

TRAVAIL

Les barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif, de nouveau condamnés par le comité européen des droits sociaux : l'exemple italien, et bientôt la France ? 379z3

L'essentiel

Le comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe a déclaré non conforme à l'article 24 de la charte sociale européenne révisée le barème d'indemnisation prévue par la législation italienne en cas de licenciement abusif. Cette décision sera-t-elle transposée dans l'affaire française en cours d'examen ?

Étude par

Christophe PETTIT
Avocat au barreau de
Paris, administrateur
de la CNBF, secrétaire
général de l'Institut des
droits de l'Homme des
avocats européens et de
l'Institut des droits de
l'Homme du barreau de
Paris

Le comité européen des droits sociaux a adopté, le 11 septembre 2019, sa décision sur le bien-fondé de la réclamation formée par la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL) portant sur les barèmes d'indemnisation forfaitaire applicables en matière de licenciement abusif en Italie (réclamation n° 158/2017 ; cette décision peut être consultée sur <https://lext.so/aT7l2B>). La décision vient d'être publiée le 11 février 2020, ce qui permet désormais d'en prendre connaissance, et de mesurer les incidences qu'elle pourrait avoir dans le contexte français du célèbre « barème Macron » applicable en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse depuis 2017. La décision du comité d'experts est en effet dans un premier temps confidentielle, étant en application de l'article 9 du protocole additionnel à la charte transmise exclusivement aux parties, et au comité des ministres du Conseil de l'Europe qui peut adopter en application de l'article 9 du protocole une résolution (ce qu'il n'a pas fait dans cette affaire). À défaut de résolution, l'article 8 prévoit que la décision du comité sur le bien-fondé de la réclamation est alors rendue public, ou au plus tard 4 mois après la transmission du rapport au comité des ministres. Dans cette affaire concernant l'Italie, le comité européen a constaté une violation des dispositions de l'article 24 de la charte sociale européenne révisée.

LA PROCÉDURE CONCERNANT LA FRANCE RELATIVE AU BARÈME D'INDEMNISATION EN CAS DE LICENCIEMENT ABUSIF EST TOUJOURS PENDANTE DEVANT LE COMITÉ

Une réclamation concernant la législation française est en cours d'examen devant le comité [affaire *Confédération générale du travail-Force Ouvrière (CGT-FO) c/ France*, réclamation n° 160/2018]. Elle porte sur l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail modifiant les alinéas 1 et 2 de l'article L. 1235-3 du Code du travail relatifs à la réparation financière des licenciements abusifs, et fixant donc par le biais de barèmes des fourchettes d'indemnisation obligatoires en fonction de l'ancienneté

de salarié et de la taille de l'entreprise. Une seconde réclamation concernant la France portée devant le comité européen a été déclarée recevable, le 28 janvier 2020, celle de la CFDT [*Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c/ France*, réclamation n° 175/2019]. Enfin, le comité a récemment déclaré irrecevable, dans une décision du 28 février 2020, une troisième réclamation émanant d'une organisation syndicale CGT YTO [*Syndicat CGT YTO France c/ France*, réclamation n° 174/2019], considérant que ce syndicat, quoique représentatif au niveau de l'entreprise conformément au droit interne, ne dispose pas d'une représentativité dans le cadre de la procédure de réclamations collectives. La décision du comité *CGIL c/ Italie*, publiée le 11 février 2020, s'inscrit donc dans ce contexte particulier de l'examen en cours des réclamations françaises.

Le gouvernement français est intervenu dans le cadre de cette procédure, conformément à l'article 32 du règlement du comité, pour soutenir le gouvernement italien, en faisant valoir au regard de la jurisprudence du comité, notamment dans la réclamation très souvent citée devant les juridictions françaises [réclamation n° 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016], qu'il ne ressort pas du raisonnement du comité que le plafonnement de l'indemnisation est en soi contraire à la charte, mais que d'autres éléments doivent être pris en considération, notamment le cadre juridique pertinent, et en particulier la possibilité d'obtenir réparation du préjudice en dehors de l'indemnisation plafonnée. On peut rappeler que dans la réclamation finlandaise, la *Finnish Society of Social Rights* soutenait que la situation était contraire à l'article 24 de la charte en raison du fait que la loi régissant les contrats de travail disposait que le montant de l'indemnisation, qui peut être octroyée par les tribunaux en cas de licenciement abusif, ne pouvait excéder l'équivalent de 24 mois de salaire, sans possibilité de réintégration du salarié licencié. Le comité avait jugé cette législation comme contraire à l'article 24 de la charte. Dans le cadre de l'affaire *Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) c/ France*, réclamation n° 160/2018, le gouvernement français a repris cette argumentation sur le sens de la jurisprudence du comité en soulignant les différences entre la législation française et celle qui était concernée dans le cas finlandais. D'autres arguments ont été avancés par les parties et le tiers intervenant, et le comité d'experts étudie actuellement ces affaires.

LA PROCÉDURE ITALIENNE ET LA LÉGISLATION ITALIENNE

La procédure italienne a été introduite par la CGIL qui est une organisation syndicale nationale représentant des travailleurs du secteur public et privé en Italie, et qui compte plus de 5 M d'adhérents. La réclamation a été introduite le 6 octobre 2017, et tendait, comme pour celles concernant la France, à ce que le comité déclare que le mécanisme mis en place en Italie n'est pas conforme à l'article 24 de la charte sociale européenne révisée. L'article 24 prévoit en sa partie I : « Tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement », et en sa partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. À 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 ».

Le syndicat italien faisait valoir que la législation italienne adoptée à compter de 2015 ne permet pas aux victimes de licenciements illégaux d'obtenir par la voie judiciaire interne, une réparation adéquate par rapport au préjudice subi, et dissuasive pour les employeurs, dans la mesure où l'indemnité est plafonnée, et son montant est fixé de manière strictement automatique en fonction de l'ancienneté du salarié. La législation italienne a été prise dans le cadre d'un processus de réforme du droit du travail censé répondre à la crise économique. La réforme initiale remonte à 2015, mais un décret du 12 juillet 2018 a relevé les montants minima et maxima de l'indemnité, et les montants ont été portés respectivement de 4 à 6 et de 24 à 36 mensualités, selon les cas. Le comité européen a statué sur les dernières dispositions issues de la réglementation de 2018. La législation italienne distingue trois hypothèses :

- en cas de violation des règles de procédure telles que les procédures disciplinaires, ou l'absence de motivation du licenciement une indemnisation forfaitaire est prévue avec le paiement d'une indemnité exempte de cotisations sociales, d'un montant égal à une mensualité de la dernière rémunération de référence par année de service, qui sera comprise, en tout état de cause, dans une mesure variant de 2 mois au minimum et 12 mois au maximum ;

- en cas de licenciement abusif, le barème applicable prévoit une indemnisation toujours en fonction de l'ancienneté, avec un minimum de 6 mois et un maximum de 36 mois.

Pour les petites entreprises définies comme des unités de production de moins de 15 salariés, ou des entreprises qui emploient jusqu'à 60 salariés en tout, les indemnités prévues par ces barèmes sont divisées de moitié avec un maximum de 6 mensualités. Cette catégorie d'entreprises représente la moitié des travailleurs italiens. On doit également noter que le salaire de référence est le dernier salaire mensuel (et non pas une moyenne annuelle), et les anciennetés acquises au titre de périodes antérieures en contrat à durée déterminée ne sont pas prises en considération ;

- ces barèmes ne sont pas applicables en cas de licenciement discriminatoire, et la réintégration peut être

ordonnée en cas de licenciement notifié oralement, discriminatoire, par rétorsion, nul pour motifs de maternité ou pour demande de congé, ou encore en cas d'inexistence du fait reproché.

La loi a également mis en place un processus préalable de conciliation permettant une indemnisation bénéficiant d'exonérations sociales et fiscales sur la base d'1 mois de salaire par année de service, avec un minimum de trois mensualités, et un maximum de 27 mois. Le syndicat réclamant faisait valoir que la loi italienne encourage le recours à des procédures de conciliation, ce qui a pour conséquence de diminuer l'indemnisation. La procédure italienne aurait vocation à permettre au juge d'encourager la conciliation, et en cas de refus de la proposition de tenir compte de ce refus lors du règlement des frais de procédure. Il n'existe en Italie aucune autre protection alternative ou complémentaire relevant du droit civil, à l'exception du licenciement vexatoire. Le comité européen a en effet noté dans sa décision que le gouvernement italien n'avait pas pu donner d'exemples de jurisprudence offrant au salarié la faculté d'obtenir des réparations complémentaires (§99).

LA DÉCISION DU COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX DANS L'AFFAIRE ITALIENNE

Dans sa décision publiée le 11 février 2020, le comité rappelle qu'en vertu de la charte (§ 97), les salariés licenciés sans motif valable doivent obtenir une indemnisation ou toute autre réparation appropriée. Les mécanismes d'indemnisation sont réputés conformes à la charte lorsqu'ils prévoient : i) le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ; ii) la possibilité de réintégration du salarié et/ou iii) des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime (*Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, réclamation n° 106/2014, § 45 ; concl. 2016, Bulgarie). Le comité observe dans sa décision (§ 92) qu'il résulte de la législation italienne « qu'en plus de ne pas permettre la réintégration dans son poste de travail, les dispositions contestées prévoient une indemnisation qui ne couvre pas les pertes financières effectivement subies, puisque son montant est plafonné à 6, 12, 24 ou 36 mensualités de référence selon les cas ». Le comité rappelle (§96) « que tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la charte [...] 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 et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable » (*Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, réclamation n° 106/2014, § 46 ; concl. 2012, Slovénie et Finlande). À propos de la procédure de conciliation mise en place par l'Italie, le comité note que celle-ci vise expressément à « éviter la procédure judiciaire » : « Si l'objectif de désengorger les juridictions nationales par le recours aux solutions extrajudiciaires n'est pas en soi contraire à la charte, le comité considère que cela ne doit pas se faire

au détriment de droits subjectifs garantis par la charte » (§ 100). L'organe européen estime donc que les mécanismes mis en place par le biais de la conciliation ou de la procédure au fond aboutissent à des systèmes de réparation plafonnée qui ne couvrent pas les pertes financières effectivement encourues depuis la date du licenciement : « Le comité considère que les conditions qui s'attachent à chacune de ces options compensatoires sont cependant de nature à encourager, ou du moins à ne pas dissuader, le recours aux licenciements illégaux. » Le comité observe que la voie judiciaire n'a pas de véritable effet dissuasif sur le licenciement illégal dans la mesure où, d'une part, le montant net de l'indemnisation pour dommage matériel n'est pas significativement supérieur à celui prévu en cas de conciliation et, d'autre part, la durée de la procédure profite à l'employeur et que l'indemnisation en question ne peut excéder les montants préétablis. À la suite de ces observations, le comité d'experts considère que les dispositions législatives italiennes « ne permettent dans tous les cas de licenciement sans motif valable d'obtenir une réparation adéquate, proportionnelle au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux » (&104). Le comité européen des droits sociaux conclut au constat de violation de l'article 24 de la charte.

LA PORTÉE DE CETTE DÉCISION DANS LES AFFAIRES FRANÇAISES

La décision du comité ne signifie pas que les barèmes d'indemnisation en matière de licenciement abusif seraient en eux-mêmes contraires à l'article 24 de la charte. Dans la mesure où elle se réfère à des dispositions juridiques contraignantes, et qu'elle est adoptée par un organe de contrôle établi par la charte et le protocole prévoyant le système de réclamations, la décision du comité européen des droits sociaux s'impose à l'État concerné, même si bien entendu l'analyse et l'interprétation données par l'organe de contrôle du Conseil de l'Europe doivent guider tous les États dans l'élaboration de leurs législations pour respecter les engagements internationaux qu'ils prennent en signant et en ratifiant le traité international⁽¹⁾. Le comité statue, comme dans le système de la convention européenne des droits de l'Homme, *in concreto*, et sa décision s'applique qu'au seul État concerné. Elle intervient toutefois dans un processus de réclamation collective qui vient immédiatement porter un avis sur la conformité d'une législation nationale au traité. Elle peut donc avoir dans certains cas, une portée à l'égard de l'État concerné plus générale qu'un arrêt de la Cour européenne qui ne s'applique que dans la seule relation entre l'État et le requérant individuel. La décision rendue dans cette affaire italienne vient conforter la première analyse faite par le comité, dans l'affaire *Finnish Society of Social Rights* à propos de l'article 24 de la charte. Ces barèmes d'indemnisation sont donc examinés avec d'extrêmes réserves par l'organe de contrôle européen⁽²⁾. Il reviendra donc à ce dernier, dans le cadre des deux affaires pendantes françaises, de comparer la législation française dans son

ensemble, avec celles de la Finlande et de l'Italie, pour déterminer si les conclusions prises par le comité dans ses deux précédentes affaires sont susceptibles d'être appliquées aux dispositions du Code du travail français.

On doit rappeler que les décisions du comité ne sont pas exécutoires dans l'ordre juridique interne. En pratique, cela signifie que lorsque le comité européen des droits sociaux a constaté que la situation dans un État n'est pas en conformité avec la charte, l'organisation réclamante ne peut pas exiger que la décision du comité soit exécutée en droit interne, comme cela serait le cas d'une décision de justice de l'État concerné. Il en est de même d'ailleurs dans le système de la convention européenne des droits de l'Homme, mais le comité des ministres du Conseil de l'Europe est chargé de suivre l'exécution des arrêts de la Cour européenne. En cas de violation constatée par le comité européen de la charte sociale, l'État est invité à communiquer au comité des ministres du Conseil de l'Europe les mesures prises ou envisagées pour mettre la situation en conformité. Le comité peut contribuer à rendre opérationnelles les décisions du comité européen des droits sociaux et, par voie de conséquence, à rendre concrets et effectifs les droits garantis par la charte. On doit constater que les décisions de la Cour européenne entraînent généralement dans les États des modifications de législations qui ont été, ou auraient été, jugées contraires à la Convention, ou des changements immédiats de jurisprudence, comme c'est le cas très souvent en France. On ne peut pas tirer les mêmes conclusions du mécanisme de la charte sociale, même si des progrès se constatent.

« L'effet des décisions du comité européen des droits sociaux en droit interne diffère selon les États »

En ce qui concerne l'effet des décisions du comité en droit interne, la situation est différente selon les États du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la charte sociale européenne révisée. En ce qui concerne la France, nous savons que la formation plénière pour avis de la Cour de Cassation s'est prononcée le 17 juillet 2019⁽³⁾ sur deux demandes d'avis formulées par des conseils de prud'hommes, relatives à la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail aux normes européennes et internationales. Les juridictions de fond n'ont pas toujours eu les mêmes avis⁽⁴⁾, et ce même après les avis de la Cour de cassation⁽⁵⁾. En ce qui concerne la charte sociale européenne révisée, la Cour de cassation a considéré : « 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

(1) Belongy J. M., « La charte sociale du conseil de l'Europe et son œuvre de régulation (1961-2011) le comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan », RTDH 2011, p. 787.

(2) Mouly J., « Qui a peur du comité européen des droits sociaux ? », Dr. social 2019, n° 10, p. 814.

(3) Cass. ass. plén., 17 juill. 2019, n° 19-70010 et 19-70011 : Nivard C., « L'obscurité clarifiée du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la charte sociale européenne révisée », Dr. social 2019, n° 10, p. 792.

(4) Sereno S., « Le juge prud'homal et le barème d'indemnisation des oubliettes à l'avant-garde ! », Gaz. Pal. 12 mars 2019, n° 344u4, p. 49 ; Mouly J., « L'inconventionnalité du barème une question de proportionnalité », Dr. social 2019, n° 3, p. 234.

(5) Sereno S., « Nouvelle saison du feuilleton sur le barème d'indemnisation : le contrôle "concret" de conventionnalité », Gaz. Pal. 3 déc. 2019, n° 364v0, p. 45.

À la une**Quelques observations sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation**

étude par Hervé LÉCUYER



La haute juridiction met en œuvre, depuis quelques mois, les nouvelles règles qu'elle s'est imposée quant à la motivation de ses arrêts. Un certain recul est ainsi offert à l'observateur pour tenter de porter une appréciation sur cette nouvelle manière de faire.



© L. Garnier

Actualité**5 ans après la loi Macron, la lente et difficile mise en œuvre de la pluralité d'exercice**

focus

Jurisprudence**L'encadrement par la Cour de cassation de la prorogation de plein droit des détentions provisoires**note par Philippe BONFILS
sous Cass. crim., 26 mai 2020 (2 arrêts)**Précisions sur les règles de prescription applicables au crédit immobilier**note par Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE
sous Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2020**Chronique de jurisprudence de contentieux administratif**

par Bertrand SEILLER

Gazette Spécialisée**DROIT BANCAIRE**

SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• **Bénédicte BURY**

Avocate au barreau de Paris, Avocat 2.2, responsable de la commission bancaire de l'ordre des avocats de Paris, vice-présidente de l'ACE, ancien membre du Conseil national des barreaux

• **Myriam ROUSSILLE**

Agrégée des facultés de droit, professeure à l'université du Mans, IRJS Sorbonne-Affaires et Sorbonne-Finance

AVEC LA PARTICIPATION DE

Hafsa AABIBOU, Manuella BOURASSIN, Antoine GOUÉZEL, Caroline HOUIN-BRESSAND, Anais KARAPETIAN, Alexandre LE NINIVIN, Sophie MOREIL, Juliette MOREL-MAROGER, Niky PARISOT et Olivier SALATI

