

PROJET DE REPONSE A L'ARGUMENTAIRE DU SAF

I – Pour faire échec au barème résultant de 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 cet article, et le barème qui en résulte, soit écarté au profit de ces conventions et qu'il soit ainsi indemnisé sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

En substance, le salarié soutient que ces deux articles auraient un effet direct en droit français lui permettant de les invoquer directement contre son employeur et qu'ils interdiraient un plafonnement tel que celui prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail dès lors que tout plafonnement inférieur à 24 mois serait notamment contraire à la Charte sociale européenne, qu'en tout état de cause, le barème mis en place ne permettrait pas une réparation intégrale du préjudice subi par les salariés, qu'il ne serait pas suffisamment dissuasif pour l'employeur et qu'il porterait atteinte à l'office du juge qui ne pourrait plus fixer librement l'indemnité.

Cette argumentation sera rejetée.

II – Il importe en premier lieu de souligner que l'argumentation ainsi développée vise à rejouer, devant le juge judiciaire, un match qui a été déjà perdu à deux reprises, d'abord devant le Conseil d'Etat, puis devant le Conseil constitutionnel après l'adoption de la loi de ratification des ordonnances.

- **En effet, et d'une part, le Conseil d'Etat a rejeté, par une décision rendue le 7 décembre 2017, exactement la même argumentation que celle qui est aujourd'hui invoquée devant le conseil de prud'hommes (CE Réf. Ord. 7 décembre 2017, n°415.243) 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.**

Pour mémoire, tant qu'elle n'a pas l'objet d'une ratification législative, une ordonnance reste un acte réglementaire, susceptible, en tant que tel, d'être déféré au Conseil d'Etat dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir et, le cas échéant, d'une requête tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à ce qu'en soit ordonnée la suspension.

Un tel référé suspension a été formé par la CGT contre l'ordonnance sur la base de la même argumentation que celle qui est aujourd'hui soulevée devant le conseil de prud'hommes : il a soutenu que l'article 2, dont est issu l'actuel article L. 1235-3 du code du travail, était contraire tant à l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, qu'à l'article 24 de la Charte sociale européenne et ce, pour les mêmes raisons que celles qui sont aujourd'hui invoquées par le salarié.

Or, cette argumentation a été purement et simplement rejetée par le Conseil d'Etat, et suivant une motivation particulièrement claire :

« (...) 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 donnée le comité européen de 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. En outre, le barème que l'article 2 de l'ordonnance contestée énonce n'est, ainsi que le précise l'article L. 1235-3-1 du code du travail, pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité afférente " à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13 ".

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que ni la convention n°158 de l'OIT, ni l'article 24 de la Charte sociale européenne ne devaient être interprétés comme interdisant tout plafonnement inférieur à deux ans de salaire et il a jugé qu'en l'occurrence, le barème contesté était valable dès lors, notamment, qu'il n'était pas applicable dans toute une série d'hypothèses où la faute commise par l'employeur est particulièrement grave et où le licenciement est nul. Il a ainsi purement et simplement écarté l'argumentation des requérants suivant laquelle l'ordonnance ne permettrait pas une indemnisation adéquate et une réparation appropriée.

La décision est d'autant plus remarquable qu'elle intervient en référé où il s'agit de suspendre un acte administratif dès lors qu'il existe un « doute sérieux » quant à sa légalité – en d'autres termes, dès lors qu'il existe des raisons sérieuses de penser celui-ci pourrait être ensuite annulé par le juge de l'excès de pouvoir.

Si la requête en référé-suspension a été rejetée, c'est donc que le Conseil d'Eta a estimé qu'il n'existait aucun doute sur la légalité de l'ordonnance et notamment, qu'il n'existait aucun doute sur le fait que le barème mis en place par celle-ci était conforme aux deux conventions internationales précitées.

Il est remarquable que le salarié ait omis de le rappeler.

- **D'autre part, le Conseil constitutionnel a lui-même eu l'occasion, quelques mois plus tard, de valider le même dispositif dans le cadre du recours formé contre la loi de ratification de l'ordonnance, par toute une série de parlementaires.**

Bien entendu, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour apprécier la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France, ni l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, ni l'article 24 de la Charte sociale européenne n'ont été invoqués devant lui.

Seules des normes constitutionnelles françaises l'ont été.

Cependant, si les normes invoquées n'étaient pas identiques, il demeure que l'argumentation était en substance la même, dès lors qu'il était soutenu, devant le Conseil constitutionnel, sur le fondement du principe de la garantie des droits, ainsi que sur celui de la réparation intégrale du préjudice, que le barème et le plafonnement des indemnités conduiraient à une indemnisation qui, d'une part, pourrait ne pas s'avérer intégrale au regard du préjudice subi par le salarié dès lors notamment que le critère retenu serait uniquement l'ancienneté et qui, d'autre part, serait dans certains cas dérisoire donc peu dissuasive pour l'employeur, lequel pourrait ainsi prendre le risque d'un licenciement injustifié.

C'est la même argumentation que celle aujourd'hui fondée sur les articles 10 de la Convention n°158 de l'OIT et 24 de la Charte sociale européenne :

Or, le Conseil constitutionnel n'a nullement été convaincu par cette argumentation qu'il a rejetée (cf. Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018).

Pour ce faire, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé que si le droit à réparation fait partie des exigences constitutionnelles, celui-ci ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'auteur d'une faute peut être engagée. Il peut ainsi 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 ». Ce principe posé, le Conseil constitutionnel a alors énoncé :

« 86. D'une part, en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

87. D'autre part, l'indemnité ainsi encadrée a pour objet de réparer le préjudice né d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, le cas échéant, celui né de l'absence de respect de la priorité de réembauche et de la méconnaissance des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative ou de l'obligation de mise en place d'un comité social et économique. Les montants maximaux de cette indemnité fixés par la loi varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Il ressort des travaux préparatoires que ces montants ont été déterminés en fonction des « moyennes constatées » des indemnités accordées par les juridictions. Par ailleurs, conformément aux

dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail, ces maximums ne sont pas applicables lorsque 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 ».

88. Il résulte de ce qui précède que la dérogation au droit commun de la responsabilité pour faute, résultant des maximums prévus par les dispositions contestées, n'institue pas des restrictions disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi ».

Ainsi, selon le Conseil constitutionnel :

- 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 » des indemnités allouées par les juridictions et dès lors, 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.

Par ailleurs, sur le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a énoncé :

« 89. En second lieu, d'une part, le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi. Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, 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. En revanche, 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 »

La motivation est claire : le critère tiré de l'ancienneté, dès lors qu'il est en lien avec le préjudice subi, ne pose pas de difficulté au regard du principe d'égalité, le juge pouvant en tout état de cause toujours tenir compte d'autres critères dans la fixation de l'indemnité due au salarié dans les limites du barème.

Comme l'a fait avant lui le Conseil d'Etat dans son ordonnance précitée du 7 décembre 2017 et avec tout autant de clarté, **le Conseil constitutionnel a ainsi procédé à une validation pure et simple du barème.**

C'est donc en l'état de ces deux décisions, rendues par deux des plus hautes juridictions françaises, lesquelles ont à chaque fois validé le barème, qu'il 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 à l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT et à l'article 24 de la Charte sociale.

L'entreprise est désespérée.

III – En ce qui concerne tout d'abord de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, s'il n'est pas contestable que celui-ci dispose d'un effet direct permettant aux salariés de l'invoquer à l'encontre de leurs employeurs devant le juge judiciaire, il demeure l'article L. 1235-3 du code du travail n'y est pas contraire.

Pour mémoire, cet article énonce :

« Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention [autrement dit, 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 ».

L'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ne fixe que deux principes qui sont en l'occurrence parfaitement respectés : celui suivant lequel, en cas de licenciement injustifié, le salarié, s'il ne peut être réintégré, dans son emploi, a droit à une indemnité ; et celui suivant lequel cette indemnité doit, pour reprendre les propres termes de la Convention, 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, il n'est pas contestable que le droit français prévoit une indemnisation et contrairement à ce que prétend le demandeur, celle-ci est nécessairement « adéquate » dès lors que, comme on l'a vu, il a été expressément jugé par le Conseil constitutionnel que les indemnités prévues par l'article L. 1235-3 du code du travail ne méconnaissent pas l'exigence constitutionnelle de réparation.

Par ailleurs, on ne peut déduire de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, comme tente de le faire le salarié, que celui-ci proscrirait par principe tout plafonnement des indemnités ou tout barème.

Rien de tel n'a jamais été dit par la Convention.

C'est une interprétation abusive, le seul critère étant, on l'a vu, celui du caractère adéquat de la réparation et donc du caractère adéquat du barème.

Au demeurant, il résulte de la propre base de données de l'OIT sur les législations nationales des pays signataires de la Convention n°158 de l'OIT – base de données disponible sur le site Internet de l'OIT – que nombre de ces pays, connaissent un tel plafonnement alors qu'aucun d'eux n'a eu à subir les foudres du BIT.

Ainsi, à titre d'exemples :

- **En Allemagne**, l'indemnité ne peut excéder douze mois de salaires sauf dans deux hypothèses : si le salarié a plus de 50 ans et 15 ans d'ancienneté, auquel cas le plafonnement passe à 15 mois de salaire ; si le salarié a plus de 55 ans et 20 ans d'ancienneté, auquel cas, le plafonnement est relevé à 18 mois de salaire ;
- **En Belgique**, l'indemnité de droit commun, en cas de licenciement injustifié, doit être au minimum de 3 semaines de salaire et au maximum de 17 semaines ; elle peut être complétée par des dommages-intérêts spécifiques si le licenciement n'est pas motivé ; les ouvriers, quant à eux, disposent d'une indemnité d'un maximum de six mois de salaire ;
- **Au Danemark**, les salariés ayant au minimum 12 mois d'ancienneté ont droit à une indemnité qui ne peut excéder la moitié de la période de préavis ; cette indemnité peut être augmentée de 3 mois de salaire pour les employés qui sont âgés de plus de trente ans ainsi que de quatre mois de salaire pour les salariés qui ont plus de dix ans d'ancienneté et de six mois de salaire pour les salariés qui ont plus de 15 ans d'ancienneté
- **En Espagne**, l'indemnité de 33 jours de salaire par année de présence dans l'entreprise avec un maximum de 24 mois de salaire ;
- **En Finlande**, l'indemnité varie entre 3 mois et 24 mois de salaire ;
- **En Italie**, un barème, à vrai dire assez complexe, a été mis en place depuis 2004 qui fait varier le montant de l'indemnité en fonction de critères tenant d'une part à l'entreprise (effectifs, secteur d'activité) et au salarié (ancienneté). Dans l'hypothèse, la plus courante, celle d'un licenciement qui correspondrait en France à un licenciement économique ou disciplinaire, l'indemnité varie entre 4 et 24 mois de salaire ;
- **En Suisse**, l'indemnisation ne peut excéder six mois de salaire, si le licenciement a été précédé d'un préavis ; en cas de licenciement immédiatement, une indemnité complémentaire, qui ne peut excéder 6 mois, peut être allouée par le juge.

Aucun de ces pays, dont certains ont pourtant un barème nettement moins favorable aux salariés, que celui résultant de l'ordonnance du 22 septembre 2017, n'a été considéré par l'Organisation internationale du travail ou ses institutions, comme ayant introduit, dans leur législation nationale, des dispositions qui conviendraient à l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT.

C'est dire s'il est audacieux de prétendre que l'article L. 1235-3 du code du travail, plus favorable que beaucoup de ces législations, serait contraire à la Convention.

IV – S'agissant ensuite de l'article 24 de la Charte sociale européenne, il convient tout d'abord de relativiser l'effet direct que lui accorde le salarié.

En effet, la jurisprudence n'est pas, sur ce point, aussi claire qu'il l'affirme.

La Cour de cassation, notamment, ne s'est jamais prononcée sur la question de l'invocabilité de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

La Charte ne lui est certes pas inconnue et elle a déjà admis l'invocabilité de des articles 5 et 6 relatifs à la liberté syndicale et au droit à la négociation collective (cf. par exemple : Soc. 12 avril 2018, pourvoi n°17-60197).

Cependant, à la différence de l'article 24, les articles 5 et 6 de la Charte confère expressément des droits aux salariés, de sorte que l'on peut comprendre 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 ».

On admettra qu'une telle stipulation est particulièrement générale et qu'elle ne confère en elle-même qu'aucun droit immédiat et concret que les salariés peuvent directement opposer à leurs employeurs. L'article 24 fixe une obligation : que les salariés soient protégés contre le licenciement ; mais à cet égard, il fixe un objectif aux Etats signataires de la Charte : qu'ils établissent les règles permettant d'assurer cette protection, dont on ignore totalement les modalités à la lecture de l'article 24, qui est d'abord et avant tout une déclaration d'intention.

Il est vrai que la Charte est complétée, en partie 2, par un certain nombre de règles plus précises. Cependant, et d'une part, aux termes du préambule, « Les Parties s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après ».

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

D'autre part, s'agissant de l'article 24, la partie 2 de la Charte énonce :

*« 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 »*

En d'autres termes, les droits ainsi proclamés supposent une intermédiation étatique : ils doivent être mis en œuvre par l'Etat qui seul est engagé.

C'est toute la différence, d'ailleurs, avec l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT qui, bien que la formulation soit proche – il faut dans les deux cas une indemnité adéquate ou une réparation appropriée – la Convention n°158 en fait un droit inconditionnel, ne nécessitant aucune intermédiation étatique.

Ce n'est pas le cas de la Charte sociale européenne – en tout cas de l'article 24 - qui s'adresse exclusivement aux Etats.

Cela est confirmé par l'annexe à celle-ci, qui prévoit expressément, s'agissant de l'article 24 :

« Il est entendu que 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 ».

C'est donc bien une obligation à la charge de l'Etat qui est instituée.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a pu, dans l'affaire citée par le salarié, reconnaître un effet direct à l'article 24 de la Charte.

En effet, **dans cette affaire, l'article 24 de la charte était invoqué à l'encontre d'un acte administratif, et plus précisément d'un acte réglementaire**, pris par une personne morale de droit public, dotée de prérogatives de puissance publique.

En d'autres termes, le texte était invoqué contre l'Etat ou, à tout le moins, contre une entité de droit public, ayant pris un acte de nature réglementaire.

Or, dès lors que l'article 24 de la Charte pose une obligation à l'Etat – organiser une protection contre le licenciement – il est parfaitement admissible que celui-ci puisse être invoqué contre l'Etat ou toute autre entité de droit public.

Au fond, il ne s'agit alors que d'opposer à l'Etat un engagement qu'il a pris et que, précisément, il ne respecte pas.

Cela n'a rien à voir avec le droit dont disposeraient des particuliers d'invoquer la même norme dans leurs rapports respectifs.

Ce droit, que le droit européen appelle l'effet direct horizontal, n'est concevable que si la norme ne suppose aucune mise en œuvre préalable par l'Etat.

En l'espèce, l'arrêt Fischer 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.

On ne peut donc déduire de cet arrêt, comme le fait le salarié, qu'il pourrait, sans difficulté, invoquer l'article 24 de la Charte à l'encontre de son employeur alors que cet article ne s'adresse qu'à l'Etat et à l'Etat uniquement.

Et l'argument suivant lequel la Cour de cassation aurait reconnu un tel effet direct à d'autres stipulations de la Charte est inopérant : les articles considérés sont, d'une part, l'article 5 de la Charte, qui proclame la liberté syndicale et, d'autre part, l'article 6, qui consacre le droit de négocier collectivement.

Outre que ces droits existent en eux-mêmes indépendamment une intermédiation étatique, il convient de rappeler qu'il s'agit déjà, en droit interne, de droits fondamentaux, ayant au demeurant valeur constitutionnelle.

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 – Quoi qu'il en soit, à supposer que cela puisse être le cas, il demeure que, contrairement encore à ce que soutient le salarié, l'article L. 1235-3 du code du travail n'est absolument pas contraire à l'article 24 de la Charte.

En substance, l'argumentation du salarié se fonde 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.

Trois observations doivent être d'emblée formulées :

- **D'une part, contrairement à la présentation qui en est faite, 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 – à la différence, par exemple, des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il donne en réalité un avis quant à la conformité d'un droit national aux engagements résultant de la Charte, mais sans que cet avis ne lie l'Etat membre concerné et donc, *a fortiori*, un autre Etat lui-même lié à la Charte.

La décision du 8 septembre 2016 est dépourvue d'autorité en droit français.

Il convient de le garder à l'esprit.

- **D'autre part, le salarié tente abusivement de faire croire que la législation finlandaise serait plus favorable que la législation française, ce dont il déduit que la législation française devrait être *a fortiori* censurée**

C'est une présentation habile certes, mais fondée sur un mensonge : **la législation finlandaise n'a rien à voir avec la législation française.**

En effet, les législations ne sont en rien comparables.

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.

- **De troisième part, la présentation que fait le salarié du contenu de la décision du comité européen des droits sociaux est trompeuse en ce qu'elle procède d'une dénaturation de la motivation de celle-ci.**

Il est important de rappeler précisément les termes de cette décision.

En premier lieu, la décision rappelle les principes applicables sur le fondement de l'article 24 de la Charte :

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

- le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision

de l'organe de recours ;

-la possibilité de réintégration ;

- des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime.

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

Ainsi, le plafonnement des indemnités n'est pas en lui-même contraire à la Charte ; il ne le devient que si (i) il ne permet pas une réparation du préjudice du salarié, ce qui suppose, si l'indemnité allouée ne répare que le préjudice matériel subi par le salarié, qu'il dispose d'autres voies pour faire sanctionner les autres préjudices qu'il a subis et (ii) s'il a pour effet de ne pas être suffisamment dissuasif.

Or, s'agissant de la législation finlandaise, qui plafonne à 24 mois l'indemnité due aux salariés en cas de licenciement injustifié, le comité a énoncé :

« 47. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle la Finlande est en violation de l'article 24 de la Charte au motif que la loi relative aux contrats de travail prévoit un plafonnement de l'indemnisation pouvant être accordée en cas de licenciement abusif, le Comité rappelle avoir constaté, dans ses Conclusions 2008, que la situation de la Finlande n'était pas conforme à cette disposition de la Charte au motif que l'indemnisation accordée en cas de licenciement abusif était plafonnée à 24 mois de salaire. Toutefois, dans ses conclusions suivantes (Conclusions 2012), il a noté que dans certains cas de licenciement abusif, une indemnisation pouvait également être accordée sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, et a demandé des informations sur des cas dans lesquels un salarié avait pu obtenir une indemnisation pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Dans l'attente, il a jugé la situation conforme à l'article 24 de la Charte (Conclusions 2012, Finlande). La Finnish Society of Social Rights soutient que la loi relative à la responsabilité civile s'applique uniquement dans l'hypothèse où le salarié a subi des atteintes ou un préjudice grave.

48. Le Gouvernement affirme que les salariés peuvent, outre sur le fondement de la loi relative au contrat de travail, demander à être indemnisés sur le fondement de la loi sur la non-discrimination et de la loi relative à l'égalité entre les femmes et les hommes. Le Comité relève néanmoins que seules les personnes qui ont été licenciées pour des motifs discriminatoires peuvent demander réparation sur le fondement de ces textes législatifs. Si le licenciement abusif ne comporte pas d'élément discriminatoire, il n'est pas possible de demander réparation sur le fondement de ces lois.

49. Le Comité considère 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.

50. Le Gouvernement souligne que les salariés victimes d'un licenciement abusif peuvent également demander réparation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile.

Le Comité relève également que le Gouvernement n'a pas fourni, dans son mémoire sur le bien-fondé, d'exemples d'affaires dans lesquelles une indemnisation aurait été accordée pour licenciement abusif sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile. Dans son 11^e rapport présenté dans le cadre de la procédure des rapports, le Gouvernement cite un arrêt de la Cour d'appel d'Helsinki confirmant la décision d'un tribunal de district qui avait accordé dans une affaire de licenciement discriminatoire une indemnisation sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile, alors que la réparation avait également été demandée sur le fondement de la loi relative aux contrats de travail et au titre de la loi sur la non-discrimination. Le Comité note que cette affaire concernait un licenciement discriminatoire. Le Comité note que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas à toutes les situations de licenciement abusif, et peut n'être applicable que dans des situations particulières. Il relève

notamment que la loi relative à la responsabilité civile ne s'applique pas, sauf disposition contraire, à la responsabilité contractuelle ou la responsabilité régie par une loi différente.

52. Le Comité estime 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.

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

Une telle motivation est claire.

Ce qui a justifié la décision est le fait que l'indemnité plafonnée était la seule indemnité susceptible d'être allouée aux salariés, aucune autre voie de droit n'étant ouverte dans l'hypothèse où cette indemnité ne serait pas suffisante pour compenser le préjudice subi par le salarié.

Plus précisément, ce qui a emporté la conviction du comité est le fait qu'il avait validé le plafonnement en 2012 aux motifs qu'une indemnisation pouvait également être accordée sur le fondement de la loi relative à la responsabilité civile dans certaines hypothèses de licenciement abusif et qu'il s'est en définitive aperçu en 2016, que cette législation était restée lettre morte.

Ainsi, – **il est important d'insister sur ce point** – il n'a jamais été énoncé par cette décision, ainsi que le prétend le salarié, qu'une indemnité plafonnée à 24 mois ne serait pas suffisamment dissuasive pour être conforme à la Charte.

De fait, dans l'affaire considérée, la question du caractère dissuasif ou non de l'indemnité n'était pas posée.

Ainsi, en résumé, il résulte de la décision du comité européen des droits sociaux du 8 septembre 2016 :

1°/ Que le comité européen des droits sociaux n'a jamais énoncé qu'une indemnité dont le plafond serait inférieur à 24 mois serait, par nature, contraire à l'article 24 de la charte sociale européenne ;

2°/ Que le comité européen des droits sociaux n'a pas davantage énoncé qu'une telle indemnité serait également contraire à la Charte en ce qu'elle n'aurait pas un caractère suffisamment dissuasif ;

3°/ Que seule l'absence de toute possibilité de faire réparer son préjudice en dehors de l'indemnité plafonnée dans l'hypothèse où celle-ci ne réparerait pas l'intégralité des préjudices subis par le salarié, a justifié la décision.

Au regard de ces principes, l'article L. 1235-3 du code du travail n'encourt pas les reproches que lui adresse le salarié.

VI - En effet, il importe de rappeler que, 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.

Il en résulte que le système d'indemnisation mis en place prend d'ores et déjà en considération la question de la réparation intégrale du préjudice en postulant que dans certaines hypothèses, précisément décrites à l'article L. 1235-3-1 du code du travail, le plafonnement des indemnités prud'homales risque de ne pas être suffisant pour compenser complètement le préjudice subi par le salarié.

C'est une mesure corrective du plafonnement qui n'était pas prévue par la législation finlandaise, laquelle soumet les licenciements au plafonnement quels qu'en soit la cause, et même dans ces hypothèses, pourtant les plus graves.

Or, c'est précisément l'existence de cette possibilité d'écarter le plafonnement qui a conduit le Conseil d'Etat, dans son ordonnance du 7 décembre 2017, à considérer que le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 24 de la Charte sociale européenne n'était pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de l'ordonnance attaquée ; et c'est également

au regard de cette possibilité que le Conseil constitutionnel a jugé que le plafonnement ne portait pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de réparation du préjudice.

De fait, le plafonnement n'a vocation à s'appliquer que dans les hypothèses où le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse, soit parce que les faits se trouvant à l'origine de celui-ci ne sont pas matériellement établis, soit parce qu'ils sont considérés comme n'étant pas suffisamment sérieux pour justifier le licenciement, soit encore, dans l'hypothèse du licenciement économique, dès lors qu'il a été jugé que la cause économique du licenciement n'était pas caractérisée.

Ces hypothèses correspondent toutes à des licenciements certes injustifiés, **mais sans que soit caractérisé un manquement particulièrement grave de l'employeur à ses obligations.**

Le préjudice du salarié est donc en principe, dans ces hypothèses, suffisamment réparé par l'indemnité plafonnée.

VII - Contrairement à ce que soutient par ailleurs le salarié, le juge peut 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.

L'ancienneté ne définit en effet que la fourchette d'indemnisation et non le montant de l'indemnisation qui, quant à lui, varie selon le préjudice qui a été effectivement subi par le salarié et qui peut être différent selon d'autres critères tenant par exemple à son âge, à ses perspectives de reconversion professionnelle, à sa situation économique ou familiale. Si, d'ailleurs, c'est une fourchette qui a été retenue par le législateur et non une indemnité forfaitaire en fonction de l'ancienneté, c'est précisément afin que le juge puisse exercer son office et prendre en considération d'autres critères pour décider de l'indemnité allouée.

Il s'agit donc d'une indemnité qui vient compenser l'ensemble des préjudices subis du fait du caractère injustifié du licenciement.

Elle est au demeurant fixée indépendamment des sommes perçues par le salarié depuis la rupture du contrat de travail, et ayant la nature de dommages-intérêts, elle n'est soumise ni aux cotisations sociales, ni à l'impôt et sont en outre calculées sur la base du salaire brut perçu par le salarié.

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

Et en l'occurrence, le salarié n'apporte aucun élément permettant de démontrer que, dans son cas, et à raison d'un préjudice particulier qui ne serait pas indemnisable par ailleurs, sur un autre fondement, il serait privé, du fait du plafonnement, d'une réparation adéquate.

L'affirmation du salarié est à cet égard une pétition de principe qui n'est étayé par aucun élément de fait ou de preuve susceptible de la conforter.

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.

D'abord, force est de constater qu'aucun préjudice spécifique, indemnisable indépendamment de l'indemnité plafonnée, n'est invoqué.

Le salarié est donc sans intérêt à présenter une telle argumentation qui n'est d'aucune conséquence dans son cas puisqu'il ne démontre pas en quoi son préjudice ne pourrait pas être réparé par l'indemnité plafonnée.

A supposer que, comme il le soutient, l'article 24 de la Charte aurait un effet direct, il conviendrait qu'il démontre qu'en l'occurrence, cet article lui accorde un droit que l'article L. 1235-3 du code du travail ne lui accorde pas.

Or, on comprend mal comment il peut en l'espèce se plaindre de la prétendue absence d'une voie alternative de réparation quand il ne prétend pas qu'il aurait subi un préjudice qu'il ne serait pas en mesure de faire réparer.

Ensuite, et en tout état de cause, il est erroné de prétendre qu'il n'existerait pas, en droit français, comme en droit finlandais, d'autre voie de réparation que celle résultant de l'article L. 1235-3 du code du travail.

En effet, l'article L. 1235-3 du code du travail ne concerne que **le préjudice né de la perte injustifiée de l'emploi**. Aucun autre préjudice n'est donc concerné.

Notamment, 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. Cette possibilité, qui a toujours existé, et qui est couramment utilisée par les juges du fond – c'est là encore une sensible différence avec le droit finlandais – n'a pas été remis en cause par l'ordonnance.

De même, il n'a jamais été interdit de réparer, là encore sur le fondement du droit commun de la responsabilité, et indépendamment des circonstances mêmes de la rupture, un préjudice particulier, distinct de la perte injustifiée de l'emploi.

Contrairement à une idée reçue, la possibilité de se fonder sur le droit commun de la responsabilité n'est pas réservée aux seules hypothèses du licenciement prononcé dans des conditions vexatoires, révélant un abus du droit de rompre le contrat de travail. Ainsi, par exemple, en cas de licenciement pour inaptitude, il est acquis que l'employeur peut être condamné, en plus d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à une indemnité réparant le préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé si celle-ci est imputable à l'employeur (Soc. 2 mars 2011, n°08-44.977, *Bull. civ. V*, n°55). De même, il n'a jamais été exclu de réparer, indépendamment de cette indemnité, le préjudice moral du salarié dès lors que celui-ci ne résulte pas exclusivement du caractère injustifié du licenciement (Soc. 24 octobre 1991, n°90-42.668 - 25 février 2003, n°00-42031).

C'est le préjudice résultant de **la seule perte injustifiée de l'emploi** qui est réparé par l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail.

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.

C'est là une différence fondamentale avec le droit applicable en Finlande, dont on a vu qu'il ne permettait pas cette réparation en cas de préjudice distinct.

Or, c'est seulement en tant qu'il ne permettait pas de réparation en cas de préjudice distinct, que le droit finlandais a été jugé contraire à la Charte.

En l'occurrence, le droit français, qui n'interdit pas une telle réparation, est conforme aux exigences de la Charte.

L'argumentation du salarié sera rejetée.

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

C'est là encore une affirmation gratuite, qui n'est étayée par rien et qui se fonde en outre sur un postulat détestable que les employeurs n'auraient qu'une seule envie : licencier abusivement leurs salariés.

Cependant, et d'une part, il convient de rappeler que 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 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, sans que le salarié le demande.

Cela est susceptible d'alourdir les conséquences financières de la rupture, notamment pour les salariés ayant une faible ancienneté et peut ainsi participer du caractère dissuasif des sanctions appliquées en cas de licenciement injustifié.

D'autre part, même si la mesure ne s'applique pas spécifiquement au licenciement injustifié, il convient de rappeler que le plafonnement des indemnités s'est accompagné d'un relèvement du montant de l'indemnité légale de licenciement.

La mesure a au demeurant été présentée comme une sorte de contrepartie à l'introduction d'un barème de plafonnement des indemnités dues en cas de licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse.

L'article 39 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a ainsi modifié l'article L. 1234-9 du code du travail, pour abaisser à 8 mois – et non plus douze mois - l'ancienneté minimale dont doit disposer un salarié pour bénéficier de l'indemnité de licenciement tandis que le montant de l'indemnité légale de licenciement a été réévalué. Aux termes de l'article R. 1234-2 du code du travail, elle ne peut désormais plus 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.

Cela, aussi, vient alourdir les conséquences financières du licenciement, notamment pour les salariés dont l'ancienneté est faible et pour lesquels le plafonnement de l'indemnité est le plus bas.

Malgré le plafonnement, le droit français reste largement dissuasif.

Ce n'est pas parce qu'il a souhaité sécuriser les relations de travail, en permettant à l'employeur d'anticiper le coût d'un contentieux, qu'il a pour autant, comme le soutient le salarié, cherché à faciliter les licenciements.

De ce point de vue, l'objectif est, comme le Conseil constitutionnel l'a souligné, un objectif de prévisibilité.

Or, la prévisibilité n'est pas la facilitation.

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 sans fondement.

D'abord, on ne voit pas ce qui, dans le texte de la Charte sociale européenne, serait de nature à justifier que l'office du juge soit invoqué.

Ce texte n'a rien à voir ni avec les droits procéduraux des parties, ni avec l'office qui doit être celui du juge au regard du droit à un procès équitable.

L'argumentation est à cet égard totalement hors sujet.

Ensuite, il est erroné d'affirmer que l'office du juge serait atteint.

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.

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 ».

Il dispose en outre de la possibilité, sur le fondement du droit commun, de réparer tout préjudice distinct de la perte injustifiée de l'emploi.

Il peut également, s'il le souhaite, proposer la réintégration du salarié.

Il exerce donc pleinement son office dans un cadre dessiné par le législateur, dont le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il était conforme à la Constitution en ce qu'il reposait un motif d'intérêt général : la prévisibilité des relations de travail.

L'argumentation du salarié sera écartée et l'indemnisation de celui-ci se fera donc dans le cadre du plafonnement prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail.
