

Brigitte PEREIRA,

Professeur de Droit, HDR

EM Normandie Business School, Laboratoire Métis

Barèmes d'indemnisation, décisions de justice et licenciement

Résumé : L'objectif de cet article est de mettre en évidence les critères adoptés par les juges qui écartent le barème d'indemnisation lorsque le licenciement d'un salarié est sans cause réelle et sérieuse, ce qui conduit à de nouvelles incidences managériales. Cette étude se base sur des procès en cours d'appel ayant eu lieu après la mise en place du barème d'indemnisation de 2018 à 2023. Nous démontrons le paradoxe entre l'office du juge sur l'appréciation du montant de l'indemnité à verser au salarié pour licenciement injustifié et l'existence d'un barème pouvant être écarté. Qu'il s'agisse de l'application du barème ou de sa mise à l'écart par les juges, les finalités de prévisibilité et d'équité des décisions de justice ne sont pas garanties.

Mots-clés : Barème ; indemnisation ; licenciement injustifié ; salarié ; perte d'emploi ; équité.

Guidelines, court decisions and dismissals

Abstract : The objective of this article is to highlight the criteria adopted by judges who disregard the compensation scale when the dismissal of an employee is without real and serious cause, which leads to new managerial implications. This study is based on appeals that took place after the implementation of the compensation scale from 2018 to 2023. We demonstrate the paradox between the judge's office on the assessment of the amount of compensation to be paid to the employee for unjustified dismissal and the existence of a scale that can be discarded. Whether it is the application of the scale or its exclusion by judges, the objectives of fairness and predictability of court decisions are not guaranteed.

Keywords: Guidelines; compensation; wrongful dismissal; employee; job loss; equity.

Introduction

Afin de sécuriser les relations de travail entre employeurs et salariés, l'Ordonnance du 22 septembre 2017 consacre un barème destiné à indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse (Ordonnance n° 2022-1387, du 22 septembre 2017). La finalité poursuivie par le législateur a été de répondre à une demande de prévisibilité des employeurs. La recherche de prévisibilité de la loi à travers l'application d'un barème est légitime. Elle permet à l'employeur de préalablement calculer le montant des indemnités auquel il s'exposerait en cas de licenciement abusif. Cette prévisibilité conduit à éviter le paiement d'indemnités inattendues qui pourrait entraîner des difficultés économiques. Le plafonnement des indemnités à verser en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou abusif participerait à cette prévisibilité (Deffains et Langlais, 2006 ; Dalmasso et Signoretto, 2022). La mise en place d'un barème d'indemnisation vise aussi à harmoniser les décisions des juridictions prud'homales et des cours d'appel pour assurer l'égalité des justiciables aux yeux de la loi.

Désormais, le niveau d'indemnisation est strictement encadré. L'indemnité qui doit être prononcée par le juge et qui est destinée à réparer une rupture du contrat de travail injustifiée, est soumise à un plancher et à un plafond. Cette indemnité à la charge de l'employeur varie, en fonction de l'ancienneté du salarié, de son salaire et de l'effectif de l'entreprise avec un plafond qui ne peut être dépassé. Les conseillers prud'homaux et les juges doivent alors échelonner cette indemnité entre 1 et 20 mois de salaire brut, avec plancher, compris entre 1 et 3 mois de salaire.

Or, aujourd'hui, l'application de ce barème pose des questions en matière d'équité des décisions à l'égard des salariés. Elle interroge aussi la réalité de la prévisibilité des décisions de justice. De plus, en dépit de la validation de ce barème par les hautes juridictions (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation), celui-ci fait l'objet de vives contestations par les juges eux-mêmes : actuellement, des juridictions continuent d'écarter l'application du barème d'indemnisation.

L'objectif de notre étude est de mettre en évidence les incidences de l'application du barème d'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle vise aussi à mettre en évidence les critères adoptés par les juges pour écarter l'application du barème, ce qui conduit à des incidences managériales importantes pour les entreprises en matière d'équité et de prévisibilité de la norme.

La mise à l'écart du barème comprend un raisonnement de la part des juges qui intéresse directement les entreprises, les employeurs et les managers en matière de recrutement et d'embauche.

Il s'agit alors de s'appuyer sur une série de procès (arrêts des cours d'appel) rendue après l'entrée en vigueur du barème et qui écartent ledit barème pour en comprendre les incidences managériales de 2018 à 2023. L'originalité de cette étude tient au fait que les recherches conduites jusqu'alors, n'ont pas réalisé cette analyse des décisions post-barème. En effet, il existe des études sur le barème prud'homal consistant à effectuer une comparaison entre les affaires antérieures sans barème et une simulation si le barème avait été appliqué (Dalmasso et

signoretto, 2022 ; Desrieux, Doriat-Duban, Espinosa, Jeandidier, Mansuy, et Ray, 2019) ; Desrieux et Espinosa, 2020). Ces travaux confortent les travaux anglosaxons qui mettent en évidence la relativité de l'équité et celle de l'efficacité des décisions de justice par barémisation (Allen et Brining, 2012 ; Argys, Peters et Waldman, 2001 ; Bekkerman et Gilpin, 2014 ; Deffains et Langlais, 2006). Néanmoins, notre étude vise à comprendre les critères retenus par les juges qui écartent le barème pour assurer l'équité, ce que le barème devrait avoir pour objectif.

Le respect du barème d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse permet-il de supprimer le risque de disparités des décisions des juges ? En d'autres termes, l'équité de traitement des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse est-elle réellement assurée par ce système de barémisation ? Par ailleurs, la prévisibilité au profit des employeurs est-elle garantie par la barémisation ? De plus, lorsque le barème est écarté par les juges, est-il question d'iniquité ou de restauration d'équité compte tenu de situations spécifiques des salariés ? De même, il s'agit de se demander si la mise à l'écart du barème d'indemnisation par les juges, augmente l'imprévisibilité de la norme aux dépens de la performance économique des entreprises ? En définitive, la barémisation de la justice en droit du travail destinée à rassurer les employeurs, permet-elle de sécuriser les ruptures des relations de travail et corrélativement de faciliter les embauches ?

La question n'est pas de savoir si l'indemnisation peut se penser par barème. En effet, les barèmes existent depuis longtemps pour l'imposition, pour le traitement versé aux fonctionnaires, pour les peines planchers en matière de contravention, ou encore en matière d'assurance (Rouvière, 2021). Il existe encore des barèmes pour l'application des clauses pénales afin d'indemniser des dommages des victimes (Rapport Dintilhac). En réalité, la question est celle de savoir si le barème est approprié pour indemniser une perte d'emploi injustifiée.

La première chose est alors de définir le barème. Or, le barème ne comprend aucune définition de nature juridique. Selon le dictionnaire *Trésor de la Langue Française Informatisé*, le barème est un « *recueil de calculs tout faits et de tableaux numériques facilitant une consultation rapide et sûre dans des domaines précis de la comptabilité, des transports, des tarifs, des échelles de salaires, etc* ». On pourrait alors le rapprocher du forfait qui est « *un système de réparation dans lequel l'indemnité est par avance tarifée en vertu de barèmes préétablis en fonction des diverses catégories de dommages* » (Cornu, 2009). Il est par ailleurs précisé que le forfait est un mode de réparation qui fixe le montant de celle-ci indépendamment du préjudice effectivement éprouvé (Rouvère, 2021). Or, ce n'est justement pas ce qui a été entendu par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation : la logique est indemnitaire et l'indemnité doit être fonction du préjudice subi (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 ; Cassation sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490 et n°21-15.247). Pour autant, le barème destiné à indemniser les licenciements abusifs comprend un plancher et un plafond en fonction de l'ancienneté, de la rémunération du salarié et de l'effectif de l'entreprise. La logique forfaitaire n'est donc pas totalement absente de la finalité du législateur : cela signifie que ce barème comporte des ambiguïtés parce que son application se heurte au principe international et européen de la réparation adéquate ou appropriée du salarié privé de son emploi de manière

infondée (Article 10 de la Convention 158 de l'OIT de 1982 et article 24 b de la charte sociale européenne de 1961). La réparation adéquate ou appropriée suppose la prise en compte de toutes les dimensions du préjudice subi par le salarié.

C'est dans ce contexte ambigu de l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse que l'application du barème a été déclarée, par le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS, 26 septembre 2022), non conforme au principe de réparation adéquate ou appropriée et que des cours d'appel écartent encore ce barème selon les situations managériales qui leur sont soumises.

Dès lors, après avoir envisagé les travaux portant sur l'utilité des barèmes dans les décisions judiciaires (1), nous expliquerons le principe du barème prud'homal (2). Après avoir explicité la méthodologie adoptée, nous traiterons des résultats de la contestation du barème par les juges des cours d'appel. Il s'agit de comprendre les contours de l'équité mis en avant par les juges qui écartent le barème (3). Il en ressort un nouveau questionnement sur l'efficacité et plus particulièrement sur la prévisibilité des décisions de justice avec et/ou sans barème pour les entreprises (4).

1. L'utilité de la barémisation de la justice en question

La question de l'utilité des barèmes dans les décisions de justice a été posée lors de la mise en place de « guidelines » aux Etats-Unis en matière de divorce (années 70-80). Plus tard dans les années 90, la même question a été étudiée s'agissant de la mise en place de barèmes de sanctions en matière criminelle. Il s'agissait de savoir si les barèmes de sanctions ou/et de montants d'indemnités répondaient aux objectifs d'équité (1.1.) et d'efficacité (1.2.) des décisions de justice (Payne, 1997 ; Waldfoegel, 1999).

1.1. Une recherche d'équité des décisions de justice par les barèmes

L'objectif d'équité des décisions de justice consiste à réduire la disparité ou la variabilité des décisions des juges pour des cas considérés comme similaires. Il est donc question de garantir une certaine équité horizontale.

Les barèmes permettraient aux juges d'être pourvus de règles communes : pour un cas similaire, la mesure doit être identique. Par exemple, pour une faute ou un dommage commis, le montant des indemnités doit être identique ; pour une même fraude commise, la sanction doit être la même. Il s'agit de traiter des affaires identiques de manière égalitaire et de réduire la variabilité des décisions judiciaires (Allen et Brinig, 2012 ; Barthélémy et Cette, 2015).

Cependant, existe-t-il une réalité de justice équitable parce que celle-ci est barémisée en sachant que les décisions de justice doivent intégrer toutes les dimensions propres au litige ? Par exemple, certains auteurs ont démontré que le principe du barème permettait une plus grande équité des décisions sans toutefois trancher sur le caractère certain de cette équité, notamment en matière d'octroi de pension alimentaire (Argys et al, 2011). Si l'on prend l'exemple des pensions alimentaires pour enfants, il a été démontré que la liberté du juge de fixer le montant

est encadrée et évite des disparités de décisions (Bourreau-Dubois et Jeandidier, 2012). Mais, il a aussi été démontré que seules les aberrations de montants extrêmes ont été supprimées. En d'autres termes, le barème en lui-même n'empêche pas la disparité des décisions des juges pour des cas similaires. De plus, les pensions alimentaires sont aussi déterminées en fonction des ressources du parent qui en a la charge : la détermination des cas similaires est donc difficile à mettre en évidence. Une étude française tend à confirmer les travaux américains (Jeandidier et Ray, 2019). En effet, un test a été soumis aux élèves de première année de l'École Nationale de Magistrature et a concerné une cinquantaine de cas de détermination de pensions alimentaires avec un barème et sans barème. Les résultats de ce test montrent qu'en moyenne, on assiste à une réduction très faible de la disparité des décisions et que cet effet n'est de surcroît pas systématique. En effet, dans ce type d'affaires, les montants des pensions alimentaires offerts par le parent débiteur et ceux demandés par le parent créancier peuvent être différents ; ils peuvent aussi être différents de ceux préalablement établis dans le barème. Les auditeurs (élèves en magistrature) peuvent se cantonner à respecter la procédure et déterminer le montant de la pension alimentaire par rapport à la demande si celle-ci n'excède pas le barème. Dès lors, les décisions ne peuvent pas être identiques, les cas considérés comme similaires au regard des besoins de l'enfant, étant toujours distincts selon la complexité des histoires familiales (Melli, 2000 ; Oldham, 2000).

Le débat n'est donc pas complètement tranché (Bourreau-Dubois et al, 2021 ; Dalmaso et Signoretto, 2022). Par ailleurs, dans quelle mesure les barèmes éliminent-ils le risque de partialité des juges (Sorensen et al, 2012) ? Des études ultérieures ont démontré qu'en réalité le risque d'arbitraire du juge n'est pas totalement exclu même avec l'existence d'un barème (Rehavi et Starr, 2014). Cela a également été mis en évidence en matière criminelle et disciplinaire. Par exemple, dans le système fédéral américain, des disparités de peines répressives ont été constatées entre personnes de couleur ou non en dépit de l'existence d'un barème. Ainsi, la peine minimum obligatoire a été prononcée à l'encontre de 12, 4 % de personnes de couleur noire, contre 7, 5 % pour les personnes de couleur blanche (Rehavi et Starr, 2014, p. 1336). De plus, lorsque les disparités sont atténuées, l'uniformité des décisions ne rend pas compte du principe de proportionnalité en justice : en effet, en matière pénale, la sanction doit correspondre au délit commis en fonction des circonstances de sa commission. Il s'agit de l'équité verticale. Par exemple, un vol commis par nécessité de nourrir un nouveau-né et un vol commis en dehors de tout état de nécessité (Pereira, 2017), n'aboutissent pas au prononcé de la même peine. En d'autres termes, si le barème vise la réduction des disparités des décisions, on peut aboutir à la suppression des « bonnes disparités » selon l'hétérogénéité des affaires (Payne, 1997 ; Waldfogel, 1998 ; Sayn, 2019). De plus, la réparation peut concerner à la fois la dimension matérielle et la dimension morale (Lecomte, 2012). Enfin, on ne peut pas regarder du côté de la seule victime ou du côté du seul auteur du dommage : il s'agit aussi de prendre en compte l'utilité sociale de la sanction et de la réparation (Demogue, 1911).

En définitive, les disparités judiciaires ne disparaissent pas avec le barème. Par exemple, on a encore relevé des disparités sur l'application d'un barème de sanctions disciplinaires dans les établissements scolaires américains (Bekkerman et Gilpin, 2014). Les sanctions sont plus sévères dans les établissements accueillant une majorité de lycéens de couleur ou hispaniques. L'iniquité est maintenue même lorsqu'il existe une échelle de sanctions.

Dès lors, si les barèmes ont pour finalité de réduire les disparités des décisions des juges, celles-ci existent encore sans que l'on sache si elles émanent de l'appréciation des juges, ou des modalités de construction des barèmes (Dalmasso et Signoretto, 2022).

1.2. Un outil d'efficacité des décisions de justice peu évident

Le barème judiciaire peut jouer le rôle d'une norme favorisant la prévisibilité, la transparence, voire la négociation amiable dans le cadre d'un litige entre deux parties. En outre, le barème judiciaire pourrait comporter un effet dissuasif à l'égard des justiciables (Payne, 1997 ; Waldfogel, 1999 ; Rouvère, 2021 ; Porteron, 2022).

En effet, d'abord, l'existence d'un barème comprend des critères numériques permettant la détermination des montants d'indemnité, d'amende, ou des durées de peines d'emprisonnement. En servant de cadre référentiel dans la prise de décision, le barème constitue un outil de transparence et de prévisibilité des décisions des juges. A l'inverse, en l'absence de barème, le jugement pourrait être incertain et les attentes des parties au litige comprendraient des divergences. Dès lors, l'existence d'un barème permettrait une efficacité, voire une meilleure coopération entre les parties en servant de référentiel à la négociation.

Ces arguments doivent être nuancés parce que la réduction de l'incertitude par l'existence d'un barème n'incite pas forcément à la négociation des parties. En effet, des travaux ont démontré que la certitude de l'issue d'un litige par un barème peut même desservir un quelconque arrangement entre les parties. Si toutes et tous connaissent l'issue d'un litige à travers un barème, à quoi bon négocier ? (Deffains et Langlais, 2006). On peut certes effectuer une distinction entre le barème incitatif et le barème impératif : dans le premier cas, le barème incitatif laisse une marge de manœuvre au juge qui peut décider de s'en écarter. Cela signifie qu'il existe dans ce premier cas, une certaine marge d'incertitude ; dans le second cas, le barème impératif oblige le juge et sa décision devient prévisible. Deffains et Langlais, en testant ces deux hypothèses dans le cadre d'un divorce, constatent que la certitude et l'impérativité du barème ne favorisent pas la négociation. En revanche, le fait que le barème soit incitatif, la négociation est plus développée. Cela s'explique par le fait que les parties au procès manifestent une aversion pour le risque et préfèrent négocier dans le cas de l'incertitude. Cela revient à montrer que le barème impératif qui réduit l'incertitude ne favorise pas la coopération entre les parties (Dalmasso et Signoretto, 2022).

D'autres études (Taha, 2001) ont été menées pour savoir si l'existence ou non de barèmes, qu'ils soient incitatifs ou impératifs, permettent la négociation en matière criminelle dans le cadre du plaider coupable ou plea bargaining. Le plea bargaining constitue un accord négocié entre un procureur et un accusé aux termes duquel l'accusé plaide coupable (en passant aux aveux) pour une infraction, en échange d'une peine moins sévère ou l'abandon d'un chef d'accusation (procédure utilisée à 90 % aux Etats-Unis, Pereira, 2009). Dans ce cadre, il a été démontré que c'est l'existence-même d'un barème qui incite à négocier avec le procureur pour le contourner et espérer avoir une peine plus douce en dehors du barème. En d'autres termes,

ces travaux démontrent que c'est en dehors du barème que la négociation entre procureur et accusé a lieu. Cela signifie que la certitude des peines barémisées n'incite pas nécessairement à la négociation ; au contraire, c'est l'incertitude du jugement qui poussent les parties à négocier (Reinganum, 2000).

De même, s'agissant de l'effet dissuasif des barèmes comme élément d'efficacité des décisions judiciaires, la question demeure controversée. En effet, il a été avancé que le barème comprenant une échelle de peines, désinciterait les individus à commettre un crime compte tenu d'une éventuelle aversion pour le risque (Becker, 1968). Toutefois, il a aussi été démontré qu'un barème comportant des peines plus sévères n'a pas produit d'effet dissuasif et que la durée des peines n'a pas été augmentée (Lacasse et Payne, 1999). Par exemple, en matière de délinquance d'affaires, les « guidelines » déterminant des peines d'amende, n'ont pas eu pour conséquence une augmentation des peines (Parker et Atkins, 1999). En d'autres termes, rien ne démontre que le barème participe à la dissuasion de commettre des actes interdits. Ces constats peuvent être transposés au barème d'indemnités pour licenciement abusif, le barème prud'homal.

2. Le principe du barème prud'homal

L'ordonnance du 22 septembre 2017 (n° 2017-1387) a consacré un barème qui détermine l'indemnité que doit verser l'employeur à un salarié lorsqu'il le licencie sans cause réelle et sérieuse ou abusivement : ce barème s'impose aux juges qui condamnent l'employeur à indemniser le salarié injustement licencié.

Le niveau d'indemnisation est strictement encadré : la somme pouvant être versée, est soumise à un plancher et à un plafond. Le montant d'indemnisation pour licenciement abusif est déterminé en fonction de la rémunération du salarié, de son ancienneté au sein de l'entreprise et de l'effectif de celle-ci.

Pour le comprendre, il est nécessaire de rappeler ce qui était appliqué avant la mise en place de ce barème d'indemnités.

Avant l'instauration du barème, la fixation de l'indemnisation d'un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse relevait d'un plancher indemnitaire de six mois de salaire qui bénéficiait aux salariés des entreprises de 11 salariés ou plus et qui comptaient une ancienneté supérieure à deux ans. Ce minimum pouvait être dépassé au moyen de la démonstration d'un préjudice subi supérieur et aucun plafond n'était prévu.

Pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés, il n'existait aucun plancher. La juridiction saisie déterminait et chiffrait le préjudice subi sur la base des éléments qui lui étaient soumis par le justiciable. Il en ressortait des critiques sur d'éventuelles disparités des indemnités à verser pour licenciement abusif selon les conseils des prud'hommes et cours d'appel saisis (Dalmaso et Signoretto, 2022).

L'ordonnance du 22 septembre 2017 instaure un barème dans le sens de la prévisibilité des sommes à verser en cas de licenciement injustifié. Le niveau d'indemnisation est désormais

strictement encadré : la somme allouée au salarié correspond à un nombre de mois de salaire brut en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et de l'effectif de celle-ci.

Cette indemnité est soumise à un plancher et à un plafond. Les conseillers prud'homaux et les juges doivent alors échelonner cette indemnité entre 1 à 20 mois de salaire brut, avec plancher, compris entre 1 et 3 mois de salaire.

Pour les entreprises comportant moins de onze salariés, l'indemnité pour licenciement abusif comprend un plancher plus réduit (l'indemnité minimale varie entre 0,5 et 2,5 mois de salaire selon l'ancienneté du salarié).

Le législateur a prévu des exceptions pour lesquelles le barème ne s'applique pas. En effet, les juges peuvent décider de prononcer la nullité d'un licenciement (distinct d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou abusif). La nullité d'un licenciement est une condamnation plus importante à l'égard de l'employeur parce qu'elle est liée à la transgression des droits fondamentaux. Par exemple, il peut s'agir d'un licenciement prononcé soit dans un contexte de harcèlement moral ou sexuel ; soit dans celui d'une violation d'une liberté fondamentale ; soit un licenciement prononcé suite à une action en justice du salarié sur le principe d'égalité hommes-femmes ; le licenciement d'une femme enceinte ; ou encore le licenciement prononcé à la suite de l'exercice d'un droit d'alerte par le salarié sur la commission d'un crime ou d'un délit en entreprise. Dans ces derniers cas, la nullité du licenciement permet la réintégration du salarié dans l'entreprise et si celle-ci est refusée, une indemnité doit être versée en dehors de toute référence au barème. Ce qui nous intéresse ici, ce sont les licenciements sans cause réelle et sérieuse ou abusifs.

La mise en place du barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a pour conséquence une baisse générale des indemnités appliquées auparavant. Une récente étude économique (Dalmasso et Signoretto, 2022) a mis en évidence une comparaison des indemnités perçues et connues avant le barème en s'appuyant sur une série de procès en cour d'appel (192) avant 2018, et celles qui auraient été versées pour ces mêmes affaires si l'on appliquait le barème. Cette étude atteste que les indemnités baissent de manière générale. Toutefois, quelle que soit la taille des entreprises, les salariés les moins touchés par la mise en place de ce barème, seraient ceux disposant d'une ancienneté de 10 ans et plus. En revanche, ce sont les salariés ayant des anciennetés de moins de 2 ans au sein de l'entreprise qui subiraient une baisse drastique des indemnités pour licenciement abusif si l'on appliquait le barème. L'application fictive du barème aux affaires ayant été jugées précédemment, montre une baisse de 6,5 mois à 3,5 mois de salaire selon les circonstances. Les grands perdants de l'application du barème d'indemnité sont donc les salariés ayant seulement deux ans d'ancienneté ou moins : si, auparavant, les indemnités étaient supérieures à 6 mois et pouvaient atteindre 13,5 mois de salaire, l'application du barème ramène l'indemnisation à 1,63 mois de salaire (Dalmasso et Signoretto, 2022, p. 146 ; dans le même sens, Desrieux et Espinosa, 2020).

Ce barème est encore aujourd'hui contesté, y compris au niveau européen et international, en dépit de la validation effectuée par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.

Cette contestation trouve sa source dans le principe international et européen de la réparation adéquate ou appropriée lorsque le salarié a été licencié de manière infondée. Ainsi, selon l'article 10 de la Convention de l'OIT sur le licenciement (C 158-1982), lorsque « *le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils (les juges) 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.* ».

Selon l'article 24 (b) de la Charte Sociale Européenne de 1961, les Etats signataires doivent reconnaître « *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* ». Or, l'article L. 1235-3 du code du travail instaurant le barème ne permettrait pas d'obtenir une réparation adéquate par rapport au préjudice subi. Sur cette base de nombreuses juridictions prud'homales et des cours d'appel ont écarté l'application de ce barème.

Méthodologie

Notre étude repose sur l'analyse, la comparaison et la synthèse des décisions des cours d'appel sur le refus d'appliquer le barème prud'homal d'indemnisation des licenciements injustifiés, de 2018 à 2023. L'année 2018 fait suite à l'entrée en vigueur du barème des indemnités prévue par l'ordonnance du 22 septembre 2022. Nous nous sommes appuyés sur la base de données Legifrance. S'agissant d'indemnisation d'un licenciement injustifié d'un salarié, les normes mises en avant sont celles du barème d'indemnisation (article 1235-3 du Code du travail) et celles relatives au principe d'une réparation adéquate ou appropriée du préjudice subi pour perte d'emploi (article 10 de la Convention de l'OIT C. 158 de 1982 ; article 24 de la Charte sociale européenne de 1961). Cette méthode prend en compte le déroulement des procès en matière de travail avant de procéder à une analyse comparative des décisions. En effet, les procès employeurs-salariés comportent la particularité d'être d'abord traités par les conseils des prud'hommes, juridictions composées d'employeurs et de salariés. Puis, ces affaires ont ensuite été traitées par les cours d'appel et sont susceptibles d'aboutir à la plus haute juridiction, la Cour de cassation qui joue un rôle de contrôle du droit. Nous nous intéressons alors aux arrêts des cours d'appel qui reprennent les faits jugés en conseil des prud'hommes.

Dans le domaine qui nous intéresse, il s'agit de voir d'abord, les refus d'application du barème d'indemnisation dès son entrée en vigueur : la mise à l'écart du barème prud'homal a fortement été médiatisée, et nous avons pu répertorier en 6 ans, 12 arrêts de cours d'appel qui écartent l'application du barème. Ce sont ces 12 arrêts d'appel qui nous intéressent en ce qu'ils reprennent les jugements des conseils des prud'hommes. Ensuite, pour relever l'ensemble des affaires judiciaires de la plus haute juridiction, la Cour de Cassation, nous sommes également partis de la base de données Légifrance en sélectionnant les arrêts à partir des termes suivants : « barème prud'homal » ; « licenciement » ; « réparation adéquate ». L'entrée en vigueur de ce barème étant très récente, il est ressorti : 2 avis (force non contraignante) et deux arrêts de principe de la Cour de cassation en 2019 et 2022. Ces décisions sont par la suite analysées, et comparées les unes avec les autres. Etant donné la contestation du barème prud'homal, nous avons également répertorié les décisions du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat qui se sont prononcés sur la validité de ces barèmes par rapport au principe de réparation adéquate (Legifrance). Enfin, nous avons comparé ces données avec les cas des systèmes finlandais et italien comprenant également un barème d'indemnités pour licenciement abusif. Ces systèmes ont été condamnés par le Comité européen des droits sociaux, comme celui français. Ces décisions sont riches et conduisent à l'adoption d'une méthodologie qualitative adaptée à la donnée de nature judiciaire et à la hiérarchie des normes. En effet, notre méthodologie intègre les spécificités de l'interprétation de la norme de nature légale : l'interprétation des lois se décrit comme une opération intellectuelle qui vise la mise en évidence du sens véritable des textes législatifs. Ensuite, les décisions judiciaires comportent un raisonnement syllogistique : les faits sont mis en rapport avec les normes en question, ces normes étant elles-mêmes interprétées en fonction des contextes des entreprises et de la situation des salariés.

Cette comparaison est importante parce qu'elle nous éclaire sur les difficultés d'adopter un barème d'indemnités pour licenciement infondé.

3. La contestation du barème prud'homal pour une indemnité adéquate ou appropriée

Même si la plupart des cours d'appel applique le barème des indemnités, on note des cours d'appel qui l'écartent afin d'allouer une indemnité dite adéquate ou appropriée au salarié licencié abusivement. En matière de droit, il suffit qu'une seule juridiction énonce qu'une loi est contraire aux principes internationaux pour que la question de la suppression ou non du barème soit sérieusement posée. Or, après que la Cour de cassation ait confirmé la validité et la compatibilité du barème prud'homal avec les principes internationaux en mai 2022, des cours d'appel continuent d'écartier le barème lorsque celui-ci se révèle en inadéquation avec certaines situations, tel est le cas de la Cour d'appel de Douai (21 octobre 2022).

Notre étude se basant sur les procès ayant eu lieu après l'entrée en vigueur du barème, montre la mise à l'écart de celui-ci pour ne pas octroyer des indemnités ne réparant pas réellement le préjudice subi. La mise à l'écart du barème par les juges concerne à la fois les salariés disposant de peu d'ancienneté au sein de l'entreprise que ceux qui disposent d'une ancienneté de 10 à plus de 20 ans.

En d'autres termes, on voit que la réduction des indemnités de licenciement abusif, peut être écartée par les juges lorsque manifestement ces indemnités sont inappropriées quelle que soit l'ancienneté du salarié : il s'agit, selon les juges, de prendre en compte des éléments qui sont propres à chaque affaire pour permettre une indemnité appropriée.

	Cours d'appel	Contenu de la décision
1	CA Reims, 25 septembre 2019	Secrétaire polyvalente ayant moins de deux ans d'ancienneté- Le barème (1 à 2 mois de salaire) a été écarté parce que l'indemnité prévue selon la faible ancienneté de la salariée et la difficulté à retrouver un emploi compte tenu de l'âge de la salariée, n'est pas suffisante.
2	CA Chambéry, 14 novembre 2019	Chauffeur-livreur ayant 10 ans d'ancienneté – Le barème n'est pas en soi contraire à l'article 10 de la convention de l'OIT ; néanmoins, il rentre dans l'office du juge de s'assurer concrètement que l'application du barème ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des justiciables, et en particulier que l'indemnité prévue par le barème soit proportionnée au but légitime poursuivi. Les dix mois de salaire prévus au barème se révèlent insuffisants (salarié handicapé, défaut d'organisation des visites médicales suite à l'accident de travail du salarié).
3	CA Grenoble, 2 juin 2020	Les juges ont alloué à une salariée ayant 30 ans d'ancienneté, une indemnité de 20 mois de salaire ce qui correspond au plafond prévu par le barème. Toutefois, les juges admettent directement que dans certains cas le préjudice du salarié doit être apprécié in concreto, et non de manière abstraite. S'il s'agit d'apprécier le préjudice au cas par cas, il est alors possible d'écarter le barème des indemnités lorsque celui-ci ne permet pas une indemnité adéquate et appropriée.
4	CA Bourges, 6 novembre 2020	Responsable d'entrepôt ayant 5 ans d'ancienneté- le barème prévoit une indemnité entre 3 et 6 mois de salaire. Les juges écartent ce barème : compte tenu de l'âge du salarié (59 ans) et de la difficulté qui en résulte pour lui de retrouver un emploi dans un marché du travail en tension. Les juges énoncent expressément que ce barème porte une atteinte disproportionnée aux droits du salarié parce qu'il ne permet pas une indemnisation intégrale de son préjudice.
5	CA Caen, 25 février 2021	Consultant formateur-réseau-44 ans -ayant contesté son forfait-jours et réclamé le paiement des heures supplémentaires et ayant par la suite été licencié- 14 ans d'ancienneté- ayant droit avec le barème entre 3 et 12 mois de salaire. Les juges écartent le barème compte tenu de la situation de grande précarité dans laquelle s'est trouvé le salarié qui n'a pas pu retrouver un emploi à salaire équivalent.
6	CA Chambéry, 11 mars 2021	Salariée en qualité de groom équestre a été licenciée verbalement. 1 an d'ancienneté et dans une entreprise de moins de 11 salariés : n'a droit qu'à une indemnité de 0,5 mois de salaire. Les juges condamnent l'employeur à plusieurs mois de salaire au titre de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et de travail dissimulé.
7	CA Saint-Denis de la Réunion, 15 mars 2021	Salarié-directeur technique licencié au bout de 6 mois d'activité- Les juges condamnent l'entreprise à verser plusieurs mois de salaire comprenant toutes les heures supplémentaires travaillées et non rémunérées et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.
8	CA Paris, 16 mars 2021	Salariée-coordinatrice-statut cadre âgée de 54 ans, ayant 4 ans d'ancienneté licenciée pour motif économique : motif inexistant. Les juges écartent le barème au regard de « sa situation concrète particulière » et du préjudice subi de la perte d'emploi injustifiée. Ils octroient 7 mois de salaire (au lieu de 3 à 5 mois-barème).

9	CA Versailles, 17 mars 2021	Salarié- professeur consultant en théologie et formateur spécialisé en sciences islamiques- moins de 3 ans d'ancienneté- licencié pour agressivité et sans motivation dans la lettre de licenciement. Les juges condamnent l'employeur à verser une somme sans correspondance avec le barème.
10	CA Grenoble, 30 septembre 2021	Salarié préparateur de commandes dans un laboratoire dermatologique-10 ans d'ancienneté- licencié sans cause réelle et sérieuse après que la médecine du travail ait alerté sur sa santé. Il aurait eu droit à 10 mois de salaire avec le barème. Les juges écartent le barème pour allouer une somme plus conséquente compte tenu de la situation particulière du salarié : difficultés financières ; expulsion de son logement en cours ; état dépressif ; statut de travailleur handicapé.
11	CA Douai, 21 octobre 2022	Salarié ayant 21 ans d'ancienneté dans une entreprise de propreté qui fait l'objet de plusieurs mutations conduisant à de longs transports et placé en arrêt de travail. Les juges déclarent directement que le barème n'est pas conforme à l'article 24 de la Charte sociale européenne et à l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT. Les juges octroient alors une indemnité en rapport avec l'appréciation du préjudice réellement subi hors barème.
12	CA Grenoble, 16 mars 2023	Réceptionniste polyvalente de 56 ans -résiliation judiciaire de son contrat de travail qui s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse- la Cour d'appel octroie une indemnité de 40 000 € en écartant le barème (8 mois de salaire prévus au barème). Les juges ont apprécié les difficultés sérieuses à retrouver un emploi stable à son âge et les observations de l'OIT qui n'ont pas été respectées par l'Etat (examen et évaluation du barème à intervalles réguliers en concertation avec les partenaires sociaux).

Tableau 1 : La mise à l'écart du barème par les juges des cours d'appel

Les décisions qui écartent l'application du barème pour indemniser les salariés abusivement licenciés concernent les salariés quelle que soit leur ancienneté : le point commun de toutes ces décisions est la recherche de l'indemnité adéquate ou appropriée par rapport au préjudice subi.

L'indemnisation adéquate concerne la perte financière due à celle de l'emploi ; une indemnité d'un montant suffisamment dissuasif pour éviter les multiplications des licenciements infondés (Charte sociale Européenne, article 24). Le principe de l'indemnité adéquate ou appropriée au préjudice subi peut être rapproché du principe de la réparation intégrale. La réparation intégrale du préjudice implique que le responsable d'un dommage doit indemniser tout le dommage et uniquement le dommage, sans qu'il n'en résulte ni appauvrissement, ni enrichissement de la victime. Il s'agit d'un principe de stricte équivalence entre la réparation et le dommage. Or, ces différentes affaires analysées (tableau 1) révèlent la recherche d'une adéquation de la réparation en comparant le préjudice subi, la situation du salarié et la faute commise par l'employeur.

Dès lors, est pris en compte l'âge du salarié qui, licencié sans justification, manifeste des difficultés à retrouver un emploi (CA Reims, 25 septembre 2019, n° RG 19/00003 ; CA Paris, 16 mars 2021, n° 19/08721 ; CA Bourges, 6 novembre 2020, n° 19/00585 ; CA Grenoble, 16 mars 2023, n° 21/02048). La faible ancienneté conduisant à une indemnisation faible compte tenu du barème, ne saurait être appliquée compte tenu de la situation de particulière vulnérabilité du salarié. Ce sera le cas du salarié bénéficiant du statut de travailleur handicapé (CA Grenoble, 30 septembre 2021, RG n° 20/02512) ou encore de celui qui se trouve dans une situation particulièrement précaire alors même que l'employeur n'a pas organisé en amont des visites médicales suite à un accident de travail (CA Chambéry, 14 novembre 2019, n° 18/02184). De la même manière, les salariés disposant d'une ancienneté plus importante peuvent subir un préjudice lié certes à la perte de l'emploi, mais également au non-paiement

des heures supplémentaires (CA Saint-Denis de la Réunion, 15 mars 2021, n° 19/02145). En réalité, ces décisions confortent de manière précise le risque d'iniquité si le barème est systématiquement appliqué (Argys et al, 2011 ; Rehavi et Starr, 2014 ; Melli, 2000 ; Oldham, 2000). La complexité propre à chaque affaire ne permet pas une application systématique d'un barème (Jeandidier et Ray, 2019) sur la seule base de l'ancienneté du salarié, du salaire et de l'effectif de l'entreprise. Cela a encore été démontré récemment dans une affaire : le salarié bénéficiait d'une ancienneté de 21 ans, était âgé de 55 ans et père de 8 enfants. Il avait aussi des emprunts à rembourser et des difficultés de santé avec des restrictions à l'emploi. Il ne pouvait donc pas espérer un retour rapide à l'emploi. Les juges ont accordé 30 000 euros au salarié au lieu de 24 000 euros si le barème avait été appliqué (CA Douai, 21 octobre 2022, n° 1736/22). Il en ressort une recherche difficile d'un équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié. Cette recherche est d'autant plus délicate que l'on note un paradoxe entre les juges du second degré (cours d'appel) et les Hautes juridictions qui sont intervenues.

En effet, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et très récemment de la Cour de cassation, il a été affirmé sans équivoque que le barème des indemnités de licenciement est conforme ou compatible avec le principe de réparation adéquate ou appropriée (tableau 2).

Position des Hautes juridictions	
Conseil d'Etat, Juge des référés, 07/12/2017, 415243	Le principe de la barémisation n'est pas en contradiction avec le droit européen et international.
Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018	Le principe de la barémisation est conforme à la Constitution.
Cour de cassation- en formation plénière : Avis n° 15013 du 17 juillet 2019 ; Avis n° 15013 du 17 juillet 2019	Le barème prud'homal est conforme à l'article 10 de la convention 158 de l'OIT.
Cour de cassation : 2 arrêts-Cassation sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490 et n°21-15.247	Compatibilité du barème avec l'article 10 de la convention n° 158 de l' « <i>Organisation internationale du Travail</i> » (OIT). La Charte Sociale Européenne ne s'applique pas entre particuliers.

Tableau 2 : La position des hautes juridictions : Conseil constitutionnel - Conseil d'État - Cour de cassation.

En dépit de l'intervention des plus hautes juridictions, le problème de l'acceptation du barème prud'homal n'est pas définitivement résolu car au niveau européen et international, l'application de ce barème a été déclaré contraire au principe de la réparation adéquate et appropriée. Ceci explique pour quelle raison les juges s'arrogent la liberté d'écarter le barème selon les litiges postérieurement aux décisions, notamment de la Cour de cassation. Ainsi, le 11 mai 2022, la Cour de cassation rend deux arrêts précisant clairement que ce barème doit être systématiquement appliqué en excluant toute appréciation au cas par cas (in concreto) pour écarter le barème, parce qu'il répondrait aux exigences de la réparation adéquate et appropriée (Cassation sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490 et n°21-15.247). Mais, le 21 octobre 2022, soit

postérieurement, la Cour d'appel de Douai énonce directement que le barème n'est pas conforme à la Charte sociale européenne et à l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT. Les juges octroient alors une indemnité en rapport avec l'appréciation du préjudice réellement subi hors barème (CA Douai, 21 octobre 2022, n° 1736/22). Puis, le 16 mars 2023, la Cour d'appel de Grenoble écarte le barème en précisant que celui-ci n'a pas fait l'objet d'examen ou d'évaluation à intervalles réguliers comme l'a préconisé le comité d'experts de l'OIT (OIT, CA, 15 mars 2022.)

4. Une efficacité des décisions de justice par la barémisation sujette à caution

En effet, la barémisation ne semble pas constituer un moyen certain d'efficacité des décisions de justice, qu'il s'agisse du critère de prévisibilité ou de celui de l'effet dissuasif des décisions de justice (Deffains et Langlais, 2006 ; Dalmasso et Signoretto, 2022).

En effet, si la loi prévoit un plancher et un plafond, entre ces deux seuils, la discrétion du juge s'applique. En d'autres termes, le défaut de prévisibilité et de transparence des décisions de justice mis en évidence dans les travaux cités précédemment, est également démontré dans le barème des indemnités de licenciement (Taha, 2001 ; Reinganum, 2000 ; Deffains et Langlais, 2006). Si l'on prend l'exemple du salarié licencié qui dispose de 21 ans d'ancienneté, l'indemnité prud'homale varie entre un plancher de 3 mois et un plafond de 16 mois de salaire brut. Même en respectant le barème, le risque d'arbitraire du juge n'est pas écarté. Certes, le maximum risqué est connu en amont de tout litige, ce qui participe en partie à la prévisibilité de la décision de justice.

Mais, l'imprévisibilité des décisions de justice est d'autant plus importante que le juge peut prendre la liberté d'écarter le barème lorsqu'il estime que les circonstances le justifient. Or, une telle démarche est confortée par les décisions du Comité Européen des Droits sociaux (Tableau 3) :

Pays concernés et dates	Décision CEDS
Cas du barème prud'homal français Rapport du CEDS du 23 mars 2022 publié le 26 septembre 2022	Le barème instauré par les ordonnances-travail viole l'article 24 de la Charte sociale européenne. <i>Les indemnités en cas de licenciement abusif doivent être à la fois proportionnelles au préjudice subi par la victime et suffisamment dissuasives pour l'employeur.</i> Le plafond du barème français est de 20 mois.
Barème prud'homal italien Décision du 11 février 2020, n° 158/2017	Le plafonnement des indemnités versées aux salariés licenciés sans motif valable ne leur permet pas d'obtenir une réparation adéquate de leur préjudice et est donc contraire à l'article 24 de la Charte sociale. L'Italie prévoit un plafond de 36 mois
FINLANDE-Barème prud'homal finlandais- CEDS 8 sept. 2016, n° 106/2014	Le dispositif de plafonnement des indemnités de licenciement abusif est contraire à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne –Ce barème fait « subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi ». Le plafond du barème est de 24 mois.

Tableau 3 : Position Européenne-Comité Européen des Droit Sociaux (CEDS) sur le barème et le plafonnement des indemnités pour rupture injustifiée du contrat de travail

En effet, par une décision du 23 mars 2022, publiée le 26 septembre 2022, le Comité Européen des Droits Sociaux a estimé, à l'unanimité, que le barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, était contraire à la Charte sociale européenne imposant une réparation adéquate ou appropriée (article 24 b).

Selon le Comité Européen, « *Un système d'indemnisation est jugé conforme à la Charte s'il prévoit : l'indemnisation de la perte financière encourue entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe de recours ; la possibilité de réintégration du salarié ; et/ou une indemnité d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et réparer le préjudice subi par la victime* » (point 153 de la décision CEDS). Le Comité a relevé que le barème est moins élevé pour les salariés ayant peu d'ancienneté et pour ceux qui travaillent dans des entreprises de moins de 11 salariés. Pour ces derniers, les montants minimums et maximums d'indemnisation auxquels ils peuvent prétendre sont faibles et parfois quasi identiques, de sorte que la fourchette d'indemnisation n'est pas assez large.

Les plafonds fixés par l'ordonnance peuvent amener les employeurs à faire une analyse coûts-avantages d'un licenciement injustifié.

Puis, le Comité européen précise que le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite : le préjudice réel subi par le salarié en question lié aux circonstances individuelles de l'affaire peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé. Sur ce dernier point, le CEDS a pris en compte la position de la jurisprudence française, soit les arrêts de certaines cours d'appel (CA Bourges, 6 novembre 2020, n°19/00585 ; CA Paris, 16 mars 2021, n°19-08.721-Tableau 1) qui ont écarté l'application de ce barème d'indemnisation (Tableaux 1).

Cette décision montre la priorité d'une réparation adéquate sur la prévisibilité des montants à verser.

Or, la Cour de cassation française, informée de cette décision, a précisé le 11 mai 2022 la compatibilité du barème avec la Charte sociale Européenne (Cassation sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490 et n°21-15.247) en ajoutant que cette Charte n'a pas d'effet direct entre employeur et salarié. En effet, à l'inverse de la convention de l'OIT, la Charte sociale Européenne s'adresse aux Etats et non aux parties privées en procès. Il n'en demeure pas moins que même si cette décision du CEDS est non contraignante, elle influencera le législateur français sur l'avenir du barème des indemnités pour licenciement abusif. De même, cette décision à l'échelle européenne légitime d'autant plus la position des juges qui souhaitent s'écarter du barème compte tenu de situations propres aux salariés.

Enfin, il est remarquable de relever que l'effet dissuasif pourtant mis en avant par la Cour de cassation a été relativisé par le Comité Européen : en effet, le fait d'ordonner le remboursement des allocations-chômage à la charge de l'employeur, ne dissuade pas nécessairement l'employeur, ni ne répare directement le préjudice causé au salarié (CEDS, 26 septembre 2022).

Il en ressort, une insécurité juridique importante qui se répercute sur les entreprises et les modes de management de celles-ci. Face aux décisions très contradictoires, on note des incidences managériales importantes.

Non seulement, l'existence et l'application d'un barème des indemnités prud'homales n'empêchent pas la discrétion du juge, et l'équité est peu évidente, mais en plus l'efficacité attendue à travers la prévisibilité de la norme n'est pas atteinte. Ces incidences concernent ainsi le sort de l'entreprise, comme celui du salarié.

Pour l'entreprise, l'existence d'un barème comprenant un plancher et un plafond ne garantit de prévisibilité que par rapport au plafond maximal et non dans toutes les hypothèses : la possibilité d'écarter le barème d'abord lorsque la loi le permet (cas du licenciement nul pour violation d'une liberté fondamentale) ; ensuite lorsque que le juge estime devoir écarter le barème selon les circonstances, rendent l'existence de ces plafonds peu effective. Dès lors, la prévisibilité n'est pas forcément garantie au bénéfice des entreprises. Il reste la question de la possibilité de négociation entre employeurs et salariés. L'incertitude du barème s'il est appliqué ou encore celle qui découlerait de la mise à l'écart de celui-ci par les juges, pourraient permettre une négociation sur les indemnités entre employeurs et salariés (Taha, 2001 ; Deffains et Langlais, 2006). Cela est rendu possible à travers la rupture du contrat de travail négociée (rupture conventionnelle du CDI). Dans ce cas, les règles du licenciement sont contournées, de même que le barème.

Pour les salariés, si l'application systématique du barème pour licenciement abusif est respectée, les salariés ayant une faible ancienneté n'auront que peu d'intérêt à saisir les conseils des prud'hommes eu égard aux faibles indemnités plafonnées. Face aux frais de justice, le salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté n'aura que peu d'intérêt à saisir la justice, ce qui rend compte d'une « gentrification » (Serverin, 2021). Ce constat est par ailleurs conforté par la chute des recours en conseil des prud'hommes, les employés et ouvriers se détournant de la possibilité d'une réparation par la voie du contentieux (Januel, 2019). En effet, cette tendance tend à se confirmer depuis l'instauration du barème (De Comarmond, 31 octobre 2022). Le principe d'égalité et celui du droit à réparation s'en trouvent fortement affaiblis lorsque la justice prud'homale risque de devenir des juridictions pour les salariés disposant d'ancienneté plus importantes, ou plus âgés : « *C'est donc au final le cœur du salariat qui risque, de lui-même, de s'exclure du contentieux en renonçant à agir en justice* » (Dalmasso et Signoretto, 2022, p. 150).

Conclusion

Notre étude a eu pour objectif de rechercher si la barémisation des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse permettait une équité et une plus grande prévisibilité des décisions de justice. Les travaux ont mis en évidence que l'équité et l'efficacité attendues à travers la prévisibilité et l'effet dissuasif des décisions de justice, n'étaient pas forcément garanties.

S'agissant plus particulièrement de la mise en place du barème des indemnités prud'homales pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou abusif, notre étude a cherché à savoir si ce barème permettait l'équité, l'absence de disparité des décisions de justice, et si ce barème remplissait l'office de la prévisibilité des condamnations des employeurs.

L'originalité de cette étude a justement été d'explorer les procès à travers lesquels les juges ont écarté eux-mêmes le barème pour iniquité compte tenu de la situation des salariés rompus dans leur contrat de travail. C'est à travers cette mise à l'écart et sa motivation, que l'on se rend compte du degré de pertinence du barème d'indemnisation.

L'ensemble des décisions des cours d'appel qui écarte le barème, met en évidence la prise en compte nécessaire des situations propres à chaque salarié. En réalité, si le barème est destiné à supprimer les disparités des décisions de justice, les juges recherchent à restaurer des disparités justifiées par les circonstances particulières des salariés (âge, ancienneté, accident de travail, handicap, heures supplémentaires non rémunérées). La mise à l'écart du barème prud'homal vise à permettre une indemnisation adéquate ou appropriée, ce que la décision du Comité Européen des Droits sociaux a conforté par la suite.

Il en ressort que non seulement l'application d'un barème d'indemnités pour licenciement abusif ne permet pas forcément l'équité, ni la prévisibilité des décisions de justice, mais que cette application renforce le risque d'iniquité à l'égard des salariés disposant de peu d'ancienneté, ou comprenant des vulnérabilités spécifiques. L'accès à la justice pour une réparation adéquate est donc compromis pour une partie des salariés, ce qui crée des disparités plus importantes. Par ailleurs, au niveau de l'entreprise, le principe de la barémisation qui vise la prévisibilité des montants dus en cas de licenciement abusif, ne répond pas de manière certaine à cet impératif : l'existence de planchers et de plafonds n'empêche pas la discrétion du juge. Enfin, l'effet dissuasif de licencier sans motif réel et sérieux semble peu compatible avec l'existence d'indemnités plafonnées.

En définitive, il n'est pas établi que la mise en place du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse puisse répondre à la sécurité juridique recherchée, et faciliter de ce fait les embauches. De plus, on assiste actuellement à un double système d'indemnisation des licenciements sans motif valable : soit le barème est appliqué ; soit il est mis à l'écart selon les circonstances, ce qui accroît le risque d'arbitraire du juge et celui de la prévisibilité de la norme. Cette étude permet aussi d'ouvrir de nouvelles perspectives de recherche dans de nombreux domaines du droit sur la comparaison entre des barèmes de justice et des lignes directrices, ces dernières laissant au juge une marge d'interprétation utile selon les finalités poursuivies, justice dissuasive, réparatrice, et/ou restauratrice.

Bibliographie

ALLEN D. W. & BRINIG M. (2012), « Child support guidelines and divorce incentives », *International Review of Law and Economics*, n°32, p. 309-316.

ARGYS L. M., PETERS H. E. & WALDMAN D. M. (2001), « Can the Family Support Act Put Some Life Back Into Deadbeat Dads ? : An Analysis of Child-Support Guidelines, Award Rates, and Levels », *The Journal of Human Resources*, vol. 63, n°2, p.226-252.

BARTHELEMY J. & CETTE G. (2015), *Réformer le droit du travail*, Rapport commandité par terra Nova, éditions Odile Jacob, Paris.

BECKER G. S. (1968), « Crime and punishment: An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, p. 169-217, mars, avril, The University of Chicago Press.

BEKKERMAN A. & GILPIN G. A. (2014), « Can equitable punishment be mandated ? Estimating impact of sentencing guidelines on disciplinary disparities », *International Review of Law and Economics*, vol. 40, p.51-61.

BOURREAU-DUBOIS C. & JEANDIDIER B. (2012), « Que peut-on attendre d'un barème de pension alimentaire pour enfant ? », *Revue française d'économie*, n°4, Vol. XXVII, p. 213-248.

BOURREAU-DUBOIS C., DEFFAINS B., DORIAT-DUBAN M., & JEANDIDIER B. (2021), Les barèmes, outils d'aide à la décision pour les justiciables et les juges, *Revue d'économie politique*, n°2, vol. 131, p. 199-222.

COMARMOND (de) L. (2022), « Le recours aux prud'hommes reste dans de basses eaux », *Les Echos*, 31 octobre.

CORNU G. (2009), (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF.

DALMASSO R. & SIGNORETTO C. (2022), « Une première évaluation du « barème » d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017 », *Revue Droit Social*, p.135-145.

DEFFAINS B. & LANGLAIS E. (2006), « Incentives to cooperate and the discretionary power of courts in divorce law », *Review of Economic Household*, n°4, p. 423-439.

DEMOGUE R. (1911), *Les Notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Editions Rousseau.

DESRIEUX C. & ESPINOSA R. (2020), « La barémisation des indemnités pour licenciement abusif : quelques éléments d'analyse empirique », *Revue Economique*, vol. 71, p. 527-556.

JEANDIDIER B. & RAY J.-C. (2019), « L'analyse ex post du recours à un barème en matière de fixation de CEEE à partir d'une approche expérimentale », in Bourreau-Dubois C., Deffains B., Desrieux C., Doriat-Duban M., Espinosa R., Jeandidier B., Mansuy J., Ray J.-C., *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, Paris, Mission de Recherche Droit et Justice, p. 85-178.

JANUEL P. (2019), « Droit du travail : la chute du recours à la justice », *Revue Dalloz*, p. 1-5, Octobre.

LACASSE C. & PAYNE A. A. (1999), « Federal sentencing Guidelines and mandatory Minimum Sentences: Do Defendants Bargain in the Shadow of the Judge ? », *The Journal of Law and Economics*, 42, n°1, p. 245-269.

LECOMTE J. (2012), « La justice restauratrice », *Revue du Mauss*, vol. 2, n° 40, p. 223-235.

- MELLI M. S. (2000), « Guideline Review: The Search for an equitable Child Support Formula », in Oldham J. T. et Melli M. S. (eds), *Child Support The Next Frontier*, Ann Arbor, University of Michigan Press, p. 113-127.
- OLDHAM J. T. (2000), « New Methods to Update Child Support », in Oldham J. T. et Melli M. S. (eds), *Child Support The Next Frontier*, Ann Arbor, University of Michigan Press, p. 128-150.
- PARKER J. S. & ATKINS R. A. (1999), « Did the corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter? Some Preliminary Empirical Observations », *The Journal of Law and Economics*, vol. 42, n°1, p. 423-454.
- PAYNE A. (1997), « Does inter-Judge Disparity Really Matter ? An Analysis of the Effects of Sentencing Reforms in Three Federal District Courts », *International Review of Law and Economics*, n°17, p. 337-366.
- PEREIRA B. (2009), *Entreprises et risque pénal*, EMS
- PEREIRA B. (2017), « Responsabilité pénale », *Encyclopédie-Répertoire Dalloz*, p.1 -32.
- PORTERON C. (2022), « Le barème Macron ou la restriction de l'imprévisibilité de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Revue Interdisciplinaire Droit et Organisations*, n° 3, p. 60- 69.
- REHAVI M. & STARR S. B. (2014), « Racial Disparity in Federal criminal sentences », *Journal d'Economie Politique?* vol.122, n° 6, p.1320-1354.
- REINGANUM J. F. (2000), « Sentencing Guidelines, Judicial discretion, and plea bargaining », *The RAND Journal of Economics*, vol. 31, 1, p. 62-81.
- ROUVERE F. (2021), « Peut-on penser l'indemnisation par barème ? Analyse méthodologique du cas du licenciement sans cause réelle et sérieuse, » *Revue Dalloz*, p. 634-653.
- SAYN I. (2019), *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, Mission de recherche, Droit et Justice, mai, Cercriid.
- SERVERIN E. (2021), « Réparer les ruptures : l'indemnisation dans tous ses états », *Revue de Droit social*, n° 9, p. 702-723.
- SORENSEN T., SARNIKAR S. & OAXACA R. L. (2012), « Race and Gender Differences Under Federal Sentencing Guidelines », *The American Economic Review*, vol. 102, 3, p. 256-260.
- TAHA A. E. (2000), « The equilibrium effect of legal rule changes: Are the federal sentencing guidelines being circumvented? », *International Review of Law and Economics*, vol. 21, p. 251-269.

WALDFOGEL J. (1998), « Does inter-Judge Justify Empirically Sentencing Guidelines? », *International Review of Law and Economics*, vol. 18, p. 293-304.