

Les barèmes « Macron », le débat est clos !

Il est d'abord bon de rappeler qu'il existe plusieurs barèmes. En effet l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 instituait un barème de conciliation et deux barèmes en cas de licenciement sans cause réelle ni sérieuse (selon que l'entreprise compte plus ou moins de 11 salariés). Mais le barème qui a fait couler beaucoup d'encre depuis sa promulgation, et qui justifie que l'on parle « du barème », est celui applicable en cas de licenciement injustifié dans les entreprises de plus de onze salariés.

En un mot, ses opposant lui reprochent de ne pas être conforme tant à l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, qu'à l'article 24 de la Charte sociale européenne en ce qu'il ne permettrait pas une réparation adéquate du préjudice tel que l'exige ces textes.

Pourtant, les barèmes ont été validés avant même leur entrée en vigueur par deux des trois plus hautes juridictions françaises dès le début de 2018 puis enfin par la Cour de cassation.

1. La Validation par le Conseil d'Etat

Le Conseil d'État a validé les barèmes par une décision rendue le 7 décembre 2017 (CE, réf., 1 déc. 2017, ord. n° 415.243) à l'occasion d'une requête en référé suspension formé par la CGT contre l'ordonnance n° 2017-1387 avant sa ratification par le parlement. La CGT soutenait que l'article 2 de l'ordonnance dont est issu l'article L. 1235-3 du Code du travail était contraire tant à l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, qu'à l'article 24 de la charte sociale européenne. Or, cette argumentation a été purement et simplement rejetée par le Conseil d'État.

2. La validation par le Conseil constitutionnel

Quelques mois plus tard, le Conseil constitutionnel a lui-même eu l'occasion de valider les barèmes dans le cadre du recours formé contre la loi de ratification de l'ordonnance au regard des normes constitutionnelles françaises. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour apprécier la conformité de la loi vis-à-vis des engagements internationaux de la France. Ainsi, ni la Convention n° 158 de l'OIT, ni la Charte sociale européenne n'étaient dans le débat.

3. La validation définitive par la Cour de cassation

Bien que le barème fût validé par le Conseil d'Etat puis le Conseil constitutionnel, certaines juridictions du fond ont refusé d'en faire application.

C'est pourquoi, avant de se prononcer, le conseil de prud'hommes de Toulouse a souhaité solliciter un avis auprès de la Cour de cassation le 4 avril 2019 visant à savoir si le barème d'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse était compatible avec les dispositions de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et celles de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Le 17 juillet 2019, la Cour de cassation répondait que « les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers » et 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 n° 158 de l'Organisation internationale du travail » (Cass., avis, 17 juill. 2019, n° 15012 et 15013).

Malgré cet avis, certaines juridictions du fond ont continué à résister ce qui a permis à la Cour de cassation de se prononcer en chambre plénière par deux arrêts du 11 mai 2022 pour venir définitivement valider les barèmes sur les mêmes fondements que ceux retenus lors de son avis (Cass., soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247 et n° 21-14.490).

En rendant ces arrêts, la Cour de cassation faisait du barème la seule disposition législative française à avoir fait l'objet d'une validation par les trois plus hautes juridictions françaises.

Il est important de préciser que l'OIT avait été saisie d'une réclamation alléguant l'inexécution par la France de l'article 10 de la Convention n°158. Or, force est de constater que le Rapport du Comité d'experts de l'OIT, dont la Cour de cassation a pris connaissance le 11 mai 2022 avant de rendre ses arrêts, n'invalide absolument pas les barèmes au regard de la Convention n° 158.

De la même manière, le Comité européen des droits sociaux avait été saisi d'une potentielle violation de l'article 24 de la Charte européenne par la France. Ce Comité, organe non juridictionnel et dont les décisions ne s'imposent pas aux États et à leurs juridictions, a estimé que le barème

était non conforme à l'article 24 en ce qu'il ne permettait pas une réparation adéquate.

Certains pourfendeurs des barèmes ont voulu y trouver une brèche pour rouvrir le débat.

Las, c'était sans compter sur la Cour de cassation qui, par un arrêt sans équivoque du 1^{er} février 2023 - et donc connaissance prise de la décision du Comité européen des droits sociaux susmentionnée - sanctionne de nouveau une cour d'appel (ici Chambéry) qui avait cru pouvoir s'affranchir du barème (Cass., soc., 1^{er} févr. 2023, n° 21-21.011).

Dans ces circonstances, il nous semble possible d'affirmer que la jurisprudence de la Cour de cassation est définitive et ne devrait pas faire l'objet d'une remise en cause en l'absence d'un changement législatif majeur.

Amélie d'Heilly, avocate et présidente d'AvoSial

Fondée en 2004, AvoSial est une association composée d'avocats qui consacrent leur activité professionnelle à la représentation en justice et au conseil des employeurs dans le domaine du droit du travail et de la sécurité sociale.