

Cédric PORTERON,

Enseignant-Chercheur à l'Université Côte d'Azur, membre du CERDP, avocat au Barreau de Nice,

Le barème Macron ou la restriction de l'imprévisibilité de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

Résumé :

Instauré par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, le barème Macron a été jugé conforme aux engagements internationaux de la France par la chambre sociale de la Cour de cassation en tenant compte des exceptions qu'il instaure. Désormais consolidé, il n'en demeure pas moins qu'il heurte certains principes de notre droit. Il obéit à une volonté de limiter l'imprévisibilité du montant de l'indemnisation fixée par les juges. En pratique, ceci se fait essentiellement en faveur de l'employeur, non sans créer certaines inégalités entre salariés. La critique dont il est l'objet doit être l'occasion de réfléchir à nouveau sur l'objet de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle doit porter sur les postes de préjudice réparés au regard du préjudice réellement subi et démontré. Compte tenu de la dernière décision rendue par le Comité européen des droits sociaux le 23 mars 2022, considérant à l'unanimité que le barème n'est pas conforme à la Charte sociale européenne, il n'est pas exclu que cette condamnation soit rapidement remise à l'ordre du jour des réflexions doctrinales et des moyens de droit invoqués devant les juridictions du travail.

Mots clefs : Barème ; indemnisation ; licenciement ; préjudice ; imprévisibilité.

The Macron scale or the restriction of the unpredictability of compensation for dismissal without real and serious cause

Abstract :

Established by Ordinance No. 2017-1387 of 22 September 2017, the Macron scale was deemed to be in line with the international commitments of the France by the Social Chamber of the Court of Cassation taking into account the exceptions it establishes. Now consolidated, the fact remains that it clashes with certain principles of our law. It obeys a desire to limit the

unpredictability of the amount of compensation set by the judges. In practice, this is essentially in favour of the employer, but also creates certain inequalities between employees. The criticism to which it is subject must be an opportunity to reflect again on the purpose of compensation for dismissal without real and serious cause. It must relate to the items of damage compensated in the light of the damage actually suffered and demonstrated. In view of the latest decision rendered by the European Committee of Social Rights on 23 March 2022, considering that the scale is not in conformity with the European Social Charter, it is not excluded that this reflection will be quickly put back on the agenda of doctrinal reflections and in the legal grounds invoked before the labour courts.

Keywords : Scale ; compensation ; dismissal ; damage ; unpredictability.

Introduction

Par deux décisions du 11 mai 2022¹, la Chambre sociale a jugé que le barème d'indemnisation du salarié licencié en l'absence d'une cause réelle et sérieuse, appelé barème MACRON, s'impose aux juges du fonds². Les conseillers prud'homaux et les magistrats des chambres sociales des Cours d'appel ne peuvent en principe y déroger, hors les cas prévus par la loi. Ces décisions confortent le mécanisme instauré. Elles mettent fin aux incertitudes liées à l'invocation de certaines dispositions conventionnelles signées par la France, qui parfois étaient retenues par les juridictions de première instance et d'appel pour écarter l'application du barème. Il est ainsi jugé que ce dernier n'est pas contraire à la convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) de 1982. En effet, selon cette convention, tout salarié licencié de manière injustifiée a droit au « versement d'une indemnité adéquate ou tout autre forme de réparation considérée comme appropriée » (article 10, Convention de l'OIT). Il est aussi précisé que cette convention internationale est d'effet direct en droit interne. En considérant que le barème n'est pas contraire à la convention de l'OIT, la Cour de cassation impose aux juges de ne pas le mettre à l'écart, même au cas par cas, dès lors que les dispositions du Code du travail permettent le versement d'une indemnité adéquate ou une réparation considérée comme appropriée (articles L. 1235-3, L. 1235-3-1 et L. 1235-4 du Code du travail). Par ailleurs, pour les hauts magistrats, la loi française ne peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à la Charte sociale européenne. Cette dernière n'est pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers. L'invocation de son article 24 ne peut dès lors pas conduire à écarter l'application du barème. Les juges du fonds doivent donc apprécier la situation concrète du salarié pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L. 1235-3 du code du travail. Leur pouvoir sont ainsi délimités. Pour autant, ce mécanisme laisse entier l'idée de réparation du préjudice effectivement subi par le salarié. En fixant une fourchette prenant pour base l'ancienneté, le mécanisme instauré permet assurément aux entreprises d'éviter l'imprévisibilité du montant qui

¹ Cassation sociale (formation plénière) 11 mai 2022, n° 21-14490 ; n°21-15247

² Les décisions n'ont pas suivi les avis de l'avocat général près la Cour de cassation : Pourvoi n° 21-14490 ; Pourvoi n°21-15247.

pourrait être alloué par le juge en fixant un minimum et un maximum. Ceci interpelle toutefois au regard du principe de réparation intégrale du préjudice. Par ailleurs, en instaurant des exceptions permettant de déroger à l'application de principe du barème, ces dernières incitent les demandeurs en justice à les invoquer dans une stratégie de contournement. Plus largement, ce sont les postes de préjudices indemnisés par ce moyen que ce barème remet à l'ordre du jour (1) et la nécessité d'une nouvelle réflexion (2).

1. La délimitation impérative des pouvoirs du juge dans la fixation de l'indemnisation d'un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse

Jusqu'en 2017, 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. Pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de dix salariés ou moins, 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. L'ordonnance du 22 septembre 2017 a établi un barème qui détermine l'indemnité que doit verser l'employeur à un salarié lorsqu'il le licencie sans qu'il existe une cause réelle et sérieuse¹. Ce barème, fixé au regard de la rémunération du salarié, tient compte de l'ancienneté de ce dernier dans l'entreprise. Le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture. Le niveau d'indemnisation est ainsi strictement cantonné : la somme allouée correspond à un nombre de mois de salaire brut. Elle est soumise à un plancher et à un plafond² : l'indemnité à la charge de l'employeur varie, en fonction de l'ancienneté du salarié, avec un plafond. Elle s'échelonne entre 1 à 20 mois de salaire brut, et un plancher, compris entre 1 et 3 mois de salaire, avec une double exception, d'une part, pour les entreprises comptant moins de onze salariés pour lesquels l'indemnité minimale varie entre un 0,5 et 2,5 mois de salaire et, d'autre part, des salariés ayant moins d'un an d'ancienneté pour lesquels aucun plancher n'est prévu.

En 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré ce mécanisme conforme à la Constitution (Baugard et Morin, 2018). Pour autant, par la suite, plusieurs juridictions du fond ont résisté allouant des indemnités supérieures qu'elles jugeaient conformes au préjudice réellement subi (Marrocchella, 2020). La Cour de cassation, avait certes été saisie de demandes d'avis³. Cependant, jusqu'à présent, elle ne s'était pas prononcée sur le fond, dans le cadre contentieux, en contemplation des engagements internationaux de la France. C'est désormais chose faite.

Dans une des décisions (n°21-15247) rejetant le pourvoi formé, la chambre sociale se prononce opportunément sur la portée de la Charte sociale européenne. Elle écarte son applicabilité

¹ Le barème est également applicable à la résiliation judiciaire du contrat de travail liée à une faute de l'employeur, Cassation sociale 16 février 2022 n° 20-16184

² Cassation sociale 15 décembre 2021, n° 20-18782 ; pour le détail complet du barème voir : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33999>

³ Avis Cour de cassation 17 juillet 2019, n° 19-70010 et n° 19-70011

directe comme elle l'avait fait dans son avis. Cette convention reposant sur une logique programmatique, est considérée comme ne permettant pas un contrôle de conformité¹. Cette analyse, qui n'est pas partagée par une partie de la doctrine (Belorgey, 2007) et par le Conseil d'Etat², prive les juges de la possibilité de se prononcer sur la compatibilité du droit interne au droit européen. La porte est ainsi clairement fermée, l'analyse réelle du barème aussi. C'est dire que cette décision ne permet pas de trouver une issue juridique supranationale à la querelle concernant son instauration. L'article 24 de la Charte prévoit que les États signataires s'engagent à reconnaître aux salariés qui ont été licenciés sans motif valable le droit à « *une indemnité adéquate* ». Bien que proche des termes de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, le texte impose seulement aux États qu'ils traduisent dans leur ordre juridique les objectifs qu'il leur fixe. Le contrôle de son respect est confié au Comité européen des droits sociaux. Des réclamations peuvent ainsi être portées devant cette instance. Mais, sa saisine n'a pas de caractère juridictionnel. En conséquence, pour la Cour, les décisions qu'elle prend n'ont pas de caractère contraignant.

On peut toutefois se poser la question de savoir l'impact qu'aura sur notre législation son appréciation par le Comité européen des droits sociaux. Ce dernier considérait déjà que les barèmes finlandais et italiens ne permettent pas toujours d'indemniser de façon adéquate les salariés licenciés sans motif valable. Depuis, il a été saisi de réclamations portant sur le barème français³. Dans une décision du 23 mars 2022, le Comité européen s'est prononcé : le mécanisme a été critiqué clairement. A ce jour, la rédaction de la décision n'est pas publiée. Les recommandations du Comité européen seront dès lors formulées au gouvernement français. Les partenaires sociaux ne manqueront pas de s'en emparer. Ce ne pourrait donc être que partie remise. L'impact est déplacé dans l'avenir, directement sur le terrain politique.

Dans l'autre décision (n° 21-14490) portant cassation disciplinaire pour violation de la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte plus d'enseignements, bien qu'une partie des critiques liées à l'existence d'un barème ne soit pas abordée. La haute Cour procède à une analyse détaillée de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT. Elle considère expressément que le dispositif français dans son ensemble y est conforme. De manière plus implicite, elle juge que le contrôle *in concreto*, au cas par cas, n'est pas possible au risque de créer une inégalité face à la loi.

Cet arrêt présente la particularité de donner une appréciation du barème non pas de manière isolée, mais en contemplation de son environnement législatif. Il est apprécié dans sa globalité alors même que ce n'est pas ce qui était demandé à la Cour. En cela, deux paragraphes de la décision doivent être relevés : « *Les dispositions des articles L. 1235-3, L. 1235-3-1 et L. 1235-4 du code du travail sont ainsi de nature à permettre le versement d'une indemnité adéquate ou une réparation considérée comme appropriée au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT. Il en résulte que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention précitée* ». De cette manière,

¹ La Cour de cassation avait déjà écarté l'effet direct de la Charte européenne en matière de forfait-jours en dépit des critiques formulées à plusieurs reprises par le CEDS ; Cassation sociale 29 juin 2011, n° 09-71.107

² Conseil d'Etat 10 février 2014, n° 358992

³ Réclamation n° 106/2014 pour la Finlande ; Réclamation n°158/2017 pour l'Italie ; Réclamation n° 171/2018 pour la France

le mécanisme, tel qu'institué, est jugé conforme parce que, précisément, le principe du barème, est complété par d'autres dispositions qui en instituent les dérogations et le prolongent (articles L 1235-3-1 et L 1235-4 du Code du travail). Le sort du barème dépend manifestement des voies complémentaires d'indemnisation laissées aux tribunaux, pour certains cas.

On rappelle que l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT stipule qu'en cas de « *licenciement injustifié* », le juge doit pouvoir ordonner le versement d'une indemnité « *adéquante* » ou « *toute autre forme de réparation considérée comme appropriée au salarié* ». Il convient de noter que la notion de « *licenciement injustifié* » ne se retrouve pas dans notre droit. Elle correspond au licenciement « *sans cause réelle et sérieuse* ». Plus largement, elle inclut aussi le licenciement nul, c'est-à-dire celui qui est prononcé en violation d'une liberté fondamentale, en lien avec une situation de harcèlement moral ou sexuel, ou décidé de manière discriminatoire. Il reste ensuite à savoir ce qu'est une indemnité « *adéquante* » qui n'est pas plus utilisée en droit interne. Assurément, elle ne se confond pas avec la notion de réparation intégrale. A ce propos, les juges de cassation reprenant la décision rendue par le Conseil d'administration de l'Organisation internationale du travail ¹, mentionnent que l'indemnité doit, d'une part, être suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié, et, d'autre part, raisonnablement permettre l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi. Sur ce second point, le droit français tel qu'il organise l'applicabilité du barème, avec ses exceptions, permet une indemnisation « *raisonnable* » du licenciement injustifié, sans que l'on sache vraiment ce que ce concept recoupe. Ainsi, l'indemnisation des licenciements nuls n'y est pas soumise : lorsque le juge constate l'existence d'une des nullités prévues à l'article 1235-1-3 du Code du travail et lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge octroie une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Le plafond du barème est écarté et un minimum généralisé, quelle que soit l'ancienneté, sans qu'un maximum ne soit posé. Pour la chambre sociale, le barème tient compte de l'ancienneté du salarié et de son niveau de rémunération, et son application dépend de la gravité de la faute commise par l'employeur dans le cadre d'un licenciement injustifié. En cela, le mécanisme instauré est considéré comme adéquat et permet une indemnisation raisonnable. En complément, le caractère dissuasif des sommes mises à la charge de l'employeur est assuré par l'application d'office par le juge de l'article L. 1235-4 du Code du travail. Selon cette disposition le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. Ce remboursement peut même être ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées. Pourtant, cette somme n'est pas versée au salarié. Elle est un remboursement d'un organisme et non une indemnisation du salarié évincé. Mais, elle sera décaissée par l'employeur, ce qui, pour la Cour de cassation, permet de jouer un rôle dissuasif. Elle a aussi et surtout l'intérêt d'être prévisible pour celui-ci.

La Chambre sociale est moins explicite, dans sa motivation, concernant l'interdiction du contrôle aux cas par cas. Même si ce n'est pas clairement affirmé, dès lors que la loi fixe les

¹ Réclamation (article 24) - Venezuela - C095, C158 - 1997

conditions d'indemnisation dans le cadre du barème ou en dehors de celui-ci dans certains cas, on ne peut concevoir que le juge y déroge lorsque les conditions sont réunies. Doit être cassée la décision qui, pour condamner l'employeur au paiement d'une somme supérieure au montant maximal prévu par le barème, considère que « *ce montant ne permet pas, compte tenu de la situation concrète et particulière de la salariée, une indemnisation adéquate et appropriée* », alors qu'il lui appartenait seulement « *d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L. 1235-3 du code du travail* ». Dans ses avis du 17 juillet 2019, la Cour de cassation avait décidé que la compatibilité d'une disposition de notre droit avec les dispositions européennes et internationales pouvait être l'objet d'une demande d'avis, sous réserve que cet examen conduise à un contrôle abstrait, hors toute analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond. On a pu en déduire que les juges du fond pourraient procéder à un contrôle, *in concreto*, de la compatibilité des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail avec les stipulations de l'article 10 de la Convention, alors même que ces dispositions ont été jugées compatibles *in abstracto* avec celle-ci (Nivard, 2019). La chambre sociale écarte clairement cette possibilité. Ceci serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi, reconnu par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En réalité, un tel contrôle *in concreto* aurait entraîné une remise en cause de l'application du barème. Selon les cas d'espèce, une pluralité de solutions aurait vu le jour, que la chambre sociale ne pourrait contrôler. Le risque aurait été de substituer au barème du législateur, des barèmes de juges, comme autrefois, imprévisibles. La maîtrise de l'imprévisibilité reste l'idée force du mécanisme tel que validé, sans que cette expression ne soit utilisée par la chambre sociale.

2. De la réparation du préjudice effectivement subi à la maîtrise de l'imprévisibilité de la fixation du montant d'indemnisation par le juge

Si ces décisions ont permis d'évaluer la situation au regard des engagements internationaux de la France, elles ne portent pas d'appréciation sur le mécanisme institué du point de vue de l'idée de réparation du préjudice. Au demeurant, de ce concept, classique dans notre droit, on glisse vers celui « *d'indemnisation adéquate* ». A titre de comparaison, la Cour européenne des droits de l'homme, traite de « satisfaction équitable ». Le changement de paradigme est patent. Ce qui est « adéquat » en termes d'indemnisation n'est pas nécessairement proportionné au préjudice effectivement subi. Les termes du débat relatifs au barème sont biaisés. Ils le sont compte tenu de la difficulté à définir un terme de comparaison permettant d'apprécier si l'indemnité est adéquate ou appropriée (Quezel-ambrunaz, 2019). Or, dans le cadre de l'article 24 de la Convention dont il s'agit, l'indemnité doit être adaptée à son but : assurer l'effectivité du droit à la protection du salarié en cas de licenciement injustifié. Autrement dit, l'indemnité adéquate ne serait pas celle qui répare intégralement le préjudice causé par le licenciement injustifié. C'est celle qui permet à la sanction d'être de nature à assurer une protection juridictionnelle effective des droits du salarié (Loiseau, 2018). La logique apparaît plus floue. Cette logique est reprise dans l'avis du comité chargé d'examiner la réclamation concernant la France. Ce rapport propose au conseil d'administration de l'Organisation du travail d'inviter 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 ». Le cadre est donné. Pour autant, il n'est pas conceptuel.

Pour sa part, il convient de constater que le Code du travail ne précise pas ce qu'indemnise la somme à laquelle un employeur est condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le législateur n'a pas conditionné la validité du licenciement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse : l'absence de celle-ci est sanctionnée, à défaut de réintégration, par l'octroi d'une indemnité. Il ne fait pas de doute qu'il s'agit de dommages-intérêts. La chambre sociale a ainsi jugé qu'il « *résulte de l'article L. 1235-5 du Code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* »¹. Toutefois, compte tenu de l'existence du barème, l'affirmation jurisprudentielle selon laquelle cette indemnité répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi² correspond à une analyse théorique. Du point de vue de ses modalités de calcul, elle n'aboutit pas systématiquement à une réparation intégrale.

Ce principe impose de procéder à une évaluation au plus près de la réalité du préjudice. Il est antinomique avec une évaluation forfaitaire. Les dommages-intérêts alloués doivent réparer le préjudice subi par la victime « *sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »³. Cela signifie que le critère exclusif de la détermination de la créance de réparation réside dans l'étendue du dommage. Tout autre critère comme la gravité de la faute est inopérant. Il est vrai que le Conseil constitutionnel ne lui reconnaît pas un caractère constitutionnel : s'il considère que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle selon laquelle tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, il juge que le législateur peut, pour un motif d'intérêt général, « *apporter à ce principe des exclusions ou des limitations, à condition qu'il n'en résulte une atteinte disproportionnée ni aux droits des victimes d'actes fautifs ni au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »⁴.

En l'état, le juge peut l'adapter, dans l'intervalle entre le plancher et le plafond légaux, selon d'autres critères liés à la situation particulière du salarié. Pour autant, la référence première au critère de l'ancienneté rend l'adéquation systématique entre le préjudice subi et la somme allouée difficile, sinon illusoire. L'ancienneté n'est qu'un élément parmi d'autres. Les juges devraient pouvoir prendre en considération, l'âge, la durée du chômage, la perte des avantages en nature, les difficultés financières générées par la rupture ou le dommage moral subi à la suite de la perte injustifiée de l'emploi. Ces critères, autrefois utilisés, le sont toujours. Mais, leur incidence est limitée. Là où les juges pouvaient fixer le montant aussi haut que nécessaire, ils se retrouvent désormais face à une barrière infranchissable. En pratique, le détachement possible du barème instauré de l'indemnisation du préjudice fragilise le mécanisme dans son

¹ Cassation sociale 13 septembre 2017, n° 16-13578

² Cassation sociale 27 janvier 2021, pourvoi n° 18-23535

³ Cassation 2^{ème} chambre civile 8 juillet 2004, n° 02-14854

⁴ Conseil Constitutionnel n° 2018-761 DC du 21 mars 2018

fondement. Pour autant, elle le consolide dans sa finalité principale : être un instrument de gestion du risque. Si celui-ci n'est pas à proprement parlé prévisible, il est limité dans son imprévisibilité par une fourchette quantifiée dans sa base. Cette limitation de l'imprévisibilité cesse lorsque l'employeur, de par la gravité de sa faute, est sanctionné. Il l'est par l'incertitude de l'appréciation souveraine d'un juge du fond du préjudice dont toute l'étendue sera alors réparée souverainement. Curieux mécanisme qui lie l'indemnisation effective à la faute grave de l'employeur, alors que dans les autres cas, la réparation reste cantonnée. Lorsque qu'une faute grave n'est pas commise par l'employeur, on restreint l'indemnisation. Lorsqu'elle existe, on sanctionne l'employeur par l'inapplicabilité du barème, dans les limites toutefois du préjudice effectivement subi par le salarié.

De ce point de vue, le mécanisme a un double effet incitatif : la multiplication des demandes accessoires et la systématisation des stratégies de contournement du barème. La chambre sociale a en effet admis l'existence de préjudices distincts et a développé l'applicabilité de la notion de perte de chance résultant d'une rupture abusive. Ces préjudices sont désormais systématiquement invoqués pour certains d'entre eux. Ils permettent le versement de dommages-intérêts complémentaires à ceux prévus par le barème. Il en est ainsi pour : le préjudice moral causé par les circonstances vexatoires ayant accompagné le licenciement, distinct de celui résultant de la perte de l'emploi ; le préjudice résultant de l'impossibilité pour le salarié, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, de lever les options sur titres, cette levée étant réservée aux salariés présents dans l'entreprise à la date où cette opération était possible ; le préjudice lié à la perte d'une chance de pouvoir bénéficier de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise ; le préjudice lié à la détérioration de l'état de santé du salarié, imputable au comportement fautif de l'employeur, avant un licenciement prononcé pour inaptitude ; le préjudice résultant de la perte d'une chance de réaliser un gain en étant privé de la possibilité de différer la délivrance des actions ou parts acquises dans un plan d'épargne d'entreprise ; le préjudice résultant de la perte du taux préférentiel accordé aux salariés de l'entreprise à la suite de son licenciement ; le préjudice résultant de la perte de chance de percevoir une pension de retraite supplémentaire ; le préjudice résultant de l'impossibilité de participer à des formations auquel le salarié s'était inscrit dans le cadre du plan de formation annuel de l'employeur ¹.

Se développe également devant les juridictions l'invocation de fondements, permettant d'échapper au barème, comme un contournement organisé. C'est le cas pour : la violation d'une liberté fondamentale comme la liberté syndicale ; la violation du droit de grève ; la violation du droit à la protection de la santé ; du principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme ; du droit à un recours juridictionnel ; du droit la liberté d'expression ; les faits de harcèlement moral ou sexuel ; un licenciement discriminatoire ; 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 ; un licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat ; un licenciement d'un salarié bénéficiant d'une protection liée à la grossesse, au congés de paternité

¹ Dans l'ordre des cas mentionnés, voir Cassation sociale 19 juill. 2000, n° 98-44025 ; 29 sept. 2004, n° 02-40027 ; 31 mai 2011, n° 09-71504 ; 2 mars 2011, n° 08-44977 ; 16 janv. 2008, n° 06-40543 ; 30 mars 2011, n° 09-69515 ; 28 avr. 2011, n° 09-69125 ; 21 sept. 2010, n° 09-41107.

à la maladie ou un accident du travail¹. Cette stratégie de neutralisation du barème peut alors alourdir les débats. Elle allonge encore la durée des procédures, en stimulant qui plus est des appels, alors même que les conditions requises pour juger de ces abus ne sont manifestement pas réunies. Il en résulte une modification de la nature des contentieux afin, dans certains cas de rendre celui-ci opportun financièrement au regard des frais engagés pour le procès.

Il serait souhaitable qu'une réflexion approfondie soit menée sur les différents chefs de préjudice du salarié licencié. Il pourrait être opportun de proposer une nomenclature comparable à celle qui fut élaborée par la commission Dintilhac (Dintilhac, 2005) pour les dommages corporels. Cependant, ceci impliquerait de changer de logique. Elle supposerait d'abandonner l'idée de gestion de l'imprévisibilité, pour se tourner vers celle d'une juste indemnisation, celle qui indemnise le préjudice effectivement subi dans toutes les composantes, au regard de l'examen des circonstances individuelles du licenciement et des éléments de preuve apportés aux débats. Ceci impliquerait encore un effort de démonstration et non plus des demandes évaluées sans trop de rationalité. Ceci nécessiterait enfin un effort puis un contrôle de motivation strict des décisions de justice rendues tant en première instance qu'en appel.

Conclusion

En l'état, le mécanisme n'apparaît pas satisfaisant. S'il est incontestable qu'il faut rationaliser l'évaluation du préjudice lié à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, il apparaît difficile de justifier pour l'avenir une limitation de principe de son indemnisation ; d'autant que selon les études faites après l'entrée en vigueur du barème, il apparaît que celui-ci a créé des inégalités. Dans une étude réalisée après son entrée en vigueur (Dalmasso & Signoretto, 2022) il est relevé que : « (...) *La baisse d'indemnisation moyenne est très forte pour les salariés des moyennes et grandes entreprises ayant une relative faible ancienneté (entre 2 et 5 ans), tandis qu'elle sera moins marquée pour les salariés ayant une ancienneté plus élevée. (...). Pour les salariés les plus impactés par cette baisse, leur intérêt financier à agir en justice pour faire reconnaître leur licenciement comme sans cause réelle et sérieuse devient faible voire inexistant. (...) En ce sens, les conseils de prud'hommes risquent de devenir des juridictions de salariés plus riches, disposant d'une forte ancienneté et par conséquent très certainement plus âgés (...)* ». Une autre étude (Gerry-Vernières, 2019) parvient à un constat similaire : le barème « *a un effet maximal à la baisse sur le montant des indemnités pour les salariés ayant entre 2 ans et 5 ans d'ancienneté dans les entreprises de 11 salariés ou plus. Ce sont pour ces salariés que l'intérêt (financier) à agir s'affaiblirait d'abord. L'effet est moindre pour les salariés ayant une ancienneté au-delà de 5 ans* ». De la sorte et comme le faisait remarquer l'Avocat général dans le cadre de l'instruction du pourvoi des arrêts du 11 mai 2022, l'application du barème à ces salariés pourrait selon ces études s'analyser comme une discrimination indirecte. La critique juridique du barème va donc se déplacer tôt ou tard et une question prioritaire de constitutionnalité n'est pas exclue. En invoquant « *le préjudice réel* » et en faisant référence

¹ Cassation sociale 9 juill. 2014, pourvoi n° 13-16434, 13-16805 ; 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-20527 ; 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28734 ; 29 janv. 2020, pourvoi n° 18-21862 ; 21 nov. 2018, pourvoi n° 17-11122 ; 19 janv. 2022, pourvoi n° 20-10057 ; articles L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1152-3, L. 1153-4 ; L. 1225-71 et L. 1226-1 du Code du travail.

« *aux circonstances individuelles* » pour condamner à l'unanimité le barème français, la décision du 23 mars 2022 rendu par le Comité européen des droits sociaux (Brochot, 2022) va, sans nul doute réactiver les oppositions, y compris celles des juges du fond.

Bibliographie

BAUGARD D. et MORIN J. (2018), « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Revue Droit social*, p. 718-725

BELORGEY J-M. (2007), « La charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le comité européen des droits sociaux », *Revue de droit sanitaire et social*, p.226-245

BROCHOT J. (2022), « Barème Macron, le Comité européen des droits sociaux rouvre le débat » Actualité juridique 21 juin, Lextenso. <https://www.actu-juridique.fr/social/bareme-macron-le-comite-europeen-des-droits-sociaux-rouvre-le-debat/>

DALMASSO R. et 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

DINTILHAC J.-P. (2005), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Ministère de la Justice.

GERRY-VERNIERES S. (2019), Mission de recherche Droit et Justice, Université de Grenoble Alpes, « La barémisation de la Justice, Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse », novembre, <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/02/16.39-RF-Bar%C3%A9misation-et-contentieux-du-licenciement-sans-cause-r%C3%A9elle-et-s%C3%A9rieuse.pdf>.

LOISEAU G. (2018), « Conventionnalité du barème : le débat est ouvert », *JCP Social*-1367-1371

MARROCHELLA J. (2020), « Le barème Macron à l'épreuve de la jurisprudence », *JCP Social*, n° 31-35, 4 août 2020.

NIVARD C. (2019) « L'obscurité clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, », *Revue de Droit Social*, p. 792-798

QUEZEL-AMBRUNAZ Ch. (2019) « L'encadrement des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'épreuve de la logique de réparation des dommages », *Revue de Droit du travail*, p. 677-682