



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

25 février 2019

Pièce n° 7

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

OBSERVATIONS DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Enregistrée au secrétariat le 13 février 2019

Paris, le 13 Février 2019

OBSERVATIONS
DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

SUR LA RECLAMATION COLLECTIVE

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c/ France
Réclamation n° 160/2018

Le Syndicat des Avocats de France, dont le siège est situé au 34 rue Saint Lazare, 75009 Paris, représenté par sa Présidente Madame Laurence Roques, en exécution de la délibération prise par son Bureau le 11 janvier 2019, produit les observations qui suivent, dans le cadre de la réclamation n°160/2018 déposée par le Syndicat CGT-FO le 12 mars 2018, visant à voir déclarer que les nouvelles dispositions de l'article 1235-3 du Code du Travail français qui instituent un plafonnement des indemnités octroyées en cas de licenciement sans motif valable constituent une violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée.

PLAN :

INTRODUCTION

I) L'HARMONIE ANTERIEURE

A/ Bref rappel historique

- 1) Avant la loi du 13 juillet 1973
- 2) Du 13 juillet 1973 au 22 septembre 2017

B/ La réparation du préjudice causé par le licenciement sans cause réelle et sérieuse

- 1) Les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse
- 2) L'accord avec les exigences de la Charte

II. LA DISSONANCE ACTUELLE

A/ L'indemnisation limitée

- 1) L'atteinte au principe de réparation intégrale
- 2) L'atteinte à la fonction dissuasive de l'indemnité

B/ L'absence de voie alternative

- 1) L'exclusivité de la procédure de contestation du licenciement
- 2) La question du licenciement nul

C/ Portée de la disposition

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. Le 11 septembre 2018, le Comité européen des droits sociaux (ci-après le « Comité ») a déclaré recevable la réclamation présentée le 12 mars 2018 par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (ci-après la « CGT-FO »).

2. Par cette réclamation, la CGT-FO demande au Comité de déclarer que les nouvelles dispositions françaises issues de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 sur la prévisibilité et la sécurité accrue des relations de travail constituent une violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après la « Charte »).

3. Dans le cadre d'un *amicus curiae*, le Syndicat des Avocats de France (ci-après le « SAF ») vient formuler les présentes observations au soutien de la réclamation initiée par la CGT-FO.

L'article 1 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995 n°158, reconnaît aux organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs le droit de porter des réclamations collectives signalant une application non satisfaisante de la Charte.

Créé en 1974, le SAF est un syndicat professionnel, au sens de l'article L.2131-1 du Code du travail français.

Selon l'article 2 de ses statuts, il a notamment pour objet *“la recherche (...) des bases d'une action commune pour une meilleure justice”* et *“l'action en vue d'associer les avocats aux initiatives tendant à assurer le fonctionnement d'une justice plus démocratique et plus proche des citoyens et de mieux garantir les droits et libertés publiques et individuelles”*.

Le SAF aurait donc pu porter une réclamation collective, mais tenant compte du fait que le Comité est déjà saisi dans ce cadre par deux organisations syndicales nationale françaises représentatives de salariés, la CGT-FO, ainsi que la Confédération Générale du Travail (réclamation collective de la CGT n°171-2018 du 7 septembre 2018), le SAF choisit de transmettre ses observations au Comité dans le cadre de ces deux recours, portant sur le même objet. **(Pièce n°1 Statuts du SAF et Pièce n°2 Délibération du bureau du SAF)**

Le barème d'indemnisation obligatoire mis en place par les dispositions françaises soumises à l'appréciation du Comité est susceptible de porter atteinte aux droits des salariés victimes d'un licenciement sans motif valable, de porter préjudice à leur défense en justice et de porter atteinte à l'office du juge chargé de leur octroyer la juste réparation de leur préjudice, et ce, en violation de l'article 24 de la Charte.

La réclamation collective concerne donc clairement la défense d'une meilleure justice et la défense des droits individuels des salariés dans le cadre des litiges les opposant à leur employeur à l'occasion de la rupture injustifiée de leur contrat de travail.

Le SAF a d'ailleurs diffusé une argumentation à destination des avocats et défenseurs syndicaux défendant l'inconventionnalité de la réforme intervenue en septembre 2017. **(Pièce n° 3 - Argumentaire du SAF diffusé à compter de février 2018 mis à jour en février 2019)**

Le SAF est donc fondé à présenter des observations dans le cadre de la réclamation présentée par le Syndicat CGT-FO.

4. Dans sa décision sur la recevabilité du 11 septembre 2018, le Comité rappelle l'objet de la réclamation de la CGT-FO :

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

5. LA CGT-FO précise que le système de barème d'indemnisation obligatoire mis en place par l'ordonnance n° 2017-1387 est contraire aux exigences de la Charte dans la mesure où :

- il ne prévoit pas une indemnisation suffisante au regard de la réparation adéquate du préjudice ;
- il ne prévoit pas une indemnisation suffisante au regard de la dissuasion de l'employeur ;
- il ne prévoit pas de voies de droit alternatives permettant une indemnisation complémentaire.

6. Par les présentes, le SAF, venant au soutien du bien-fondé de ces prétentions, entend rappeler en premier lieu l'adéquation qui existait auparavant entre le droit français antérieur à l'ordonnance n° 2017-1387 quant à l'indemnisation du licenciement sans motif valable (I) et la Charte, afin de mieux mettre en lumière la violation de l'article 24 de la Charte par les règles nouvelles issues de la réforme entrée en vigueur depuis le 24 septembre 2017 (II).

I. L'HARMONIE ANTERIEURE

7. Dans un souci de clarté, il est apparu utile de présenter brièvement l'évolution, jusqu'à la veille de l'ordonnance litigieuse, de l'indemnisation en France du licenciement sans motif valable, désigné en droit français par la formule "licenciement sans cause réelle et sérieuse", afin de montrer l'adéquation de pensée entre la Charte et le droit français antérieur à l'ordonnance du 22 septembre 2017.

A. BREF RAPPEL HISTORIQUE

8. L'indemnisation du licenciement sans motif valable a connu en France, avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, une construction en plusieurs étapes.

1. Avant la loi du 13 juillet 1973

9. Dans un premier temps, aucun texte n'encadrait la rupture du contrat de travail par l'employeur. La jurisprudence estimait que ce dernier disposait d'un droit discrétionnaire pour l'exercice duquel il n'avait aucun compte à rendre.

10. L'employeur bénéficiait d'une réelle immunité.

11. En vue de protéger les salariés des abus générés par ce pouvoir de l'employeur, la loi du 27 décembre 1890 a modifié, dans la partie relative au contrat de louage de service, l'article 1780 du Code Civil, prévoyant ainsi :

« On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.

Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.

Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus.

Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence. »

12. Il convient de préciser ici qu'au contraire de l'ordonnance n° 2017-1387 qui ne tient compte que du critère relatif à l'ancienneté du salarié dans l'établissement de son barème (cf. II. A. 1), l'article 1780 envisage la prise en compte de nombreux éléments pour affiner la détermination du préjudice réellement subi par le salarié licencié à tort, et ce conformément au droit de la responsabilité civile classique.

13. Cet article, qui est une application de la théorie de l'abus de droit, consacre la fonction dissuasive de l'indemnité accordée au salarié licencié à tort.

14. Ainsi, dès 1890, les deux aspects de l'indemnisation – réparation et dissuasion – sont inscrits dans le droit français. Ils demeurent avec la réforme de 1973.

2. Du 13 juillet 1973 au 22 septembre 2017

15. Afin de mieux protéger l'emploi des salariés, la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 opère un bouleversement dans la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. D'un droit susceptible d'abus, la résiliation devient un droit causé : l'exercice par l'employeur du droit de licencier suppose l'existence d'une cause réelle et sérieuse (équivalent du "motif valable" de la Charte).

L'article L.1235-3 du Code du travail, dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387, prévoyait :

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

16. A compter de cette réforme de 1973, la contestation du motif de licenciement s'effectue par le biais d'une action spécifique, **exclusive de toute autre action en responsabilité civile**, et dont les sanctions prévues par le Code du travail sont alors en conformité avec l'article 24 de la Charte.

Le code civil, et notamment l'article 1780 précité, n'est plus mobilisable car c'est le droit spécifique prévu par le Code du travail qui prime sur le droit commun du contrat.

B. LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE CAUSÉ PAR LE LICENCIEMENT SANS CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

17. Le droit en vigueur avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 présente une adéquation parfaite avec les exigences de la Charte.

1. Les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse

18. Deux logiques existent afin de réparer le préjudice subi par un salarié licencié à tort : la réintégration et l'indemnisation.

a. La réintégration

19. Le licenciement sans motif valable n'oblige pas l'employeur à réintégrer le salarié licencié.

Il convient ici de distinguer le licenciement sans motif valable et le licenciement nul.

Comme on l'a vu, tout licenciement doit avoir un motif valable qualifié en droit français de cause réelle et sérieuse. A défaut, l'employeur devra réparer le préjudice créé par la rupture.

Certains licenciements, et certains seulement, sont nuls : en cas de violation de droits spécialement protégés, notamment ceux des accidentés du travail, des femmes enceintes, des salariés investis de mandats de représentation du personnel.

Sont également nuls les licenciements qui explicitement ou implicitement relèvent en réalité de la discrimination, du harcèlement, ou de la violation d'une liberté fondamentale.

Les cas de nullité sont strictement limités à ces contextes d'infractions spéciales de l'employeur, qui n'ont pas de lien avec le débat juridique relatif au caractère valable ou non du motif invoqué pour la rupture du contrat de travail, puisqu'un licenciement peut être jugé nul, que le motif invoqué soit ou non valable en soi.

La nullité entraîne dès lors une réparation spécifique. Lorsqu'un licenciement est nul, le juge peut ordonner la réintégration du salarié, outre son indemnisation.

Mais la réclamation dont est saisi le Comité ne concerne pas la question des licenciements nuls. Elle ne porte que sur les dispositions relatives à la réparation des licenciements qui, sans être nuls, ne sont pas justifiés par un motif valable.

Dans ce cas, lorsque le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse, le juge ne peut pas ordonner la réintégration, il ne peut que la proposer, ce qui n'intervient jamais en pratique, l'employeur s'y opposant systématiquement et le salarié renonçant à formuler cette demande qui n'a aucune chance d'aboutir.

20. Il est ainsi constant, en droit français, que la réintégration est une option qui n'est en réalité, par son caractère non contraignant, jamais mise en œuvre pour les licenciements jugés sans cause réelle et sérieuse (alors qu'elle l'est pour les licenciements nuls) et que le principe, dans le cadre de la réparation du préjudice des salariés licenciés sans motif valable, est donc exclusivement la fixation d'une indemnité.

b. L'indemnisation

21. Comme le rappelle la CGT-FO dans sa réclamation, et comme rappelé plus haut, le législateur de 1973 avait prévu, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnisation de l'entier préjudice subi par le salarié.

22. Ainsi, pour les licenciements notifiés avant le 24 septembre 2017 et jugés sans cause réelle et sérieuse, le salarié avait droit à une indemnité :

- réparant l'entier préjudice nécessairement subi du fait de la perte injustifiée de son emploi¹ et dont l'étendue était souverainement appréciée par les juges du fond^{2 3}.
- avec un plancher au moins égal à ses 6 derniers mois de salaire s'il a au moins 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés et plus⁴.

¹ Cass. soc. 13 septembre 2017, n° 16-13578 (**Pièce n°4**)

² Cass. soc. 25 septembre 1991, n° 88-41251 ; Cass. soc. 14 mai 1998, n° 96-42104 (**Pièces n°5 et 6**)

³ Article L1235-5 ancien du Code du travail

23. Dans sa décision n°2016-582 du 13 octobre 2016, le Conseil Constitutionnel, examinant la différence de traitement entre les salariés au regard du plancher d'indemnisation, a reconnu la nécessité que l'indemnité soit "*suffisamment dissuasive*" et que l'objet de la loi "*consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle ni sérieuse*". (Pièce n°7)

24. Les deux objectifs de l'indemnisation – réparation et dissuasion – étaient donc clairement poursuivis par le législateur.

2. L'accord avec les exigences de la Charte

25. L'article 24 de la Charte dispose :

« 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. »

26. Dans sa décision rendue le 8 septembre 2016, le Comité a précisé que :

« 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 victime⁵.*

(...) 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. »

27. Ainsi, le droit français en vigueur avant l'ordonnance n° 2017-1387 était bien en conformité avec les exigences de la Charte dans la mesure où l'indemnisation prévue en cas de licenciement sans motif valable avait pour buts de dissuader l'employeur et d'indemniser le salarié, sans qu'aucune limitation légale ne vienne porter atteinte à ces objectifs.

⁴ Article L1235-3 ancien du Code du travail

⁵ CEDS, 8 septembre 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande, pt 45

28. On rappellera ici utilement les Conclusions du Comité des Droits Sociaux quant à la conformité du Droit Français avant l'ordonnance n° 2017-1387. En 2003, la Comité a conclu que la situation de la France est conforme à l'article 24 de la Charte révisée⁶.

29. Cette harmonie entre le droit français et la Charte a été rompue par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

II. LA DISSONANCE ACTUELLE

30. Le nouvel article L. 1235-3 du Code du Travail, issu de l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, dispose 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 | 9 |
| 9 | 3 | 10 |
| 10 | 3 | 10,5 |
| 11 | 3 | 11 |
| 12 | 3 | 11,5 |
| 13 | 3 | 12 |
| 14 | 3 | 12,5 |
| 15 | 3 | 13 |
| 16 | 3 | 13,5 |

⁶ Conclusion France 2003 – extrait (**Pièce n°8**)

| | | |
|---------------|---|------|
| 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 :

Plancher minimal spécifique applicable aux entreprises de moins de 11 salariés.

| ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes) | Indemnité minimale (en mois de salaire) |
|--|--|
| 0 | - |
| 1 ou 2 ans | 0, 5 |
| 3 ou 4 ans | 1 |
| 5 ou 6 ans | 1, 5 |
| 7 ou 8 ans | 2 |
| 9 ou 10 ans | 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.”

31. Si la possibilité de la réintégration est conservée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, c'est dans les mêmes termes et réserves déjà émises sur cette option purement facultative et restant dès lors inappliquée (I. B. 1. a.). L'employeur est en droit de s'opposer à la réintégration et c'est ce qui conduit à ce que cette possibilité soit non pas très peu, mais jamais, mise en œuvre.

Non pas que les salariés ne souhaitent pas la demander (comme le prétend l'Etat français en page 8 de son mémoire), mais parce que les salariés savent depuis toujours qu'elle sera rejetée dans le cadre du procès et qu'elle est donc une réparation impossible, qui n'a aucune effectivité.

32. La nouveauté de la réforme se situe au niveau de l'indemnisation qu'elle est venue limiter par un plafond, en contradiction avec les principes de réparation intégrale et de dissuasion appliqués jusque-là en conformité avec la Charte.

33. Précisons que le barème s'applique également aux ruptures assimilées aux licenciements sans cause réelle ni sérieuse. Ainsi en est-il lorsque le salarié prend acte de manière justifiée de la rupture de son contrat de travail (prise d'acte) ou lorsque le salarié demande au juge de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Le plafonnement des indemnités s'applique aussi à ces deux types de situations requalifiées en licenciement sans motif valable.

A. L'INDEMNISATION LIMITÉE

34. Dans sa décision rendue le 8 septembre 2016, le Comité a précisé que :

« Tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte⁷. »

35. Le plafonnement prévu par l'ordonnance litigieuse porte atteinte tant au principe de réparation intégrale qu'à la fonction dissuasive de l'indemnité pour licenciement injustifié.

1. L'atteinte au principe de réparation intégrale

36. Le mode de détermination de l'indemnité tel que prévu par l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne saurait dans tous les cas réparer l'entier préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi, compte tenu tant du critère retenu pour la fixation du barème que des plafonds fixés.

a. Le critère de l'ancienneté

37. L'ordonnance litigieuse n'a retenu qu'un seul critère pour la détermination du barème impératif, celui de l'ancienneté.

38. Or l'ancienneté ne peut être le seul élément d'appréciation du préjudice du salarié licencié sans motif valable. Les difficultés dans la recherche d'un nouvel emploi, la durée du chômage, comme les impacts professionnels, financiers, personnels et moraux, ainsi que de nombreux autres éléments doivent être pris en compte pour déterminer dans toutes ses dimensions le préjudice réellement subi par un salarié.

⁷ CEDS, 8 septembre 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande, § 46

Privé d'emploi sans motif valable, le salarié va devoir subir la privation de revenus et de travail sur une période dont la durée variera non pas en fonction de son ancienneté, mais en considération de son sexe, de son âge, de sa qualification ou de sa situation géographique, ou encore de l'état du marché de l'emploi, chacun de ces éléments pouvant rendre plus difficiles et longues ses démarches pour se réinsérer et retrouver une situation professionnelle, qui sera d'ailleurs souvent moins favorable que celle qu'il a injustement perdue... L'essentiel du préjudice du salarié se mesure bien plus au regard des difficultés de réinsertion professionnelle que de son ancienneté.

39. Les préjudices moral, matériel et professionnel dépendent aussi très clairement de la situation personnelle du salarié au moment où il se retrouve impacté par ce licenciement illégal : situation familiale (parent isolé n'ayant pas d'autre revenu dans son foyer), état de santé (salarié touché par un handicap ou une situation de santé difficile), âge (salarié qui va subir une réduction de ses droits à retraite qu'il ne pourra plus rattraper) etc.

Ainsi, à ancienneté égale, la limitation de l'indemnisation n'affecte pas aussi lourdement les uns et les autres.

40. Au demeurant, un salarié peut être licencié avec une faible ancienneté alors qu'il a été démarché et a quitté une situation professionnelle antérieure durable, et perdu cette stabilité pour finalement être rapidement l'objet d'un licenciement abusif dans son nouvel emploi. Un tel schéma n'est malheureusement pas rare.

L'ancienneté est donc un critère inadapté, qui limite de façon abrupte et injustifiée le préjudice réparable et ne saurait permettre de déterminer une réparation adéquate.

b. Le plafonnement

41. De multiples atteintes au principe de la réparation adéquate sont portées par le barème fixé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 :

➤ S'agissant de la hauteur des plafonds :

42. L'indemnité versée dans le cadre d'un licenciement injustifié a vocation à réparer tous les préjudices nés de la perte d'emploi :

- Perte financière subie par le salarié en raison de sa mise au chômage
- Privation des gains qu'il pouvait attendre de son maintien dans l'entreprise
- Préjudice moral subi
- Préjudices supplémentaires liés à des circonstances particulières consécutives à la perte d'emploi comme l'impossibilité de bénéficier d'un emprunt ou d'un bail en raison de la perte d'emploi, ou l'impossibilité de bénéficier de ses stocks options du fait du licenciement, etc.

43. Compte tenu de l'étendue possible du préjudice, le Comité a jugé dans sa décision du 8 septembre 2016 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 le préjudice subis. »

44. Or le barème tel qu'issu de l'ordonnance litigieuse est plafonné, au maximum, à 20 mois de salaire et il faut justifier de pas moins de 29 années d'ancienneté pour l'atteindre !

L'atteinte au principe de la réparation intégrale est manifeste.

45. Il en est de même pour les anciennetés les plus faibles, qui sont de plus en plus fréquentes sur le marché du travail : comme le soulignait la Ministre du Travail Muriel PENICAUD en interview sur la radio France Info le 19 septembre 2017 "70% des salariés ont moins de 10 ans d'ancienneté".

Or au début du tableau de l'article L. 1235-3, le plafond est si réduit qu'il est pratiquement au même niveau que le plancher, et donc bien trop bas pour permettre au juge de moduler l'indemnité en fonction du préjudice subi. Ainsi, pour une ancienneté de 2 ans, l'indemnité est comprise entre 3 et 3,5 mois de salaire. Avec 3 ans d'ancienneté, entre 3 et 4 mois... La réalité du préjudice ne saurait être librement évaluée par le juge avec une marge d'appréciation aussi restreinte. Comment l'Etat français peut-il oser écrire que le juge conserve, « dans les bornes » d'un tel barème, son pouvoir d'appréciation afin d'individualiser le préjudice et d'apporter une réparation appropriée ?

Cette liberté d'appréciation est si marginale qu'elle s'apparente à une liberté de circulation dans une cour de prison.

La faiblesse des plafonds d'indemnisation pour les salariés ayant une faible ancienneté aboutit à une indemnisation sans rapport avec le préjudice subi.

Ainsi, par exemple, un salarié ayant 1 an d'ancienneté, qui resterait deux ans au chômage suite à son licenciement, bénéficiera au mieux d'une indemnité égale à 1 mois de salaire alors que son seul préjudice matériel est égal à 17,16 mois de salaire⁸.

Une telle indemnisation ne peut être tenue pour adéquate.

➤ S'agissant de la détermination des barèmes :

46. Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil Constitutionnel précise :

« Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnisations accordées par les juridictions. »⁹

⁸ [43 % x 12 + 12] L'indemnisation chômage étant de 57 % du salaire et la durée de l'indemnisation chômage est plafonnée à la durée de l'emploi perdu soit ici 12 mois

⁹ Cons. Const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC (Pièce n°9)

47. Or raisonner à partir d'indemnités moyennes dans des affaires passées, c'est la négation même de la démarche d'indemnisation des préjudices, qui exige une appréciation au cas par cas, et évidemment sans plafond. Pour garantir une indemnisation appropriée, il faut une appréciation individualisée du préjudice, ce qui existe dans tous les autres contentieux de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, en droit français.

➤ S'agissant du contenu de l'indemnité :

48. L'article L. 1235-3 nouveau du Code du Travail prévoit in fine :

« 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. 1235-12¹⁰, L. 1235-13¹¹ et L. 1235-15¹², dans la limite des montants maximaux prévus au présent article. »

49. Ainsi, la réforme invite le juge à tenir compte d'une indemnité conventionnelle de licenciement, qui est due par tout employeur au salarié licencié pour un motif valable, lorsque la rupture est intervenue en toute légalité, pour réduire le montant de l'indemnisation que l'employeur fautif doit verser au salarié spécifiquement lésé par l'absence de justification de son licenciement !

50. On ne s'étonnera pas que l'Etat français, qui se félicite dans son mémoire d'une telle mesure, argue ensuite du fait que le salarié français bénéficie d'une allocation chômage qui ne sera pas déduite de son indemnisation, et que cela permettrait de se démarquer des raisonnements tenus par le Comité à l'encontre du système Finlandais en 2016. Mais les indemnités chômage sont versées aux salariés français à l'identique, que leur licenciement ait été légal ou notifié sans motif valable.

Et cette indemnisation chômage n'assure un maintien de revenus que très partiel, à hauteur de 57% brut de l'ancienne rémunération (**Pièce n°9 : Extrait du site de Pôle Emploi**). Le versement des indemnités de chômage françaises ne saurait donc peser dans l'appréciation du caractère adéquat de l'indemnisation des salariés victimes non pas d'un licenciement, mais d'un licenciement sans motif valable.

¹⁰ Article L.1235-12 du Code du Travail : *« En cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi. »*

¹¹ Article L.1235-13 du Code du Travail : *« En cas de non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. »*

¹² Article L.1235-15 du Code du Travail : *« Est irrégulière toute 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. Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis. »*

51. Par ailleurs, dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en cas de non-respect de l'obligation de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration, ou encore de non-respect de l'obligation de réembauchage, une indemnité spécifique est prévue pour ces fautes, qui s'ajoute à l'absence de motif valable. Mais le plafond de l'article L. 1235-3 vient s'appliquer à l'ensemble de ces indemnités cumulées, ce qui réduit d'autant la possibilité pour le juge de prendre en compte l'intégralité des préjudices subis par le salarié injustement licencié et par ailleurs victime d'autres manquements. L'Etat français l'assume en page 12 de ses observations en avouant que "cette globalisation du plafond est nécessaire pour donner au barème son plein effet de prévisibilité" !

50. Le système de barème mis en place par l'Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 est incompatible avec l'exigence de réparation adéquate du préjudice, ce qui condamne le salarié à une double peine : déjà, injustement licencié, il ne pourra prétendre à la juste réparation du tort qu'il aura subi... tandis que l'employeur fautif bénéficie, lui, d'une exonération partielle des conséquences financières de sa responsabilité....

C'est le second volet à examiner désormais à l'appui de cette réclamation de la CGT-FO.

2. L'atteinte à la fonction dissuasive de l'indemnité

52. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 21 mars 2018, justifie l'atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice de la manière suivante :

« 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 général¹³. »

53. Cette affirmation, cautionnant l'objectif fixé par le Gouvernement pour sa réforme, est pourtant particulièrement critiquable car il s'agit bien du seul intérêt des employeurs et non de l'intérêt général.

Contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement Français dans ses observations, absolument rien ne permet d'affirmer que faciliter le licenciement est favorable à l'emploi. Un tel argument est de nature à remettre en cause l'ensemble des protections accordées aux travailleurs et il n'a jamais reçu de justification économique pertinente.

Dans son communiqué de presse du 31 août 2018 présentant sa réforme, le Gouvernement a souhaité aller plus loin encore dans cette voie et a plébiscité la mise en place « d'un barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels » (**Pièce n°21. p. 8**).

54. En 2017, le Conseil Constitutionnel avait déjà précisé que :

« 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 gravité, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des

¹³ Cons. Const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, § 86

conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. »¹⁴

Il est ainsi évident qu'il n'y a jamais eu d'autre objectif d'intérêt général mis en avant pour justifier la réforme que celui de rendre prévisible le montant maximum des dommages et intérêts afin de sécuriser les employeurs, et eux seuls. Et c'est d'ailleurs ce que l'Etat français explique à maintes reprises dans son mémoire : il s'agit d'encadrer le montant des condamnations pour les rendre prévisibles.

Le système des barèmes a donc été conçu pour un objectif en totale contradiction avec la fonction dissuasive que doit présenter l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme l'a rappelé le Comité dans sa décision du 8 septembre 2016.

55. Il ressort d'ailleurs de ce système de barème avec plafonnement que le licenciement injustifié notifié par un grand groupe à un salarié ayant une faible ancienneté ne pourrait conduire qu'au versement d'une indemnité quasiment transparente au regard des ressources dudit groupe, qui bénéficie alors d'un véritable droit discrétionnaire de rupture unilatérale du contrat de travail, tel que cela existait en droit français avant 1890. Toute l'évolution du droit du licenciement est ainsi effacée d'un trait.

Il devient ainsi totalement loisible à l'employeur de budgéter le coût maximal d'un licenciement et de financer cette infraction en toute maîtrise de son risque, contre lequel il peut d'ailleurs s'assurer. Comme l'a écrit le Professeur Pascal LOKIEC, cette réforme instaure un *"coût de la violation de la Loi"*¹⁵.

L'Etat français prétend que l'effet dissuasif ne dépend pas du caractère inconnu et imprévisible du montant mais du montant lui-même, mais la réalité s'impose : en fixant des plafonds aussi bas, la réforme permet aux employeurs les plus prospères, notamment les groupes, de "se payer" leurs infractions que sont les licenciements abusifs.

56. Au surplus, il est parfaitement inexact de prétendre que cette prévisibilité pourrait favoriser la conciliation : comme pour toute négociation, l'employeur tient compte de son risque maximal en cas de contentieux et par conséquent, propose un accord à moindre coût, minorant encore sa responsabilité, par le jeu d'une négociation toute aussi faussée que le procès, le salarié ne disposant de son côté d'aucun levier pour faire valoir toutes les conséquences préjudiciables de son licenciement.

Le plafond fait en réalité perdre au salarié tout rapport de force dans la négociation, l'aléa du procès se trouvant si fermement jugulé par le barème. Et en effet, comme l'expose le syndicat réclamant, les salariés déjà lourdement pénalisés par les délais de procédure très longs d'une justice prud'homale qui souffre du manque de moyens¹⁶, renoncent pour beaucoup à aller en

¹⁴ Cons. Const. 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC, § 33 (Pièce n°11)

¹⁵ Pascal LOKIEC Il faut sauver le droit du travail, Odile Jacob, 2015 page 118

¹⁶ En 2011, 71 salariés ont pu compter sur l'appui des avocats du Syndicat des Avocats de France et sur l'engagement à leurs côtés des syndicats de salariés CGT, CFE CGC, CFDT, Solidaires et UNSA, du Syndicat de la Magistrature ainsi que des Ordres des Avocats de Seine-Saint-Denis, des Hauts-de-Seine, de Versailles et de Paris, pour les accompagner devant le Tribunal de Grande Instance de Paris qui a condamné l'Etat fautif de ne pas permettre l'accès au juge prud'homal dans des délais raisonnables en constatant la violation de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. D'autres condamnations se sont multipliées depuis. En vain. Les délais de procédure sont demeurés très excessifs.

justice sans pour autant bénéficier d'une réparation négociée de leur préjudice. Ils renoncent donc purement et simplement à obtenir la réparation de leur préjudice, les employeurs étant alors, quant à eux, totalement exonérés des conséquences de leur faute.

57. Cette situation est particulièrement marquante pour les salariés ayant une très faible ancienneté :

- un salarié ayant moins d'un an d'ancienneté bénéficiera d'une indemnité d'un mois de salaire maximum ;
- un salarié entre un et deux ans d'ancienneté bénéficiera d'une indemnité comprise entre un mois (voire un demi mois pour les entreprises de moins de 11 salariés) et deux mois de salaire maximum.

Ainsi, le coût réel du licenciement sans cause réelle et sérieuse est insignifiant.

Cette situation est pire que celle résultant d'une précédente disposition adoptée en droit français et ayant donné lieu à une déclaration de non-conformité sur le fondement des dispositions de la Convention 158 de l'OIT dont la rédaction rappelle celle de l'article 24 de la Charte.

Par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », le gouvernement français avait créé un contrat pouvant être rompu par l'employeur pendant une durée de deux ans, sans motif, réservé aux entreprises de moins de 20 salariés. En contrepartie, l'employeur devait verser une indemnité égale à 8 % des rémunérations versées au salarié, et 2% au régime d'indemnisation chômage.

Ce contrat avait été déclaré contraire à la Convention 158 de l'OIT tant par le Conseil d'administration de l'OIT, que par la Cour de cassation française, en ce qu'il dispensait l'employeur de justifier le licenciement (Cass. Soc., 1er juillet 2008, n°07-44.124).

Cette possibilité de licencier moyennant le versement d'une somme totale égale à 10 % des salaires versés, avait été largement plébiscitée par les employeurs (entre 360 000 et 460 000 contrats signés selon la DARES).

Sur la période d'octobre 2005 à octobre 2006, alors que seuls 5 % des salariés en CDI ont été licenciés, 17 % des contrats nouvelle embauche ont été rompus par les employeurs, soit 3,5 fois plus, preuve de l'absence de caractère dissuasif du versement de 10 % des rémunérations versés (8% pour les salariés, 2% pour le régime d'indemnisation chômage).

Le régime découlant de la nouvelle rédaction litigieuse de l'article L. 1235-3 du code du travail aboutit à un résultat encore plus défavorable au salarié :

- un licenciement injustifié, peu avant un an d'ancienneté, sera plafonné à 1 mois de salaire, soit 8,33 % des rémunérations versés (1/12e) ;
- Un licenciement injustifié, peu avant deux ans d'ancienneté sera indemnisé entre un mois de salaire soit 4,17 % (1/24e) des salaires perçus sur cette période et deux mois de salaire soit 8,33 % (2/24e).
- pire, cette indemnité ne sera due qu'à la condition que le salarié soit en mesure d'établir le caractère injustifié de son licenciement devant un Conseil de prud'hommes.

Le faible niveau d'indemnisation aboutit à priver les salariés ayant une très faible ancienneté de la possibilité d'agir en justice, le coût de la procédure étant supérieur ou égal à l'indemnisation maximale susceptible d'être obtenue.

Les salaires nets sur l'année 2015 étaient selon l'INSEE de :

| | |
|--------------------|--------------|
| Décile 1 | 1 213 € nets |
| Décile 2 | 1 357 € nets |
| Décile 3 | 1 490 € nets |
| Décile 4 | 1 630 € nets |
| Décile 5 (médiane) | 1 797 € nets |
| Décile 6 | 2 004 € nets |
| Décile 7 | 2 286 € nets |
| Décile 8 | 2 752 € nets |
| Décile 9 | 3646 € nets |

Or, l'aide juridictionnelle est conditionnée à des revenus inférieurs à 1.017 € pour une prise en charge totale des honoraires d'avocat et 1.525 € pour une prise en charge partielle.

Ainsi, l'essentiel des salariés ayant de faibles revenus ou une faible ancienneté ont trop peu d'intérêt à contester leur licenciement pour agir en justice, ce qui prive de tout effectivité l'obligation de motiver le licenciement.

La réforme conduit donc à décourager mécaniquement les salariés ayant peu d'ancienneté et ceux qui ont de faibles niveaux de rémunération à agir en justice car ils n'ont plus d'intérêt financier à agir.

58. Enfin l'Etat français ne saurait alléguer la condamnation complémentaire que le Conseil des prud'hommes peut prononcer en ordonnant le remboursement par l'employeur de tout ou partie des indemnités chômage dans la limite de 6 mois : une telle mesure ne peut être prise en compte pour vérifier le respect de l'article 24 de la Charte, puisque la condamnation à un tel remboursement n'intervient pas toujours et qu'elle est versée au régime d'assurance chômage (Pôle Emploi) et non pas au salarié, et qu'il ne s'agit donc pas ici de l'indemnisation de son préjudice.

59. Le système de barème mis en place par l'Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 constitue bien une violation de l'article 24 de la Charte.

C'est bien en ce sens qu'ont statué récemment, à ce jour, pas moins de six Conseils de prud'hommes, dont l'un en départage (c'est-à-dire sous la présidence d'un magistrat professionnel), écartant l'application des barèmes jugés non conformes à l'article 24 de la Charte¹⁷ (**Pièces n°13 à 20 – décisions rendues par les Conseils de prud'hommes de Troyes, Lyon, Amiens, Grenoble, Angers et Agen**).

60. C'est également au regard de l'absence de rôle dissuasif de la sanction et au visa de l'article 24 de la Charte que la Cour Constitutionnelle Italienne a censuré le barème instauré dans son pays en 2015, barème reposant sur un calcul de l'indemnisation due au salarié licencié sans motif valable uniquement en fonction de son ancienneté.

En Italie, le salarié reçoit en fonction de son ancienneté entre 6 et 36 mois de salaire : ce barème jugé insuffisamment dissuasif par la Cour constitutionnelle Italienne est pourtant nettement supérieur à ceux instaurés en France depuis 2017, compris entre 0 et 20 mois.

B. L'ABSENCE DE VOIE ALTERNATIVE

61. Le Comité, dans sa décision du 8 septembre 2016, précise que le « *plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives* » ne peut être jugé conforme à la Charte que si, et seulement si, des voies de droit alternatives sont prévues :

« Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues pour constituer un recours dans de telles situations »¹⁸.

62. Dans le cadre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, il n'existe en droit français aucune voie alternative.

C'est d'ailleurs ce que revendiquait le Ministre du Travail, présentant la réforme. Selon le communiqué de presse du 31 août 2017¹⁹ : « *l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut dissuader à l'embauche. Le barème apporte une prévisibilité qui permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays dans les TPE/PME* ». L'objet de la mesure est donc la prévisibilité totale pour l'employeur du « coût » éventuel du licenciement sans cause valable. La mesure n'aurait aucun sens s'il existait des modes alternatifs d'indemnisation, qui seraient exclusifs de cette prévisibilité.

¹⁷ Cons. prud'h. Troyes 13-12-2018 n° 18/00036 ; G. c/ G ; Cons. prud'h. Lyon 21-12-2018 n° 18/01238, 7.01.2019 n°15/1398 et 22.01.2019 n°18/00458 ; Cons. prud'h Amiens 19.12.2018 018/40 et 24.01.2019 18/00093 ; Cons. prud'h Grenoble 18.01.2019 n°18/989 ; Cons. prud'h Angers 17.01.2019 n°18/00046 ; Cons. prud'h Agen départage 5.02.2019 n°18/00049)

¹⁸ CEDS, 8 septembre 2016, n° 106/2014, Finnish Society of Social Rights c/ Finlande

¹⁹ Renforcement du dialogue social, Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation – Conférence de presse du 31 août 2017 (**Pièce n°21**)

1. L'exclusivité de la procédure de contestation du licenciement

Lorsque le salarié conteste son licenciement sans motif valable, il ne dispose que d'un recours – devant le Conseil de Prud'hommes – et d'un motif – l'absence de cause réelle et sérieuse.

➤ S'agissant de la compétence du Conseil de Prud'hommes

63. L'article L1411-1 du code du Travail dispose :

« Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.

Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. »

64. L'article L1411-4 du même code précise :

« Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite. »

64. Ainsi, le salarié souhaitant contester son licenciement est tenu de saisir le Conseil de Prud'hommes. Il ne peut, concomitamment ou successivement, saisir le Tribunal de Grande Instance, compétent en matière de responsabilité civile.

➤ S'agissant du motif de contestation :

65. Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'action en dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile, que celle-ci soit fondée sur les articles 1231 et suivants du Code Civil, ou sur l'article 1780 du même code (Cf. I. A. 2.). Il s'agit en effet d'une disposition spéciale qui déroge aux principes communs de la responsabilité contractuelle et le droit spécial prévaut sur le droit commun.

La responsabilité délictuelle, qui relève également du droit commun, ne peut pas non plus être mobilisée : de manière constante depuis 1922, la Cour de Cassation a posé un principe de non-cumul des responsabilités délictuelles et contractuelles (notamment Cass. Civ 1^{ère} 11 janvier 1989, n°86-17.323. Cass. Civ 1^{ère} 28 juin 2012, n°10-28.492).

66. La jurisprudence a clairement affirmé que les règles de la responsabilité civile ne retrouvent leur efficacité que pour réparer des préjudices distincts de celui résultant de la perte de l'emploi²⁰.

La Cour de cassation se montre intransigeante et constante sur ce point. Ainsi, tout en visant expressément le principe de réparation intégrale dans un arrêt publié du 14 septembre 2017, elle a cassé l'arrêt rendu par une cour d'appel qui avait condamné l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures d'un plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à

²⁰ Cass. soc, 26 octobre 2017, n° 15-25976 (Pièce n°23)

chaque salarié une indemnité au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse, laquelle doit être la seule réparation allouée au titre du caractère illicite du licenciement. (Cass. soc. 14 septembre 2017, n° 16-11563). Il s'agit d'un arrêt de principe publié par la Cour de Cassation qui a souhaité marquer les contours de sa jurisprudence et du droit positif français.

Pour la Cour de cassation, il n'existe ainsi qu'un seul terrain ouvert pour l'indemnisation des préjudices nés de la faute constituée par l'absence de motif valable de licenciement : c'est l'article L. 1235-3. Et elle applique ce principe avec la plus grande rigueur dans ses arrêts les plus récents.

Tel est donc bien le droit positif en France et l'arrêt du 31 mai 2011 (n°09-71350) cité par l'Etat français en page 13 de son mémoire, accueillant une demande d'indemnisation de la perte de chance de bénéficier d'une retraite d'entreprise constitue un arrêt totalement isolé dans le paysage juridique français. Il est le seul que l'Etat français est en mesure de citer qui vise les textes de la responsabilité civile contractuelle (articles 1134 et 1147 du code civil applicables à l'époque) sans identifier de faute autre que le licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Cet arrêt date de 2011. Il a été rendu à une époque où aucun débat n'existait quant à la possibilité pour le salarié de demander l'indemnisation de l'ensemble de ses préjudices.

Il est indéniable que cet arrêt ne correspond pas aux solutions juridiques actuelles et la Cour de Cassation a clairement marqué sa volonté d'inclure dans l'indemnité, désormais plafonnée, l'ensemble des éléments concourant à la conclusion d'une absence de cause réelle et sérieuse.

Elle enferme même, par ricochet, toutes les ruptures dont elle juge qu'elles doivent être réparées de manière équivalente à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme la prise d'acte ou la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

Le juge prud'homal français a donc l'obligation de fixer une seule et unique indemnisation de tous les préjudices nés du licenciement injustifié, et l'Ordonnance du 22 septembre 2017 a enfermé cette indemnisation dans le barème plafonné.

67. Par ailleurs, si l'abus de droit peut fonder une demande de dommages et intérêts dans l'hypothèse où le licenciement a été prononcé dans des conditions brutales ou vexatoires, il s'agit alors d'une autre faute que celle résultant de l'absence de motif valable de licenciement (comportement injurieux ou brutal par exemple), et d'un autre préjudice.

Ainsi dans l'arrêt du 27 septembre 2017 cité par l'Etat français, la Cour de Cassation valide l'allocation de dommages et intérêts complémentaires « au regard des circonstances vexatoires entourant la rupture » et il ne s'agit donc plus d'indemniser l'absence de motif valable. La procédure de licenciement avait été conduite dans des conditions portant atteinte à l'image et à la réputation du salarié : la Cour de Cassation estime que la Cour d'appel a suffisamment caractérisé la faute de l'employeur, qui est autonome de la violation de l'obligation de motiver le licenciement.

De telles fautes, et les indemnisations qu'elles justifient, ne sont pas « *couramment utilisées par les juges du fond* » contrairement à ce que prétend l'Etat français, sans aucunement le démontrer. Et pour cause : il ne s'agit plus d'examiner le motif de licenciement mais des circonstances particulières dans la conduite de l'employeur au moment de la rupture.

68. De même, la violation de l'obligation de sécurité peut justifier des dommages et intérêts, par exemple dans le cadre d'un licenciement pour inaptitude du salarié dont la santé ne permet plus d'occuper son poste car elle s'est dégradée du fait de comportements dangereux de l'employeur intervenus en amont du licenciement, et donc nécessairement détachables du motif de licenciement.

La violation de l'obligation de sécurité constitue là encore une faute autonome, et même intervenue en amont du licenciement, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. L'action en indemnisation de l'exécution fautive du contrat de travail répond d'ailleurs à d'autres délais de prescription. Ce n'est absolument pas le même terrain juridique.

69. Tant et si bien que l'Etat français ne peut faire autrement que d'admettre en page 13 de son mémoire qu'il s'agit de préjudices distincts de la perte injustifiée d'emploi : cela ne peut donc être allégué dans le débat relatif au respect de l'article 24 de la Charte qui porte sur l'indemnisation des salariés licenciés sans motif valable.

Il s'agit en effet de voies additionnelles ou complémentaires, prévues pour indemniser des préjudices spécifiques, distincts de la perte injustifiée de l'emploi et nés d'une autre faute.

70. La confusion ne saurait être créée autour de ces situations très spécifiques, et en réalité peu courantes, qui ne concernent que quelques salariés licenciés : il n'y a pas en France, en droit de la responsabilité civile, de voie alternative pour indemniser l'absence de motif valable de licenciement.

2. La question du licenciement nul

71. Le barème litigieux est écarté *« lorsque le juge constate que le licenciement est nul : dans ce cas, si le salarié ne demande pas sa réintégration, l'indemnité octroyée par le juge ne peut être inférieure "aux salaires des six derniers mois"²¹ »*.

72. Le deuxième alinéa du nouvel article L. 1235-3-1 du code du travail liste les cas de nullité :

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

1° La violation d'une liberté fondamentale ;

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

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

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

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

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

²¹ L. 1235-3-1 alinéa 1er du Code du Travail

73. Présentées à tort comme des “exceptions” au plafonnement, ces voies d’indemnisation ne peuvent pas être assimilées à une voie alternative opposable puisqu’il ne s’agit plus de licenciement sans cause réelle ni sérieuse (sans motif valable) mais de l’hypothèse des licenciements nuls. Le régime juridique est alors spécifique, et n’est pas applicable aux salariés licenciés sans motif valable.

74. Le Comité a d’ailleurs précisé, dans sa décision du 8 septembre 2016, au § 51-52, que ne constitue pas une voie de droit alternative ouverte aux salariés victimes de licenciement abusif les recours limités à des situations spécifiques comme le licenciement discriminatoire.

75. Les hypothèses de licenciement nul sont rares en pratique, et le système de liste mis en place par l’article L. 1235-3-1 du Code du Travail souligne la volonté claire du Législateur d’encadrer strictement l’usage de cette voie de droit spécifique qui ne correspond qu’à des fautes particulières nées de la violation d’autres règles de droit : l’interdiction du harcèlement ou des discriminations, ou encore les règles du régime spécifique des salariés protégés en raison de leur participation à une grève, de la maternité, d’un accident du travail, de leur situation de lanceur d’alerte, ou de leur mandat de représentant du personnel.

Ainsi chacune des 6 hypothèses visées renvoie au non-respect de droits et textes spécifiques qui ont été violés : c’est cette violation qui entraîne la nullité, et non pas l’absence de motif valable de licenciement. Il n’y a donc pas en réalité d’exception au barème mais un autre terrain juridique de faute, de sanction, et d’indemnisation.

76. Le licenciement nul n’est en effet pas un licenciement sans motif valable.

L’Etat Français se défend en cherchant à tort à créer la confusion, en prétendant qu’il s’agirait des “cas de licenciements les plus graves” et donc qu’il existerait une sorte de gradation de la sanction sur un même terrain juridique de départ. Mais il n’en est rien : le juge qui constate que le licenciement est intervenu dans un contexte discriminatoire ou de harcèlement, ou en violation du fait que le salarié était en congé de maternité ou en cours d’arrêt suite à un accident du travail, ne va pas se limiter à l’analyse du motif de la lettre de licenciement pour déterminer s’il était valable ou non, mais va prononcer la nullité “de plein droit” du licenciement, automatiquement, du fait de la violation des règles protectrices²².

Il en est de même pour les salariés représentants du personnel pour lesquels l’autorisation de licenciement n’a pas été demandée auprès de l’inspection du travail : le licenciement est irrémédiablement affecté de nullité quelle que soit sa motivation. Ainsi, pour illustration, même en cas de cessation totale d’activité de l’entreprise, le licenciement du salarié protégé qui n’a pas été soumis à autorisation administrative est nul (Cass. Soc. 1^{er} avril 1992, n°88-42981 ; Cass. Soc. 10 janvier 1995 n°93-42020). **(Pièces n°23 et 24)**

C’est encore le cas pour le salarié licencié au motif des perturbations générées par son absence prolongé pour maladie : le juge n’examinera pas le caractère avéré ou non de ces perturbations si l’arrêt de travail du salarié est la conséquence du harcèlement moral dont il a

²² A titre d’exemple, un licenciement, même pour des motifs légalement prévus, ne peut être notifié ou prendre effet pendant la période du congé de maternité (C. trav., art. L. 1225-4), et ce, même s’agissant d’un licenciement justifié par une faute grave non liée à l’état de grossesse de la salariée (Cass. soc., 10 mai 1995, n° 92-40.038) ou d’un licenciement pour motif économique (Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-40.241), et ce même en cas de liquidation judiciaire (Cass. soc., 19 mars 2008, n° 07-40.599, Bull. civ. V, n° 69) : le licenciement est nul peu important ce qui a été consigné dans la lettre de licenciement, dont la réalité ou le sérieux ne sera pas débattu.

été l'objet. Le licenciement est nul et l'employeur ne peut prétendre qu'il convient de débattre des perturbations qu'il a visées dans sa lettre de licenciement. Le harcèlement moral étant à l'origine de l'absence, c'est le terrain de la nullité du licenciement qui s'impose et éclipse tout débat sur la validité du motif de licenciement. (Cass. Soc. 30 janvier 2019, n°17-31473, publié). **(Pièce n°25)**

77. L'appréciation de la nullité du licenciement ne passe pas par l'appréciation du motif de licenciement, sauf si le motif allégué n'est pas le motif réel et que le motif réel est discriminatoire (par exemple sur l'âge ou sur un critère raciste). Et c'est à tort que l'Etat français se défend en page 11 de son mémoire en parlant de "motif entaché de nullité" : cette expression est erronée.

78. Au demeurant, les différents motifs d'indemnisation cités par le gouvernement français ne concernent pas l'intégralité des salariés :

- L'indemnisation du manquement à l'obligation de sécurité concerne les seuls salariés ayant été victime d'une atteinte à leur santé (que le licenciement soit justifié ou non) ;
- L'indemnisation des circonstances vexatoires de la rupture concerne les seuls salariés victime d'un licenciement dans des circonstances vexatoires : humiliation devant les collègues, ... (que le licenciement soit justifié ou non) ;
- L'indemnisation de la nullité du licenciement concerne les seuls salariés confrontés à un motif illicite de licenciement (discrimination, violation du statut protecteur des salariés protégés...).

La circonstance que ces salariés puissent bénéficier d'une indemnisation complémentaire, en raison de faits distincts de la seule absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, n'est pas de nature à assurer le caractère adéquat de la réparation du préjudice subi par les autres salariés.

79. La nullité du licenciement et son indemnisation spécifique déplaçonnées ne constituent donc aucunement en droit français une voie alternative pour les salariés licenciés sans motif valable. De fait, elle concerne très peu de salariés et très peu de décisions de justice, au regard des licenciements sans cause réelle ni sérieuse. Le Gouvernement français ne démontre pas le contraire.

Le droit français applicable aux salariés licenciés sans motif valable est donc l'article L.1235-3 et uniquement cette voie, aujourd'hui injustement limitée par le plafond.

C. PORTÉE DE LA DISPOSITION

80. Le syndicat des avocats de France, qui regroupe notamment des avocats défenseurs des salariés, est déjà en mesure de constater les conséquences néfastes de la disposition critiquée : le fait est que de nombreux salariés renoncent à contester des licenciements pourtant infondés, en raison de la faiblesse de l'indemnisation qu'ils pourront obtenir en introduisant une procédure.

Non seulement le dispositif prive de réparation intégrale et adéquate ceux qui agissent en justice mais, plus grave encore, il a pour effet de laisser dans de nombreux cas des licenciements non justifiés sans aucune sanction pour l'employeur ni aucune réparation pour le salarié. C'est dire l'urgence et la gravité de la situation ainsi créée.

CONCLUSION

81. Le SAF soutient que le mécanisme de plafonnement mis en place par la législation française constitue une violation des dispositions de l'article 24 de la Charte.

82. En effet, le plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 du Code de travail résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne permet pas d'assurer dans tous les cas une réparation intégrale et adéquate du préjudice réellement subi par le salarié licencié sans motif valable et ôte à l'indemnité prévue le caractère dissuasif énoncé par la Charte. De plus, aucune voie alternative, au sens où l'entend le Comité, n'est prévue par le droit français.

L'Etat français se défend dans ses observations du 7 janvier 2019, en réponse aux observations du CES, en alléguant des réunions de travail et de concertation en amont de la réforme, mais le fait est que toutes les organisations syndicales ont fermement manifesté leur opposition à ce plafonnement, et n'ont pas été entendues. Désormais ce sont les Conseils des prud'hommes qui montrent leur opposition. Et tous attendent la décision de votre Comité.

Laurence ROQUES

Présidente du Syndicat des Avocats de France



PIECES VISEES :

- Pièce n°1. Statuts du SAF
- Pièce n°2. Délibération du bureau du SAF du 11 janvier 2019
- Pièce n°3. Argumentaire du SAF diffusé à compter de février 2018 mis à jour en février 2019
- Pièce n°4. Cass. soc. 13 septembre 2017, n° 16-13578
- Pièce n°5. Cass. soc. 25 septembre 1991, n° 88-41251 ;
- Pièce n°6. Cass. soc. 14 mai 1998, n° 96-42104
- Pièce n°7. Cons. Const. 13 octobre 2016 n°2016-582
- Pièce n°8. Conclusion France 2003 – extrait
- Pièce n°9. Cons. Const. 21 mars 2018 n°2018-761 DC
- Pièce n°10. Extrait du site de Pôle Emploi
- Pièce n°11. Cons. Const. 7 septembre 2017 n°2017-751 DC
- Pièce n°12. Article Jugement TGI Paris 4 avril 2012, Liaisons Sociales juin 2012, Communiqué de presse du 6 février 2012
- Pièce n°13. Jugement rendu par le Conseil des Prud'hommes de Troyes le 13 décembre 2018,
- Pièce n°14. Jugement rendu par le Conseil des Prud'hommes d'Amiens le 19 décembre 2018 pas anonyme
- Pièce n°15. Jugement rendu par la section Activités Diverses du Conseil des Prud'hommes de Lyon le 21 décembre 2018
- Pièce n°16. Jugement rendu par la section Commerce du Conseil des Prud'hommes de Lyon le 7 janvier 2019
- Pièce n°17. Jugement rendu par la section Industrie du Conseil des Prud'hommes de Lyon le 22 janvier 2019 ;
- Pièce n°18. Jugement rendu par le Conseil des Prud'hommes d'Angers le 17 janvier 2019
- Pièce n°19. Jugement rendu par le Conseil des Prud'hommes de Grenoble le 18 janvier 2019
- Pièce n°20. Jugement de départage rendu par le Conseil des Prud'hommes d'Agen le 5 février 2019
- Pièce n°21. Renforcement du dialogue social, Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation – Conférence de presse du 31 août 2017
- Pièce n°22. Cass. Soc. 26 octobre 2017 n°15-25976
- Pièce n°23. Cass. Soc. 1^{er} avril 1992 n°88-42981
- Pièce n°24. Cass. Soc. 10 janvier 1995 n°93-42020
- Pièce n°25. Cass. Soc. 30 janvier 2019 n°17-31473