



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

5 avril 2019

Pièce n° 9

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

**REPLIQUE DU GOUVERNEMENT AUX OBSERVATIONS DU
SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE**

Enregistrée au secrétariat le 22 mars 2019

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE
EN REPOSE AUX OBSERVATIONS
DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE
DANS LE CADRE 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 précitée.
3. Le 15 novembre 2018, le gouvernement français a adressé au Comité ses observations sur le bien-fondé de la réclamation. Le 16 janvier 2019, la CGT-FO a adressé des observations en réplique. Le 28 février 2019, le Gouvernement y a répondu en adressant au Comité des observations complémentaires sur le bien-fondé de la réclamation.
4. En parallèle, le 7 janvier 2019, le Gouvernement a adressé au Comité des observations en réponse aux observations déposées par la Confédération européenne des syndicats le 15 novembre 2018.
5. Par courrier en date du 22 février 2019, le Comité a transmis au Gouvernement les observations du Syndicat des avocats de France relatives à la réclamation de la CGT-FO déposées en vertu de l'article 7 § 2 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives.
6. Le gouvernement français a l'honneur de présenter au Comité les observations qui suivent en réponse aux observations du Syndicat des avocats de France.

⋮ ⋮ ⋮

7. Le Syndicat des avocats de France développe quatre moyens pour critiquer la réforme adoptée en septembre 2017 par la France qui a conduit à l'instauration d'un barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse :
 - le droit à réintégration est un droit sans effectivité (§ 31) ;
 - le plafonnement des indemnités accordées par le juge constitue une atteinte au principe de réparation intégrale (§§ 36-51) ;
 - le plafonnement des indemnités porte atteinte à la fonction dissuasive de l'indemnité (§§ 52-60) ;
 - il n'existe pas de voie alternative à la réparation du préjudice lié au licenciement sans cause réelle et sérieuse (§§ 61-79).

S'agissant du droit à la réintégration dans l'entreprise

8. Aux paragraphes 19-20 et 31 de ses observations, le Syndicat des avocats de France soutient que la réintégration du salarié dans l'entreprise prévue dans la législation française est sans effectivité car purement facultative.

9. 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 considéré que les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient notamment « *la possibilité de réintégration* » (§ 45). Il a précisé que « *une autre réparation appropriée doit inclure la réintégration comme l'un des modes de réparation dont les juridictions internes peuvent disposer (voir Conclusions 2003, Bulgarie). La possibilité d'octroyer ce moyen de réparation reconnaît l'importance de replacer un salarié dans une situation d'emploi non moins favorable que celle dont il/elle bénéficiait antérieurement. Il appartient aux juridictions internes de décider si la réintégration est appropriée dans le cas d'espèce. Le Comité rappelle avoir considéré de manière constante que la réintégration doit être prévue comme mode de réparation en vertu de nombreuses autres dispositions de la Charte telle qu'interprétée par le Comité, par exemple en vertu de l'article 1§2 ou de l'article 8§2.* » (§ 55).
10. Il ressort clairement de cette décision qu'aucune obligation de réintégration ne s'impose au titre de l'article 24 de la Charte.
11. En France, l'article L. 1235-3 du code du travail donne la possibilité au juge de proposer la réintégration du salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent, avec maintien de ses avantages acquis. Si ce dernier refuse ou si l'employeur s'y oppose, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur. Le droit positif français prévoit bien la réintégration comme un des modes de réparation et est, à ce titre, conforme à l'interprétation de l'article 24 de la Charte par le Comité.

Sur l'atteinte au droit à une réparation adéquate ou appropriée

12. Le Syndicat des avocats de France soutient que l'instauration du barème constitue une atteinte au principe de réparation intégrale en ne retenant que le critère de l'ancienneté pour apprécier le préjudice (§§ 37-40) et en instaurant un plafonnement des indemnités perçues insuffisamment dissuasif (§§ 41-51). Il allègue que le barème ainsi fixé ne saurait constituer une réparation adéquate.
13. Tout d'abord, la notion de réparation « adéquate » ou « appropriée », au sens de l'article 24 de la Charte, ne saurait être confondue avec le principe de réparation intégrale du préjudice.
14. 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 considéré que le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une réparation appropriée au sens de l'article 24 b) de la Charte doit s'entendre comme l'octroi d'« *indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime* » (§ 45). Il a précisé qu'un plafonnement des indemnités de licenciement sans motif valable pourrait être contraire à la Charte que dans le cas où « *les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives* » (§ 46).
15. De plus, ces critères doivent être analysés au regard de l'ensemble des dispositions en vigueur et non au regard du seul barème, le Comité précisant ainsi que l'indemnisation

doit être de nature à permettre : « le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours » (§ 45), « la possibilité de réintégration » (§ 45) et l'existence de « voies de droit alternatives » pour couvrir le préjudice subi (§ 53).

16. Il ressort de cette décision que le Comité n'exige pas une réparation intégrale du préjudice mais bien une indemnité ou réparation adéquate ou appropriée, c'est-à-dire en rapport avec le préjudice subi et suffisamment dissuasive.
17. De la même manière, en droit interne, si le Conseil constitutionnel français a conféré une portée constitutionnelle au principe de la réparation du préjudice né d'une faute, en jugeant que : « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé » et que le législateur ne peut « dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs (...) à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques » (décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982), il ne donne pas pour autant une portée générale et absolue aux principes de responsabilité et de réparation intégrale du préjudice.
18. Ainsi, par un considérant formulé à l'occasion de la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 (Mme Viviane L.), le Conseil constitutionnel, a jugé que le principe de responsabilité pour faute découle de la liberté garantie par l'article 4 de la Déclaration de 1789, mais que cette liberté constitutionnelle « ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».
19. S'agissant du barème, comme le Gouvernement l'a indiqué aux paragraphes 44 à 46 de ses observations du 15 novembre 2018, l'ancienneté du salarié dans l'entreprise est le critère reconnu comme adéquat en droit interne par le Conseil constitutionnel, pour moduler l'indemnité accordée par le juge, dès lors qu'il se rattache directement au salarié (décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 et décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015).
20. En outre, le barème français se borne à fixer des planchers et des plafonds d'indemnisation ce qui ne prive pas le juge de tenir compte, dans le respect de ces bornes, d'autres critères que l'ancienneté, liés à la situation particulière du salarié et en lien avec le préjudice subi (âge, santé, situation familiale...). Dès lors, le juge conserve son pouvoir d'appréciation du montant de l'indemnité allouée en fonction des circonstances de l'espèce afin d'individualiser le préjudice et d'y apporter une réparation appropriée.
21. Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel examinant le dispositif contesté a considéré 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. 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.
22. Par ailleurs, au paragraphe 45 de ses observations, le Syndicat des avocats de France opère une comparaison entre l’indemnité accordée par le juge au salarié ayant un an d’ancienneté et la somme accordée par l’assurance chômage.
23. Tout d’abord, le Gouvernement souligne que le Syndicat des avocats de France effectue une lecture erronée du barème. En effet, le salarié ayant un an d’ancienneté n’a pas au mieux une indemnité égale à un mois de salaire mais une indemnité comprise entre un et deux mois de salaire.
24. Ensuite, le Gouvernement tient à dissiper toute confusion entre allocation chômage et indemnité réparant le préjudice né du licenciement sans cause réelle et sérieuse. A cet égard, il convient de rappeler que l’allocation chômage est un revenu de remplacement qui ne répare pas un préjudice à la différence de l’indemnité accordée par le juge.
25. Dans le cadre du dispositif en vigueur en France, le juge peut réparer un préjudice mais le travailleur perçoit dans tous les cas un revenu de remplacement prévu dans une logique assurantielle. En effet, même si le licenciement est justifié et donc valide, le travailleur percevra les allocations chômage (s’il remplit les conditions prévues par la convention chômage).
26. Par conséquent, la comparaison présentée par le Syndicat des avocats de France au paragraphe 45 de ses observations est inappropriée.
27. Enfin, le Syndicat des avocats de France critique le fait que le droit français permette au juge de tenir compte des indemnités de licenciement dans la détermination de l’indemnité qu’il accorde pour réparer le préjudice né d’un licenciement abusif.
28. Or il n’existe aucune obligation pour le juge de tenir compte de cette indemnité. L’article L. 1235-3 du code du travail précise seulement que : « *Pour déterminer le montant de l’indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l’occasion de la rupture, à l’exception de l’indemnité de licenciement mentionnée à l’article L.1234-9* ». Le juge n’est donc jamais privé de son pouvoir d’évaluation des différents chefs de préjudices invoqués par le salarié, en fonction des éléments de preuve qui lui sont soumis, afin que, cumulées entre elles, les indemnités allouées réparent, de façon adéquate, l’entier préjudice subi par l’intéressé lié au licenciement.

Sur l’atteinte à la fonction dissuasive de l’indemnité

29. Le Syndicat des avocats de France allègue qu’il est porté atteinte à la fonction

dissuasive de l'indemnité accordée par le juge et prétend que le seul objectif de la réforme est de favoriser les employeurs en réduisant au maximum le coût d'un licenciement fautif et en les exonérant des conséquences de leur faute.

30. Telle n'est bien sûr pas l'intention du législateur qui « *a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail [et] a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* » (Conseil constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC ; Cons constitutionnel, 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC) 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 au regard de la situation, tant du salarié que de l'entreprise et du contexte économique.
31. Le Syndicat des avocats de France avance également que plusieurs décisions de conseil de prud'hommes ont refusé d'appliquer le barème au motif qu'il serait contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne.
32. En effet, l'exception d'inconventionnalité du barème au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée et de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail est actuellement soulevée dans le cadre de certains contentieux en cours devant les conseils de prud'hommes visant à faire établir par le juge le caractère injustifié de licenciements intervenus après la mise en place du barème. Ces décisions ne sont pas étrangères au fait que le Syndicat des avocats de France a diffusé des conclusions types invitant les défenseurs des salariés à soulever ce moyen dans les affaires où le barème est susceptible d'être appliqué. Lorsque ce moyen est soulevé, le juge prud'homal est alors amené à se prononcer sur la question de la conventionalité du barème.
33. S'il est exact que des conseils de prud'hommes ont admis ce moyen, le Syndicat des avocats de France se garde d'indiquer que d'autres jugements l'ont écarté (conseil de prud'hommes du Mans, 26 septembre 2018, n° 17/00538 ; conseil de prud'hommes de Caen, 18 décembre 2018, n° 17/00193 ; conseil des prud'hommes du Havre, 15 janvier 2019, n° 18/00318).
34. Lorsqu'une exception d'inconventionnalité est soulevée, les jugements des conseils de prud'hommes ne sont donc pas aussi uniformes et unanimes que ce qu'indique le Syndicat des avocats de France. Dans tous les autres contentieux introduits devant les conseils de prud'hommes dans lesquels les licenciements sont reconnus sans cause réelle et sérieuse et où l'exception d'inconventionnalité n'a pas été soulevée par le requérant, le barème est bien appliqué par le juge.
35. En toute hypothèse, il s'agit à ce stade de jugements de première instance, susceptibles d'appel, puis de pourvoi devant la Cour de cassation. Un premier arrêt de cour d'appel devrait être rendu en juin 2019 par la cour d'appel de Reims sur l'appel interjeté à l'encontre du jugement du conseil des prud'hommes de Troyes du 13 décembre 2018. La Cour de cassation pourrait, en cas de pourvoi, être appelée à se prononcer prochainement. Il paraît dès lors prématuré de tirer des conclusions sur l'état de la jurisprudence des juridictions nationales sur ce sujet.

36. Enfin, le Syndicat des avocats de France ne saurait sérieusement alléguer, comme il le fait au paragraphe 47 de ses observations, que le barème prive de toute effectivité l'obligation de motiver le licenciement qui reste un principe fondateur du droit de la rupture du contrat de travail, vérifié de façon très exigeante par les juridictions.

Sur l'absence de voie alternative à la réparation du préjudice

37. Le Syndicat des avocats de France soutient qu'il n'existe pas de voie alternative de réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse que celle qui doit être formée devant la juridiction prud'homale à l'exclusion de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle.

38. D'abord, le gouvernement français n'entend nullement contester le principe de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale pour statuer sur la rupture fautive du contrat de travail et sa réparation.

39. Ensuite, si le barème couvre en effet l'ensemble des préjudices nés de la perte sans cause réelle et sérieuse d'emploi, il n'interdit pas au salarié d'obtenir, devant la juridiction prud'homale, réparation d'un préjudice distinct de cette perte d'emploi (perte de chance de pouvoir bénéficier d'un avantage retraite applicable dans l'entreprise, perte de chance de pouvoir lever des options sur titre) ou d'un préjudice lié à un autre manquement (licenciement dans des conditions vexatoires occasionnant un préjudice moral ou toute autre situation caractérisant un abus du droit de la rupture), sans oublier tous les cas donnant lieu à la nullité du licenciement lesquels échappent par principe au barème (voir les paragraphes 55 à 57 des observations du Gouvernement du 15 novembre 2018).

40. Enfin, l'argument du Syndicat des avocats de France selon lequel les voies d'indemnisation alternatives telles que rappelées ci-dessus ne sont pas pertinentes et ne peuvent être retenues dès lors qu'elles réparent d'autres fautes de l'employeur, autonomes et distinctes de celle liée à l'absence de motif réel et sérieux du licenciement, ne saurait valablement prospérer.

41. Dans sa décision du 8 septembre 2016 précitée, le Comité précise en effet qu'« *en cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies de droit (par exemple, la législation antidiscriminatoire)* » (§ 46).

42. Il convient de relever que ni l'article 24 b) de la Charte, ni l'interprétation qu'en fait le Comité n'exige formellement que ces voies alternatives aient pour seul objet la réparation du préjudice lié à un licenciement non fondé sur un motif valable au sens de l'article 24 a), c'est-à-dire un motif « *lié à l'aptitude ou la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise* ».

43. Ainsi, le respect de l'article 24 b) de la Charte qui pose « *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* » doit être examiné au regard non seulement des voies d'indemnisation offertes par la législation interne pour l'ensemble des licenciements abusifs (au-delà des seuls licenciements non fondés sérieusement sur l'un des motifs visés à l'article 24

a précité), mais également être vérifié à l'aune de l'ensemble des critères retenus par le Comité que sont le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours, la possibilité de réintégration, l'octroi d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime et enfin l'existence de ces voies de droit complémentaires ou alternatives.

44. Les licenciements abusifs ou nuls visés au paragraphe 38 des présentes observations entrent, contrairement à ce que soutient le Syndicat des avocats de France, nécessairement dans la catégorie des licenciements sans motif valable au sens de l'article 24 et leur indemnisation doit donc être prise en considération pour évaluer le caractère approprié de la réparation dès lors que, comme l'a jugé la Chambre sociale de la Cour de Cassation, le licenciement frappé de nullité est nécessairement dépourvue de cause réelle et sérieuse (Cour de cassation, chambre sociale, 27 juin 2000, n° 98-43.439, Bull. civ n° 362 – Pièce jointe).

45. Il résulte de l'ensemble des éléments qui viennent d'être exposés que le dispositif légal français relatif à l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse, issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, répond à l'ensemble des conditions fixées par l'article 24 de la Charte tel qu'interprété par le Comité.