



Par Florence Goumard,  
avocate, Pichard & Associés

## Une remise en cause possible du barème Macron ?

**L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui a introduit dans le Code du travail (article 1235-3) le plafonnement des indemnités prud'homales accordées au salarié en cas de licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse, et qui a tant été décrié par certains, continue de faire parler d'elle.**

**S**es détracteurs tentent aujourd'hui de faire admettre par les juridictions prud'homales que le barème prévu par cette ordonnance devrait être écarté au motif qu'il porterait atteinte à la hiérarchie des normes. Nous nous interrogerons sur les moyens qui peuvent être invoqués pour échapper à l'application de ce barème et sur leurs chances de succès au regard de l'état actuel du droit français.

### 1. Les arguments qui plaident en faveur de l'exclusion du barème Macron

Des salariés tentent de faire écarter l'application du barème

des normes. L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 stipule que «les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois».

Ainsi, en application du principe de hiérarchie des normes, le juge français peut écarter la loi française au profit d'une convention internationale dans la résolution d'un litige, dès lors qu'une disposition du droit français serait incompatible ou contraire au droit international.

C'est donc en se fondant sur cette supériorité hiérarchique que les détracteurs du plafonnement invoquent l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement ratifiée par la

France le 16 mars 1989. Cet article précise que les tribunaux «devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée» dès lors qu'ils seront en présence d'un licenciement injustifié.

Les détracteurs du plafonnement invoquent également l'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 ratifiée par la France le 7 mai 1999 aux termes duquel «les Parties s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée».

**Selon le Comité européen des droits sociaux, en charge de l'interprétation de la Charte sociale européenne, les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient notamment des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime.**

Macron en faisant valoir que le plafonnement instauré serait contraire à certaines normes internationales qui lui seraient hiérarchiquement supérieures.

Chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie

Selon le Comité européen des droits sociaux, en charge de l'interprétation de la Charte, les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient notamment des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime.

Ceux qui plaident en faveur de l'inconventionnalité du barème soutiennent que ce dernier conduirait à octroyer des indemnités sans rapport avec le préjudice subi et ne serait pas suffisamment dissuasif, ce qui serait donc contraire à l'esprit de la Charte. Cet argument trouve d'ailleurs son fondement dans l'objectif affiché par cette réforme puisqu'il s'agissait de sécuriser les employeurs par la prévisibilité d'un plafond maximum.

Or, dans cette mesure, il y aurait violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne puisque le montant de l'indemnité plafonnée ne pourrait constituer une réparation adéquate ou appropriée notamment pour les salariés ayant une ancienneté peu importante.

Les réfractaires au plafonnement considèrent que ces deux textes internationaux seraient d'application directe en droit français. Par conséquent le juge prud'homal serait en droit d'écarter le barème pour octroyer au salarié injustement licencié des indemnités couvrant le préjudice subi afin que la réparation découlant de son licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse soit «adéquate».

En premier lieu, est régulièrement citée la décision rendue le 19 octobre 2005 par le Conseil d'Etat n° 283471 aux termes de laquelle l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT a un effet direct.

En second lieu, le Conseil d'Etat dans une décision rendue le 10 février 2014 «Fischer» n° 359892 a également donné à l'article 24 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 un effet direct. Enfin, le Comité européen des droits sociaux a précisé dans une décision rendue le 8 septembre 2016 n° 106/2014 que «tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe contraire à la Charte». Cette décision a ainsi censuré la loi finlandaise qui prévoyait que le juge pouvait fixer son indemnité pour licenciement injustifié en fonction de l'ancienneté, de l'âge du salarié, de ses perspectives de retrouver un emploi équivalent, de la durée de son activité et de la situation générale du salarié et de l'employeur mais avec un plancher à hauteur de 3 mois de salaire et un plafond à hauteur de 24 mois de salaire.

Les opposants au barème Macron reprennent donc ces arguments pour faire valoir que les normes internationales s'opposent à l'application du plafonnement des indemnités et ce notamment du fait que ce plafonnement ferait échec à une indemnisation appropriée du préjudice subi par le salarié.

En effet, le barème dont le plafond est limité à 20 mois de salaire ne permettrait pas au juge de tenir compte de l'intégralité des préjudices découlant de la perte de son emploi par le salarié. De plus, la faible marge de manœuvre laissée au juge pour indemniser les salariés ayant une faible ancienneté serait d'autant plus

contraire aux principes internationaux qu'elle ne permettrait pas de prendre en compte la situation personnelle du salarié (son âge, sa situation de famille, son éloignement géographique etc.). Ces arguments s'inscrivent dans le principe selon lequel ce barème ôterait aux salariés le droit à un procès équitable et serait empreint d'inconventionnalité.

Dès lors, nous pouvons légitimement nous interroger sur les raisons pour lesquelles, à notre connaissance, aucun conseil de

**Nous pouvons légitimement nous interroger sur les raisons pour lesquelles, à notre connaissance, aucun conseil de prud'hommes n'a encore fait échec à l'application du barème Macron.**

prud'hommes n'a encore fait échec à l'application du barème Macron.

## **2. Les arguments qui plaident pour l'application du barème Macron et sa conformité aux normes internationales**

Tant le Conseil d'Etat dans sa décision du 7 décembre 2017 n° 406760 que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018 n° 2018-761 ont validé ce barème.

Le Conseil constitutionnel a notamment motivé sa décision en mettant en avant l'intérêt général d'un tel barème et en précisant que les montants accordés dans le barème correspondaient aux moyennes des indemnités allouées par les juridictions et que ce barème était exclu dans un certain nombre d'hypothèses particulièrement graves, notamment lorsque le licenciement encourt la nullité. Enfin, le Conseil constitutionnel a considéré que le juge avait la faculté de moduler l'indemnité due en fonction de l'ancienneté et donc avec le préjudice subi qui lui est indissociable.

En réalité, ce barème est finalement le reflet des décisions rendues par les juridictions prud'homales et distingue, comme c'était le cas auparavant, le montant des indemnités en fonction de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié, à ceci près que la marge de manœuvre laissée aux juges lorsque le salarié a une faible ancienneté est très réduite.

Au-delà de ces deux décisions, d'autres arguments doivent s'imposer.

Si rien n'interdit à un salarié d'invoquer l'article 10 de la Convention OIT dans le cadre d'un contentieux prud'homal, force est de constater que ce texte n'interdit pas le plafonnement des indemnités (que de nombreux pays européens ont déjà mis en place) mais se contente de poser le principe selon lequel tout salarié doit pouvoir bénéficier d'une indemnité adéquate en cas de licenciement injustifié.

Or, rien ne permet de présupposer que le barème des indemnités serait inadéquat ou inapproprié et ne réparerait pas le préjudice subi par le salarié, d'autant plus que le terme «adéquat» est particulièrement subjectif.

S'agissant de l'application directe de l'article 24 de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation, contrairement au Conseil



d'Etat, ne s'est jamais prononcée sur son applicabilité directe et pour cause.

En effet, pour qu'un texte puisse avoir un effet direct, encore faut-il qu'il confère un droit immédiat et concret.

Cet article qui se borne à énoncer que «tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement» énonce en réalité un principe d'ordre général qui ne confère pas au salarié

dès lors que les lois applicables en faveur des salariés de droit privé offrent une garantie suffisante et un niveau de protection qui est l'un des plus élevés en Europe.

La décision rendue le 8 septembre 2016 par le Comité européen des droits sociaux est particulièrement intéressante. En effet, le Comité a considéré que le droit finlandais limitant à 24 mois les indemnités susceptibles d'être allouées au salarié en cas de licen-

ciement injustifié contreviendrait aux exigences posées par l'article 24.

Pour quelle raison cette décision n'est pas transposable au droit français ?

En premier lieu, le Comité n'est pas un organe juridictionnel et ne rend que de simples avis non opposables aux Etats et qui n'ont donc aucune valeur contraignante.

**Si rien n'interdit à un salarié d'invoquer l'article 10 de la Convention OIT dans le cadre d'un contentieux prud'homal, force est de constater que ce texte n'interdit pas le plafonnement des indemnités mais se contente de poser le principe selon lequel tout salarié doit pouvoir bénéficier d'une indemnité adéquate en cas de licenciement injustifié.**

un droit direct opposable à son employeur mais qui peut en revanche conduire, comme dans la décision «Fischer», à obtenir la condamnation d'un Etat à en respecter la teneur.

Dès lors, ce texte impose aux Etats qui l'ont ratifié de retranscrire dans leurs règles de droit interne l'octroi d'une indemnité au salarié en cas de licenciement abusif.

La France a indéniablement toujours conféré aux salariés une protection contre les licenciements abusifs et le plafonnement des indemnités ne modifie en rien la protection qui leur est dévolue.

D'ailleurs, la Charte sociale européenne a précisé dans son annexe : «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.» C'est exactement ce que fait le droit du travail français.

S'agissant de la décision «Fischer» rendue par le Conseil d'Etat le 10 février 2014, il convient de rappeler que l'examen du moyen tiré de la violation de l'article 24 de la Charte concernait le statut du secrétaire général d'une chambre des métiers. Les dispositions de la Convention OIT lui étaient inapplicables car excluant de son champ d'application les salariés du secteur public.

Dans ces cas d'espèce, la Charte offrait des droits plus étendus que celles des autres normes, raison pour laquelle le Conseil d'Etat a considéré que l'article 24 de la Charte était le seul moyen de renforcer la protection des droits du salarié de droit public concerné.

Ce texte ne pourrait donc servir de fondement juridique dans un contentieux prud'homal opposant un salarié à son employeur

Le Comité européen des droits sociaux examine le respect de la Charte en vertu de deux procédures distinctes qui sont les réclamations collectives introduites par les partenaires sociaux notamment ou par des rapports nationaux rédigés par les Etats parties. Les décisions de ce Comité doivent être respectées par les Etats signataires mais elles ne sont pas exécutoires dans les ordres juridiques nationaux.

En second lieu, le plafonnement des indemnités issu du droit finlandais diffère considérablement du système français. En effet, le plafonnement finlandais est applicable même en cas de nullité du licenciement (alors que le barème français ne s'applique pas dans cette hypothèse), et au surplus, sont déduites de l'indemnité allouée par le juge toutes les rémunérations et indemnités que le salarié a perçues depuis son licenciement. Une telle mesure est inexistante en France.

De plus, ce qui était vivement critiqué dans le droit finlandais était lié à l'impossibilité pour le salarié d'obtenir réparation de toute autre forme de préjudice. Le salarié ne percevait que son indemnité plafonnée sans autre forme de dédommagement. Or, en droit français, le juge peut allouer au salarié des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour réparer un préjudice distinct de celui découlant directement du licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse. Rien n'empêche donc le juge de tenir compte de la situation individuelle de chacun en lui allouant des dommages et intérêts sur un autre fondement que l'article L. 1235-3 du Code du travail.

En conclusion, il convient de préciser qu'à ce jour, aucun conseil de prud'hommes n'a écarté le barème en raison de sa contrariété aux normes internationales. Le risque existe mais semble néanmoins marginal. ■