

BARÈME MACRON

UNE VALIDITÉ OSCILLANT ENTRE ESPOIRS ET DÉSILLUSIONS

Le 11 mai 2022, la Cour de cassation a adopté une posture claire et sans détour à propos du barème Macron qui encadre les pouvoirs des juges quand il s'agit de se prononcer sur la réparation d'un licenciement injustifié. Tentons de comprendre les enjeux d'une bataille juridique qui dure depuis cinq ans...

Le barème Macron c'est quoi exactement ? Il s'agit d'un mécanisme acté dans la loi (article L 1235-3 du Code du travail) qui définit par avance et assez strictement le cadre dans lequel les juges peuvent octroyer à un salarié irrégulièrement licencié une indemnisation du préjudice lié à son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce barème est inscrit dans notre Code du travail, impératif depuis les ordonnances Macron de 2017 et aujourd'hui jugé pleinement valide par la haute juridiction qui précise même que ce barème ne heurte pas les engagements internationaux de la France !

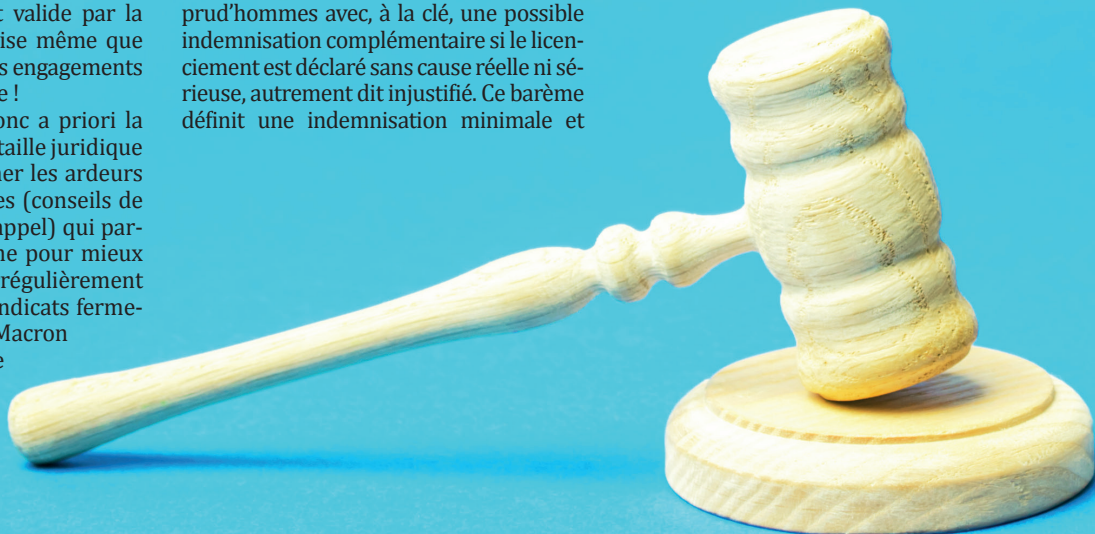
Cette décision marque donc a priori la fin d'une longue et vive bataille juridique et devrait en théorie calmer les ardeurs des juridictions frondeuses (conseils de prud'hommes et cours d'appel) qui parfois s'écartaient du barème pour mieux indemniser des salariés irrégulièrement licenciés. Toutefois, les syndicats fermement opposés au barème Macron ne désarment pas encore tout à fait et continuent d'exprimer leur opposition. Ils se trouvent d'ailleurs confortés par une récente déci-

sion du Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui devrait être officialisée bientôt. Reste à apprécier la portée a priori limitée de cette décision sur notre droit.

Concrètement, au-delà de l'indemnité de licenciement, des indemnités compensatrices de préavis ou de congés payés que le salarié perçoit la plupart du temps lors de la rupture de son contrat de travail s'il est licencié, le barème Macron concerne les situations où le salarié conteste le bien-fondé de son licenciement devant les prud'hommes avec, à la clé, une possible indemnisation complémentaire si le licenciement est déclaré sans cause réelle ni sérieuse, autrement dit injustifié. Ce barème définit une indemnisation minimale et

maximale exprimée en mois de salaire que pourra décider le juge en fonction de l'ancienneté du salarié licencié irrégulièrement. Le montant minimal de l'indemnisation est aussi différent selon que l'entreprise qui licencie est une entreprise de moins de 11 salariés ou pas (voir plus bas notre tableau d'indemnisation).

Le barème apparaît ainsi comme un carcan indemnitaire qui s'impose aux juges et les prive de la liberté dont ils jouissaient jusque-là pour définir les





Par Ronan Darchen,
cofondateur Alinea



Rémy Poullain,
juriste social Alinea

dommages et intérêts dus au salarié dans ce genre de circonstances. Pour rappel en effet, avant l'entrée en vigueur du barème Macron, la loi se contentait de fixer une indemnisation minimale à six mois de salaire pour les salariés de plus de deux ans d'ancienneté mais aucun maximum n'était déterminé légalement et les juges appréciaient le préjudice et l'indemnisation au vu de chaque situation individuelle.

Ainsi, comme vous pouvez l'imaginer, ce qui suscite le débat sur le barème Macron, ce n'est bien sûr pas le minimum mais le plafonnement de l'indemnisation, qui, pour les détracteurs dudit

barème, ne permet pas une juste indemnisation du préjudice subi par le salarié et bride la liberté de décision du juge.

Histoire, motifs et objectifs du barème

Il faut souligner que la première tentative d'instaurer dans le Code du travail un plafonnement des dommages et intérêts dû au salarié irrégulièrement licencié date de 2015. L'article 266 d'un projet de loi présenté par Emmanuel Macron (à l'époque ministre de l'Économie) avait déjà essayé de légaliser un barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si cette première tentative n'a pu se concrétiser puisqu'elle n'a pas passé

l'examen du Conseil constitutionnel, une seconde a eu lieu avec une des ordonnances Macron publiée à l'été 2017. Cette fois a été la bonne car la formulation du barème (revue pour éviter une seconde censure constitutionnelle) a pu passer l'examen du Conseil constitutionnel et faire son entrée dans le Code du travail.

L'objectif affiché de cette « barémisation » du licenciement injustifié dans le texte de 2015 était le même que dans celui de 2017 ou encore celui de la loi Travail d'août 2016 qui le déclarait « *indicatif* » quand désormais il est « *impératif* ». Dans tous les cas, il s'agit avant tout de donner de la prévisibilité aux employeurs exposés au risque de devoir indemniser un salarié qu'ils auraient injustement licencié. Sortez les mouchoirs... Pour résumer, la liberté des juges d'évaluer le préjudice et prononcer l'indemnisation plaçait les entreprises dans une incertitude insoutenable et il fallait légiférer pour cadrer la latitude des juges qui sanctionnent les organisations.

La démarche est d'ailleurs présentée comme œuvrant pour une plus grande fluidité du marché du travail : pour les promoteurs du barème Macron, la lutte contre le chômage passe par une libération des entreprises trop frileuses à recruter de crainte de devoir demain « *lourdement* » indemniser d'ex-salariés « *mal* » licenciés. Selon ce raisonnement, le plafonnement instauré par le barème Macron offre toute la prévisibilité nécessaire. Dit autrement, la loi nouvelle permet de connaître par avance le prix maximal à payer pour un licenciement si celui-ci s'avérait injustifié. De là à imaginer qu'une chasse aux indésirables pourrait en séduire certains...

Les effets dénoncés du barème Macron

Le débat technique sur la validité du barème Macron (est-il conforme à la Constitution et aux engagements internationaux de la France ?) ne doit pas non plus occulter que la mise en œuvre de cette mécanique induit aussi des évolutions de comportements.

Le barème Macron conduit d'abord de nombreux salariés licenciés à renoncer à contester le bien-fondé de leur licenciement devant les prud'hommes notamment quand l'espérance de gain attachée à une telle action est trop faible au regard des frais de procédure et d'avocat à mobiliser au surplus de l'énergie nécessaire pour s'investir dans un procès. Cela est particulièrement vrai pour les salariés licenciés qui ont des petites anciennetés ►►





►► et/ou des petits salaires car le plafonnement ne leur permet pas d'obtenir une somme consistante. Quand on a deux ans d'ancienneté par exemple, et que l'on est licencié, l'indemnisation est plafonnée à trois mois de salaire. Si l'on est payé au Smic, l'espérance de réparation maximale si le licenciement est déclaré injustifié est donc inférieure à 5 000 € !

Les statistiques attestent que le nombre de demandes formées devant les conseils de prud'hommes relatives à la contestation d'un licenciement a drastiquement baissé ces dernières années (moins 44 % entre 2015 et 2020). Le barème Macron n'est pas l'unique cause de cette baisse (on pense notamment aux ruptures conventionnelles) mais y contribue assurément. Le barème Macron, en fixant en quelque sorte le prix d'un licenciement injustifié, permet aux directions d'entreprise de licencier avec une certaine sérénité, parfois du cynisme. Même quand les motifs du licenciement sont fragiles, voire inexistant, les directions d'entreprise sont sécurisées par un risque judiciaire

considérablement circonscrit. De quoi faciliter des séparations pour lesquelles les directions auraient été hésitantes compte tenu du risque judiciaire associé. En ce sens donc, le barème appliqué à la lettre rend aisés assurément des licenciements illégaux. De même, les négociations de transactions (qui permettent d'écarter le contentieux en transigeant sur une indemnisation de gré à gré en contrepartie du renoncement à une action judiciaire) s'effectuent dorénavant avec, pour repère, l'inévitable barème Macron. Les directions se retrouvent dans des positions plus confortables pour négocier « moins haut ».

Enfin et avant tout, ce barème pose la question de la juste et complète indemnisation du préjudice subi par le salarié licencié sans motif valable, faut-il le rappeler ? Avant l'entrée en vigueur du barème Macron, le principe était celui de la réparation intégrale du préjudice subi par le salarié et les juges, étant libres dans l'appréciation de ce préjudice, pouvaient prendre en compte des paramètres variés

BON À SAVOIR

Des situations où le barème Macron ne s'applique pas

Si en principe le barème Macron trouve à s'appliquer pour toutes les situations de licenciement injustifié, il existe des exceptions.

Ces exceptions sont limitées cependant. Les avocats qui défendent les salariés lors d'une action en contestation d'un licenciement exploreront assurément ces pistes pour tenter de déplaçonner l'indemnisation de leurs clients. Ils sont d'ailleurs eux-mêmes intéressés à se trouver dans les exceptions, car il est aussi fréquent qu'une partie de leurs honoraires dépende de l'indemnisation obtenue.

Ces exceptions visent les situations où le licenciement prononcé n'est pas seulement injustifié mais est un licenciement nul. Les situations concernées listées par le Code du travail sont les suivantes : en cas de violation d'une liberté fondamentale ; en raison de faits de harcèlement moral ou sexuel ; en cas de licenciement discriminatoire ; quand le licenciement intervient alors que le salarié a engagé une action sur le fondement de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ; quand le licenciement fait suite à la dénonciation d'un crime ou d'un délit ; quand le licenciement concerne un salarié protégé pendant sa période de protection (parce que le salarié est détenteur d'un mandat d'élu ou syndical, concerne une salariée en congé maternité, en accident du travail ou maladie professionnelle).

Dans ces situations et lorsque le juge prononce la nullité du licenciement alors, et par dérogation, le montant de l'indemnité ne peut être inférieur aux six derniers mois de salaire brut (article L 1235-3-1 du Code du travail).

pour l'estimer et donc fixer l'indemnisation. Ces derniers pouvaient être l'âge du salarié, ses charges de famille, la durée de la recherche d'emploi probable compte tenu du bassin d'emploi du salarié, ou encore des circonstances particulières (le salarié licencié avait été débauché et avait imposé une mobilité à sa famille avant de faire rapidement l'objet d'un licenciement injustifié). Tous ces critères assuraient une indemnisation plus importante et hors barème. Aujourd'hui, la loi ne leur permet plus cette évaluation

précise et adaptée à chaque cas exposé. Elle les guide très fortement sur le critère unique et imparfait de l'ancienneté même si le salaire du personnel licencié intervient aussi dans le calcul de l'indemnisation. Et vous aurez noté que pour certaines anciennetés (prenez la situation d'un salarié ayant deux ans d'ancienneté) la marge de manœuvre des juges est vraiment très étroite.

L'arrêt du 11 mai 2022 aussi attendu que décevant

L'opposition appuyée sur des textes internationaux a été balayée par la Cour de cassation ! En dépit des plus vives critiques, il convient d'abord de dire que le barème Macron dans sa version issue de l'ordonnance de 2017 avait été validé à plusieurs reprises : la Cour de cassation (dans 2 avis rendus en juillet 2019) et le Conseil d'État (le 7 septembre 2017) l'avaient ainsi validé de même que le Conseil constitutionnel (décision du 21 mars 2018) qui ne censurait plus le barème puisqu'il ne prévoit plus un plafonnement différencié selon la taille de l'entreprise ; comme c'était le cas dans la version de 2015. Malgré cette salve de validations émanant des plus hautes instances, le débat s'était poursuivi compte tenu de la résistance de plusieurs conseils de prud'hommes (Lyon et Amiens notamment) et de décisions de certaines cours d'appel qui continuaient à indemniser des salariés au-delà du barème. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la décision de la Cour de cassation du 11 mai dernier et, sous l'angle de plusieurs dispositions du droit international, qu'était encore défendu le droit des juges français à pouvoir s'affranchir du barème.

Le premier de ces textes internationaux est la charte sociale européenne qui prévoit dans son article 24 que les États signataires (dont la France fait partie) s'engagent à reconnaître aux salariés licenciés sans motif valable le droit à une ►►

Tableau d'indemnisation minimale et maximale selon l'effectif

Ancienneté (en années complètes)	Indemnisation minimale (en mois de salaire brut)		Indemnisation maximale (en mois de salaire brut) toute entreprise
	Entreprises de moins de 11 salariés	Entreprises de 11 salariés et plus	
0	Sans objet	Sans objet	1
1	0,5	1	2
2	0,5	3	3,5
3	1	3	4
4	1	3	5
5	1,5	3	6
6	1,5	3	7
7	2	3	8
8	2	3	8
9	2,5	3	9
10	2,5	3	10
11	3	3	10,5
12	3	3	11
13	3	3	11,5
14	3	3	12
15	3	3	13
16	3	3	13,5
17	3	3	14
18	3	3	14,5
19	3	3	15
20	3	3	15,5
21	3	3	16
22	3	3	16,5
23	3	3	17
24	3	3	17,5
25	3	3	18
26	3	3	18,5
27	3	3	19
28	3	3	19,5
29	3	3	20
30 et au-delà	3	3	20





européenne (devant la Cour européenne des droits de l'homme-CEDH ou la cour de justice de l'Union européenne), la Cour de cassation insiste encore afin de fermer la porte à toute velléité de débordement du barème Macron. Elle rappelle ainsi que donner un pouvoir de dépassement aux juges « créerait pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable qui serait susceptible de changer en fonction des circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges » et dès lors « porterait atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, garanti par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 ». Pas certain que nous soyons tous de cet avis...

Ultime espoir avec le Comité européen des droits sociaux ?

Rappelons d'abord que la portée ne sera peut-être que symbolique, mais est-ce une raison pour renoncer ? Dans cette bataille pour valider ou faire vaciller le barème Macron, existe-t-il encore des voies d'action ? En dépit de la position orthodoxe de la Cour de cassation, les syndicats ne désarment pas. La CGT et FO avaient en effet saisi le Comité européen des droits sociaux avant la décision de la Cour de cassation et la CEDH a, dans le cadre de cette saisine, rendu une décision unanime, moins de deux semaines après la Cour de cassation, le 23 mars 2022, jugeant que les indemnités plafonnées constituaient bien une violation de la charte sociale européenne en raison de plafonds trop peu élevés. Cette position contraire à celle de la Cour de cassation offre donc un regain d'énergie et d'espoir aux syndicats pour continuer la bataille au niveau européen.

La principale difficulté demeure toutefois : si le droit international reconnaît bien ici un problème avec le barème Macron, son jugement n'est en principe pas supérieur à la loi française. La poursuite de la bataille semble apparemment compliquée pour les syndicats. La CGT a cependant annoncé explorer de nouvelles voies pour contraindre le gouvernement à respecter les engagements internationaux de la France et pour continuer cette action contre « cette barémisation au seul avantage du patronat ». Ce n'est donc peut-être pas tout à fait encore le clap de fin. Observons aussi que nos voisins italiens s'en sortent mieux : leur cour constitutionnelle ayant décidé de faire confiance à l'appréciation du juge ! ■

► indemnité « adéquate » ; c'est-à-dire à la hauteur du préjudice subi. Cette disposition autoriserait donc les juges français à s'écarter du barème quand la situation individuelle du salarié le justifie et donnerait aussi à cette juste indemnisation une fonction plus dissuasive pour les employeurs tentés de licencier sans motif (lorsque l'indemnisation est décalée du préjudice). Le second texte d'appui était la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ; laquelle renvoie également à la notion d'indemnisation adéquate. Ces arguments ont été balayés par la Cour de cassation qui confirme la validation du barème Macron par une argumentation de la même veine que ses deux avis de 2019.

Concernant le caractère insuffisamment dissuasif pour l'employeur, la Cour rappelle que les condamnations pour licenciement injustifié ne se limitent pas à indemniser le salarié victime mais que les juges peuvent également condamner l'employeur à rembourser le Pôle Emploi jusqu'à six mois d'indemnité. S'agissant de l'indemnisation adéquate, elle oppose le fait que les licenciements nuls (voir notre encadré Bon à savoir) ne sont pas visés par le barème Macron et que, par conséquent, le barème apparaît conforme à l'article 10 de la convention 158 de l'OIT. Pour enfoncer le clou, la Cour souligne enfin que la charte européenne des droits sociaux n'est pas un texte directement opposable et n'a pas d'effet direct dans les litiges en droit interne. En effet, seul le Comité européen des droits sociaux peut contrôler son respect, et ses décisions n'ont pas de caractère contraignant. Enfin, et comme pour conjurer une éventuelle contestation future à l'échelle



Le barème Macron conduit d'abord de nombreux salariés licenciés à renoncer à contester le bien-fondé de leur licenciement devant les prud'hommes notamment quand l'espérance de gain attachée à une telle action est trop faible au regard des frais de procédure et d'avocat à mobiliser au surplus de l'énergie nécessaire pour s'investir dans un procès. Ceci est particulièrement vrai pour les salariés licenciés qui ont des petites anciennetés et/ou des petits salaires car le plafonnement ne leur permet pas d'obtenir une somme consistante »