Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

2 | 2020

La vie personnelle du salarié

Comité Européen des Droits Sociaux - La décision du Comité de Strasbourg sur la Réclamation n° 158/2017 CGIL c/ Italie : la terre tremble !

Andrea Allamprese et Raphael Dalmasso

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1122>

DOI : 10.4000/rdctss.1122

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2020

Pagination : 114-123

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Andrea Allamprese et Raphael Dalmasso, « Comité Européen des Droits Sociaux - La décision du Comité de Strasbourg sur la Réclamation n° 158/2017 CGIL c/ Italie : la terre tremble ! », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 2 | 2020, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 11 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1122> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1122>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX - LA DÉCISION DU COMITÉ DE STRASBOURG SUR LA RÉCLAMATION N°158/2017 CGIL C/ ITALIE : LA TERRE TREMBLE !

RÉSUMÉ

Le Comité européen des droits sociaux demande au gouvernement italien de respecter l'art. 24 de la Charte sociale européenne révisée, une disposition qui établit le droit de tout travailleur injustement licencié à recevoir une protection effective et réellement dissuasive contre tout comportement arbitraire de la part de l'employeur. La censure du Comité provient du fait que la législation italienne sur le licenciement introduite en 2015 (décret législatif n° 23/2015) exclut a priori la possibilité d'être réintégré dans la plupart des cas de licenciement et fixe un montant maximum de l'indemnité à verser au travailleur. La concomitance de deux affaires pendantes sur l'art. 24 de la Charte (la réclamation collective présente et une question de constitutionnalité italienne) a constitué une occasion pour activer un dialogue, attendu de longue date, entre la Cour constitutionnelle italienne et le Comité de Strasbourg pour garantir l'effectivité de la Charte dans l'ordre juridique interne.

MOTS-CLÉS : *Licenciement illégitime, indemnité de licenciement, plafonnement des indemnités de licenciement.*

ABSTRACT

The European Committee of Social Rights calls on the Italian government to respect art. 24 of the revised European Social Charter, a provision which establishes the right of every worker unjustly dismissed to receive effective and really dissuasive protection against any arbitrary behavior on the part of the employer. The Committee's censorship stems from the fact that the Italian legislation on dismissal introduced in 2015 (legislative decree n° 23/2015) precludes a priori the possibility of being reinstated in most cases of dismissal and fixes a maximum amount of the compensation to be paid to the worker. The concomitance of two pending art cases. 24 of the Charter (the present collective complaint and a question of Italian constitutionality) constituted an opportunity to activate a long-awaited dialogue between the Italian Constitutional Court and the Strasbourg Committee to guarantee the effectiveness of the Charter in the 'internal legal order.

KEYWORDS: *Illegitimate Dismissal, Dismissal Indemnity, Compensation Cap.*

Dans le film néoréaliste italien « La terre tremble ¹ », Toni, jeune pêcheur intrépide, décide de prendre tous les risques pour s'élever socialement et prend ainsi son bateau même en cas de gros temps. Un jour de tempête, il perd son bateau et entraîne sa famille dans la ruine et le désespoir. Les législateurs français et italien sont-ils les lointains descendants de ce pêcheur imprudent? En effet, pour réformer les droits du licenciement, il apparaît de plus en plus clairement, quelle que soit la position doctrinale que l'on puisse avoir, que tous les risques juridiques ont été pris par ces législateurs, et que la tempête, avec la décision du Comité européen des droits sociaux (ci-après Ceds) du 11 septembre 2019 (mais rendue publique seulement le 11 février 2020) sur la Réclamation collective n°158/2017 (*CGIL c. Italie*), est bel et bien arrivée.

Le Comité de Strasbourg - avec 11 voix contre 3 - estime que le régime de sanction du licenciement illégitime prévu par le Décret législatif n°23/2015, même après les modifications apportées par la double intervention du législateur (loi n°96/2018) et de la Cour constitutionnelle italienne (décision n°194/2018), est contraire à l'art. 24 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après Cser) qui prévoit que tous les travailleurs ont « droit à la protection en cas de licenciement »². En particulier, le Comité a estimé que ni les voies de recours alternatives offrant aux victimes de licenciements illégaux la possibilité d'une indemnisation au-delà des limites de la loi contestée, ni le mécanisme de conciliation ne permettent une indemnisation adéquate proportionnelle au préjudice subi et susceptible de décourager les employeurs de procéder à des licenciements illégaux. Avant d'analyser les argumentations des parties (II et III), la réponse du Comité (IV) et son incidence sur le droit français (V), il convient de tenter de présenter de manière intelligible le complexe droit italien ici remis en cause (I).

I - LE NOUVEAU DROIT - CONTESTÉ - DU LICENCIEMENT ITALIEN

La décision du Ceds ne peut, pour un lecteur français, se comprendre sans revenir préalablement sur la législation en cause et sur le contentieux constitutionnel qu'elle a d'ores et déjà provoqué. Le droit du licenciement a été profondément remanié par le Décret législatif n°23/2015³, appelé communément en Italie *Jobs Act*. Sans revenir sur tous ses aspects⁴, il convient de mentionner quelques éléments essentiels de ce décret, entré en vigueur le 7 mars 2015.

Tout d'abord, en cas de licenciement illégitime, c'est-à-dire lorsque le motif (objectif ou subjectif) du licenciement fait défaut, le décret législatif a décidé, dans son art. 3, d'encadrer le droit à la réparation du préjudice subi par le salarié. Dans sa version originelle, le texte indiquait que le montant de l'indemnisation était prédéfini et correspondait

1 « La Terra Trema » de L. Visconti, réalisé en 1948 et sorti en France en 1952.

2 L'article mentionne notamment « le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée » (partie II.b).

3 Dispositions en matière de contrat de travail à durée indéterminée à protection croissante, en application de la loi de délégation n°183/2014.

4 Voir pour plus de détails A. Allamprese et R. Dalmasso, « Les sanctions des licenciements illégitimes en France et en Italie: des droits sécurisés ou incitatifs aux licenciements ? », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2019/1, p. 136.

« à 2 mensualités de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul du montant TFR⁵, par année de service, qui ne soit globalement pas inférieure à 4 mensualités ou supérieure à 24 mensualités »⁶. Il était prévu, toujours dans la version originelle du texte, que l'indemnisation soit diminuée de moitié pour les salariés des petites entreprises (filiales ou établissements ayant moins de 16 salariés, ou entreprises employant jusqu'à 60 travailleurs) et ne pouvait, en aucun cas, « dépasser la limite de six mensualités ». Ce texte a subi deux modifications :

- En premier lieu, l'art. 3 du Décret-loi n°87 du 12 juillet 2018 (loi n°96/2018) a relevé les montants d'indemnisation: pour les salariés dans des grandes entreprises, ils sont dorénavant fixés entre 6 et 36 mensualités, tandis que pour les salariés des petites entreprises, le montant minimal est porté à 3 mensualités et le montant maximal reste fixé à 6 mensualités.

- Une autre modification découle de l'arrêt n°194 du 8 novembre 2018 de la Cour constitutionnelle italienne⁷. Dans cette décision, les juges italiens ont déclaré inconstitutionnel - pour violation du principe de *ragionevolezza* prévu à l'art. 3 de la Constitution - le calcul du montant du licenciement illégitime prévu par l'art. 3, al. 1 du Décret n°23/2015, qui prévoyait « un montant égal à 2 mensualités de la dernière rémunération de référence aux fins du calcul du montant TFR, par année de service ». La Cour a ici indiqué que, dans la limite des *minima* et *maxima* de l'indemnité revenant au salarié en cas de licenciement illégal, le juge doit tenir compte non seulement de l'ancienneté de service, mais aussi d'autres éléments comme le nombre de salariés, la dimension de l'entreprise, le comportement et les conditions des parties. Pour le dire autrement, la Cour rejette l'idée d'un barème simple et fixe uniquement fondé sur l'ancienneté, pour préférer l'instauration d'une « fourchette » d'indemnisation, dont le montant sera déterminé par le juge.

Dans cette décision importante, comme dans une précédente décision du 13 juin 2018⁸, la Cour constitutionnelle mentionne expressément la Cser⁹. Cette dernière est qualifiée, à nouveau, de « source interposée » entre la loi ordinaire interne et la Constitution au sens

5 Traitement de fin de rapport de travail.

6 Art. 3, alinéa 1, Décret législatif n°23/2015.

7 Voir A. Allamprese et R. Dalmasso, « Les sanctions des licenciements illégitimes en France et en Italie », *op. cit.*, p. 149.

8 Cour constitutionnelle, 13 juin 2018, n°120, *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 611, note Forlivesi. Dans cette décision, la Cour a reconnu pour les membres des forces armées une liberté d'association syndicale. Dans les motifs de sa décision, la Cour a mentionné le rôle de la Cser comme source « interposée » (*interposta*) au sens de l'art. 117, alinéa 1, de la Constitution italienne, et affirmé que les décisions du Comité font autorité (*sono autorevoli*). La Cour a ici cependant précisé que les décisions du Ceds ne proviennent pas d'un organisme juridictionnel et ne lient pas l'ordre juridique interne, surtout si elles ont une incidence sur les normes constitutionnelles.

9 Les juges italiens ont été saisis par le Tribunal de Rome pour statuer aussi sur la compatibilité de l'art. 3, al. 1, du Décret n°23/2015 avec l'art. 24 de la Cser. Il s'agissait d'apprécier cette compatibilité au regard de l'art. 76 de la Constitution italienne (pour violation des critères fixés par la loi de délégation de 2014, en raison de la référence qui y est faite aux obligations de droit international), et au regard de l'art. 117, §. 1 (en raison du caractère éventuel de « source interposée » de l'art. 24 Cser). L'art. 117, al. 1, de la Constitution italienne précise que « Le pouvoir législatif est exercé par l'Etat (...), dans le respect de la Constitution, ainsi que des liens dérivant du droit de l'Union européenne et des obligations internationales ».

de l'art. 117 de la Constitution italienne¹⁰. La Cour a donc souhaité donner un poids certain à la Charte, mais aussi aux décisions du Comité, bien que celles-ci n'aient pas le même effet juridique que la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dans leur attendu de principe, les juges italiens ont ainsi indiqué que « dans la décision rendue suite à la Réclamation collective n°106/2014, présentée par la *Finnish Society of Social Rights c. la Finlande*, le Ceds a précisé que l'indemnisation est appropriée dans la mesure où elle assure une réparation adéquate pour le préjudice réel subi par le travailleur licencié sans raison valable et où elle dissuade l'employeur de licencier injustement. Le Comité apprécie le caractère dissuasif du système de compensation et, en même temps, approprié par rapport au dommage subi. Cette Cour a déjà affirmé l'aptitude de la Charte à intégrer le paramètre de l'art. 117, al. 1, de la Constitution, et elle a également reconnu l'autorité des décisions du Comité, bien qu'elles ne soient pas contraignantes pour les juges nationaux (arrêt n°120/2018) ». Selon la Cour italienne, l'art. 24, s'inspirant de la Convention n°158 de l'OIT, précise, au plan international et concernant le licenciement injustifié, l'obligation de garantir le caractère adéquat de la réparation, en cohérence avec ce que la Cour a décidé sur la base du paramètre interne de l'art. précité 3 de la Constitution. De cette façon, il existe une intégration entre les sources et - ce qui est plus important - entre les protections garanties par celles-ci. Par le biais de l'art. 24 Cser, l'art. 76 - pour la référence faite par la loi de délégation de 2014 au respect des conventions internationales - et l'art. 117, al. 1, de la Constitution sont violés.

Un autre aspect du droit italien du licenciement, issu du *Jobs Act*, va également être discuté, et doit donc être succinctement présenté. Il s'agit de l'art. 6 du Décret n°23/2015 (modifié par la loi n°96/2018) qui prévoit que, pour éviter le contentieux judiciaire, l'employeur peut proposer au travailleur licencié un montant d'indemnisation correspondant à une mensualité de la dernière rémunération de référence par année d'ancienneté, comprise entre 3 mois minimum et 27 mois maximum de salaire (six pour les petites entreprises). Ces sommes bénéficient d'un régime fiscal et social avantageux. Si le salarié accepte ce mode alternatif de règlement du litige, il ne pourra plus contester son licenciement en justice.

II - LES ARGUMENTATIONS DE LA CGIL

La CGIL a saisi le Comité de Strasbourg sur la même question juridique que celle décidée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt précité n°194/2018. En particulier la CGIL demande au Comité de dire que les dispositions contenues dans les art. 3, 4, 9 et 10 du Décret législatif n°23/2015 sont contraires à l'art. 24 Cser en ce qu'elles prévoient, pour les travailleurs recrutés après le 7 mars 2015 avec un contrat à durée indéterminée dans le secteur privé, une indemnisation globale en cas de licenciement illégal, qui est plafonnée sans que le juge ne puisse apprécier le préjudice réellement subi par le travailleur. Se référant l'art. 3, al. 1, du Décret n°23/2015, la CGIL précise que la « mensualité de référence » aux fins du calcul du montant de l'indemnité versée en cas de licenciement illégal « ne correspond pas à la rémunération globale revenant concrètement au travailleur. Il s'agit en effet d'un paramètre formel - la dernière rémunération de référence aux fins du calcul du "traitement de fin de rapport de travail" - qui ne tient souvent pas compte de certains éléments fixes de la rémunération » (point 50 de la décision). Or, la loi ne permet pas au juge de tenir compte des éléments de la rémunération exclus du calcul. Par

10 La conséquence est donc qu'en cas de violation par la norme nationale de la Charte, le juge ordinaire est tenu de soulever la question de la légitimité constitutionnelle de la norme interne.

ailleurs, le montant de l'indemnisation ainsi déterminé peut être ultérieurement réduit de moitié pour les salariés des petites entreprises (art. 9 du Décret n°23/2015) et en présence de certains vices de forme (si le motif du licenciement n'est pas indiqué) ou de procédure (le travailleur n'a pas pu se défendre dans le cadre d'une procédure disciplinaire : art. 4 du décret précité). Or, selon le syndicat italien, il s'agit de violations graves du droit par l'employeur et non, pour reprendre l'argumentation du gouvernement italien, de situations de « moindre gravité ».

La CGIL allègue également que les montants effectivement perçus par les victimes de licenciements illégaux sont réduits du fait que la loi encourage le recours à des mécanismes de conciliation (art. 6 du Décret n°23). Certes, ces derniers offrent aux victimes de licenciements illégaux la possibilité d'obtenir une indemnité sans supporter les frais et les délais d'une procédure judiciaire, mais ils profitent surtout, de manière disproportionnée, à l'employeur. Ainsi, au lieu de dissuader les employeurs de recourir aux licenciements illégaux, ceux-ci sont facilités (point 53). De plus, la CGIL explique que dans le régime actuel des sanctions, il n'existe aucune autre protection alternative ou complémentaire relevant du droit civil. Le gouvernement italien prétend le contraire, en mentionnant les réparations possibles au civil en cas de « licenciement vexatoire ». La CGIL précise cependant que le dédommagement en question concerne le préjudice porté à la dignité de la personne en raison des modalités vexatoires du licenciement, qu'il s'agisse d'un licenciement illégal ou injustifié. Le dédommagement supplémentaire n'est donc pas - selon la CGIL - lié au caractère illégal du licenciement (faisant l'objet de la protection de l'article 24 Cser), mais aux modalités du licenciement et à son impact sur l'intégrité psychique ou physique de la victime, sur sa vie privée ou sa réputation (points 56, 68 et 98). A cela s'ajoute le fait que la réintégration n'est possible que dans des hypothèses exceptionnelles strictement prévues par la loi¹¹. C'est en outre, à chaque fois, au travailleur de prouver ces hypothèses exceptionnelles (point 58). La CGIL note, enfin, que les mesures contestées n'ont pas été adoptées dans un contexte de crise économique et financière grave, bien qu'elles soient supposées favoriser la croissance de l'emploi : « au vu des statistiques sur l'emploi depuis l'entrée en vigueur des mesures contestées, rien ne prouve qu'une réglementation sur le licenciement moins protectrice entraîne une croissance de l'emploi ; une telle restriction d'un droit fondamental des travailleurs n'est pas proportionnelle au but poursuivi et ne se justifie donc pas sous l'angle de l'art. G de la Cser » (point 64).

III - LES ARGUMENTS DES GOUVERNEMENTS ITALIENS ET FRANÇAIS

Les arguments du gouvernement italien, mais aussi du gouvernement français qui a choisi d'intervenir, sont multiples. Pour ces deux gouvernements, l'art. 24 Cser reconnaît au législateur national un pouvoir discrétionnaire quant aux mesures à adopter et ne l'oblige pas à prévoir la réintégration comme seule forme de réparation possible du préjudice subi par le salarié licencié sans motif valable. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté. Concernant le montant de l'indemnisation allouée, et le problème de son plafonnement, les gouvernements français et italien demandent au Comité de bien considérer que

11 Il s'agit des cas de licenciement « inefficace » parce que non notifié par écrit, de licenciement nul parce que discriminatoire ou correspondant aux autres cas de nullité prévus expressément par la loi (art. 2, al. 1, du Décret n°23/2015) ou encore de licenciement pour motif justifié subjectif dans lequel le juge constate l'inexistence du fait matériel allégué à l'encontre du salarié, en dehors de toute évaluation relative à la proportionnalité du licenciement (art. 3, al. 2).

les sommes à prendre en considération ne sont pas uniquement celles attribuées au salarié le dédommageant de son licenciement illégitime. En particulier, le gouvernement italien indique que le caractère adéquat de l'indemnité en cas de licenciement illégal « doit être évalué dans le contexte global de la législation pertinente, et en prenant en considération, notamment, les mesures de soutien du revenu en cas de chômage involontaire » (point 76).

En outre, les gouvernements soutiennent que des dédommagements complémentaires sont possibles au civil (point 82). En d'autres termes, ils souhaitent démontrer que l'indemnisation prévue par le Décret législatif n°23 n'est pas de nature globale et n'empêche pas le travailleur d'obtenir une indemnisation complète du préjudice subi. Le gouvernement français précise que, dans les cas qui concernent les manquements les plus graves de l'employeur (licenciement discriminatoire notamment), les montants sont déplafonnés (point 23). S'agissant de la réduction du montant de l'indemnité en présence de vices de forme ou de procédure, le gouvernement italien souligne qu'il s'agit de situations de « moindre gravité » et que le juge peut, à la demande du travailleur, constater que d'autres critères de protection s'appliquent (par exemple en cas de licenciement discriminatoire)¹². Cependant, le principal argument des deux gouvernements est celui-ci : en instaurant des plafonds et des plafonds, les législateurs ont voulu rendre plus prévisible les conséquences financières d'un licenciement pour l'employeur et le salarié. Cette prévisibilité n'est pas antagoniste avec le caractère dissuasif du droit du licenciement. Selon le gouvernement français, la prévisibilité du montant octroyé n'enlève rien au caractère dissuasif du mécanisme lié au montant lui-même et à la perspective d'une condamnation (point 22).

IV - LA DÉCISION SUR LE BIEN-FONDÉ

Le Comité rappelle, tout d'abord, qu'il statue selon la situation juridique en vigueur à la date de l'adoption de sa décision, soit septembre 2019. Par ailleurs, il relève que plusieurs aspects du mécanisme d'indemnisation introduit en Italie au 2015 restent mis en cause par la CGIL, même après les modifications apportées au Décret législatif n°23/2015 par la double intervention du législateur (Décret-loi n°87 du 12 juillet 2018) et de la Cour constitutionnelle (décision n°194/2018 précitée). Il s'agit du plafonnement du montant de l'indemnisation, combiné aux restrictions applicables en matière de réintégration du salarié, à l'absence de protection alternative ou complémentaire contre les licenciements illégaux, à l'absence d'instruments adéquats de protection sociale en faveur des salariés licenciés ainsi qu'au mécanisme de conciliation (point 86).

Le Comité note également que, s'agissant des types de licenciement sans motif valable autres que discriminatoires, entachés de nullité ou communiqués oralement (visés par les art. 2 et 3, al. 2, du Décret n°23), les dispositions mises en cause prévoient une indemnisation qui ne couvre pas les pertes financières effectivement subies par le travailleur licencié, puisque son montant est plafonné à 6 (salaries des petites entreprises), 12 (vices de forme

12 Le gouvernement fait ici référence à la dernière phrase de l'art. 4 du Décret n°23/2015, dans lequel on prévoit que le salarié peut aussi demander au juge d'apprécier un défaut de motif justifié (subjectif et objectif) du licenciement. Dans ce cas, sont appliquées les sanctions prévues en cas d'illégitimité du licenciement disciplinaire, ou pour motif économique (ou éventuellement discriminatoire).

et de procédure), 24 ou 36¹³ mensualités de référence (points 92 et s.). Le Comité rappelle que, selon sa « jurisprudence » consolidée, 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 juridiques (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable » (point 96)¹⁴. Les observations du gouvernement italien concernant la prétendue existence de la possibilité pour le travailleur d'obtenir une réintégration et une indemnisation complète des dommages sur la base des principes généraux du droit civil ne sont pas suffisantes pour contredire les arguments portés par la CGIL. En particulier, le gouvernement a mentionné certains jugements de fond récents sur la nullité du licenciement en vertu de l'art. 1418 du Code civil italien et sur les dommages-intérêts pour licenciement « vexatoire ». Mais pour le Ceds ces arrêts ne prouvent pas l'existence d'une « jurisprudence stable et consolidée » et ne démontrent pas que les limites d'indemnisation établies par le Décret n°23/2015 peuvent être dépassées (point 99).

Un autre élément important dans l'évaluation négative de la législation italienne est le rôle du mécanisme de conciliation introduit par l'art. 6 du Décret n°23. Cette règle permet à l'employeur d'éviter une décision de justice en offrant au travailleur une somme égale à un mois de salaire par année d'ancienneté (plafonnée à 27 mensualités), exonérée d'impôts et de cotisations de sécurité sociale. En pratique le salarié accepte le plus souvent cette somme, équivalente à ce qu'il pourrait obtenir du juge. De l'avis du Comité, même si l'objectif de désengorger les juridictions n'est pas forcément contraire à la Charte, cela réduit l'effet dissuasif du système de sanctions de l'employeur et compromet l'indemnisation adéquate du travailleur (point 101). Au vu de ces éléments, le Ceds considère que ni les voies de droit alternatives offrant au salarié victime de licenciement illégal une possibilité de réparation au-delà du plafonnement prévu par la loi en vigueur (même après les modifications apportées par la double intervention du législateur (loi n°96/2018) et de la Cour constitutionnelle italienne), « ni le mécanisme de conciliation 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 » (point 104).

13 Pour rappel, le décret-loi n°87/2018 a modifié le régime de sanction de l'art. 3, al. 1, Décret n°23/2015, augmentant le montant de l'indemnité dans les moyennes et grandes entreprises : après le 12 juillet 2018, le niveau minimum est de 6 mensualités (au lieu de 4) et le niveau maximum de 36 mensualités (au lieu de 24).

14 Voir Ceds, *Conclusions 2016 sur l'Italie*, adoptées le 9 décembre 2016 (période de référence 1^{er} janvier 2011-31 décembre 2014): le Ceds demande à l'Italie « si, en cas de plafonnement, il est possible de demander réparation par d'autres voies juridiques. Dans l'attente, il réserve sa position ». Voir aussi la décision du 8 septembre 2016 sur la Récl. n°106/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finlande* : « 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. En conséquence, le Comité dit qu'il y a violation de l'art. 24 ».

En matière d'indemnisation du licenciement, le Ceds pose ainsi une règle, qui doit dorénavant être la grille de lecture des droits nationaux : 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 l'art. 24 Cser. Ce principe n'est pas forcément évident à comprendre et interpréter. Il semble que le Comité n'interdit pas, le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou illégitime. Il subordonne cependant la validité de ce plafonnement à deux conditions : les indemnités doivent conserver un rapport avec le préjudice subi et rester dissuasives. Concernant la première condition, si le Ceds ne mentionne pas de droit à la réparation intégrale du préjudice subi, celui-ci doit cependant être réparé de manière satisfaisante pour le salarié. L'existence d'un plafond est cependant un indice fort de contradiction avec l'art. 24 de la Cser. La deuxième condition semble la plus importante, et décisive pour évaluer les législations nationales. Les indemnités doivent être suffisamment dissuasives pour l'employeur. Le Ceds donne ici la signification réelle des législations sur les licenciements : elles doivent viser à dissuader l'employeur de rompre le contrat, et faire que le licenciement ne doit être qu'une solution motivée, et en dernier ressort. Le licenciement d'un salarié, quel que soit son motif personnel ou économique, doit donc être un choix de gestion *extrema ratio*.

En conséquence, une absence ou une insuffisance de motif de licenciement témoigne d'une légèreté inacceptable de la part de l'employeur, et doit être lourdement sanctionnée. Instaurer des plafonds d'indemnisation, comme l'ont fait les droits français et italiens, c'est donc prendre le risque que ceux-ci ne soient pas considérés comme suffisamment dissuasifs, surtout s'ils ne garantissent pas en pratique, dans la majeure partie des cas, la réparation intégrale du préjudice subi. Ce qui est donc invalidé par le Comité, c'est la philosophie qui a gouverné les législations françaises et italiennes ; celles-ci visaient à rendre le droit du licenciement plus sûr et plus prévisible pour les parties, et surtout pour l'employeur, afin que celui-ci puisse provisionner, en cas de licenciement, le montant maximum qu'il pourrait être amené à verser au salarié en cas de contentieux. D'une certaine manière, le Ceds indique que le droit du licenciement, pour rester dissuasif, doit comporter, d'un point de vue indemnitaire, une forme d'imprévisibilité, qui doit faire peur à l'employeur.

V - INCIDENCES POSSIBLES SUR LE DROIT FRANÇAIS

La décision du Ceds aura, bien entendu, également des conséquences en France. En effet, les ordonnances dites Macron¹⁵ se sont visiblement inspirées du *Jobs Act* en prévoyant, dans l'art. L.1235-3 du Code du travail, une « fourchette » d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec, en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise, des indemnités minimales et maximales de licenciement sans cause réelle et sérieuse. A la différence du droit italien, qui prévoyait initialement un strict barème calculé uniquement en fonction de l'ancienneté, le législateur français a dès

15 Voir Ordonnance 2017-1397 du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018.

2017, certainement par peur d'une censure constitutionnelle¹⁶, laissé au juge un pouvoir de fixation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec cependant fixation d'indemnités minimales et maximales¹⁷. Comme en Italie, ce barème a très tôt fait l'objet de contestations devant des Conseils de prud'hommes, donnant lieu à des appréciations souvent divergentes des juges du fond. Cependant, un nombre assez important de jugements a reconnu à l'article 24 de la Charte et à l'art. 10 de la Convention n°158 de l'OIT un effet direct en droit français, et jugé que celui-ci était en contradiction avec ces normes internationales¹⁸.

Deux avis de la Cour de cassation¹⁹ - largement commentés et souvent critiqués²⁰ - ont cependant conforté la position du législateur, avec une position laconique, mais acérée. La Cour a constaté l'absence d'effet direct de l'art. 24 Cser, et n'a donc pas procédé au contrôle de son respect. Concernant l'art. 10 de la Convention n°158, la Cour a admis son application directe. Cependant, les avis ont conclu à la conformité de la législation à cette disposition. Ces avis de la Cour de cassation sont en contradiction avec la décision rendue par le Ceds le 11 septembre 2019 (Récl. *CGIL c. Italie*), mais aussi avec la position de la Cour constitutionnelle italienne. En effet, les avis de la Cour indiquent que l'article 24 Cser ne produit pas d'effet direct horizontal, eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes de la Charte. Pour déterminer si la Charte a un effet direct, la Haute juridiction française procède donc, selon l'expression de C. Nivard²¹, à une technique de « dépeçage » du Traité. Le critère de détermination de l'effet direct réside - selon les avis précités - dans l'importance de la « marge d'appréciation » laissée aux parties contractantes. Il semblerait donc que les juges considèrent que l'art. 24 en question n'est pas assez précis pour être directement applicable. Si la Cour avait eu connaissance de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle italienne du 8 novembre 2018, elle constaterait qu'en Italie cette argumentation a été balayée par les juges, qui confèrent à l'art. 24 (et à toute la Charte) un effet juridique certain - même indirect - dans l'ordre juridique interne. En effet, c'est parce que la Charte est apte à intégrer le paramètre de

16 Voir la décision du Conseil constitutionnel censurant la première tentative d'instaurer un barème uniquement calculé sur l'ancienneté du salarié dans la loi du 6 août 2015: Cons. const., 5 août 2015, n°2015-715 QPC, *Constitutions 2015*, p. 555, chron. J.-F. Giaccuzzo. Le Conseil avait conclu à la non-conformité, en considérant que, « si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi ».

17 L'indemnité maximale française, fixée à 20 mois, est cependant inférieure à celle fixée en Italie à 36 mois.

18 Voir notamment CPH Longjumeau, 14 juin 2019, n°18/00391 ; CPH Lyon, 7 janvier 2019 ; CPH Amiens, 19 décembre 2018, n°18/00040 ; CPH Troyes, 13 décembre 2018, n°18/00418.

19 Cass., avis 17 juillet 2019, n°15012 et 15013.

20 Voir notamment J. Icard, « Avis relatifs au barème Macron: la stratégie du flou », *Semaine Sociale Lamy*, 26 août 2019, p. 5 ; G. Bargain, « Le contrôle de conventionalité du barème d'indemnité: des choix contestables », *Revue droit du travail*, 2019 p. 569 ; J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux ? », *Droit social*, 2019, p. 814 ; S. Robin-Olivier, « Le refus de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de prendre part au développement du droit du travail international », *Droit social*, 2019, p. 799 ; C. Nivard, « L'obscur clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », *Droit social*, 2019, p. 792.

21 C. Nivard, « L'obscur clarté du rejet de l'effet direct... », *op. cit.*

l'art. 117, al. 1, de la Constitution italienne (qui fait référence au respect des contraintes découlant des obligations internationales), que la question de constitutionnalité soulevée par le Tribunal de Rome à propos de l'art. 24 Cser a été déclaré recevable. En indiquant que le droit français est conforme à l'art. 10 de la Convention n°158, c'est plus directement avec le Comité de Strasbourg que la Cour de cassation française entre en conflit. En effet, l'art. 10 et l'art. 24 de la Charte sont rédigés dans les mêmes termes, mentionnant le droit, pour les salariés dont le licenciement est injustifié, « à une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation (...) appropriée ». Pour affirmer que le droit français est conforme à cette norme de l'OIT, la Cour de cassation indique que les Etats ont une marge d'appréciation importante, voire discrétionnaire de la signification de ce terme « adéquat », et qu'ils sont donc libres de déterminer sa signification pratique. Or, la décision du Ceds dit exactement le contraire, en imposant la double condition que l'indemnisation doit avoir un rapport avec le préjudice subi et qu'elle doit être dissuasive.

Conclusion

Le dialogue des juges apparaît relativement harmonieux en Italie (entre la Cour constitutionnelle et le Ceds) et cacophonique en France (entre la Cour de cassation et le Ceds). Il semble difficile, pour la Cour de cassation française, de maintenir en l'état cet isolement. Plus globalement, la décision du Ceds du 11 septembre 2019 est un coup de tonnerre qui n'a pas fini de produire ses effets sur les deux législations. On voit en effet assez mal comment les législateurs italiens puis français pourraient faire, après cette décision, comme s'il ne s'était rien passé. Si le *Jobs Act* est d'ores et déjà directement remis en cause, le barème français plafonnant la réparation du préjudice des salariés licenciés de manière injustifiée est certainement, déjà, lui aussi, en sursis. Des réclamations collectives ont été déposées par des syndicats français devant le Ceds²² afin que celui-ci se prononce sur l'incompatibilité avec l'art. 24 Cser du barème instauré par l'ordonnance n°2017-1387. Les décisions sont attendues dans les prochains mois.

22 Voir notamment Récl. n°160/2018, *FO c. France*; Récl. n°171/2018, *CGT c. France*; Récl. n°174/2019, *CGT YTO France c. France*; Récl. n°175/2019, *CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France*.