



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

9 janvier 2019

Pièce n° 2

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

MEMOIRE DU GOUVERNEMENT SUR LE BIEN-FONDE

Enregistrée au secrétariat le 15 novembre 2018

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE
SUR LE BIEN-FONDE DE LA RECLAMATION n° 160/2018
CGT-FO c. FRANCE

1. Par un courrier en date du 16 mars 2018, le Comité européen des droits sociaux (ci-après le « Comité ») a communiqué au Gouvernement français la réclamation présentée le 12 mars 2018 par la Confédération générale du travail Force ouvrière (ci-après la « CGT-FO »), tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France constitue une violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après la « Charte »).
2. Le 11 septembre 2018, le Comité a déclaré recevable la réclamation susmentionnée.
3. Le Gouvernement français a l'honneur de présenter au Comité les observations qui suivent sur le bien-fondé de cette réclamation.

⋮ ⋮ ⋮

I – EXPOSE DES GRIEFS

4. La CGT-FO allègue que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations du travail, en instaurant un barème d'indemnisation impératif plafonnant la réparation du préjudice subi par le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, méconnaît l'article 24 de la Charte dès lors que ce barème ne répond pas aux objectifs de réparation totale du préjudice subi par le salarié et de dissuasion de l'employeur. La CGT-FO soutient également que la législation française n'offre aucune voie de droit alternative permettant au salarié d'obtenir une indemnisation complémentaire.

II – LEGISLATION INTERNE PERTINENTE

A) Rappel du contexte

5. A titre liminaire, le Gouvernement rappelle qu'il a été habilité par la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 à prendre par ordonnances des mesures pour le renforcement du dialogue social. Cette loi d'habilitation a été jugée conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 (pièce jointe n° 1).
6. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, qui constitue le troisième axe de cette réforme, vise à renforcer la prévisibilité et sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et leurs salariés (titre I) et à modifier les dispositions relatives au licenciement pour motif économique (titre II).
7. Cette ordonnance modifie notamment, par son article 2, les règles applicables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse en créant un barème d'indemnisation.

8. La mise en place de ce dispositif, qui existe déjà dans plusieurs Etats européens, vise à renforcer la prévisibilité et à sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et leurs salariés. Il ne s'agit pas de priver le salarié d'une juste indemnité, mais d'encadrer le montant pouvant résulter d'une telle rupture, parfois après de nombreuses années de procédure judiciaire. En harmonisant les pratiques judiciaires, l'objectif est d'instaurer une plus grande sécurité juridique et une plus grande prévisibilité pour les parties au contrat lors de la rupture de la relation de travail.
9. L'ordonnance n° 2017-1387 précitée a été ratifiée par le Parlement français le 29 mars 2018 (loi n° 2018-217), ce qui lui confère une valeur législative.
10. Cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel qui a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 1235-3 du code du travail qui instaure le barème d'indemnisation contesté par la CGT-FO (décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 - pièce jointe n° 2).
11. Les nouvelles règles instaurées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 sont applicables aux licenciements prononcés depuis le 23 septembre 2017.

B) Dispositions législatives pertinentes

12. L'article L. 1232-1 du code du travail dispose que : « *Tout licenciement pour motif personnel est (...) justifié par une cause réelle et sérieuse.* »
13. Par ailleurs, l'article L. 1234-9 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, prévoit que : « *Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement. (...)* »
14. Un licenciement irrégulier peut être contesté et sanctionné dans les conditions prévues aux articles L. 1235-1 à L. 1235-17 du code du travail.
15. En cas d'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, prévoit que :
« *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.*

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

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

19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

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

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

6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

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

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article. »¹

16. En revanche, lorsque le juge constate que le licenciement est nul en application des dispositions législatives en vigueur énumérées ou qu'il est intervenu en violation d'une liberté fondamentale, entendue comme une atteinte au droit de grève, au droit d'ester en justice ou à la liberté syndicale, les montants minimaux et maximaux fixés par l'article L. 1235-3 ne sont pas applicables.
17. Ainsi, l'article L. 1235-3-1 du code du travail, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} avril 2018, dispose que :

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

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

1° La violation d'une liberté fondamentale ;

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

¹ Les articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15 du code du travail prévoient respectivement que le juge peut accorder une indemnité au salarié en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative lors d'un licenciement collectif pour motif économique ; en cas de non-respect de la priorité de réembauche ; en cas de procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi.

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

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

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

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

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

III – DISCUSSION SUR LE BIEN-FONDE DES GRIEFS

A) Principes applicables

18. L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, intitulé « Droit à la protection en cas de licenciement », stipule que :

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

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

b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

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

19. Dans sa décision du 8 septembre 2016 sur la recevabilité et le bien-fondé de la réclamation n° 106/2014 *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, le Comité a rappelé que :

« 45. (...) en vertu de la Charte, les salariés licenciés sans motif valable doivent obtenir une indemnisation ou toute autre réparation appropriée. Les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :

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

46. Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte. Toutefois, en cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies de droit (par exemple, la législation antidiscriminatoire) (Conclusions 2012, Slovaquie) »

20. Dans ses observations devant le Comité, le Gouvernement finlandais défendait la possibilité pour les salariés victimes d'un licenciement abusif d'obtenir une indemnisation complémentaire à celle prévue par le barème sur le fondement d'autres voies de droit, notamment sur le fondement de la loi sur la non-discrimination, de la loi relative à l'égalité entre les femmes et les hommes et de la loi relative à la responsabilité civile. Néanmoins, le Comité a constaté que si le licenciement abusif ne comportait pas d'élément discriminatoire, il n'était pas possible de demander réparation sur le fondement de ces lois.
21. Le Comité a conclu, dans cette affaire, à une violation de l'article 24 de la Charte par la Finlande aux motifs que « dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis » (§ 49 de la décision) et que « la loi relative à la responsabilité civile ne constitue pas une voie de droit alternative ouverte aux victimes de licenciement abusif ne présentant pas de lien avec la discrimination » (§ 52 de la décision). Le Comité a retenu qu'il n'y a pas non plus la possibilité pour le juge d'ordonner la réintégration du salarié.
22. Le Gouvernement français relève qu'il ne ressort pas de cette décision du Comité citée par la CGT-FO que la mise en place d'un plafond pour les indemnités allouées par le juge pour certains cas de licenciements abusifs conduirait nécessairement à une indemnisation inadéquate ou inappropriée, indépendamment du cadre juridique national dans lequel elle s'intègre. L'appréciation qui a été retenue dans le cas de la Finlande a en effet été prise au regard de l'ensemble des règles existantes dans cet Etat en matière de sanction du licenciement abusif (indemnité, réintégration, voie alternatives de recours) et de droits consécutifs à un chômage.
23. Par ailleurs, le Gouvernement note que le Comité n'a jamais énoncé que le principe même du plafonnement d'une indemnisation serait contraire, par nature, à l'article 24 de la Charte sociale européenne, ni qu'une telle indemnité plafonnée serait contraire à la Charte en ce qu'elle n'aurait pas un caractère suffisamment dissuasif.

24. Seule l'absence de toute possibilité de faire réparer son préjudice en dehors de l'indemnité plafonnée, dans l'hypothèse où elle ne serait pas en rapport avec le préjudice subi, est censurée.

B) Application des principes à la situation de la France

25. A titre liminaire, le Gouvernement souhaite souligner que, contrairement à la Finlande, la législation française donne la possibilité au juge de décider la réintégration du salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent, si ce dernier le demande. Le versement d'une indemnité n'intervient que si le salarié ne souhaite pas être réintégré ou si l'employeur s'oppose à cette réintégration. En outre, en cas de licenciements nuls, qui sont ceux qui correspondent aux atteintes les plus graves, si le juge a décidé la réintégration demandée par le salarié, l'employeur ne peut pas s'y opposer, sauf si cette réintégration est matériellement impossible.
26. L'impossibilité matérielle de réintégrer le salarié est appréciée strictement par les juges. Il s'agit le plus souvent de la fermeture de l'entreprise, ou de la mise à la retraite du salarié. Le fait que le poste occupé par le salarié avant son licenciement ait été supprimé ou soit occupé par un autre salarié ne constitue pas une impossibilité matérielle.
27. La réintégration constitue donc bien un des modes de réparation dont les juridictions internes françaises peuvent disposer même si dans les faits, cette possibilité est très peu mise en œuvre car les salariés ne le souhaitent souvent pas.
28. Par ailleurs, le Gouvernement rappelle que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 prévoit plusieurs exceptions à l'application du barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail. Il s'agit des situations de licenciement abusif les plus graves.
29. Ainsi, le barème n'est pas applicable lorsque le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la violation d'une liberté fondamentale (droit de grève, droit de retrait, droit d'ester en justice, liberté syndicale, etc.), de faits de harcèlement moral ou sexuel, lorsque le licenciement est discriminatoire ou consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou à une dénonciation de crimes et délits, lorsqu'il concerne un salarié protégé du fait de l'exercice d'un mandat ou de sa situation de grossesse, maternité, paternité, ou victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle. Dans ces cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, quelles que soient l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, et qui n'est soumise à aucun plafond (article L. 1235-3-1 du code du travail cité au paragraphe 17 des présentes observations).
30. Ensuite, en cas de licenciement collectif pour motif économique (au moins dix salariés dans une même période de trente jours, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés) et que ce licenciement n'a pas été validé ou homologué par l'administration,

l'indemnité fixée par le juge est également de 6 mois de salaire au moins, sans montant plafond (si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise) (article L. 1235-11 du code du travail).

31. Dès lors, la législation française se distingue de la législation finlandaise, qui a été considérée comme non-conforme à l'article 24 de la Charte, en ce qu'elle prévoit, d'une part, la possibilité de réintégration du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, la possibilité d'obtenir une indemnisation au-delà du plafonnement dans un certain nombre de cas de licenciements irréguliers, considérés comme les plus graves et qui ne se limitent pas aux cas de discrimination.
32. Au-delà de ces observations liminaires, le Gouvernement entend démontrer que le mécanisme d'indemnisation prévu par la législation française est approprié et répond aux critères énoncés par le Comité dans sa décision *Finnish Society of Social Rights c. Finlande* précitée.

1. Sur l'indemnisation des pertes subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours

33. Dans sa réclamation, la CGT-FO soutient que le système français d'indemnisation n'assurerait pas correctement le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours en raison des délais de procédure devant la justice prud'homale, de l'ordre de 15 à 17 mois, qui dissuadent le salarié d'agir en justice. A l'appui de cet argument, la CGT-FO fait état d'une diminution du nombre de saisines de la justice prud'homale constatée depuis 2017.
34. En premier lieu, le Gouvernement précise que la diminution du nombre d'affaires nouvelles devant les conseils de prud'hommes, (150 000 en 2016 et 127 000 en 2017, soit une baisse de 15 %), mentionnée par la CGT-FO dans sa réclamation, est une tendance antérieure à l'entrée en vigueur du barème contesté. Des éléments distincts de la mise en place de cette mesure sont donc en cause, comme l'indique d'ailleurs la CGT-FO, notamment le développement de la rupture conventionnelle, mode de rupture amiable mis en place depuis 2008, ou les réformes intervenues portant sur le fonctionnement de la juridiction prud'homale (désignation des conseillers prud'hommes, réorganisation du fonctionnement et de la procédure prud'homale...), ceci pour rendre le recours plus efficace.
35. Il convient également de souligner que l'une des finalités poursuivies par le législateur est que le coût d'un recours en justice contre le licenciement soit plus prévisible et ne varie pas en fonction de la durée globale de la procédure. Le barème a pour but de couvrir le préjudice subi par le salarié tant dans la période antérieure à la décision judiciaire que celle postérieure.
36. En second lieu, après la rupture du contrat de travail et dans l'attente de retrouver un emploi, l'ex-salarié n'est pas sans ressource. Le droit français prévoit qu'il peut bénéficier d'une allocation d'assurance chômage dont le montant dépend du salaire de référence du salarié, calculé à partir du salaire brut perçu au cours des 12 derniers mois (articles L. 5421-1 et suivants du code du travail). Le montant

minimum de l'allocation chômage journalière au 1^{er} juillet 2018 est de 29,06 euros² soit 900.86 euros par mois (pour un mois de 31 jours) et pour un salarié à temps plein. Le montant maximal que peut toucher un salarié est égal 75 % de son salaire de référence. En moyenne, un salarié touche environ 60 % de son ancien salaire en allocation chômage. La durée d'indemnisation est proportionnelle à la durée d'affiliation dans la limite de 24 mois si le salarié a moins de 53 ans. Contrairement à la loi finlandaise, la loi française ne prévoit pas de déduire le montant de cette allocation chômage ou les rémunérations éventuellement perçues par le salarié depuis son licenciement de l'indemnité allouée par le juge sur la base du barème.

2. Sur le caractère suffisamment réparateur et dissuasif des indemnités prévues par le barème

37. Dans sa réclamation, la CGT-FO soutient que dans la mesure où le plafond fixé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, qui est de 20 mois de salaire brut, est inférieur à celui de 24 mois de salaire brut considéré comme insuffisant par le Comité dans l'affaire finlandaise, il y aurait nécessairement une violation de l'article 24 de la Charte.
38. Elle allègue également que la réparation ne serait pas appropriée car l'indemnité fixée par le barème ne prendrait pas en compte la situation personnelle du requérant (âge, vulnérabilité sociale, difficulté à retrouver un emploi par exemple).
39. En outre, la CGT-FO conteste le fait que le juge puisse tenir compte d'autres indemnités versées au salarié à l'occasion de la rupture du contrat lorsqu'il détermine le montant de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Selon l'organisation réclamante, ce mécanisme de « globalisation des indemnités » constituerait une invitation adressée au juge à modérer l'indemnité qu'il prononce.
40. Enfin, elle estime que le barème d'indemnisation instauré par l'article L. 1235-3 du code du travail ne serait pas dissuasif pour les employeurs dès lors qu'ils pourraient calculer à l'avance le coût d'un licenciement irrégulier.

i. Sur le caractère suffisamment réparateur des indemnités pour le salarié

41. En premier lieu, le Gouvernement rappelle que le barème français fixe des planchers et des plafonds d'indemnisation, et non des montants forfaitaires d'indemnité, ce qui est le cas, par exemple, du barème italien faisant l'objet de la réclamation n° 158/2017, *Conferazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*.
42. De ce fait, le barème français permet au juge de tenir compte d'autres critères que l'ancienneté, liés à la situation particulière du salarié et en lien avec le préjudice subi (âge, santé, situation familiale par exemple) pour fixer le montant d'indemnité dans le respect des planchers et plafonds. Le juge conserve bien, au vu des circonstances de l'espèce, son pouvoir d'appréciation du montant de l'indemnité allouée afin d'individualiser le préjudice et d'y apporter une réparation appropriée.

² Circulaire n° 2018-14 du 16 juillet 2018 de l'Unédic, pièce jointe n° 3

43. De surcroît, dans l'hypothèse où il résulterait de l'instruction que le licenciement serait intervenu pour un motif entaché de nullité, cette circonstance fera immédiatement obstacle à l'application du barème en litige, comme indiqué au paragraphe 29 des présentes observations. L'indemnisation accordée par le juge pourra donc être d'un montant supérieur à 20 mois de salaire brut.
44. Au demeurant, comme évoqué au paragraphe 10 des présentes écritures, le Gouvernement précise que le Conseil constitutionnel français a validé le dispositif contesté par la CGT-FO. Ainsi, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 (pièce jointe n° 2), il a estimé que le plafonnement « *n'instituait pas des restrictions disproportionnées* » aux droits des victimes d'actes fautifs par rapport à l'objectif d'intérêt général de renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail (§ 88 de la décision).
45. Dans cette décision il a clairement reconnu que :
- la prévisibilité des conséquences s'attachant à la rupture du contrat de travail constitue un motif d'intérêt général permettant d'aménager le droit à réparation ;
 - les conditions dans lesquelles ce droit a été aménagé ne sont pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à celui-ci dès lors, d'une part, que les montants correspondent aux « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions avant la réforme et, d'autre part, que le barème n'est pas applicable dans un certain nombre d'hypothèses qui correspondent aux situations les plus graves dans lesquelles la sanction est la nullité du licenciement.
46. Par ailleurs, l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, qui est le critère retenu pour moduler les montants minimum et maximum du barème, a été reconnue par le Conseil constitutionnel comme étant en adéquation avec l'objet de la mesure puisque ce critère se rattache directement au salarié (décision n° 2018-761 DC précitée, § 89, et décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 relative à la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, § 152 – pièce jointe n° 4).
47. En second lieu, contrairement à ce que soutient la CGT-FO, le dispositif français n'instaure aucun mécanisme de « globalisation » qui imposerait au juge de déduire mathématiquement le montant des indemnités conventionnelles de licenciement versées par l'employeur au moment de la rupture pour fixer le montant de l'indemnisation. Si la loi mentionne cette prise en compte, elle ne lui donne en effet aucun caractère obligatoire. La disposition en cause a uniquement pour but de guider le juge dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation en lui indiquant qu'il peut prendre en compte les indemnités dont le salarié a pu bénéficier en compensation du licenciement si celles-ci sont supérieures à ce que prévoit la loi, notamment parce qu'il relève d'un secteur d'activité dans lequel les partenaires sociaux ont fixé des montants plus élevés.
48. La CGT-FO conteste également le fait que le montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne soit cumulable avec les indemnités spécifiquement prévues pour réparer certaines irrégularités dans la procédure du licenciement économique (non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, non-respect de la priorité de réembauche, licenciement dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place en dépit de l'absence de procès-verbal de

carence) que dans la limite des plafonds qu'il définit. Cependant, cette globalisation du plafond est nécessaire pour donner au barème son plein effet de prévisibilité et repose sur l'unicité du fait générateur du préjudice, c'est-à-dire du licenciement, quelles que soient par ailleurs les fautes qui s'ajoutent au défaut de caractère réel et sérieux.

ii. Sur le caractère suffisamment dissuasif des indemnités pour l'employeur

49. Contrairement à ce que soutient la CGT-FO, le Gouvernement estime que le fait de pouvoir quantifier a priori le montant de l'indemnité qui risque d'être allouée par le juge ne supprime nullement son effet dissuasif envers l'employeur. Cet effet dissuasif dépend non pas du caractère inconnu et imprévisible du montant, mais bien du montant lui-même.
50. En outre, la perspective d'une condamnation a nécessairement un effet dissuasif relatif, qui dépend de la capacité financière de l'entreprise. Cet élément a été pris en compte dans certains pays, notamment dans le barème italien qui module les montants selon la taille de l'entreprise.
51. Dans le cas de la France, le critère de la taille de l'entreprise a pu être pris en compte pour les planchers, mais pas pour les plafonds du barème. En effet, dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 précitée, le Conseil constitutionnel a invalidé une précédente proposition de barème en jugeant que la taille de l'entreprise ne pouvait pas être prise en compte pour fixer les plafonds d'indemnité car ce critère était sans lien avec le préjudice du salarié (pièce jointe n° 4). En conséquence, les plafonds du barème français sont fixés de sorte à permettre un équilibre quelle que soit la situation de l'entreprise.
52. S'agissant des planchers, le Conseil constitutionnel a, en revanche, accepté qu'ils puissent être adaptés à la taille des entreprises (décision 2016-582 QPC du 13 octobre 2016 – pièce jointe n° 5). Avant la réforme, il existait déjà un plancher de 6 mois de salaire pour les entreprises d'au-moins 11 salariés mais pas pour les entreprises plus petites. Le juge constitutionnel avait alors considéré que « *l'indemnité correspondant au seul préjudice subi, fixée sans montant minimal, apparaît en elle-même suffisamment dissuasive* » (§ 9 de la décision précitée). Le Gouvernement a néanmoins souhaité renforcer ce caractère dissuasif en instaurant dans le cadre du barème un montant minimum y compris pour les plus petites entreprises. L'argument de l'organisation requérante selon lequel ce montant serait « ridiculement bas » relève à cet égard d'une erreur d'appréciation.
53. De plus, il convient de noter que, lorsque le juge reconnaît que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, il peut ordonner, dans certains cas (salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté dans une entreprise employant habituellement au moins 11 salariés) et sans que le salarié ne le demande, le remboursement par l'employeur à Pôle emploi de tout ou partie, dans la limite de six mois, des indemnités de chômage versées au salarié (article L. 1235-4 du code du travail). Ce remboursement constitue pour l'employeur une charge supplémentaire non négligeable, notamment pour les salariés ayant une faible ancienneté, qui s'ajoute à l'indemnité allouée au salarié en réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

3. Sur l'existence de voies de droit alternatives

54. Dans sa réclamation, la CGT-FO soutient qu'il n'existerait pas en droit français de voies de droit alternatives permettant une indemnisation complémentaire. Selon elle, l'action spéciale en réparation du licenciement abusif écarterait l'application du droit commun de la responsabilité civile, qui ne pourrait être mis en œuvre que dans des cas très limités (licenciement vexatoire).
55. Or le Gouvernement précise que le barème français, contrairement au dispositif italien, n'a pas vocation à couvrir à lui seul la totalité des préjudices liés au licenciement abusif. L'article L. 1235-3 du code du travail ne concerne que le préjudice né de la perte injustifiée d'emploi (licenciement sans cause réelle et sérieuse). Aucun autre préjudice n'est donc concerné par le barème. Dès lors que le salarié est en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice distinct, il peut obtenir une réparation distincte, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.
56. Notamment, le salarié peut obtenir une indemnisation au regard des circonstances dans lesquelles le licenciement a été prononcé (licenciement vexatoire) (voir par exemple, Cour de cassation, chambre sociale, 27 septembre 2017, n° 16-14040 – pièce jointe n° 6). Cette possibilité, qui est couramment utilisée par les juges du fond, à la différence de ce qui a été observé dans le droit finlandais, n'a pas été remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée.
57. De même, il est tout à fait possible, sur le fondement du droit commun de la responsabilité, et indépendamment des circonstances mêmes de la rupture, de réparer un préjudice particulier, distinct de la perte injustifiée d'emploi. Ainsi, par exemple, en cas de licenciement pour inaptitude, un employeur peut être condamné, en plus d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à une indemnité réparant le préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé si celle-ci est imputable à l'employeur (Cour de cassation, chambre sociale, 2 mars 2011, n° 08-44977 – pièce jointe n° 7). Il est également possible de réparer le préjudice moral du salarié, dès lors que celui-ci ne résulte pas exclusivement du caractère injustifié du licenciement (Cour de cassation, chambre sociale, 25 février 2003, n° 00-42031, en l'espèce il s'agissait d'une atteinte à la dignité du salarié – pièce jointe n° 8). Le salarié peut également obtenir une réparation distincte du plafond sur le fondement de la perte de chance (Cour de cassation, chambre sociale, 31 mai 2011, n° 09-71350, perte de la chance de pouvoir bénéficier de l'avantage retraite applicable dans l'entreprise – pièce jointe n° 9).
58. Il ressort de ce qui précède que la législation française offre aux salariés licenciés sans motif valable une réparation appropriée conformément aux critères dégagés par le Comité dans son interprétation de l'article 24 de la Charte.

❧ ❧ ❧

59. Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, le Gouvernement estime que la législation interne relative à l'indemnisation des salariés en cas de licenciements sans cause réelle et sérieuse est conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée./.

ANNEXES

Pièce n° 1 : Conseil constitutionnel, décision n° 2017-751 DC, 7 septembre 2017

Pièce n° 2 : Conseil constitutionnel, décision n° 2018-761 DC, 21 mars 2018

Pièce n° 3 : Circulaire n° 2018-14 du 16 juillet 2018 de l'Unédic

Pièce n° 4 : Conseil constitutionnel, décision n° 2015-715 DC, 5 août 2015

Pièce n° 5 : Conseil constitutionnel, décision n° 2016-582 QPC, 13 octobre 2016

Pièce n° 6 : Cour de cassation, chambre sociale, 27 septembre 2017, n° 16-14040

Pièce n° 7 : Cour de cassation, chambre sociale, 2 mars 2011, n° 08-44977

Pièce n° 8 : Cour de cassation, chambre sociale, 25 février 2003, n° 00-42031

Pièce n° 9 : Cour de cassation, chambre sociale, 31 mai 2011, n° 09-71350