considéré que « *dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail ne peut pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice*

³⁴ [https : www.service.public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnite-prudhomales](https://www.service.public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnite-prudhomales).

subis »³⁵, le Comité constatera dans le cas de la France que l'octroi d'une indemnisation à hauteur (maximale) de 20 mois prévue par l'article L 1235-3 nouveau du code du travail, tel qu'introduit par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 ne peut pas suffire pour compenser les pertes et préjudices subis par les salariés dans certains cas de licenciements abusifs.

Le montant de 20 mois n'est évidemment pas assez élevé pour que le salarié injustement licencié puisse, dans tous les cas de figure obtenir une réparation intégrale.

Il est aussi à craindre que le plafond ne soit pas accordé dans la réalité puisque les juges sont clairement invités à modérer leur indemnisation et à globaliser les indemnités.

De fait, le montant de la réparation sera toujours tiré vers le bas.

Bien plus, si le salarié n'a pas l'ancienneté suffisante pour prétendre à ces 20 mois, mais qu'il a subi dans les faits un préjudice très important, il n'obtiendra jamais une réparation à la hauteur de la réalité de son préjudice.

Le système juridique français ne permet pas d'invoquer des voies de droit alternatives permettant au salarié d'obtenir un supplément d'indemnité non plafonné.

En effet, il a été démontré au point 3.2.6 que seul le code du travail a vocation à s'appliquer, à l'exclusion du code civil, pour réparer un licenciement injustifié.

Ce n'est que dans des hypothèses très marginales que le droit commun de la responsabilité civile trouve à s'appliquer et rares sont les décisions de jurisprudence en ce sens.

Il est donc manifeste que le mécanisme de la réparation plafonnée a vocation à s'appliquer à l'immense majorité des cas de licenciement injustifié.

Le droit commun de la responsabilité civile ne constitue donc pas une voie de droit alternative de portée générale permettant la réparation du préjudice éprouvé par un salarié licencié de manière injustifiée.

³⁵ § 49 de la décision précitée *Finnish Society of Social Rights c/Finlande*.

5. CONCLUSIONS

Il a été démontré que le barème plafonnant la réparation du préjudice des salariés licenciés de manière injustifiée, mis en place dans la législation française par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, basé sur la seule ancienneté du salarié ne permettait pas d'assurer dans tous les cas une réparation intégrale du préjudice réellement subi par le salarié et qu'il ne permettait pas de manière générale et suffisante l'usage de voies de droit alternatives.

Pour ces raisons, la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière demande au Comité Européen des Droits Sociaux de :

- Déclarer recevable la réclamation présentée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière ;
- Dire que la législation française relative à l'indemnisation du préjudice subi par les travailleurs licenciés de manière injustifiée est contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée en ce qu'elle instaure un plafonnement à 20 mois et qu'elle ne remplit pas les critères de ce que doit être une réparation appropriée c'est-à-dire les critères d'adéquation, d'effectivité et de dissuasion vis-à-vis de l'employeur ;
- Enjoindre à la France de modifier sa législation afin d'assurer le respect de la Charte sociale européenne.

Jean-Claude MAILLY
Secrétaire Général de la Confédération
Générale du Travail Force Ouvrière

PIECES A L'APPUI DES PRETENTIONS
DE LA CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL FORCE OUVRIERE

1. Statuts de la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière.
2. Décision en date du 18 février 2018 du bureau confédéral donnant pouvoir à Monsieur Jean-Claude MAILLY, Secrétaire Général de la CGT-FO.
3. Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail modifiant les articles L 1235-3 et suivants du code du travail.
4. Décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015 (décision n°2015-715 DC).
5. Décision du Conseil constitutionnel du 7 septembre 2017 (décision n°2017-751 DC).
6. J. Mouly, « *Les indemnisations en matière de licenciement* », RDT 2018, 10.
7. P. Adam, « *Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion* », RDT 2017, 643.
8. C. Percher, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée* », RDT 2017, 726.
9. Cass. soc., 3 février 2016, n°14-18600.
10. Cass. soc., 12 mars 1987, n°84-41002, Bull civ V n°147.
11. Cass. soc., 8 juillet 2014, n°13-15573, RDT 2014, 672 étude A. Fabre.
12. CEDS, 8 septembre 2016, n°106/2014, Finnish Society of Social Rights c/Finlande.
13. J. Mouly, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité Européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvaise augure pour la « réforme Macron ? »* », *Dr Soc.* 2017, 745.
14. Le contentieux du travail. Références statistiques Justice - Année 2016.
15. « *Délais déraisonnables de la procédure prud'homale : l'Etat condamné* » - Mediapart du 23 novembre 2012.

16. Le Monde du 7 avril 2016, « *L'Etat à nouveau inquieté pour des délais excessifs aux Prud'hommes* ».
17. La Tribune du 1^{er} septembre 2017, « *Les indemnités prud'homales vont singulièrement diminuer* ».
18. Le Parisien du 3 juillet 2017, « *Prud'hommes : le nombre d'affaires nouvelles en chute libre* ».
19. Le Monde du 12 septembre 2017, « *Prud'hommes : depuis la Loi Macron de 2015, le nombre de saisines est en chute* ».
20. Le Monde du 30 janvier 2018, « *Les recours aux prud'hommes en chute libre depuis 2009* ».
21. A. Lyon-Caen, « *La complexité du barème* », RDT 2016, 65.
22. G. Bargain et T. Sachs, « *La tentation du barème* », RDT 2016, 251.