

PROJET DE RÉPONSE SYNTHÉTIQUE À L'ARGUMENTAIRE DU SAF

I – Pour faire échec au barème institué à l'article L. 1235-3 du code du travail, le salarié invoque deux conventions internationales auxquelles, selon lui, l'article L. 1235-3 du code du travail serait contraire. Il demande donc que son application soit écartée au profit de ces conventions et qu'il soit indemnisé sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

Selon lui ces deux textes auraient un effet direct en droit français lui permettant de les invoquer directement contre son employeur. Il en déduit que :

- Tout plafonnement inférieur à 24 mois serait notamment contraire à la Charte sociale européenne,
- Le barème mis en place ne permettrait pas une réparation intégrale du préjudice subi par les salariés,
- Il ne serait pas suffisamment dissuasif pour l'employeur,
- Il porterait atteinte à l'office du juge qui ne pourrait plus fixer librement l'indemnité.

Cette argumentation sera rejetée.

II – Liminairement :

- **Le Conseil d'Etat a rejeté le 7 décembre 2017 une argumentation en tous points identique à celle aujourd'hui invoquée devant le Conseil de prud'hommes (CE Réf. Ord. 7 décembre 2017, n°415.243)¹ :**

« (...) La Confédération générale du travail soutient que ces dispositions méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la charte sociale européenne en ce qu'elles privent les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse d'une indemnisation adéquate et d'une réparation appropriée du préjudice subi (...).

6. (...) Il ne résulte ni des stipulations invoquées, ni, en tout état de cause, de l'interprétation qu'en a donné le comité européen des droits sociaux dans sa décision du 8 septembre 2016, dont se prévaut la requérante, qu'elles interdiraient aux Etats signataires de prévoir des plafonds d'indemnisation inférieurs à vingt-quatre mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. [...].

- **Le Conseil constitutionnel a également validé ce dispositif dans le cadre du recours formé contre la loi de ratification de l'ordonnance.**

Le Conseil constitutionnel n'est certes pas compétent pour apprécier la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France et seules des normes constitutionnelles françaises ont donc été invoquées devant lui.

¹ à l'occasion d'une requête en référé-suspension dirigée, avant sa ratification par le Parlement, contre l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 qui institué le plafonnement.

Cependant l'argumentation était en substance la même et a été rejetée par le Conseil constitutionnel (cf. Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018) qui a notamment relevé que le critère tiré de l'ancienneté, s'il est en lien avec le préjudice subi, n'entre pas en contradiction avec le principe d'égalité.

C'est en l'état de ces deux décisions qu'il est à présent tenté, sur le fondement des mêmes arguments, de convaincre le juge judiciaire de la contrariété des dispositions de L. 1235-1 du code du travail aux articles 10 de la Convention n°158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale.

III – S'agissant de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, il est certain qu'il est d'effet direct, permettant ainsi aux salariés de l'invoquer à l'encontre de leurs employeurs devant le juge judiciaire.

Pour mémoire, cet article énonce :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention [i.e les tribunaux, tribunaux du travail, commissions ou arbitres impartiaux énoncés à cet article] 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 ».

Deux principes sont ainsi fixés, en cas de licenciement injustifié :

- le salarié, s'il ne peut être réintégré dans son emploi, a droit à une indemnité,
- cette indemnité doit être « adéquate » ou prendre « toute autre forme de réparation considérée comme appropriée ».

Ce qui importe au regard du texte est qu'une indemnisation – ou toute forme de réparation – soit prévue par le droit national et qu'elle soit adéquate.

Or, l'indemnisation prévue par le droit français est nécessairement « adéquate » puisque le Conseil constitutionnel a expressément jugé que les indemnités prévues par l'article L. 1235-3 du code du travail ne méconnaissent pas l'exigence constitutionnelle de réparation.

Par ailleurs, contrairement à ce qui a pu être affirmé, l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ne proscrie pas, par principe, tout plafonnement des indemnités ou tout barème : nombre des pays signataires pratiquent un tel plafonnement, parfois à un niveau nettement moins favorable aux salariés, sans jamais avoir été sanctionnés par le BIT (**Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Italie, Suisse**).

IV – Sur l'article 24 de la Charte sociale européenne, il convient tout d'abord de relever que la **Cour de cassation, notamment, ne s'est jamais prononcée sur la question de son invocabilité entre personnes privées.**

Elle l'a certes admis des articles 5 et 6 mais ils sont relatifs à la liberté syndicale et au droit à la négociation collective², droits qui sont ainsi expressément conférés aux salariés : on comprend qu'ils puissent être directement invoqués par les salariés à l'encontre de leur employeur.

Rien de tel avec l'article 24 de la Charte, qui se borne à énoncer :

« Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ».

Or, les parties, au sens de la Charte, sont les Etats et non les employeurs, personnes privées, lesquelles ne sont pas directement liées par la Charte.

La partie 2 de la Charte énonce en outre au sujet de l'article 24:

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

Les droits ainsi proclamés supposent donc une intermédiation étatique : ils doivent être mis en œuvre par l'Etat qui seul est engagé.

De même l'annexe à la Charte prévoit expressément, s'agissant de l'article 24 :

« [...] l'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationales, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales ».

En l'espèce, l'arrêt Fischer invoqué règle uniquement la question de l'invocabilité de l'article 24 de la Charte contre un acte administratif et donc contre l'Etat – ce qui est logique puisque le juge administratif ne connaît jamais des litiges entre personnes privées, mais exclusivement des recours formés contre les décisions prises par une entité dotée de prérogatives de puissance publique.

Il ne règle pas celle de l'invocabilité du texte dans les rapports entre particuliers.

Et l'argument suivant lequel la Cour de cassation aurait reconnu un tel effet direct à d'autres stipulations de la Charte est inopérant puisqu'il s'agit des articles 5 et 6 de la Charte qui reconnaissent directement aux salariés la liberté syndicale et le droit de négocier collectivement.

Ces droits existent en eux-mêmes, indépendamment de toute intermédiation étatique, et constituent de surcroît en droit interne des droits fondamentaux, ayant au demeurant valeur constitutionnelle.

² (cf. par exemple : Soc. 12 avril 2018, pourvoi n°17-60197)

Ils ont donc nécessairement, eu égard à leur objet, un effet direct.

Ce n'est pas le cas de l'article 24 qui ne consacre aucun droit qui n'aurait pas besoin d'une mise en œuvre préalable en droit interne.

V – Même si l'article 24 pouvait être invoqué, l'article L. 1235-3 du code du travail ne lui est, en rien, contraire.

L'argumentation du salarié se fonde ici sur une décision rendue le 8 septembre 2016 par le comité européen des droits sociaux – organe compétent pour interpréter la charte et en constater les violations - relative à une disposition du droit finlandais, limitant à 24 mois les indemnités susceptibles d'être allouées au salarié en cas de licenciement injustifié.

Elle appelle les trois observations qui suivent :

- **D'une part, contrairement à ce qui est soutenu à tort, ce comité n'est pas un organe juridictionnel.**

C'est un organe de contrôle dont les décisions n'ont aucun caractère exécutoire dans les ordres juridiques internes.

- **D'autre part, le salarié tente de faire croire que la législation finlandaise serait plus favorable que la législation française, ce qui imposerait *a fortiori* de la censurer.**

Le droit finlandais prévoit certes une indemnité fixée entre 3 et 24 mois de salaire mais :

- Ce plafonnement est applicable dans toutes les hypothèses, c'est-à-dire quel que soit le motif du licenciement et même dans les hypothèses les plus graves correspondant aux cas de nullité des licenciements ;
- Aucun droit à réintégration n'est prévu, dans aucun cas ;
- les indemnités allouées par le juge sont soumises à l'impôt ;
- Sont déduites de l'indemnité allouée par le juge, toutes les rémunérations que le salarié a perçues depuis son licenciement.

Rien de tout cela n'existe en France.

- **Enfin la présentation que fait le salarié du contenu de la décision du comité européen des droits sociaux dénature sa motivation, qui est la suivante :**

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

Ainsi, le plafonnement des indemnités n'est pas en lui-même contraire à la Charte ; il ne le devient que (i) s'il ne permet pas une réparation du préjudice du salarié, (ii) s'il a pour effet de ne pas être suffisamment dissuasif.

La décision en cause est justifiée par le fait que l'indemnité plafonnée était la seule susceptible d'être allouée aux salariés, aucune autre voie de droit n'étant ouverte dans l'hypothèse où cette indemnité se révélerait insuffisante pour compenser le préjudice subi par le salarié.

VI – Or précisément, dans la législation française, le plafonnement n'a pas vocation à s'appliquer dans toute une série d'hypothèses où, en raison de la gravité du manquement commis par l'employeur, il pourrait être considéré que celui-ci ne permet pas une indemnisation complète du salarié.

C'est une différence fondamentale avec la loi finlandaise.

Aux termes de l'article L. 1235-3-1 du code du travail,

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

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

- 1° La violation d'une liberté fondamentale ;*
- 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;*
- 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 ».*

Dans toutes ces hypothèses, le plafonnement est écarté au profit d'une indemnisation que le juge fixe souverainement.

Ainsi le système d'indemnisation mis en place intègre d'emblée la question de la réparation intégrale du préjudice en postulant des hypothèses où le plafonnement des indemnités prud'homales peut faire obstacle à la compensation complète du préjudice subi par le salarié.

Cette mesure corrective du plafonnement n'existe pas dans la législation finlandaise.

VII - Contrairement à ce que soutient par ailleurs le salarié, le juge peut aussi parfaitement prendre en considération d'autres critères que ceux de l'ancienneté pour fixer l'indemnité due à celui-ci en réparation de son licenciement.

(Par exemple l'âge, les perspectives de reconversion professionnelle, la situation économique ou familiale).

Il n'est pas possible d'affirmer qu'une telle indemnisation serait par nature dérisoire, alors que le salarié peut continuer à percevoir le salaire ou les allocations-chômage dont il bénéficie par ailleurs.

VIII – Il est également erroné de prétendre que si le salarié a subi un préjudice spécifique, il ne disposerait d'aucune voie de droit alternative pour le faire réparer.

En effet, l'article L. 1235-3 du code du travail ne concerne que **le préjudice né de la perte injustifiée de l'emploi** : il n'exclut pas la possibilité d'une indemnisation sur le fondement du droit commun de la responsabilité au regard des circonstances dans lesquelles le licenciement est prononcé.

Tous les autres préjudices, en lien avec le licenciement, et notamment avec les circonstances dans lesquelles il a été prononcé, sont susceptibles d'une réparation distincte, sur le fondement du droit de la responsabilité civile dès lors que le salarié est en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice distinct.

Or, c'est seulement en raison de l'absence de réparation en cas de préjudice distinct, que le droit finlandais a été jugé contraire à la Charte.

IX – Sera également rejeté l'argument suivant lequel le plafonnement ne serait pas suffisamment dissuasif et serait, de ce fait, contraire à la Charte.

D'une part, l'indemnité n'est que l'une des sanctions applicables en cas de licenciement et ce, à la condition, en outre, que celui-ci ne s'expose pas à la sanction de la nullité, auquel cas le plafonnement de l'indemnité est écarté. Outre les dommages-intérêts pouvant être alloués en réparation d'un préjudice distinct de la perte injustifiée de l'emploi, le juge dispose toujours de la possibilité, y compris d'office, de condamner l'employeur au remboursement des allocations chômage servies au salarié dans la limite de six mois d'indemnisation. Il peut au demeurant le faire d'office.

D'autre part, le plafonnement des indemnités s'est accompagné d'un relèvement du montant de l'indemnité légale de licenciement qui aux termes de l'article R. 1234-2 du code du travail, ne peut désormais être inférieure aux montants suivants : 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans, 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.

Malgré le plafonnement, le droit français reste donc largement dissuasif.

X – Enfin, l'argument suivant lequel le plafonnement serait contraire à la Charte en ce qu'il porterait atteinte à l'office du juge, est infondé.

S'il est vrai que son évaluation des dommages-intérêts est désormais encadrée entre un minimum et un maximum, il reste libre, dans ce cadre, de fixer, en fonction des données de chaque affaire, l'indemnité qui reviendra aux salariés (cf. les développements précédents sur les critères d'évaluation du préjudice susceptible d'être pris en compte).

C'est ce qu'a rappelé, notamment, le Conseil constitutionnel :

« Il appartient au juge, dans les bornes de ce barème, de prendre en compte tous les éléments déterminant le préjudice subi par le salarié licencié lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité due par l'employeur ».
