

48 En questions

LE RÉFÉRENTIEL INDICATIF D'INDEMNITÉ ET LE BARÈME FORFAITAIRE DE CONCILIATION EN PRATIQUE

Manuelle PUYLAGARDE,
avocat, MPS Avocats, membre d'AvoSial



LA LOI Macron du 6 août 2015 a institué un référentiel indicatif des indemnités auquel le juge prud'homal (bureau de jugement) peut se référer pour déterminer le montant de l'indemnisation du salarié en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles (*C. trav., art. L. 1235-1*). Ce barème, calculé en fonction de l'ancienneté du salarié, de son âge et de sa situation par rapport à l'emploi, a été fixé par un décret du 25 novembre 2016 (*D. n° 2016-1581, 23 nov. 2016 : JCP S 2016, act. 429*). Initialement le texte prévoyait un barème d'indemnité comprenant des montants plafonnés et différenciés selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise. Il a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que le critère de la taille de l'entreprise portait atteinte au principe d'égalité devant la loi (*Cons. const., déc. n° 2015-715 DC, 5 août 2015 : JO 7 août 2015 ; JCPE 2015, 1441, étude A. Bugada*). Le barème proposé dans le cadre du projet de loi Travail se fondait sur le seul critère de l'ancienneté mais revêtait, selon les souhaits du Ministère du Travail, un caractère obligatoire. Faute de consensus sur ce point, il a été retiré du texte. A noter également le décret du 23 novembre 2016 qui met à jour le barème de l'indemnité forfaitaire de conciliation lorsque les parties parviennent à un accord devant le BCO (*D. n° 2016-1582, 23 nov. 2016 : JO 25 nov. 2016*). Les deux décrets sont entrés en vigueur le 26 novembre 2016.

1. Comment va s'appliquer le référentiel indicatif ?

Les montants prévus par le référentiel sont les suivants (*C. trav., art. R. 1235-22*) :

Référentiel indicatif d'indemnité			
Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)	Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)
0	1	22	14,5
1	2	23	15
2	3	24	15,5
3	4	25	16
4	5	26	16,5
5	6	27	17
6	6,5	28	17,5
7	7	29	18
8	7,5	30	18,25
9	8	31	18,5
10	8,5	32	18,75
11	9	33	19
12	9,5	34	19,25
13	10	35	19,5

Ndlr : dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

Référentiel indicatif d'indemnité			
Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)	Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)
14	10,5	36	19,75
15	11	37	20
16	11,5	38	20,25
17	12	39	20,5
18	12,5	40	20,75
19	13	41	21
20	13,5	42	21,25
21	14	43 et au-delà	21,5

Le bureau de jugement du conseil de prud'hommes peut prendre en compte ce référentiel indicatif pour fixer le montant de l'indemnité due au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. L'application de ce référentiel est donc facultative. Ce référentiel prend en compte l'ancienneté du salarié, mais aussi son âge et sa situation par rapport à l'emploi.

Les montants qu'il fixe sont en effet majorés d'un mois de salaire :

- si le salarié est âgé d'au moins 50 ans à la date de la rupture de son contrat ;
- en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi du salarié, liées à sa situation personnelle et à son niveau de qualification au regard de la situation du marché du travail au niveau local ou dans le secteur d'activité considéré.

L'appréciation des difficultés particulières de retour à l'emploi du salarié licencié devrait être laissée à l'appréciation des conseillers prud'homaux. D'aucuns se sont interrogés sur le caractère cumulatif ou non de ces deux cas de majoration de l'indemnité : un salarié âgé d'au moins 50 ans à la date de la rupture et qui éprouve des difficultés de retour à l'emploi bénéficiera-t-il d'une indemnité majorée de 2 mois si le conseil se base sur le référentiel ? Il nous semble que la réponse doit être positive pour qu'ainsi l'indemnité maximale puisse atteindre 23,5 mois de salaire (21,5 mois + 1 mois + 1 mois).

Ce référentiel s'applique obligatoirement si l'employeur et le salarié en font conjointement la demande (*C. trav., art. L. 1235-1*). Il est cependant peu probable en pratique que le cas advienne.

Ce barème indicatif ayant été présenté devant le Conseil supérieur de la prud'homie, il est permis de penser que les conseils de prud'hommes seront enclins à s'y référer. Cependant, il ne peut être exclu qu'il ne soit pas appliqué de façon uniforme car :

- les pratiques varient souvent d'un conseil à l'autre ;
- le montant maximal prévu s'élève à 23,5 mois de salaire (en cas de licenciement d'un salarié ayant plus de 43 ans d'ancienneté, âgé de plus de 50 ans et connaissant des difficultés particulières de retour à l'emploi). Or, il arrive dans certains cas, lorsque le salarié a une grande ancienneté et qu'il n'a pas retrouvé d'emploi et risque de ne pas se reclasser, que l'employeur soit condamné à une indemnité comprise entre 2 et 3 ans de salaire.

On notera que l'indemnité pour un salarié ayant plus de 2 ans d'ancienneté et moins de 5 ans d'ancienneté (dans une entreprise de plus de 11 salariés) est moindre, selon ce référentiel, que l'indem-

nitée minimale de 6 mois de salaire prévue par les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Il est donc peu probable que pour des requérants ayant acquis chez leur ancien employeur une ancienneté comprise entre 2 et 5 ans, les conseillers prud'homaux salariés soient enclins à appliquer le référentiel.

2. Pourquoi un nouveau barème de conciliation ?

Le barème de l'indemnité forfaitaire applicable en cas de conciliation entre le salarié et l'employeur a été revu afin de le mettre en cohérence avec le référentiel indicatif. Il est par ailleurs plus incitatif que celui issu de la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi afin de favoriser les conciliations.

L'indemnité forfaitaire est ainsi fixée à (*CSS, art. D. 1235-21*) :

- 2 mois de salaire si le salarié justifie (chez l'employeur) d'une ancienneté inférieure à un an ;
- 3 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté au moins égale à un an, auxquels s'ajoute un mois de salaire par année supplémentaire jusqu'à 8 ans d'ancienneté ;
- 10 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 8 ans et moins de 12 ans ;
- 12 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 12 ans et moins de 15 ans ;
- 14 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 15 ans et moins de 19 ans ;
- 16 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 19 ans et moins de 23 ans ;
- 18 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 23 ans et moins de 26 ans ;
- 20 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté comprise entre 26 ans et moins de 30 ans ;
- 24 mois de salaire si le salarié justifie d'une ancienneté au moins égale à 30 ans.

Le barème initial, en vigueur depuis le 8 août 2013, n'était cependant quasiment pas appliqué. Lors d'une conférence de presse, le ministre de l'Economie de l'époque, Emmanuel Macron, l'avait reconnu dans ces termes : « le barème n'a pas fonctionné car il est trop bas ; il n'y a donc pas de compromis ». L'idée était donc de le rendre « plus attractif » et, au passage, d'assurer l'effectivité du référentiel indicatif applicable devant le bureau de jugement. L'avenir dira si ce barème, revu et corrigé à la hausse, remportera plus de succès que son prédécesseur.

3. Ce référentiel donnera-t-il plus de visibilité et de souplesse aux entreprises comme attendu ?

Ainsi que l'indique le ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social sur la page d'accueil de son site internet relatif à la loi Travail : « La loi Travail, c'est : plus de dialogue social, **plus de souplesse et de visibilité pour les entreprises**, plus de protections pour les actifs et en particulier ceux en situation de précarité (...) » et le Premier ministre de l'époque, Manuel Valls, d'ajouter que le barème indicatif devra donner « plus de visibilité pour les entreprises et permettre aux salariés une parfaite préservation de leur situation individuelle ». Il s'agit donc d'aller vers une relative **sécurisation des employeurs** qui redouteraient ainsi moins d'embaucher. Le principe est le suivant : si le débouché est moins difficile et que son coût est prévisible, alors les employeurs, notamment les TPE-PME, embaucheront.

Cet axiome est certainement exact mais il fait abstraction de cet autre obstacle majeur qu'est le déficit de formations appropriées aux besoins des entreprises. Et oui ! Alors que l'on déplore un taux

massif de chômage, les entreprises se plaignent de ne pas trouver de salariés formés à leurs métiers et marchés... Ainsi, malgré une faible reprise de l'emploi, l'économie française fait face à un « décalage croissant » entre les besoins des entreprises et les compétences disponibles sur le marché du travail » (*Enquête Hays, 16 nov. 2016 : AFP – Liaisons sociales Quotidien, n° 17202, 17 nov. 2016*).

Mais revenons aux montants des condamnations. Les employeurs redoutent des condamnations imprévisibles lorsqu'ils sont attirés devant le conseil de prud'hommes à la suite d'un licenciement. En effet, les pratiques varient souvent d'un conseil de prud'hommes à un autre, parfois même d'une section à une autre au sein du même conseil, et il est délicat de prévoir le montant d'une éventuelle condamnation. C'est ce que les praticiens appellent pudiquement « l'aléa judiciaire », auquel le décret d'application de la loi Macron est supposé remédier.

4. Va-t-on vers l'uniformisation des décisions de justice en matière d'indemnisation ?

Le premier ministre, Manuel Valls, a indiqué que le barème devait permettre « d'uniformiser le montants des dommages-intérêts d'une région à l'autre », et d'avoir « des décisions de justice plus homogènes ». D'après lui, ce barème devra être « un guide pour accompagner les juges et non un carcan impératif ». Cet objectif est plus que souhaitable et contribuera à la sécurisation des employeurs à la condition que le barème soit appliqué par les conseils de prud'hommes. En l'absence de contrainte, rien n'est moins sûr.

Ces deux référentiels indicatifs qui vont cohabiter, le premier devant le bureau de conciliation et d'orientation, le second devant le bureau de jugement, devraient être revalorisés tous les deux ans par le Conseil supérieur de la prud'homie. L'aval donné par ce Conseil sera-t-il suffisant pour inciter les conseillers siégeant en bureau de jugement à appliquer ce barème ?

Rappelons que le paritarisme attaché à la juridiction prud'homale fait que ce sont deux conseillers salariés et deux conseillers employeurs qui siègent en bureau de jugement. Il est souhaitable que les antagonismes, parfois de principe, entre le pôle salarié et le pôle employeur n'empêchent pas le conseil de se référer au barème.

Milite en faveur de l'application du référentiel le fait que le ou les conseillers employeurs qui « accepteraient » lors du délibéré que le licenciement soit jugé abusif, limitent le montant de la condamnation. On peut toutefois objecter que c'est déjà le cas aujourd'hui, ce qui n'empêche pas certaines condamnations d'être particulièrement lourdes. Mais, dorénavant, les conseillers disposeront d'un nouvel outil pour fixer le montant des condamnations.

5. La fixation de barèmes favorisera-t-elle la résolution amiable des litiges ?

Il est évident que la fixation de barèmes d'indemnisation vise à favoriser la conclusion d'un accord amiable entre les parties avant la

phase de jugement. L'encombrement des tribunaux, la longueur des procédures mais aussi la pacification des relations entre les parties au litige ont conduit au développement des modes de résolution amiable des litiges. Les modes amiables de règlement des conflits (MARC) ne cessent d'être promus. La loi Macron a supprimé le second alinéa de l'article 2064 du Code civil qui interdisait d'engager une médiation conventionnelle pour résoudre les différends qui pourraient s'élever à l'occasion de tout contrat de travail. Ainsi, depuis le 7 août 2015, la médiation conventionnelle est régie par les articles 21 à 21-5 de la loi du 8 février 1995 pour l'ensemble des différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail.

Cette évolution législative s'inscrit dans la logique du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 qui prévoit que la demande formée au greffe du conseil de prud'hommes doit mentionner les démarches entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. La médiation fait donc clairement partie, aujourd'hui, de la panoplie de ces démarches préalables. Dans le même esprit, la loi Macron élargit le champ des conventions de procédure participative aux conflits individuels du travail par lesquelles deux parties, assistées de leurs conseils, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. L'accent est donc mis depuis quelques années déjà sur la conciliation et/ou l'accord négocié par les parties, avec l'aide de leurs avocats (processus collaboratif – procédure participative) ou d'un médiateur. Toutes les démarches doivent être tentées avant de plaider en vue de trouver une solution négociée.

C'est dans cette continuité que le législateur incite les parties à négocier :

- dès le début de la procédure, devant le bureau de conciliation et d'orientation selon le barème fixant l'indemnité forfaitaire de conciliation ;

- si les parties n'ont pu se concilier devant le bureau de conciliation et d'orientation, et l'on sait qu'il faut souvent que le dossier « mûrisse », le référentiel indicatif leur permet d'évaluer, selon que l'on est salarié ou employeur, les chances de succès ou les risques encourus, et de transiger en considération du montant correspondant à leur situation.

On a relevé que le premier barème applicable devant le bureau de conciliation, issu de la loi de sécurisation du travail, n'a pas eu la faveur des parties et que très peu d'accords ont eu lieu sur cette base. Sa modification à la hausse afin d'être en cohérence avec le référentiel applicable devant le bureau de jugement vise sans aucun doute à favoriser les conditions d'une conciliation.

Et qui sait si un plus grand succès et une plus grande visibilité ne conduiront pas à un plafonnement de l'indemnité en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse ?

C'est en effet ce que n'a cessé de réclamer le patronat. La fixation d'un maximum a été envisagé dans les projets de lois Macron et Travail mais n'a pas passé le cap des discussions devant le Parlement. L'évolution du marché du travail et de l'emploi milite toutefois en ce sens. Gageons que les mentalités évolueront de sorte qu'un tel plafonnement devrait probablement voir le jour à court ou moyen terme.