

160

En questions : la conventionalité des barèmes d'indemnisation prud'homale

Amélie D'HEILLY,

avocat à la Cour, associé, 5QB Avocats,
membre d'AvoSial

L'ORDONNANCE n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a introduit des barèmes d'indemnisation visant à fixer les limites dans lesquelles doit être encadrée l'indemnisation du préjudice subi par un salarié licencié en l'absence de motif réel et sérieux

(*C. trav.*, art. L. 1235-3. – V. JCP S 2017, 1309, étude F. Favennec-Héry). Ces barèmes sont applicables à tous les licenciements notifiés à partir du 24 septembre 2017.

1. Ces barèmes peuvent-ils être adaptés ?

La réponse est indéniablement positive et nous verrons ci-après que ce point est important s'agissant de la conventionalité des barèmes. Ainsi, tout d'abord, pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement déjà versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité légale de licenciement. Ensuite, en tout état de cause, le juge prud'homal détermine seul et au vu des éléments fournis le montant des dommages-intérêts à accorder, certes dans les limites fixées par les barèmes, mais bien en fonction des circonstances de l'espèce, et notamment de l'âge du salarié, des conditions de la rupture, etc. De plus, le juge garde l'entière liberté d'attribuer des dommages et intérêts supplémentaires sur le fondement du droit de la responsabilité civile (*C. civ.*, art. 1382).

Enfin, l'application de ces barèmes peut être écartée lorsque le juge constate que le licenciement est nul, ce qui serait le cas dès lors qu'il serait consécutif à une action en justice, qu'il serait intervenu à la suite de harcèlement moral ou sexuel, de discrimination ou encore en violation d'une liberté fondamentale ou en violation des protections spécifiques liées à la maternité, aux accidents du travail, à l'égalité entre hommes et femmes, etc. Dans ces cas, l'indemnité accordée est seulement soumise à un plancher minimal de 6 mois de salaire, sans aucun plafonnement.

2. Quels sont les attraits majeurs de ces barèmes ?

D'un point de vue pratique, ils permettent d'abord d'unifier les décisions sur le territoire national. En tant que praticien, nous constatons très régulièrement des distorsions tout à fait injustes entre des situations très similaires. En outre, aujourd'hui, comme dans un certain nombre d'autres États européens, nous sommes à même d'indiquer à nos clients une fourchette réelle du risque encouru en cas de contentieux, ce qui introduit une plus grande sécurité juridique.

L'institution de barèmes a également simplifié les négociations qui se sont avérées nettement plus nombreuses et rapides depuis leur entrée en vigueur. On peut en effet noter ces derniers mois une chute drastique du nombre de contentieux introduits (de 40 à 60 % selon les conseils de prud'hommes). Il est difficile de dire si cette chute résulte de l'introduction des barèmes ou du changement de la procédure prud'homale, voire d'un effet combiné des deux. Quoi qu'il en soit, cette baisse des contentieux est réelle et semble avoir deux avantages majeurs : tout d'abord désengorger les tribunaux afin que les contentieux soient traités plus rapidement mais également permettre aux conseillers prud'homaux et juges d'avoir plus de temps à consacrer aux contentieux les plus complexes qui continuent, eux, à être portés devant la justice.

Enfin, bien que cela n'ait jamais été dit officiellement, il me semble que les critères jusque-là appliqués par les conseillers prud'homaux étaient déjà majoritairement l'ancienneté et la taille de l'entreprise. Les fixer dans la loi a le mérite de le faire de manière claire et explicite et d'unifier la jurisprudence.

3. Certains les remettent en cause. Quels sont leurs arguments ?

Cette sécurité juridique pour les employeurs est contestée tant par certains conseils de prud'hommes et magistrats qui considèrent qu'il s'agit d'une entrave à l'office du juge, que par les syndicats et conseils de salariés ou certains professeurs d'université (V. notam-

ment *JCPS 2018, 1150, étude N. Collet-Thiry. – Dr. soc. 2017, p. 745, chron. J. Mouly. – RDT 2017, p. 726, chron. C. Percher.*

Cette remise en cause est de deux types, direct ou indirect. Elle est indirecte lorsque certains conseils de prud'hommes affichent ouvertement leur intention de ne pas appliquer les barèmes, disposition légale qui pourtant s'impose à eux, ce qui contraindra alors les employeurs condamnés à des montants excédant le plafond applicable à interjeter appel de la décision prud'homale, encombrant ainsi inutilement les cours d'appel.

Elle est directe lorsque, dans le cadre du contentieux, le salarié ou son représentant met en cause la conventionalité des barèmes. Les premiers contentieux mettant directement en cause la conventionalité des barèmes ont d'ores et déjà été introduits, notamment à Créteil et Versailles. Afin de faciliter ces contentieux directs, le Syndicat des avocats de France (SAF), principal syndicat des avocats conseils de salariés, a diffusé pour sa part un « argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail » que les avocats de salariés s'empressent de reprendre dans leurs saisines et conclusions devant les conseils de prud'hommes.

Le SAF insiste sur l'obligation de garantir une réparation intégrale du préjudice subi par le salarié et, estimant que cette garantie n'existe plus du fait des barèmes, prétend à la non-conventionalité de l'article L. 1235-3 du Code du travail.

S'appuyant sur le principe selon lequel chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie des normes, ou du moins être compatible avec elles, le SAF met en avant les dispositions de l'article 10 de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, dont le Conseil d'État a confirmé l'effet direct (*CE, 19 oct. 2005, n° 283471, CGT et a.*) repris par l'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 (ratifiée par la France le 7 mai 1989), qui stipulent que si les tribunaux « arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée » ; et considère que « tout plafonnement conduisant à ce que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et/ou ne soient pas suffisamment dissuasives est donc, en principe, contraire à la Charte ». Pour le SAF, le « prix de la violation de la loi » selon l'expression du professeur Lokiec est fixé si bas pour les salariés de faible ou moyenne ancienneté qu'il constituerait une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs que constituent les licenciements sans cause réelle ni sérieuse, qu'il inciterait les employeurs à prononcer des licenciements injustifiés et qu'il ôterait aux salariés le droit à un procès équitable. Le SAF tire argument de ce qu'il appartient aux juridictions ordinaires, donc aux conseils de prud'hommes, notamment de contrôler la conformité des lois par rapport aux conventions internationales et demande que soient écartées les dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 2017 en ce qu'elles fixent pour les entreprises de plus de 10 salariés un plafond d'indemnisation.

4. Quels sont les arguments en faveur de la conventionalité de ces barèmes ?

En premier lieu, il faut rappeler que tant le Conseil d'État (*CE, 7 déc. 2017, n° 406760*) que le Conseil constitutionnel (*Cons. const. n° 2018-761 DC, 21 mars 2018*) ont validé ces barèmes. La décision du Conseil constitutionnel est particulièrement claire :

– la prévisibilité des conséquences s'attachant à la rupture du contrat de travail constitue un motif d'intérêt général permettant d'aménager le droit à réparation ;

– les conditions dans lesquelles ce droit a été aménagé ne sont pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à celui-ci dès lors que, d'une part, les montants correspondent aux moyennes des indemnités allouées par les juridictions, et d'autre part, que les barèmes ne sont pas applicables dans un certain nombre d'hypothèses qui correspondent aux situations les plus graves dans lesquelles la sanction est la nullité du licenciement ;

– le principe d'égalité est respecté dans la mesure où le critère retenu pour moduler l'indemnité due (en l'espèce l'ancienneté) présente un lien avec le préjudice subi.

Malgré ces décisions validant les barèmes, leurs détracteurs, avec les mêmes arguments, pensent pouvoir l'emporter devant le juge judiciaire. A notre sens, leurs arguments ne sont pas plus recevables devant le juge judiciaire que devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

En second lieu, en ce qui concerne l'article 10 de la Convention OIT n° 158, s'il n'est pas contestable que cet article a un effet direct tant vertical qu'horizontal permettant aux salariés de l'invoquer directement devant toute juridiction dans le cadre de tout contentieux, les barèmes sont cependant parfaitement conformes à cet article. En effet, il n'interdit pas un quelconque plafonnement. D'ailleurs un certain nombre d'États signataires de la Convention (comme par exemple l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Suisse) ont mis en place un système de plafonnement des indemnités parfois bien moins favorable aux salariés que le nôtre sans jamais subir les foudres de l'OIT ou de ses institutions.

En réalité, cet article fixe deux principes :

– le salarié injustement licencié, qui ne peut être réintégré, a droit à une indemnité ;

– cette indemnité doit être « adéquate » ou « appropriée ».

Or, le droit français, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, prévoit bien une indemnisation. En outre, cette indemnisation ne méconnaît pas l'exigence constitutionnelle de réparation comme l'a clairement jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision opposable au juge judiciaire.

En troisième lieu, concernant l'article 24 de la Charte sociale européenne, il nous semble que son effet direct n'est pas acquis. La Cour de cassation ne s'est d'ailleurs jamais prononcée sur ce point. Pour qu'un texte puisse avoir un effet direct, il doit conférer un droit immédiat et concret que les salariés peuvent opposer directement à leur employeur. Or, l'article 24 se borne à énoncer que « tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement ». Ce texte est donc particulièrement général, ce qui s'oppose à son applicabilité directe. Les droits qui y sont proclamés supposent une intermédiation étatique : ils doivent être mis en œuvre par l'État qui seul est engagé. C'est toute la différence, d'ailleurs, avec l'article 10 de la Convention OIT n° 158 qui, bien que la formulation soit proche, en fait un droit inconditionnel, ne nécessitant aucune intermédiation étatique.

Ce point est confirmé par l'annexe à la Charte sociale européenne qui prévoit expressément, s'agissant de l'article 24 : « Il est entendu que l'indemnité ou toute autre réparation appropriée en cas de licenciement sans motif valable doit être déterminée par la législation ou la réglementation nationale, par des conventions collectives ou de toute autre manière appropriée aux conditions nationales ».

Les détracteurs des barèmes tirent de la décision « Fischer » du Conseil d'État (*CE, 10 févr. 2014, n° 358992*) la preuve de son effet direct. Dans ce contentieux, l'article 24 de la Charte était opposé à une émanation de l'État signataire de ladite Charte et non à un employeur de droit privé. Il s'agit donc ici d'un effet direct vertical juridiquement justifié. En revanche, compte tenu de la rédaction

générale de ce texte, il ne pourrait pas recevoir un effet direct horizontal dans le cadre d'un contentieux de droit privé.

De plus, l'état actuel du droit français garantit une protection contre le licenciement, protection qui plus est adéquate. Les opposants aux barèmes, se fondant sur une décision rendue le 8 septembre 2016 par le Comité européen des droits sociaux relative à une disposition du droit finlandais limitant à 24 mois les indemnités susceptibles d'être allouées au salarié en cas de licenciement injustifié (*CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, Finnisch*), en concluent que tout plafonnement serait illégal. Mais il faut rappeler que ce comité n'est pas un organe juridictionnel ; il ne rend que des avis qui ne sont en rien opposables aux États. De plus, les dispositions en cause du droit finlandais sont en réalité beaucoup plus radicales que le droit français, notamment : le plafonnement est applicable dans toutes les hypothèses, même en cas de nullité du licenciement ; aucun cas de réintégration n'est prévu ; sont dé-

duites de l'indemnité allouée par le juge, toutes les rémunérations et indemnités que le salarié a perçues depuis son licenciement, y compris par des tiers.

Enfin il ressort de la décision du comité qu'en réalité seule l'absence de toute possibilité de réparation du préjudice en sus de l'indemnité plafonnée dans l'hypothèse où celle-ci ne réparerait pas l'intégralité des préjudices subis par le salarié, justifie sa décision. Ce qui n'est pas le cas pour le droit français : les barèmes peuvent être écartés dans un certain nombre d'hypothèses et dans le cadre des barèmes, les conseillers prud'homaux ou les juges peuvent utiliser tous les critères qu'ils souhaitent pour affiner le montant à allouer au salarié. Par ailleurs, le plafonnement ne concerne que le préjudice lié à la perte injustifiée de son emploi, les juges ou conseillers prud'homaux gardant leur pleine liberté de réparer, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, tout préjudice distinct dûment justifié (salaires impayés, préjudice moral, etc.).