

## La « barémisation » des indemnités de rupture (Ordonnance Macron n° 2017-1387 du 22 septembre 2017) et la sécurisation des licenciements : pour combien de temps ?

**L**e barème visant à plafonner les indemnités de rupture en cas de licenciement abusif fait l'objet d'attaques par le Syndicat des avocats de France (SAF) ; l'objectif du SAF est de démontrer que les dispositions de L'Ordonnance Macron en question seraient contraires à la convention n°158 de l'OIT et la charte Européenne. L'issue de cette discussion reste incertaine, même si des arguments pertinents existent en sens contraire. C'est cette argumentation que le Cabinet met à votre disposition en cas de litige prud'homal sur le sujet.

A l'instar du CNE (contrat nouvel embauche) il y a quelques années, qui avait fait l'objet d'une remise en cause sur le fondement de la convention n° 158 de l'OIT (Cass. soc., 1er juillet 2008, n° 07-44.124), le barème dit « Macron » qui prévoit un plafond aux indemnités susceptibles d'être attribuées par un juge en cas de licenciement reconnu comme abusif, est attaqué de toutes parts.

C'est le Syndicat des Avocats de France (SAF) qui a lancé l'offensive sur la base d'un argumentaire aussi bien construit qu'opportuniste.

**Ordonnance « labellisée Conseil d'Etat/Conseil Constitutionnel », Ordonnance non sécurisée ?**

Rappelons que l'Ordonnance sur la barémisation a reçu le blanc-seing du Conseil d'Etat (CE., Réf. Ord. 7 décembre 2017, n° 415.243) et du Conseil Constitutionnel (Conseil

Consti., 21 mars 2018, décision n° 2018-761) ce qui ne soucie guère le SAF qui a décidé de s'appuyer sur deux textes (la convention n°158 de l'OIT et la Charte Européenne) pour développer sa contre-attaque.

On peut résumer l'argument de la manière suivante : la loi française qui prévoit le plafonnement des indemnités de rupture ne serait pas conforme aux deux textes précités et en particulier à l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ainsi qu'à l'article 24 de la Charte sociale européenne car il bâtrait en brèche le principe de **réparation intégrale du préjudice** posé par les dispositions de la Charte et de la Convention de l'OIT.

### De la verticalité à l'horizontalité ...

Au soutien de cette argumentation, le SAF avance que les dispositions de la Charte et de l'OIT seraient « d'effet direct horizontal » c'est-à-dire directement invocables par les salariés, ce qui est contesté par les tenants de la doctrine selon laquelle ces textes ne pourraient avoir qu'une application « verticale », c'est-à-dire uniquement à l'égard des Etats concernés.

### L'existence d'arguments de droit en sens contraire

La Charte sociale européenne renvoie par exemple aux législations nationales le soin de préciser le quantum d'indemnisation prévu en cas de licenciement abusif, ce qui contredit l'applicabilité directe du texte aux personnes physiques.

Les principes consacrés par cette Charte ne viseraient ainsi qu'à opposer à l'Etat un engagement qu'il a pris et que précisément il ne respecte pas.

### Des arguments également d'opportunité

N'oublions pas en effet que bon nombre de pays européens ont déjà intégré dans leur législation interne un plafonnement des indemnités de rupture, et souvent de manière beaucoup plus drastique que le barème Macron ; une remise en cause sur le fondement d'un texte communautaire ou d'une convention internationale en France ouvrirait une brèche pour tous les pays placés dans cette situation, ce qui ne paraît guère envisageable.

Aussi, on peut rappeler que les pays suivants ont entendu plafonner les indemnités de rupture :

- Belgique : indemnisation limitée entre 17 semaines et 6 mois de salaire
- Espagne : indemnisation limitée à 24 mois de salaire
- Italie : indemnisation limitée à 24 mois de salaire
- Finlande : indemnisation limitée à 24 mois de salaire
- Allemagne : indemnisation sauf cas particuliers, limitée à 12 mois de salaire
- Danemark : limitation à 6 mois de salaire
- Suisse : indemnisation limitée à 6 mois de salaire

### L'existence en droit français d'un autre canal d'indemnisation que le barème « Macron »

Et puis, même si l'on admet que la Charte sociale européenne puisse être invoquée directement par les salariés, n'oublions pas que le principe du plafonnement des indemnités n'est pas en lui-même contraire à la Charte ; il ne le devient que s'il n'existe aucune autre voie de droit alternative pour obtenir un complément d'indemnisation dans le cas où le préjudice subi par le salarié ne serait pas intégralement réparé par ladite indemnité (Décision relative à la Finlande, Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2016 – Conseil Consti., 21 mars 2018, décision n° 2018-761).

En d'autres termes, le barème ne peut **garantir à lui tout seul l'intégralité de la réparation du préjudice, mais il demeure valable si d'autres dispositions prévoient des alternatives d'indemnisation**. Or, cette voie alternative est explicitement prévue par l'Ordonnance Macron puisque le plafonnement s'entend hors des situations d'atteinte à une liberté fondamentale, discrimination ou harcèlement moral qui demeurent susceptibles de faire l'objet d'une indemnisation distincte.

En outre, rappelons que l'indemnisation du préjudice causé sur le plan moral à la suite d'une rupture de contrat de travail jugée abusive peut toujours faire l'objet d'une réparation sur le fondement de la responsabilité civile donc sur un plan extracontractuel (article 1240 du code civil, ancien article 1382 ...).

### Perspectives

Reste à déterminer si ces différents arguments seront entendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation ; en voulant sécuriser les petites entreprises via un barème, objectif affiché de l'Ordonnance, on a ôté par la même au juge son pouvoir d'appréciation dans l'indemnisation des salariés victimes d'un licenciement abusif ; ce qui induit que celui-ci rendait plus ou moins bien son office ; partant, il n'est pas impossible que la Cour de cassation trouve l'opportunité de relever dans ce débat ce qu'elle a considéré comme un affront fait aux juges.

### En pratique

**Le SAF ayant développé une argumentation que le syndicat met à disposition des avocats en charge des intérêts de salariés souhaitant contester la validité du barème Macron, le cabinet, de son côté, a développé une argumentation partagée avec un syndicat d'avocats d'employeurs que nous utilisons dans les contentieux qui nous sont confiés par nos clients et que nous mettons, le cas échéant, à votre disposition.**