

TRAVAIL

Nouvelle saison du feuilleton sur le barème d'indemnisation : le contrôle « concret » de conventionnalité ^{364v0}

L'essentiel

Les avis rendus par la Cour de cassation au cours de l'été ont laissé penser à la fin du feuilleton sur la conventionnalité du barème d'indemnisation. Mais c'était sans compter sur l'opiniâtreté de certains juges du fond. Les arrêts des cours d'appel de Paris et Reims ci-dessous rapportés initient une nouvelle saison basée sur le contrôle « concret » de conventionnalité. Pour autant, le cœur de l'intrigue est ailleurs. Comment apprécier le caractère adéquat ou approprié d'une indemnisation si la nature du préjudice de perte d'emploi est indéterminée ? Le dénouement du feuilleton dépendra de la réponse à cette question.

CA Paris, 6-3, 18 sept. 2019, n° 17/06676, M. I. c/ Sarl GP Conduite (infirmation cons. prud'h. Paris, 14 oct. 2016, n° 15/06193), M. Fontanaud, prés. ch. ; M^{es} Lenard, Hardouin, av.

CA Reims, ch. soc., 25 sept. 2019, n° 19/00003, SCP BTSG, mandataire de SARL France Event c/ M^{me} X (confirmation partielle cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, n° F18/00035), M^{me} Robert-Warnet, prés. ; SELARL GP Avocats Associés et AARPI GKA Avocats, SELARL Raffin Associés, av.

CA Paris, 6-8, 30 oct. 2019, n° 16/05602, M. E.-D. c/ Sté Natixis et a. (confirmation partielle cons. prud'h. Paris, 29 mars 2016, n° 12/10360), M^{es} Caudan Vila, Thellier, av.



Note par
Sophie SERENO
Docteur en droit, maître
de conférences à
Aix-Marseille université,
Centre de droit social
(UR 901)

Deux années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur du barème obligatoire encadrant l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce dernier enferme l'office du juge prud'homal entre un plancher et un plafond, en fonction de l'ancienneté du salarié. Malgré le soutien du Conseil d'État ⁽¹⁾ et du Conseil constitutionnel ⁽²⁾, les promoteurs de cette réforme se sont heurtés à l'hostilité de nombreux acteurs du contentieux prud'homal. Plusieurs conseils de prud'hommes

se sont libérés du carcan de l'article L. 1235-3 du Code du travail en retenant son inconvictionnalité ⁽³⁾. La réaction de la ministre du Travail ne s'est pas fait attendre ⁽⁴⁾. Mais cela n'a fait qu'attiser la résistance. Restait donc la Cour

de cassation. Sa saisine pour avis devait constituer l'épilogue de ce feuilleton. Par deux avis en date du 17 juillet 2019 ⁽⁵⁾, la formation plénière a conclu à la conventionnalité du barème d'indemnisation. Mais ces avis n'emportent pas la conviction. Pour certains, la démonstration juridique est même bancale ⁽⁶⁾. Loin de donner un coup d'arrêt à la fronde prud'homale, ces avis ont aiguillé les juges du fond vers une nouvelle voie de contestation du plafonnement des indemnités prud'homales.

Les cours d'appel de Paris et de Reims sont les premières juridictions du second degré à se prononcer au lendemain de ces avis du 17 juillet 2019. À première vue, elles se rangent derrière la Cour de cassation en admettant la conventionnalité des dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Mais c'est aller un peu vite en besogne. Les juges rémois ne s'alignent pas pleinement sur le raisonnement déployé par la haute juridiction. Surtout, les arrêts rapportés opèrent un dédoublement de l'examen de conventionnalité, ce qui ouvre une nouvelle voie de contestation du barème (I). Il demeure que l'appréciation du caractère approprié de l'indemnisation nécessite au préalable de déterminer précisément son objet. Or, force est de constater que le champ des préjudices englobés dans la « perte injustifiée d'emploi » n'est pas défini (II).

(1) CE, 7 déc. 2017, n° 415243.

(2) Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC ; Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-671 DC.

(3) V. not. Sereno S., « Le juge prud'homal et le barème d'indemnisation : des oubliettes à l'avant-garde ! », Gaz. Pal. 12 mars 2019, n° 344u4, p. 49 ; v. égal. le dossier spécial « La conventionnalité du barème d'indemnités », BJT avr. 2019, n° 111g6, p. 40.

(4) Circ., 28 févr. 2019, relative à l'application de l'article L. 1235-3 du Code du travail – V. sur ce point, Rédaction Lextenso, « Barème d'indemnités : la DADS met les procureurs généraux en ordre de bataille », Gaz. Pal. 12 mars 2019, n° 344w7.

(5) Cass., avis, 17 juill. 2019, n°s 19-70010 et 19-70011.

(6) V. not. Bargain G., « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables », RDT 2019, p. 569 ; Icard J., « Avis relatifs au barème Macron : la stratégie du flou », Forum, www.Liaisons-sociales.fr, 28 août 2019.

I. DU DÉDOUBLEMENT DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DE L'ARTICLE L. 1235-3

Dès ses débuts, la résistance prud'homale s'est organisée sur le terrain du droit supranational. Deux fondements juridiques sont principalement invoqués de manière simultanée ou alternative : l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (ci-après C158) et l'article 24 de la Charte sociale européenne (CSE). D'autres textes ont pu être mobilisés tels que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour autant, le débat juridique se concentre sur l'article 10 de la C158 et l'article 24 de la CSE. La Cour de cassation a exclu l'invocabilité de ce dernier texte au motif qu'il est privé d'effet direct dans un litige entre particuliers. Si la cour d'appel de Paris (n° 16/05602) s'aligne sur cette interprétation, la cour d'appel de Reims retient une position dissidente (7). Après avoir rappelé que les avis ne lient pas les juridictions du fond (8), les juges rémois insistent sur « le caractère suffisamment précis de l'engagement conventionnel défini » par l'article 24 de la Charte, ainsi que sur sa rédaction « très proche » de l'article 10 de la C158. C'est donc sur le fondement de ces deux dispositions que la juridiction rémoise a examiné la conventionnalité du barème.

“ Le barème obligatoire doit être écarté uniquement lorsque son application constitue une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate ”

Les arrêts rapportés font apparaître – de manière plus ou moins explicite – le double visage du contrôle de conventionnalité. La méthode choisie a toute son importance (9). Le contrôle « abstrait » porte sur la conformité de la règle de droit en elle-même, alors que le contrôle « concret » porte sur son application au cas d'espèce. Les avis du 17 juillet 2019 laissaient déjà transparaître cette nature double du contrôle à opérer. Les cours d'appel de Paris (n° 16/05602) et de Reims (n° 19/00003) admettent la conformité « abstraite » des dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail à l'article 10 de la C158, à l'instar de la Cour de cassation. Mais cette appréciation dissociée des éléments de fait n'exclut pas toute remise en cause selon les circonstances de chaque espèce. Implicitement opéré par la cour d'appel de Paris, le contrôle *in concreto* est explicité par la cour d'appel de Reims. Il appartient au juge d'apprécier au cas par cas les conséquences de la mise en œuvre de la règle sur la situation particulière du salarié, notamment en fonction de son âge ou de sa difficulté à retrouver un emploi (n° 16/05602). La cour d'appel de Reims exclut

(7) Sur ce décalage, v. not. Bugada A., « Le contrôle de conventionnalité du barème par la cour d'appel de Reims », JCP S 2019, act. 365.
(8) V. sur ce point, Deumier P., « La saisine pour avis : fixer la jurisprudence en amont ? », D. 2019, p. 1622.
(9) V. not. Loiseau G., « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités de licenciement », BJT avr. 2019, n° 111k5, p. 49.

que ce contrôle concret soit exercé d'office par le juge. Mais, de fait, il est fréquent que les justiciables invoquent l'inconventionnalité du barème sans préciser la nature abstraite ou concrète de l'examen à opérer. D'ailleurs, la cour d'appel de Paris a, quant à elle, procédé à une appréciation *in concreto*, sans avoir formulé une telle condition (nos 16/05602 et 17/06676). À bien y réfléchir, l'arrêt rémois propose une méthodologie à l'attention des justiciables et des conseils de prud'hommes. Les protagonistes du contentieux prud'homal sont avertis. Le contrôle concret de proportionnalité doit reposer sur une démarche purement pragmatique et ne pas dissimuler une approche dogmatique. Les conseils de prud'hommes doivent prendre soin d'écarter le barème obligatoire uniquement lorsque les circonstances du litige révèlent que son application constitue une atteinte excessive au droit à une réparation adéquate du salarié. Or, plusieurs difficultés surgissent. D'abord, l'indemnisation adéquate est une notion largement méconnue du droit français (10). Ensuite, si le contrôle de proportionnalité innerve de plus en plus le système judiciaire, ce mécanisme n'est pas pleinement maîtrisé par les juges (11). Enfin et surtout, l'appréciation du caractère approprié de l'indemnisation nécessite au préalable de déterminer précisément son objet. Or, force est de constater que les préjudices englobés dans la « perte injustifiée d'emploi » ne sont pas clairement identifiés.

II. DES CHEFS DE PRÉJUDICES COUVERTS PAR LA « PERTE INJUSTIFIÉE D'EMPLOI »

L'indemnité au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse a pour objet de réparer le préjudice de perte injustifiée d'emploi (12). Toutefois, son domaine n'est pas expressément défini. Il n'existe aucun consensus judiciaire s'agissant des postes de préjudices englobés par le barème. Or, il s'agit du préalable nécessaire à tout contrôle de proportionnalité. En effet, « comment juger de l'adéquation ou du caractère approprié de la réparation si le juge ne dit pas précisément ce que répare l'indemnité ? » (13). Si la cour d'appel de Paris reste silencieuse sur ce point, la cour d'appel de Reims s'emploie à identifier le champ du préjudice de perte d'emploi. Sa conception est aussi souple qu'approximative. Le préjudice couvre les « aspects personnels et économiques » de la perte d'emploi. L'arrêt ajoute que ce préjudice « ne comprend pas la perte de tous les salaires espérés mais ne se juxtapose pas nécessairement avec la période sans activité ». Cette formule accroît l'imprécision. Elle laisse persister un doute s'agissant de l'intégration de certains postes de préjudice. On songe notamment à la perte de chance en matière de droits à la retraite. D'autres juges du fond posent, quant à eux, une solution claire et tranchée en retenant que la réparation au titre de l'article L. 1235-3 englobe l'ensemble des préjudices financier et moral nés de la perte d'emploi, dont le préjudice retraite (14).

(10) Pinatel E., « Des malentendus de la notion d'indemnisation adéquate », BJT avr. 2019, n° 111k7, p. 54.
(11) Agresti J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, 2018, PUAM, spéc. p. 133.
(12) Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13578.
(13) Bugada A., « Le contrôle de conventionnalité du barème par la cour d'appel de Reims », JCP S 2019, act. 365.
(14) V. not. CA Versailles, 6^e ch., 24 oct. 2019, n° 17/01236.

“ Il n'existe aucun consensus judiciaire s'agissant des postes de préjudices englobés par le barème ”

Or, plus le domaine du barème est étendu, plus il encourt la critique sur le terrain du contrôle de proportionnalité. À l'inverse, plus le champ des chefs de préjudices couverts est restreint, moins il encourt la critique. Selon les chefs de préjudices inclus, le juge prend en compte différentes données factuelles pour le chiffrage de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'absence de nomenclature des postes de préjudices couverts par la « perte injustifiée d'emploi » constitue ainsi une donnée essentielle de la querelle judiciaire. Un travail approfondi de définition doit être réalisé. À défaut, les disparités d'évaluations indemnitaires persisteront. D'ailleurs, l'établissement de cette nomenclature aurait dû précéder l'instauration d'un barème d'indemnisation obligatoire (15). Cela aurait peut-être permis d'éviter cette querelle judiciaire. L'intervention du législateur permettrait d'y mettre un terme.

(15) Radé C., « De la conventionnalité du barème Macron », Dr. soc. 2019, p. 328.

En conclusion, le barème d'indemnité n'en finit pas de susciter la controverse. Celle-ci a pour mérite de rappeler aux juridictions la richesse des normes supranationales mobilisables. L'exception d'inconventionnalité est double. Si la bataille semble – à présent – bien vaine sur le terrain de l'inconventionnalité abstraite, il convient de développer une démonstration juridique détaillée sur l'inconventionnalité concrète de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Nul doute que cette voie, prédite par la doctrine (16), va être exploitée par les justiciables. Certains conseils de prud'hommes se sont d'ailleurs déjà positionnés sur ce terrain (17). Par le biais du contrôle concret, les juges du fond retrouvent leur latitude d'appréciation pour fixer une indemnisation adéquate, et non intégrale. Certains y verront une simple voie de contournement. Mais il serait possible d'y voir davantage une confortation du barème légal. L'admission d'une certaine relativité rend le dispositif acceptable dans son principe. Surtout, ce débat juridique incite à se pencher sur une question centrale encore largement omise par les juges : quels sont précisément les chefs de préjudices couverts par l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ? La réponse pourrait bien mettre fin au feuilleton.

(16) V. not. Gardin A., « Avis de la Cour de cassation sur le barème Macron : quelles suites ? », FRS 17/19, 26 juill. 2019 ; Bargain G., « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités : des choix contestables », RDT 2019, p. 569 ; Sachs T., « Le contrôle de conventionnalité peut-il crever le plafond ? », BJT avr. 2019, n° 111m5, p. 40.
(17) V. not. Cons. prud'h. Grenoble, 22 juill. 2019, n° 18/00267.