



Conseil d'administration

344^e session, Genève, mars 2022

Section institutionnelle

INS

Date: 16 février 2022

Original: français

Seizième question à l'ordre du jour

Rapport du Directeur général

Troisième rapport supplémentaire: Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982

► Table des matières

	Page
I. Introduction	3
II. Examen de la réclamation	4
A. Allégations des organisations plaignantes	4
B. Observations du gouvernement	10
III. Conclusions du comité	14
A. Accords de préservation ou de développement de l'emploi, aujourd'hui «accords de performance collective», en vertu de la législation en vigueur	14
B. Plafonnement des indemnités de licenciement	18
IV. Recommandations du comité	24

► I. Introduction

1. Par une communication en date du 31 janvier 2017, la Confédération générale du travail (CGT) et la Confédération générale du travail - Force ouvrière (CGT-FO), se référant à l'article 24 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, ont présenté au Bureau une réclamation alléguant que le gouvernement de la France n'a pas respecté la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982. Le 1^{er} février 2019, les deux confédérations ont adressé des allégations complémentaires.
2. La France a ratifié, le 16 mars 1989, la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, laquelle est en vigueur dans ce pays.
3. Les dispositions de la Constitution de l'OIT sur la présentation de réclamations sont les suivantes:

Article 24

Réclamations au sujet de l'application d'une convention

1. Toute réclamation adressée au Bureau international du Travail par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs, et aux termes de laquelle l'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré, pourra être transmise par le Conseil d'administration au gouvernement mis en cause et ce gouvernement pourra être invité à faire sur la matière telle déclaration qu'il jugera convenable.

Article 25

Possibilité de rendre la réclamation publique

1. Si aucune déclaration n'est reçue du gouvernement mis en cause dans un délai raisonnable, ou si la déclaration reçue ne paraît pas satisfaisante au Conseil d'administration, ce dernier aura le droit de rendre publique la réclamation reçue et, le cas échéant, la réponse faite.

4. Conformément à l'article 1 du règlement relatif à la procédure à suivre pour l'examen des réclamations, tel que modifié par le Conseil d'administration à sa 291^e session (novembre 2004), le Directeur général a accusé réception de la réclamation et en a informé le gouvernement de la France. À sa 329^e session (mars 2017), le Conseil d'administration s'est prononcé sur la recevabilité de la réclamation et a désigné un comité tripartite chargé d'examiner les allégations qui se réfèrent à la convention n° 158. Le Conseil d'administration a désigné M. Diego Cano Soler (membre gouvernemental, Espagne) comme membre du comité tripartite pour examiner la réclamation, conjointement avec M^{me} Renate Hornung-Draus (membre employeuse, Allemagne) et M. Kelly Ross (membre travailleur, États-Unis d'Amérique). L'Espagne ne siégeant plus au Conseil d'administration depuis les élections de juin 2017, et conformément à la décision du Conseil d'administration à sa 332^e session (mars 2018), M. Khalid Atlassi (membre gouvernemental, Maroc) a été désigné par le groupe gouvernemental en remplacement de M. Cano Soler. En date du 12 février 2019, M. Khalid Dahbi a été désigné en tant que représentant gouvernemental du Maroc, en remplacement de M. Atlassi.
5. Le gouvernement de la France a adressé ses observations dans deux communications, en date du 24 novembre 2017 et du 30 juillet 2019.
6. Le comité tripartite s'est réuni formellement les 21 mars et 4 novembre 2019, ainsi que les 12 janvier, 20 janvier, 12 février, 18 février, 12 mars, 31 mars, 17 mai, 29 septembre,

1^{er} décembre, 14 décembre 2021 et 3 février 2022, pour examiner la réclamation et adopter son rapport.

► II. Examen de la réclamation

A. Allégations des organisations plaignantes

1. Accords de préservation ou de développement de l'emploi

7. Les organisations plaignantes estiment que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels («loi Travail») n'est pas conforme aux articles 4, 8 et 9 de la convention n° 158. Selon elles, les accords de préservation ou de développement de l'emploi (APDE) génèrent des licenciements dont le motif reste obscur, ce qui rend le contrôle des juges inefficace.
8. Pour les organisations plaignantes, le licenciement spécifique de l'article L. 2254-2 du Code du travail ne repose pas sur un motif valable au regard de l'article 4 de la convention n° 158. Elles expliquent que l'article 22 de la loi Travail du 8 août 2016, qui a introduit cette disposition dans le Code du travail, instaure un dispositif permettant de conclure des accords collectifs dits APDE. Ces accords pouvant contenir des dispositions dont l'application entraîne une modification du contrat de travail des salariés de l'entreprise, chaque salarié peut refuser cette modification de son contrat de travail. En cas de refus du salarié, la loi autorise l'employeur à licencier le travailleur sur le fondement d'un «motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse». Selon les deux confédérations, ce motif de licenciement offre une grande latitude à l'employeur, l'autorisant à licencier sans réelle justification, en violation de l'article 4 de la convention. L'indétermination du «motif spécifique» reviendrait en réalité à une absence de motif. Les deux confédérations critiquent la logique des APDE, telle que prévue à l'article L. 2254-2 du Code du travail, qui amène les salariés à renoncer à une partie de leur rémunération ou à accepter une augmentation de leur temps de travail pour le même salaire afin de développer l'emploi, alors que l'entreprise réalise des bénéfices. Elles considèrent que le licenciement prévu par l'article L. 2254-2 n'est pas fondé sur un motif lié aux «nécessités de fonctionnement de l'entreprise». Les APDE ne concernent pas les entreprises en difficulté ou celles dont les difficultés sont imminentes. C'est pourquoi les licenciements faisant suite au refus d'un salarié de voir son contrat de travail modifié sont contestables. Faisant référence à l'Étude d'ensemble de 1995¹ de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR), les deux confédérations estiment que ce qui ressort du motif de licenciement lié aux «nécessités du fonctionnement de l'entreprise», c'est un objectif de viabilité: les licenciements, pour être valablement justifiés, doivent être indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise et donc à sa viabilité. Or, tel n'est pas selon elles l'objectif poursuivi par les APDE. Si elles reconnaissent que l'objectif d'une entreprise est de faire davantage de bénéfices, les organisations plaignantes estiment que cela ne doit pas se faire au détriment des salariés. Le principe même du contrat de travail, et du droit du travail qui le régit, est que le salarié accepte de se subordonner à son employeur, de renoncer à une partie de sa liberté dans le cadre de son travail, en échange d'une contrepartie: le versement de la

¹ BIT, *Protection contre le licenciement injustifié: Étude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 158) et la recommandation (n° 166) sur le licenciement, 1982*, rapport III (partie 4B) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du Travail, 82^e session, Genève, 1995.

rémunération prévue au contrat. Le salarié n'est pas censé assumer les risques économiques de l'entreprise. Les APDE procèdent à une inversion de cette logique et permettent aux entreprises de faire peser les risques de l'exploitation sur les salariés, en leur demandant de travailler autant pour un salaire plus faible ou de travailler plus pour le même salaire.

9. Les deux confédérations considèrent non seulement que le motif spécifique de l'article L. 2254-2 du Code du travail n'entre pas dans les catégories juridiques des motifs de licenciement prévus par l'article 4 de la convention, mais aussi que les juges ne pourront pas vérifier si ces licenciements sont justifiés.
10. Les organisations plaignantes allèguent que le dispositif des APDE est contraire aux articles 8 et 9 de la convention dans la mesure où il aboutit à la neutralisation du contrôle du juge sur la justification du licenciement. Les deux confédérations rappellent que les articles 8 et 9 de la convention ouvrent la possibilité pour chaque salarié de recourir à un organisme impartial afin de contester un licenciement qu'il estimerait injustifié. Cet organisme doit pouvoir «examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas» et décider si le licenciement est justifié. En France, ce sont les conseils de prud'hommes qui sont habilités à contrôler les justifications des licenciements des salariés. La loi Travail ne remet pas cela en cause: le recours aux juges reste possible. Les organisations plaignantes considèrent néanmoins que la possibilité de recourir à «un organisme impartial» est sans intérêt si les membres de cet organisme ne peuvent pas exercer un contrôle plein et entier sur «les motifs invoqués pour justifier le licenciement». Selon l'article L. 2254-2 du Code du travail, «ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse [...]. La lettre de licenciement comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement.» Pour les organisations plaignantes, le fait qu'il s'agisse d'un licenciement «spécifique» est très «troublant». Le texte ne dit pas quel est ce motif spécifique ni si c'est l'accord collectif qui constitue en lui-même le motif du licenciement. Il sera alors compliqué pour le salarié de se défendre contre ce type de licenciement, car il en ignore le fondement. Et, si c'est l'accord qui fonde le motif spécifique, il sera aussi très compliqué de le contester puisque, selon les organisations plaignantes, «sa justification est inexistante, toute entreprise pouvant y recourir pourvu qu'elle affiche un objectif (vague, non chiffré et dont la réalisation n'est pas contrôlée) de préservation ou de développement de l'emploi».
11. L'absence de motivation du motif spécifique empêcherait ainsi le salarié de contester efficacement son licenciement. Cela est renforcé par le fait que la loi affirme que ce motif constitue une cause réelle et sérieuse. Avec ce texte, les organisations plaignantes estiment que le législateur invente un troisième type de licenciement (en plus du licenciement personnel et économique), dit «sui generis», et il se fait juge de la validité de ce motif en déclarant d'emblée qu'il constitue une cause réelle et sérieuse. Or, c'est au juge qu'il appartient, au vu des éléments de preuve apportés par l'employeur, d'apprécier l'existence ou non du motif et son caractère réel et sérieux. Dans le cadre de l'article L. 2254-2, le contrôle du juge se réduit alors à une vérification procédurale, il doit se contenter de vérifier si l'accord est légalement validé et s'il contient toutes les clauses obligatoires. Les organisations plaignantes allèguent que les juges ne pourront contrôler ce qui fonde l'accord, sa justification, puisque les entreprises peuvent recourir à ce type de négociation quelle que soit leur situation économique. Pour elles, la question de la charge de la preuve régie par l'article 9 de la convention perd également tout son sens. En effet, l'employeur n'aura qu'à invoquer l'APDE dans sa lettre de licenciement pour que le licenciement soit justifié. Il n'aura pas de preuve à fournir, si ce n'est la production de l'accord.

2. Plafonnement des indemnités de licenciement

12. Dans le complément d'information en date du 1^{er} février 2019 adressé au Bureau, les deux confédérations estiment que les ordonnances du 22 septembre 2017 ratifiées par la loi du 29 mars 2018 portent atteinte aux principes énoncés par l'article 10 de la convention selon lequel l'indemnité versée en cas de licenciement injustifié doit être «adéquante» et que le tribunal doit pouvoir prendre toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. Jusqu'alors, lorsqu'il était confronté à un licenciement dépourvu de motif valable, le juge devait tout d'abord proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. En cas de refus de l'une ou l'autre des parties, une indemnité de licenciement était accordée au salarié licencié, à la charge de l'employeur. Le salarié qui travaillait depuis au moins deux ans dans une entreprise d'au moins 11 salariés ne pouvait percevoir une indemnité inférieure à six mois de salaire brut, sans plafond maximal. Pour le salarié travaillant dans une entreprise depuis moins de deux ans ou dans une entreprise employant moins de 11 salariés, le calcul de l'indemnité devait se faire en fonction du préjudice subi, sans plancher ni plafond (ancien article L. 1235-5). Le droit du travail était ainsi caractérisé par un principe de réparation intégrale du préjudice. Le juge appréciait souverainement les faits pour déterminer le montant de l'indemnisation du préjudice souffert par le salarié licencié.
13. Les deux confédérations font observer que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail modifie les dispositions relatives à la réparation financière des licenciements sans motif valable, en fixant des fourchettes d'indemnisation obligatoires (minimale et maximale) en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. L'article L. 1235-3 du Code du travail tel que modifié dispose ainsi que, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de 11 salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent:

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
9	2,5
10	2,5

14. Tout en relevant que le plancher de droit commun applicable aux salariés des entreprises de plus de dix salariés et ayant au moins deux ans d'ancienneté est réduit de moitié (passant de six mois à trois mois), les organisations plaignantes font observer que ce sont les plafonds qui constituent l'innovation principale du dispositif d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Les plafonds varient seulement en fonction de l'ancienneté du salarié. Seul ce critère est pris en compte pour réparer le préjudice subi par le salarié, alors que d'autres critères comme l'âge, la santé, les charges de famille sont totalement ignorés de cette réparation du préjudice. Le montant forfaitaire prévu par le barème est de vingt mois maximum à partir de vingt-neuf ans d'ancienneté et ne peut plus augmenter.
15. Les deux confédérations font observer que le caractère impératif du barème comporte une exception lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

Il s'agit des nullités afférentes:

- à la violation d'une liberté fondamentale;
- à des faits de harcèlement moral ou sexuel;
- à un licenciement discriminatoire;
- à un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou à une dénonciation de crimes et délits;
- à un licenciement lié à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé; et
- au non-respect de la protection dont bénéficient certains salariés (maternité, accidents du travail et maladies professionnelles).

Dans ces cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, sans plafond.

16. Les deux confédérations allèguent que les nouvelles dispositions introduites par les ordonnances, et notamment l'article L. 1235-3 du Code du travail, ne permettent pas de garantir une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée au travailleur victime d'un licenciement sans motif valable, comme l'exige la convention.
17. Ainsi, le Code du travail ne prévoit pas d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour compenser le préjudice subi par la victime:
- i) La fixation de plafonds d'indemnisation ne permet pas de garantir une réparation adéquate du préjudice pour licenciement sans motif valable. Les organisations plaignantes font référence au Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui, par décision en date du 8 septembre 2016 dans le cadre de la réclamation 106/2014 «Finnish Society of Social Rights/Finlande», a déclaré que la loi finlandaise relative à la rupture du contrat de travail, qui prévoyait un plafonnement de l'indemnisation pouvant être accordée à

vingt-quatre mois de salaire, était contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne, qui pose une exigence similaire à celle de l'article 10 de la convention n° 158, à savoir: «le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée». Faisant référence à une étude du ministère de la Justice publiée en mai 2015, réalisée à la demande du ministère du Travail «dans le cadre de la réflexion sur l'instauration d'un barème d'indemnisation devant les juridictions prud'homales», les organisations plaignantes indiquent que les plafonds fixés par les fourchettes d'indemnisation apparaissent plus bas que les montants maximaux alloués par les juridictions prud'homales en 2015. Elles font observer, *inter alia*, que l'indemnité maximale à laquelle peut prétendre un salarié ayant quarante ans d'ancienneté est la même que celle d'un salarié ayant vingt-neuf ans de service, alors que ce sont précisément les salariés les plus âgés qui connaissent un chômage de longue durée.

- ii) Les fourchettes d'indemnisation posent une seconde difficulté d'après les organisations plaignantes: celui de la globalisation des préjudices liés au licenciement, qui a pour effet d'amoindrir le montant du préjudice lié à la perte injustifiée d'emploi. L'article L. 1235-3 du Code du travail² dispose à son alinéa 4 que, «pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9»³. Selon l'alinéa 5, «cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15⁴, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article». Selon les organisations plaignantes, dès lors que le juge atteint le plafond au titre de l'indemnisation du licenciement sans motif valable, tous les autres préjudices ne sont alors pas réparés, puisqu'ils ne peuvent, tous ensemble, dépasser le plafond.
- iii) La fixation de la fourchette d'indemnisation du préjudice subi repose uniquement sur l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Les deux confédérations estiment que le seul critère de l'ancienneté n'est pas suffisant pour examiner la situation personnelle du salarié. Si ce critère se veut objectif, il empêche de procéder à une réelle évaluation individuelle du préjudice et donc de prendre en compte la situation du salarié en fonction d'autres critères tels que l'âge, la situation familiale, la formation et les diplômes, le bassin d'emplois, le handicap, la réinsertion, etc. Pour les organisations plaignantes, la durée de la relation de travail n'est qu'un des critères pris en compte par les juges du fond pour apprécier le préjudice subi par le salarié. Passé un certain nombre d'années, le salarié est tout à fait en droit d'attendre une certaine «stabilité» dans son travail, mais ce critère est loin d'être suffisant. Dès lors, seule l'évaluation de la situation personnelle et individuelle

² Dans sa version modifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018.

³ L'article L. 1234-9 renvoie à l'indemnité de licenciement, qui est due pour tout licenciement justifié ou non, sauf en cas de faute grave ou lourde du salarié.

⁴ Article L.1235-12: «En cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi.»

Article L. 1235-13: «En cas de non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à [ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017] "un" mois de salaire.»

Article L.1235-15: «Est irrégulière toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi. Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.»

est en mesure de garantir au travailleur licencié une réparation adéquate de son préjudice, comme le prévoit l'article 10 de la convention.

18. Les organisations plaignantes allèguent que le Code du travail ne prévoit pas non plus d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur de procéder à des licenciements injustifiés. Elles font observer que l'administration française met même à disposition sur son site officiel un «simulateur des indemnités en cas de licenciement abusif». Cette prévisibilité fait automatiquement perdre le caractère dissuasif de l'indemnité et porte atteinte à l'article 24 de la charte et à la convention n° 158. Le plafonnement de l'indemnisation et la prévisibilité du coût du licenciement, en se conjuguant, aboutissent à ce que les travailleurs ne bénéficient que d'une faible protection contre des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Elles considèrent que les planchers sont extrêmement bas et qu'ils s'approchent finalement bien souvent des montants correspondant à l'indemnité légale en cas de licenciement justifié.
19. Les organisations plaignantes allèguent en outre que la loi ne prévoit pas de voie de droit alternative permettant de compléter le montant de la réparation. Les deux confédérations indiquent qu'en droit français aucune autre voie alternative légale n'est prévue pour compenser entièrement le préjudice. Selon elles, l'article L. 1235-3-1 du Code du travail énumère simplement un certain nombre d'exceptions aux fourchettes d'indemnisation lorsque le licenciement est entaché de nullité, par exemple pour violation d'une liberté fondamentale. Ces hypothèses restent marginales, concernent les cas de licenciement les plus fautifs et ne permettent pas d'assurer à tous les salariés l'accès à une réparation adéquate de leur préjudice.
20. Enfin, les organisations plaignantes allèguent que l'article L. 1235-3 du Code du travail porte atteinte au droit à un recours effectif contre la mesure de licenciement prévu à l'article 8 de la convention. Le faible taux d'indemnisation dissuaderait les victimes de licenciement abusif de saisir les tribunaux.
21. Les organisations plaignantes joignent à l'appui de leur complément d'information des décisions de conseil de prud'hommes (Cons. prud'h. Amiens, 19 déc. 2018; Cons. prud'h. Grenoble, 18 janv. 2019; et Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018) selon lesquelles les barèmes prévus sont inconventionnels au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne et/ou de l'article 10 de la convention n° 158.

B. Observations du gouvernement

1. Accords de préservation ou de développement de l'emploi

22. Dans sa réponse en date du 24 novembre 2017, le gouvernement indique que le dispositif mis en cause a été modifié par l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, en attente de ratification, et que «ses observations portent donc sur le dispositif issu de l'article 22 de la loi Travail, dispositif désormais abrogé et remplacé par un dispositif similaire».
23. Le gouvernement fait observer que les APDE prévus dans la loi Travail, qui constituent une nouvelle catégorie d'accords majoritaires d'entreprise, permettent d'aménager les conditions d'exécution du contrat de travail, notamment la rémunération, la durée et les horaires de travail, sous réserve de ne pas diminuer la rémunération mensuelle des salariés. Il explique que, en cas de refus du salarié de la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'APDE, l'employeur peut décider de le licencier sur la base d'un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Le gouvernement ajoute que la lettre de licenciement doit comporter l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement. Il

appartient toutefois à l'employeur de proposer au salarié dont il envisage le licenciement le bénéfice d'un parcours d'accompagnement personnalisé mentionné à l'article L. 2254-3 du Code du travail⁵. Si le salarié accepte le parcours, il bénéficie, dès le lendemain de la rupture, du statut de stagiaire de la formation professionnelle et d'un accompagnement renforcé de Pôle emploi. Par ailleurs, si le salarié justifie d'au moins douze mois d'ancienneté, il bénéficie d'une allocation d'accompagnement personnalisé d'un montant supérieur à celui de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Le gouvernement déclare ainsi que l'objectif de la réforme issue de la loi Travail était de développer la négociation au sein des entreprises afin de préserver et développer l'emploi (et donc éviter des licenciements) en faisant primer l'accord collectif et majoritaire sur le contrat de travail.

24. Le gouvernement estime que les dispositions en cause ne sauraient être regardées comme étant incompatibles avec celles de l'article 4 de la convention, qui admettent qu'un licenciement soit justifié par un motif inhérent au fonctionnement de l'entreprise, lequel ne se réduit pas au motif «économique» tel que défini par les dispositions de l'article L. 1233-3 du Code du travail. De son point de vue, c'est à dessein que le législateur n'a pas entendu restreindre la mise en œuvre du dispositif aux seules hypothèses où l'entreprise est confrontée à des «difficultés économiques». Selon le gouvernement, la finalité de ce dispositif est de permettre à une entreprise, par la modification de son organisation du travail, de capter de nouveaux marchés pour assurer le développement de l'emploi ou à tout le moins de maintenir les emplois existants. Le gouvernement indique que le dispositif s'inspire d'exemples de l'industrie aéronautique ou automobile, qui ont permis à des entreprises de ces secteurs de renouer avec la croissance. La philosophie générale de la réforme est de dégager un accord entre les représentants des salariés et l'employeur, sur la base d'un diagnostic partagé prévu par le dispositif, afin de développer l'emploi ou de le préserver. Ce faisant, l'accord collectif s'impose au contrat individuel de travail.
25. Le gouvernement souligne que le motif du licenciement résultant d'un refus pour le salarié de se voir appliquer un APDE ne relève pas du motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail, mais d'un motif «spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse».
26. Le gouvernement indique que, comme pour tout licenciement, le salarié peut introduire un recours devant le conseil de prud'hommes, dans les conditions et délais de droit commun. Le gouvernement fait par ailleurs observer que le juge contrôle également le motif invoqué par l'employeur. En effet, les dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail (telles que prévues par la loi du 8 août 2016) imposent que la lettre de licenciement «comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement».
27. Le gouvernement précise que cette exigence est requise dans un dispositif similaire de licenciement pour motif «sui generis» lorsqu'un salarié refuse la modification consécutive à un accord de réduction du temps de travail: la lettre de licenciement adressée au salarié «doit comporter l'indication de cet accord» (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504), à défaut de quoi la lettre n'est pas régulièrement motivée, ce qui rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.
28. Enfin, le juge ne peut valider le caractère réel et sérieux du licenciement intervenu dans le cadre d'un APDE qu'à la condition que l'accord collectif soit conforme aux dispositions légales applicables (bien-fondé, modalités d'adoption, contenu et respect des règles de validité de l'accord majoritaire). L'APDE doit ainsi être conforme à l'ordre public social.

⁵ Disposition abrogée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

2. Plafonnement des indemnités de licenciement

29. Dans sa communication en date du 30 juillet 2019, le gouvernement indique que la mise en place d'un barème, qui existe déjà dans plusieurs États européens (notamment l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande et la Suisse), vise à renforcer la prévisibilité et à sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et leurs salariés. Il ne s'agit pas de priver le salarié d'une juste indemnité, mais d'encadrer le montant pouvant résulter d'une telle rupture, parfois après de nombreuses années de procédure judiciaire. En harmonisant les pratiques judiciaires, l'objectif est d'instaurer une plus grande sécurité juridique et une plus grande prévisibilité pour les parties au contrat lors de la rupture de la relation de travail.
30. Le gouvernement rappelle que l'ordonnance n° 2017-1387 a été ratifiée par le Parlement par la loi du 29 mars 2018 et que cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel qui a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 1235-3 du Code du travail qui instaure le barème d'indemnisation.
31. Ensuite, le gouvernement fait observer que la convention n° 158 laisse aux États qui l'ont ratifiée une marge de manœuvre importante sur les mesures à prendre, et que la conformité de la loi française à la convention doit être évaluée globalement, c'est-à-dire au regard de l'ensemble des dispositions légales qui sanctionnent le licenciement injustifié ou illicite et non exclusivement à l'aune du seul barème de l'article L. 1235-3 du Code du travail. L'appréciation devra donc tenir compte de toutes les exceptions prévues à l'application du barème en présence de violations de libertés fondamentales, de situations de harcèlement ou de discrimination, de méconnaissance des protections dues à certaines catégories de salariés, exceptions pour lesquelles la nullité du licenciement est encourue et maintenue, avec un droit à réintégration du salarié et une indemnisation non plafonnée. De même, le gouvernement indique que, s'agissant des licenciements entrant dans le champ du barème, il conviendra de prendre en considération le droit à réparation des préjudices distincts de la perte de l'emploi et le droit à réparation des fautes distinctes commises à l'occasion de la rupture du contrat. Enfin, il devra être tenu compte de la condamnation de l'employeur au remboursement des indemnités de chômage versées au salarié, dans certaines conditions. L'ensemble de ces règles constitue un dispositif global de sanction et de réparation qui, aux yeux du gouvernement, satisfait pleinement aux dispositions de la convention et en particulier à ses articles 8, 9 et 10.
32. Par ailleurs, le gouvernement informe que la Cour de cassation, saisie par deux conseils de prud'hommes dans le cadre d'une procédure pour avis sur la question du plafonnement des indemnités de licenciement, a rendu son avis le 17 juillet 2019 (avis n° 15012) en formation plénière; elle a considéré que les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoient notamment pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins 11 salariés une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, étaient compatibles avec les dispositions de l'article 10 de la convention. Le gouvernement fait observer que la Cour de cassation a estimé que «le terme "adéquat" devait être compris comme réservant aux États parties une marge d'appréciation» et que, pour apprécier la conventionnalité du dispositif du barème avec l'article 10 de la convention, elle a tenu compte de l'ensemble des dispositions de la législation française en matière de licenciement abusif, notamment la possibilité pour le juge de proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise et les exceptions au barème. La Cour de cassation en a conclu que les dispositions précitées de l'article L. 1235-3 du Code du travail étaient compatibles avec les dispositions de l'article 10 de la convention.

33. En ce qui concerne les montants d'indemnisation jugés trop faibles par les deux confédérations syndicales, le gouvernement fait observer que ces dernières affirment que la situation française est similaire à celle de la Finlande pour laquelle une violation de l'article 24 b) de la Charte sociale européenne a été reconnue par le CEDS, cet article contenant le même principe que celui posé à l'article 10 de la convention n° 158. Le gouvernement déclare s'opposer à cette appréciation dès lors que les deux situations sont différentes, donc difficilement comparables. Il estime que: i) «les articles 24 b) de la charte et 10 de la convention n° 158 n'excluent pas le principe du plafonnement, mais doivent être interprétés, selon la jurisprudence du CEDS, comme *l'octroi d'indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime*»; et ii) que «le CEDS a précisé qu'un plafonnement des indemnités de licenciement sans motif valable ne pourrait être contraire à la charte que dans le cas où *les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives*». Or, selon le gouvernement, le caractère dissuasif des indemnités et la compensation du préjudice subi par le salarié doivent être analysés au regard de l'ensemble des mécanismes d'indemnisation en vigueur, dans une approche globale et *in abstracto* et non au regard du seul barème et d'un cas d'espèce évalué *in concreto*.
34. Le gouvernement souligne que le Conseil constitutionnel a considéré, dans sa décision n° 2018/761 DC du 21 mars 2018, que le plafonnement «n'instituait pas des restrictions disproportionnées» aux droits des victimes d'actes fautifs par rapport à l'objectif d'intérêt général de renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Dans cette décision, il a clairement reconnu que: i) 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; et ii) les conditions dans lesquelles ce droit a été aménagé ne sont pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à celui-ci dès lors, d'une part, que les montants correspondent aux «moyennes constatées» des indemnités accordées par les juridictions avant la réforme et, d'autre part, que le barème n'est pas applicable dans un certain nombre d'hypothèses qui correspondent aux situations les plus graves dans lesquelles la sanction est la nullité du licenciement.
35. Pour le gouvernement, il y a lieu de préciser que l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse vise uniquement à réparer le préjudice résultant de l'absence de justification de la rupture; le barème ne couvre donc pas la réparation des préjudices distincts de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, ni ceux nés de fautes distinctes de l'employeur (par exemple préjudice en raison des circonstances vexatoires entourant la rupture du contrat de travail, préjudice lié à la perte de chances pour le salarié de valoriser ses capitaux investis dans le plan d'épargne entreprise, préjudice né de la perte de chances de participer à une formation, préjudice résultant de la dégradation de l'état de santé du salarié imputable à l'employeur...).
36. Le gouvernement soutient que le juge n'est en aucun cas privé de son pouvoir d'évaluation des différents chefs de préjudice invoqués par le salarié, en fonction des éléments de preuve qui lui sont produits afin que, cumulées entre elles, les indemnités allouées réparent, de façon adéquate, l'entier préjudice subi par celui-ci.
37. Le gouvernement fait également valoir que l'aspect financier de la perte d'emploi (la privation des salaires) est en partie compensé par le mécanisme d'assurance-chômage, financé partiellement par une cotisation patronale et qui vise précisément à garantir le salarié contre le risque de perte involontaire de son emploi.
38. Concernant l'allégation selon laquelle les montants prévus par le barème seraient trop faibles pour assurer une fonction dissuasive, le gouvernement fait valoir que: i) l'effet dissuasif dépend non pas du caractère inconnu et imprévisible du montant de l'indemnisation, mais

bien du montant lui-même au regard de la situation de l'entreprise et du contexte économique; ii) le législateur a prévu, pour les atteintes les plus graves qui entraînent la nullité du licenciement, de ne pas appliquer le barème; et iii) lorsque le juge reconnaît que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, il peut ordonner, dans certains cas (salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant habituellement au moins 11 salariés) et sans que le salarié ne le lui demande, le remboursement par l'employeur à Pôle emploi de tout ou partie, mais dans la limite de six mois, des indemnités de chômage versées à l'intéressé (article L. 1235-4 du Code du travail). Selon le gouvernement, ce remboursement constitue pour l'employeur une charge supplémentaire non négligeable, notamment pour les salariés ayant une faible ancienneté, qui s'ajoute à l'indemnité allouée au salarié en réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

39. Enfin, le gouvernement réfute l'allégation des organisations plaignantes selon laquelle il n'y aurait pas en droit français de voies de droit alternatives permettant de compenser entièrement le préjudice subi. Dès lors que le salarié est en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice distinct, il peut obtenir une réparation distincte, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile. Selon le gouvernement, ces indemnités complémentaires ne sont ni théoriques ni résiduelles.

► III. Conclusions du comité

40. Le comité note que les allégations des organisations plaignantes portent sur deux volets principaux, à savoir: i) les accords de préservation ou de développement de l'emploi, aujourd'hui «accords de performance collective», en vertu de la législation en vigueur; et ii) la question du plafonnement des indemnités de licenciement en cas de licenciement abusif.

A. Accords de préservation ou de développement de l'emploi, aujourd'hui «accords de performance collective», en vertu de la législation en vigueur

41. Le comité note que les allégations des organisations plaignantes, ainsi que la réponse du gouvernement, portent sur le dispositif de l'article L. 2254-2 tel qu'introduit par la loi Travail du 8 août 2016. Bien que les parties n'aient pas communiqué d'information au Bureau concernant les développements législatifs ultérieurs, le Comité observe que, depuis la présentation de la réclamation, l'article L. 2254-2 a été modifié par l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective du 22 septembre 2017, lui-même modifié par l'article 2 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017⁶.
42. Dans la version en vigueur au titre de la loi du 29 mars 2018, l'accord est désormais qualifié d'«accord de performance collective». Malgré les modifications susmentionnées, le comité comprend que le dispositif reste inchangé pour l'essentiel: en cas de refus du salarié de la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord d'entreprise prévu par la loi, l'employeur peut toujours décider de licencier le salarié sur la base d'un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.

⁶ Voir l'article L. 2254-2 (avec ses différentes modifications).

43. Cela étant, des modifications substantielles du dispositif introduit par la loi Travail méritent d'être notées:
- Dans sa version initiale, telle que prévue par la loi Travail, l'article L. 2254-2 (I) porte sur des APDE conclus en vue de la préservation ou du développement de l'emploi. Dans les versions ultérieures, le paragraphe I du dispositif en question ne se limite pas à la préservation ou au développement de l'emploi, mais intègre la référence aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.
 - L'ordonnance n° 2017-1385 élargit le champ d'application de l'accord d'entreprise à la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. L'article L. 2254-2 (III) prévoit désormais que les stipulations de l'accord d'entreprise se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée de travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.
 - La mention de l'obligation initiale d'énoncer, dans la lettre de licenciement, le motif spécifique sur lequel repose le licenciement a disparu (mais pas l'obligation elle-même, l'article L. 2254-2 (V) renvoyant à l'article 1232-6). Par ailleurs, l'obligation d'établir un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés n'est pas reprise dans les versions modifiées de l'article en question. Enfin, le dispositif concernant l'accompagnement du salarié refusant l'application de l'accord fait également l'objet de modifications.
44. Le comité note que, dans leur réclamation en date du 31 janvier 2017, les organisations plaignantes allèguent que l'inexécution par la France de la convention n° 158, et notamment l'encadrement par la loi Travail des licenciements consécutifs à la signature d'un APDE, porte atteinte aux articles 4, 8 et 9 de la convention.
45. Le comité note que, selon les organisations plaignantes, la loi Travail porte atteinte à la convention en autorisant les entreprises à procéder à des licenciements non liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ainsi qu'en dehors de toute difficulté économique, mais «dans une logique de croissance et de développement de l'entreprise». Elles estiment que cette loi ouvre la possibilité à un employeur de licencier un salarié sans réel motif, sans avoir à se justifier devant un juge et sans que le salarié puisse se défendre. Les deux confédérations affirment que:
- i) selon l'article L. 2254-2 du Code du travail résultant de la loi Travail, peuvent être signés des APDE en vertu desquels, même en l'absence de difficulté économique, les salariés peuvent être amenés à renoncer à une partie de leur rémunération ou à accepter d'augmenter leur temps de travail pour le même salaire afin de développer l'emploi;
 - ii) le salarié qui refuse que cet accord lui soit appliqué pourra être licencié pour un «motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse».
46. Le comité note que les organisations plaignantes allèguent en premier lieu que, dans la mesure où les accords de performance collective peuvent être signés même en l'absence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, le licenciement spécifique de l'article L. 2254-2 du Code du travail ne repose pas sur un motif valable au sens de l'article 4 de la convention. Le comité note que les deux confédérations allèguent aussi que l'indication donnée par le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail, selon laquelle le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter l'application d'un accord repose sur «un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse», empêche un contrôle réel du juge sur la justification du licenciement, en violation des articles 8 et 9 de la convention, et que même dans l'hypothèse où les juges se refuseraient à voir dans l'article L. 2254-2 une présomption de

validité du licenciement, leur contrôle se verrait limité à une simple vérification procédurale de la validité de l'accord.

Nécessités de fonctionnement de l'entreprise

47. Le comité rappelle que, selon l'article 4 de la convention: «Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.»
48. Le comité note que le gouvernement déclare que l'objectif de la réforme issue de la loi Travail était de développer la négociation au sein des entreprises afin de préserver et développer l'emploi (et donc éviter des licenciements) en faisant primer l'accord collectif et majoritaire sur le contrat de travail. Pour le gouvernement, les dispositions en cause ne sauraient être regardées comme étant incompatibles avec celles de l'article 4 de la convention, qui admettent qu'un licenciement soit justifié par un motif inhérent au fonctionnement de l'entreprise, lequel ne se réduit pas au motif «économique». Ainsi, il n'y aurait pas lieu de restreindre la mise en œuvre du dispositif aux seules hypothèses où l'entreprise est confrontée à des difficultés économiques. Le comité note que, selon le gouvernement, la finalité de ce dispositif est de permettre à une entreprise par la modification de son organisation du travail de capter de nouveaux marchés pour assurer le développement de l'emploi ou à tout le moins de maintenir les emplois existants.
49. Le comité note en outre la déclaration du gouvernement selon laquelle, comme pour tout licenciement, le salarié peut introduire un recours devant le conseil de prud'hommes, dans les conditions et délais de droit commun. Le comité note que le gouvernement fait observer que le juge: i) contrôle que l'employeur a bien respecté la procédure de licenciement pour motif économique individuel, toute irrégularité substantielle entraînant la requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse; et ii) contrôle également le motif invoqué par l'employeur. En effet, selon le gouvernement, les dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail (telles que prévues par la loi du 8 août 2016) imposent que la lettre de licenciement «comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement».
50. Le comité note que la rédaction actuelle de l'article L. 2254-2 prévoit un dispositif applicable à tout accord collectif réaménageant les conditions d'emploi, ayant vocation à répondre aux «nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise» ou à préserver ou développer l'emploi.
51. À cet égard, le comité note que la CEACR a souvent rappelé que la nécessité d'un motif valable était la pierre angulaire des dispositions de la convention afin de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre fin à la relation de travail pour un motif quelconque ou sans motif.
52. Le comité note par ailleurs que la commission d'experts, dans son Étude d'ensemble de 1995 ⁷, a indiqué que, bien que le concept de «nécessités du fonctionnement de l'entreprise» ne soit pas défini dans la convention ni dans la recommandation, le rapport proposé par le Bureau à la première discussion de la Conférence exposait que les motifs de licenciement «comprennent en général des raisons de nature économique, technique, structurelle ou analogues. Les licenciements décidés pour de tels motifs peuvent être individuels ou collectifs et peuvent impliquer une compression des effectifs ou la fermeture de l'entreprise.» (paragraphe 96). La commission a fait référence à son étude de 1974 sur la recommandation (n° 119) sur la cessation

⁷ BIT, *Protection contre le licenciement injustifié*.

de la relation de travail, 1963, dans laquelle elle avait relevé que «les motifs se rapportant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise étaient généralement définis par référence à un excédent de main d'œuvre ou à la réduction du nombre de postes pour des motifs d'ordre économique ou technique ou dans les cas fortuits ou de force majeure» (*Ibid.*). Elle a poursuivi en se référant à la législation de deux États: le premier (Chili) où «les causes suivantes sont données à titre d'exemple: rationalisation ou modernisation des entreprises, établissements ou services, baisse de la production, changements dans les conditions du marché ou de l'économie nécessitant le renvoi d'un ou plusieurs travailleurs et le défaut d'adaptation au travail ou technique du salarié»; le deuxième (France) où «il a été jugé qu'un licenciement, lorsqu'il est la conséquence d'une réorganisation qui n'est pas intervenue dans l'intérêt de l'entreprise, n'a pas de motif économique» (paragraphe 97). La commission d'experts a également indiqué que «le motif fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service pourrait encore être défini de manière négative comme celui exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires, mais qui n'est pas inhérent à la personne du salarié» (paragraphe 98).

53. Dans son observation générale de 2008, la commission a fait le lien entre licenciements et marasme économique, en mettant en avant la question de la viabilité de l'entreprise: «La commission estime que les principes sur lesquels la convention est fondée reflètent un équilibre soigneusement pesé entre les intérêts de l'employeur et les intérêts du travailleur, comme le montrent ses dispositions relatives aux licenciements motivés par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Un tel état de choses revêt une importance particulière dans la conjoncture actuelle de crise financière. La convention, étant favorable aux entreprises productives et viables, admet le principe qu'un marasme économique puisse justifier des licenciements.»
54. **Le comité observe que la convention et la recommandation n'ont pas défini la notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise et que les organes de contrôle ont illustré cette notion sur la base d'éléments concrets dans les sources citées précédemment aux paragraphes 52 et 53. Sur la base de ce qui précède, le comité considère qu'il incombe au juge national de déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention.**

Appréciation par le juge de la justification du licenciement

55. Le comité note que, en vertu de l'article L. 2254-2 du Code du travail, les stipulations de l'accord de performance collective se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Si l'employeur décide de licencier les salariés qui refusent l'application de l'accord, le licenciement repose alors sur un motif qui constitue selon la mention expresse de la disposition du Code du travail «une cause réelle et sérieuse».
56. Le comité rappelle que:
- selon l'article 8 de la convention:
 1. Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.
 - selon l'article 9:

1. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.

2. Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1⁸ de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes:

- a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur;
- b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales.

3. En cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.

57. Le comité observe qu'il ressort des dispositions précitées de la convention que, face à un licenciement dont il est invoqué que le motif découle des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, l'organe chargé d'examiner la validité du licenciement doit, à tout le moins: i) être en mesure d'exercer un contrôle effectif et non seulement formel du motif de licenciement afin de s'assurer en particulier que la rupture du contrat de travail est intervenue véritablement pour les motifs invoqués relatifs aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise et non pas pour d'autres raisons qui pourraient s'avérer contraires à la convention; et ii) garantir que la charge de prouver que le licenciement était justifié ou non ne repose pas uniquement sur le seul salarié.

58. **Le comité considère que, au-delà de l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement basé sur le refus du salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à la signature d'un accord de performance collective, le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire. Le comité considère en effet que le texte de l'article L. 2254-2 ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge dans le cadre des procédures judiciaires relatives au licenciement fondé sur l'article L. 2254-2 de déterminer s'il existe ou non un motif valable au sens de l'article 4 de la convention, à savoir si le motif du licenciement est fondé sur «les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service», étant établi que, au cours du débat judiciaire, la charge de la preuve ne devra pas reposer sur le seul salarié. Le comité prie le gouvernement de tenir, dans le cadre du contrôle régulier de l'application de la convention, la CEACR informée à cet égard.**

B. Plafonnement des indemnités de licenciement

59. Le comité note que les allégations complémentaires fournies par les organisations plaignantes en date du 1^{er} février 2019 s'inscrivent dans le cadre général de la réparation en cas de licenciement abusif, indépendamment de la question des accords de performance collective.

⁸ Article 1: «Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale.»

60. Le comité note que l'article L. 1235-3 du Code du travail met en place un barème applicable à la fixation par le juge de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, celle-ci devant être comprise entre des montants minimaux et maximaux; les montants maximaux varient, selon l'ancienneté du salarié, entre un et vingt mois de salaire brut. Le comité observe que la fourchette de compensation est applicable dans tous les cas, quel que soit l'effectif de l'entreprise; seuls les montants minimaux pour les dix premières années d'ancienneté diffèrent selon que l'entreprise emploie moins de 11 salariés ou au moins 11 salariés. Auparavant, les juges étaient libres de fixer les montants, les textes ne prévoyant pas de plafonds⁹.
61. La question dont est saisi le comité est celle de savoir si le système de «barémisation» des indemnités de licenciement, introduit en septembre 2017, permet «le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée», tel que prescrit par l'article 10 de la convention.
62. Le comité note que, selon les organisations plaignantes, le barème est contraire à l'article 10 de la convention au motif qu'il constituerait notamment un obstacle au plein exercice de la fonction de juger, le pouvoir du juge apparaissant «bridé». Le plafonnement des indemnités prud'homales ne permettrait pas aux juges d'apprécier les situations individuelles des salariés injustement licenciés dans leur globalité et de réparer de manière juste le préjudice qu'ils ont subi. Par ailleurs, le comité note que les organisations plaignantes allèguent que les nouvelles dispositions en cause ne prévoient pas d'indemnités d'un montant suffisamment élevé ni pour compenser le préjudice subi, ni pour dissuader l'employeur de procéder à des licenciements abusifs, et enfin qu'aucune voie de droit alternative ne permet de compléter le montant de la réparation.
63. Le comité note que, dans sa communication en date du 30 juillet 2019, le gouvernement insiste particulièrement sur: i) l'objectif de la réforme qui est de sécuriser la relation de travail et les effets de sa rupture pour les employeurs et leurs salariés, en harmonisant les pratiques judiciaires; et ii) l'importance d'appréhender le mécanisme du barème au sein d'un dispositif global de sanction et de réparation qui selon lui satisfait pleinement aux exigences de la convention. Le comité note que le gouvernement met notamment en avant le fait 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. Le comité note également que le gouvernement indique que les montants prévus par le barème correspondent aux «moyennes constatées» des indemnités accordées par les juridictions avant la réforme¹⁰.

⁹ Les articles L. 1235-3 et L. 1235-5 du Code du travail, en vigueur à partir du 1^{er} mai 2008 et jusqu'à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, fixaient les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse: i) au montant du préjudice subi pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou licenciés dans une entreprise employant moins de 11 salariés; ii) au montant équivalant, au minimum, aux salaires des six derniers mois pour les autres salariés. À partir de la publication du décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016 et jusqu'à la publication de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, le minimum légal de six mois de salaire a continué à s'appliquer et a été complété par le nouveau référentiel indicatif prévu par le décret pris en application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Depuis le 24 septembre 2017, seuls les barèmes prévus par l'ordonnance n° 2017-1387 s'appliquent.

¹⁰ L'impact du barème sur les jugements fera partie des travaux à venir du Comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017, dont les résultats pourront être appréciés à l'aune d'une étude déjà disponible réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, publiée en février 2019. L'étude (qui porte sur 408 cas) vise à mesurer ce que les requérants ont réellement obtenu (avant les ordonnances de 2017) et ce qu'ils auraient obtenu avec le barème, en prenant notamment en compte le critère d'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Voir le [Rapport intermédiaire du Comité d'évaluation](#), juillet 2020, 97-98.

64. Le comité note que l'application d'un tel dispositif (mettant en place un barème obligatoire et non plus seulement indicatif)¹¹ a fait l'objet de contestations devant les conseils de prud'hommes, au motif qu'il serait contraire à des engagements internationaux de la France. Dans ces jugements, la motivation est souvent la même: le barème en question contreviendrait à la convention n° 158 ainsi qu'à la Charte sociale européenne, deux textes prévoyant qu'une juridiction nationale doit être en capacité d'ordonner le paiement d'une réparation appropriée en cas de licenciement abusif. La grille de dommages-intérêts inscrite dans les ordonnances de 2017 ne remplirait pas cette condition, ce qui fait que nombre de conseils de prud'hommes l'ont écartée sur le fondement de son inconventionnalité, accordant par là même des montants supérieurs à ceux fixés par le barème. Le Comité note que d'autres décisions de prud'hommes sont allées dans le sens inverse, comme le souligne le gouvernement dans sa communication du 30 juillet 2019.
65. Le comité prend également note de la position de la Cour d'appel de Reims qui, dans un arrêt en date du 25 septembre 2019, considère, sans remettre en cause la conventionnalité du barème *in abstracto*, que le juge doit pouvoir procéder à un contrôle de la conventionnalité *in concreto*, ce contrôle pouvant conduire le juge, à la demande du salarié, à écarter le plafond s'il constate que celui-ci porte une atteinte disproportionnée à son droit à indemnisation adéquate du préjudice subi. Pour sa part, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 octobre 2019, a estimé que le juge français, dans le cadre des montants minimaux et maximaux édictés sur la base de l'ancienneté et de l'effectif de l'entreprise, gardait une marge d'appréciation. Plus récemment, dans un arrêt du 16 mars 2021, la Cour d'appel de Paris a écarté le montant maximum fixé par le barème parce qu'il représentait à peine la moitié du préjudice subi par la plaignante et ne permettait pas une indemnisation adéquate et appropriée compatible avec les exigences de l'article 10 de la convention n° 158. Dans le même sens, dans un arrêt du 30 septembre 2021, la Cour d'appel de Grenoble a écarté le barème en appréciant *in concreto* le préjudice subi par le salarié.
66. Le comité note que deux conseils de prud'hommes ont demandé à la Cour de cassation un avis, sans attendre que celle-ci soit elle-même saisie sur le fond, pour apprécier, *inter alia*, la conventionnalité du dispositif du barème avec l'article 10 de la convention. Le comité rappelle que, selon l'article 10 de la convention, «si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée».
67. Le comité note que la Cour de cassation, dans ses avis n°s 15012 et 15013 du 17 juillet 2019, a retenu que:
- le terme «adéquat» prévu à l'article 10 devait être compris comme réservant aux États parties une marge d'appréciation.
- Puis elle a relevé que:
- En droit français, si le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Lorsque la réintégration est refusée par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dans les limites de montants minimaux et maximaux. Le barème prévu par l'article L. 1253-3 du Code

¹¹ Voir note de bas de page n° 9 ci-dessus.

du travail est écarté en cas de nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L. 1235-3-1 du même Code.

La formation plénière en a déduit que:

- i) les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins 11 salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, étaient compatibles avec les dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, l'État n'ayant fait qu'user de sa marge d'appréciation (avis n° 15012);
- ii) les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui fixent un barème applicable à la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sont compatibles avec les dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT (avis n° 15013).

- 68.** Le comité note que les mesures prises au titre de l'article L. 1235-3 du Code du travail sont considérées par la Cour de cassation comme étant le produit de la marge d'appréciation des États dans la détermination d'une réparation adéquate et que, en fixant un barème applicable à la détermination par les juges du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'État n'a fait qu'user de sa marge d'appréciation.
- 69.** Le Comité note que, postérieurement aux avis susmentionnés et dans l'attente d'un arrêt de la Haute juridiction, il existe encore des divergences d'interprétation au sein des juridictions nationales.
- 70.** Le comité observe que la question du plafonnement des indemnités de licenciement en cas de licenciement abusif n'a pas fait l'objet de commentaires particuliers de la part de la CEACR qui, par ailleurs, a fourni des exemples de la diversité des législations nationales en la matière. Ainsi, dans son Étude d'ensemble concernant la protection contre le licenciement injustifié ¹², la CEACR a indiqué que:

En cas de paiement d'une *indemnité financière*, il convient d'en déterminer le *montant*. La législation précise souvent le montant de l'indemnité ou la portée des dommages-intérêts accordés en se fondant sur un ou plusieurs facteurs tels que la nature de l'emploi, l'ancienneté, l'âge, les droits acquis ou sur les circonstances du cas, à savoir le motif du licenciement, la possibilité de reclassement, les perspectives de carrière, ou des données personnelles du travailleur, telles que sa situation familiale, ou de l'employeur, telles que la taille de l'entreprise ou sa nature. Quelques pays prévoient un dédommagement non seulement pour les pertes financières subies, mais aussi pour le dommage moral. La législation d'un certain nombre de pays fixe le montant de l'indemnité, qui peut en général être une certaine somme ou être fixée par des facteurs déterminés. Dans certains pays, la législation fixe un montant minimum ou un maximum à l'indemnité. Dans d'autres cas, elle prévoit une majoration pour certains cas, notamment lorsque le licenciement est motivé par l'affiliation du travailleur à un syndicat, ou par des facteurs discriminatoires. Lorsque l'organisme [mentionné à l'article 8] est libre de fixer le montant, il joue un rôle important dans la détermination des critères à prendre en considération, y compris, par exemple, en tenant compte ou non du préjudice moral. (paragraphe 229)

¹² BIT, *Protection contre le licenciement injustifié*.

Certains pays accordent également des dommages-intérêts distincts de l'indemnité en cas de licenciement injustifié, lorsqu'un employeur est reconnu avoir eu un comportement licencieux, irréflecti, malveillant ou outrageant. (paragraphe 230)

- 71.** Le comité note que la question du plafonnement n'est pas remise en cause par la CEACR dans son Étude d'ensemble (ou dans ses observations ou demandes directes adressées à certains pays ayant ratifié la convention). Il note que la commission d'experts a précisé par ailleurs que:

La réparation en cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental devrait avoir pour but la réparation intégrale, tant sur le plan financier que professionnel, du préjudice subi par le travailleur, la meilleure solution étant généralement la réintégration du travailleur dans ses fonctions avec indemnisation rétroactive et maintien des droits acquis [...]. Lorsque la réintégration comme mode d'indemnisation n'est pas prévue, pas possible ou encore non désirée par le travailleur, il serait souhaitable que les indemnités accordées pour un licenciement fondé sur un motif mettant en cause un droit fondamental de l'homme soient en rapport avec le préjudice subi, et plus élevées que pour d'autres types de licenciement ¹³. (paragraphe 232)

- 72.** Au vu de ce qui précède, le comité observe que la réparation intégrale peut être distinguée de la réparation adéquate ou appropriée et en tout cas s'imposer dans les cas mettant en cause un droit fondamental, et que le droit français s'inscrit dans ce cadre, l'article L. 1235-3-1 du Code du travail écartant l'application du barème pour tous les cas de nullité du licenciement au rang desquels figure la violation d'une liberté fondamentale.
- 73.** Cela étant, le comité estime que la question qui se pose est celle de savoir si le juge reste en mesure de prendre en compte la situation individuelle et personnelle du salarié, comme celle de l'entreprise, afin de garantir au travailleur licencié une réparation adéquate de son préjudice, au sens de l'article 10 de la convention. L'existence du barème empêche-t-elle le juge de prendre en compte d'autres éléments déterminant le préjudice subi par le salarié injustement licencié?
- 74.** À cet égard, le comité note que l'indemnité versée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est, selon le dernier alinéa de l'article L. 1235-3, cumulable, le cas échéant, avec plusieurs autres catégories d'indemnités pouvant être accordées par le juge, à savoir:
- l'indemnité accordée au salarié compris dans un licenciement pour motif économique, en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des instances de représentation du personnel ou d'information de l'autorité administrative (article L. 1235-12);
 - l'indemnité accordée au salarié en cas de non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche (article L. 1235-13);
 - l'indemnité accordée au salarié en cas de procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place, alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation, et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi (article L. 1235-15).
- 75.** Le comité note cependant que, selon les termes du dernier alinéa de l'article L. 1235-3, ce cumul ne peut intervenir que dans la limite des montants maximaux indiqués.
- 76.** Le comité note également, d'après les informations fournies par le gouvernement et le rapport commun aux demandes d'avis de la Cour de cassation, que la chambre sociale de la Cour de cassation admet, dans certaines circonstances, que le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse peut prétendre à des dommages-intérêts distincts de l'indemnité pour

¹³ BIT, *Protection contre le licenciement injustifié*.

licenciement sans cause réelle et sérieuse, en cas de comportement fautif de l'employeur dans les circonstances ou les conséquences de la rupture (par exemple licenciement prononcé par l'employeur dans des conditions vexatoires, atteinte à la dignité du salarié, préjudice moral), indépendamment de la justification du licenciement. Dans ce cas, les indemnités pour préjudice distinct n'ont pas à être prises en considération dans les limites maximales d'indemnisation de l'article L. 1235-3 du Code du travail, à la différence des indemnités des articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15 du Code du travail.

77. Le comité observe néanmoins que la prise en compte de tels éléments susceptibles de donner lieu à une réparation déplafonnée n'est guère pertinente dans le cadre de la question posée de la conformité du dispositif d'indemnisation à l'article 10 de la convention, puisqu'ils concernent non pas la réparation pour licenciement injustifié, mais celle d'un préjudice *distinct* résultant d'une faute de l'employeur *distincte* du caractère injustifié du licenciement.
78. Le comité note que, si la «barémisation» entraîne de fait une désindividualisation de la réparation du préjudice, le juge a toutefois la possibilité de déterminer le montant de l'indemnité en tenant compte d'autres critères que celui de l'ancienneté prévu par le barème. Ainsi, le Conseil constitutionnel français a relevé qu'il appartenait au juge de tenir compte de la situation personnelle du salarié: «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 l'indemnité due par l'employeur» (Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 89).
79. Cela étant, le comité note que, si la marge d'appréciation des juges du fond reste possible de façon à pouvoir tenir compte de situations individuelles et personnelles, le pouvoir d'appréciation du juge en la matière apparaît ipso facto contraint, puisqu'il s'exerce dans les limites de la fourchette du barème établie par la loi. Tout en notant que le gouvernement indique que les montants correspondent aux «moyennes constatées» des indemnités accordées par les juridictions avant la réforme, le comité considère qu'il n'est pas a priori exclu que, dans certains cas, le préjudice subi soit tel qu'il puisse ne pas être réparé à la hauteur de ce qu'il serait «juste» d'accorder, pour des motifs divers, comme par exemple l'ancienneté du salarié, la possibilité de retrouver un emploi, sa situation de famille, etc. Le caractère «ramassé» de la fourchette plafonnée à vingt mois limite aussi la possibilité pour le juge de tenir compte de ces situations individuelles et personnelles.
80. **Au vu de ce qui précède, le comité considère – en dehors des cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental pour lesquels le principe de la réparation intégrale est acquis et indépendamment de la réparation pour préjudice distinct – que la conformité d'un barème, et donc d'un plafonnement, avec l'article 10 de la convention, dépend du fait que soit assurée une protection suffisante des personnes injustement licenciées et que soit versée, dans tous les cas, une indemnité adéquate.**
81. **Dans ces conditions, le comité invite le gouvernement à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif.**

► IV. Recommandations du comité

82. Le comité recommande au Conseil d'administration:

- a) d'approuver le présent rapport;**
- b) de demander au gouvernement de tenir compte, dans le cadre de l'application de la convention n° 158, des observations formulées aux paragraphes 54, 58, 80 et 81 des conclusions du comité;**
- c) d'inviter le gouvernement à fournir des informations à ce sujet, pour examen et suivi ultérieur, le cas échéant, par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations;**
- d) de rendre public le rapport et de déclarer close la procédure de réclamation.**

7 février 2022

(signé) Khalid Dahbi
Membre gouvernemental

Renate Hornung-Draus
Membre employeuse

Kelly Ross
Membre travailleur