

# Barèmes d'indemnisation et licenciement, quel bilan ?

Par Brigitte PEREIRA

Professeur de droit, HDR, EM Normandie Business School, Metis Lab

L'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a consacré un barème déterminant l'indemnité que doit verser l'employeur à un salarié lorsqu'il le licencie sans cause réelle et sérieuse, ou abusivement. Ce barème s'impose aux juges qui condamnent l'employeur à indemniser le salarié injustement licencié. Le niveau d'indemnisation est désormais strictement encadré. La somme pouvant être versée est soumise à un plancher et à un plafond. L'objectif de notre étude est d'abord de mettre en évidence les conséquences de l'application, mais aussi de la non-application, du barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse. En effet, si le barème d'indemnisation des licenciements abusifs est appliqué, quelles sont les réelles incidences en matière d'embauche ? Or, sans que l'embauche ne soit facilitée, on assiste à une ineffectivité du barème et corrélativement à une instabilité des décisions de justice affectant les relations entre employeurs et salariés.

## Introduction

L'ordonnance du 22 septembre 2017 (n°2017-1387) a consacré un barème précisant l'indemnité que doit verser l'employeur à un salarié lorsqu'il le licencie sans cause réelle et sérieuse, ou abusivement : ce barème s'impose aux juges qui condamnent l'employeur à indemniser le salarié injustement licencié. Le niveau d'indemnisation est strictement encadré. Ainsi, la somme pouvant être versée au salarié est soumise à un plancher et à un plafond. L'objectif de notre étude est d'abord de mettre en évidence les conséquences de l'application, mais aussi de la non-application, du barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse. En effet, si le barème d'indemnisation des licenciements abusifs est appliqué, quelles sont les réelles incidences en matière d'embauche ? Sont-elles facilitées parce que le coût du licenciement paraît plus prévisible ? Le barème d'indemnisation facilite-t-il la négociation entre employeur et salariés, ce qui participerait à la réduction du contentieux en matière sociale ?

La mise en place d'un barème d'indemnisation pour licenciement abusif constitue une réponse à une demande de prévisibilité des employeurs. La recherche de prévisibilité de la norme est effectivement légitime. Cette prévisibilité permet à l'employeur de préalablement calculer le montant des indemnités auquel il s'exposerait en cas de licenciement déclaré abusif. Elle conduit à éviter le paiement d'indemnités inattendues, qui pourrait entraîner des difficultés économiques, particulièrement pour les TPE-PME (Cahuc, 2022). Le plafonnement des indemnités participerait à cette prévisibilité (Deffains et Langlais, 2006 ; Dalmasso et Signoretto, 2022). De plus, la mise en place d'un barème de justice est aussi destinée à harmoniser les décisions des juges. En effet, les écarts de montants de dommages-intérêts pour licenciement

abusif « ne s'expliquent pas par les seules différences de salaire et d'ancienneté des salariés dans l'entreprise » (Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social, étude d'impact, 27 mai 2017, p. 37). Les écarts d'indemnisation seraient aussi la conséquence du pouvoir d'appréciation des juges (Cahuc, 2022 ; Kahneman, Sidony & Sustein, 2021). Par ailleurs, l'incertitude de ces appréciations indemnitaires peut conduire les employeurs à limiter les embauches (Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social, étude d'impact, précité).

À présent, le niveau d'indemnisation est strictement encadré. L'indemnité qui doit être prononcée par le juge et qui est destinée à réparer une rupture du contrat de travail injustifiée est soumise à un plancher et à un plafond. Cette indemnité à la charge de l'employeur varie, en fonction de l'ancienneté du salarié, du salaire de celui-ci et de l'effectif de l'entreprise (entre un et vingt mois de salaire).

Or, aujourd'hui, l'application de ce barème pose des questions, non seulement en matière d'équité, mais aussi en matière de prévisibilité des décisions de justice sur les licenciements. De plus, en dépit de la validation de ce barème par les hautes juridictions (Conseil constitutionnel, décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018 ; Cassation sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490 et n°21-15.247), celui-ci fait encore l'objet de mise à l'écart par des juges. La question de l'effectivité de la norme est alors posée (Lascoumes, 1986).

En outre, même s'il a été souligné que la barémisation de la justice favorise la négociation entre les parties au procès (Reinganum, 2000 ; Parker et Atkins, 1999 ; Deffains et Langlais, 2006), il n'est pas certain que celle-ci soit effective en matière de rupture du contrat de

travail. Le barème d'indemnisation est applicable dans le cadre d'un procès pour des licenciements contestés, tandis que les ruptures conventionnelles correspondent à une rupture d'un commun accord entre employeurs et salariés (Dayan et Kerbourc'h, 2010 ; Pereira, 2015). Dans la rupture conventionnelle, le barème ne s'applique pas. Toutefois, son existence pourrait conduire employeurs et salariés à préférer l'un ou l'autre mode de rupture. Or, nous montrerons qu'en réalité le barème est contourné, et que la négociation entre employeurs et salariés s'exerce en dehors de tout barème.

Cette étude vise à apporter le point de vue managérial et juridique sur la pratique du barème d'indemnisation en matière de licenciement. Ce nouvel outil de barémisation des licenciements injustifiés pose en effet des problèmes pratiques sur la prise en compte de la diversité des situations entre employeurs et salariés. Cette diversité des relations employeurs-salariés conduit même certains juges à écarter le barème. Dès lors se pose à nouveau la question de la complexification du droit, et corrélativement du risque de l'ineffectivité de la norme (Lascoumes, 1986, 1998).

Pour répondre à ces nombreux questionnements, notre étude prend en compte les affaires judiciaires. Il s'agit alors de s'appuyer sur une série de procès rendue après l'entrée en vigueur du barème, et qui écarte ledit barème pour en comprendre les incidences managériales de 2018 à 2023. L'originalité de cette étude tient au fait que les recherches conduites jusqu'alors n'ont pas réalisé cette analyse des décisions post-barème, en les mettant en perspective avec les autres modes de rupture du contrat de travail, tels que la rupture conventionnelle (Argys, Peters et Waldman, 2001 ; Bekkerman et Gilpin, 2014 ; Deffains et Langlais, 2006 ; Desrieux et Espinosa, 2020 ; Dalmaso et Signoretto, 2022).

Ainsi, il convient de voir en quoi le barème d'indemnisation des licenciements injustifiés est supposé univoque. Puis, il s'agit de constater et de comprendre pour quelles raisons les décisions des juges restent variables et imprévisibles. Enfin, nous mettrons en évidence en quoi les négociations entre employeurs et salariés ne sont pas forcément facilitées par l'existence du barème d'indemnisation, ce qui permet de comprendre le contournement du barème.

## Un barème d'indemnisation supposé univoque

Avant l'instauration du barème, la fixation de l'indemnisation d'un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse relevait d'un plancher indemnitaire de six mois de salaire, qui bénéficiait aux salariés des entreprises de 11 salariés ou plus et disposant d'une ancienneté supérieure à deux ans. Ce minimum pouvait être dépassé au moyen de la démonstration d'un préjudice subi supérieur, et aucun plafond n'était prévu.

Pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés, il n'existait aucun plancher. La juridiction saisie déterminait et chiffrait le préjudice subi sur la base des éléments qui lui étaient soumis par le justiciable. Il

en ressortait des critiques sur d'éventuelles disparités des indemnités à verser pour licenciement abusif selon les conseils des prud'hommes et cours d'appel saisis (Dalmaso et Signoretto, 2022 ; Cahuc, 2022).

L'ordonnance de 2017 instaure un barème dans le sens de la prévisibilité des sommes à verser en cas de licenciement injustifié. Le niveau d'indemnisation est désormais strictement encadré : la somme allouée au salarié correspond à un nombre de mois de salaire brut en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et de l'effectif de celle-ci. Cette indemnité est soumise à un plancher et à un plafond. Les conseillers prud'homaux et les juges doivent alors échelonner cette indemnité entre un à vingt mois de salaire brut, avec plancher, compris entre un et trois mois de salaire. Pour les entreprises comportant moins de 11 salariés, l'indemnité pour licenciement abusif comprend un plancher plus réduit (l'indemnité minimale varie entre 0,5 et 2,5 mois de salaire selon l'ancienneté du salarié).

Le législateur a prévu des exceptions pour lesquelles le barème ne s'applique pas. En effet, les juges peuvent décider de prononcer la nullité d'un licenciement (distinct d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou abusif). La nullité d'un licenciement est une condamnation plus importante à l'égard de l'employeur, parce qu'elle est liée à la transgression des droits fondamentaux. Par exemple, il peut s'agir d'un licenciement prononcé soit dans un contexte de harcèlement moral ou sexuel ; soit dans celui d'une violation d'une liberté fondamentale (liberté d'expression, discrimination) ; soit un licenciement prononcé à la suite d'une action en justice du salarié ; ou encore le licenciement prononcé à la suite de l'exercice d'un droit d'alerte par le salarié sur la commission d'un crime ou d'un délit en entreprise. Dans ces derniers cas, la nullité du licenciement permet la réintégration du salarié dans l'entreprise, et si celle-ci est refusée, une indemnité doit être versée en dehors de toute référence au barème. Ce qui nous intéresse sont les licenciements sans cause réelle et sérieuse, ou abusifs.

### L'application du barème d'indemnisation

La plupart des cours d'appel respecte le barème d'indemnisation des licenciements injustifiés. Ainsi, moins de 10 % des décisions des cours d'appel mettent le barème à l'écart et prononcent des indemnités plus importantes. Toutefois, ce faible pourcentage doit être apprécié au regard du droit : dès l'instant où une juridiction met à l'écart un dispositif légal, la question de l'effectivité de la norme est posée (Lascoumes, 1986). Par ailleurs, les cours d'appel qui écartent l'application du barème s'appuient sur des textes internationaux qui ont une valeur supra législative, tels que la Convention n°158 de l'OIT préconisant une réparation adéquate pour la perte d'un emploi sans motif valable. Cela conduit à mettre en évidence que le barème des indemnités pose toujours des questions en matière de réparation de licenciement injustifié.

Certes, le contentieux entre employeurs et salariés a fortement été réduit. En effet, les statistiques du contentieux révèlent une baisse importante des recours en conseil des prud'hommes depuis une dizaine

d'années. Il convient néanmoins de rester prudent sur la source de cette baisse du contentieux prud'homal, car le barème des indemnités est applicable depuis 2018. Or, cette baisse constatée depuis une dizaine d'année est liée à l'instauration de la rupture conventionnelle. Ainsi, entre 2010 et 2020, les recours en conseils des prud'hommes ont chuté de plus de 55 % (Rapport du comité des États généraux de la Justice, avril 2022), ce qui est considérable.

### Évolution des demandes formées devant le Conseil des prud'hommes

	Ensemble des demandes
2010	217 661
2011	205 296
2012	175 714
2013	206 039
2014	189 283
2015	184 992
2016	150 909
2017	127 387
2018	119 801
2019	119 145
2020	96 379

Tableau 1 : Évolution des demandes formées devant le Conseil des prud'hommes (Source : ministère de la Justice, DACS).

Le rapport du comité des États généraux de la Justice de 2022 mentionne que la baisse du contentieux depuis 2018 peut aussi être liée à la mise en place plus récente du barème d'indemnisation des licenciements abusifs. Mais, on ne peut encore quantifier la baisse du contentieux prud'homal en lien direct avec l'existence du barème applicable depuis 2018.

Par ailleurs, il faut aussi regarder les procès devant les cours d'appel en suites de jugement en conseils des prud'hommes, parce que 66,7 % des jugements en conseil des prud'hommes sont frappés d'appel contre 15,3 % pour les jugements au sein des tribunaux judiciaires (Rapport du Sénat 2019 sur la justice prud'homale). Ce taux d'appel est donc important. Cela signifie qu'en dépit de la baisse des saisines des conseils des prud'hommes, le taux d'appel devant les cours d'appel demeure très important, d'où l'intérêt de comprendre l'appréciation des juges en cours d'appel (Januel, 2019 ; Cahuc, 2022 ; Comarmond, 2022 ; Rapport du comité des États généraux, 2022, précité).

Or, la mise en place du barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a pour conséquence une baisse générale des indemnités par rapport à celles déterminées avant l'application du barème. Une étude (Dalmasso et Signoretto, 2022) a démontré que la moyenne des indemnités des salariés a baissé par rapport à l'ancien droit. L'indemnisation moyenne est en effet passée de 7,9 mois de

salaires à 6,6 mois de salaire. Si cette baisse semble minime, elle doit être regardée de plus près pour les salariés disposant d'une faible ancienneté dans l'entreprise.

En effet, le barème d'indemnisation est « extrêmement défavorable aux salariés des entreprises de plus de 10 salariés qui ont entre deux et cinq ans d'ancienneté » (Dalmasso et Signoretto, 2022, p. 138). Par exemple, un salarié ayant deux ans d'ancienneté dans une entreprise de 10 salariés et plus a droit à un à trois mois de salaire, alors qu'il pouvait bénéficier d'au moins six mois de salaire selon l'ancien système. Ce sont donc les salariés ayant une ancienneté de moins de cinq ans au sein de l'entreprise qui subiraient une baisse importante des indemnités pour licenciement abusif avec l'application du barème (Dalmasso et Signoretto, 2022, p. 146 ; dans le même sens, Desrieux et Espinosa, 2020). Par ailleurs, le comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 conforte ce constat sur les affaires jugées avec le barème : on note un resserrement des montants des indemnités versées au salarié, particulièrement pour les salariés ayant une ancienneté entre deux et cinq ans au sein de l'entreprise (Grignard et Pilliard, 2021). De plus, le bilan d'évaluation du barème met en évidence que les embauches n'ont pas nécessairement été favorisées du fait de l'application du barème d'indemnisation, et cela en dépit du souhait formellement exprimé : celui de « sécuriser les entreprises, notamment les TPE-PME, au regard des risques liés à la rupture du contrat de travail » (Grignard et Pilliard, 2021, p. 145). Il est en outre formulé que les évolutions des embauches et des ruptures relèvent plus de la conjoncture que des réformes (Bilan précité, p. 140). Enfin, rien ne démontre non plus que l'équité et la prévisibilité des décisions du juge soient garanties.

Cette analyse comporte une pertinence lorsque l'on s'intéresse à la décision du Comité européen des droits sociaux (CEDS, 26 septembre 2022 ; article 24 (b) de la Charte sociale européenne), qui a déclaré le barème d'indemnisation non conforme au principe de réparation adéquate ou appropriée de la perte abusive d'un emploi. Cette analyse permet de comprendre le contournement du barème par les juges.

### Des décisions des juges variables et imprévisibles

Le contournement ou mise à l'écart du barème par les juges trouve sa source dans le principe international et européen de la réparation adéquate ou appropriée, lorsque le salarié a été licencié de manière infondée. Sur le plan international, selon l'article 10 de la Convention de l'OIT sur le licenciement (C 158-1982), lorsque « le licenciement est injustifié..., ils [les juges] ...devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée » (Porteron, 2022).

Nous comprenons alors qu'il est d'autant plus intéressant d'appréhender l'appréciation des juges des cours d'appel qui écartent encore ce barème selon les

situations managériales qui leur sont soumises. Il en ressort des décisions variables, voire imprévisibles.

Les décisions écartant l'application du barème pour indemniser les salariés abusivement licenciés concernent les salariés quelle que soit leur ancienneté : le point commun de toutes ces décisions est la recherche de l'indemnité adéquate ou appropriée par rapport au préjudice subi.

L'indemnisation adéquate concerne l'indemnisation financière de la perte financière due à celle de l'emploi ; une indemnité d'un montant suffisamment dissuasif pour éviter les multiplications des licenciements infondés (Charte sociale européenne, article 24).

Dès lors est pris en compte l'âge du salarié qui, licencié sans justification, manifeste des difficultés à retrouver un emploi (CA Reims, 25 septembre 2019, n°RG 19/00003 ; CA Paris, 16 mars 2021, n°19/08721 ; CA Bourges, 6 novembre 2020, n°19/00585). La faible ancienneté conduisant à une indemnisation faible compte tenu du barème ne saurait être appliquée eu égard à la situation de particulière vulnérabilité du salarié. Ce sera le cas du salarié bénéficiant du statut de travailleur handicapé (CA Grenoble, 30 septembre 2021, RG n°20/02512) ou encore de celui qui se trouve dans une situation particulièrement précaire alors même que l'employeur n'a pas organisé en amont des visites médicales après un accident de travail (CA Chambéry, 14 novembre 2019, n°18/02184). De la même manière, les salariés disposant d'une ancienneté plus importante peuvent subir un préjudice lié certes à la perte de l'emploi, mais également au non-paiement des heures supplémentaires (CA Saint-Denis de la Réunion, 15 mars 2021, n°19/02145). Ces décisions confortent de manière précise le risque d'iniquité si le barème est systématiquement appliqué sans prendre en compte la particularité de certaines situations (Argys *et al.*, 2011 ; Rehavi et Starr, 2014 ; Melli, 2000 ; Oldham, 2000). La complexité propre à chaque affaire ne permet pas une application systématique d'un barème sur la seule base de l'ancienneté du salarié, du salaire et de l'effectif de l'entreprise. Ainsi, les critères mis en avant par les juges des cours d'appel visent à pallier l'insuffisance des critères du barème : au-delà de l'ancienneté, du salaire et de l'effectif de l'entreprise, des éléments pertinents sont relevés. Par exemple dans une affaire, une salariée en qualité de groom-équestre a été licenciée verbalement à l'issue d'un an d'ancienneté et dans une entreprise de moins de 11 salariés. Selon le barème d'indemnisation, la salariée ne pouvait prétendre qu'à 0,5 mois de salaire. Les juges ont condamné l'employeur à une indemnité plus importante compte tenu du travail dissimulé que la salariée a effectué, outre l'absence de motif de licenciement (Cour d'appel de Chambéry, 11 mars 2021). Dans le même sens, une salariée, cadre de 54 ans ayant quatre ans d'ancienneté, a été licenciée pour motif économique, le motif étant inexistant. Les juges ont écarté l'application du barème compte tenu de la situation particulièrement vulnérable de la salariée et de ses difficultés à retrouver un emploi. Ils ont octroyé sept mois de salaire au lieu des trois à cinq mois préalablement prévus dans le barème (Cour d'appel de Paris, 16 mars 2021).

Dans le même sens, pour un salarié bénéficiant d'une ancienneté plus importante, les juges ont écarté le barème : le salarié bénéficiait d'une ancienneté de vingt-et-un ans, était âgé de 55 ans et père de huit enfants. Il avait aussi des emprunts à rembourser et des difficultés de santé avec des restrictions à l'emploi. Il ne pouvait donc pas espérer un retour rapide à l'emploi. Les juges ont accordé 30 000 euros au salarié, au lieu de 24 000 euros si le barème avait été appliqué (CA Douai, 21 octobre 2022, n°1736/22).

La mise à l'écart du barème a très récemment été fondée sur le fait que le barème n'a pas fait l'objet d'une évaluation avec les partenaires sociaux depuis sa mise en place, comme recommandé par l'Organisation internationale du travail (OIT). En effet, la cour d'appel de Grenoble (16 mars 2023, n°21/02048) a octroyé une indemnité supérieure à huit mois de salaire (prévus par le barème), pour une réceptionniste de 56 ans. Les juges ont apprécié les difficultés sérieuses à retrouver un emploi stable à son âge. Mais, ils ont aussi relevé les observations de l'OIT adressées à l'État le 15 mars 2022, et qui n'ont pas été respectées.

Il en ressort une recherche d'un équilibre manifestement difficile entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié. Or, le barème ne constitue pas non plus un outil de négociation entre employeurs et salariés sur le choix du mode de rupture du contrat de travail.

## Les négociations entre employeurs et employés sur le choix du mode de rupture du contrat de travail

Envisager la négociation dans les relations de travail et plus particulièrement lors de la rupture consiste à traiter notamment de la rupture conventionnelle du contrat de travail. Ces dernières années, les ruptures conventionnelles ont fortement augmenté (DARES, 2023). Pour autant, le licenciement et la rupture conventionnelle constituent deux modes distincts de rupture du contrat de travail. Ainsi, il convient de vérifier si l'existence d'un barème pour licenciement abusif favoriserait la négociation en amont de tout licenciement, afin d'éviter le contentieux. Parmi les modes de rupture du contrat de travail, on cite les démissions, la rupture de la période d'essai, le licenciement pour motif personnel, le licenciement pour motif économique, la rupture conventionnelle, le départ à la retraite.

Les analyses de l'Insee ont mis en avant que la démission constitue le mode de rupture le plus important du contrat de travail – 58 % (Insee, 2022 ; Bilan des ordonnances, 2021). Les licenciements représentent 27 % des modes de rupture ; précisons toutefois que sur 100 licenciements, 84 relèvent du licenciement disciplinaire ou pour motif personnel, et 16 du licenciement pour motif économique (Insee, 2022 ; Signoretto, 2015). La rupture conventionnelle représente environ 17 % des ruptures du contrat de travail (Insee, 2022). Ce dernier mode de rupture créé en 2008 (Dayan et Kerbourc'h, 2010 ; Pereira, 2015) a connu et connaît toujours un franc succès : en 2021, 454 000 ruptures conventionnelles individuelles ont été homologuées

(DARES, 2022), ce qui constitue une hausse importante après la crise sanitaire. La rupture conventionnelle présente un intérêt indéniable, parce qu'elle constitue une rupture du contrat de travail négociée entre employeur et salarié sans avoir à justifier d'un motif. Certaines études ont démontré que 39 % des cas de ruptures conventionnelles sont liés à des insatisfactions salariales ou au contenu du travail ; 46 % sont liés à une mésentente avec la hiérarchie ou le personnel, et 37 % sont liés à l'existence d'un projet professionnel des salariés. 40 % des salariés pensent qu'ils auraient démissionné et 22 % qu'ils auraient été licenciés si la rupture conventionnelle n'existait pas ; 28 % des salariés pensent qu'ils seraient restés dans l'entreprise si cette rupture à l'amiable n'existait pas (Pereira, 2015 ; Signoretto, 2015).

L'accroissement des ruptures conventionnelles doit par ailleurs être mis en perspective avec la chute du contentieux prud'homal depuis 2009 (Dayan et Kerbourc'h, 2010 ; Signoretto, 2015), ce que souligne le rapport du comité d'évaluation des ordonnances de 2017 (Grignard et Pilliard, 2021). Par ailleurs, ce dernier rapport effectué par France Stratégie souligne que la baisse du contentieux peut aussi s'expliquer depuis 2017 par la mise en place du barème d'indemnisation, les salariés avec peu d'ancienneté n'ayant pas intérêt à contester leur licenciement compte tenu des indemnités limitées (Grignard et Pilliard, 2021, p. 147) : toutefois, ce dernier point n'est pour le moment qu'une supposition, la période d'application du barème étant encore récente, ce que précise également le rapport.

Suivant ces analyses, pouvons-nous penser que l'existence d'un barème est de nature à favoriser la négociation entre employeur et salariés en amont de toute rupture du contrat de travail ?

### L'incertitude de la négociation par l'existence du barème

En servant de cadre référentiel dans la prise de décision, le barème constituerait un outil de négociation entre deux parties. À l'inverse, en l'absence de barème, le jugement pourrait être incertain, et les attentes des parties au litige comprendraient des divergences. Dès lors, l'existence d'un barème permettrait une meilleure coopération entre les parties en servant de référentiel à la négociation.

Ces arguments doivent être nuancés, parce que la réduction de l'incertitude par l'existence d'un barème n'incite pas forcément à la négociation des parties. En effet, des travaux ont démontré que la certitude de l'issue d'un litige par un barème peut même desservir un quelconque arrangement entre les parties. Si toutes et tous connaissent l'issue d'un litige à travers un barème, à quoi bon négocier ? (Deffains et Langlais, 2006). Cela revient à dire que la négociation est favorisée par l'incertitude et l'aversion au risque (Reinganum, 2000).

Dès lors, si l'on compare les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et celles de la rupture conventionnelle, on rend compte que la négociation n'est pas forcément avantageuse soit pour l'employeur, soit pour le salarié.

Prenons un exemple de deux salariés : un salarié (A) ayant un salaire de 2 000 € et quatre ans d'ancienneté, et un salarié (B) ayant un salaire de 2 000 € et douze ans d'ancienneté.

L'employeur pourrait avoir intérêt à négocier la rupture conventionnelle s'il n'est pas certain de disposer d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, soit une faute suffisamment importante du salarié pour le licencier ou un motif économique suffisamment conséquent. Mais, cela est encore plus vrai en l'absence de barème, puisque les indemnités de licenciement abusif hors barèmes étaient plus importantes auparavant. En revanche, la comparaison des deux cas de figure montre que le salarié n'a pas beaucoup d'intérêt à négocier une rupture conventionnelle en amont de tout licenciement, sauf pour éviter le coût du procès. En réalité, l'existence du barème ne constitue pas l'outil par excellence de négociation pour se tourner vers la rupture conventionnelle, parce que les montants auxquels le salarié peut prétendre sont plus importants que ceux afférents à la rupture conventionnelle. De plus, ce qui motive la rupture conventionnelle et ce qui fonde le licenciement ne coïncident pas forcément : les motifs peuvent être distincts.

Ainsi, il est intéressant de rappeler que la rupture par la voie de licenciement exige un motif réel et sérieux : si celui-ci existe, le licenciement est justifié et le barème ne s'applique pas, car il n'y a rien à indemniser. Seules sont versées les indemnités de licenciement en cas de faute simple, celle compensatrice de congés payés et

Rupture conventionnelle	Licenciement sans cause réelle et sérieuse ; procès et application du barème
Le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité de licenciement, soit $\frac{1}{4}$ de mois de salaire par année d'ancienneté et $\frac{1}{3}$ après dix ans d'ancienneté.	Si le salarié a quatre ans d'ancienneté : le barème prévoit une indemnité de trois à cinq mois de salaire ; Si le salarié a douze ans d'ancienneté, indemnité comprise entre trois et onze mois de salaire
Salarié A : $(2\,000 \times \frac{1}{4}) \times 4 \text{ ans} = 2\,000 \text{ €}$	Salarié A : 6 000 à 10 000 €
Salarié B : $(2\,000 \times \frac{1}{4}) \times 10 \text{ ans} + (2\,000 \times \frac{1}{3}) \times 2 \text{ ans} = 6\,333 \text{ €}$	Salarié B : 6 000 à 22 000 €

l'indemnité compensatrice de préavis si l'employeur dispense le salarié de celui-ci ; et pour la faute grave et lourde, seule l'indemnité compensatrice de congés payés est versée. Le motif réel et sérieux est exigé à la fois dans le licenciement disciplinaire et dans le licenciement pour motif économique : il doit être exact, objectif et existant, et correspondre à un certain degré de gravité. En matière de licenciement pour faute, l'employeur peut licencier pour faute simple, grave ou lourde. Le licenciement pour motif économique doit aussi comprendre le caractère réel et sérieux : ce sera le cas lorsque l'entreprise est en difficulté, ou en mutation technologique, en réorganisation, ou encore lorsque celle-ci connaît une baisse de chiffre d'affaires de un à quatre trimestres selon la taille de l'entreprise sur un an ; cela peut encore être la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou d'un secteur d'activité, en dehors de toute difficulté. En réalité, les motifs de justification de licenciement sont nombreux et s'ils existent, ils justifient la rupture du contrat de travail,

ce qui conduit à la nécessité de former les managers et les responsables, particulièrement des TPE-PME. La loi donne en effet de nombreuses possibilités pour protéger les intérêts de l'entreprise. De même, pour éviter les licenciements pour motif économique et protéger les intérêts de l'entreprise, la négociation existe en dehors de toute barémisation : il peut s'agir de la sécurisation de l'emploi (contrat de sécurisation professionnelle) ou de la négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi avec les partenaires sociaux (Guern, 2023), de la négociation d'accords de performance collective, ou encore de la négociation de ruptures conventionnelles collectives. En réalité, l'existence du barème ne facilite pas la négociation entre employeurs et salariés, sachant qu'il existe un dispositif important destiné à la négociation soit individuelle par la rupture conventionnelle, soit collective par les accords collectifs. Le choix d'une rupture du contrat de travail négociée permet éventuellement de contourner le barème.



« En revanche, la comparaison des deux cas de figure montre que le salarié n'a pas beaucoup d'intérêt à négocier une rupture conventionnelle en amont de tout licenciement, sauf pour éviter le coût du procès. En réalité, l'existence du barème ne constitue pas l'outil par excellence de négociation pour se tourner vers la rupture conventionnelle, parce que les montants auxquels le salarié peut prétendre sont plus importants que ceux afférents à la rupture conventionnelle. De plus, ce qui motive la rupture conventionnelle et ce qui fonde le licenciement ne coïncident pas forcément : les motifs peuvent être distincts. »

Piero di Cosimo, peintre, *Portraits of Giuliano and Francesco Giamberti da Sangallo*, huile sur toile, 1482-1485. Amsterdam, Rijksmuseum.

## Conclusion

La barémisation des indemnités de rupture abusive du contrat de travail ne répond pas aux objectifs poursuivis de la prévisibilité de la norme. La détermination d'un plancher et d'un plafond en fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise n'empêche pas l'appréciation du juge. En d'autres termes, l'outil de prévisibilité par l'application d'un barème est peu effectif (Lascoumes, 1986). Ensuite, l'harmonisation des décisions des juges n'est pas non plus garantie par la mise en place d'un barème d'indemnisation, pour plusieurs raisons. La première raison tient à la possibilité pour le juge d'exercer son appréciation entre un plancher et un plafond. Le risque d'arbitraire du juge n'est pas mécaniquement exclu entre deux limites numériques. En effet, entre deux situations dites semblables, rien n'empêche de prononcer une indemnisation comprise entre deux limites et d'exercer une appréciation distincte pour les salariés bénéficiant d'une ancienneté importante (plancher de un mois de salaire et maximum de vingt mois de salaire). La seconde raison tient au fait que chaque situation de salarié est distincte et que le juge est conduit à prendre en compte d'autres éléments que ceux réduits à l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. Ainsi, le barème constitue un outil très défavorable pour les salariés disposant de peu d'ancienneté (entre deux et cinq ans) : le droit à réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est donc pas garanti, et la justice n'est plus accessible à tous.

La troisième raison tient aux incidences de ce barème dans les relations entre employeurs et salariés : non seulement le barème n'offre pas l'outil de prévisibilité de la norme au bénéfice des entreprises, mais il ne promeut pas l'équité des réparations des ruptures abusives. Ce double constat nous a conduits à voir si l'existence du barème permettait au moins implicitement de promouvoir la négociation en matière de rupture du contrat de travail. Or, celle-ci n'est pas garantie par l'existence d'un barème d'indemnisation. C'est d'ailleurs en dehors d'un quelconque barème d'indemnisation que la rupture négociée du contrat de travail est possible, telle que la rupture conventionnelle. Dès lors, la barémisation ne favorise pas nécessairement la négociation entre employeur et salariés, d'autant plus que les dispositifs légaux permettent une négociation plus importante en dehors de tout barème.

Par conséquent, nous sommes en présence de multiples instruments légaux qui ont pour effet de complexifier le droit à la fois aux dépens des employeurs et des salariés.

De surcroît, lorsque le principe d'équité l'impose, les juges contournent l'application du barème pour apprécier l'indemnité adéquate d'un licenciement abusif selon des critères qu'ils déterminent. Or, ces critères tiennent aux situations particulières des salariés à la suite d'un licenciement infondé. En réalité, si le barème est destiné à supprimer les disparités des décisions de justice, les juges recherchent à restaurer des disparités fondées sur les circonstances particulières des salariés

(âge, ancienneté, accident de travail, handicap, heures supplémentaires non rémunérées, travail dissimulé). Les critères des indemnités déterminés par les juges répondent directement aux observations formulées par l'Organisation internationale du travail. Celle-ci sollicite en effet que cette barémisation soit évaluée et discutée avec les partenaires sociaux, afin que le mécanisme d'indemnisation des licenciements abusifs soit en adéquation avec la réalité des entreprises et des salariés.

Il en ressort que non seulement l'application d'un barème d'indemnités pour licenciement abusif basé sur les critères d'ancienneté, de salaire et d'effectif de l'entreprise, ne permet pas forcément l'équité, ni la prévisibilité des décisions de justice, mais que cette application renforce le risque d'iniquité à l'égard des salariés disposant de peu d'ancienneté. De plus, il n'est pas établi que la mise en place du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse puisse répondre à la sécurité juridique recherchée, et faciliter de ce fait les embauches (Rapport d'évaluation des ordonnances de 2021). Ce premier bilan du texte instaurant le barème d'indemnisation est donc mitigé, et pose de nouvelles questions en matière d'intelligibilité de la norme à la fois pour les entreprises et les parties prenantes de celles-ci.

## Bibliographie

- ARGYS L. M., PETERS H. E. & WALDMAN D. M. (2001), "Can the Family Support Act put some life back into deadbeat dads? An analysis of child-support guidelines, award rates, and levels", *The Journal of Human Resources*, 63(2), pp. 226-252.
- BEKKERMAN A. & GILPIN G. A. (2014), "Can equitable punishment be mandated? Estimating impact of sentencing guidelines on disciplinary disparities", *International Review of Law and Economics*, vol. 40, pp. 51-61.
- CAHUC P. (2022), « Quel est l'impact du pouvoir d'appréciation des juges sur les indemnités de licenciement », *Revue Droit Social*, pp. 258-262.
- COMARMOND (De) L. (2022), « Le recours aux prud'hommes reste dans de basses eaux », *Les Échos*, 31 octobre.
- DALMASSO R. & SIGNORETTO C. (2022), « Une première évaluation du "barème" d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n°1387 du 22 septembre 2017 », *Revue Droit Social*, pp. 135-145.
- DAYAN J.-L. & KERBOURC'H J.-Y. (2010), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », Centre d'analyse stratégique, La note d'analyse, n°198, octobre.
- DEFFAINS B. & LANGLAIS E. (2006), "Incentives to cooperate and the discretionary power of courts in divorce law", *Review of Economic Household*, n°4, pp. 423-439.
- DESRIEUX C. & ESPINOSA R. (2020), « La barémisation des indemnités pour licenciement abusif : quelques éléments d'analyse empirique », *Revue Économique*, vol. 71, pp. 527-556.
- GRIGNARD M. & PILLIARD J.-F. (2021), « Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2022 relatives au dialogue social et aux relations de travail », rapport, France Stratégie.
- GUERN V. (2023), « Les restructurations d'entreprises : comment prévenir les licenciements et accompagner les plans de sauvegarde de l'emploi ? », *Annales des Mines - Réalités Industrielles*, février, pp. 64-67.
- JANUEL P. (2019), « Droit du travail : la chute du recours à la justice », *Revue Dalloz*, pp. 1-5, Octobre.

- KAHNEMAN D, SIBONY O. & SUSTEIN C.R. (2021), *Noise : Pourquoi nous faisons des erreurs de jugement et comment les éviter*, Éditions Odile Jacob.
- LASCOUMES P. & SERVERIN E. (1986), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Sociétés*, 2, pp. 101-124.
- LASCOUMES P. (1998), « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction » in LAJOIE A., MACDONALD R. A., JANDA R. & ROCHER G. (éd.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Editions Thémis, pp. 151-160.
- MELLI M. S. (2000), "Guideline review: The search for an equitable child support formula", in OLDHAM J. T. & MELLI M. S. (éd.), *Child Support The Next Frontier*, Ann Arbor, University of Michigan Press, pp. 113-127.
- OLDHAM J. T. (2000), "New methods to update child support", in OLDHAM J. T. & MELLI M. S. (éd.), *Child Support The Next Frontier*, Ann Arbor, University of Michigan Press, pp. 128-150.
- PARKER J. S. & ATKINS R. A. (1999), "Did the corporate criminal sentencing guidelines matter? Some preliminary empirical observations", *The Journal of Law and Economics*, 42(1), pp. 423-454.
- PEREIRAB. (2015), « Flexicurité et rupture conventionnelle du contrat de travail : de l'oxymore à l'ambiguïté de la pratique », *Annales des Mines - Gérer & Comprendre*, n°122, décembre, pp. 13-20.
- PORTERON C. (2022), « Le barème Macron ou la restriction de l'imprévisibilité de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Revue Interdisciplinaire Droit et Organisations*, n°3, pp. 60- 69.
- REHAVI M. & STARR S. B. (2014), "Racial disparity in federal criminal sentences", *Journal d'Économie Politique*, 122(6), pp. 1320-1354.
- REINGANUM J. F. (2000), "Sentencing guidelines, judicial discretion, and plea bargaining", *The RAND Journal of Economics*, 31(1), pp. 62-81.
- SAYN I. (2019), « Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice », Mission de recherche, droit et justice, mai, Cercriid.
- SIGNORETTO C. (2015), « Les pratiques des employeurs en matière de rupture du CDI », *Travail et Emploi*, n°142, pp. 69-83.