

## CHRONIQUE DU BARREAU DE DAX

# LICENCIEMENT SANS CAUSE RÉELLE LE BARÈME MACRON, À TOUTE ÉPREUVE ?

La Cour de cassation a confirmé le 11 mai dernier, la validité du barème Macron, instauré en 2017 pour encadrer le montant de l'indemnité octroyée par les juges des prud'hommes au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Retour sur un dispositif destiné à faciliter la résolution des litiges.

Par David Brivois, avocat associé,  
département droit social au cabinet Fidal de Dax

**L**e Code du travail a longtemps envisagé la réparation du préjudice attaché à la rupture illégitime du contrat de travail sous l'angle d'une réparation intégrale assortie d'un plancher<sup>1</sup> lorsque l'entreprise comptait au moins 11 salariés et le salarié au moins deux années d'ancienneté<sup>2</sup>, mais d'aucun plafond.

La détermination du risque attaché à un licenciement mal appréhendé relevait alors davantage de l'art divinatoire que de l'appréciation de règles juridiques prévisibles et établies.

La recherche de prévisibilité (et donc de sécurité pour les entreprises, de même d'ailleurs que d'égalité devant la loi et la justice) a conduit le législateur à procéder en deux étapes : un premier barème indicatif a été instauré en 2015<sup>3</sup>, lequel a finalement cédé sa place en 2017<sup>4</sup> à un barème désormais impératif fixé à l'article L.1235-3 du Code du travail, le barème Macron.

## LE COÛT DU LICENCIEMENT IDENTIFIABLE

La mécanique est désormais bien connue : le Code du travail détermine un plancher et un plafond qui sont exprimés en mois de salaire et sont directement fonction de l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise. Bref, le coût est devenu identifiable.

Le Code du travail **détermine un plancher et un plafond exprimés en mois de salaire**, en fonction de l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise

Les entreprises ont très largement apprécié la barémisation et, quoi qu'on en dise, le barème a également eu pour effet de faciliter l'aboutissement des négociations transactionnelles.

Salariés comme entreprises ont ainsi pu y trouver un intérêt commun.

## UN CONTENTIEUX NOURRI

Les contestations ont tout de même été vives dès la parution des ordonnances de 2017 et le contentieux s'est révélé nourri : Conseil d'État<sup>5</sup>, Conseil constitu-

# ET SÉRIEUSE UN BOUCLIER

tionnel<sup>6</sup>, Cour de cassation en la forme de deux avis<sup>7</sup> se sont prononcés dans le sens d'une validation du barème que ce soit au regard des textes nationaux ou internationaux.

Certaines juridictions du fond ont toutefois fait résistance et la Cour de cassation a dû se prononcer une ultime fois le 11 mai dernier par deux arrêts<sup>8</sup>.

Le sens de la décision est clair :

- Le barème prévu à l'article L.1235-3 du Code du travail est parfaitement valide, y compris au regard de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ;

- Il ne saurait être question pour le juge français de l'écartier, y compris au cas par cas via une appréciation in concreto du préjudice subi par le salarié ;

- L'article 24 de la Charte sociale européenne n'a pas d'effet direct devant les juridictions françaises. Bref, en un mot : le barème Macron tient bon !

Est-ce à dire que les entreprises sont assurées, quoi qu'il advienne, de ne pas être condamnées au-delà du strict barème Macron ?

La réponse se veut négative tant au regard de la loi, que de la jurisprudence.

## LES EXCEPTIONS AU BARÈME MACRON

Le législateur a en effet envisagé, dès l'origine, une échappatoire au barème Macron : l'article L.1235-3-1 du Code du travail précise ainsi que le barème n'est « pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues [...] ». Dès lors que le licenciement entretient un lien avec l'atteinte à une liberté fondamentale, des faits de harcèlement (moral ou sexuel), une discrimination (notion entendue d'un sens limitatif), une action en justice en matière d'égalité de traitement entre femmes et hommes ou à une dénonciation de crimes et délits, la détention d'un mandat de représentation du personnel et encore des situations en lien avec la maternité et les congés liés à l'accueil d'un enfant, le barème sera exclu au bénéfice d'une indemnisation assortie d'un plancher de six mois de salaire et dépourvue de tout plafonnement.

DAVID  
BRIVOIS

○○○

## Le barème a eu pour effet de faciliter l'aboutissement des négociations transactionnelles

La mécanique est tout à fait légitime en ce qu'il est question non simplement d'une erreur d'appréciation dans la cause du licenciement qui serait jugée insuffisante, mais bien de l'atteinte à une liberté ou une situation particulièrement protégée.

Les situations avérées donnent ainsi lieu à de lourdes sanctions librement déterminées par le juge.

Il n'est pas exclu que la tentation soit grande, pour certains salariés, d'aller rechercher l'échappatoire en portant des accusations de « nullité » parfois peu étayées. La technique est désormais connue et les juges y sont attentifs.

La vigilance doit tout de même être de mise, et ni la motivation véritable du licenciement (question de fond), ni la rédaction de la lettre de licenciement (question de forme) ne doivent permettre de déceler un lien, y compris minime, avec une cause de nullité.

C'est en cela que le prononcé de licenciement se doit d'être accompagné.

### EST-CE À DIRE QUE LA SEULE ÉCHAPPATOIRE EST LÉGALE ?

La réponse est une nouvelle fois négative et la pratique du contentieux conduit au constat d'une multiplication des chefs de demandes devant les conseils de prud'hommes.

Il n'est ainsi pas rare que les demandes de dommages et intérêts attachées au strict licenciement soient assorties de demandes accessoires attachées à des manquements divers et variés.



© Jpeg Studios

L'insatisfaction générée chez les salariés sur le terrain de la réparation de l'absence de cause et sérieuse de licenciement a ainsi eu pour effet de réveiller (à supposer qu'elles se soient véritablement éteintes un jour...) des demandes attachées tantôt à la durée du travail (remise en cause des forfaits annuels en jours, demandes d'heures supplémentaires, de dommages et intérêts pour dépassement des durées maximales du travail, etc.), tantôt à des manquements en lien avec les conditions d'emploi (situation de harcèlement justifiant une réparation spécifique, situation d'atteinte à l'obligation de sécurité, carence dans l'organisation des visites médicales, carence fautive de représentation du personnel, etc.).

À vrai dire, les chefs de préjudices trouvent leur origine dans les erreurs commises par les entreprises mais aussi, parfois, dans la créativité des conseils de certains salariés.

La Cour de cassation s'était voulue attentive à la réparation du seul préjudice démontré en rappelant, dans un arrêt de 2016<sup>9</sup>, que tous les manquements ne causaient pas nécessairement un préjudice aux salariés.

Dit autrement : sans démonstration d'un préjudice avéré, aucune réparation ne devrait pouvoir être portée à la charge de l'entreprise.

Le mouvement de balancier que peut parfois connaître la jurisprudence avant d'atteindre son point d'équilibre semble toutefois avoir conduit la Cour de cassation à réveiller, tout récemment<sup>10</sup>, le concept pourtant regrettable de préjudice nécessairement causé au salarié.

La multiplication des situations causant nécessairement un préjudice aux salariés pourrait aboutir à un contournement du barème Macron et, par suite, à fragiliser la prévisibilité recherchée.

Elle pourrait aussi complexifier l'identification d'un équilibre transactionnel acceptable pour chacun.

Le bouclier constitué par le barème Macron est ainsi solide, mais il n'est pas exclu que des attaques originales soient portées sous un autre angle.

<sup>1</sup> Ancien article L.1235-3 du Code du travail

<sup>2</sup> Ancien article L.1235-5 du Code du travail

<sup>3</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité de chances économiques, dite « Macron »

<sup>4</sup> Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017

<sup>5</sup> Conseil d'État, 7 décembre 2017 n° 415243

<sup>6</sup> Conseil constitutionnel, 21 mars 2018 n° 2018-761 DC

<sup>7</sup> Cass. Soc. 17 juillet 2019 – Avis n° 15012 et 15013

<sup>8</sup> Cass. Soc. 11 mai 2022 n° 21-14.490 et n° 21-15.247

<sup>9</sup> Cass. Soc. 13 avril 2016 n° 14-28.293

<sup>10</sup> Cass. Soc. 26 janvier 2022 n° 20-21.636

