



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

20 septembre 2019

Pièce n° 2

Confédération générale du travail (CGT) c. France
Réclamation n°171/2018

MEMOIRE DU GOUVERNEMENT SUR LE BIEN-FONDE

Enregistrée au secrétariat le 6 septembre 2019

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE
SUR LE BIEN-FONDE DE LA RECLAMATION n° 171/2018
CGT c. FRANCE

1. Par un courrier en date du 19 septembre 2018, le Comité européen des droits sociaux (ci-après le « Comité ») a communiqué au Gouvernement français la réclamation présentée le 7 septembre 2018 par la Confédération générale du travail (ci-après la « CGT »), 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 3 juillet 2019, 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 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 en ce qu'elle priverait les salariés licenciés sans motif valable du droit de bénéficier d'une indemnité adéquate ou une réparation appropriée, et en ce qu'elle ne garantirait pas un droit de recours effectif contre le licenciement illicite.

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 (notamment l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande et la Suisse), 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. Comme indiqué dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail qui a été publié au Journal officiel le 23 septembre 2017 : *« Aucun chef d'entreprise, et particulièrement dans les très petites et moyennes entreprises, ne recrute des salariés avec l'intention de les licencier. Mais l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut le dissuader d'embaucher en contrat à durée indéterminée. Le barème, par la prévisibilité qu'il donne, permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays dans les très petites et moyennes entreprises. Il permettra de garantir une plus grande équité également pour les salariés, qui, à préjudice équivalent, bénéficient aujourd'hui de dommages et intérêts allant du simple au triple, voire quadruple, en fonction des conseils de prud'hommes saisis. »*
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 (décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 - pièce jointe n° 2).
11. Par ailleurs, deux conseils des prud'hommes ont saisi pour avis la Cour de cassation quant à la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction postérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, avec l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (ci-après l'« OIT ») et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.
12. Dans deux avis rendus le 17 juillet 2019 en formation plénière (pièces jointes n° 3 et 4), la Cour de cassation a estimé que *« Eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers »*.
13. En revanche, elle a reconnu l'applicabilité directe en droit interne de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT qui prévoit que *« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »*.

14. La Cour de cassation a considéré que le terme « adéquat » - qui est également employé à l'article 24 de la Charte - doit être compris comme réservant aux Etats parties une marge d'appréciation, se conformant d'ailleurs sur ce point aux divers rapports et recommandations émanant de l'OIT (voir notamment l'annexe 7 du manuel de rédaction des instruments de l'OIT¹ et demande directe CEACR – adoptée 2011, publiée 101^{ème} session CIT 2012 : convention 158 OIT, Turquie ; observation CEACR – adoptée 2015, publiée 105^{ème} session CIT 2016 : convention 158 OIT, Espagne ; observation CEACR – adoptée 2016, publiée 106^{ème} session CIT 2017 : convention 158 OIT, Espagne).
15. Pour apprécier la conventionalité du dispositif du barème avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, la Cour de Cassation a tenu compte de l'ensemble des dispositions de la législation française en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle a ainsi relevé que la législation française permet au juge de proposer la réintégration d'un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse et, lorsque cette réintégration est refusée par une des parties, d'octroyer une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux. Elle a en outre noté que le barème d'indemnisation est écarté en cas de nullité du licenciement. La Cour de cassation en a déduit que « *les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.* »

B) Dispositions législatives pertinentes

16. L'article L. 1232-1 du code du travail dispose que : « *Tout licenciement pour motif personnel est (...) justifié par une cause réelle et sérieuse.* »
17. 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. (...)* »
18. 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.
19. 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.*

¹ « L'annexe 7 recense certains termes utilisés dans les conventions de l'OIT et qui octroient aux Membres une discrétion tant en ce qui concerne le fond que les mesures à prendre. Ces termes sont notamment « adéquat(e)(s) », « approprié(e)(s) », « convenable(s) », « satisfaisant(e)(s) » ou « (in)compatible(s) ». »

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. »²

20. 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.

21. 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

² 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.

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 ;

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) Sur l'indemnité adéquate ou la réparation appropriée

1. Principes applicables

22. 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. »

23. 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, Slovénie) »

24. 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.

25. 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.

26. Le Gouvernement français relève qu'il ne ressort pas de cette décision du Comité citée par la CGT 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.
27. 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.
28. 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.

2. Application des principes à la situation de la France

29. La CGT soutient que les dispositions issues de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée ne permettent pas le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours (a), ne prévoient pas des indemnités d'un montant suffisamment élevé ni pour compenser le préjudice subi par la victime (b), ni pour dissuader l'employeur (c) et qu'enfin, aucune voie de droit alternative ne permet de compléter le montant de la réparation (d).

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

30. Dans sa réclamation, la CGT soutient que le droit français ne prévoit pas le remboursement des salaires qui auraient dû être perçus entre la date du licenciement et la décision de la juridiction, un tel remboursement n'étant prévu que dans certains cas fixés à l'article L. 1235-3-1 du code du travail (exceptions à l'application du barème lorsque le licenciement est entaché d'une nullité). Elle allègue ensuite que l'indemnisation ordonnée par le juge français en cas de licenciement illicite inclut « pêle mêle » plusieurs préjudices tels que la perte de salaire entre la date de licenciement et la décision de justice, les pertes financières postérieures, la privation des gains que le salarié pouvait attendre de son maintien en emploi, la privation des mesures d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Elle en conclut que dans le cas d'un licenciement entrant dans le champ du barème de l'article L. 1235-3 du code du travail, la réparation de l'ensemble de ces préjudices étant plafonnée, l'article 24 de la Charte n'est pas respecté.
31. En premier lieu, le Gouvernement rappelle que le remboursement des salaires non perçus pendant la période d'éviction de l'entreprise a toujours et uniquement été réservé aux licenciements frappés de nullité sanctionnant les manquements les plus graves de l'employeur, tels que fixés par l'article L. 1235-3-1 du code du travail. La

nullité ayant pour effet de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le licenciement, le contrat de travail doit être considéré comme s'étant poursuivi.

32. Ainsi, la Cour de cassation a ordonné le paiement des salaires qui auraient été perçus pendant la période couverte par la nullité dans le cas de salariés licenciés pour faits de grève (Cass. Soc., 26 septembre 1990, n° 88-41375), d'une salariée licenciée en période de protection liée à son état de grossesse (Cass. Soc., 15 décembre 2015, n° 14-10522), ou encore d'un salarié licencié pour avoir menacé son employeur d'entamer des procédures à l'encontre de la société (Cass. Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11122). La réforme du droit du travail français par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 n'a donc rien modifié sur ce point, ni sur les cas de nullité du licenciement, ni sur ses effets.
33. 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 2019 est de 29,26 euros soit 907,06 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 à 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.

b) Sur le caractère suffisamment réparateur des indemnités prévues par le barème

34. Dans sa réclamation, la CGT soutient que la réparation du préjudice pour licenciement sans cause réelle et sérieuse telle que prévue par le droit français est insuffisante aux motifs qu'elle serait encadrée par des fourchettes d'indemnisation trop étroites (i), que le juge serait autorisé à intégrer dans le montant de l'indemnité pour licenciement injustifié des sommes dues à raison d'autres préjudices (ii) et que le montant de l'indemnité calculé à partir du seul critère de l'ancienneté ne permettrait pas une évaluation personnelle et individuelle du préjudice subi par le salarié (iii).

i. Sur les montants d'indemnisation fixés par la législation française

35. La CGT allègue que les montants d'indemnisation fixés par la législation française seraient trop faibles pour que le salarié perçoive une indemnisation adéquate au sens de l'article 24 de la Charte. Elle soutient que la situation française serait similaire à celle de la Finlande et effectue notamment une comparaison des montants accordés par les deux législations, estimant que si le dispositif finlandais a été considéré par le Comité comme non conforme à l'article 24 b) de la Charte alors qu'il prévoyait un plafonnement de 24 mois maximum, le dispositif français, prévoyant un plafonnement

inférieur, doit automatiquement être considéré comme non conforme à l'article 24 de la Charte.

36. Le Gouvernement rappelle que le caractère dissuasif des indemnités et la compensation du préjudice subi par le salarié doivent être analysés au regard de l'ensemble des dispositions en vigueur dans une approche globale et *in abstracto* et non au regard du seul barème prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail et d'un cas d'espèce évalué *in concreto*.
37. A cet égard, le Gouvernement relève que les rédacteurs de la Charte n'ont pas souhaité reconnaître, en cas de licenciement sans motif valable, le droit à une « réparation intégrale » mais à une « indemnité adéquate » ou « autre réparation appropriée », notions qui laissent à l'Etat une certaine marge d'appréciation.
38. Le Gouvernement souligne que 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.
39. 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* ».
40. Examinant le dispositif contesté, le Conseil constitutionnel a considéré, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, 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.
41. Il ressort de ce qui vient d'être exposé que l'appréciation du caractère adéquat de la réparation prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse doit s'inscrire

dans une approche globale du dispositif législatif en vigueur. Une comparaison entre les montants fixés par les barèmes français et finlandais n'est donc pas pertinente et il convient, au contraire, de prendre en considération l'ensemble des garanties offertes par le cadre juridique français pour apprécier le caractère suffisant de la réparation prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

42. En premier lieu, l'appréciation doit tenir compte du fait 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.
43. 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.
44. 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.
45. En deuxième lieu, le Gouvernement rappelle qu'en vertu de l'article L. 1235-3-1 du code du travail, lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité résultant de la violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'un licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice, d'une atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de la dénonciation de crimes et délits, de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ou des protections dont bénéficient certains salariés, les montants minimaux et maximaux fixés par l'article L. 1235-3 du code du travail ne sont pas applicables.
46. 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 21 des présentes observations).
47. Le Gouvernement souligne que cette garantie n'est pas que théorique mais qu'elle est effectivement mise en œuvre par les juridictions. Ainsi, dans un jugement du 14 février 2019 concernant un licenciement intervenu postérieurement à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, le conseil de prud'hommes de Forbach a jugé que le licenciement était nul et de nul effet pour violation du statut protecteur dont bénéficiait le salarié et écarté l'application du barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail (pièce jointe n° 5). Ce jugement montre que les juridictions françaises compétentes fixent bien des montants d'indemnité réparant des licenciements entachés d'une particulière gravité sans prendre en compte le barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail, conformément à la volonté du

législateur lorsque celui-ci a présenté, puis ratifié l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

48. En troisième lieu, le Gouvernement précise que l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse vise uniquement à réparer le préjudice résultant de l'absence de justification de la rupture.
49. Le barème ne couvre donc pas la réparation des préjudices distincts de cette absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, ni ceux nés de fautes distinctes de l'employeur, tels que le préjudice résultant des circonstances vexatoires entourant la rupture du contrat de travail (Cass. Soc., 7 mars 1991, n° 89-41352), le préjudice lié à l'impossibilité pour le salarié licencié de lever des options sur titres (Cass. Soc., 29 septembre 2004, n° 02-40027), le préjudice lié à la perte de chance pour le salarié de valoriser ses capitaux investis dans le plan d'épargne entreprise (Cass. Soc., 16 janvier 2008, n° 06-40543), le préjudice lié au défaut d'indication au salarié des critères d'ordre des licenciements dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique (Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 07-42200), le préjudice né de la perte de chance de participer à une formation (Cass. Soc., 21 septembre 2010, n° 09-41107), le préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé du salarié imputable à l'employeur (Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 08-44977), le préjudice lié à la perte de chance de pouvoir bénéficier de l'avantage retraite applicable en entreprise (Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 09-71350) ou encore le préjudice résultant de la méconnaissance de garanties conventionnelles de procédure (Cass. Soc., 27 septembre 2017, n° 16-14040).
50. En quatrième lieu, le Gouvernement rappelle que l'aspect financier de la perte d'emploi (la privation des salaires) est en partie compensé par le mécanisme d'assurance chômage, financé partiellement par une cotisation patronale et qui vise précisément à garantir le salarié contre le risque de perte involontaire de son emploi.
51. Contrairement à la législation finlandaise, la législation 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.
52. 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 la possibilité de réintégration du salarié dans l'entreprise, 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 et qu'elle ne prévoit pas de déduire le montant de l'allocation chômage de l'indemnité allouée par le juge sur la base du barème.
53. Par conséquent, le fait que le plafond maximal fixé par le barème français soit inférieur à celui fixé par le barème finlandais ne saurait en lui-même suffire à caractériser une violation par la France de l'article 24 de la Charte.
54. Par ailleurs, dans sa réclamation, la CGT soutient que l'indemnité est « *parfaitement dérisoire pour les salariés à faible ancienneté (...) d'autant plus dans les entreprises de moins de 11 salariés puisque le plafond dérisoire se combine à un plancher dérisoire* » d'une part et que d'autre part, une éventuelle irrégularité de la procédure

cumulée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut donner lieu, en droit français, à un cumul d'indemnisation.

55. Le Gouvernement rappelle que la législation garantit des planchers d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, y compris pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté et ceux des entreprises de moins de 11 salariés, qui étaient, avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée, exclus du plancher. Néanmoins, les montants minimaux prévus pour les entreprises de moins de 11 salariés dérogent à ceux prévus pour les plus grandes entreprises, conformément au troisième alinéa de l'article L. 1235-3 du code du travail (voir paragraphe 19 des présentes observations). Or une telle dérogation se justifie par la situation spécifique des petites et moyennes entreprises, qui sont plus fragiles économiquement.
56. A cet égard, alors que la législation française ne prévoyait pas de montant minimal en cas de licenciement abusif dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés. le Conseil constitutionnel français avait rappelé, dans une décision n° 2016-582 QPC du 13 octobre 2016, que le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il avait observé que *« Au regard des règles applicables à l'indemnisation du préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse, les entreprises, quelle que soit leur taille, et leurs salariés ne sont pas placés dans une situation différente »* et que *« En prévoyant que le montant minimal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est applicable aux seuls licenciements dans les entreprises d'au moins onze salariés, le législateur a entendu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimées économiquement plus fragiles, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général »*. Le Conseil constitutionnel avait alors estimé que *« dans la mesure où les dispositions contestées ne restreignent pas le droit à réparation des salariés, le législateur pouvait limiter le champ d'application de cette indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise. Si pour les entreprises d'au moins onze salariés cette indemnité minimale a pour objet d'éviter les licenciements injustifiés, pour les entreprises de moins de onze salariés, l'indemnité correspondant au seul préjudice subi, fixée sans montant minimal, apparaît en elle-même suffisamment dissuasive. Le critère retenu est donc en adéquation avec l'objet de la loi, qui consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi. »*
57. De même, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 se prononçant sur la constitutionnalité de la loi ratifiant les ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, le Conseil constitutionnel a confirmé que *« le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié (...) Dès lors, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi »*.

58. Enfin, alors que la CGT soutenait dans le cadre d'un référé-suspension présenté devant le juge des référés du Conseil d'Etat que les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail méconnaissent le principe d'égalité, en retenant pour seuls critères de différenciation du barème d'indemnisation l'ancienneté dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci, ce qui ne permettrait pas de tenir compte de l'âge, des qualifications, de la situation familiale et d'un éventuel handicap des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, le Conseil d'Etat a estimé dans son ordonnance du 7 décembre 2017 que *« le principe d'égalité n'implique pas que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de façon différente des personnes se trouvant dans des situations différentes »*.
59. Enfin, la CGT fait référence, dans sa réclamation, à l'étude du ministère de la Justice de mai 2015 sur l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse par les juridictions, pour affirmer que les nouveaux montants d'indemnisation alloués sont systématiquement moins élevés que ceux précédemment accordés dans le cadre de la législation antérieure.
60. Toutefois, le Gouvernement rappelle que l'étude d'impact jointe au projet de loi d'habilitation qui a autorisé le Gouvernement à procéder à la réforme par voie d'ordonnances indique que : *« Il ressortait ainsi d'une étude menée par le ministère de la justice en mai 2015 sur 401 arrêts rendus par les chambres sociales des cours d'appel au mois d'octobre 2014, que les montants de dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse allaient de 500 € à 310 000 €, soit un rapport de 1 à 620. Dans la moitié des arrêts, il était supérieur à 15 000 €, dans un quart il était supérieur à 29 000 €. Pour des salariés occupant un poste équivalent, à ancienneté égale, le montant des dommages et intérêts peut varier du simple au triple, voire atteindre des écarts encore plus élevés dans les cas extrêmes. / Ces écarts ne s'expliquent pas par les seules différences de salaire et d'ancienneté des salariés dans l'entreprise. Ils traduisent notamment des traitements différenciés par les juges dans des situations comparables »*.
61. L'objectif de la réforme était donc de sécuriser la relation de travail et 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 en résulter, 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.
62. Le Gouvernement précise que l'instauration d'un barème permet de reconnaître, quelle que soit la cause du licenciement abusif, un préjudice qui doit être réparé selon l'appréciation du juge. En cela, le dispositif du barème confirme la jurisprudence de la Cour de Cassation, qui a dégagé comme principe que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas reconnu au bénéfice du salarié licencié abusivement un préjudice, Cas. Soc., 13 septembre 2017, n° 16-13578).

ii. Sur la prétendue globalisation des préjudices liés au licenciement

63. Dans sa réclamation, la CGT soutient que la législation française limite l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en incluant dans le

montant total d'autres indemnités (indemnité conventionnelle de licenciement, indemnité de préavis, indemnité de congés payés, indemnité de non-concurrence notamment). Elle allègue que cette possibilité offerte au juge de tenir compte des indemnités versées à l'occasion de la rupture pour déterminer le montant de la réparation est de nature à « *mettre en danger le principe de réparation intégrale du préjudice* ».

64. Par cette affirmation, la CGT présume de ce que pourra faire le juge. Or la législation ne contraint absolument pas ce dernier.
65. En effet, le Gouvernement rappelle que l'article L. 1235-3 du code du travail dispose 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* » (soulignement ajouté), cette dernière indemnité étant l'indemnité légale destinée à réparer le préjudice subi du fait de la privation de l'emploi.
66. Ainsi, il ne s'agit nullement d'une obligation pour le juge. Celui-ci n'est en aucun cas privé de son pouvoir d'évaluation des différents chefs de préjudices invoqués par le salarié, en fonction des éléments de preuve qui sont produits devant lui, afin que, cumulées entre elles, les indemnités allouées réparent de façon adéquate l'entier préjudice subi par l'intéressé lié au licenciement.
67. En tout état de cause, l'organisation réclamante fait une lecture erronée du texte. En effet, les indemnités compensatrices de préavis et de congés payés, les indemnités réparant une obligation de non-concurrence, si elles sont effectivement versées à l'occasion de la rupture, n'ont pas le même objet que les indemnités de licenciement visées à l'article L. 1235-3 alinéa 4 du code du travail. Elles n'entrent donc pas dans le champ de la « globalisation » des indemnités que critique la CGT.
68. Le Gouvernement précise que cette analyse a été confirmée par le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 7 décembre 2017 rendue sur saisine de la CGT dans laquelle il a jugé que : « *si les nouvelles dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail prévoient la possibilité, pour le juge, de " tenir compte " dans la détermination du montant de l'indemnité, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, elles ne lui imposent nullement, en énonçant cette faculté, de déduire du montant finalement accordé au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui ne saurait d'ailleurs être inférieur au minimum prévu, le montant de ces indemnités. Ainsi que cela ressort des termes mêmes du texte, cette faculté reconnue au juge concerne les seules indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, ce qui exclut les autres indemnités versées, à cette occasion, en compensation d'autres droits* » (pièce jointe n° 6).

iii. Sur le critère de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise

69. La CGT soutient que l'article L. 1235-3 du code du travail restreint l'évaluation du préjudice subi du fait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en fixant comme seul critère l'ancienneté dans l'entreprise.

70. A cet égard, le Gouvernement tient à préciser que le barème français fixe des planchers et des plafonds d'indemnisation et non des montants forfaitaires d'indemnité. Il permet donc 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. Le juge conserve effectivement, 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, comme cela a été relevé par le Conseil d'Etat dans son ordonnance de référé du 7 décembre 2017 : « *en fixant des montants minimaux et maximaux d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction des seuls critères de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et des effectifs de celle-ci, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas entendu faire obstacle à ce que le juge détermine, à l'intérieur de ces limites, le montant de l'indemnisation versée à chaque salarié en prenant en compte d'autres critères liés à la situation particulière de celui-ci* » (pièce jointe n° 6).
71. En outre, lorsque le salarié est en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice distinct de celui de la perte sans cause réelle et sérieuse de son emploi, il peut obtenir une réparation distincte, comme indiqué au paragraphe 49 des présentes observations.
72. De même, le salarié peut obtenir une indemnisation cumulable à celle de l'article L. 1235-3 du code du travail, si d'autres fautes ou abus ont été commis par l'employeur à l'occasion de la rupture du contrat, tels que des conditions de rupture vexatoires ou une méconnaissance de garanties conventionnelles de procédure (voir par exemple, Cour de cassation, chambre sociale, 27 septembre 2017, n° 16-14040). Cette possibilité est couramment utilisée par les juges du fond, à la différence de ce qui a été observé dans le droit finlandais, et n'a pas été remise en cause par la réforme résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée.
73. Enfin, le Gouvernement rappelle que 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).
74. Il résulte de l'ensemble des éléments qui viennent d'être exposés que le dispositif législatif français relatif à la réparation des préjudices liés au licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui comprend notamment le barème d'indemnisation fixé par l'article L. 1235-3 du code du travail, prévoit des indemnités suffisantes pour compenser le préjudice subi par les travailleurs licenciés sans motif valable.

c) Sur le caractère suffisamment dissuasif des indemnités prévues par le barème

75. La CGT allègue que la prévisibilité du coût du licenciement fait automatiquement perdre le caractère dissuasif de l'indemnité.
76. Contrairement à cette allégation, l'effet dissuasif dépend non pas du caractère inconnu et imprévisible du montant de l'indemnisation, mais bien du montant lui-même au regard de la situation de l'entreprise et du contexte économique.

77. La CGT soutient également que le barème ne permet pas au juge de prendre en compte la gravité de la faute de l'employeur car enserré dans des marges trop faibles alors que l'application automatique de l'indemnité plancher de six mois de salaires est réservée à des cas trop restreints.
78. Le Gouvernement estime que tel n'est pas le cas. En effet, le législateur a prévu, pour les atteintes les plus graves qui entraînent la nullité du licenciement, de ne pas appliquer le barème (article L. 1235-3-1 du code du travail). Or le nombre de cas où cette nullité est encourue n'est pas marginal, contrairement à ce qui est allégué, puisqu'il concerne des cas de 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, de licenciement 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, de licenciement d'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.
79. Enfin, 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 lui demande, le remboursement par l'employeur à Pôle emploi de tout ou partie, mais dans la limite de six mois, des indemnités de chômage versées à l'intéressé (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. Le Gouvernement a complété ce dispositif concourant à dissuader l'employeur de procéder à un licenciement sans cause réelle et sérieuse par l'adoption de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel qui comporte, en son article 64, une disposition nouvelle permettant à Pôle emploi, opérateur assurant la gestion et le financement de l'assurance chômage, de procéder au recouvrement de ces mêmes sommes auprès de l'employeur fautif par la délivrance d'une contrainte produisant les mêmes effets à l'égard du débiteur que le jugement du conseil de prudhommes pouvant ordonner ce remboursement. La mise en œuvre de cette procédure financièrement très dissuasive pour l'employeur fautif devrait donc encore être renforcée.
80. Il résulte des éléments qui viennent d'être exposés que le dispositif législatif global français relatif à l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse présente effectivement un caractère dissuasif pour l'employeur.

d) Sur les voies alternatives à la réparation du préjudice

81. La CGT soutient que la législation française ne prévoit pas de voie de droit alternative permettant de compenser entièrement le préjudice subi lors d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle allègue que la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile est trop restrictive dès lors qu'elle ne s'applique que lorsque le licenciement a été prononcé dans des circonstances abusives ou vexatoires.
82. Tout d'abord, comme indiqué aux paragraphes 42 à 44 des présentes observations, le Gouvernement rappelle que la législation française donne la possibilité au juge

d'ordonner la réintégration du salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent, si ce dernier le demande. C'est l'une des différences notables avec la législation finlandaise.

83. Ainsi, le versement d'une indemnité n'intervient que si le salarié ne demande pas sa réintégration ou si l'employeur s'oppose à celle-ci. La réintégration constitue donc un des modes de réparation dont les juridictions françaises peuvent disposer même si dans les faits, cette possibilité est très peu mise en œuvre, faute pour les salariés de la demander.
84. Par ailleurs, dans les cas où le licenciement est frappé de nullité, la réintégration, si elle est demandée par le salarié, est un droit auquel l'employeur ne peut s'opposer, sauf si elle est matériellement impossible. Or 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 est occupé par un autre salarié ne constitue pas une impossibilité matérielle (voir par exemple Cour de cassation, chambre sociale, 18 février 2016, n° 14-23155 et Cour de cassation, chambre sociale, 22 septembre 2015, n° 14-11382).
85. Enfin, le Gouvernement précise que le barème français 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. Comme indiqué au paragraphe 49 des présentes écritures, 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. Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu par la CGT, ces indemnités complémentaires ne sont ni théoriques, ni résiduelles.
86. 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.

B) Sur l'indemnité adéquate ou la réparation appropriée

87. En vertu du second paragraphe de l'article 24 de la Charte, tout travailleur qui s'estime victime d'un licenciement sans motif valable doit bénéficier d'un droit de recours devant un organe impartial. A cet égard, le Comité a précisé que la charge de la preuve ne devrait pas reposer entièrement sur le plaignant, mais faire l'objet d'un aménagement approprié entre le salarié et l'employeur (Conclusions 2016, France, article 24).
88. Dans sa réclamation, la CGT soutient qu'en limitant le pouvoir du juge dans son appréciation du préjudice, la réforme mise en place par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée porte directement atteinte au droit des victimes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à un recours devant un organe impartial protégé par le paragraphe 2 de l'article 24 de la Charte. Selon la CGT, le barème

conduit à une uniformisation des décisions de justice et dissuade les salariés de faire usage de leur droit au recours, comme l'illustre, selon elle, la diminution du nombre de recours introduits devant les conseils de prud'hommes au premier trimestre 2017.

89. Comme indiqué notamment aux paragraphes 66 et 70 des présentes observations, le juge dispose d'une marge d'appréciation entre le minimum et le maximum imposés à l'article L. 1235-3 du code du travail. Il exerce également son pouvoir souverain d'appréciation pour réparer tous les préjudices distincts de la seule perte de l'emploi et ceux consécutifs à des manquements ou abus distincts du licenciement. Il vérifie aussi si la rupture en cause entre dans le champ des exceptions au barème qui lui permettent de réparer intégralement le préjudice. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le juge exerce pleinement son office.
90. A cet égard, le Gouvernement précise que la Cour de cassation avait été saisie dans la demande d'avis transmise par le conseil des prud'hommes de Louviers de la question de la compatibilité de l'article L. 1235-3 du code du travail avec le droit au procès équitable protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans son avis n° 15012 du 17 juillet 2019 précité (pièce jointe n° 3), la Cour de cassation a estimé que : *« S'agissant de la conventionnalité de ce texte au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il convient de distinguer entre ce qui est d'ordre procédural et ce qui est d'ordre matériel, cette distinction déterminant l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne (CEDH, 29 novembre 2016, Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, n° 76943/11). / Dès lors, les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, précité. »* Ainsi, le barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse ne saurait être considéré comme restreignant la capacité du justiciable à s'adresser au juge (comme cela pourrait être le cas s'agissant des délais de prescription, du formalisme de la saisine ou des immunités de poursuite).
91. Par ailleurs, le Gouvernement précise que la diminution des recours devant les conseils de prud'hommes évoquée par la CGT dans ses observations est antérieure à la réforme contestée. 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 %) s'explique notamment par 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'homaux, réorganisation du fonctionnement et de la procédure prud'homale, etc.) et son mode de saisine, dont l'objectif est de rendre le recours plus efficace et non de porter atteinte au droit au recours.
92. Il résulte de ce qui précède que le barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail ne méconnaît aucunement le droit des travailleurs qui estiment avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable à un recours contre cette mesure devant un organe impartial.

⋮ ⋮ ⋮

93. 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 : Cour de cassation (formation plénière), avis n° 15012, 17 juillet 2019

Pièce n° 4 : Cour de cassation (formation plénière), avis n° 15013, 17 juillet 2019

Pièce n° 5 : Conseil des prud'hommes de Forbach, n° RG F 18/00079, 14 février 2019

Pièce n° 6 : Conseil d'Etat, ordonnance de référé, n° 415243, 7 décembre 2017