Rapport n° 216.11.04.23

Novembre 2019

Rapport final de recherche

LA BAREMISATION DE LA JUSTICE

BAREMISATION ET CONTENTIEUX DU LICENCIEMENT SANS CAUSE REELLE ET SERIEUSE

Sous la direction de : Stéphane Gerry-Vernières, Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960. **Coordination de l'équipe de droit social** : Marielle Picq**,** Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960

Ont également contribué à ce rapport de recherche :

- Nathalie **Baruchel,** Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960
- Edwige **Fain**, Docteur en économie, IUT de l'Université Grenoble Alpes, GAEL, UMR CNRS 5313 / UMR INRA 1215
- Sabrina **Mraouahi**, Maître de conférences en droit privé, Université de Strasbourg, UMR 7354 DRES
- Marielle **Picq,** Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960
- Jessie **Saragaglia**, Doctorante contractuelle en droit privé, Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960
- Anne **Talpain**, Ingénieure d'études à l'Institut d'Etudes Sociales, Université Grenoble Alpes
- Carole **Téman**, Doctorante en droit privé, ATER à la Faculté de droit de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960
- Christelle **Varin**, Maître de conférences en droit privé, IUT de l'Université Grenoble Alpes, CRJ EA 1960

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention 216.11.04.23). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

REMERCIEMENTS

L'équipe tient à remercier les membres de la Mission de recherche Droit et Justice pour leur suivi et leur soutien, ainsi que l'ensemble des magistrats et des avocats ayant participé à l'étude.

Des remerciements particuliers sont adressés au **Premier Président de la cour d'appel A**, au **Premier Président de la cour d'appel B**, à l'ensemble des **magistrats des chambres sociales des cours d'appel A et B**, à l'ensemble des **présidents des conseils de prudhommes** sollicités et des **nombreux conseillers et avocats** qui ont accepté de nous recevoir.

L'équipe remercie très chaleureusement le **Professeur Stéphane Gerry-Vernières, directrice scientifique,** pour sa disponibilité et son constant soutien. L'équipe remercie également **Pierre Le Quéau**, **maître de conférences HDR en sociologie** (SHS-UGA) pour ses éclaircissements et sa collaboration enthousiaste à l'élaboration et au traitement des entretiens.

L'équipe tient aussi à remercier **les étudiantes de la Faculté de droit qui ont participé à cette étude** : **Clémence Chaix**, **Jessie Saragaglia**.

Enfin, l'équipe remercie tout particulièrement l'équipe administrative ayant participé à l'organisation des séminaires, des réunions de travail, du colloque sur la barémisation et au suivi de cette recherche : **Stéphanie Mandjee**, **Elsa Dybkov** et **Mélanie Pagny**.

TABLE DES MATIERES

PREMIÈRE PARTIE ***8***

L'objet et la méthodologie de la recherche ***8***

Section 1 - Objet de la recherche **8**

Section 2 - Méthodologie **16**

§1. De l'analyse quantitative 16

§2. De l'analyse qualitative 21

DEUXIEME PARTIE ***28***

L'approche quantitative : analyses statistiques des décisions de justice ***28***

Section préliminaire - La présentation des données **28**

§1. La physionomie du contentieux 28

A. Les juridictions 29

B. Les parties aux litiges 30

1. Caractéristiques du salarié 30

2. Caractéristiques de l'employeur 32

C. L'objet du litige selon les modes de rupture 33

§2. Les décisions 36

A. L'indemnisation du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse 36

B. L'indemnisation du licenciement jugé nul 38

Section 1 - Les critères de détermination du quantum de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse **39**

§1. Les critères explicites et leur influence 40

A. Présentation des critères explicites 40

B. L'influence des critères explicites sur le montant des indemnités 42

§2. Les critères implicites et leur influence 45

A. Les critères liés aux caractéristiques des parties 46

B. Les critères liés à la nature de la rupture 47

C. Les critères liés aux demandes 49

1. Les prétentions du salarié en appel 49

2. Les demandes accessoires 50

Section 2 - La réception des barèmes légaux de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse **53**

§1. Présentation générale des barèmes 53

§2. Comparaison des barèmes avec les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées 56

§3. Comparaison des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées avec les pratiques judiciaires 60

TROISIÈME PARTIE ***63***

L'approche qualitative : les entretiens ***63***

Section 1 - Les critères déterminants du *quantum* de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse **63**

§1. Des critères en général 63

A. Des critères multiples 63

B. Des critères de portée variable 67

1. Le classement de la fréquence des critères 67
2. La fréquence des catégories de critères 71
§2. De certains critères en particulier 74
A. Des critères liés à la personne du salarié 74
1. L'ancienneté 74
2. L'employabilité 76
B. Un critère lié à l'entreprise : le statut de l'entreprise 79
C. Un critère lié au licenciement : les circonstances de la rupture du contrat de travail 80
D. Des critères autres 83
1. La référence à un barème 83
2. Le comportement des parties à l'audience 85
3. La recherche de l'effectivité de la décision de justice 86
§3. De la méthode d'évaluation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse 87

Section 2 - L'incidence des demandes accessoires sur le montant de l'indemnisation du licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse 89
§1. La neutralité des demandes accessoires 89
A. Neutralité de principe sans réserves 90
B. Neutralité sous réserves 90
1. La neutralité en raison de fondements juridiques distincts 91
2. Les nuances 91
§2. L'incidence directe des demandes accessoires 94

Section 3 - La réception de la technique des barèmes par les acteurs 95
§1. Les barèmes officieux 95
A. L'inexistence d'une grille officieuse 95
B. L'existence d'une grille ou d'un référentiel 96
1. L'utilisation d'un barème propre à la juridiction 97
2. L'utilisation du référentiel indicatif issu de la loi du 6 août 2015 98
§2. Le barème légal issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 98
A. L'opposition au nouveau barème légal 98
1. L'injustice du nouveau barème légal 99
2. Les stratégies de contournement 99
B. L'admission du nouveau barème légal 100

OBSERVATIONS CONCLUSIVES 101

I. La réception duale des barèmes d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse 101
A. Le barème légal comme outil d'encadrement de l'office du juge 101
1. La méfiance quant à la réception du nouveau barème 101
2. L'incidence du nouveau barème 102
B. Les barèmes officieux locaux, outils d'aide à l'office du juge 104

II. Les critères de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse 105
A. L'insuffisance des critères légaux 105
1. L'effectif de l'entreprise, un critère inopérant *per se* 106
2. L'ancienneté, un critère nécessaire mais insuffisant 106
B. La diversité des critères d'évaluation 107
1. La situation du salarié au cœur de l'évaluation 108
2. La pondération par la situation et le manquement de l'employeur 108
3. Le recours à des critères correctifs complémentaires 110
C. La double fonctionnalité de l'indemnisation 112

III. Vers une meilleure prévisibilité de la réparation 115

A. L'objet de la réparation : préjudice économique et préjudice moral 115
B. L'ambiguïté des critères 116

LEXIQUE DE TERMES STATISTIQUES 120

LISTE DES TABLEAUX 121

LISTE DES FIGURES 123

BIBLIOGRAPHIE - WEBOGRAPHIE 125

SOMMAIRE DES ANNEXES 135

PREMIÈRE PARTIE

L'objet et la méthodologie de la recherche

Section 1 - Objet de la recherche

Le droit du travail français connaît différentes techniques destinées à encadrer le travail du juge dans l'évaluation des dommages et intérêts : des planchers, des plafonds et des forfaits y sont fréquemment observés[1], témoignant de ce que la matière n'est pas rétive aux outils de maîtrise des indemnités et à l'idée d'une certaine standardisation de la sanction civile en cas de violation de la loi. Mais **la place qu'il accorde au barème est plus récente et limitée**, à la différence de nombreux droits étrangers, où la méthode est bien connue. Les droits du travail espagnol[2], italien ou allemand[3], par exemple consacrent un barème des indemnités dues en cas de licenciement injustifié, c'est aussi le cas du droit belge qui recourt à la formule de Clayes pour le calcul de la durée des délais de préavis.

En France, l'introduction de l'outil au sein du code du travail n'est pas allée de soi. L'idée d'un barème s'est toutefois peu à peu imposée pour l'indemnisation de la perte d'emploi injustifiée. Si la réflexion a été engagée par les partenaires sociaux dès 2008[4], il faudra attendre l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi pour que soit consacré **un premier barème en droit du travail**. Poursuivant l'objectif de « *rationaliser les procédures de contentieux judiciaire* », l'accord entendait, par cette voie, faciliter la conciliation devant le conseil de prud'hommes dans le contentieux du licenciement. Grâce à un référentiel des dommages et intérêts dus en cas de licenciement injustifié, les parties au litige disposeraient de repères pour les négociations et seraient plus enclines à concilier. L'ANI a, en ce sens, instauré **un barème d'indemnités applicable devant la formation de conciliation**[5].
Transposant ces stipulations, la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a modifié les dispositions de l'article L.1235-1 du code du travail. Ce texte prévoit que, devant la formation de conciliation de la juridiction prud'homale, si un accord est

---

[1] E. Serverin, « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT*, 2016, p. 634.
[2] A. Lyon Caen, « Vérité au-delà des Pyrénées », *RDT*, 2016, p.125.
[3] C. Alessi et T. Sachs, « La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ? », *RDT*, 2018, p.802 s. – A. Perulli et P. Remy, « Regards « étrangers » sur les ordonnances », *RDT*, 2017, p. 669. Voir aussi, B. Palli, « La place du « barème » dans certains pays européens », Dr. Soc. 2019, p. 310.
[4] ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 11.
[5] ANI du 11 janvier 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi, art. 25.
Sur cet accord, v. not. M. Poirier, « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? », *Dr. ouv.*, 2013, n°777, p.240 – M. Grévy et P. Henriot, « Le juge, ce gêneur… », *RDT,* 2013, p.173.

conclu entre l'employeur et le salarié pour mettre fin au litige les opposant, celui doit comporter le versement d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé de manière objective « *par référence à un barème fixé par décret* »[6]. Ce barème, modifié par le décret n°2016-1582 du 25 novembre 2016[7], fixe aujourd'hui une **indemnité forfaitaire dont le montant varie entre deux et vingt-quatre mois de salaire en fonction de l'ancienneté du salarié** (C. tr., art. D.1235-21[8]). Cette indemnité met fin à toutes les contestations relatives à la rupture du contrat de travail, excluant ainsi les autres indemnités de rupture et celles réparant d'autres préjudices.

D'un barème cantonné à la conciliation prud'homale, le législateur a ensuite entendu **étendre le dispositif à la phase de jugement** du procès prud'homal en imposant aux juges et aux parties un outil similaire. En 2015, une première initiative a été engagée en ce sens dans le cadre du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ». Le texte entendait introduire une grille impérative de dommages et intérêts pour licenciement injustifié dont les montants[9] variaient suivant l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. Au soutien de ce projet, avait été mis en avant l'objectif d'uniformisation des décisions de justice sur le territoire national, mais également et surtout celui de sécuriser la rupture du contrat de travail en rendant plus prévisibles les conséquences éventuelles d'une condamnation judiciaire pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. **Capable ainsi de mesurer, d'évaluer le « prix de sa faute », l'employeur serait plus enclin à embaucher[10]**.

Pourtant, par une décision du 5 août 2015[11], le Conseil Constitutionnel a déclaré le texte **contraire à la Constitution**, la censure portant non sur le principe du barème, mais sur les modalités choisies. Car si le Conseil reconnaît l'*« objectif d'intérêt général* » d'un tel dispositif, en ce qu'il renforcerait la prévisibilité des conséquences attachées à la rupture du contrat de travail, il rappelle également que les critères retenus pour déterminer le montant des indemnités doivent avoir un lien avec le préjudice subi par le salarié.

---

[6] Décret n°2013-7221 du 2 août 2013, art. 1.
Sur ce barème, v. not. B. Gauriau, « Les accords d'extinction du procès », *JCP S*, 2014, 1191 ; R. Chiss, « Les accords d'extinction du procès », *JCP S*, 2014, 1192 – D. Boulmier, « Faciliter la conciliation prud'homale… mais pour qui ? », *Dr. soc*., 2013, p.837.

[7] Cette modification est intervenue à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, afin de mettre en cohérence ce barème avec le référentiel indicatif auquel se réfère le juge prud'homal à défaut d'accord entre les parties (cf. *infra*).

[8] V. Annexe n°1.

[9] Ces montants ont, semble-t-il, été arrêtés sur la base d'une étude réalisée par la Chancellerie à partir des arrêts rendus par les chambres sociales des cours d'appel au mois d'octobre 2014 (Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 11 juin 2015, discussion sur l'article 87B. V. égal., *Le Monde*, 17 juin 2015 (édition en ligne)).

[10] Pour une analyse de ce projet, v. par ex. C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.*, 2015, n°805, p.450 ; J.-P. Laborde, « Perplexité », *Dr. soc.*, 2015, p.569.

[11] Cons. const., 5 août 2015, décis. n° 2015-715 DC. Sur cette décision, A. Fabre, « Loi Macron : le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés contraire au principe d'égalité », *Constitutions*, 2015, p. 421 – du même auteur, « Loi « Macron » : barème, référentiel, grille — l'indemnisation des licenciements injustifiés en quête de prévisibilité », *Lexbase éd. Soc.*, n°623, 3 sept. 2015.

L'ancienneté en est un. En revanche, tel n'est pas le cas du critère de l'effectif de l'entreprise. Aussi, le texte, en retenant des plafonds d'indemnisation différents selon la taille de l'entreprise, mobilisait-il un critère instituant une différence de traitement injustifiée, méconnaissant ainsi le principe d'égalité devant la loi.
La loi « Macron » du 6 août 2015 a finalement introduit la possibilité pour le juge de prendre en compte un référentiel indicatif, précisé par décret, fixant le montant de l'indemnité de licenciement injustifié susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du salarié au regard de l'emploi. Du reste, si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel ; ce choix limite ainsi l'office du juge qui perd le pouvoir d'évaluer le montant des indemnités à allouer (C. tr., art. L.1235-1 dans sa version issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015)[12].

Quelques mois plus tard, le Gouvernement a, à nouveau, tenté d'introduire un barème impératif. Se conformant à la décision du Conseil constitutionnel de 2015, l'avant-projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi Travail », porté par la Ministre du travail Myriam El Khomri prévoyait, en son article 30, de mettre en place un nouveau barème. Reposant sur le seul critère de l'ancienneté du salarié, ce barème introduisait des plafonds aux indemnités allouées en cas de licenciement injustifié. L'hostilité à l'égard de ce texte, très vive, manifestée par les organisations syndicales de salariés et la société civile a finalement conduit le Gouvernement à modifier le projet de loi déposé au Parlement. **Le barème conservera son caractère facultatif suivant le dispositif consacré par la loi « Macron »** (C. tr., art. R.1235-22 issu du décret n°2016-1581 du 23 novembre 2016 portant fixation du référentiel indicatif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-1 du code du travail), ce référentiel devant servir de « guide » aux juges[13].

L'année suivante, la question de la barémisation des indemnités versées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est à nouveau débattue. L'article 2 de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, **substitue au barème indicatif existant un barème obligatoire[14]**. Ces nouvelles règles, qui s'appliquent aux licenciements notifiés postérieurement à la publication de l'ordonnance au *Journal officiel*, à savoir à compter du 24 septembre 2017, **révolutionnent l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, en abaissant les planchers fixés par la loi et en fixant des plafonds**. L'article L.1235-3 modifié dispose désormais qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et à défaut de réintégration, le juge octroie une indemnité au salarié dont le montant doit

[12] V. not. V. Orif, « Loi « Macron » : dispositions relatives à la justice prud'homale (art. 258) (seconde partie) », Lexbase éd. soc., 3 sept. 2015, n°623, spéc. n°28 – J. Icard, « Le barème indicatif de la loi Macron (D. n° 2016-1581, 23 nov. 2016 : JO 25 nov. 2016) », *Cah. soc.*, 2017, n°120, p.26.

[13] Déclaration du Premier Ministre, le 14 mars 2016.

[14] En réalité, deux grilles seront publiées : l'une concernant les entreprises de onze salariés et plus, l'autre, réservée aux entreprises comptant moins de onze salariés.

être compris entre des montants *minima* (*minima* qui sont moindres pour les entreprises employant habituellement moins de onze salariés) et *maxima* (communs à l'ensemble des entreprises quelle que soit leur taille) établis en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Suivant le rapport au Président de la République, ces montants ont été déterminés en fonction des « *moyennes constatées* » des indemnisations accordées par les juridictions[15]. L'application de ces planchers et plafonds obligatoires ne comporte qu'une seule limite : **le barème n'est pas applicable lorsque le licenciement est entaché d'une des nullités prévues à l'article L.1235-3-1 du Code du travail**.

La mise en place progressive et difficile d'un barème démontre que le recours à cette technique soulève de nombreuses questions et, pour certains, d'importantes réserves voire des résistances[16].
S'agissant du barème indicatif applicable en conciliation, son efficacité a été mise en doute. De l'aveu même du Gouvernement, « *le barème* [dans sa version initiale] *n'a pas fonctionné car il est trop bas ; il n'y a donc pas de compromis* »[17]. Revalorisé par le décret du 23 novembre 2016 pour le rendre plus attractif, il n'est pas certain qu'il ait conduit à modifier les pratiques et à améliorer le taux de conciliation.

Désormais contraignant, le barème déterminant le *quantum* de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse **s'impose au juge et aux parties**. Bien qu'ayant déjà été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel[18] et validé par le Conseil d'État[19], le dispositif suscite aujourd'hui encore **de vifs débats chez les praticiens[20]et au sein de la**

---

[15] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

[16] À commencer par l'utilisation du terme même de barème qui est sans doute discutable : Voir I. Sayn, Des barèmes et des juges. Les finalités des barèmes dans le fonctionnement de la justice, Dr. Soc. 2019, p. 293.

[17] E. Macron, alors ministre de l'économie, cité par F. Mehrez, « Le projet de loi ne prévoira qu'un barème indicatif en cas de licenciement injustifié », D. Actu., 15 mars 2016.

[18] Le Conseil constitutionnel a, en effet, pu confirmer sa faveur pour cet outil que justifierait le droit à l'emploi, à l'occasion du contrôle de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, cons. n° 32), mais aussi de l'examen de la loi de ratification de l'ordonnance n°2017-1387. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité du barème à la Constitution. Déclarant que « *en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* » (Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC). Sur cette décision, v. D. Baugard, J. Morin, « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.*, 2018, p.718 ; V. Bernaud, « Le Conseil constitutionnel valide pour l'essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail », *Dr. soc*., 2018, p.493.

[19] À l'occasion d'une requête en référé-suspension dirigée contre l'ordonnance instituant le barème, avant sa ratification par le Parlement, le Conseil d'État avait écarté le moyen tiré de l'inconventionnalité du barème (fondé sur la contradiction avec l'article 10 de la convention OIT n°158 et l'article 24 de la Charte sociale européenne) et déclaré qu'aucun doute sérieux n'entachait la légalité du barème (CE, ord. réf., 7 déc. 2017, n° 415243). V. égal. CE, Sect. soc., avis, 22 juin 2017, n°393357, spéc. pt 11 : suivant le Conseil, le dispositif du barème ne *« soulève aucune difficulté juridique particulière ».*

[20] V. par ex., l'argumentaire contre le plafonnement des indemnités mis à la disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats par le Syndicat des Avocats de France le 6 février 2018 (Annexe n°2).

doctrine. Quatre séries de reproches sont adressés à l'encontre du dispositif. Tout d'abord, ce nouvel encadrement heurterait profondément le principe de réparation intégrale[21]. Ensuite, l'outil permettrait, selon ses détracteurs, des « *calculs* »[22]; il normaliserait l'acte illicite laissant ainsi la place à une « *violation efficace de la loi* »[23]. En offrant aux entreprises les moyens d'anticiper les incidences financières de leurs actes, il porterait atteinte à l'effectivité de la règle de droit[24].

Le nouveau dispositif constituerait également une nouvelle atteinte aux pouvoirs du juge, dans un contexte, déjà commenté, de méfiance à l'égard du juge judiciaire[25].

Pour certains, enfin, ce nouvel outil irait à l'encontre du respect dû à la personne[26], affectant même sa dignité[27].

Ces critiques expliquent, en partie, la naissance du débat portant sur l'inconventionnalité du barème. La prise en compte d'un seul et unique critère, *a fortiori* celui de l'ancienneté du salarié, est-il adapté pour évaluer l'entier préjudice et l'exigence d'une « *indemnité adéquate* » ou « *appropriée* » posée par l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT ou encore par l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ? La décision du Comité européen des droits sociaux du 8 septembre 2016 condamnant le plafonnement des indemnités de licenciement prévu par la législation finlandaise ne vient-elle pas fragiliser le nouveau dispositif français de barémisation institué par l'ordonnance du 22 septembre 2017[28] ?

V. aussi, N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S*, 2018, 1150 ; I. Ayache-Revah, « Les contentieux prud'homaux après les ordonnances », *Cah. DRH*, 2018, n°256, p.2.

[21] V. not. Th. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », *RDT*, 2015, p.741 – C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.*, 2015, n°805, p.450

[22] A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », *RDT*, 2016, p.65. V. aussi, D. Métin, « Ordonnances : promotion sur les licenciements injustifiés ! », Actualités du droit, 8 sept. 2017, wk-rh.

[23] Selon le Professeur Lyon Caen, « [le barème] rend possible un calcul de ce que coûte une illégalité et incite, donc, à la commettre si, selon un raisonnement courant, ce coût est moins important que l'inconvénient créé par le respect de la légalité » : A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », préc.

[24] M. Grévy, P. Henriot, « Le juge, ce gêneur… », RDT, 2013, p.173.

[25] P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », *Sem. Soc. Lamy*, 2019, n°1849, p.4 ; F. Batard, M. Grévy, « *Securitas omnia corrumpit* », *RDT*, 2017, p. 663 ; A. Bugada., « Office du juge dans l'appréciation du préjudice pour licenciement irrégulier et injustifié au sens de l'article L. 1235-5 du Code du travail », *JCP S*, 2017, 1369 ; P. Henriot, « Le juge privé de sentences ? », *Dr. ouv*., 2018, p. 160 – C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.*, 2015, n°805, p.450. Certains auteurs soutiennent une position plus nuancée. Voir notam., L. Pecaut-Rivolier, « Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui », Dr. soc., 2018, p.79.

[26] J.-P. Laborde, « Perplexité », *Dr. soc*., 2015, p.569.

[27] M. Grévy, P. Henriot, « Le juge, ce gêneur… », *RDT*, 2013, p.173.

[28] J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux : une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ? », *Dr. soc*., 2017, p.745 - C. Percher, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », *RDT*, 2017, p. 726 – B. Palli, « Les réformes nationales de la justification du licenciement au prisme des standards européens et internationaux. Étude de droit comparé », *RDT*, 2018, p.618. Sur le débat doctrinal de la conventionnalité du barème : en faveur de la conventionnalité du baréme, G. Loiseau, « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », *Gaz. Pal*., 2019, n°341, p.19 ; « Conventionalité du barème : le débat est ouvert », comm. CPH Le Mans, 26 sept. 2018, *JCP S*, 2018, 1367 ; « Un examen clinique de la conventionalité du barème d'indemnité prud'homale », *Gaz. Pal*., 2018, n°324,

Des plaideurs n'ont, du reste, pas manqué de contester le barème obligatoire en soulevant sa contrariété avec les textes précités devant les juridictions du fond. Les réponses jusqu'alors apportées par les conseils de prud'hommes ne sont pas uniformes[29]. Ainsi, si certains juges ont rejeté l'exception d'inconventionnalité[30] ou ont invité les parties à saisir la « *Cour de justice européenne* »[31], d'autres ont rejeté l'applicabilité directe de la Charte sociale européenne[32]. D'autres juridictions prud'homales encore ont, en revanche, accueilli l'exception d'inconventionnalité du barème. Le conseil de prud'hommes de Troyes, le premier à emprunter cette voie par un jugement du 13 décembre 2018, a déclaré le barème prévu à l'article L.1235-3 contraire à la convention n°158 de l'OIT et à la Charte sociale européenne au motif que le plafonnement limitatif des indemnités prud'homales « ***ne permet pas aux juges d'apprécier les situations individuelles des salariés injustement licenciés dans leur globalité et de réparer de manière juste le préjudice qu'ils ont subi*** ».

---

p.16 ; P. Morvan, « La prétendue non-conformité du barème d'indemnités de licenciement « Macron » au droit international : un exemple de jurisprudence virale », Le blog de P. Morvan, 18 déc . 2018.
Contra, J. Mouly, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », Dr. Soc., 2019, p. 234 ; « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? (À propos du jugement du conseil de prud'hommes de Troyes du 13 décembre 2018) », *Dr. soc*., 2019, p. 122 ; « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », Dr. ouv., 2018, p. 435 ; « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », Dr. ouvrier 2017. 435. J. Icard, « Le barème d'indemnisation face au droit international : la promesse de l'Aube », Bulletin Joly Travail, 2019, n°1, p.9 ; S. Tournaux, « Plafonnement des indemnités prud'homales de licenciement et engagements internationaux de la France », comm. CPH Troyes, 13 décembre 2018, n° 18/00036, Lexbase éd. Soc., n°767, 10 janv. 2019 ; A. D'Heilly, « La conventionalité des barèmes d'indemnisation prud'homale », JCP S, 2018, actu, 160 ; A. Bugada., « Contrariété du barème des indemnités prud'homales aux conventions internationales », Procédures, 2019, n°2, p.26 ; A. Bugada, « Conformité du barème prud'homal au droit international », Procédures, 2018, n°11, p.22 ; M. Richevaux, « L'avenir moins incertain du barème d'indemnisation des licenciements », PA, 2019, n°28, p.8. ; « L'avenir incertain du barème d'indemnisation des licenciements », PA, 2018, n°240, p.8. V. encore, C. Radé, « De la conventionnalité du « barème Macron » », *Dr. soc.*, 2019, p. 324 ; P. Lokiec, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *D.*, 2019, p.248 ; J.-P. Lhernoud, « Le barème est-il contraire au droit international et européen ? », Jurisp. Soc. Lamy, 2019, n°469.

[29] M. Peyronnet, « Conseils de prud'hommes : conventionnalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ? », Dalloz actualité, 4 février 2019 ; L. Malfettes., « Indemnités de licenciement : un conseil de prud'hommes s'affranchit du plafond », Dalloz actu., 18 décembre 2018 » ; P. Lokiec, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », D. 2019, p.248 ; S. Sereno, « Le juge prud'homal et le barème d'indemnisation : des oubliettes à l'avant-garde ! » ; note sous conseil de prud'hommes, Le Mans, section commerce, 26 septembre 2018, numéro 17/00538, et conseil de prud'hommes, Troyes, section activités diverses, 13 décembre 2018, numéro 18/00036, GP, 2019, n°344, p.49

[30] Le conseil de prud'hommes du Mans a ainsi jugé le barème légal conforme à l'article 10 de la convention OIT n°158 et à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (Cons. prud'h. Mans, 26 sept. 2018, n° 17/00358, SSL 2018, n° 1832, p. 12, note S. Bloch et A. Chaulet ; JCP S 2018, 1367, note Loiseau G. ; BJT nov. 2018, n° 110q0, p. 163, obs. P. Safar et A.Lamothe ; LPA 30 nov. 2018, n° 140q1, p. 8, note M. Richevaux). Le conseil de prud'hommes de Caen a rendu une décision similaire, en se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel n°2018-761 DC du 21 mars 2018 relative à la loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017, pour écarter l'exception d'inconventionnalité (Cons. prud'h. Caen, dép., 18 déc. 2018, n° RG F 17/00193). V. aussi, Cons. Prud'h. Le Havre, section Commerce, 15 janv. 2019, RG 18-00318 qui déclare que le barème est « *conforme aux principes d'indemnité adéquate et de réparation appropriée en cas de licenciement* » fixés par la convention 158 de l'OIT et la Charte sociale européenne.

[31] Cons. prud'h. Saint-Quentin, Section Encadrement, 10 sept. 2018, n° RG F 17/00171.

[32] Cons. prud'h Tours, section commerce, 29 janvier 2019. Les juges ont, de manière peu conventionnelle, invité la salariée concernée à engager la responsabilité de l'État, si elle *« estime que la France n'a pas respecté son engagement »* au regard de l'art. 24 de la Charte sociale européenne.

Par ailleurs, il souligne que ces barèmes « *ne permettent pas d'être dissuasifs pour les employeurs qui souhaiteraient licencier sans cause réelle et sérieuse un salarié*. [Ils] ***sécurisent davantage les fautifs que les victimes et sont donc inéquitables*** »[33].
Des décisions similaires ont été rendues par le conseil de prud'hommes d'Amiens qui a, le 19 décembre 2018, jugé contraire à l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT le dispositif légal[34], le conseil de prud'hommes de Lyon,[35] d'Angers[36] ou encore de Paris[37]. Des analyses plus nuancées, mais pour un résultat identique, ont été adoptées par le conseil de prud'hommes d'Agen le 7 février 2019 et le conseil de prud'hommes de Grenoble le 4 février 2019 : tout en reconnaissant à titre de principe la conventionalité du barème, les juges précisent, dans les mêmes termes, qu'il pourrait être fait exception aux plafonds *« en présence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait manifestement rendue impossible par l'application du barème* », en raison de circonstances propres à une espèce[38].
Ces décisions, conduisant à écarter par principe ou à titre exceptionnel le barème, traduisent une franche résistance des conseillers prud'hommes à l'égard du barème obligatoire[39].

---

[33] Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, n° RG F 18/00036.

[34] « *Attendu que les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail accordent à Monsieur X une indemnité à hauteur d'un demi mois de salaire ; Que par les dispositions exposées par la convention n°158 de l'OIT et de la jurisprudence établie en matière d'application de ladite Convention permettent aux juges nationaux de déterminer si les sommes attribuées par la législation nationale sont appropriées en matière de réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; Que cette indemnité ne peut être considérée comme étant appropriée et réparatrice du licenciement sans cause réelle et sérieuse et ce, dans le respect de la convention n°158 de l'OIT, mais aussi de la législation française et de la jurisprudence applicables en la matière* ».

[35] Cons. prud'h. Lyon, Section Activités diverses, 21 déc. 2018, n° RG F 18/01238 (au visa de l'art. 24 de la Charte sociale européenne) – Cons. prud'h. Lyon, Section Commerce, 7 janvier 2019, n° RG F 15/01398 (au visa de l'art. 10 de la convention n°158 de l'OIT et de l'art. 24 la Charte sociale européenne).

[36] Cons. prud'h. Angers, Section Activités diverses, 17 janv. 2019, n° RG F 18/00046 (au visa de l'art. 24 la Charte sociale européenne).

[37] Cons. prud'h. Paris, section Activités diverses, 22 novembre 2018, RG n° 18/00964 (la décision n'a été délivrée aux parties le 1er mars 2019).

[38] Cons. prud'h. Agen, audience de départage, 7 février 2019, nº 18/00049, Cons. prud'h. Grenoble, section Activités diverses, 4 février 2019, RG n° 18/01050 . Comp ; Cons. prud'h. Grenoble, Section Industrie, 18 janv. 2019, n° RG F 18/00989 (barème déclaré inconventionnel au visa de l'art. 10 de la convention n°158 de l'OIT, de l'art. 24 de la Charte sociale européenne, de la décision du Comité européen des droits sociaux du 8 sept. 2016). Commentant le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Grenoble, un auteur souligne que la formule retenue «*ne semble pas viser un préjudice distinct mais bien celui, lié à la perte d'emploi, réparé au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse* » et de conclure « *qu'à supposer même que le barème s'applique, un dépassement du plafond est envisageable, non seulement en présence d'un préjudice distinct, mais également en présence d'un même préjudice manifestement insuffisamment réparé par ledit barème* ». ; P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », préc.

[39] En ce sens, P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », préc. ; J. Mouly, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? » préc En réaction, le ministère de la Justice a adressé aux procureurs généraux près les cours d'appel une circulaire le 28 février 2019. Cette circulaire demande aux procureurs généraux d'informer le ministère de la Justice des décisions rendues dans leur ressort ayant écarté le moyen d'inconventionnalité des dispositions indemnitaires fixées par l'article L.1235-3 du Code du travail, ainsi que celles ayant retenues cette inconventionnalité afin de *« disposer d'éléments sur ces contentieux »*. Sans attendre cette transmission, ils sont appelés à communiquer celles de ces décisions ayant fait l'objet d'un appel *« afin de pouvoir intervenir en qualité de partie jointe »* pour faire connaître l'avis du parquet général sur cette question d'application de la loi (Circulaire du 28 février 2019, n°

Relevons, enfin, que le Comité européen des droits sociaux est actuellement saisi de deux réclamations collectives sur la conformité du barème à l'article 24 de la Charte sociale européenne[40].

C'est dans ce cadre légal, réglementaire et jurisprudentiel en mutation que le groupe de droit social a entrepris et mené sa recherche pour le compte du GIP- Mission de recherche Droit et Justice.

Le groupe a entendu étudier les pratiques juridictionnelles à l'égard de ce phénomène de « barémisation ». Si la technique du barème trouve aujourd'hui une place dans le discours de la loi, il convenait de s'interroger sur la **réception de l'outil chez les acteurs de la justice (juges et avocats)** :

- L'introduction du barème dans le code du travail est récente. Faut-il pour autant considérer que l'instrument était jusqu'alors **inconnu des prétoires** ? Ou, au contraire, la pratique s'était-elle déjà engagée dans une **dynamique de standardisation des décisions de justice en élaborant ses propres barèmes** ?
- Le barème de conciliation institué en 2013, bien que conçu pour favoriser les négociations devant la juridiction prud'homale, a-t-il eu une **influence au-delà de la conciliation** ? Les acteurs s'en sont-ils saisis pour modifier leurs pratiques y compris dans le cadre de la phase de jugement ?
- En dehors de toute démarche volontariste tendue vers l'élaboration d'un référentiel unique, les juges mobilisent-ils des **critères spécifiques pour déterminer le montant de l'indemnisation allouée au titre du licenciement injustifié** ? La mise en lumière de ces critères participerait de la prévisibilité du montant des indemnités prud'homales.
- S'agissant du barème impératif introduit par l'ordonnance du 22 septembre 2017, celui-ci a été établi, à suivre la lecture des travaux préparatoires, selon les moyennes pratiquées devant les juridictions françaises. Est-il véritablement **conforme aux pratiques observables** ?
- Plus généralement, comment ce nouveau barème est-il perçu et reçu par les acteurs ? Entendent-ils **s'y conformer** ou envisagent-ils **de le combattre** ou, tout au moins, de mettre en place des **stratégies d'évitement** ?

Ces questions ont, de manière constante, guidé le travail de recherche dont les résultats sont ici présentés.

C3/201910006558 du ministère de la Justice). Sur cette circulaire, M. Malhere, « Licenciement abusif : l'exécutif rappelle à l'ordre les juges prud'homaux frondeurs », Le Figaro Économie, 9 mars 2019 ; A. Ruello, M. Bellan, « Barème aux prud'hommes : l'exécutif monte au créneau », Les Echos, 8 mars 2019.

[40] Récl. N°160/2018, CGT-FO c/ France et n°171/2018, CGT c/ France.

Section 2 - Méthodologie

Afin de tenter d'appréhender la place que la pratique judiciaire accordait déjà ou entendait accorder aux barèmes, le groupe a mené une **double étude** dans les ressorts des **cours d'appel A et B** : une **étude quantitative** (§1) portant sur l'analyse de décisions rendues dans le contentieux du licenciement par les deux cours d'appel et une **étude qualitative** (§2) reposant sur une série d'entretiens réalisés auprès d'acteurs du monde judiciaire de ces deux ressorts.

§1. De l'analyse quantitative

Par l'analyse statistique des décisions de justice, l'objectif arrêté par l'équipe de droit social est de prendre connaissance **de la jurisprudence et des pratiques judiciaires à l'œuvre dans les juridictions** comprises dans le champ de la recherche. Plus précisément, l'objectif est de mettre en exergue, s'ils existent, **les critères utilisés par les juges** (expressément ou implicitement, consciemment ou inconsciemment) **pour évaluer le quantum de l'indemnisation allouée au salarié dont le licenciement serait jugé sans cause réelle et sérieuse ou nul**.
A cette fin, il a d'abord été nécessaire de **constituer un corpus** (A), ensuite **la définition de ce corpus** a été précisée (B), enfin, l'équipe a travaillé à l'**élaboration de la grille d'analyse** (C).

A. Constitution du corpus

Dans cette perspective, l'équipe de droit social a entendu analyser les décisions rendues par les chambres sociales de **deux cours d'appel** et celles rendues par **deux conseils de prud'hommes** sur **deux années civiles** (2015 et 2016).

> Les cours d'appel

Les cours d'appel concernées sont :

- la **cour d'appel A**, qui comprend dans son ressort 6 conseils de prud'hommes : CPHA1, CHPA2, CPHA3, CPHA4, CPHA5, CPHA6;
- la **cour d'appel B**, qui comprend dans son ressort également 6 conseils de prud'hommes : CPHB1, CPHB2, CPHB3, CPHB4, CPHB5, CPHB6.

Pour accéder aux arrêts rendus dans le contentieux du licenciement auprès des chambres sociales de ces deux cours, le professeur Stéphane Gerry-Vernières a pris attache avec le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation en septembre 2016. Il a ainsi été demandé que soit communiqué à l'équipe de droit social l'ensemble des décisions rendues depuis le 1er janvier 2015 et comprenant les mots-clés suivants : « licenciement » à proximité de « sans cause réelle et sérieuse ».

À la fin du mois suivant, l'équipe de droit social a reçu l'ensemble des décisions rendues par ces chambres sociales **entre le 6 janvier 2015 et le 11 octobre 2016**, lui permettant de constituer une base de données conséquente **comprenant 1524 arrêts**.

	CA A	**CA B**
Nombre d'arrêts	914	610
TOTAL	1524	

> Les conseils de prud'hommes

Par ailleurs, l'équipe de droit social a souhaité intégrer dans sa recherche les jugements rendus par les conseils de prud'hommes suivants :

- le **conseil de prud'hommes CPHA1**;
- le **conseil de prud'hommes CPHA2**.

Pour accéder à ces décisions, Michel Farge, Marielle Picq et Anne Talpain ont rencontré, le 15 novembre 2016, le président, le vice-président et la directrice du greffe du conseil de prud'hommes CPHA1 afin de leur présenter le projet de recherche.
De son côté, le 16 janvier 2017, Christelle Varin a pris contact avec le président et le vice-président du conseil de prud'hommes CPHA2.

Bien qu'ayant reçu un accueil très favorable de la part des deux juridictions, l'équipe de droit social s'est heurtée à des **difficultés matérielles pour accéder à ces décisions**. En effet, ces conseils de prud'hommes ne numérisent pas leurs jugements, à tout le moins, ceux-ci ne sont pas en mesure d'en communiquer une version numérique.
Toutefois, désireux d'ouvrir l'accès à leurs jugements, ils se sont montrés favorables à l'accueil de certains membres de l'équipe pour leur permettre de consulter les archives papiers des affaires traitées. Ainsi, Anne Talpain s'est rendue au conseil de prud'hommes CPHA1 au mois de février 2017 afin de préciser les modalités d'une telle consultation. Au cours de cette visite, il a pu être constaté que les archives étaient classées par section du conseil et par ordre chronologique, et non par type de contentieux. En d'autres termes, le travail de collecte des décisions entrant dans le champ de la recherche (jugements relatifs au contentieux du licenciement et déclarant le licenciement contesté sans cause réelle et sérieuse ou nul) impliquait forcément une consultation de l'ensemble des dossiers.

Il est apparu que le temps nécessaire à l'extraction manuelle des jugements pertinents était incompatible avec le calendrier imposé pour le déroulement de la recherche. L'équipe

de droit social a donc été contrainte de **recentrer sa recherche sur l'analyse des arrêts des cours d'appel**.

B. Définition du corpus

L'équipe de droit social a ensuite délimité le corpus pour son analyse.
Tel qu'indiqué précédemment, l'équipe de droit social a entendu **dégager les critères retenus par les juges pour l'évaluation du montant de l'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou de licenciement nul**. Aussi convenait-il d'identifier, parmi les 1524 décisions des chambres sociales des cours d'appel A et B mises à disposition, les arrêts exploitables en conformité avec les objectifs de la recherche.

En ce sens, il est apparu nécessaire de vérifier :

- que l'ensemble des décisions communiquées **reconnaissait bien que le licenciement contesté était dépourvu de cause réelle et sérieuse de licenciement ou était frappé de nullité**, ou encore que les ruptures du contrat de travail (prises d'acte par exemple) produisaient bien les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, condition nécessaire à l'octroi de l'indemnisation objet de la présente étude ;

- que les décisions remplissant cette première condition **indiquaient précisément le montant du salaire perçu par le salarié avant la rupture du contrat de travail**. En effet, la loi encadre le quantum de l'indemnité due au salarié en tels cas en référence au salaire mensuel brut perçu par lui (art. L.1235-3 du Code du travail, tant dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 que dans sa version issue de ladite ordonnance).

Les arrêts ne répondant pas à ces deux critères ont, dès lors, été exclus du corpus.

À l'issue de ce travail de tri, **958 décisions ont été écartées** (arrêts des deux cours d'appel confondus, soit 425 arrêts de la cour d'appel B et 533 arrêts de la cour d'appel A). Cela représente 61.6% des arrêts de la base de données initiale.

Parmi les 958 décisions écartées, plus des 4/5, soit 777 décisions, l'ont été au motif qu'elles étaient sans lien avec le contentieux intéressant la recherche ou qu'elles jugeaient que le licenciement contesté reposait bien sur une cause réelle et sérieuse (HS).
Les 181 autres arrêts écartés l'ont été au motif qu'ils ne précisaient pas le salaire que percevait le salarié (PR).

	HS	PR	Nombre total d'arrêts écartés
CA A *N = 914*	425	108	533
CA B *N = 610*	352	73	425
TOTAL *N = 1524*	777	181	958

HS = hors-sujet
PR = pas de salaire indiqué ou montant du salaire imprécis

Ainsi, **le corpus définitif comprend 566 décisions** (arrêts des deux cours d'appel confondus), 185 rendus par la cour d'appel B (près d'un tiers des décisions) et 381 rendus par la cour d'appel A.

		Nombre total d'arrêts étudiés
CA A	381	566
CA B	185	

L'équipe de droit social a choisi de soumettre à l'analyse la totalité des décisions composant ce corpus.

Il est à noter que plusieurs arrêts rendus tant par la cour d'appel B que par la cour d'appel A ont statué sur des affaires concernant plusieurs salariés. L'équipe de droit social a décidé que ces arrêts feraient l'objet d'autant d'observations distinctes que de salariés concernés.

Il en résulte donc que les 566 décisions composant le corpus soumis à notre étude ont donné lieu à un **total de 587 observations**.

		Nombre total d'observations
CA A	388	587
CA B	199	

C. L'élaboration de la grille d'analyse des arrêts

Le processus d'élaboration

La construction de cette grille a fait l'objet de nombreuses et longues discussions au sein de l'équipe, entre novembre 2016 et Juillet 2017. La grille a été finalisée à la mi-juillet 2017 ; elle résulte d'une **période de test** assurée par l'équipe et **d'une phase de concertation avec les praticiens du droit.**

Après la construction d'une première structure générale, l'équipe a décidé de **procéder à des tests** pour vérifier l'effectivité de la grille au regard des objectifs poursuivis. C'est ainsi que chaque membre a accepté de tester cet outil en traitant au moins 10 arrêts. De cette première expérience partagée, des enseignements ont été retirés, permettant de préciser et d'harmoniser les différentes rubriques.

Ensuite, **la grille a été soumise pour avis aux magistrats des cours d'appel A et B**, lesquels ont émis un avis favorable tout en apportant des précisions dont l'équipe a tenu compte (par exemple à la suite de remarques des magistrats de la cour d'appel B, il a été décidé d'affiner les entrées initialement prévues concernant le statut juridique de l'employeur, pour pallier les difficultés inhérentes à l'imprécision de la notion d'entreprise). Concomitamment, **la grille a été discutée auprès d'avocats** du ressort des deux cours qui ont également émis un avis favorable sans réserves.

À la suite des retours des praticiens du droit, l'équipe a définitivement validé la grille et chacune a traité 50 décisions. Le traitement de l'ensemble des décisions composant le corpus a été confié (à compter du 1er octobre 2017 et pour une période de 2 mois) à une étudiante-stagiaire, Clémence Chambard, qui sous le contrôle de l'équipe a finalisé le travail. Le traitement des arrêts a pris fin en décembre 2017.

La structure finale de la grille

La grille est structurée autour de 5 grands thèmes (Voir annexe 4) :

- Une série d'entrées tendant à proposer une présentation descriptive des éléments factuels de l'espèce : la situation du salarié à la date de la rupture du contrat de travail (sexe, âge, statut professionnel, profession, date d'embauche, date de rupture du contrat de travail, salaire mensuel brut etc.), la situation de l'employeur (statut juridique, effectif, entreprise en difficultés, etc…), la nature de la rupture du contrat de travail.

- Une série d'entrées visant à préciser la décision rendue en première instance (identification du conseil de prud'hommes ayant statué, date, solution, etc.).
- Une série d'entrées destinées à identifier les différentes prétentions formulées par le salarié devant la cour d'appel.
- Une série d'entrées relatives à la décision de la cour d'appel visant à préciser le fondement et le montant de l'indemnisation, les critères expressément invoqués par les juges pour déterminer le montant de l'indemnité ; l'existence, la nature et le montant au titre, le cas échéant, des prétentions accessoires.
- Une entrée visant à préciser si le plancher légal d'indemnisation équivalent à 6 mois de salaires bruts (par application de l'article L. 1235-3 dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017) est applicable ou non au cas d'espèce.

§2. De l'analyse qualitative

À la suite du traitement quantitatif des arrêts, les membres de l'équipe de droit social ont souhaité mener **une enquête qualitative, d'une part,** auprès **des magistrats** des Cours d'appel A (cinq conseillers) et B (trois conseillers), des **conseillers prud'hommes** siégeant dans un conseil de prud'hommes relevant du ressort de la cour d'appel A (CPHA1) et de la cour d'appel B (CPHB3) et, **d'autre part**, auprès de plusieurs **avocats** spécialisés en droit social, plaidant devant les juridictions des cours concernées.

L'objectif de l'étude qualitative est d'affiner l'analyse des tendances statistiques issues de l'enquête quantitative en mettant en lumière plusieurs données : les **indicateurs** qui président, selon les acteurs, à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, **l'incidence éventuelle des demandes accessoires** sur cette indemnisation mais également l'existence, le cas échéant, d'un **barème officieux propre à une juridiction**.

Au surplus, il a été décidé de questionner ces praticiens sur **leur perception et leur analyse du nouveau barème** mis en place par l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail du 22 septembre 2017.

Choix, méthodologie et organisation de l'enquête qualitative :

Compte tenu des finalités espérées de cette seconde phase d'étude, après avoir choisi la technique d'entretien (A), l'équipe a conduit deux réflexions, l'une portant sur les modalités de déroulement des entretiens (B), l'autre relative au public ciblé (C).

A. Le choix du type d'enquête qualitative

Après avoir écarté les techniques d'enquête qualitative reposant sur un questionnaire laissant peu de liberté aux enquêtés dans leurs réponses, l'équipe a retenu la technique de l'entretien semi-directif **dans le but d'obtenir des réponses étayées sur des pratiques professionnelles**.

Face à ce choix audacieux pour des juristes, l'équipe de droit social a souhaité être assistée par un **sociologue** pour la tenue de ces entretiens. Aussi a été organisée une première réunion de travail le 9 octobre 2017 en présence d'un sociologue, Pierre Le Quéau, maître de conférences HDR en sociologie (UFR SHS, UGA), qui a présenté les enjeux et les techniques de l'entretien. Une partie de cette intervention a été filmée et mise à la disposition des membres des équipes de droit pénal et de droit de la famille.

B. Les modalités de déroulement des entretiens

- Élaboration des guides d'entretien

Pour être en mesure d'analyser et d'exploiter de façon satisfaisante les entretiens de nos interlocuteurs, l'équipe s'est réunie à plusieurs reprises (voir le calendrier des réunions, annexe n° 3) pour **élaborer un guide** permettant, tout en laissant une liberté de parole et de propos aux intéressés, d'aborder les **thèmes nécessaires** à l'enrichissement des résultats quantitatifs. Il est apparu opportun de prévoir **deux guides**, ***l'un à l'attention des avocats***, ***l'autre destiné aux entrevues avec les magistrats***.

- Le contenu des guides d'entretien[41]

Il a tout d'abord été convenu de demander à chaque interlocuteur de présenter rapidement son parcours professionnel en soulignant, si possible, **le choix de son orientation professionnelle** (le choix de la spécialisation en droit social pour les avocats, le choix de la fonction de conseiller prud'homal ou de conseiller en chambre sociale pour les magistrats). Ce premier point participe des « données explicatives » et permet, outre l'instauration d'un climat de confiance lors de la phase d'analyse des entretiens, de moduler ou de nuancer le discours expertisé au regard des choix et caractéristiques personnelles de l'intéressé.

Ensuite, est suggérée une **analyse globale du contentieux social et de son évolution récente** au cours des dix dernières années.

Enfin et surtout, en lien direct avec les données statistiques, sont proposées les questions touchant aux **critères présidant à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse**, **l'incidence éventuelle de l'importance des demandes accessoires** sur le quantum de dommages et intérêts accordés par la juridiction pour réparer le préjudice lié à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et l'existence le cas échéant d'un **barème officieux propre à la juridiction** ou à la chambre.

L'entretien se termine par une question portant sur **l'appréciation personnelle de chaque intéressé sur le nouveau barème** tel qu'issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

- Modalités pratiques

41 V. Annexe n° 5. - Le guide des entretiens magistrats-avocats.

Afin de faciliter les échanges, le choix a été fait de réaliser des **entretiens individuels**. Il a été également décidé de procéder à **l'enregistrement des propos** de chaque interlocuteur ou interlocutrice, sous engagement du respect de l'anonymat. Aucune personne sollicitée n'a refusé l'enregistrement de ses propos.

À cet effet, a été construit un système de **codage des entretiens**. En outre, il a été décidé de réaliser, si possible, chaque entretien en présence de deux membres de l'équipe[42].

C. Le choix des interlocuteurs

- Les magistrats

Des entretiens ont été réalisés auprès des conseillers des cours d'appel A et B mais également auprès de conseillers prud'hommes.

Les conseillers des cours d'appel : La décision a été prise de contacter l'ensemble des conseillers des chambres sociales des cours d'appel A et B. Préalablement, le groupe droit social avait rencontré le 6 juin 2017, lors d'un déjeuner, l'ensemble des magistrats de la chambre sociale de la cour d'appel A. À cette occasion, les magistrats ont répondu favorablement à notre projet d'enquête-interview.

L'équipe a également obtenu, par mail, un accord de principe de la part de la présidente de la chambre sociale de la cour d'appel B.

Les conseillers prud'hommes : Compte tenu du nombre de conseillers prud'hommes relevant du ressort des deux cours d'appel A et B et pour ne pas multiplier des entretiens dont l'analyse aurait ensuite pu être difficile et trop lourde pour l'équipe, il convenait d'opérer des choix, en tenant compte notamment du paritarisme et de la représentation des organisations syndicales et patronales propres à la juridiction prud'homale.

Après débats et discussion, les membres de l'équipe ont alors choisi de solliciter **deux conseils de prud'hommes** (CPHA1 et CPHB3) et de contacter, pour chacune de ces juridictions, le Président et le Vice-Président, ainsi que les Présidents et Vice-Présidents de chaque section.

Préalablement, un accord de principe avait été obtenu de la part de la présidence et la vice-présidence de chacune de ces juridictions. C'est ainsi qu'à la suite d'un courrier adressé aux chefs des juridictions concernées le 20 octobre 2016, un rendez-vous a eu lieu le 15 novembre 2016 en présence de deux membres de l'équipe de droit social et d'un des co-directeurs du CRJ. L'invitation à coopérer au projet a été accueillie avec enthousiasme tant par les magistrats que par le chef du greffe et le personnel.

42 V. Annexe n°6 - Tableau de suivi des entretiens.

Quant à la juridiction relevant du ressort de la cour d'appel B, un accord de principe a été donné par téléphone et par mail, permettant alors l'organisation matérielle des entretiens.

- Les avocats

Il est apparu indispensable d'associer à l'approche qualitative les avocats qui pouvaient éclairer les différents points retenus au titre des pratiques locales. L'accord avait été obtenu par le Président de la commission de droit social d'un des ordres des avocats relavant du ressort de la cour d'appel A, lors d'un déjeuner de travail le 14 avril 2017, en présence notamment du professeur Stéphane Gerry-Vernières.

Le principe adopté, il restait dès lors à définir les critères permettant de bâtir une liste d'avocats à solliciter.

Dans un premier temps, l'équipe a adopté le critère simple de la **spécialisation en droit social de l'avocat**. Au moment du lancement de l'enquête, le site du barreau concerné affichait 19 avocats spécialisés en droit social (dans le ressort de la CA A) et 5 sur le site du barreau (relevant du ressort de la CA B). Ce critère, objectif et simple dans sa mise en œuvre, est toutefois apparu discutable et pas toujours pertinent. En effet, l'équipe s'est rendue compte que cette liste ainsi établie comprenait des avocats ne plaidant plus et, surtout, que des avocats non titulaires de la spécialité figuraient en revanche fréquemment dans les dossiers issus de la base de données.

Il a alors été décidé, dans un second temps, de **contacter tous les avocats dont les références apparaissaient dans au moins 10 dossiers de la base de données**. C'est ainsi que 7 cabinets du ressort de la cour d'appel A et 5 cabinets du ressort de la cour d'appel B ont été sollicités par courriers en date du 7 février 2018 et du 12 avril 2018. Les avocats plaidant auprès des juridictions du ressort de la cour d'appel A ont manifesté un vif intérêt à cette proposition. Seul un avocat n'a pas souhaité donner suite à notre proposition. En revanche, s'agissant des cabinets ciblés, plaidant auprès des juridictions du ressort de la cour d'appel B, 4 cabinets, malgré nos relances par courrier et appel téléphonique, n'ont pas désiré se manifester.

Déroulement et traitement des entretiens

Les entretiens ont été réalisés entre le 24 novembre 2017 et le 28 juin 2018. Pendant ces 6 mois, l'équipe a pu effectuer 27 entretiens dont 5 entretiens auprès de conseillers des cours d'appel, 15 entretiens de conseillers prud'hommes et 7 auprès d'avocats.

	Dans le ressort de la cour d'appel A	**Dans le ressort de la cour d'appel B**
Conseillers de cour d'appel	2	3
Conseillers prud'hommes	7	8
Avocats	6	1

Toutes les personnes interviewées ont été soumises au même protocole et au déroulement des thèmes tels qu'issus du guide. Pourtant, la durée des entretiens varie entre 21 minutes pour les entretiens les plus brefs et 62 minutes pour les rencontres les plus longues. L'écart s'explique, pour l'essentiel, par la personnalité des interlocuteurs. Certains sont restés, malgré les relances suggérées par les responsables de l'entretien, discrets ou très synthétiques, tandis que d'autres ont plus longuement étayé et illustré leurs propos. Toutefois, tous ont montré un réel intérêt par rapport à la problématique proposée.

Les entretiens ont eu lieu sur le lieu de travail des intéressés (Palais de justice, cabinet d'avocat), à une exception près liée à la demande d'un avocat qui a souhaité se déplacer dans les locaux du CRJ de Grenoble.

Particularités et difficultés rencontrées pour la tenue des entretiens auprès des magistrats

- *Les conseillers des cours d'appel*

S'il a été possible de réaliser des entretiens avec l'ensemble des conseillers de la chambre sociale de la cour d'appel B (3 conseillers rencontrés le même jour, le 30 janvier 2018), tel n'a pas été le cas s'agissant des conseillers de la chambre sociale de la cour d'appel A en raison des difficultés traversées par cette chambre lors de la période prévue pour les entretiens.

En effet, en décembre 2017, la Présidente de chambre nous a fait part d'une situation de sous-effectif lié notamment au congé pour longue maladie d'une des conseillères, de telle sorte que cette n'a jamais été en état de réaliser un entretien. En février 2018, une nouvelle magistrate a intégré la chambre sociale. Sollicitée par nos soins, cette personne a néanmoins décliné notre proposition, considérant que le contentieux social était une nouveauté pour elle et qu'elle ne pouvait donc pas nous exposer son expérience en ce domaine.

- *Les conseillers prud'hommes*

Les choix opérés par l'équipe (voir *supra*) ont conduit à contacter 12 conseillers prud'hommes siégeant dans un conseil de prud'homme du ressort de la cour d'appel A et 12 conseillers prud'hommes siégeant dans un conseil de prud'homme du ressort de la cour d'appel B.

Les conseillers ont répondu favorablement à notre sollicitation, à l'exception de 4 conseillers du ressort de la cour d'appel A et 4 conseillers du ressort de la cour d'appel B qui, pour ces derniers, n'ont pas souhaité s'exprimer notamment en raison d'une fin de mandat qui, en vertu du calendrier des réformes législatives afférentes à cette juridiction, avait été particulièrement long ou, au contraire, en raison d'une affectation très récente.

Deux conseillers prud'hommes ont voulu être entendus au cours d'un même entretien.

Un entretien réalisé avec un conseiller prud'homal le 2 février 2018 a été, après discussion au sein de l'équipe, écarté de l'étude en raison des propos inexploitables au regard de l'enquête (propos fantaisistes, hors cadre de la fonction de conseiller prud'homme).

Le traitement et l'analyse des entretiens

Le travail de retranscription (mars-août 2018) :

À l'issue de chaque entretien, les deux membres de l'équipe ayant assuré la rencontre et l'enregistrement à l'aide de leur téléphone portable personnel déposaient, sous un numéro d'anonymat préalable défini, l'enregistrement sur la plateforme Alfresco au sein de laquelle avait été créée une rubrique spécifiquement réservée à cet effet.

Ces enregistrements ont alors pu être traités par les deux personnes chargées de la transcription des entretiens.

L'une des intervenantes extérieures (qui a assuré 12 transcriptions) est une personne spécialisée dans le secrétariat juridique ; elle avait déjà, dans le passé, effectué des travaux écrits et notamment des transcriptions pour le compte du CRJ de Grenoble.

L'autre personne est une étudiante de Master 2 qui a été recrutée pour l'été. Elle a livré, en août 2018, 14 transcriptions à l'équipe de droit social.

Une personne de l'équipe a souhaité assurer personnellement la transcription d'un entretien auquel elle avait participé.

L'analyse des entretiens (mai 2018-mi-novembre 2018) :

Concomitamment à l'organisation matérielle des entretiens, l'équipe de droit social a mis en place, à l'issue de plusieurs réunions (voir tableau des réunions, annexe n°3) une **méthode permettant un traitement ordonné de la teneur des propos recueillis**.

À cet effet, le 31 mai 2018, le sociologue Pierre Le Quéau a proposé une méthodologie de travail qui a été adoptée et suivie par l'équipe. Elle suppose le respect de deux étapes.

L'étape préparatoire

Elle a tout d'abord consisté à élaborer **une grille d'analyse des entretiens**, structurée selon les thèmes abordés au cours des échanges conformément aux guides créés : chaque « thème » correspond à une hypothèse de recherche. Ensuite, elle a conduit à répartir dans un tableau les parties des entretiens correspondant aux thématiques mises en évidence (voir tableau d'analyse des thèmes – annexe n° 7).

Dans la mesure du possible, pour des considérations d'efficacité, il a été décidé que chacun devait traiter des entretiens qu'il avait menés.

Les **thèmes retenus** sont naturellement ceux ayant conduit à l'élaboration du guide général de conduite des entretiens :

- Thème 1 : **Les critères présidant à l'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse**
- Thème 2 : **L'incidence ou l'absence d'incidence des demandes accessoires sur le montant de l'indemnisation accordée**
- Thème 3 : **L'existence éventuelle d'un barème officieux propre à la juridiction**
- Thème 4 : **L'appréciation du nouveau barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017**

À la suite de ce premier travail préparatoire effectué par l'ensemble des membres du groupe de droit social, il a été procédé à une nouvelle répartition du travail, par équipes de 2 personnes ayant en charge un thème, pour entamer la phase d'analyse proprement dite.

L'étape d'analyse

Pour chaque thème retenu, les binômes précédemment constitués ont été chargés de **mettre en évidence les discours-types** permettant de mettre en valeur, sans dénaturer les propos, la teneur des développements des interlocuteurs.
Puis, il convenait de **rechercher les raisons des discours-types**, notamment grâce aux données explicatives (voir tableau des données explicatives, annexe n°8), en lien par exemple avec le sexe, l'âge, les fonctions, l'expérience du locuteur, etc…

Le 6 juillet 2018, a eu lieu une nouvelle réunion avec le sociologue Pierre Le Quéau qui a accompagné l'équipe dans le travail de détermination des discours-types au sein de chaque thème retenu.

Le 4 octobre 2018, au terme d'une nouvelle réunion, l'équipe a définitivement validé l'ensemble des travaux d'analyse réalisés par les binômes.

DEUXIEME PARTIE

L'approche quantitative : analyses statistiques des décisions de justice

L'analyse statistique de l'ensemble des données (Section préliminaire) met en évidence, d'une part, les **critères de détermination du *quantum* de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse** (Section 1) et, d'autre part, **la réception des barèmes légaux de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse** (Section 2).

Section préliminaire - La présentation des données

Après avoir présenté la **physionomie du contentieux** (§1), les **décisions** seront analysées (§2).

§1. La physionomie du contentieux

Tableau 1 : Récapitulatif des observations selon la solution rendue par les arrêts étudiés

Décision de la cour d'appel ayant jugé	Nombre d'observations
Licenciement sans cause réelle et sérieuse	545
dont celles ayant, en outre, reconnu l'irrégularité de procédure	34
Licenciement nul	42
dont celles ayant, en outre, reconnu l'irrégularité de procédure	2
Total	**587**

Il est à noter que parmi les 34 décisions pour lesquelles le licenciement a été juge sans cause réelle et sérieuse et irrégulier, il y a 5 décisions dans lesquelles les arrêts ne mentionnent pas séparément les deux types d'indemnités. De même, sur les deux décisions pour lesquelles le licenciement a été reconnu nul et irrégulier, le détail des indemnités est connu dans une décision.

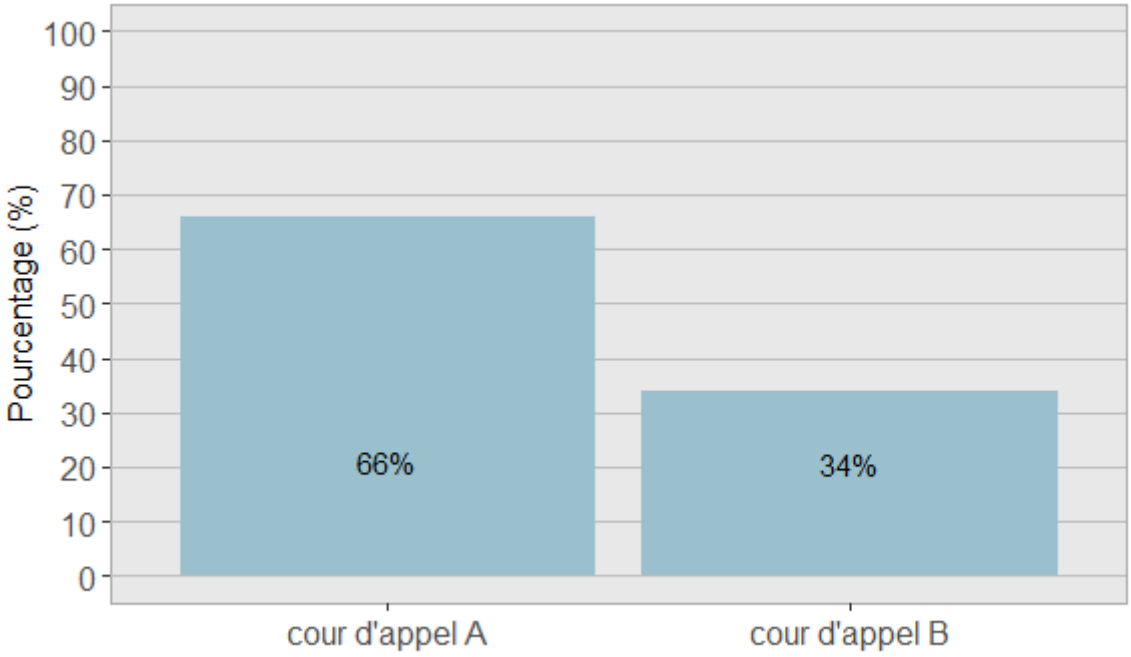
Quelles sont **les juridictions** (A) et **les parties au litige** (B) ?

A. Les juridictions

Nous disposons d'un **total de 587 observations**[43] correspondant chacune à une décision de la chambre sociale de la cour d'appel A (66 % soit 388 observations) ou de la cour d'appel B (34 % soit 199 observations) ***ayant donné lieu à une indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou pour licenciement nul*** (cf. Figure 1)[44] entre le 6 janvier 2015 et le 11 octobre 2016.

Bien que les décisions des cours d'appel soient collégiales, chaque arrêt est associé un juge dit « rédacteur », ceux-ci étant au nombre de 14 dans notre base de données (10 femmes et 4 hommes).

Figure 1 : Répartition des observations par cour d'appel (N=587)

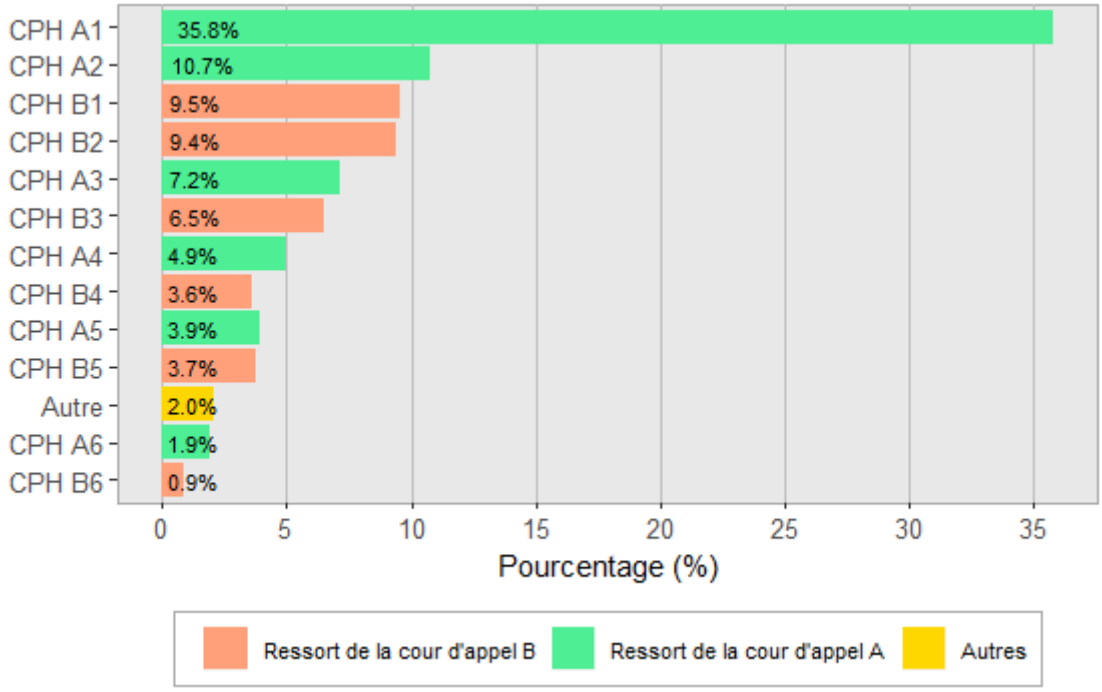


Chaque arrêt a fait l'objet au préalable d'un jugement de l'un des conseils de prud'hommes du ressort de ces deux cours d'appel, à l'exception de quelques affaires (2 %) provenant d'autres juridictions de première instance (cf. Figure 2). Les décisions issues du conseil de Prud'hommes CPHA1 sont fortement représentées (36 % des arrêts).

[43] Dans le cadre du présent rapport, les termes d' « observations », d' « arrêts » et l'expression « décisions de justice » seront tenus pour équivalents. Aussi, lorsque sont évoqués le nombre d'arrêts ou de décisions dans la suite de l'étude, il faut en réalité lire nombre d'observations.

[44] Il est à noter que les graphiques présentés au cours des développements sont classés en deux catégories, ayant chacune une numérotation propre : d'une part, les « Figures » et, d'autre part, les « Tableaux ».

Figure 2 : Répartition des observations par conseil de prud'hommes (N=587)



B. Les parties aux litiges

Quelles sont les caractéristiques du salarié (1) et celles de l'employeur (2) ?

1. Caractéristiques du salarié

Les caractéristiques du salarié sont résumées dans les tableaux 2 et 3.

Les **variables quantitatives** démontrent que :

- Le **salaire mensuel moyen** mentionné dans les arrêts est sensiblement plus élevé dans les décisions de la cour d'appel B (2 705) que dans celles de la cour d'appel A (2 250) ;
- Les salariés sont **légèrement plus jeunes** dans les litiges tranchés par la cour d'appel A (46 ans) que dans ceux jugés par la cour d'appel B (49,2 ans) ;
- **L'ancienneté moyenne** du salarié est de 102 mois, *soit plus de 8 années*, les salariés relevant de la cour d'appel B comptabilisant plus de 2 ans d'ancienneté supplémentaire par rapport à ceux relevant de la cour d'appel A.

Les variables qualitatives précisent :

- Le **sexe des salariés parties aux litiges** : les salariés sont des hommes dans 56 % des décisions et des femmes dans 44 %, cette répartition étant similaire aux 2 cours ;

- **L'ancienneté des salariés** : 30 % ont plus de 10 années d'ancienneté contre 21 % qui justifient de moins de 2 ans d'ancienneté, les salariés ayant une ancienneté supérieure à 10 ans sont plus nombreux dans le contentieux de la cour d'appel B (39 %) que dans celui de la cour d'appel A (26 %) ;

- Des **informations supplémentaires** sur la situation des salariés : salariés bénéficiant du statut de salarié protégé, salariés en situation de handicap, salariés déclarés inaptes ou invalides, salariés bénéficiaires d'un mandat social ou du statut d'associé de la société -employeur, ou encore salariés ayant bénéficié d'un congé (quel qu'en soit le motif) d'une durée supérieure à 6 mois (cette circonstance étant susceptible d'affecter le décompte de leur ancienneté dans l'entreprise). De telles informations sont mentionnées dans 23 % des décisions, 28 % pour la cour d'appel A et 15 % pour la cour d'appel B ;

- La **catégorie professionnelle du salarié est précisée** dans 60 % des décisions (soit 365 observations), il s'agit de cadres dans 20 % des cas, ce taux étant plus élevé au sein des litiges jugés par la cour d'appel A (22 %) que par la cour d'appel B (17 %).

Tableau 2 : Résumé des caractéristiques du salarié – variables quantitatives

	Ensemble						**CA A**		**CA B**	
	N	Moyenne	Médiane	Écart-type	Min	Max	N	Moyenne	N	Moyenne
Salaire mensuel du salarié *(en euros)*	587	2404	1978	1666	46	22232	388	2250	199	2705
Âge du salarié *(en années)*	146	47	48	9	18	66	112	46	34	49
Ancienneté du salarié *(en mois)*	582	102	69	99	0*	502	384	93	198	120

**L'ancienneté en mois apparaît comme étant nulle lorsque, dans les faits, elle est inférieure à un mois.*

Tableau 3 : Résumé des caractéristiques du salarié – variables qualitatives

	Ensemble		**CA A**		**CA B**	
	Effectif	%	Effectif	%	Effectif	%
Sexe du salarié						
Hommes	327	55,7	217	55,9	110	55,3
Femmes	260	44	171	44	89	45
Total	587	100	388	100	199	100
Ancienneté du salarié						
< 2 ans	123	21,1	83	22	40	20
Entre 2 et 5 ans	137	23	94	24	43	22
Entre 5 et 10 ans	145	25	107	28	38	19
≥ 10 ans	177	30	100	26	77	39
Total	582	100	384	100	198	100
Situation du salarié						
Mention d'une situation particulière	137	23	108	28	29	15
Dont : Salariés déclarés inaptes	*91*	*15*	*78*	*20*	*13*	*6*
Autres situations particulières (salarié protégé, handicapé, etc.)[45]	*68*	*12*	*50*	*13*	*18*	*9*
Pas de situation particulière	450	77	280	72	170	85
Total	587	100	388	100	199	100
Statut du salarié						
Cadre	72	20	53	22	19	17
Non-cadre	283	80	192	78	91	83
Total	355	100	245	100	110	100

2. Caractéristiques de l'employeur

L'employeur a le plus souvent **le statut de société** (90 % des décisions, cf. tableau 3). Dans les 10 % restants, il peut s'agir notamment d'une association, d'un employeur particulier ou d'un entrepreneur individuel. Cette caractéristique est identique dans les décisions rendues tant par la cour d'appel A que la cour d'appel B.

L'effectif de l'entreprise concernée est indiqué dans 109 décisions (96 s'agissant de la cour d'appel A et 13 s'agissant de la cour d'appel B), et se situe dans ce cas entre 1 et 5 salariés (la médiane étant égale à 2). Dans la moitié des cas, l'effectif est inférieur à 2 salariés, ***ce qui laisse penser que cette précision est apportée uniquement dans le cas d'effectifs très faibles***.

[45] Il s'agit du nombre d'arrêts dans lesquels au moins une des situations suivantes est mentionnée : le salarié est un salarié protégé, est en situation de handicap, d'invalidité, ou st un salarié mandataire ou associé, ou encore en congé depuis plus de 6 mois.

Enfin, des **difficultés économiques** sont mentionnées dans 15 % des arrêts, ce taux étant plus élevé dans les arrêts de la cour d'appel A (16,5%) que ceux de la cour d'appel B (13 %).

Tableau 4 : Résumé des caractéristiques de l'employeur

	Ensemble			**CA A**		**CA B**	
	N	Effectif	%	N	%	N	%
Statut de l'employeur	577			380		197	
Dont : société		517	90	341	90	176	89
Autres (association, employeur particulier, etc.)		60	10	39	10	21	11
Entreprise en difficulté	522			345		177	
Mentionné dans l'arrêt		80	15	57	16	23	13
Non mentionné		442	85	288	83	154	87

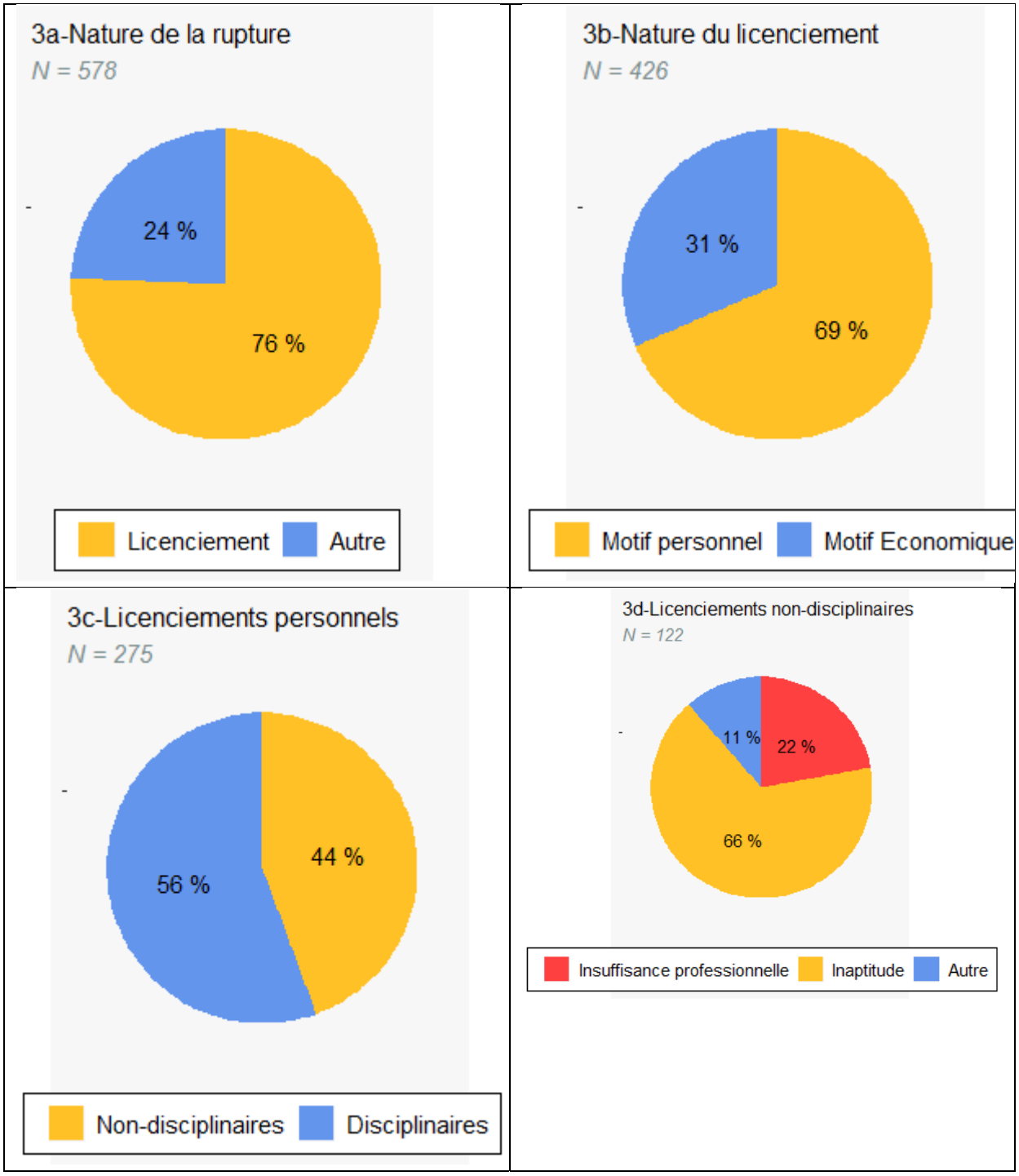
C. L'objet du litige selon les modes de rupture

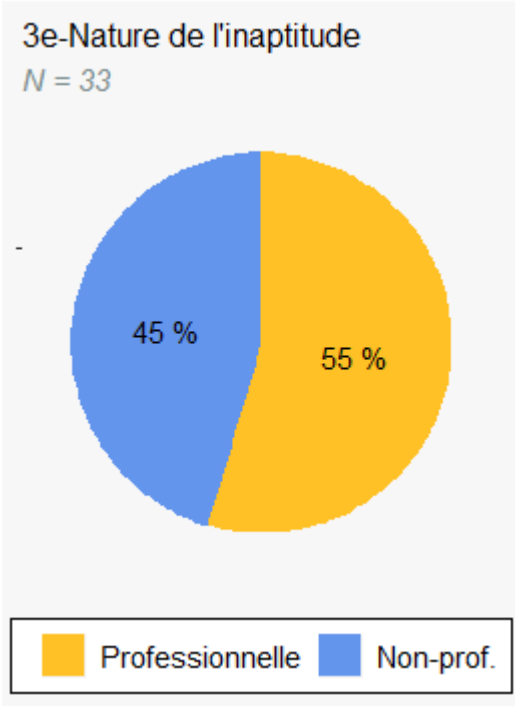
Le mode de rupture le plus fréquemment représenté est **le licenciement** (76 % des arrêts), dont ***plus de 2/3 de licenciements pour motif personnel*** et ***un peu moins de 1/3 de licenciements pour motif économique***.

Les licenciements pour motif économique sont plus fréquents dans les décisions rendues par la cour d'appel B (43 %) que dans celles rendues par la cour d'appel A (25 %) ; cela pourrait résulter de facteurs environnementaux comme la situation économique du bassin d'emploi, d'autant que ces licenciements s'inscrivent le plus souvent dans le cadre de procédures collectives (85 %).

Les licenciements pour motif personnel constituent dans 56 % des cas des licenciements disciplinaires, cette proportion étant plus élevée dans le contentieux de la cour d'appel B (70 %) que dans celui de la cour d'appel A (50 %). Quant aux licenciements non-disciplinaires, ils résultent principalement de l'inaptitude du salarié (66 % des cas). Le type d'inaptitude est précisée dans 33 arrêts sur 81, l'inaptitude est d'origine professionnelle dans 55 % des cas.

Figure 3 : Les modes de rupture





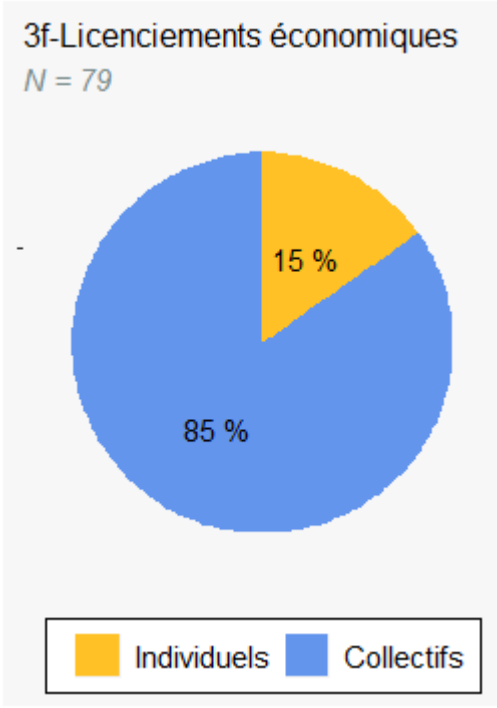


Tableau 5 : Les modes de rupture

		Ensemble		CA A		CA B	
		Effectif	%	Effectif	%	Effectif	%
Nature de rupture	Licenciement	437	76	286	75	151	77
	Autres*	141	24	96	25	45	23
Nature du licenciement	Motif personnel	292	68	208	75	84	57
	Motif économique	134	31	71	25	63	43
Licenciements personnels	Disciplinaires	153	56	99	50	54	70
	Non-disciplinaires	122	44	99	50	23	30
Licenciements non-disciplinaires	Insuffisance professionnelle	27	22	21	21	6	26
	Inaptitude	81	66	69	70	12	52
	Autre	14	11	9	9	5	22
Nature de l'inaptitude	Professionnelle	18	54	15	60	3	37
	Non-prof.	15	45	10	40	5	62
Licenciements économiques	Individuels	12	15	2	7	10	20
	Collectifs	67	85	27	93	40	80

** Les autres modes de rupture sont la résiliation judiciaire, la prise d'acte, la requalification d'un CDD ou d'un contrat de travail temporaire en CDI, la démission et la rupture conventionnelle (ou autres).*

§2. Les décisions

Les décisions retenues conduisent soit à **l'indemnisation soit du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse** (A), soit à **celle du licenciement nul** (B).

A. L'indemnisation du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse

Les cours d'appel A et B ont accordé une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans **540 cas** pour un **montant moyen de 8,8 mois de salaire**, soit **21 281 euros** (cf. tableau 6). Le maximum accordé par la juridiction est plus élevé devant la cour d'appel A (39,4 mois de salaire) que devant la cour d'appel B (25,7 mois de salaire).

Dans 5 % des cas, cette indemnité est complétée par une indemnité pour licenciement irrégulier dont la moyenne est de 0,8 mois de salaire[46] ; elle s'accompagne également d'autres sommes dans 78 % des cas dont le montant s'élève en moyenne à 6,4 mois de salaire. Ces sommes complémentaires concernent des rappels de salaire (24 %), des dommages et intérêts (11 %) ou un cumul de rappels de salaire et de dommages et intérêts (65 %) (cf. tableau 7).

En première instance, les conseils de prud'hommes ont accordé une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans 54 % des cas et, si l'on inclut les indemnités pour licenciement irrégulier, dans 56 % des cas (cf. tableau 8). **Le montant moyen des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les conseils de prud'hommes est équivalent à celui accordé par les cours d'appel, soit 8,8 mois de salaire**. Cependant, il faut noter des différences non négligeables en comparant les montants des indemnités de manière plus détaillée (cf. tableau 8), lorsqu'il a été jugé en première instance puis en appel que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse[47].

Dans 57 % des cas, l'indemnité octroyée par la cour d'appel est équivalente à celle du conseil de prud'hommes, ce chiffre étant plus élevé au sein de la cour d'appel B (61 %) qu'au sein de la cour d'appel A (55 %). L'indemnité allouée par la cour d'appel A est plus souvent supérieure à celle des conseils de prud'hommes de son ressort (29 %) que celle de la cour d'appel B (22 %). A l'inverse, elle est plus fréquemment inférieure à celle du conseil de prud'hommes au sein de la cour d'appel B (17 %) qu'à la cour d'appel A (13 %).

Ces résultats sont représentés par la Figure 4, les points apparaissant sur la ligne transversale correspondent à des décisions des cours d'appel ayant confirmé le montant alloué par les conseils de prud'hommes.

---

[46] Cette statistique exclut les situations de cumul d'indemnités (indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse et pour irrégularités de procédure) pour lesquelles les différents types d'indemnités n'étaient pas renseignés dans l'arrêt, autrement dit, les décisions ayant alloué une indemnité globale sans distinction (6 observations).

[47] Nous considérons des marges de ½ mois de salaire de sorte que l'indemnité octroyée par la cour d'appel est dite équivalente à celle octroyée par le conseil de prud'hommes même si elle lui est légèrement inférieure ou supérieure à un demi-mois de salaire près.

Tableau 6 : Comparaison du montant des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, licenciement nul, licenciement irrégulier et autres indemnités et rappel de salaire (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel

	N	Moyenne	Médiane	Ecart-type	Minimum	Maximum
Indemnités pour licenciement sans CRS						
CA A	349	8,9	8,0	5,5	0	39,4
CA B	191	8,8	7,3	5,6	0	25,7
Ensemble	540	8,8	7,9	5,5	0	39,4
Indemnités pour licenciement nul						
CA A	36	10,2	8,8	4,1	5,5	21,2
CA B	5	7,7	6,2	2,6	6	12
Ensemble	41	9,9	8,6	4,0	5,5	21,2
Indemnités pour licenciement irrégulier						
CA A	19	0,7	1	0,3	0,2	1,0
CA B	11	0,8	1	0,3	0,2	1,0
Ensemble	30	0,8	1	0,3	0,2	1,0
Autres indemnités et rappel de salaire						
CA A	303	7,0	4,2	10,1	0,14	121,0
CA B	158	6,2	4,0	8,3	0,03	60,4
Ensemble	461	6,7	4,2	8,1	0,03	121,0

Tableau 7 : Détail des demandes accessoires accordées par les cours d'appel

(en %)	**Ensemble (N=420)**	**CA A (N=268)**	**CA B (N=152)**
Rappels de salaire uniquement	23,4	20,5	29,1
Dommages et intérêts uniquement	11,5	11,6	11,4
Rappels de salaire et dommages et intérêts	65,1	68,0	59,5

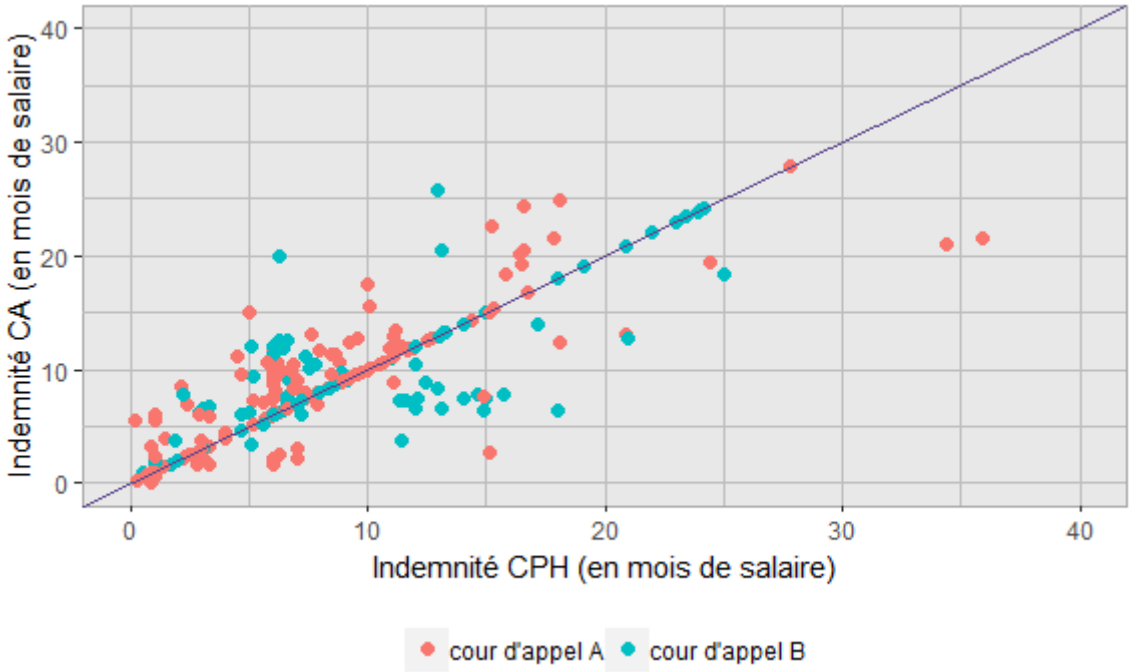
Tableau 8 : Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, licenciement irrégulier et licenciement nul accordées par les conseils de prud'hommes du ressort des cours d'appel A et B

	Effectif	**Fréquence (%)**
Indemnité non accordée	255	43
Indemnité accordée	332	57
Dont :		
Indemnité pour licenciement sans CRS	310	53
Indemnité pour licenciement irrégulier	18	3
Indemnité pour licenciement nul	14	0,9

Tableau 9 : Comparaison des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel A et B

L'indemnité octroyée par la cour d'appel est…	**Ensemble**		**CA A**		**CA B**	
	Effectif	Fréquence (%)	Effectif	Fréquence (%)	Effectif	Fréquence (%)
…supérieure à celle octroyée par le conseil de prud'hommes	84	29	57	34	27	22
…équivalente à celle octroyée par le conseil de prud'hommes	166	57	91	55	75	61
…inférieure à celle octroyée par le conseil de prud'hommes	39	13	18	11	21	17
Total	289	100	166	100	123	100

Figure 4 : Montant des Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel (N=289)



B. L'indemnisation du licenciement jugé nul

Nous disposons de **41 observations** pour lesquelles les cours d'appel ont accordé une **indemnisation pour licenciement nul**. Près de 88 % des observations concernent la cour d'appel A (soit 36 observations) et seulement 12 % (soit 5 observations la cour d'appel B.

Le **montant moyen** de l'indemnisation pour licenciement nul est de **9,9 mois de salaire**. Bien qu'il soit plus élevé, en moyenne, que celui des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse (8,8 mois de salaire), l'analyse ne révèle pas de différence statistiquement significative entre ces deux types d'indemnisation.

Dans un cas seulement, cette indemnisation s'est accompagnée d'une indemnisation pour licenciement irrégulier. Dans 37 cas, elle s'est accompagnée d'une « autre indemnité » dont le montant est très variable d'une décision à l'autre (voir tableau 9).

Tableau 10 : Montant des indemnités pour licenciement nul (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel

	N	Moyenne	Médiane	Écart-type	Minimum	Maximum
Indemnités pour licenciement nul	41	9,6	8,6	4,0	5,5	21,2
Autres indemnités et rappels de salaire	37	10,3	5,8	19,8	0,6	121,0

Section 1 - Les critères de détermination du quantum de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'étude quantitative a cherché à **mettre en évidence les critères présidant à la détermination du *quantum* des indemnités allouées par les juges en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse**. L'analyse des arrêts composant notre corpus de recherche a, en ce sens, permis de démontrer que les juges invoquent à l'appui de leurs décisions **un certain nombre d'éléments relatifs à la situation juridique** qui leur est soumise et **tenant à la situation des parties en cause**.

Cette rationalité affichée dans la motivation des décisions a été éprouvée, l'analyse statistique ayant ici eu pour objectif de vérifier l'impact réel des critères mis en évidence par les juges rédacteurs des arrêts sur le fond des décisions. En d'autres termes, les éléments invoqués à l'appui de la motivation sont-ils réellement déterminants du montant de l'indemnisation ? Intègrent-ils l'évaluation du préjudice ? Quel est le poids affecté à chacun de ces critères ?

Cette première recherche devait être nécessairement complétée par une seconde analyse, celle des critères implicites de nature à influencer le *quantum* de l'indemnisation. La situation des parties en litige, la nature de la rupture du contrat de travail ou encore les demandes formées devant le juge, bien que non expressément invoquées à l'appui des

décisions, ont-elles une influence sur le montant de l'indemnisation accordé par la juridiction ?

Aussi convient-il de mesurer tout à la fois **l'influence des critères explicites** (§1) et celle des **critères implicites** (§2) de nature à agir sur le *quantum* de l'indemnisation.

§1. Les critères explicites et leur influence

La **présentation des critères explicites** (A) permet ensuite d'évaluer **leur influence** sur le montant des indemnités (B).

A. Présentation des critères explicites

L'analyse de la motivation des arrêts, objets de notre corpus, révèle **l'existence de différents éléments énoncés par les juges** des chambres sociales des cours d'appel A et B pour justifier le montant de l'indemnité allouée au salarié au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse. **Invoqués expressément à l'appui de ces décisions**, ces éléments sont ainsi analysés comme **d'authentiques critères d'indemnisation**.

Ainsi, outre la référence expresse faite au **salaire** (en principe, mensuel) que percevait le travailleur avant la rupture de son contrat de travail, sont explicitement mentionnés dans les arrêts étudiés au titre de la justification du montant de l'indemnité pour licenciement injustifié :

- **l'ancienneté** du salarié dont le contrat de travail a été rompu,
- **son âge** au jour de la rupture du contrat de travail,
- **sa situation personnelle** au jour de la rupture du contrat de travail,
- ainsi que **la situation professionnelle du salarié** depuis la date de la rupture de son contrat de travail.

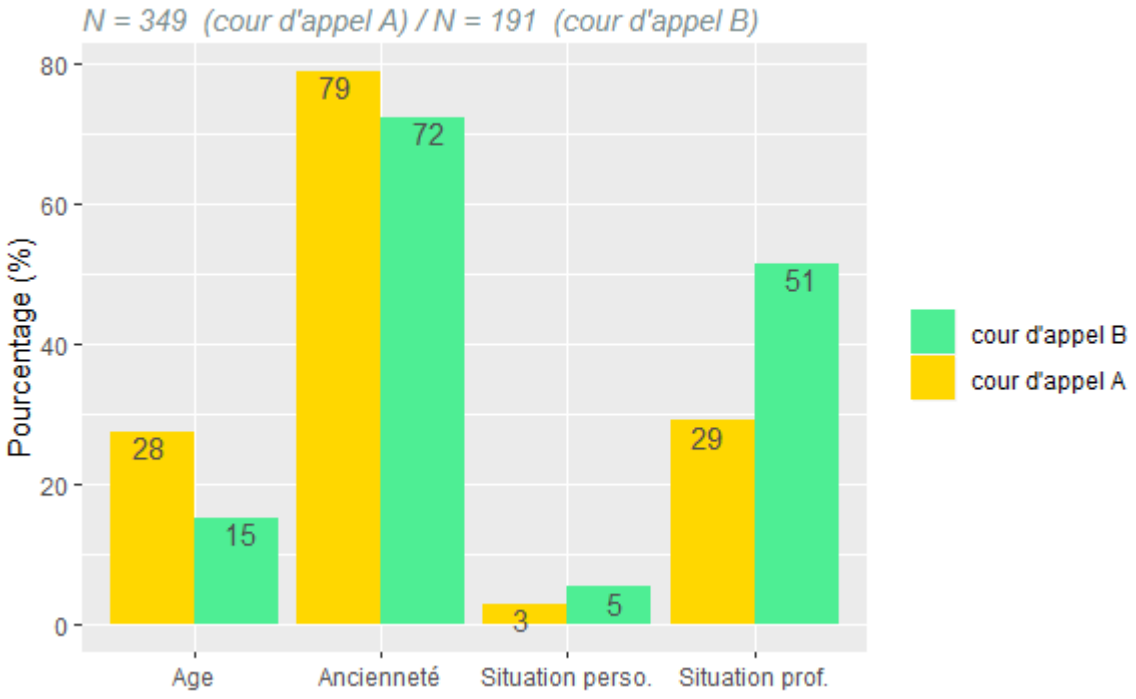
D'autres critères ont été mobilisés dans les décisions de justice pour justifier l'indemnisation. Tel est le cas dans **75 des arrêts étudiés**. Une partie d'entre eux renvoient aux conséquences du licenciement pour le salarié : état de dépression suite à la rupture du contrat de travail, situation de précarité dans laquelle se retrouve placé le salarié, etc. Certains soulignent les pertes particulières engendrées par le licenciement pour le travailleur : la perte de rémunération, le fait ne pas avoir pu obtenir un diplôme, l'espérance légitime d'être embauché dans l'entreprise ou d'y terminer sa carrière. D'autres relèvent, au contraire, l'absence d'information à la disposition des juges concernant la situation du salarié. En dépit de leur diversité, ces observations sont en nombre insuffisant pour réaliser une analyse plus fine quant à leur influence potentielle sur la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

De manière générale, dans 86 % des décisions étudiées, il est fait **expressément référence à au moins l'un de ces quatre critères** (ancienneté, âge, situation personnelle, situation professionnelle) : 83 % des arrêts rendus par la cour d'appel B et 87 % des arrêts rendus par la cour d'appel A.

Le critère qui **le plus souvent invoqué** par les juges à l'appui de l'évaluation du préjudice est celui de **l'ancienneté**. L'ancienneté du salarié est mentionnée dans 76,5 % des arrêts. C'est ensuite la **situation professionnelle** du salarié au jour où la cour d'appel statue et depuis la rupture du contrat de travail qui est évoquée, celle-ci apparaissant dans 37 % des décisions. **L'âge** du salarié est, quant à lui, rappelé dans 23 % des décisions et les circonstances tenant à la **situation personnelle du salarié** (état de santé du salarié - maladie, perception de revenus autre que professionnels, charges de famille, etc.), dans 4 % des cas.

À cet égard, l'on observe des ***différences*** entre les cours d'appel A et B (cf. Figure 5). Alors que dans les arrêts rendus par la cour d'appel A, il est **davantage fait référence à l'ancienneté et à l'âge du travailleur**, la **situation du salarié, tant personnelle que professionnelle**, est plus souvent évoquée dans la motivation des décisions de la cour d'appel B.

Figure 5 : Les critères d'indemnisation mentionnés dans la motivation des arrêts étudiés des cours d'appel A et B



S'agissant plus particulièrement de la **situation professionnelle du salarié**, relevons que celle-ci est caractérisée dans 33 % des arrêts (soit 178 arrêts, toutes décisions confondues). En d'autres termes, dans les décisions visées, les juges ne se cantonnent pas à une référence générale à l'état ou à l'évolution de la situation professionnelle du salarié depuis le jour de la rupture du contrat de travail contestée. Ils en précisent, de manière expresse, l'état ou l'évolution. Lorsqu'il est en fait mention, c'est, le plus souvent, pour mettre en évidence **les difficultés rencontrées par le salarié**. Ainsi, parmi ces 178 arrêts, dans 38 %

des cas, il est indiqué que le travailleur est ***toujours sans emploi au jour où la cour d'appel statue***, soit qu'il se trouve ***en situation de chômage***, soit qu'il suive une ***formation professionnelle***. La circonstance que le salarié ait rencontré des difficultés pour retrouver un emploi est mentionnée dans 78 décisions, soit 14 % de notre échantillon.

Dans 19 % des décisions étudiées, s'il est précisé que le salarié a pu retrouver du travail, il est fait état de **l'absence de stabilité du ou des emplois concerné(s)** : si ce dernier a pu retrouver un ou plusieurs emplois depuis la rupture de son contrat de travail, il n'a pu obtenir que des contrats considérés comme précaires (contrats à durée déterminée, contrats de travail temporaire, emplois à temps partiel, etc.).

Relevons toutefois que, dans 30 % des arrêts analysés, il est précisé que le salarié a **retrouvé un emploi stable**. Dans 13 % des cas, il est fait référence à d'autres situations professionnelles.

On observe, enfin, que lorsqu'il est indiqué que le travailleur a un nouvel emploi, certaines décisions en précisent les conditions. Les juges semblent ainsi s'engager dans une **appréciation qualitative du préjudice en réalisant une comparaison entre les conditions d'emploi du salarié antérieures à la rupture de son précédent contrat de travail et ses nouvelles conditions d'emploi**. Les arrêts concernés comportent ainsi des informations relatives au montant de la rémunération désormais perçue par le salarié. De telles précisions apparaissent dans 36 décisions (soit 6,7 % de notre échantillon), principalement lorsque le montant de la nouvelle rémunération est inférieur à celui de la rémunération antérieure (29 décisions).

B. L'influence des critères explicites sur le montant des indemnités

Le fait que les critères d'indemnisation précédemment étudiés **soient mentionnés dans les motivations conduit à une indemnisation plus généreuse** (cf. tableau 10). En particulier, l'indemnité moyenne est significativement plus élevée (au seuil de 1%) lorsque l'arrêt mentionne explicitement l'ancienneté et l'âge comme critères d'indemnisation : elle s'élève à 9,6 mois de salaire lorsque l'ancienneté est mentionnée dans les motivations, contre 6,6 mois de salaire autrement, soit une différence de 3 mois de salaire. S'agissant de l'âge, l'indemnité moyenne est de 11,1 mois de salaire lorsque ce critère est mentionné, contre 8,2 mois de salaire dans le cas inverse.

En approfondissant l'analyse à l'aide des données dont nous disposons sur l'ancienneté et l'âge du salarié, nous pouvons **établir une corrélation linéaire positive et significative au seuil de 1% entre chacun de ces critères et le montant de l'indemnité**. Ainsi nous constatons, sans surprise, que ***l'indemnité est d'autant plus forte que l'ancienneté du salarié est importante*** (coefficient de Pearson : 0,71 ; cf. Figures 10a et 10b).
L'âge du travailleur a également un impact positif sur le *quantum* de l'indemnité ; la relation linéaire est toutefois ici plus modérée (coefficient de Pearson : 0,45 ; cf. Figure 10c).

La ***mention de la situation professionnelle en tant que telle n'implique pas de différence statistiquement significative*** au seuil de 10 %. En effet, la nouvelle situation du salarié peut recouvrir des réalités diverses, allant d'une situation précaire à un emploi stable. En revanche, **lorsque l'arrêt mentionne, plus précisément, une situation de chômage ou de formation, la moyenne des indemnités est significativement plus élevée** (10,6 mois de salaire contre 8,6 mois dans les autres cas) au seuil de 1% (cf. tableau 10). Enfin, la **mention de la situation personnelle du salarié conduit à des indemnités significativement plus élevées** au seuil de 10 % (10,8 mois de salaire contre 8,8 mois de salaire autrement).

Tableau 11 : Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse selon les critères mentionnés

		Arrêts dans lesquels le critère est expressément mentionné		**Arrêts dans lesquels le critère n'est pas mentionné**	
Critères	**P-valeur***	**Effectif**	**Indemnité moyenne allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse**	**Effectif**	**Indemnité moyenne allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse**
Ancienneté du salarié	< 0.001	413	9,55	127	6,55
Âge du salarié	< 0.001	125	11,17	415	8,14
Situation de chômage / période de formation	0.008	67	10,57	473	8,60
Situation personnelle	0.098	20	10,83	520	8,77

**test de Student*

Figure 6a : Ancienneté et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B

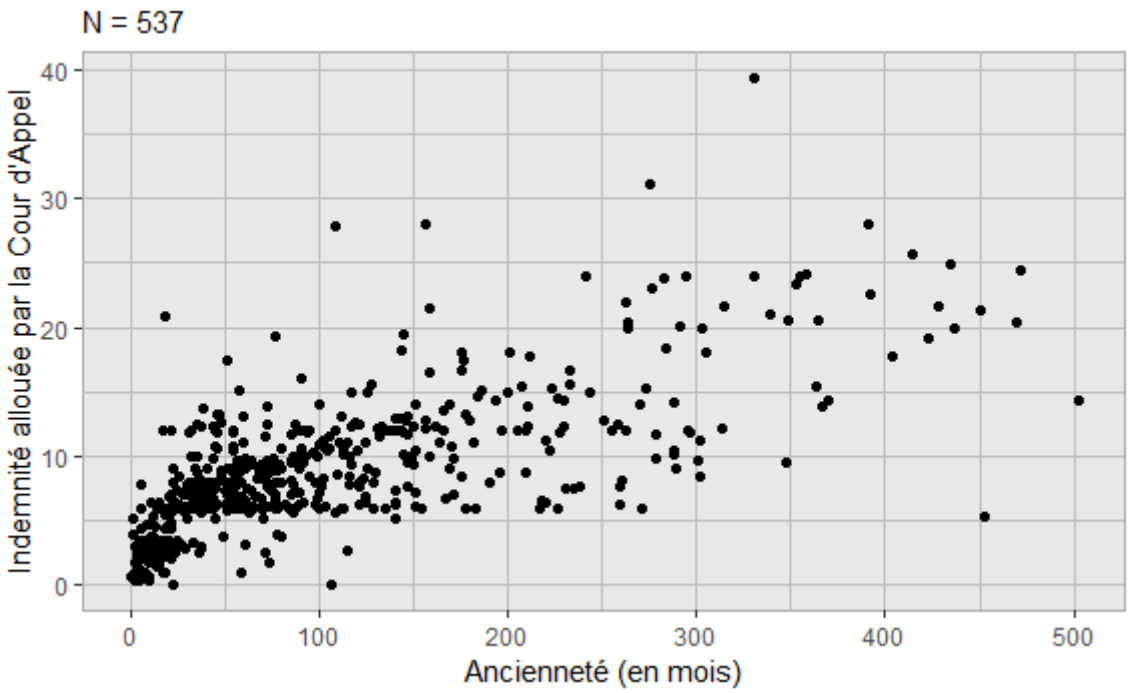


Figure 6b (Zoom jusqu'à 100 mois d'ancienneté) : Ancienneté et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B

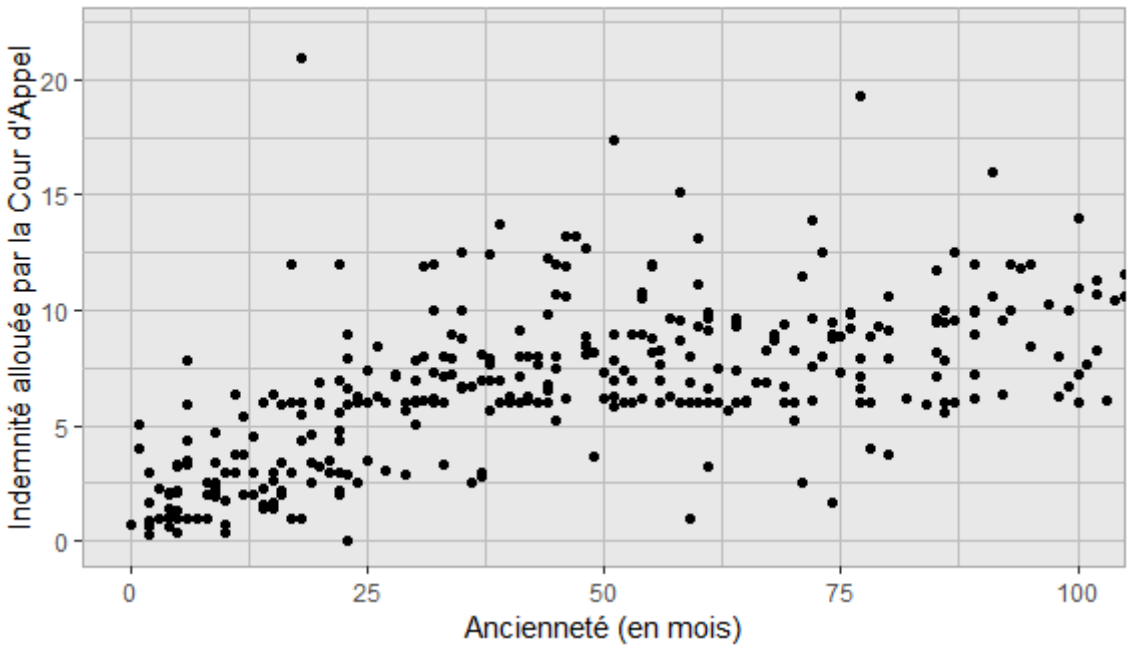


Figure 6c : Âge et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B

§2. Les critères implicites et leur influence

Si certains facteurs influençant la détermination du montant des dommages et intérêts ressortent directement de la motivation des arrêts, force est de constater que la rédaction des décisions n'offre pas toutes les clefs de lecture. Le croisement des données a permis de dégager, à côté des critères explicites d'indemnisation, d'autres facteurs, non cités, mais qui pèsent sur l'appréciation des juges. Il s'agit de **critères implicites** de l'indemnité qui peuvent également avoir une influence sur le quantum des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées.

Ainsi, **certaines caractéristiques du salarié et de l'employeur** donnent lieu à des indemnités moyennes significativement différentes ; il en va de même de **la nature de la rupture du contrat de travail**. Notre analyse met également en lumière **l'existence d'un lien entre les prétentions du salarié et l'indemnité accordée**. En outre, **l'octroi ou non de sommes autres que les indemnités** pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (rappels de salaire et dommages et intérêts) semble jouer un rôle dans la détermination du montant de l'indemnité sans cause réelle et sérieuse. Enfin, il est à noter que **l'indemnité moyenne est proche pour les 2 cours :** 8,9 mois de salaire pour la cour d'appel A et 8,8 mois de salaire pour la cour d'appel B, la cour d'appel n'apparaît pas comme un critère influençant le montant des indemnités accordées.

Les analyses statistiques mettent ainsi en évidence trois critères implicites : les **critères liés aux caractéristiques des parties** (A), les **critères liés à la nature de la rupture** (B) et les **critères liés aux demandes** (C).

A. Les critères liés aux caractéristiques des parties

L'étude des décisions rendues par les 2 cours d'appel a mis en évidence **la situation des parties** comme un critère implicite de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les résultats des tests relatifs à la situation des parties sont résumés dans le tableau 11. L'existence de situations « particulières » concernant le salarié semble influencer le montant de l'indemnité. Ces situations sont multiples. Il peut s'agir du **statut de salarié protégé** dont bénéficie le salarié, de sa **situation de handicap**, de son **inaptitude physique** ou de son **invalidité**, de son **statut de mandataire social ou d'associé** dans l'entreprise employeur, ou encore du fait qu'il se soit trouvé **en congé pendant une période de plus de six mois**.

Le montant de l'indemnité alloué est, en moyenne, significativement supérieur (au seuil de 1 %) **lorsque le salarié est concerné par l'une de ces situations** (11,2 mois de salaire contre 8,2 mois de salaire dans les autres cas). En particulier, les ***salariés déclarés inaptes*** bénéficient d'une indemnité significativement supérieure (au seuil de 1 %), équivalente à 11,9 mois de salaire contre 8,4 mois de salaire pour l'ensemble des autres salariés. L'observation doit néanmoins être nuancée. La base de données comprend un nombre d'observations insuffisant pour réaliser une analyse plus précise, spécialement pour distinguer les **cas d'inaptitude d'origine professionnelle des cas d'inaptitude d'origine non professionnelle**[48]. Or, cette distinction n'est pas sans conséquence. En effet, la loi encadre différemment la sanction du licenciement selon l'origine de l'inaptitude. Précisément, les dispositions légales en vigueur avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 et applicables à la période à laquelle les décisions étudiées ont été rendues prévoyaient une indemnisation minimale de 12 mois de salaire en certaines hypothèses. Il en allait ainsi en cas de méconnaissance des dispositions relatives à la réintégration du salarié ou à celles relatives au reclassement du salarié déclaré inapte, lorsque l'inaptitude est d'origine professionnelle[49]. Ce cadre légal pourrait expliquer les résultats obtenus.

On note également une différence significative au seuil de 10 % ***en faveur des femmes***, dont l'indemnité moyenne s'élève 9,4 mois de salaire contre 8,5 mois de salaire pour les hommes. Remarquons toutefois que les particularités de notre échantillon d'analyse pourraient fournir une explication à cette indemnisation plus généreuse : en effet, les femmes justifient d'une ancienneté moyenne plus importante que les hommes (120 mois en moyenne pour les femmes, contre 90 mois en moyenne pour les hommes). En revanche, le montant du salaire et la catégorie professionnelle du salarié (cadre ou non)

[48] La base ne comprend que 14 observations où l'inaptitude d'origine professionnelle du salarié a été signalée et 17 observations ayant relevé l'inaptitude non professionnelle du travailleur. On observe toutefois, dans ce nombre limité d'observations, que l'indemnité moyenne allouée dans le premier cas est de 14,18 mois de salaire alors qu'elle n'est que 9,95 mois de salaire dans le second cas.

[49] C. tr., art. L.1226-15 dans sa version en vigueur antérieure au 24 septembre 2017.

n'impliquent aucune différence significative au regard du montant de l'indemnité (exprimée en mois de salaire).

Le **statut juridique de l'employeur** est également susceptible d'affecter le montant de l'indemnité : nous observons une différence significative au seuil de 1 % quant au montant des indemnités, dont la moyenne est de 9,1 mois de salaire lorsque l'employeur est une société, contre 6,8 mois de salaire dans les autres cas (entrepreneurs individuels, associations, etc.). L'effectif de l'employeur est renseigné dans 103 décisions, et se situe toujours entre 1 et 5 salariés (cf. section I-3), ce qui ne permet pas réaliser une analyse fine de ce point de vue. Le fait que l'effectif soit mentionné n'apparaît pas comme un facteur influençant significativement le montant des indemnités. Enfin, l'indemnité moyenne est de 8,7 mois de salaire lorsqu'il est mentionné que l'entreprise est en difficulté, et 9,2 mois de salaire dans le cas inverse, sans que ce facteur n'ait un impact significatif sur le montant de l'indemnité.

B. Les critères liés à la nature de la rupture

La nature de la rupture du contrat de travail semble jouer un rôle notable, les montants d'indemnité moyenne étant statistiquement différents au seuil de 1 % selon le type de rupture. Ainsi, **en cas de licenciement**, l'indemnité moyenne s'élève à 9,6 mois de salaire, contre 6,8 mois de salaire dans les autres cas.

D'autres modes de rupture sont associés à des **indemnités significativement plus faibles**. Il en va ainsi de la rupture du contrat à durée déterminée ou du contrat de travail temporaire requalifié en CDI, ou encore de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié : s'agissant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse allouée à la suite de la requalification d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire en CDI, l'indemnité moyenne est de 4,9 mois de salaire (contre 9,2 mois de salaire pour l'ensemble des autres modes de rupture). Cette différence pourrait toutefois s'expliquer par le fait que le salarié, dont le contrat a été rompu, et qui demande la requalification de son contrat de travail en CDI, justifie d'une ancienneté qui est en moyenne plus faible que dans les autres hypothèses (37,4 mois d'ancienneté en moyenne, 109,3 mois dans les autres cas). Quant à l'indemnité accordée en cas de prise d'acte justifiée, son montant s'élève en moyenne à 6,8 mois de salaire (contre 9,1 mois de salaire autrement). Cette différence pourrait toutefois s'expliquer par le fait que le salarié, dont le contrat a été rompu et qui demande la requalification de son contrat de travail en CDI, justifie d'une ancienneté qui est en moyenne plus faible que dans les autres hypothèses (37,4 mois d'ancienneté en moyenne, 109,3 mois dans les autres cas). Une explication similaire peut être avancée s'agissant du salarié ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail. En effet, dans notre échantillon, l'ancienneté moyenne du travailleur est en ce cas de 66 mois, contre 106 mois dans les autres cas.

En outre, **l'indemnité moyenne est plus élevée suite à un licenciement pour motif économique** (11,3 mois de salaire) **qu'en cas de licenciement pour motif personnel** (8,8

mois de salaire). Il faut relever à cet égard que la loi encadre différemment la sanction civile du licenciement pour motif économique selon la nature des irrégularités. À l'époque des décisions analysées, le code du travail prévoyait, en certains cas, un plancher d'indemnisation de 12 mois de salaire[50].

Enfin, les **licenciements disciplinaires** donnent lieu à des **indemnités en moyenne plus faibles** (7,8 mois de salaire) que les autres licenciements pour motif personnel (10,4 mois de salaire).

Tableau 12 : Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse selon les critères implicites

		P-valeur	Effectifs	Montant moyen de l'indemnité *(en mois de salaire)*
Caractéristiques du salarié	**Situation particulière du salarié**	< 0,001		
	Mentionnée		113	11,17
	Non mentionnée		427	8,23
	Situation d'inaptitude du salarié	< 0,001		
	Mentionnée		74	11,91
	Non mentionnée		466	8,35
	Sexe du salarié	0,06291		
	Femme		232	9,36
	Homme		308	8,46
Caractéristiques de l'employeur	**Statut juridique de l'employeur**	< 0,001		
	Société		477	9,12
	Autres (…)		54	6,83
Nature de la rupture du contrat de travail	**Type de rupture**	< 0,001		
	Licenciement		400	9,55
	Autres (…)		132	6,77
	Type de rupture	< 0,001		
	Requalification de la rupture à la suite de la requalification du CDD ou du CTT en CDI		46	4,85
	Autres (…)		486	9,24
	Type de rupture	< 0,001		
	Prise d'acte de la rupture		43	6,75

[50] C. tr., art. L.1235-11 dans sa version en vigueur antérieure au 24 septembre 2017 (indemnité minimale de 12 mois de salaire, en cas d'absence de décision administrative de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, en cas de décision négative, en cas de décision annulée en raison d'une insuffisance ou d'une absence de plan de sauvegarde de l'emploi).

	Autres (…)		489	9,05
	Nature du licenciement	< 0,001		
	Motif personnel		260	8,82
	Motif économique		130	11,28
	Type de licenciement pour motif personnel	< 0,001		
	Disciplinaire		137	7,76
	Non-disciplinaire		106	10,35

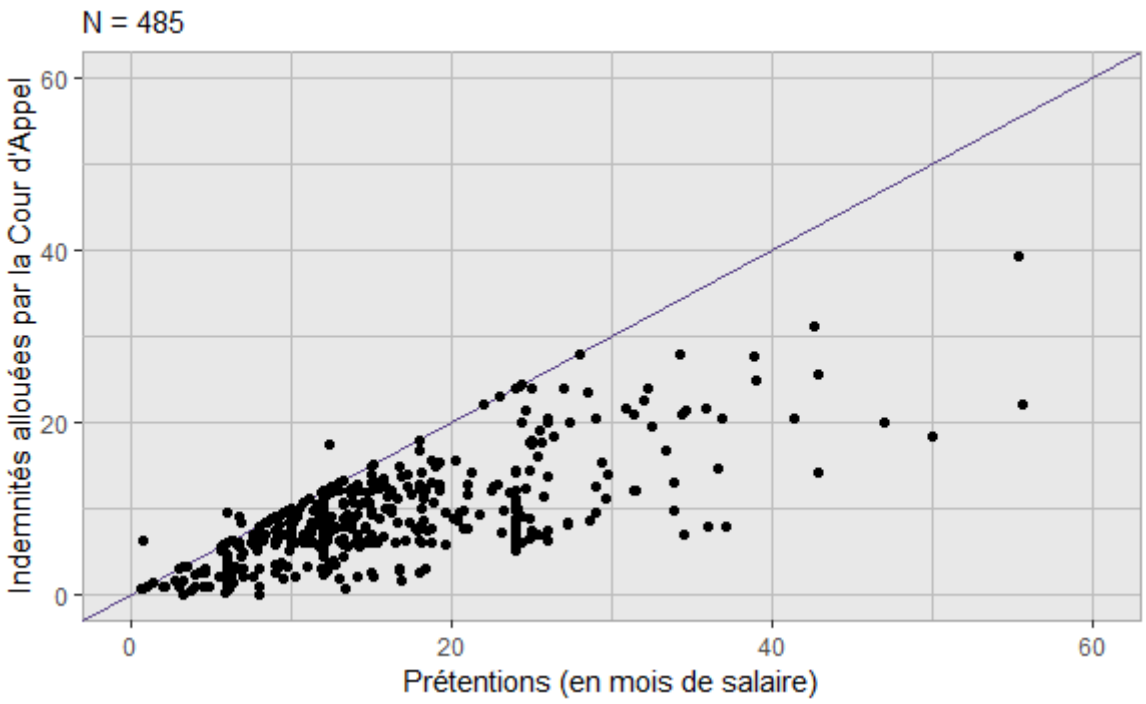
C. Les critères liés aux demandes

Outre ces éléments factuels sur les caractéristiques du salarié, de l'employeur et de la rupture, les **prétentions du salarié en appel** et **les demandes accessoires** accordées par la juridiction apparaissent comme des critères potentiellement influents. Influe également la pratique de **l'arrondi**.

1. Les prétentions du salarié en appel

Le montant des prétentions du salarié est positivement corrélé au montant des indemnités accordées par les magistrats, comme le montre la Figure 6 (coefficient de Pearson : 0,65 ; p-valeur < 0,001). Cette corrélation peut s'interpréter comme le fait que les magistrats tiennent compte du montant demandé par le salarié. Notons toutefois que cette relation est modérée (coefficient inférieur à l'unité), signifiant que **les magistrats allouent des indemnités dont le montant est dans la grande majorité des cas inférieur à celui des prétentions**. Cette corrélation pourrait également refléter la capacité du salarié et de son avocat à anticiper correctement les décisions des magistrats.

Figure 7 : Prétentions du salarié et indemnités (en mois de salaire) accordées pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par les cours d'appel A et B



2. Les demandes accessoires

Dans 78 % des cas (420 observations sur 540), **les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sont accompagnées d'autres sommes comme des rappels de salaire ou des dommages et intérêts**. Lorsque de telles sommes sont octroyées, ***l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est significativement plus faible*** au seuil de 1 % : elle s'élève, en moyenne, à 8,1 mois de salaire contre 11,5 mois de salaire en l'absence d'autres indemnités (voir tableau 12).

Cette différence reste significative et notable lorsque l'on considère les rappels de salaire ou les autres dommages intérêts de manière isolée. Ainsi, en présence de dommages et intérêts (et quelles que soient les autres indemnités versées), l'indemnité moyenne pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est de 7,95 mois de salaire alors qu'elle est de 10,14 mois de salaire si de telles indemnités n'ont pas été accordées ; lorsque les magistrats accordent des rappels de salaire, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est de 7,89 mois de salaire contre 11,01 mois de salaire dans le cas inverse.

Dans près de la moitié des cas (265 sur 540 observations), le salarié se voit allouer **à la fois des dommages et intérêts et des rappels de salaire**. Ces décisions sont caractérisées par des ***indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un montant significativement plus faible que dans les autres cas***. Ainsi, lorsque cette configuration se présente, l'indemnité moyenne est de 7,65 mois de salaire alors qu'elle est de 10,08 mois de salaire lorsque le salarié ne bénéficie pas de ces deux types d'indemnités.

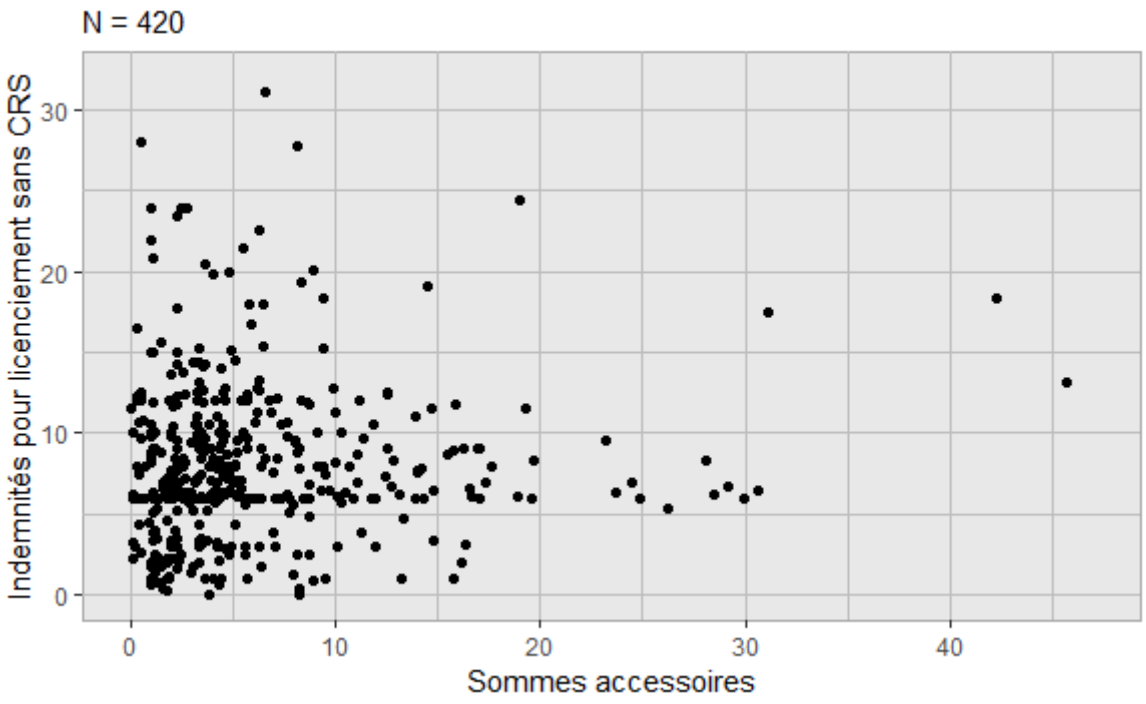
Même si **l'existence d'autres indemnités** semble avoir un impact significatif sur le montant de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, **l'analyse statistique ne révèle pas de corrélation entre le *montant* de ces autres indemnités et *celui de l'indemnisation* pour licenciement sans cause réelle et sérieuse** (voir Figure 12a). On observe une corrélation très faible entre ces deux montants (coefficient de Pearson = 0,07), et le lien n'est pas significatif. Les résultats sont similaires lorsque l'on dissocie les rappels de salaire et les dommages et intérêts.

Tableau 13 : Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse selon l'octroi ou non d'autres sommes

		Arrêts dans lesquels les sommes considérées ont été allouées		**Arrêts dans lesquels les sommes considérées n'ont pas été allouées**	
Nature des sommes	**P-valeur**	**Effectif**	**Indemnité moyenne allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse**	**Effectif**	**Indemnité moyenne allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse**
Au moins une autre indemnité (rappels de salaire* et/ou dommages et intérêts**)	< 0,001	420	8,10	120	11,46
Rappels de salaire	< 0,001	375	7,89	165	11,01
Dommages et intérêts	<0,001	320	7,95	220	10,14
Deux autres indemnités (rappels de salaire ET dommages et intérêts)	<0,001	275	7,65	265	10,08

**Par rappels de salaire, il faut comprendre les salaires impayés, les heures supplémentaires ou complémentaires, les primes, l'indemnité de préavis et les congés payés afférents.*
***Les dommages et intérêts correspondent à des dommages et intérêts sur différents fondements autres que le préjudice subi en raison de l'absence de cause réelle et sérieuse, indemnité de licenciement.*

Figure 8 : Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et autres sommes (en mois de salaire)



<u>Le degré de précision de l'indemnité allouée (la pratique de l'arrondi)</u>

Les données dont nous disposons incluent le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse allouée par les cours d'appel A et B, arrondies à l'euro près. Ce montant est un multiple de 100 dans 84 % des cas, un multiple de 500 dans 75 % des cas et de 1000 dans 69 % des cas. Ces observations suggèrent que les magistrats des cours d'appel considérées n'allouent pas une indemnité égale à un multiple exact du salaire brut du salarié, **mais arrondissent l'indemnité selon les spécificités de chaque cas**. L'arrondi est supposé à 1000€ près dans 69 % des cas. Ce qui paraît assez élevé au regard de l'indemnité moyenne accordée (21 281€).

Tableau 14 : Le degré de précision des indemnités allouées pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par les cours d'appel A et B

Nombre d'observations pour lesquelles l'indemnité (en euros) est un multiple de …	**100**	**500**	**1000**	**Total**
Effectif	456	403	371	540
Pourcentage	84 %	75 %	69 %	100 %

Section 2 - La réception des barèmes légaux de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Après une **présentation des barèmes** (§1), seront effectuées d'une part, une **comparaison de ces barèmes avec les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées** (§2) et, d'autre part, une **comparaison des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées avec les pratiques judiciaires** (§3).

§1. Présentation générale des barèmes

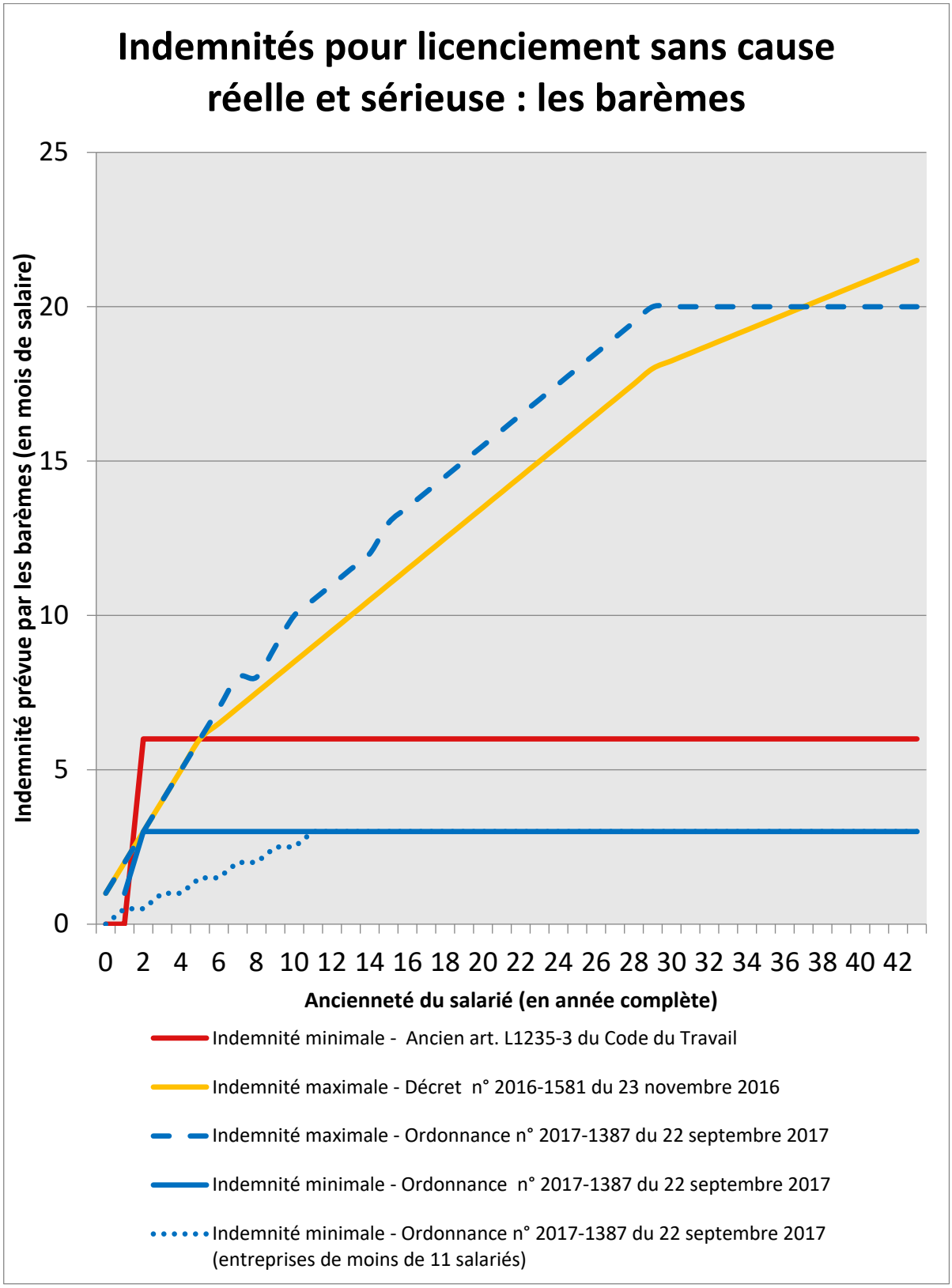
Au regard des différents référentiels récemment institués par le législateur devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, il faut distinguer trois périodes ayant donné lieu à ***l'application de barèmes différents*** :

- Avant le 26 novembre 2016, **seul le minimum légal de 6 mois de salaire** s'appliquait à la double condition que le salarié ait plus de 2 ans d'ancienneté et que l'effectif de l'entreprise soit au moins égal à 11 salariés ;
- À compter de la publication du décret n°2016-1581 du 23 novembre 2016 pris en application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 et jusqu'à la publication de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, le **minimum légal de 6 mois de salaire** a continué de s'appliquer et a été **complété par le nouveau un référentiel indicatif** d'indemnisation prévu par ce décret ;
- Depuis le 24 septembre 2017, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, **seuls les barèmes** introduits par ce texte s'appliquent.

La base de données comporte des arrêts des cours d'appel A et B rendus entre le 6 janvier 2015 et le 11 octobre 2016 (cf. Première partie, Section 2 – La méthodologie de la recherche). Ces décisions portent sur des licenciements ayant nécessairement été notifiés (ou ayant été qualifiés en tant que tel par le juge) lors de la première période, c'est-à-dire **avant l'entrée en vigueur du barème indicatif issu du décret d'application de la loi du 6 août 2015**. En d'autres termes, ***seul le minimum légal de 6 mois de salaire s'appliquait sur cette période***, à condition que le salarié justifie de plus de deux ans d'ancienneté et que l'effectif de l'employeur compte au moins 11 salariés. L'effectif de l'employeur est assez peu renseigné dans les arrêts (18,56% des cas), mais nous pouvons noter que ce minimum légal est mentionné dans 182 décisions de notre échantillon (soit environ 34%). Parmi les arrêts qui visent expressément le plancher légal, ce dernier est effectivement appliqué dans 170 décisions (soit 93,4 %). Dans les 6,60 % des cas restants (soit 12 arrêts), l'indemnité est souvent proche du plancher légal puisque le montant des dommages et intérêts alloués est compris entre 5 et 6 mois de salaire, dans 9 cas sur les 12.

L’analyse consiste **à comparer le montant des indemnités effectivement accordées par les deux juridictions d’appel à une période où seul le plancher de 6 mois de salaire s’imposait** aux montants prévus par les différents barèmes institués par le législateur. L’objectif visé est **d’évaluer les écarts et les changements** liés à l’application des barèmes (cf. Première partie, Section 1 – L’objet de la recherche).

Figure 9 : Les différents barèmes légaux et réglementaires



§2. Comparaison des barèmes avec les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées

Il s'agit de présenter une **comparaison** des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les juges des cours d'appel A et B avec les barèmes institués par le décret d'application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 et par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017.

Dans les tableaux et figures présentés, des marges d'½ mois de salaire sont appliquées considérant que l'indemnité effective est équivalente au barème si elle est supérieure au barème duquel on retranche un ½ mois de salaire tout en étant inférieure à ce même barème auquel on ajoute un ½ mois de salaire.

La majoration est d'un mois de salaire lorsque le salarié a plus de 50 ans ou qu'il présente des difficultés à trouver un emploi, conformément à ce que prévoit le décret issu du décret du 23 novembre 2016. Celle-ci est appliquée dans la Figure 9a.

Le pourcentage de décisions dans lesquelles l'indemnité est équivalente à celle prévue par les barèmes est assez faible, environ 15 % au regard du décret du 23 novembre 2016, et 12 % s'agissant du barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Au total, ***environ 1/3 des indemnités effectivement accordées sont inférieures ou équivalentes à l'indemnité maximale théorique***, et ***environ 2/3 des indemnités sont supérieures à l'indemnité maximale prévue par les deux barèmes théoriques***, sans qu'il n'y ait de différence marquée entre les deux barèmes (cf. Tableau 15 et Figure 8).

La **différence entre les cours d'appel A et B est assez notable** puisque plus de 50 % des indemnités sont supérieures au barème au sein de la cour d'appel B alors que ce chiffre excède 70 % pour l'autre cour (cour d'appel A).

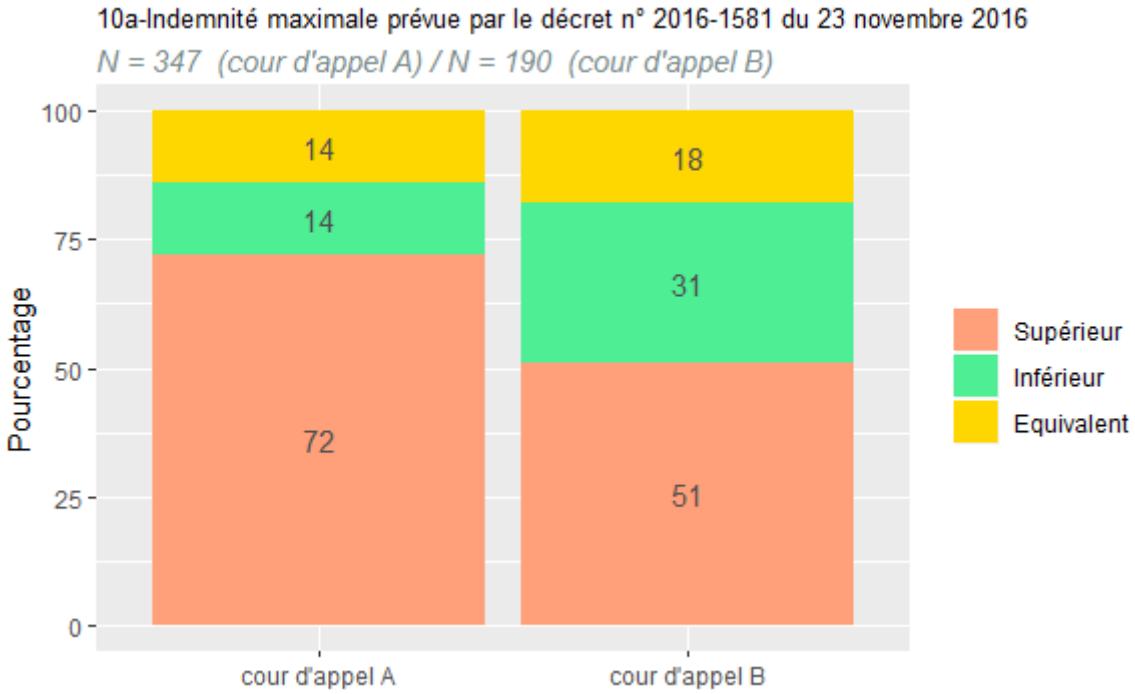
L'ancienneté semble également jouer un rôle important : 44 % des indemnités sont supérieures au barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 **lorsque l'ancienneté est supérieure à 10 ans**, contre 66 % pour des salariés **dont l'ancienneté est inférieure à 2 ans**. Lorsque l'ancienneté du salarié se situe entre 2 et 5 ans, l'indemnité effective excède généralement le plafond théorique prévu par l'ordonnance (environ 90 % des cas), ce qui peut s'expliquer par l'application de l'indemnité minimale légale de 6 mois de salaire. Ces résultats sont illustrés par les Figures 8, 9 et 10.

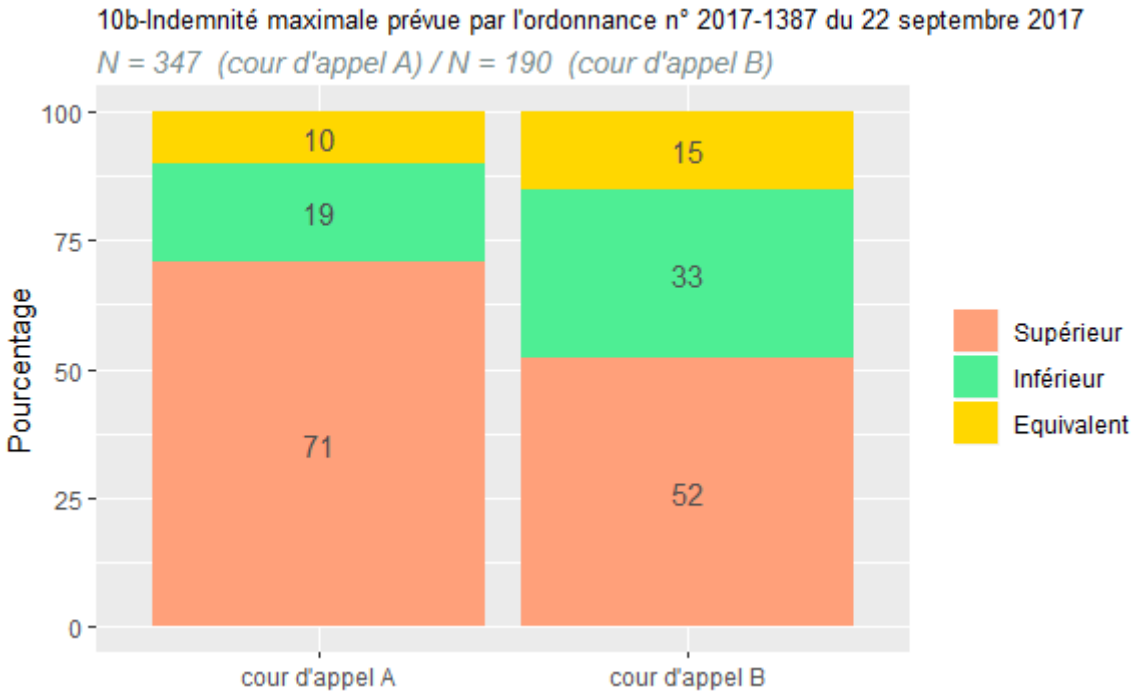
Tableau 15 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux (N=537)

	Barème issu du décret du 23 novembre 2016			**Barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017**		
	% d'indemnités inférieures	% d'indemnités équivalentes	% d'indemnités supérieures	% d'indemnités inférieures	% d'indemnités équivalentes	% d'indemnités supérieures
Total	20,1	15,1	64,8	23,6	11,9	64,4
Par juridiction						
CA A	14,1	13,5	72,3	18,7	10,1	71,2
CA B	31,1	17,9	51,1	32,6	15,3	52,1
Par ancienneté						
< 2 ans	9,0	28,8	62,2	8,1	26,1	65,8
Entre 2 et 5 ans	3,8	6,9	89,3	3,8	3,8	91,4
Entre 5 et 10 ans	17,6	19,1	63,4	22,9	16,0	61,1
Supérieur à 10 ans	42,7	9,1	48,2	50,6	5,5	43,9

Lecture (20, 1 première ligne première colonne) : 20 % des indemnités accordées par les cours d'appel A et B sont inférieures (à un demi-mois de salaire près) au barème issu du décret du 23 novembre 2016.

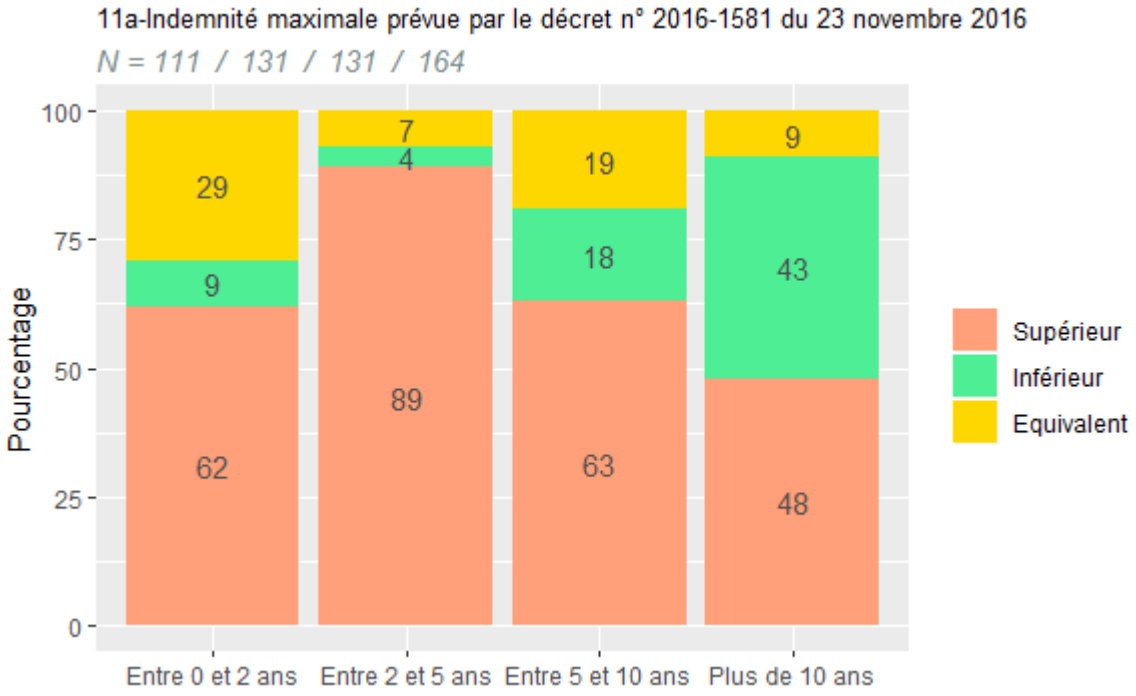
Figure 10 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux[51]





[51] Le nombre total d'observations est de 537 car il y a trois données manquantes concernant l'ancienneté du salarié.

Figure 11 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux ***selon l'ancienneté du salarié***



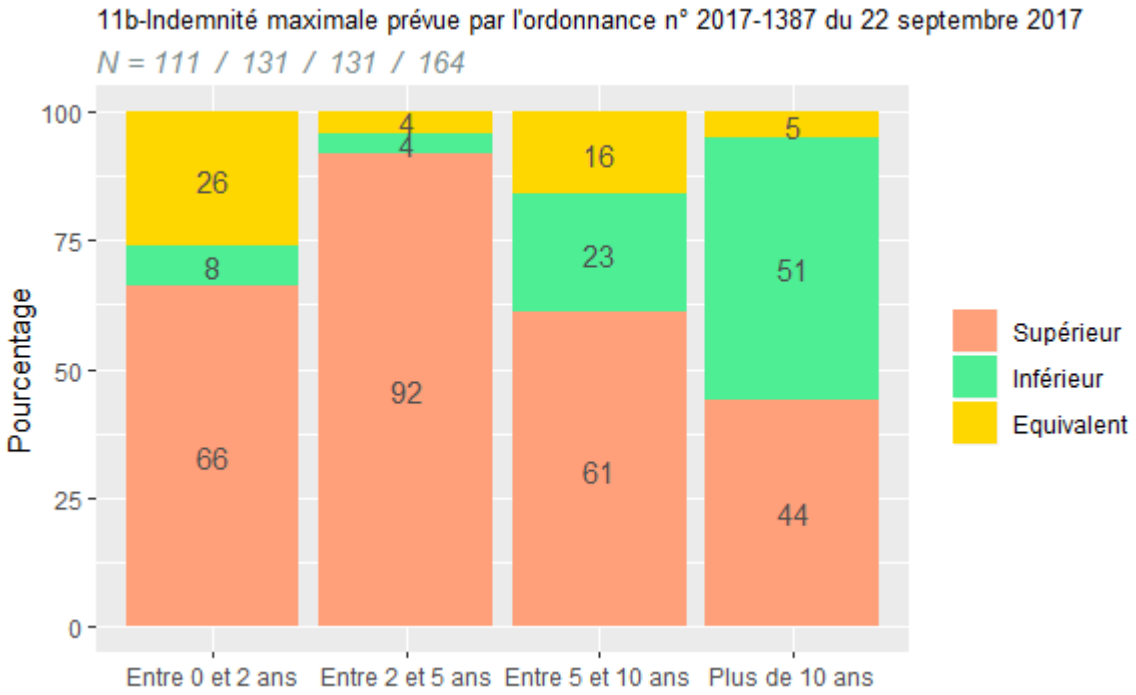
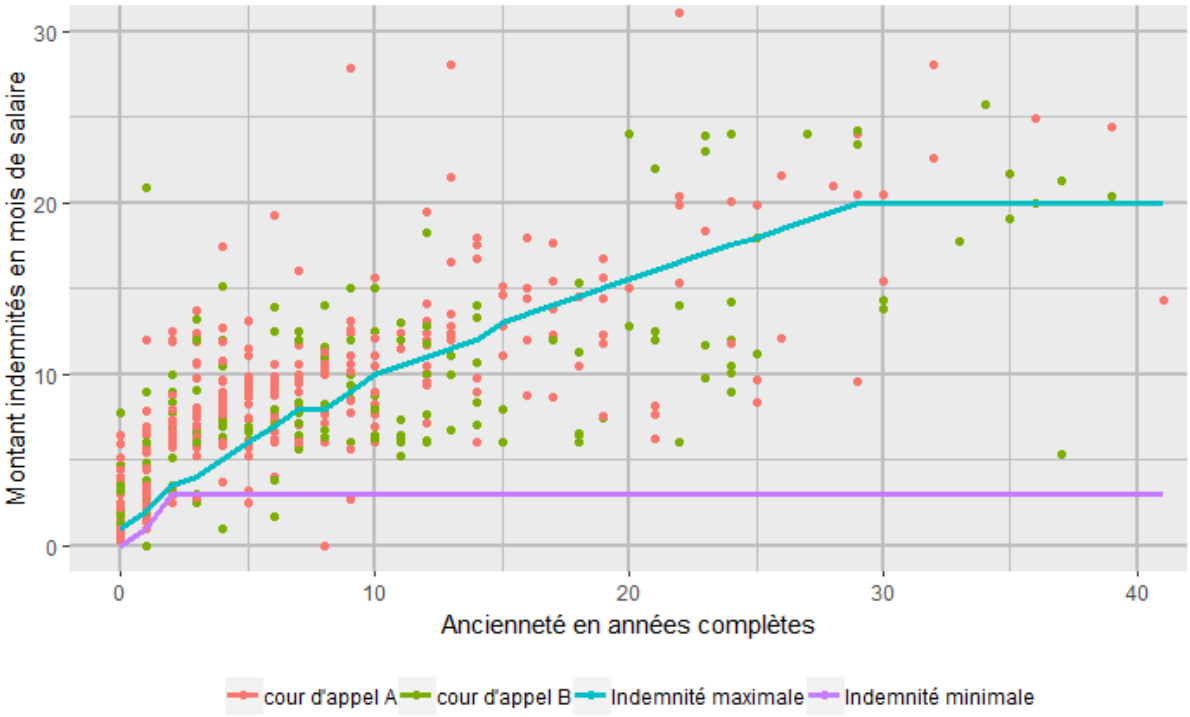


*Figure 12 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec le barème institué par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, **selon l'ancienneté du salarié***



§3. Comparaison des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse effectivement accordées avec les pratiques judiciaires

Lors des entretiens menés avec les acteurs (avocats et magistrats), certains ont évoqués **l'existence d'usages relatifs à l'évaluation du préjudice subi** par un salarié dont le licenciement était jugé sans cause réelle et sérieuse. Ces usages correspondent, selon les praticiens, **à l'octroi supplémentaire d'un mois de salaire par année d'ancienneté** ou **d'un ½ mois de salaire par année d'ancienneté**, au-delà du minimum légal applicable (6 mois de salaire).

La Figure 11 représente une comparaison entre ces usages pouvant exister au sein des juridictions A et B et les montants d'indemnisation effectivement accordés par ces juridictions. Le Barème 1 correspond à **un mois de salaire par année complète d'ancienneté au-delà des 6 mois de salaire** prévus par l'ancien article L.1235-3 du Code du travail. Le Barème 2 correspond à **un demi mois de salaire par année complète d'ancienneté au-delà des 6 mois de salaire** prévus par l'ancien article L.1235-3 du Code du travail. Puisque ces barèmes sont linéaires, il est pertinent de réaliser la droite de régression linéaire afin de comparer la pratique judiciaire à ces deux barèmes.
Il ressort clairement **une proximité entre le barème officieux correspondant à un demi-mois de salaire par année d'ancienneté**, en plus des 6 mois correspondant au barème

légal. On note cependant que les décisions effectivement rendues sont en moyenne *légèrement moins favorables aux salariés que ce barème officieux*.
Le barème correspondant à **un mois de salaire par année complète d'ancienneté** au-delà des 6 mois de salaire apparaît comme **beaucoup moins représentatif de la pratique judiciaire**, la majorité des indemnités étant inférieures à ce barème.

En outre, la Figure 12 montre que **les pratiques judiciaires des cours d'appel A et B sont assez proches**, les droites de régression étant similaires. Cependant, si l'on retient uniquement l'ancienneté du salarié comme critère, les décisions de la cour d'appel B apparaissent comme moins favorables aux salariés, puisque l'indemnisation est plus faible. Au surplus, l'écart se creuse lorsque l'ancienneté s'accroît.

Figure 13 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les pratiques judiciaires correspondant à un demi-mois ou un mois de salaire par année d'ancienneté

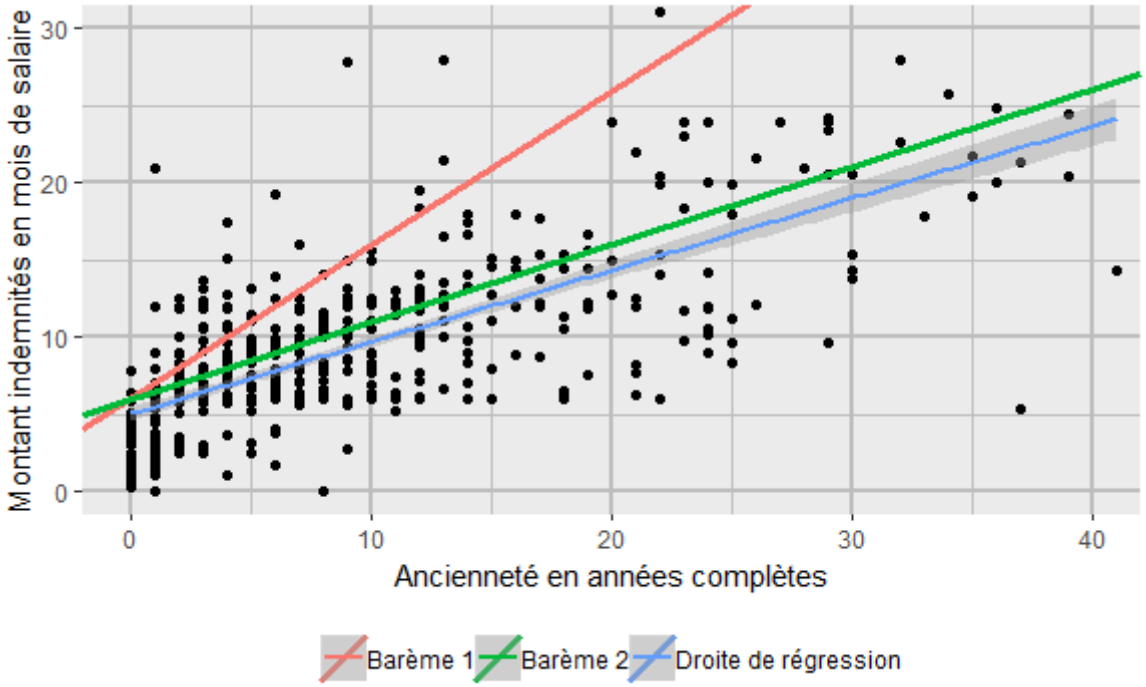
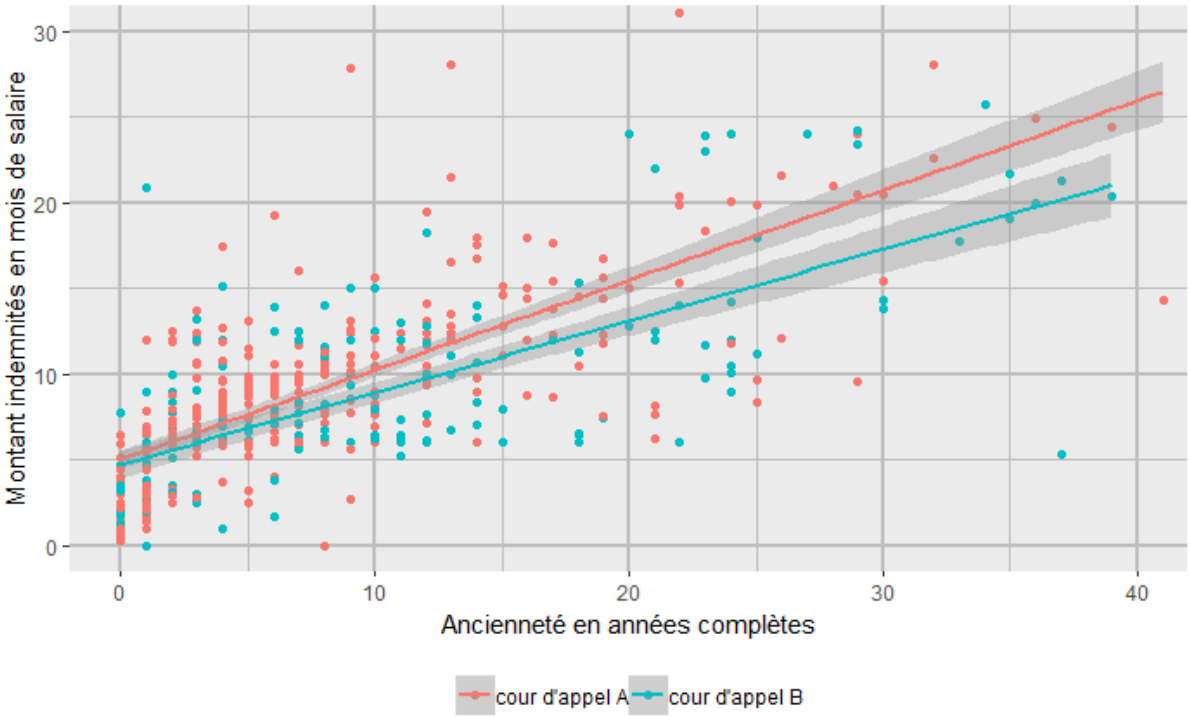


Figure 14 : Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse



TROISIÈME PARTIE

L'approche qualitative : les entretiens

Les 27 entretiens menés avec différents acteurs du droit du travail (conseillers prud'hommes, magistrats de cour d'appel ou avocats) ont conduit à mettre en évidence **les critères déterminants du *quantum* de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse** (Section 1), **l'incidence des demandes accessoires** sur le montant de l'indemnisation du licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse (Section 2) ainsi que **la réception de la technique des barèmes par les acteurs** (Section 3).

Section 1 - Les critères déterminants du *quantum* de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'enquête qualitative a permis de dégager la démarche fondant la détermination du *quantum* de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Loin d'être le fruit d'une appréciation arbitraire, **l'évaluation de la réparation due au salarié repose sur un ensemble de critères que les entretiens réalisés auprès de certains des acteurs de la justice ont mis en lumière**.

Si les facteurs influençant le montant de l'indemnité sont multiples et divers, il apparaît néanmoins possible de dégager des **critères communs** marqueurs d'une certaine rationalité commune (§1). L'unité du processus d'évaluation de l'indemnisation du licenciement injustifié que semble refléter la mise en ordre des critères évoqués ne doit pas toutefois occulter la complexité de l'opération. L'influence attachée à chacun de ces éléments n'est en effet pas uniforme : l'analyse des discours révèle des nuances dans l'appréhension de ces critères et la portée qui leur est reconnue, ainsi que le démontre **l'étude des critères les plus fréquemment cités** (§2) et celle de la **méthode d'évaluation du préjudice retenue** par les personnes interrogées (§3).

§1. Des critères en général

Différents éléments sont présentés par les acteurs comme des critères d'évaluation du montant de la réparation du licenciement injustifié. Une rapide analyse statistique lexicale des discours dévoile la **multiplicité des critères** que les interrogés mobilisent dans leur **activité judiciaire** (A), mais également que **ces facteurs ne font pas l'objet d'un égal consensus** (B).

A. Des critères multiples

Lors des 27 entretiens menés dans le cadre de l'étude, **149 critères** ont été cités de manière spontanée ou en réponse à une question posée.

Les locuteurs ont mentionné entre 1 et 10 critères, soit 5,5 critères en moyenne par entretien (149/27). Remarquons toutefois que les avocats sont assez loin de cette moyenne en évoquant 4,3 critères en moyenne alors qu'à l'inverse, les conseillers prud'hommes employeurs sont bien au-dessus avec 7 critères mobilisés.

Tableau 16 : Le nombre moyen de critères d'indemnisation selon la qualité des répondants

Qualité des répondants	Nombre d'entretiens	Nombre de critères cités	Moyenne
Avocats	7	30	4,3
Conseillers prud'hommes employeurs	5	35	7
Conseillers prud'hommes salariés	10	55	5,5
Conseillers à la cour d'appel	5	29	5,8
Total	**27**	**149**	**5,5**

Les regroupements possibles entre les signifiés des 149 critères désignés permettent d'identifier **23 critères différents** que l'on peut répartir en **4 catégories** : la première regroupe ***les critères liés au salarié*** (10 critères), la seconde renvoie aux ***critères liés à l'entreprise*** (4 critères), la troisième à ceux ***liés au licenciement*** (2 critères) et, enfin, la quatrième réunit ***tous les autres critères***, sans lien avec le salarié, l'entreprise ou le licenciement (7 critères).

Au sein de ces catégories, des **sous-catégories** ont pu être dégagées.

Ainsi, s'agissant des **critères liés au salarié**, 3 sous-catégories peuvent être distinguées. La première concerne les critères ***propres à la personne du salarié*** (appréciés au moment de la rupture du contrat). Sont ici visés l'ancienneté du travailleur, son âge, son état de santé physique et/ou mental (situation de handicap ou de particulière vulnérabilité), son sexe, son salaire ainsi que son employabilité (ce dernier critère est plus difficile à apprécier, l'employabilité étant parfois envisagée sous d'autres angles tel l'âge).

La deuxième sous-catégorie rassemble les critères liés à la ***situation familiale*** du salarié, notamment les charges de famille lui incombant (« *une femme qui a trois enfants, c'est pas pareil…* » (E13) ; « *des enfants qui font des études ou pas, quel âge ils ont, une épouse qui travaille ou ne travaille pas* » (E9) ; « *des femmes seules avec enfant(s) à charge* » (E1), « *s'il a des enfants à charge, une femme ou un mari à charge* » (E24)).

Une dernière sous-catégorie rassemble les critères liés à ***la situation du salarié à la suite du licenciement*** : la situation professionnelle du salarié au jour de l'audience (« *on voit s'il a retrouvé du travail, s'il s'est formé, s'il a créé une entreprise. Si le mois suivant du*

licenciement, même s'il a été très brutal, il a déjà un job, il gagne à peu près la même chose, on considère qu'il n'a quand même pas un préjudice démentiel » (E18)), les conséquences de la rupture du contrat sur sa santé (« *les gens qui tombent malades* » (E18) ; « *le préjudice qu'entraîne ce licenciement parfois sur le plan psychologique, les certificats médicaux* » (E9)), les conséquences sur sa situation matérielle (« *un loyer qu'on n'arrive plus à payer* » (E9) ; celui « *qui vient d'acheter une maison* » (E14)) ou sa situation personnelle et familiale.

Parmi les **critères liés à l'entreprise**, une distinction peut également être opérée entre les critères désignant les ***données propres*** à l'entreprise, objectives, telles que le statut de l'entreprise (structure juridique, moyens financiers et humains, existence d'un service juridique...) ou ses effectifs (« *Et plus la société est grande et plus les possibilités d'indemnisation sont bien évidemment élevées* » (E11)), et ceux relatifs à sa ***situation économique***. La situation économique de l'entreprise visée est tantôt appréciée au jour du licenciement, tantôt au jour de l'audience (« *si lors de l'audience l'employeur a fait état – ce qu'ils ont parfois du mal à avancer de par leurs avocats – de difficultés financières, de trésorerie »* (E24)). De surcroît, la situation économique de l'entreprise est quelquefois appréhendée au regard des conséquences que serait susceptible d'emporter pour l'employeur la condamnation pour licenciement injustifié (« *on peut ensuite évoluer même quand on a le montant de l'indemnité s'il y a une menace de dépôt de bilan, de liquidation* » (E9)). D'autres acteurs encore apprécient la situation de l'entreprise à l'aune de la situation du secteur d'activité duquel elle relève (« *son secteur d'activité parce qu'on sait qu'il y a des secteurs qui sont un peu compliqués* » (E11)).

Outre la situation des parties au litige, c'est également **l'objet du litige** – le licenciement – qui est présenté comme un élément influençant le *quantum* de l'indemnisation en cas de rupture injustifiée. Ici encore, deux sous-catégories peuvent être découvertes : les ***circonstances*** du licenciement (par exemple, « *quelqu'un […] jeté comme un malpropre* » (E20) ; « *le fait que le licenciement soit vraiment abusif* » (E18) ; « *les conditions dans lesquelles intervient le licenciement nous fait augmenter le montant des dommages et intérêts* » (E11)) ; « *le comportement de l'employeur dans la façon de respecter, de mener le licenciement peut être important* » (E14) ; « *la violence du licenciement* » (E1)), d'une part, et la ***nature*** du licenciement, personnel ou économique, d'autre part.

S'agissant enfin de la catégorie des **critères autres**, qui rassemble principalement des *arguments d'opportunité*, trois sous-catégories peuvent être retenues.

L'une est relative au ***comportement des parties***, qu'il s'agisse de leur comportement au cours de l'audience ou de leur comportement procédural, notamment dans l'exercice des voies de recours (appel dilatoire), voire dans la préparation insuffisante du dossier (« *On a des dossiers où on ne sait pas. (…). Quand on a rien c'est plutôt un critère qui… à titre personnel me fait réduire l'indemnité* » (E14)).

Une autre sous-catégorie réunit les critères traduisant ***une certaine stratégie d'utilitarisme procédural*** lorsque l'évaluation de l'indemnisation est réalisée en fonction de certains objectifs tels l'évitement de l'appel ou la recherche de l'effectivité de la décision de justice (« *vous réfléchissez toujours en termes d'exécution et d'effectivité de la décision* » (E1)).

La dernière renvoie aux critères des ***barèmes***. Certains des interrogés ont en effet admis avoir recours à un barème pour apprécier le montant de l'indemnité allouée au salarié illégalement licencié, qu'il s'agisse de barèmes réglementaires, résultant du code du travail, ou officieux, élaborés par les acteurs eux-mêmes.

Tableau 17 : Les catégories de critères d'indemnisation – Synthèse

Catégories	Sous-catégories	Critères
Les critères liés au salarié	Les critères propres au salarié	Ancienneté Salaire Âge État de santé physique et/ou mental du salarié au jour de la rupture du contrat Sexe Employabilité
	La situation de famille du salarié	
	La situation du salarié suite à son licenciement	Situation professionnelle au jour de l'audience Conséquences matérielles de la rupture du contrat de travail Conséquences sur la santé du salarié
Les critères liés à l'entreprise	Les données propres à l'entreprise	Effectif Statut
	La situation économique de l'entreprise	Situation économique de l'entreprise Secteur d'activité en difficulté
Les critères liés au licenciement	Les circonstances du licenciement	
	La nature du licenciement	
Les critères autres	Les critères liés au comportement des parties	Comportement des parties lors de l'audience Comportement procédural (appel dilatoire, dossier incomplet)
	Les critères liés à un certain utilitarisme procédural	Effectivité de la décision Évitement de l'appel Absence d'éléments dans le dossier

	La référence à un barème	Référence à un barème réglementaire Référence à un barème officieux

B. Des critères de portée variable

L'étude de la fréquence de citations des différents critères (1) fournit une première approche du degré de consensus dont ils semblent chacun faire l'objet auprès des acteurs interrogés (2).

1. Le classement de la fréquence des critères

Le critère le plus cité est celui relatif à **l'ancienneté** (21 citations).

D'une manière plus générale, on peut noter que parmi les 5 critères les plus cités, 4 relèvent des critères liés au salarié. C'est le cas de **l'âge** (20 citations), de sa **situation professionnelle au jour de l'audience** (16 citations) et de son **l'employabilité** (15 citations). Un tableau synthétique mais exhaustif de la fréquence des critères peut être consulté en annexe 9.

Le critère des **circonstances du licenciement**, s'il est le troisième le plus cité avec 18 occurrences, est aussi celui qui est le plus souvent évoqué, parmi les critères non liés au salarié.

S'agissant des **critères liés à l'entreprise**, le premier est celui relatif au **statut de l'entreprise**. Il est le sixième critère le fréquemment cité avec 11 occurrences.

Enfin, parmi les **critères autres**, ce sont le **comportement des parties à l'audience** et les **barèmes d'indemnisation officieux** qui sont le plus souvent visés (à 4 reprises).

Tableau 18 : Présentation générale de la fréquence des critères d'indemnisation

Critères	Nombre de citations *N = 27 entretiens*
Ancienneté	21
Âge	20
Circonstances du licenciement	18
Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience	16
Employabilité	15
Statut de l'entreprise	11
Situation familiale	8
Conséquences de la rupture sur la santé du salarié	6
Situation économique de l'entreprise	5
État de santé physique et/ou mental du salarié au jour de la rupture du contrat	4
Comportement des parties à l'audience	4
Barème officieux	4
Effectif	3
Barème officiel	2
Effectivité de la décision	2
Sexe	1
Salaire	1
Secteur d'activité en difficulté	1
Nature du licenciement	1
Contenu du dossier	1
Évitement de l'appel	1
Comportement procédural des parties	1
TOTAL	149

Légende :

En violet : critères liés à la personne du salarié (10 critères)

En orange : critères liés à l'entreprise (4 critères)

En bleu : critères liés au licenciement (2 critères)

En vert : critères autres (7 critères)

Il est intéressant de relever que la fréquence de citation des critères susvisés **varie selon le groupe d'appartenance des personnes interrogées**. Un tableau synthétique, mais exhaustif, de la fréquence des critères au regard des personnes interrogées peut être consulté en annexe[52].

Alors que **l'ancienneté** est le critère le plus cité par **les avocats et les conseillers prud'hommes** (employeurs et salariés), c'est la **situation professionnelle du salarié au jour de l'audience** qui revient le plus souvent chez les **conseillers de cour d'appel**. Il faut également souligner qu'un autre critère est mis en avant, dans des proportions identiques, par les conseillers prud'hommes employeurs et les magistrats des cours d'appel : les **circonstances du licenciement**.

[52] V. Annexe n°9, p.183.

Tableau 19a : Fréquence des critères d'indemnisation selon la qualité des personnes interrogées

Avocats *N = 7*	**Citations**	**Conseillers prud'hommes employeurs** *N = 5*	**Citations**	**Conseillers prud'hommes salariés** *N = 10*	**Citations**	**Magistrats de cours d'appel** *N = 5*	**Citations**
Ancienneté du salarié Âge du salarié	**5/7**	Ancienneté du salarié Circonstances du licenciement	**5/5**	Ancienneté du salarié Âge du salarié	**8/10**	Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience Circonstances du licenciement	**5/5**
Circonstances du licenciement Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience Employabilité du salarié Situation familiale du salarié	**3/7**	Âge du salarié	**4/5**	Employabilité du salarié Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience Statut de l'entreprise	**6/10**	Ancienneté Âge du salarié Employabilité du salarié	**3/5**
		Employabilité du salarié Statut de l'entreprise Situation économique de l'entreprise	**3/5**	Circonstances du licenciement	**5/10**	État de santé physique ou mental au jour de la rupture du contrat Conséquences de la rupture sur la santé du salarié Barème officieux	**2/5**
Situation familiale du salarié État de santé physique ou mental au jour de la rupture du contrat Conséquences de la rupture sur la santé du salarié Salaire Conséquences matérielles de la rupture pour le salarié Secteur d'activité en difficultés Effectif de salariés Statut de	**1/7**	Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience Situation familiale du salarié État de santé physique ou mental au jour de la rupture du contrat Comportement des parties à l'audience	**2/5**	Situation familiale du salarié Conséquences de la rupture sur la santé du salarié	**3/10**	Conséquences matérielles de la rupture pour le salarié Statut de l'entreprise Situation économique de l'entreprise Contenu du dossier contentieux Comportement procédural des parties Comportement des parties à l'audience Barème réglementaire	**1/5**
				Comportement des parties à l'audience Barème officieux	**2/10**		
		Effectif de salariés Effectivité de la décision de justice Évitement de l'appel	**1/5**	Sexe Conséquences matérielles de la rupture pour le salarié Effectif de salariés Situation économique de l'entreprise Nature du licenciement Effectivité de la décision	**1/10**		

l'entreprise Barème officieux				de justice			

Tableau 19b : Les critères d'indemnisation non cités selon la qualité des personnes interrogées

	Avocats *N = 7*	**Conseillers prud'hommes employeurs** *N = 5*	**Conseillers prud'hommes salariés** *N = 10*	**Magistrats de cours d'appel** *N = 5*
Les critères liés au salarié	Sexe	Sexe Salaire Conséquences de la rupture sur la santé du salarié Conséquences matérielles de la rupture pour le salarié	Salaire État de santé physique ou mental au jour de la rupture du contrat	Sexe Salaire Situation familiale du salarié
Les critères liés à l'entreprise	Situation économique de l'entreprise	Secteur d'activité en difficultés	Secteur d'activité en difficultés	Effectif de salariés Secteur d'activité en difficultés
Les critères liés au licenciement	Nature du licenciement	Nature du licenciement		Nature du licenciement
Les critères autres	Comportement procédural des parties Contenu du dossier contentieux Barème réglementaire Effectivité de la décision de justice Évitement de l'appel	Barème réglementaire Barème officieux Contenu du dossier contentieux Comportement procédural des parties	Barème réglementaire Contenu du dossier contentieux Comportement procédural des parties Évitement de l'appel	Effectivité de la décision de justice Évitement de l'appel

2. La fréquence des catégories de critères

Sur les 6 critères les plus cités, **4 concernent la personne du salarié**, **un est lié à l'employeur**, le **dernier est relatif au licenciement**.

L'ensemble des personnes interrogées retiennent **au moins un critère lié au salarié** dans l'évaluation du *quantum* de l'indemnité pour licenciement injustifié. En revanche, seuls un peu plus de la moitié des interrogés mobilisent **au moins un critère lié à l'entreprise**.

La place qu'occupent les **circonstances de la rupture** du contrat de travail dans cette appréciation doit être particulièrement soulignée. Alors que le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse, 15 des répondants déclarent tenir compte des conditions du licenciement dans l'évaluation du préjudice subi par le salarié.

D'autres critères, indifférents à la situation ou à la personne du salarié, à l'entreprise ou à la rupture du contrat, mais **liés au déroulement du procès ou à des considérations procédurales**, interviennent, pour 12 personnes, dans la détermination du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Tableau 20 : Présentation générale de la fréquence de citations par catégorie de critères d'indemnisation

Catégories de critères	Personnes ayant cité au moins un critère relevant de la catégorie *N = 27*	
Critères liés au salarié	27	100%
Critères liés à l'entreprise	15	55.55%
Critères liés au licenciement	18	66.66%
Critères autres	11	40.74%

Ces considérations générales peuvent être précisées en prenant en compte non seulement les différentes catégories de critères, mais aussi la qualité des personnes interrogées**.**

Tableau 21 : Fréquence des catégories de critères d'indemnisation selon la qualité des personnes interrogées

	Avocats *N = 7*		**Conseillers prud'hommes employeurs** *N = 5*		**Conseillers prud'hommes salariés** *N = 10*		**Magistrats des cours d'appel** *N = 5*	
Critères liés au salarié	**7**	100%	**5**	100%	**10**	100%	**5**	100%
Critères liés à l'entreprise	**2**	28.57%	**5**	100%	**6**	60%	**2**	40%
Critères liés au licenciement	**3**	42.85%	**5**	100%	**5**	50%	**5**	100%
Critères autres	**1**	14.28%	**3**	60%	**4**	40%	**3**	60%

Signification : 7 avocats sur les 7 interrogés ont cité au moins 1 critère lié au salarié.

- **Les critères liés au salarié**

La totalité des personnes interrogées citent **au moins un critère de cette catégorie**. Notons aussi que parmi les 27 personnes interrogées, 21 (soit 77.77%) citent au moins 3 critères différents liés à la personne du salarié, 7 (soit 25.9%) en désignent au moins 5.

En moyenne, **3 critères différents liés au salarié sont évoqués** et ce, quelle que soit la qualité du locuteur : les avocats en citent 3.3 en moyenne (23/7), les conseillers prud'hommes employeurs, 3.6 critères (18/5), les conseillers prud'hommes salariés, 3.9 (39/10) et les juges des cours d'appel, 3.2 (16/5).

C'est en s'attachant aux 3 sous-catégories de critères liés à la situation du salarié que des différences apparaissent. Ainsi, si la situation du salarié suite au licenciement est évoquée par l'ensemble des conseillers des cours d'appel et fréquemment par les avocats et conseillers prud'hommes salariés (4 avocats et 5 conseillers), moins de la moitié des conseillers prud'hommes employeurs y font référence (2 conseillers). La situation familiale du salarié n'est pas citée par les conseillers de cours d'appel, mais l'est par 3 conseillers prud'hommes salariés, 2 conseillers employeurs et 3 avocats. Quant aux critères *propres à la personne du salarié,* avocats, conseillers prud'hommes employeurs et salariés se rejoignent et évoquent le plus souvent l'ancienneté, l'âge et l'employabilité du salarié. Seuls les conseillers de cours d'appel se démarquent dans la mesure où ces 3 critères sont devancés par celui lié à la situation professionnelle du salarié au jour de l'audience.

- **Les critères liés à l'entreprise**

Il s'agit de la **catégorie de critères la moins convoquée** parmi les 4 identifiées. Toutefois, suivant la qualité de la personne interrogée, des nuances peuvent être relevées. Ainsi, si ces critères sont peu voire non évoqués par la majorité des conseillers des cours d'appel (3/5) et des avocats (5/7), ils sont en revanche très présents dans les entretiens menés auprès des conseillers prud'hommes. L'ensemble des conseillers employeurs mentionnent au moins un critère lié à l'entreprise et 60% des conseillers salariés en font état.

- **Les critères liés au licenciement**

Si tous les conseillers prud'hommes employeurs et magistrats des cours d'appel visent au moins **un critère lié aux conditions du licenciement**, seuls 3 avocats et 6 conseillers prud'hommes salariés font état des circonstances de la rupture du contrat de travail.

- **Les critères autres**

Parmi les 11 entretiens qui renvoient à un ou plusieurs critères autres que ceux précédemment évoqués, sont particulièrement représentés les conseillers prud'hommes employeurs et les juges des cours d'appel (3 personnes de chaque groupe d'appartenance). Le pourcentage est plus faible chez les conseillers prud'hommes salariés (40%). La

référence à ces éléments est encore plus exceptionnelle chez les avocats, puisqu'un seul des avocats rencontrés mentionne l'un de ces critères.

La majorité des répondants citent un seul de ces critères d'opportunité, 3 néanmoins ont visé 2 critères. Parmi ceux évoqués, 2 le sont plus fréquemment. Il s'agit, d'une part, de la **référence à un barème officieux** (4 fois, 2 fois par des conseillers prud'hommes salariés et 2 fois par les conseillers employeurs) et, d'autre part, du **comportement des parties à l'audience** (4 fois, 2 fois par des conseillers prud'hommes salariés et 2 fois par les conseillers des cours d'appel).

§2. De certains critères en particulier

La suite de l'étude sera consacrée à l'analyse plus précise des discours sur les critères les plus fréquemment cités par les personnes interrogées et ce, pour chacune des catégories de critères précédemment mises en lumière, soit les **critères liés à la personne du salarié** (A), **ceux liés à l'entreprise** (B), **ceux relatifs au licenciement** (C) et les **critères autres** (D).

A. Des critères liés à la personne du salarié

S'agissant des critères liés à la personne du salarié, si l'ancienneté (1) est le plus souvent évoquée par les répondants, il est également paru nécessaire de s'intéresser au critère de l'employabilité (2), dont les contours sont mal définis et la portée incertaine.

1. L'ancienneté

Érigée par le législateur en condition déterminante du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr., art. L.1235-3), l'ancienneté du salarié est également perçue par la majorité des acteurs rencontrés comme **l'un des éléments fondamentaux dans leur appréciation du *quantum*** de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, l'ancienneté est **le critère le plus fréquemment cité** par l'ensemble des personnes interrogées (21 citations). Qu'il s'agisse des avocats (5 avocats sur 7), des conseillers prud'hommes employeurs (la totalité des interrogés), des conseillers prud'hommes salariés (8 conseillers sur 10) ou des conseillers des chambres sociales des cours d'appel (3 conseillers sur 5), le constat formulé est identique.

Ceux-ci lui attachent d'ailleurs un *effet particulier* : **plus l'ancienneté du travailleur est importante, plus le préjudice subi paraît grave**. Si tel est le discours dominant (16 répondants l'ont évoqué à ce titre), il faut remarquer qu'elle est parfois présentée comme un critère indifférent, autrement dit comme un élément sans influence sur l'évaluation du préjudice du salarié illégalement licencié.

L'ancienneté, un critère parfois indifférent : 2 des 27 personnes interrogées – tous deux conseillers prud'hommes, l'un salarié, l'autre employeur – ont ainsi marqué leur indifférence à l'égard cet élément. Pour le conseiller prud'homme salarié, en effet,

« quelqu'un qui perd son emploi injustement, qu'il soit depuis longtemps dans l'entreprise ou pas, il a perdu son emploi », et ajoute : *« Après lier ça à l'ancienneté du salarié, oui tous les critères sont à regarder, mais ce n'est pas pour moi un critère… »*. Et de conclure que *« ce n'est pas décisif* » (E23). La position du conseiller prud'homme employeur est plus singulière : l'ancienneté *« est un critère dont* [il se] *méfie* » et ce, pour une raison bien spécifique. Précisant son propos, celui-ci évoque la situation de salariés protégés justifiant d'une ancienneté importante dans l'entreprise. Selon lui*, « dans certaines entreprises, dans certains grands groupes, vous avez des gens qui, dès qu'ils le peuvent, ils se protègent en prenant un mandat en disant comme ça je ne vais rien foutre et l'employeur étant lié ils sont obligés de le garder* » (E1).
L'indifférence que ces conseillers affichent laisse toutefois apparaître des nuances. Alors que le conseiller employeur reconnaît que l'ancienneté est d'une certaine manière prise en compte par le truchement du critère de l'employabilité, le conseiller salarié tempère son propos en admettant que l'évaluation peut être différente si le salarié justifie d'une ancienneté importante. Pour ces derniers, si l'ancienneté ne constitue pas un critère général à partir duquel s'apprécie nécessairement le préjudice subi par le travailleur, elle reste un élément de contexte susceptible de caractériser la gravité particulière de ce préjudice, soit lorsque l'ancienneté est forte à l'image d'une circonstance aggravante, soit pour démontrer les particulières difficultés que rencontre le travailleur dans sa recherche d'emploi.

L'ancienneté, un critère majoritairement influent : ainsi que le révèle l'enquête, l'ancienneté du salarié reste pour la majorité des répondants un **critère influençant le montant** de l'indemnité pour licenciement injustifié. Mais la portée qu'ils lui reconnaissent n'est pas uniforme. Le poids qui lui est attaché dans l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation diffère en effet selon les personnes interrogées. *Deux discours-types* peuvent être en ce sens dégagés : l'un souligne sa **prépondérance**, l'autre consacre son **équivalence**.

Se rattachent au premier discours-type 10 personnes de notre panel, qui déclarent voir dans l'ancienneté un **critère essentiel** même si, ici encore, la place qu'ils lui accordent est de degrés variables. Pour certains, une **véritable primauté doit être reconnue** à ce facteur. Deux conseillers prud'hommes salariés partagent, à cet égard, une position très tranchée en érigeant l'ancienneté du salarié en critère premier, « *numéro un* », très loin devant les autres critères (E21, E17).
Pour d'autres interrogés, l'ancienneté est un critère essentiel, qui doit présider à l'évaluation du préjudice subi par le salarié avec d'autres critères d'égale importance. Ainsi, ce n'est plus l'ancienneté seule qui doit prévaloir, mais un ensemble de critères auxquels est attachée une portée supérieure à celle qui peut être reconnue aux autres éléments du dossier. On remarquera que ce sont exclusivement des avocats (3 sur les 5 interrogés) qui se sont exprimés en ce sens. Si, pour le premier, *« l'ancienneté et la difficulté à retrouver un emploi par la suite – C'est les deux grands critères »* et que pour *«* […] *l'utilisation de ces*

deux critères, […] *c'est un peu à la louche* » (E13), le second considère qu'« *il y a trois critères qui sont bien évidemment incontournables : l'ancienneté, l'âge, et la taille de l'entreprise. Ça c'est clair* » (E11). Le dernier déclare, quant à lui, que « *le critère principal évidemment reste l'ancienneté »*, précisant toutefois qu'*« On doit faire attention au point de savoir si on a affaire à une entreprise de plus ou moins de 11* » (E8). Ainsi l'ancienneté, sans être le critère central ou unique, est considérée comme **l'un des critères fondamentaux**.
Un troisième discours, partagé par des conseillers prud'hommes salariés et des magistrats de cours d'appel, peut être encore identifié. Celui-ci met en évidence l'importance accordée à l'ancienneté du salarié, **tout en en relativisant la portée**. Un conseiller de cour d'appel affirme, en ce sens, que *« le critère d'ancienneté, effectivement, apparaît important. Quoiqu'après, on peut le relativiser* » (E14).

Le second discours-type, qui caractérise la position commune de 6 conseillers prud'hommes (4 salariés, 2 employeurs) et d'un magistrat de cour d'appel, admet que **l'ancienneté constitue un facteur influençant leur appréciation, sans pourtant lui conférer une quelconque primauté**. Placée au même plan que d'autres critères liés à la personne du salarié et aux circonstances du licenciement, l'ancienneté apparaît comme une condition pondérée avec d'autres. En témoigne, par exemple, la réponse d'un conseiller de cour d'appel. Selon celui-ci, l'ancienneté est prise en compte au même titre que « *l'âge, la formation professionnelle, l'expérience ou formation professionnelle, et puis, peuvent influencer les conditions dans lesquelles se déroule le licenciement* » (E15). De même, un conseiller prud'homme salarié déclare que « *l'ancienneté pour nous, (…), c'est en fonction de tous les critères qu'on regarde : situation de famille, employabilité (..), qualification* », sauf si l'ancienneté est grande (E2)**.** Intégrée à la pesée des éléments en présence, l'ancienneté n'est pas ici affectée *in abstracto* d'un poids particulier. Sa portée est **équivalente aux autres critères** et dépendra de son importance.

2. L'employabilité

Au critère précédent, doit être ajouté le critère de l'employabilité du salarié licencié de manière injustifiée. Cité à 15 reprises par des personnes d'horizons divers (3 avocats, 3 conseillers de cour d'appel et 9 conseillers prud'hommes dont 6 salariés et 3 employeurs), il est le cinquième critère le plus fréquemment visé.

L'employabilité, un critère flou. Si l'employabilité est évoquée au titre des éléments pris en compte dans l'évaluation de la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, force est pourtant de constater que la notion ne fait pas l'objet d'une acception uniforme chez les personnes interrogées.

Dans les discours, la notion d'employabilité se présente comme une notion vague, un concept flou susceptible de recouvrir des réalités diverses. On peut d'ailleurs relever que si plusieurs interrogés la mentionnent expressément (4 fois), l'employabilité est le plus

souvent implicitement visée, notamment par le recours à des périphrases telles que *« la capacité de la personne à retrouver un emploi* » (E17) ou « *les possibilités pour* [le salarié] *de retrouver un emploi dans un délai raisonnable ou pas* » (E12), ou par le renvoi à des exemples connotant cette idée. On peut citer, en ce sens, les propos d'un conseiller prud'homme salarié selon lequel un salarié qui « *a 53 ans,* [s']*il n'a jamais été formé de sa vie, il ne va jamais retrouver un boulot* » (E4). Parfois encore, il est fait référence à l'employabilité par le truchement d'autres éléments. Ainsi, un conseiller prud'homme, questionné sur l'effet de l'ancienneté du salarié sur le calcul de l'indemnité, affirme que « *oui parce que ça rejoint une autre façon de dire les choses. C'est l'employabilité…* » (E1).

Difficile à identifier dans les discours, l'employabilité est également une notion dont la teneur est délicate à saisir.

Certains répondants ont pourtant précisé leur conception de l'employabilité. Cette question reviendrait ainsi, pour un conseiller prud'homme employeur, à s'interroger en ce sens : « *Quelle est la possibilité de se reclasser dans le monde du travail ?* » (E1). Cette proposition est rejointe par un magistrat de cour d'appel : la personne illégalement licenciée *« peut-elle facilement rebondir ou pas ?* » (E14).

L' « inemployabilité », facteur de majoration de l'indemnisation. Si la notion ne fait pas l'objet d'une conception toujours identique, les acceptions proposées semblent toutefois toutes converger vers l'idée que l'employabilité correspondrait à la capacité à obtenir un emploi. L'enquête révèle, en effet, une équivalence fréquemment réalisée entre l'employabilité du salarié et les difficultés rencontrées par ce dernier pour retrouver un emploi. Moins le salarié serait « employable », plus les difficultés dans les recherches d'emploi seraient importantes et plus le préjudice subi serait grave. Ce qui conduirait à majorer l'indemnisation. À l'inverse, comme l'affirme un avocat, « *quand on a quelqu'un qui est dans une phase d'employabilité importante, on va considérer que certes il a perdu son travail, c'est abusif ; ça n'aurait pas dû se passer comme ça mais on sait très bien que son délai de carence ou son délai de reconversion professionnelle, il va être moins important* » (E11) et donc son préjudice, moindre.

Pointe ainsi l'idée que le préjudice lié à la perte d'emploi ne s'apprécierait pas seulement à l'aune de la rupture du contrat elle-même (illégalité plus ou moins grave affectant le licenciement), de la contribution du salarié à l'entreprise (ancienneté importante) ou du préjudice patrimonial ou extrapatrimonial découlant du licenciement, mais également au regard des obstacles rencontrés par le travailleur pour circuler sur le marché du travail. Ces difficultés conduiront à aggraver le préjudice subi par celui-ci. L'importance accordée à ce critère est toutefois relative. Si pour 3 interrogés, il s'agit d'un critère essentiel d'évaluation du préjudice du salarié, pour la majorité des personnes ayant évoqué l'employabilité du travailleur, ce critère n'intervient qu'à titre secondaire dans la détermination du *quantum* de l'indemnisation (7 personnes).

L'employabilité, un critère à géométrie variable. Si l'employabilité est assimilée aux difficultés rencontrées par le salarié dans sa quête d'un nouvel emploi, cela ne conduit pas toujours les juges et les avocats consultés à rechercher les difficultés auxquelles le travailleur a été réellement confronté. En effet, la capacité du salarié à être embauché est parfois appréciée *in abstracto*. Il y aurait ainsi des catégories de travailleurs considérées comme rencontrant nécessairement des obstacles particuliers sur le marché de l'emploi.

Dix répondants opèrent ainsi une corrélation entre l'âge avancé du salarié concerné et son manque d'employabilité. L'âge est, plus généralement, présenté comme « *un critère de l'employabilité* » (E1). Sont, à cet égard, particulièrement révélatrices les réponses de certains conseillers prud'hommes auditionnés : l'un d'eux, salarié, déclare ainsi que « *Plus la personne est âgée, plus on se dit qu'elle aura des difficultés à retrouver un emploi* » (E17). En des termes similaires, un autre précise : « *Quelqu'un qui au bout de 35 ans, à 59 ans, est jeté comme un malpropre, c'est vrai qu'on se dit… celui-ci va avoir du mal jusqu'à sa retraite* » (E20). De façon plus appuyée encore, voire de manière péremptoire, d'autres affirment que « *Quelqu'un qui a fait toute sa carrière et qui arrive comme moi, qui a été licenciée à 59 ans, il sait bien qu'il ne va pas trouver du travail*. » (E18) ou encore qu'« *à 50 ans, on ne va pas retrouver du travail* » (E27).

Selon 6 interrogés, l'employabilité serait également dépendante de la qualification et de la formation professionnelles du salarié. Comme le déclare un conseiller prud'homme employeur, l'employabilité repose aussi sur la question de savoir « *qu'est-ce que je sais faire ?* » (E1). Illustrant cette idée, un avocat souligne que « *la qualification joue aussi parce que si vous êtes un ingénieur diplômé en informatique ou en développement informatique, vous avez plus de chances de trouver du travail que si vous êtes vendeur dans un rayon de supermarché, c'est évident* » (E11). Ainsi, plus le salarié serait qualifié, plus il serait formé, plus il aurait de facilités à être réembauché.

L'âge et la qualification professionnelle sont donc présentés comme les facteurs principaux de l'employabilité du travailleur. De façon plus marginale, un répondant ajoute la situation de handicap éventuelle du salarié. Le handicap place les personnes en situation délicate vis-à-vis du marché de l'emploi, de sorte qu'un licenciement injustifié leur causerait nécessairement un préjudice plus grave. Aussi vont-elles avoir, ainsi qu'il l'affirme, « *une « prime » supplémentaire parce qu'elles sont en situation de handicap et qu'on sait que c'est encore plus compliqué pour eux de trouver du boulot donc voilà* » (E1).

Enfin, l'employabilité ne dépendrait pas exclusivement des caractéristiques propres à la personne du travailleur, mais également de facteurs extrinsèques. Certains répondants – précisément, un magistrat de cour d'appel et un conseiller prud'homme salarié – déclarent, en ce sens, intégrer dans leur appréciation le caractère « *détérioré* » ou « *tendu* » du bassin d'emploi ou du secteur professionnel (E5, E14) dans lequel le salarié évolue, voire s'intéresser à certaines considérations matérielles telle l'absence de moyen de locomotion (E14).

B. Un critère lié à l'entreprise : le statut de l'entreprise

Le statut de l'entreprise, une approche concrète de la situation de l'entreprise. Mentionné par 11 des personnes interrogées, le statut de l'entreprise est le critère le plus cité parmi les critères tenant à l'entreprise. L'enquête démontre que lorsqu'il est fait état du statut de l'entreprise, ce n'est pas tant la forme juridique de l'entreprise (association, société commerciale, etc.) qui est visée, mais sa **taille**, révélant une appréhension *in concreto* de la situation de l'employeur. La taille ici évoquée ne repose pas exclusivement sur une approche quantitative fondée sur l'effectif de salariés de l'entreprise-employeur. C'est, en réalité, une approche plus qualitative que les répondants semblent retenir en faisant référence aux **moyens de l'entreprise**, ***aussi bien financiers qu'humains***, ou aux **compétences** dont celle-ci disposerait et qui varierait selon la taille de l'entreprise.
Est assez révélatrice, à cet égard, la réponse de l'un des conseillers prud'hommes salariés : « *On ne condamne pas de la même façon un boulanger qu'une banque. Car les moyens financiers ne sont pas les mêmes* » (E17). Un conseiller prud'homme employeur relève, pour sa part, que « *dans les choses qui peuvent être des circonstances atténuantes ou des circonstances aggravantes, je considère qu'un petit employeur c'est pas au sens péjoratif du terme, c'est un petit commerçant, un petit artisan qui n'a pas de formation en droit social, qui n'a bien évidemment pas une responsable des Ressources Humaines dans son entreprise, peut faire des erreurs qui sont de nature à être… voilà à alléger sa culpabilité je dirais. Mais par contre, si c'est un groupe structuré moi je dis que c'est inacceptable* » (E1).
Un autre conseiller employeur met, quant à lui, l'accent sur la diversité des situations que peut receler le terme employeur. Face à un dossier, il avoue s'interroger en ces termes : « *c'est un gros employeur qui a des moyens financiers et qui aussi forcément, s'il a des moyens financiers, il a une RH, voilà, il a des juristes, il sait ce qu'il fait, en principe, il est censé savoir ce qu'il fait quand il licencie et avoir un dossier, ne pas y aller comme ça. Ou alors je ne sais pas moi, c'est la petite Association qui ne fait peut-être pas forcément les choses comme il faut mais bon elle fait ce qu'elle peut ou c'est même le particulier, son assistante maternelle* » (E3).

Le statut de l'entreprise, un critère généralement déterminant du *quantum* de l'indemnisation. L'importance accordée à la situation de l'entreprise dans la détermination du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse diffère selon les interlocuteurs. Pour 3 répondants (un avocat et 2 conseillers prud'hommes, l'un salarié, l'autre employeur), il y a là un **critère fondamental** qui doit nécessairement être pris en compte dans la pondération générale des éléments du dossier. Certains soulignent son « *évidence* » (E17), ou affirment qu'il s'agit d'un critère « *bien évidemment incontournable* », au même titre que l'ancienneté et l'âge (E11).
D'autres, plus nombreux (8 interrogés, dont 5 conseillers prud'hommes salariés, 2 employeurs et un magistrat de cour d'appel), reconnaissent que cette circonstance peut avoir un effet sur leur évaluation du préjudice subi par le salarié, mais ne lui accordent qu'une **place secondaire**. En témoignent les propos d'un conseiller prud'homme

employeur : « *Il faut arriver à faire comprendre qu'on ne peut pas sanctionner aussi facilement et sur des montants aussi importants pour un employeur d'un employé de maison, que si on est sur une entreprise de plus de 1000 personnes. Donc bien sûr qu'effectivement, ça joue*. *Ça joue quand même à la marge, car de toutes façons on octroie évidemment le montant* a minima *obligatoire, c'est une évidence. Mais oui, oui, ça joue »* (E22). Un conseiller prud'homme salarié déclare, pour sa part, s'intéresser à la situation de l'employeur après avoir envisagé celle du salarié : « *Après (…) je regarde aussi l'état de l'entreprise. Quand on a affaire à quelqu'un qui est du personnel de maison, une nourrice, on se met à la place : c'est deux personnes physiques… C'est vrai qu'un des deux est employeur mais ce qu'il a pour vivre c'est son salaire, pas plus, il n'a pas de dividendes, de choses comme ça* » (E2).

Le statut de l'entreprise, un critère parfois indifférent. Si le statut de l'entreprise est souvent érigé en critère d'évaluation de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, une part non négligeable des interrogés affirme néanmoins leur **indifférence à l'égard de cet élément** (5 répondants). Poussant plus avant l'analyse, *trois tendances* peuvent être observées.

La première se caractérise par une **position tranchée** face à ce critère, montrant une certaine posture des répondants concernés (un avocat et un conseiller prud'homme salarié). Ils écartent toute velléité de prendre en considération la situation de l'entreprise dans leur appréciation du préjudice subi par le salarié. Ceci est patent lorsqu'à la question de savoir si les capacités financières de l'entreprise ont une quelconque influence, l'un des interrogés déclare : « *Ah non, moi ça, ça me laisse indifférent* » (E9). Ce dernier est rejoint par le second répondant, selon lequel « *être employeur ce n'est pas qu'un statut, c'est aussi des responsabilités* ». Affirmant ensuite qu'« *un mauvais employeur est mauvais dans une grosse ou dans une petite* », il conclut en indiquant n'avoir « *aucun scrupule à condamner une entreprise, quelle que soit sa taille* » (E23).

La deuxième approche est **plus nuancée** : certains affirment ne pas être « *en principe* » (E14) influencés par le statut de l'entreprise, sans toutefois exclure cette circonstance de manière absolue, ou alors s'interrogent : « *on devrait peut-être l'être* ? » (E12).

Relevons, enfin, la **position particulière** d'un magistrat de cour d'appel qui, tout en admettant ne pas tenir compte aujourd'hui du statut de l'employeur, reconnaît que cet élément était mobilisé lorsqu'il occupait les fonctions de juge départiteur au sein de la juridiction prud'homale (E15).

C. Un critère lié au licenciement : les circonstances de la rupture du contrat de travail

Le contexte du licenciement est également pris en compte dans la détermination du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mentionné par 13 des personnes interrogées (l'ensemble des conseillers prud'hommes employeur et juges d'appel, la moitié des conseillers prud'hommes salariés, 3 avocats), il est le premier critère cité non lié à la personne du salarié.

Les circonstances du licenciement, un authentique critère. Pour ces répondants, les circonstances du licenciement constituent un authentique critère d'appréciation du *quantum* de l'indemnisation. Sa portée est toutefois ***variable***. Dans les discours, il est tantôt appréhendé comme un **critère prépondérant** (6). 2 interrogés ont, en ce sens, précisé que les circonstances de licenciement étaient, pour eux, le critère « *premier* » (E22 ; E18). Cet élément est tantôt vu comme un **critère secondaire** (7). 2 répondants ont ainsi affirmé le caractère essentiel de ce critère, mais en l'englobant avec d'autres tenant à la personne du salarié (E5 et E15).
Ces discours ne sont du reste pas représentés dans les mêmes proportions chez les différentes catégories de personnes interrogées. La portée attachée au contexte du licenciement dans l'évaluation du préjudice subi du salarié **varie, en effet, selon les fonctions des répondants**. Alors que le discours consacrant la prépondérance du critère est particulièrement représenté chez les conseillers prud'hommes (4 conseillers prud'hommes, 2 salariés et 2 employeurs), celui reconnaissant sa place secondaire s'observe d'abord chez les conseillers de cour d'appel (3), puis chez les avocats (2), à l'exclusion des conseillers prud'hommes salariés.

Les circonstances du licenciement, un critère au contenu variable. Fréquemment cité, le critère des circonstances du licenciement connaît toutefois des acceptions différentes selon les personnes interrogées. Il est possible d'en identifier *trois*.
Un premier discours – majoritaire (8 personnes) – met en avant **les éléments de fait caractéristiques d'un licenciement abusif**. Quand bien même le caractère abusif du licenciement constitue, en vertu d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation[53], un préjudice distinct donnant lieu à une indemnisation spécifique, certains répondants **intègrent ces éléments dans leur appréciation de la réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse**. Certains y font référence, de manière générale, en évoquant *« la façon dont le licenciement s'est passé* » (E16). Le plus souvent, toutefois, les interrogés soulignent la particulière gravité des conditions dans lesquelles la rupture est intervenue, caractérisant ainsi un « *licenciement vraiment très abusif* » (E15). Au-delà de la mauvaise foi de l'employeur, c'est l'atteinte portée à la personne du salarié, à son honneur, son intégrité qui est mise en évidence. En ce sens, a été mentionné « *le caractère brutal et vexatoire* » (E8) de la rupture du contrat de travail. Ont aussi été évoqués le cas d'un salarié *« jeté comme un malpropre* » (E20), des situations « *particulièrement choquantes* » (E11), *« la violence du licenciement »* (E1), ou encore « *un manque de respect de la personne, le*

[53] La jurisprudence autorise un cumul entre les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité réparant un préjudice distinct, tel celui résultant de procédés vexatoires dans la mise en œuvre ou les circonstances du licenciement (Cass. soc., 12 mars 1987, n° 84-41.002, Bull. civ. V, n° 147, Dr. ouv. 1987, p. 393 ; Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 93-41.116, Bull. civ. V, n° 290 ; Cass. soc., 10 janv. 2006, n° 03-42.395 , à propos d'un licenciement dont la cause alléguée n'était pas la cause véritable ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-40.912 , à propos de l'interdiction d'accès aux locaux à un salarié licencié dont les tiroirs du bureau ont été forcés alors que la faute grave alléguée n'était pas établie) ou celui découlant de la détérioration de l'état de santé du salarié imputable au comportement fautif de l'employeur (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-44.977).

comportement de l'employeur dans la façon de respecter, de mener le licenciement peut être important » (E14). Cet appel au contexte de la rupture paraît toujours appuyer une évaluation allant dans le sens d'une **augmentation du montant de la réparation** allouée au travailleur. Ce que confirme un des interrogés qui, tout en signalant que le salarié ne forme pas toujours une demande d'indemnisation spécifique pour licenciement vexatoire, déclare que lorsque « *les conditions du licenciement ont été vraiment insupportable*s (…), *c'est un facteur aggravant »* qu'il est nécessaire d'indemniser (E5).

Un deuxième discours repose sur la recherche des efforts déployés par l'employeur « *pour maintenir le salarié à flot* » (E13), sans toutefois préciser quelles démarches éventuelles auraient pu être menées par l'employeur à cette fin. Suivant cette approche, c'est la **bonne foi** et **l'absence de légèreté blâmable** de ce dernier qui semblent être recherchées.

Un dernier discours, plus atypique, s'intéresse aux **motifs du licenciement**. Alors même que l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement a par définition été retenue, certains des interrogés estiment que le caractère fondé ou infondé des justifications de la rupture avancées par l'employeur influe sur le montant de l'indemnité à accorder au salarié. 2 conseillers prud'hommes employeurs et un conseiller de cour d'appel mettent ainsi en exergue l'effet de la « *la réalité du licenciement* » sur leur évaluation, semblant ainsi distinguer selon le caractère plus ou moins justifié du licenciement et établir une gradation suivant la gravité du manquement commis par l'employeur. À cet égard, sont particulièrement révélateurs les propos de l'un des conseillers prud'hommes : « *Par définition, on a déjà jugé qu'il était sans cause réelle et sérieuse. Mais pourquoi était-il sans cause réelle et sérieuse ? Il est bien évident que parfois on se retrouve face à des employeurs qui n'ont rien compris à la procédure, qui sont complètement à côté, qui ont raté ça, mais parfois le licenciement est sans cause réelle et sérieuse parce que la procédure n'a pas été suivie, il aurait été préférable qu'il y ait d'abord deux avertissements, il y a eu une précipitation. Là on est dans l'humain pur et dur et parfois, en tant que personne, on a le sentiment que ça aurait pu mieux se passer mais que l'employeur n'a pas su faire* » (E22). Le second conseiller va plus loin encore : *« Parfois le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas fondé. Ce n'est pas grand chose qui nous fait basculer d'un côté ou de l'autre. Surtout à l'encadrement où il y a quand même des motivations de part et d'autre. Le gars on sait qu'il n'est pas net, mais pas suffisamment pour être considéré comme sérieux. On a des cas comme ça. Là, le préjudice… L'employeur a fait une connerie, il a recruté la personne qu'il ne fallait pas, il a déjà payé le prix avant. …* » (E19). La faute de l'employeur serait donc, selon les circonstances, plus ou moins grave, justifiant une condamnation plus ou moins importante.

Cette approche, témoignant d'une analyse subjective de l'affaire, rappelle que, si les conseillers prud'hommes sont d'abord des magistrats, ils sont aussi des « *magistrats de terrain* », selon l'expression de l'un des acteurs (E5), c'est-à-dire des hommes issus du monde du travail et de l'entreprise. On retrouve ici la marque de ce que les conseillers employeurs sont porteurs d'une application du droit du travail davantage tournée vers la

gestion du personnel[54] et sont plus enclins à se projeter, à faire un transfert sur l'employeur auteur du licenciement injustifié.

Pour autant, ce discours n'est pas l'apanage des conseillers prud'hommes, puisqu'un magistrat de cour d'appel adopte une position assez similaire. Selon ce dernier, le préjudice subi par le salarié serait apprécié à l'aune du comportement de l'employeur. Plus précisément, si la mauvaise foi de celui-ci tend à aggraver la condamnation, l'erreur commise, au contraire, conduirait à limiter l'indemnisation due au salarié. En ce sens, le magistrat déclare : « *en fonction du fait* [que l'employeur] *a peut-être mal fait les choses mais par maladresse plus qu'autre chose, ou alors il était pleinement conscient que… et même parfois, je veux dire, il a vraiment voulu virer des gens alors que ce n'était pas justifié, donc ça, ça va rentrer en compte dans le montant de l'indemnisation* » (E3). Ainsi, suivant ce dernier, le *quantum* de la réparation dépendrait non seulement de l'examen de la justification et de la régularité procédurale du licenciement – soit des éléments matériels de la faute –, mais aussi de l'intentionnalité de l'auteur de la rupture. Semble ainsi pris en compte l'« élément moral » de la faute.

Ce discours-type relatif aux motifs du licenciement laisse également entrevoir un **traitement différencié des irrégularités ou des illégalités constatées suivant leur nature**. À suivre certains répondants, la gravité du manquement de l'employeur serait susceptible de degrés, ce qui conduirait à moduler le montant de l'indemnité accordée. Un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse en raison d'irrégularités de procédure serait moins grave qu'un licenciement sans motif ou reposant sur des motifs insuffisants (E17). De même, la disproportion de la sanction disciplinaire serait moins grave que l'absence totale de justification (E25). C'est finalement la **mauvaise foi de l'employeur** ou **son intention de nuire au salarié** qui semble constituer le curseur essentiel de l'évaluation de l'indemnisation (E22).

D. Des critères autres

La catégorie des « critères autres » regroupe 7 critères mis en lumière par l'enquête. Elle concerne, pour l'essentiel, des critères d'opportunité, mais aussi l'éventuel renvoi à des barèmes existants. Seront ici analysés les trois critères les plus cités, soit la référence à un barème (1), le comportement des parties à l'audience (2) et la quête de l'effectivité de la décision de justice (3).

1. La référence à un barème

Certaines des personnes interrogées ont spontanément évoqué l'utilisation d'un barème comme un critère autonome de l'indemnisation[55]. Il est d'ailleurs le critère le plus cité dans

[54] V. en ce sens, L. Willemez, « Les prud'hommes et la fabrique du droit du travail : Contribution à une sociologie de l'activité judiciaire », Sociologie du travail, Elsevier Masson, 2012, 54, p.112 s.

[55] La qualification de critère conférée au barème par certains des interrogés est évidemment sujette à discussion. La question de la réception de la technique des barèmes comme outil d'évaluation de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse a d'ailleurs donné à des échanges spécifiques au cours des

la catégorie des critères autres (6). Il s'agit principalement de la **référence à un barème réglementaire**, résultant d'une pratique judiciaire établie, propre au ressort d'une cour d'appel (5), auquel on peut ajouter la **référence à un barème officiel** prévu par le code du travail (1). Ce critère est, par ailleurs, exclusivement évoqué par des répondants relevant du ressort de la cour d'appel A, à savoir 3 conseillers à la cour d'appel, 2 conseillers prud'hommes salariés et un avocat.

La référence à un barème officieux. 5 acteurs ont indiqué avoir recours à un barème officieux. Présenté par un conseiller prud'homme, ce barème consisterait, selon une pratique en vigueur au sein de la chambre sociale de la cour d'appel A, à ajouter aux 6 mois minimum prévus par la loi[56], « *un mois par année d'ancienneté* » pour un salarié ayant deux ans d'ancienneté, dans une entreprise de plus de 11 salariés (E17). Il se présenterait sous la forme d'un *« tableau d'indemnisation qui est distribué à tout le monde* » (E16), même si ce tableau ne nous a pas été formellement présenté.
La position des conseillers de la cour d'appel et celle des conseillers prud'hommes divergent cependant sur la manière dont ce barème joue pour déterminer le *quantum* de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour les premiers, ce critère est essentiel. **Le barème sert de base aux discussions** entre les juges pour opérer leur évaluation. Expliquant sa démarche, un conseiller déclare « *d'abord on a un barème donc on considère qu'on applique notre barème, donc on prend notre salaire, on multiplie, on fait notre calcul et on voit ce que ça donne*. ». « *Et après on regarde ce qu'a donné le Conseil et par rapport à notre barème et puis après il y a tout un tas de circonstances qui vont entrer en jeu* » (E3).
Pour les seconds, d'autres critères jouent de sorte que **le barème tient une place secondaire**. Un des conseillers prud'hommes précise en ce sens que le premier critère est l'ancienneté et qu'ensuite, il est fait application du barème officieux pour augmenter l'indemnité (E17). L'autre n'accorde au barème officieux qu'un rôle mineur, au même titre que le statut de l'entreprise, l'effectivité des décisions de justice et après d'autres critères plus déterminants. Il est du reste intéressant de relever que les 2 conseillers prud'hommes marquent leur volonté de ne pas être totalement liés par ce barème et de garder une certaine marge de manœuvre dans son application. À ce titre, l'un nous explique que « *c'était à peu près notre décision* » (E17) alors que le second évoque le fait d'avoir *« souvent tenté appliquer un peu le barème officieux de la cour d'appel* » (5).
S'ils ne font pas explicitement référence à un barème résultant d'une pratique judiciaire établie, 2 autres répondants, l'un conseiller prud'homme dans le ressort de la cour d'appel A et l'autre, avocat inscrit au barreau de la cour d'appel B, ont néanmoins évoqué un autre critère reposant sur l'idée de barème. S'appuyant sur les données statistiques officielles publiées par les organismes chargés du service public de l'emploi, cette méthode,

entretiens. cf. infra Section 3 - La réception des barèmes légaux de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

[56] Art. L.1235-3 C. tr. dans sa rédaction en vigueur avant sa modification par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

appliquée à une « *autre époque* » (E12) prenait en compte **le temps moyen nécessaire à une personne licenciée pour retrouver un travail**. Ainsi, « *à l'époque on était sur ces barèmes-là : entre 8 et 12-14 mois. On indemnisait en fonction de ça* » (E27).

La référence à un barème réglementaire. S'agissant de la référence à un barème réglementaire, seul un conseiller de la cour d'appel A a déclaré que lorsqu'il exerçait des fonctions de juge départiteur, il suivait le barème indicatif mis en place par la loi du 6 août 2015, soulignant que « *ça* (lui) *donnait une fourchette* » et que « *ça correspondait bien aux pratiques* » (E23).

2. Le comportement des parties à l'audience

L'audience, un critère secondaire. Cité 4 fois, le critère du « comportement des parties à l'audience » est exclusivement évoqué par des conseillers prud'hommes (8), à l'exclusion des avocats ou des juges d'appel. Il faut remarquer que parmi ces conseillers prud'hommes, il y a une égale représentation des conseillers salariés (2) et des conseillers employeurs (2), issus autant des juridictions du ressort de la cour d'appel A (2) que de la cour d'appel B (2). On peut y voir l'illustration de l'importance que les juges non-professionnels accordent à l'audience, ce moment-clef où ils vont pouvoir interroger les parties au litige afin d'établir la vérité de l'affaire[57]. Ce que souligne un conseiller : *« Ah oui, oui, l'audience est un critère* » (E2), s'exclame-t-il non sans véhémence, tout en regrettant que les parties ne comparaissent pas toujours en personne. Si l'audience constitue pour ces conseillers un critère autonome, ils ne lui accordent cependant qu'une place secondaire. Ce critère pèse néanmoins sur l'évaluation du préjudice, mais ses effets sont variables : susceptible de justifier une augmentation du montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle peut aussi conduire à le réduire.

La prise en compte du facteur humain. La mise en lumière de l'audience comme critère de l'indemnisation révèle la dimension humaine que peut revêtir l'évaluation du préjudice. Comme l'affirme un conseiller, « *on est dans l'humain pur et dur* » (E22). Ainsi, le critère de l'audience n'est pas envisagé comme un critère d'ordre procédural : ce n'est pas la clarté des arguments développés et leur présentation qui compte ou l'éloquence de celui qui les présente mais, véritablement, le facteur humain. Cela semble illustrer la place significative qu'occupe le souci d'équité chez les conseillers et rappelle que si l'institution prud'homale produit un droit respectueux des normes juridiques, les conseillers restent parfois fidèles à leur ancrage professionnel[58].
Au-delà de ce constat, l'approche des conseillers parait nuancée. Certains retiennent une approche objective de ce critère lorsqu'ils relèvent, lors de l'audience, par exemple la bonne ou mauvaise foi des plaideurs. L'audience serait ainsi, à côté des éléments du

[57] H. Michel et L. Willemez, « Le monde du travail comme jugement et représentation : les conseillers prud'hommes en audience », Actes de la Recherche en sciences sociales, 2009/3, n°178, p.50 s.
[58] L. Willemez, « Les prud'hommes et la fabrique du droit du travail », Sociologie du travail, n°54, 2012, n°1, p.112 s.

dossier, un vecteur de manifestation de la vérité. Comme le constate un conseiller, « *quelques fois, vous avez des salariés ou des employeurs qui sont devant vous et qui sont de très mauvaise foi, donc j'avoue que ça ne plaide pas en leur faveur »* (E1). D'autres optent pour une approche plus subjective et se réfèrent à la personnalité de l'employeur ou à son manque de compétence, qui serait "*excusable*". Les conseillers se retrouvent face à un « *salarié menaçant* » (E26) ou « *qui ricanent avec un petit sourire narquois en se disant « je t'ai bien eu salaud d'employeur et tu vas cracher au bassinet* » (E1). D'autres s'intéressent à l'attitude de l'employeur et à sa personnalité telle qu'observée lors de l'audience et soulignent, par exemple, le cas de l'employeur « *maladroit* » (E22). Selon un conseiller, *« on a le sentiment que ça aurait pu mieux se passer mais que l'employeur n'a pas su faire. On l'a vu à l'audience, c'est quelqu'un plutôt brut de décoffrage, c'était logique que cette personne réagisse comme ça, là où ce ne serait pas logique si c'était une organisation avec un DRH* » (E22). D'une manière plus générale, la présence des parties à l'audience permet aux juges d'obtenir parfois des informations complémentaires avant de statuer sur le dossier (E2). L'influence sur la détermination de l'indemnisation n'est alors qu'indirecte.

3. La recherche de l'effectivité de la décision de justice

Les entretiens menés mettent enfin en évidence que **la recherche de l'effectivité de la décision** rendue est parfois prise en compte par les juges dans l'évaluation du montant de l'indemnisation. Ce n'est alors plus seulement la quête d'une réparation adéquate du préjudice subi par le salarié victime ou la volonté d'infliger une forme de peine privée à l'employeur fautif qui préside à la quantification monétaire de la situation, mais **le souci de garantir à la victime une réparation qui lui sera effectivement versée**.

Cette considération est, du reste, analysée comme un véritable critère par 2 des personnes interrogées, tous 2 conseillers prud'hommes (l'un employeur, l'autre salarié). L'un d'eux s'interroge ainsi : « *Est-ce qu'il vaut mieux condamner à 50 000 € et que la dame ne les ait pas, ou le condamner à 10 000 € et être sûr qu'elle les ait* » (E5) ? Pour en conclure que « *Oui, vous réfléchissez toujours en termes d'exécution et d'effectivité de la décision* », tout en insistant sur le caractère « *frustrant* » d'une telle approche dès lors que « *vous savez que cette personne a droit à 50 000 € et que vous ne pouvez lui donner que 10 000 €* » (E5).

La quête d'une sanction effective peut dès lors conduire les juges à minorer le montant de l'indemnité pour licenciement injustifié afin de s'assurer que la condamnation sera, en fait, véritablement exécutée. Cela conduit à **rapprocher le critère de l'effectivité de la décision de justice de celui du statut de l'entreprise**, envisagé sous l'angle des moyens financiers limités de l'employeur. Ce que confirme un conseiller prud'homme employeur lorsqu'il déclare que, si le conseil de prud'hommes ne saurait motiver un jugement en indiquant, par exemple, que parce que *« c'est une petite boîte, on avait prévu 80 000 € mais on va donner 30 000 €* », de telles circonstances pèsent toutefois, au moins implicitement, sur le *quantum* de l'indemnité accordée (E1).

§3. De la méthode d'évaluation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Interrogées sur la méthode utilisée pour évaluer le *quantum* de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, plus d'un tiers des personnes sollicitées ont répondu en recourant à des formules imagées. Nombreux sont ceux qui, pour ce faire, empruntent au ***vocabulaire culinaire***, décrivant leur méthode comme « *de la cuisine* » (E8) ou affirmant que la façon dont ils procèdent « *c'est un peu à la louche* » (E13) voire « *complètement à la louche* » (E6). D'autres expliquent : « *on compose* » (E5), « *on va faire un mixte entre tout ça* » (E3). D'autres encore usent de ***termes inventés***. L'un des répondants indique par exemple : « *honnêtement, il y a quand même une grosse partie de pifométrique »* quand bien même *« il y a un faisceau d'indices qui permet de se dire que oui il y a eu un préjudice* » (E22).

L'originalité des expressions employées et le flou qu'elles connotent traduisent **la difficulté qu'ont les acteurs à expliquer la démarche** qu'ils empruntent. Plus généralement, ce constat est révélateur du fait que la quantification de l'indemnité allouée au salarié illégalement licencié est une opération délicate à objectiver. Comme le souligne un conseiller prud'homme employeur, « *les critères dans l'absolu sont nombreux, ils ne sont pas exhaustifs* », de sorte qu'il est nécessaire de faire « *une analyse en fait de la situation* » (E21). Certains critères paraissent, plus que d'autres, susceptibles d'appréciations variables. Un conseiller à la cour d'appel relève, en ce sens, que *« les spécificités de la rupture, c'est du grand subjectif forcément »* (E6) et ajoute, à propos des difficultés du salarié à retrouver un emploi et des circonstances de la rupture, que l'appréciation de ces éléments est « *complètement à la louche* » (E6).

Le **souci d'objectivation de l'évaluation du préjudice** subi par le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse n'est cependant pas ignoré des acteurs interrogés. Au contraire, plusieurs d'entre eux font état d'une certaine méthode suivie ordonnant l'appréciation réalisée. Quelques-uns affirment, en ce sens, recourir à un référentiel en fondant leur appréciation sur un barème existant (E3). D'autres indiquent commencer par faire application des critères qu'ils jugent essentiels tels que l'ancienneté du salarié, son âge (E8) ou encore sa situation de retour ou de non-retour à l'emploi (E13). Engageant leur réflexion à partir de critères plutôt objectifs, la part de subjectivité propre à cette opération d'évaluation semble cantonnée aux éventuels ajustements imposés par les circonstances particulières de l'affaire à partir d'un *quantum* d'indemnité déjà chiffré. À titre d'illustration, un conseiller à la cour d'appel explique : « *Toujours par rapport à notre barème qui nous donne une idée. Mettons que notre barème nous dit 80 000 € : on regarde ce que le conseil de Prud'hommes lui a donné : 50 000 €. On est au-dessus donc on va donner au-dessus puisqu'on donne généralement au-dessus. Alors après, plus ou moins, en fonction de si l'employeur avait raison ou pas du tout, vraiment pas du tout alors là on aura plutôt tendance à aller au-delà de 80 000 €. A moins que ce soit justement pour l'employeur qui n'aura pas les moyens donc là on va peut-être un peu baisser. Et après on regardera le salarié* » (E3).

Il faut également remarquer que le discours de certains locuteurs révèle que l'opération d'évaluation de l'indemnisation du salarié n'est pas dictée par la seule recherche de la réparation adéquate. Ce discours semble propre aux conseillers prud'hommes, à l'exclusion des autres catégories de personnes interrogées. 4 conseillers prud'hommes expriment, en effet, une opinion particulière face au travail de quantification de l'indemnité pour licenciement injustifié. La volonté d'être pédagogue est ainsi exprimée par un conseiller salarié qui déclare que *« c'est important que l'on motive et que l'on explique pourquoi on donne autant parce que ça va peut-être faire réfléchir un peu l'employeur* » (E4). C'est également la quête d'une solution équilibrée qui a été mise en avant par un conseiller employeur : « *parfois il peut y avoir une réflexion en disant* « *on donne tort à l'employeur mais on va trouver des sommes raisonnables qui empêcheront les uns et les autres d'aller en appel. C'est-à-dire « j'ai perdu mais pas trop perdu ». Et le gars qui a gagné, en général il ne va pas en appel. Ça arrive, mais c'est plus rare* » (E19). Dans un sens similaire, un conseiller salarié regrette de ne pouvoir « *juger en équité* » (E2).
L'objectivité généralement affichée par ces répondants est néanmoins troublée par la singularité du discours d'un conseiller prud'homme employeur qui déclare : *« le caractère indemnitaire, je fais vraiment attention, je suis en chasse parce que moi je défends l'employeur* » (E24). Bien que marginale, la déclaration traduit la posture particulière de ce dernier, non dénuée d'une certaine partialité, mais illustre aussi le militantisme pouvant caractériser les fonctions prud'homales.

Conclusion

Il ressort de l'analyse des entretiens menés que, si l'évaluation du préjudice subi par le salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, **la détermination du montant de l'indemnité n'est pas le fruit d'une décision arbitraire**[59]. Au contraire, elle repose sur une ***opération complexe mobilisant des critères d'une grande variété***. Des **critères communs** peuvent dégagés – des éléments à propos desquels un certain consensus semble se dégager (ancienneté, âge, employabilité, situation professionnelle au jour de l'audience, etc.) – mais la conception qu'en retiennent les différents acteurs, les effets et la portée qu'ils leur attachent ne sont pas uniformes.
Au-delà, l'enquête qualitative permet également de découvrir la fonctionnalité que les acteurs reconnaissent à la sanction civile du licenciement injustifié. Cette fonctionnalité est plurale. Assurément, l'indemnité allouée au salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse doit répondre à sa finalité première : la **réparation de la perte de l'emploi**. Pour évaluer le préjudice ainsi subi, les répondants utilisent divers éléments, principalement liés à la personne du salarié et à sa situation personnelle et professionnelle, pour en déterminer la réalité et la gravité. Ainsi, l'ancienneté du salarié permettra de mesurer la contribution du travailleur à l'entreprise qui l'employait ; la situation professionnelle du salarié, les conséquences du licenciement sur sa santé, sur sa situation

[59] Cass. soc., 27 févr. 1980, n° 78-40.731.

familiale et matérielle permettront d'apprécier son préjudice patrimonial et extrapatrimonial.
Si l'indemnisation est avant tout réparatrice, elle semble aussi parfois s'inscrire dans une **logique punitive**. Il s'agit alors non seulement de sanctionner l'employeur pour l'acte illicite commis mais, également, de prévenir de nouvelles ruptures injustifiées. Tel paraît être le cas lorsque les personnes interrogées font état de la situation de l'entreprise ou de son statut pour fixer le montant de l'indemnité, arguant notamment de ce que la sanction doit être dissuasive (par exemple, E4). Ceci est encore plus net lorsque les circonstances particulières du licenciement ou la gravité du manquement commis par l'employeur sont invoquées pour majorer le montant de l'indemnité. Cette approche fonctionnelle de la sanction tend nécessairement à complexifier la détermination du *quantum* de l'indemnité pour licenciement injustifié.

Les critères déterminants du *quantum* de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ne constituent pas les seuls éléments présidant à la fixation du montant des indemnités. Les fréquentes demandes accessoires formulées par le salarié ont également une incidence sur le calcul de ce montant.

Section 2 - L'incidence des demandes accessoires sur le montant de l'indemnisation du licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse

Les résultats statistiques révèlent que, parmi les affaires ayant donné lieu à indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (587 décisions, tableau 1, 2ème partie), **420** d'entre elles (tableau 12, 2ème partie) **comprenaient des demandes accessoires** (78 % des décisions) portant soit sur ***l'allocation de dommages-intérêts pour préjudice distinct***, soit pour des ***rappels de salaire***, parfois les deux.
L'équipe a dès lors souhaité lors des entretiens évoquer cette question auprès des praticiens, magistrats et avocats. En particulier, il leur a été demandé de **commenter l'incidence ou non des demandes accessoires sur l'indemnisation finalement accordée** au salarié injustement licencié.
Des propos recueillis au cours des entrevues, il ressort **deux types de discours** *a priori* en sens contraire. Si, pour certains interlocuteurs, une **neutralité de principe des demandes accessoires** sur le montant attribué au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse s'impose (§1), en revanche, pour d'autres, **l'existence de demandes accessoires a une incidence** sur le *quantum* d'indemnisation du licenciement jugé non fondé (§2).

§1. La neutralité des demandes accessoires

Un constat est partagé par quelques personnes sollicitées : les demandes accessoires et leur pertinence ne peuvent avoir aucune conséquence sur le montant des dommages-intérêts alloués au titre de la demande principale. Toutefois, cette unicité de discours initiale recèle en réalité des discours finalement distincts. En effet, certains interlocuteurs

optent pour une analyse très tranchée, voire dogmatique (A), alors que d'autres **assortissent leur analyse de nuances** (B).

A. Neutralité de principe sans réserves

Pour certains professionnels (4 personnes sur les 27 interrogées), l'analyse est claire : les demandes accessoires **n'ont pas d'incidence**. A l'appui de cette position, est alléguée ou affichée une posture franche : ces demandes sont *« choquantes »* (E24) ou bien encore, *« trop nombreuses… Les avocats font un filet garni…. J'ai horreur. Au contraire : ça me révolte »* (E25).

Plusieurs personnes estiment que ces demandes sont souvent **non fondées**. Ainsi, il est parfois exprimé qu'il y a *« beaucoup de demandes mais dans le fond, il n'y a pas grand'chose »* (E25 et E26). Dans le même sens, un interlocuteur souligne que l'on peut douter de la pertinence de ces demandes lorsque, précisément, elles sont nouvellement formées en appel et non évoquées en première instance (E3).

En définitive, selon les témoignages, les demandes accessoires n'ont pas d'incidence en raison de leur **absence de pertinence** ou de leur **ampleur** et non pas, par exemple, en raison de leur fondement juridique distinct. Ainsi, selon cette première tendance, l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas affectée par les demandes accessoires parce que ces dernières sont souvent infondées.
L'examen des parcours (les données explicatives) des interlocuteurs optant pour ces commentaires révèle parfois une posture assumée en faveur des employeurs et visant donc à limiter l'indemnisation allouée finalement au salarié. Ainsi, un professionnel commente : *« Moi je suis quelqu'un d'entier, j'y suis allé comme on dit, entre guillemets. Parce que moi je défends les employeurs. Moi c'est pour défendre les employeurs. Après c'est ma motivation, et donc je le répète à chaque fois, quand on a des réunions, ils savent très bien ma position, je suis quelqu'un pour défendre les employeurs »* (E24).
Toutefois, ce type de discours ne semble pas pouvoir se résumer à une position patronale. En effet, sur 4 personnes interviewées, une d'entre elles seulement affiche et assume une défense patronale par principe.

Pour d'autres professionnels, la neutralité des demandes accessoires est commentée différemment et, surtout, elle est assortie de réserves.

B. Neutralité sous réserves

7 personnes interrogées mettent en avant *des raisons de technique juridique* (1) à l'appui de leur analyse pour assortir ensuite leur propos de *nuances* (2).

1. La neutralité en raison de fondements juridiques distincts

Pour expliquer la neutralité des demandes accessoires, les professionnels mettent en avant l'indépendance des demandes en raison de fondements juridiques distincts.

En ce sens, il est fait état de **demandes déconnectées de la demande principale**, de mécanismes arithmétiques, par exemple pour les rappels de salaires qui justifient des examens détachés de la demande principale en réparation du préjudice subi du fait du licenciement injustifié (E6, E1, E5, E28, E16, E24, E23).

Ainsi, il est clairement affirmé que l'importance des demandes jointes à la demande principale n'a pas d'influence : « *Non, je ne pense pas que ça joue* » (E16) ; « *Pour moi, ça n'intervient pas même si parfois à la fin ça fait une grosse somme* » (E5) ; « *Non, non, non. Non, je n'ai pas ce sentiment à titre personnel* » (E6).

Par conséquent, les professionnels, les magistrats au cas particulier, soulignent et commentent leur démarche consistant en une étude indépendante et autonome de chaque chef de demande.

L'un affirme : « *Moi, je travaille chaque demande* » (E27) ; un autre interlocuteur explique : « *Chaque demande est attachée à un droit. Et c'est un droit. …Il y a un préjudice à réparer, voilà. Peu importe ce qu'il a touché comme somme. S'il les a touchées, c'est qu'on aurait dû les lui donner, il ne serait pas là aujourd'hui* » (E24).

Cette analyse **fondée sur l'autonomie des fondements juridiques** émane de professionnels du droit siégeant en première comme en seconde instance. En première instance, l'analyse est partagée, à part égale entre conseillers prud'hommes salariés et conseillers prud'hommes employeurs.

Ce partage d'expérience est, semble-t-il, **clairement perçu et approuvé par certains avocats** sollicités, l'un d'entre eux soulignant que **:** « *c'est des choses que de toutes façons le conseil de prud'hommes va totalement aborder de manière indépendante* » (E11). Un de ses confrères affirme que les demandes étant déconnectées, « *les dommages-intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, ça n'a rien à voir avec le reste* » (E13 et en ce sens aussi E8).

Après l'affirmation de l'autonomie des demandes, les interlocuteurs concernés complètent leur propos par des nuances ou des correctifs.

2. Les nuances

Au titre des atténuations, deux séries de remarques apparaissent. L'une en lien avec le **caractère collégial** de la délibération juridictionnelle, l'autre liée à des **considérations financières** de l'entreprise-employeur.

- **L'incidence des demandes accessoires et la collégialité du délibéré**

Lors du délibéré, certaines personnes interviewées, pour l'essentiel des conseillers prud'hommes salariés, font état de la réaction de certains de leurs collègues : « *ça va faire beaucoup, tu te rends compte pour l'employeur* » (E3).
Ainsi, au sein de la juridiction prud'homale, il est mentionné que certains magistrats ***corrigent*** l'autonomie des demandes par une **analyse globale de la somme totale allouée finalement au salarié demandeur**. Un interlocuteur note : « *les employeurs veulent faire un packaging* » (E27).
D'autres professionnels soulignent qu'après la théorie, « *il y a les négociations dans le cadre du délibéré à quatre* » (E1) en raison de la réaction de certains conseillers qui, lors du débat, disent « *on ne va quand même pas lui donner tout ça* », rapporte un interlocuteur (E5).
Commentant également la position de certains de ses collègues, un magistrat explique que certains conseillers prud'hommes « *ne veulent pas aller à plus de….allez on dit 25000 euros. Aujourd'hui quand on a un procès prud'homal à 25000 euros, ils lèvent les bras, vous vous rendez compte combien ça va coûter* » (E28).

Au titre des correctifs, outre le caractère collégial du délibéré, certains témoignages mettent en lumière une explication distincte, détachée des débats du délibéré. Ce sont les conséquences économiques de la somme globale mise à la charge de l'employeur.

- **L'incidence des demandes accessoires et les conséquences économiques**

Lors du délibéré, quelques professionnels notent qu'il convient de procéder finalement à une analyse globale pour **tenir compte des capacités financières de l'entreprise** et des **conséquences de la condamnation financière sur la santé de l'entreprise**.
Certains soulignent qu'il faut veiller à la proportionnalité de la condamnation globale au regard de la santé de l'entreprise en évitant une condamnation « *tellement lourde qu'elle ne sera pas supportée par l'entreprise* » (E19, E20). Le commentaire est orienté vers le maintien de l'emploi : « *on ne va non plus couler la boîte* » (E22) ; « *réparer un préjudice risque de fragiliser l'entreprise* » (E21).
C'est bien une **proportionnalité** qui est ici alléguée puisqu'il est fait mention de la taille de l'entreprise : « *plus la taille de l'effectif de l'entreprise est réduite plus on fait attention* ». Le qualificatif « *raisonnable* » (E19) et l'expression « *équilibrer la décision* » (E19) semblent corroborer le propos.

Cette recherche d'équilibre est manifestement **perçue et anticipée par quelques avocats** interrogés qui considèrent que les magistrats font une appréciation globale.
L'un, commentant l'indépendance des demandes, ajoute : « *il y a des exceptions, c'est cette fameuse demande qui est tellement lourde qu'on sait qu'elle ne sera pas supportée…* » (E11). D'un autre témoignage, il ressort que « *à un moment ou à un autre, Juges Prud'homaux ou Conseillers de la cour d'appel vont à mon sens … quand même peser le dossier dans sa globalité. Parce que, même les Juges professionnels, ils s'interrogent quand même sur les conséquences sociales de leurs décisions, sur l'équilibre de l'entreprise* » (E7).

Les considérations liées à la préservation de la santé financière se retrouvent également pour bon nombre d'interlocuteurs qui, faisant l'économie d'une analyse portant sur l'indépendance des demandes, considèrent directement que les montants alloués au titre des demandes accessoires influent sur le *quantum* alloué au titre de l'indemnisation du licenciement non fondé.

§2. L'incidence directe des demandes accessoires

L'appréciation globale de l'ensemble des demandes et des sommes allouées est affirmée et ressort d'au moins 9 témoignages. Pour les professionnels concernés, n'est pas évoquée en propos préliminaire une indépendance des demandes entre elles puisque, directement, est alléguée une **prise en compte globale des sommes** qui, selon des fondements juridiques différents, sont allouées au salarié demandeur.

C'est ainsi que, clairement, certains professionnels estiment que « *la multiplication des chefs de demandes fait qu'aujourd'hui, il y a une minimisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse »* (E27) et que *« quand on peut, oui, on regarde le total qu'on donne* » (E19 et E20).
Certains le présentent de façon très directe (« *oui, moi, je le fais* » (E2)), alors que d'autres semblent l'évoquer avec une certaine résignation : « *oui, je crois que ça joue un peu* » (E26). D'autres encore le regrettent de façon non voilée : « *malheureusement oui, je trouve que c'est pénible mais on équilibre la balance* » (E4), parce que le total « *fait beaucoup* » (E14).
À l'appui de cette appréciation globale, est mis en avant le critère précédemment évoqué (voir *supra* I) lié à la **préservation des capacités financières** de l'entreprise (E7, E15).

En outre, certains interlocuteurs commentent spontanément **l'incidence future des demandes accessoires au regard du nouveau barème obligatoire** instauré en septembre 2017. Ainsi, un magistrat explique (ou pressent) qu'en raison du nouveau barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'existence d'autres chefs de demande aura, à l'avenir, un enjeu essentiel notamment pour éviter le plafonnement de l'indemnisation : « *j'en suis persuadée, ils vont développer des préjudices qu'ils vont plaider aussi fort que le préjudice principal, le licenciement abusif. Moi, je sens ça comme ça. De toutes façons, c'était quand même une tendance qui sera d'autant plus accentué par le barème* » (E19 et E20).
Cette analyse est partagée par des interlocuteurs avocats qui, pour obtenir une plus juste réparation, entendent **multiplier les chefs de demandes** ou **jongler avec** (E12) pour éviter le plafonnement de l'indemnisation du licenciement non fondé. L'un d'entre eux annonce : « *il y a une tentation à laquelle je ne peux pas dire que j'ai beaucoup succombé mais à laquelle je vais réfléchir du fait du barème, passer sur des accumulations de demandes* » (E11). Cette stratégie future est également envisagée par un autre professionnel qui considère que « *maintenant il faut qu'on s'aide d'autres chefs de demandes pour réparer cette injustice* » (E8).

Conclusion

De l'ensemble des propos recueillis sur ce point, il ressort donc que, mise à part une posture très tranchée émanant de quelques magistrats, **les demandes accessoires ont une incidence sur le montant des dommages intérêts alloués en réparation du préjudice subi**

du fait du licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse. Cette incidence est diversement commentée par les professionnels qui soit l'affichent comme un ***correctif au principe d'autonomie des demandes***, soit plus directement comme un ***principe général*** dans le traitement des dossiers qui leur sont soumis.

Après avoir mis en évidence les critères déterminants du *quantum* de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que l'incidence des demandes accessoires sur l'évaluation de celui-ci, il convient de s'intéresser à la réception de la technique du barème par les différents acteurs.

Section 3 - La réception de la technique des barèmes par les acteurs

Lors des entretiens, les praticiens ont été interrogés sur la technique des barèmes sous deux aspects : d'une part, **l'existence éventuelle de barèmes officieux** (§1) et, d'autre part, **l'appréciation du nouveau barème issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017** (§2).

§1. Les barèmes officieux

Née de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017, la grille d'indemnisation du préjudice découlant du licenciement sans cause réelle et sérieuse instaure des **minima** et **maxima** d'indemnisation variables selon l'ancienneté du salarié.

Ce référentiel est-il très différent des pratiques judiciaires ? En marge de tout texte, si ce n'est l'indemnisation minimale de 6 mois antérieurement prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail, certaines juridictions ont-elles instauré une grille propre à la juridiction ? Telle est la question qui a été posée aux magistrats et avocats sollicités. Les magistrats ont été interrogés sur **l'existence d'une grille officieuse propre à leur juridiction,** alors que les avocats ont été consultés sur **leur connaissance d'une grille officieuse d'indemnisation**.

Des témoignages, il ressort <u>2 types de réponse</u>. Pour certains praticiens (15 sur 27 entretiens effectués), **aucune grille** n'est utilisée pour quantifier l'indemnisation du salarié (A), alors que les autres interlocuteurs disent **utiliser un référentiel** servant de base de discussion pour fixer le montant des dommages et intérêts attribués au salarié demandeur (B).

A. L'inexistence d'une grille officieuse

L'étude des propos tenus révèle des positions très tranchées. Il est en effet très clairement énoncé **qu'aucune logique prédéfinie pour l'indemnisation n'est utilisée**. Certains professionnels interrogés sont catégoriques et peu diserts : « *non, non, ce n'est pas pratiqué* » (E4) ; « *Pas de grille officieuse, ou quoi que ce soit* » (E25) ; « *Non, non. C'est toujours notre appréciation personnelle. …On n'a pas de règle spéciale entre nous. Nous, c'est la demande* » (E23) ; « *Non, je n'en ai pas connaissance* » (E13) ; « *je n'en ai jamais entendu parler* » (E22). L'un d'entre-deux assume : « *c'est complètement à la louche* » (E6).

Un autre praticien précise : « *avant la cour d'appel en avait une mais pas nous* » (E2).
Ces réponses catégoriques sont parfois complétées par une **précision au titre de l'article 700** : « *Non. On n'a pas de grille. On a juste une jurisprudence du conseil sur l'article 700. A peu près... Quand c'est un avocat c'est 1200 euros, quand c'est un défenseur syndical, 800 euros en article 700. On a un peu harmonisé ça pour que l'encadrement soit un peu plus haut...* » (E27) ; « *Un barème pour l'article 700, c'est tout* » (E18 et E19).

Cependant, certaines personnes fournissent des explications plus précises et expriment **leur opposition à l'utilisation d'une grille de référence**. En ce sens est exprimée l'idée qu'un barème est une **pratique dangereuse** (« *Non, pas du tout… Non, il ne faut pas. Le gros danger du barème – bon là on peut être dans des sections où employeurs/salariés sont plus ou moins en consensus – mais si vous êtes dans l'affrontement, les employés vont demander le maximum et vous n'en sortez pas. C'est le gros danger du barème »* (E18 et E19).
Pour d'autres, **l'utilisation d'un barème officieux ne relève pas de la fonction du juge**. (« *Surtout pas... parce que d'abord en fait ce serait ennuyeux que chacun se fasse sa propre règle du jeu dans son coin. On n'est pas législateur, on n'a pas de pouvoir réglementaire. Donc on n'a pas vocation effectivement nous à faire des grilles. A chaque fois en fait c'est une question de cas d'espèce et les critères effectivement qu'on utilise reviennent petit à petit mais en fait on n'a pas de liste qu'on a formalisée de critères* » (E21). En ce sens également, un praticien souligne : « *Jusqu'à présent je n'ai jamais connu ça. La première fois c'est avec la grille qui vient de sortir. On n'avait pas le droit* » (E20).
Un interlocuteur opte pour un commentaire plus dogmatique, considérant que l'utilisation d'un barème relève d'une démarche statistique. Or dit-il : « *je les refuse. Puis j'ai horreur des stats. J'aime pas rentrer dans les stats moi* » (E24).

L'examen des parcours professionnels de ces praticiens montre une forte représentation du conseil de prud'hommes CPH B3 (8 sur 15 professionnels) sans qu'il soit possible de mettre en lumière une tendance particulière. En effet, les commentaires des magistrats du ressort de la cour d'appel B sont très exactement le reflet du paritarisme propre à la juridiction prud'homale : 4 conseillers employeurs et 4 conseillers salariés.
S'agissant du conseil de prud'hommes CPH A1, les propos émanent de trois conseillers, salariés exclusivement.

Si l'existence d'une grille officieuse est exclue pour certains, d'autres praticiens en revanche disent utiliser une grille qui les assiste dans la détermination du montant de l'indemnisation du salarié.

B. L'existence d'une grille ou d'un référentiel

À la lecture des propos tenus par ces professionnels, on apprend que pour certains magistrats, en l'espèce du ressort de la cour d'appel A, il est fait usage d'une pratique

propre à la juridiction (1), alors que d'autres affirment utiliser le référentiel indicatif depuis son instauration par la loi du 6 août 2015 (2).

1. L'utilisation d'un barème propre à la juridiction

Sur sollicitation des membres de l'équipe lors du déroulement des entretiens, certains magistrats expliquent, parfois avec réticence, **se servir d'un barème, ou d'une référence instaurée dans la juridiction avant même, le cas échéant, l'arrivée du magistrat interrogé**. Ainsi, à la question posée consistant à savoir comment cette pratique avait été portée à sa connaissance, la réponse est : « *Par mes Conseillers puisqu'ils étaient là un an avant moi, ils m'ont dit « voilà ce qu'on fait*. *On en a discuté aussi après dans la Chambre pour voir si on continuait à l'appliquer. Et oui, donc dans les deux Sections il est appliqué* » (E3). Un autre praticien ajoute : « *Alors on est arrivés il y avait déjà un barème. On l'a un peu repris, adapté... on a réfléchi là-dessus* » (E14).

Cette grille, qualifiée par les intéressés tantôt de **barème**, tantôt de **référentiel**, consiste, à partir de l'indemnisation minimale de 6 mois de salaires bruts, telle que précédemment en vigueur, <u>à ajouter 1 mois par année d'ancienneté, au-delà des 2 ans</u> (E17, E14). Les avocats sollicités disent d'ailleurs la connaître (E7, E9, E5) même si l'un d'entre-deux ajoute « *je pense que cela ne se dit pas* » (E12). Le propos est en cela confirmé par un magistrat qui dit : « *il est écrit, mais il est interne. Il n'est pas diffusé...On ne l'a pas fait. On avait fait une réunion, il y a un an ou 2 avec les conseillers prud'hommes, on avait posé la question de réfléchir à un référentiel commun. Certains avaient été très intéressés, d'autres avaient estimé que c'était la mainmise du pouvoir judiciaire sur le CPH. Ce à quoi on leur avait expliqué qu'ils faisaient un peu partie du pouvoir judiciaire, aussi. Et ça s'est arrêté là* » (E14).

Mais **cette référence n'est pas uniforme** puisque, dans certains cas au sein d'une même juridiction, est énoncé plutôt <u>½ mois de salaire par année d'ancienneté supérieure à 2 ans</u> (E1, E7).
Il apparaît en réalité qu'est donc utilisée **une simple référence pour fixer une indemnisation minimale**, considérée par les intéressés comme une simple base de discussion (E1, E3 : « *Donc, on part de ça…c'est notre base de discussion* »).
Aucun magistrat, quelle que soit la juridiction n'évoque la question d'un montant maximal d'indemnisation qui pourtant est clairement perçu par certains avocats qui, sans être directement sollicités sur ce point dans le cadre de l'entretien, **évoquent une indemnisation plafonnée à l'équivalent de 24 mois de salaires mensuels bruts** : « *Le maxi, c'est 24 mois* » (E7) explique un avocat, ce qui est confirmé par un de ses confrères qui ajoute : « *Ils ne donnent jamais au-delà de deux ans. Et dans ma tête d'ailleurs, je me disais tiens c'est plafonné. Et un jour j'en discutais avec des confrères et je disais* « si c'est deux ans, c'est le maximum ». *Et on a cherché et on était même convaincus… On l'avait totalement intégré et puis après on a cherché, on s'est dit mais mince, ça n'existe pas* » (E10).

2. L'utilisation du référentiel indicatif issu de la loi du 6 août 2015

Deux magistrats de la cour d'appel B expliquent faire usage du référentiel issu de la loi du 6 août 2015 (E15 et E16). Les intéressés nuancent aussitôt leur propos en soulignant que l'application du référentiel fait l'objet de leur part de modulation. En effet, ils précisent : « *Oui. Bon ça me donnait une fourchette, enfin une idée quoi* » (E15) ; « *ça fait une base. Systématiquement je pars de là et après en fonction de ce que j'ai dans le dossier, ce que j'ai ou pas d'ailleurs, combien ça va être modulé dans le sens de la montée* » (E16).

Les propos montrent nettement que **le référentiel sert de référence initiale pour ensuite réfléchir**, en fonction des spécificités du dossier à l'indemnisation adéquate qui sera *in fine* accordée au salarié. Cette pratique n'est pas corroborée par les praticiens avocats mais l'équipe, sur ce point, ne dispose que d'une seule entrevue auprès d'un avocat inscrit au barreau du ressort de la cour d'appel B.
Il est enfin à noter qu'aucune indemnisation maximale n'est ici présentée par les magistrats.

Outre la question de l'existence et de l'utilisation d'un barème officieux, les praticiens ont été également interrogés sur leur appréciation du nouveau barème légal issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017.

§2. Le barème légal issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

Lors de chaque entretien mené avec un praticien (magistrat, conseiller prud'homme ou avocat), la même question relative à l'appréciation du nouveau barème a été posée. L'objectif poursuivi était de recueillir l'avis des praticiens à propos du nouveau barème issu de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017, ***par hypothèse non encore applicable à la date des entretiens***.

De manière **quasi unanime** (26 entretiens sur 27), tous les acteurs du droit interrogés **critiquent** voire **rejettent** le nouveau barème. **Un seul praticien** – un magistrat de la cour d'appel – considère au contraire le principe d'un référentiel **utile.** Il conviendra donc de présenter à la fois **l'opposition au nouveau barème légal** (A) et **l'admission de celui-ci** (B).

A. **L'opposition au nouveau barème légal**

Tous les praticiens interrogés sauf un ont émis un avis négatif sur le nouveau barème légal issu de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017. L'argument principal présidant à cette opposition réside dans *l'injustice entraînée par le nouveau barème* (1), de sorte que celui-ci conduira nécessairement à des *stratégies de contournement* (2).

1. L'injustice du nouveau barème légal

L'injustice du nouveau barème tient tout d'abord à **ses limitations**, puisqu'il instaure à la fois un **plancher** et un **plafond** d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour certains avocats, ce nouveau barème revient dès lors à *« aider les employeurs irrespectueux* » (E10), voire à créer un « *permis de licencier* » (E9). En outre, plusieurs praticiens dénoncent **la faiblesse de l'indemnisation**, le maximum octroyé par le barème légal étant de 20 mois de salaires pour une ancienneté supérieure ou égale à 29 ans. En ce sens, le nouveau barème constitue une « *punition* » pour un conseiller prud'homme (E26), surtout dans les petites entreprises où un barème encore plus faible s'impose (E1), d'où la crainte d'un « *tassement des indemnisations* » (E10).

Surtout, le nouveau barème légal est jugé **contraire au principe de réparation intégrale du préjudice**, qui prévaut pourtant en droit de la responsabilité civile (E2, E3, E6, E10, E17, E26). Ce faisant, le nouveau barème « *bride le pouvoir du juge. Cela enlève l'appréciation humaine du préjudice* » (E27). Certains magistrats et conseillers prud'hommes s'insurgent ainsi contre **l'atteinte portée à leur pouvoir d'appréciation** par le nouveau barème : en effet, « *il appartient au juge d'évaluer le préjudice* » (E17), or « *on refuse au juge une appréciation* in concreto » (E3). De surcroît, le nouveau barème « *ne tient pas compte de la situation réelle du salarié* » (E26) et *« empêche une individualisation du préjudice* », d'autant que le seul critère de l'ancienneté sur lequel il s'appuie apparaît « *trop simpliste* » (E14), ne prenant « *pas en compte d'autres aspects* » (E14).

Pareille injustice ne peut en définitive qu'entraîner des stratégies de contournement.

2. Les stratégies de contournement

Qu'il s'agisse des avocats ou bien des magistrats, tous évoquent la mise en œuvre quasi-certaine de stratégies de contournement afin de limiter, voire d'effacer, les effets du nouveau barème (E2, E3, E4, E5, E9, E10, E11, E12, E17, E19, E25, E27). Ces stratégies de contournement consistent, pour l'essentiel, à **multiplier les demandes accessoires.**

En effet, afin d'échapper au barème, les praticiens prévoient « *nécessairement* » (E25, E27) la multiplication des demandes accessoires. Plusieurs fondements juridiques sont envisagés : tout d'abord **le harcèlement** (E2, E11, E17, E19, E25), **la discrimination** et **la nullité du licenciement** (E2, E9, E15) ou encore **le manquement par l'employeur à son obligation de sécurité** (E19).

Un tel glissement du contentieux de la rupture vers l'indemnisation de demandes accessoires n'est pas de nature à entraîner « *une simplification du travail du juge* » (E3) et pourrait, selon certains, « *entraîner une baisse du contentieux prud'homal* » (E9, E10), surtout pour des anciennetés inférieures à 5 ans (E2, E11).

Si l'opposition au nouveau barème légal semble quasi-unanime, un avis divergent apparaît toutefois en faveur de l'admission de ce nouveau procédé d'indemnisation.

B. **L'admission du nouveau barème légal**

Selon l'opinion très minoritaire d'un seul magistrat, conseiller à la chambre sociale de l'une des cours d'appel, le principe d'un référentiel contenant une fourchette d'indemnisation s'avère **justifié** (E15), dans la mesure où il garantit une **sécurité juridique** tout en consacrant des **exceptions en cas de discrimination ou de licenciement nul**.

Ainsi, *tous les intérêts en présence peuvent être conciliés*, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'employeur à prévoir précisément le coût d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou bien celui du salarié à pouvoir échapper au barème lorsqu'il est victime de discrimination ou d'un licenciement nul.

OBSERVATIONS CONCLUSIVES

L'analyse croisée des arrêts et des entretiens révèle une **réception duale du nouveau barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse**(I) et permet de mettre en lumière **les critères de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse** (II). Cette multiplicité de critères est, du reste, riche d'enseignements pour qui souhaiterait, à l'avenir, une **meilleure prévisibilité de la réparation** (III).

I. La réception duale des barèmes d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

La nouvelle grille d'indemnisation, accueillie avec une grande réserve par les professionnels du droit, consacre-t-elle une méthode véritablement novatrice ? L'étude met au jour un **apparent paradoxe** : les professionnels s'emploient à critiquer un procédé d'indemnisation alors même que certains d'entre eux admettent recourir à des barèmes officieux.

Pourtant, à l'examen, le constat est moins paradoxal qu'il n'y paraît, si l'on s'attache aux fonctions dévolues à ces mécanismes. Tandis que le **barème légal**, notamment par le jeu des plafonds d'indemnisation, contraint l'office du juge en réduisant l'indemnisation accordée au salarié (A), les **barèmes officieux** semblent avoir pour seule fonction d'établir une indemnisation minimale, servant de base aux discussions (B).

A. Le barème légal comme outil d'encadrement de l'office du juge

L'enquête qualitative menée a permis de recueillir les commentaires des praticiens à l'encontre du barème instauré en 2017. Très majoritairement, les praticiens **critiquent le nouveau procédé d'indemnisation** (1). L'enquête qualitative permet d'en **mesurer la pertinence** (2).

1. La méfiance quant à la réception du nouveau barème

À une exception près, les praticiens sollicités ont exprimé les plus grandes réserves à l'égard du nouveau mécanisme d'indemnisation. Selon eux, il encourt **deux critiques** : il est considéré, d'une part, **injuste** à l'égard des salariés qui vont subir un tassement de leur indemnisation ; il est, d'autre part, jugé comme **portant atteinte au principe de réparation intégrale du préjudice** par le jeu des plafonds d'indemnisation. Commentant ce dernier aspect, les juges interrogés estiment subir une atteinte à leur pouvoir souverain d'appréciation et disent qu'à l'avenir, ils seront limités dans l'individualisation de la réparation du préjudice (voir *supra* p. 98).

Ces critiques rejoignent **celles émises par une partie de la doctrine**. Certains auteurs ont durement critiqué le nouveau système d'indemnisation le qualifiant « *d'injuste et*

juridiquement contestable »[60], voire parfois de « *technique juridique rudimentaire* »[61]. Il marquerait également une « *défiance* » accrue à l'égard du juge[62].

La vigueur des commentaires est pour l'essentiel dirigée contre l'objectif supposé du législateur, qui aurait souhaité « *alléger la facture finale pour l'entreprise* »[63]. Ce faisant, il contribuerait à un « *effacement de la fonction punitive de l'indemnisation* »[64] rendant alors possible une démarche de « *violation efficace du droit* »[65].

D'autres auteurs, en revanche, ont des analyses plus nuancées. Tout en critiquant un plafond parfois dérisoire à l'égard des salariés ayant peu d'ancienneté ou une fourchette d'appréciation très sommaire consentie aux juges du fond, ils relèvent que ces derniers conservent ou retrouvent une large possibilité d'appréciation pour les licenciements injustifiés de salariés ayant entre 10 et 20 ans d'ancienneté et, qu'en outre, la liste légale des cas de mise à l'écart du barème est finalement large[66].

Le barème serait-il devenu symboliquement une « *cible* »[67] pour ceux qui s'opposent à une longue série de mesures qui limitent le pouvoir d'appréciation du juge ?

2. L'incidence du nouveau barème

L'instauration d'un nouveau barème d'indemnisation est-elle de nature à modifier les pratiques judiciaires antérieures ?

Lors de l'instauration du nouveau barème, il a été souligné qu'il était le reflet des indemnisations antérieurement pratiquées par les juridictions. Ainsi, la Ministre du travail expliquait, il y a quelques mois, que ce barème n'était que la **traduction de la moyenne des indemnisations accordées par l'ensemble des tribunaux[68]**.

---

[60] N. Collet-Thiry, op. cit.

[61] N. Collet-Thiry, op. cit.

[62] Selon le terme de P. Henriot, « Le juge privé de sentences », Dr. ouv. 2018, p. 160. Le professeur J. Mouly évoque plutôt une méfiance à l'égard du juge : J. Mouly, « Les indemnisations en matière de licenciement », Dr. soc. 2018, p. 10. La doctrine commente depuis de nombreuses années, la volonté, plus au moins assumée, du législateur non seulement de limiter les pouvoirs du juge mais aussi plus radicalement de limiter le contentieux en matière sociale. Les analyses nationales montrent que depuis 1998, le contentieux prud'homal n'a cessé de décroître, de façon spectaculaire : 240572 demandées formées en 1998 contre 119801 seulement en 2018. Statistiques relevées dans la note d'étape du comité d'évaluation des ordonnances Travail : https://www.strategie.gouv.fr/publications/evaluation-ordonnances-relatives-dialogue-social-aux-relations-de-travail-note-detape.

[63] A. Gardin, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cohérence juridique à l'épreuve d'objectifs comptables et financiers », RJS 2018, p. 3.

[64] M.-N. Rouspide-Katchadourian, op. cit.

[65] A. Lyon-Caen, « La complexité du barème », RDT 2016, p. 65. En ce sens également : C. Wolmark, op. cit., Dr. ouv. 2017, p. 733 (selon l'auteur, le nouveau barème conduit à une réparation tronquée pour le salarié et une punition affadie côté employeur).

[66] J. Mouly, article précité.

[67] Selon l'expression de G. Loiseau critiquant les premières décisions déclarant le barème non conforme au droit international, « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », Gaz. Pal. N° 4- 2019, p. 19.

[68] Propos tenus par la Ministre du travail dans l'émission Cash Investigation, France 2, 17 septembre 2007. En réponse à une indemnisation jugée excessivement modeste, l'argument est repris par le Conseil

Pourtant, cette affirmation sur l'ensemble des observations locales ne se vérifie pas. En moyenne, sans écart significatif entre les deux cours d'appel, il a été accordé une **indemnisation équivalente à 8,8 mois de salaire** (tableau 6). Surtout, l'analyse statistique montre clairement que le montant des dommages-intérêts alloués par les cours d'appel A et B est **très majoritairement supérieur au maximum prévu par le nouveau barème** (Figure 10). Ce constat est ***particulièrement vérifiable pour les salariés ayant au plus 10 ans d'ancienneté*** (voir Figure 11). Or, sur le panel étudié[69], 69,5 % des salariés de l'étude ont une ancienneté inférieure ou égale à 10 ans d'ancienneté (tableau 3).

L'examen de la ***situation des salariés ayant 5 ans d'ancienneté*** est particulièrement éclairant de ce point de vue. En application du nouveau barème, la référence aux 6 mois de salaires bruts a changé de finalité, elle n'est plus un plancher mais un plafond d'indemnisation (applicable pour les salariés ayant au moins 5 ans d'ancienneté). Il n'est donc pas très surprenant de constater que **l'indemnisation accordée est dans 92% des dossiers supérieure à ce qui désormais est un plafond d'indemnisation** (Figure 11b).

En revanche, s'agissant **des salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté qui représentent 30 % du panel étudié (Tableau 3),** l'écart entre l'indemnisation accordée par les cours d'appel A et B et le nouveau barème se resserre **: 44 % des indemnités sont supérieures au barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017** (tableau 15), 56% des indemnisations accordées entrent donc dans les limites prévues par le nouveau dispositif (voir le détail figure 11b).

<u>L'indemnisation maximale</u>

L'enquête qualitative révèle que, pour certains praticiens, l'indemnisation maximale, sous l'empire du régime antérieur à l'ordonnance de 2017, était de 24 mois de salaires. Certes, il ne s'agissait pas d'une limite légale mais, pour autant, les résultats quantitatifs semblent corroborer les propos : les observations pour lesquelles on constate une indemnisation supérieure à 24 mois sont en effet très rares (Figure 12). Aussi existait-il localement une limite, non écrite, de plafonnement à 24 mois. Désormais, la limite légale et effective est plafonnée à 20 mois de salaires. Là encore, l'impact de ce nouveau plafonnement n'est pas complètement neutre au regard des indemnisations constatées.

Constitutionnel dans sa décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018 (point 87). Sur ce point, voir : D. Baugard, J. Morin, « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », Dr. soc. 2018, p. 718.

69 Le panel n'est probablement pas représentatif du contentieux de la rupture du contrat de travail à l'échelle nationale. Toutefois, au regard des statistiques nationales présentées dans la note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation des ordonnances Travail, réalisée par FRANCE STRATEGIES, publiée en décembre 2018, on note quelques similitudes au titre du sexe et de l'âge. En effet, la note d'étape précise que ce sont majoritairement des hommes qui contestent la rupture (61%) âgés de plus de 40 ans (dans 60% des cas). C'est également cette tendance qui ressort du panel étudié : 56% sont des hommes ayant, en moyenne, 46 ans (Voir tableau 2). On peut regretter que l'ancienneté ne soit pas précisée dans cette note d'étape. Voir : https://www.strategie.gouv.fr/publications/evaluation-ordonnances-relatives-dialogue-social-aux-relations-de-travail-note-detape.

Si le barème légal constitue un outil d'encadrement du pouvoir du juge, tel n'est pas le cas des barèmes officieux qui apparaissent quant à eux comme des outils d'aide à la décision du juge.

B. Les barèmes officieux locaux, outils d'aide à l'office du juge

L'étude des entretiens met en lumière **l'existence de barèmes**, à titre d'usage. Cette pratique n'est toutefois par commune aux deux juridictions, objets de l'étude, puisqu'elle n'est évoquée **que par les praticiens relevant du ressort de la cour d'appel A**[70].

- L'existence d'un usage d'un demi-mois de salaire ou d'un mois de salaire par année d'ancienneté, au-delà de l'indemnisation minimale de 6 mois de salaires bruts, est présentée par certains praticiens. Évoquant cette pratique, un magistrat explique qu'il a fait application de cet usage dès son entrée en fonction au sein de la juridiction. Il souligne l'existence manifestement ancrée de cette pratique, ce que corroborent les commentaires des avocats spécialisés qui disent la connaître.

Les usages, au cas particulier, sont d'ailleurs moins des barèmes qu'une **indemnisation minimale** (bâtie sur le seul critère de l'ancienneté), dont **l'analyse statistique marque inégalement l'effectivité**. En effet, si le montant des indemnisations révèle une proximité à l'égard du barème officieux du demi-mois de salaire par année d'ancienneté, tel n'est pas le cas s'agissant du barème du mois de salaire supplémentaire par année d'ancienneté qui apparaît beaucoup moins représentatif de la pratique judiciaire (voir *supra*, Figure 11).

- L'écart entre l'analyse quantitative et l'analyse qualitative pourrait avoir 2 explications.

En premier lieu, ces pratiques, pour certains professionnels, étaient, à l'heure des entretiens, **anciennes**. Il est donc possible de considérer que l'ensemble des observations analysées soit postérieur à ces usages.

En second lieu et, surtout, l'écart résulte de la **fonction attachée à ces pratiques**. Selon les témoignages, ces seuils ne sont jamais utilisés comme une stricte règle de calcul mais comme une simple base de discussion, une référence autour de laquelle s'organisent les débats.

En définitive, la question aujourd'hui n'est plus tant celle portant sur la reconnaissance d'un barème, tentation à laquelle a également (ou finalement ?) succombé le législateur social, mais plutôt celle, essentielle, de sa portée pratique et de son effectivité[71].

Nonobstant l'appréciation du nouveau barème, l'analyse croisée des décisions et des entretiens a également permis de mettre en évidence les critères utilisés par les magistrats pour l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont l'étude révèle à la fois la diversité et l'inégale importance.

---

[70] Si aucun barème officieux ne semble avoir été appliqué dans le ressort de la Cour d'appel B, un magistrat explique pourtant qu'il se réfère au barème indicatif issu de la loi de 2015 mais le propos est isolé.
[71] En ce sens : Th. Pasquier, Le préjudice à la croisée des chemins, RDT 2015, p. 741.

II. Les critères de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Tant l'analyse des arrêts des cours d'appel A et B que l'étude des entretiens réalisés auprès des différents acteurs judiciaires ont souligné la **complexité de l'opération que constitue l'évaluation de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse**.

La rédaction des décisions de justice et les réponses fournies par les personnes interrogées portent en effet la **marque de cette complexité**. S'agissant des arrêts, si la détermination des dommages et intérêts en cas de licenciement injustifié relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[72], la loi n°2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 leur impose toutefois une obligation particulière de motivation quant au montant de l'indemnité accordée (C. tr., art. L. 1235-1). Force est de constater, pourtant, que leur motivation sur ce point n'est pas toujours très étayée voire, en certains cas, inexistante. Quant aux entretiens, la terminologie employée par les interrogés est parfois sujette à des interprétations diverses.

Néanmoins, en dépit des difficultés soulignées, les études parallèles menées convergent vers l'idée que loin d'être inconstante, la **détermination du montant de l'indemnisation du licenciement injustifié répond à certaines directives**. Ont, en effet, pu être découverts des **critères récurrents** dans la fixation de l'indemnisation du salarié. Cela révèle que l'évaluation du préjudice n'est pas une notion de pur fait laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge. La mise au jour de ces critères démontre, au contraire, qu'il existe des règles présidant à l'évaluation du préjudice.

Des résultats obtenus, divers enseignements peuvent donc être tirés. Si le législateur a posé pour l'encadrement de l'indemnisation du salarié des conditions, constitutives de véritables critères d'appréciation du montant des dommages et intérêts, celles-ci s'avèrent **insuffisantes** pour caractériser la méthode d'évaluation employée par les acteurs (A). En effet, cette méthode repose sur **une diversité de critères** (B), intéressant tant le salarié que l'employeur, et dont la mise en œuvre répond à une **double fonctionnalité** (C).

A. L'insuffisance des critères légaux

L'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa version en vigueur à la date des arrêts analysés, prévoyait un plancher d'indemnisation de six mois de salaire, sauf si le salarié justifiait d'une ancienneté de moins de deux ans dans l'entreprise ou s'il avait été licencié par une entreprise employant habituellement moins de onze salariés (C. tr., ancien art. L. 1235-5). La loi associait ainsi l'indemnisation à deux critères : **l'ancienneté** du salarié dans l'entreprise et **l'effectif** de l'entreprise l'employant.

[72] Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46.244, Bull. civ. V, n°85.

Les recherches révèlent cependant que **ces deux critères ne sont pas toujours mis en œuvre** et qu'ils sont, en tout état de cause, **insuffisants pour saisir la réalité et la gravité du préjudice subi** par le salarié.

1. L'effectif de l'entreprise, un critère inopérant *per se*

L'affirmation est **particulièrement vraie s'agissant de l'effectif de l'entreprise**. Peu invoqué à l'appui des décisions de justice sauf lorsqu'il est faible[73], il est rarement cité par les acteurs comme un critère d'indemnisation (3 citations). En réalité, même lorsque les interrogés en font état, ils se cantonnent le plus souvent à faire référence au seuil légal de 11 salariés déclenchant l'application du plancher légal de six mois de salaire. Il est vrai, ainsi qu'en a jugé le Conseil constitutionnel, qu'il s'agit là d'un critère sans lien direct avec le préjudice subi par le salarié (Cons. const., 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°149).

Pour autant, **la situation de l'employeur n'est pas ignorée des juges**. Si la taille de l'entreprise n'intervient qu'à la marge, le statut de l'employeur est assurément pris en considération. Tel qu'il ressort de l'étude des arrêts, la condamnation prononcée à l'encontre d'une société-employeur est d'un montant significativement supérieur à celle prononcée à l'encontre d'une association ou d'un entrepreneur individuel[74].

En réalité, ainsi que le révèlent les entretiens, ce n'est pas tant le statut juridique de l'entreprise qui apparaît déterminant, mais les moyens dont celle-ci dispose. En effet, les réponses fournies par près de la moitié des acteurs (11) permettent de conclure à une approche qualitative de la situation de l'employeur : ils apprécient le montant de la réparation **à l'aune des moyens financiers et humains**, ainsi que **des compétences dont dispose concrètement l'entreprise**, lesquels varieraient selon le statut et la taille de l'entreprise. L'employeur ne pourrait ainsi arguer de sa méconnaissance du cadre juridique ou du caractère précipité du licenciement pour atténuer sa responsabilité, dès lors qu'il dispose de services juridiques en interne supposés l'accompagner dans l'accomplissement de l'acte de rupture ou, à défaut, de moyens financiers suffisants pour recourir à un conseiller extérieur.

2. L'ancienneté, un critère nécessaire mais insuffisant

Suivant la lettre de la loi, **l'ancienneté occupe une place prépondérante** dans la justification du montant de l'indemnité pour licenciement injustifié. Expressément invoquée dans les motifs de l'essentiel des arrêts étudiés (76,5%), l'ancienneté est également évoquée par la majorité des acteurs interrogés (21/27). Les deux études

[73] Voir supra p.32.
[74] Voir supra p.46 et s.

mettent aussi en évidence leur corrélation positive : **plus l'ancienneté du salarié est grande, plus le montant de dommages et intérêts alloués est important**[75].

Si l'effet observé de l'ancienneté sur l'indemnisation est identique à celui prévu par le code du travail, sa justification est, quant à elle, plus trouble. Le Conseil constitutionnel a souligné le lien entre l'ancienneté du salarié et la réparation qui lui est due[76]. Pour autant, l'enquête réalisée tempère la portée de ce critère. Pour certains des répondants, l'ancienneté est un **critère indifférent**, **sauf dans les cas où elle est très importante**. Bien que minoritaire, cette position révèle que le lien entre le préjudice subi par le salarié illégalement licencié et son ancienneté dans l'entreprise ne relève pas de l'évidence pour l'ensemble des personnes interrogées. Par ailleurs, certaines d'entre elles, tout en reconnaissant tenir compte de l'ancienneté, associent cet élément à l'employabilité du travailleur, réalisant une équivalence entre l'ancienneté importante du salarié et son âge avancé.

Mais si le critère de l'ancienneté apparaît comme un critère généralement nécessaire, il reste **insuffisant**. Les résultats de l'analyse statistique et ceux issus des entretiens réalisés conduisent à une même conclusion : **l'évaluation du préjudice subi par le salarié dépend de facteurs multiples**. Alors que les acteurs interrogés ont cité 5,5 critères en moyenne, l'étude des arrêts d'appel a permis d'observer l'influence significative d'au moins 4 critères (ancienneté, âge, situation personnelle et situation professionnelle du salarié).

Remarquons que le législateur, lui-même, avait pu souligner l'insuffisance du critère de l'ancienneté. Rappelons, en ce sens, que le barème indicatif d'indemnisation introduit par la loi Macron du 6 août 2015 devait fixer *« le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles.* » (C. tr., art. L. 1235-1 dans sa version issue de la loi du 6 août 2015). Précisément, il était prévu que les montants d'indemnités prévus dans le référentiel devaient faire l'objet d'une majoration d'un mois de salaire si le salarié était âgé d'au moins 50 ans au jour de la rupture, ou s'il rencontrait des difficultés particulières de retour à l'emploi « *tenant 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* » (C. tr., art. R. 1235-22 ancien, dans sa version issue du décret n°2016-1581 du 23 nov. 2016).

L'analyse des arrêts et des entretiens confirme la diversité des critères d'évaluation de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

B. La diversité des critères d'évaluation

L'analyse croisée des résultats révèle la **pluralité des critères mis en œuvre pour l'évaluation du montant de l'indemnité** accordée au salarié. Multiples, ces critères sont

[75] À quelques exceptions près toutefois, certaines personnes interrogées ayant affirmé leur indifférence à l'égard de cet élément, Voir supra p.74.
[76] Cons. const., 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°149.

également **divers quant à leur nature**. Ils tiennent, pour l'essentiel, à la situation des parties en cause, tant celle du salarié que celle l'employeur. Pour le premier, il s'agit d'apprécier l'étendue des préjudices directs et indirects, immédiats et médiats, causés par la perte injustifiée de l'emploi. Pour le second, il s'agit d'appréhender la gravité de son manquement et d'apprécier les conséquences potentielles de la condamnation à son égard. Cette méthode générale d'évaluation peut, éventuellement, s'accompagner du recours à des critères correctifs complémentaires.

1. La situation du salarié au cœur de l'évaluation

Les éléments relatifs à la **situation du salarié** au moment et postérieurement à la rupture du contrat de travail sont **déterminants** dans la fixation du montant de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les deux études offrent sur ce point des **résultats convergents**.

Les arrêts mentionnent fréquemment et expressément des caractéristiques du salarié pour motiver la condamnation : outre l'ancienneté, sorte de « prime à la fidélité » du travailleur, c'est son âge ainsi que sa situation personnelle (son état de santé, sa situation patrimoniale, sa situation familiale) et professionnelle depuis le licenciement qui sont pris en compte. L'analyse statistique a du reste démontré l'influence directe de ces éléments sur l'appréciation des juges.

Elle a également mis en évidence d'autres données, non explicitement visées dans les décisions, mais liées à la personne du salarié et qui sont de nature à peser sur l'évaluation du préjudice. Tel est le cas de la situation particulière dans laquelle est placé le travailleur résultant notamment de son inaptitude physique ou de son invalidité constatée au jour du licenciement ou de sa situation de handicap, ou encore de son sexe[77], alors même que l'enquête réalisée n'a pas démontré l'existence d'un attachement particulier des praticiens à ces considérations[78]. S'agissant des entretiens, s'ils corroborent l'influence de l'ancienneté et de l'âge du salarié, de sa situation personnelle et professionnelle actuelle et des conséquences de la rupture sur sa santé, ils ont aussi révélé la place particulière accordée à **l'employabilité du salarié** : au-delà de sa situation professionnelle réelle au jour où les juges statuent, ces derniers s'intéressent plus généralement à la capacité du travailleur à retrouver un nouvel emploi, aux difficultés particulières qu'il est susceptible de rencontrer dans sa recherche d'emploi.

2. La pondération par la situation et le manquement de l'employeur

Les recherches ont aussi permis de découvrir la place qu'occupent **la situation et le comportement de l'employeur dans l'évaluation des dommages et intérêts**. Si la

[77] Quoique cette dernière observation mériterait des analyses complémentaires faute de données suffisantes. Voir supra p.46.

[78] Alors que la situation particulière du salarié a été évoquée par 4 personnes auditionnées, le sexe du salarié n'a été cité que par un seul répondant.

détermination de la réparation due au salarié est avant tout réalisée en fonction de sa situation et des dommages qu'il a subis, celle-ci est toutefois pondérée par des considérations liées à l'employeur.

L'analyse quantitative a en effet mis en évidence **l'influence du statut de l'employeur**. Les entretiens confirment et enrichissent ce constat. Les éléments pris en compte par les acteurs, à cet égard, sont de deux ordres :

- D'une part, sont envisagées **l'étendue et la gravité des manquements imputables à l'employeur** marquant les conditions de la rupture du contrat. Spécialement, les ***circonstances du licenciement attentatoires à l'honneur et à la dignité du salarié*** sont prises en compte, ce que soulignent plusieurs des témoignages recueillis et ce qui peut être relevé dans quelques décisions (2,21 % des décisions). Alors même qu'il s'agit de circonstances susceptibles de justifier la reconnaissance d'un préjudice distinct objet d'une réparation autonome, certains juges semblent l'intégrer dans la réparation du licenciement. C'est également le manquement à l'origine de la requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse qui est considéré, lequel fait l'objet de deux analyses distinctes. La première, marginale, repose sur une approche objective de la faute. Opérant une hiérarchie entre les manquements commis, certains praticiens semblent nuancer leur appréciation du *quantum* des dommages et intérêts selon que la condamnation intervienne en raison du caractère injustifié du licenciement ou de l'irrégularité de la procédure. La seconde analyse, adoptée par un plus grand nombre (11), s'intéresse au statut de l'employeur. Suivant celle-ci, la responsabilité de l'employeur serait moins lourdement engagée dès lors qu'il justifie de faibles moyens, humains et financiers. À tout le moins, certains acteurs laissent transparaître une certaine indulgence, sorte de « droit à l'erreur », à l'égard de ces « petits employeurs » peu coutumiers des subtilités juridiques dès lors qu'aucun abus manifeste et grave n'a par ailleurs été commis. Sans écarter la condamnation, cette circonstance les conduit dès lors à limiter l'indemnisation.

- D'autre part, ce sont les **conséquences de la condamnation sur la situation de l'employeur** qui sont examinées. Si la condamnation doit permettre de réparer de manière adéquate le préjudice du salarié ou être suffisamment dissuasive, elle ne doit toutefois pas avoir pour effet de mettre en péril les capacités financières de l'entreprise.

Point ainsi l'idée que la détermination de l'indemnité du licenciement injustifié doit répondre à un **principe général de proportionnalité** dont on commente parfois l'effectivité en matière sociale[79]. La préoccupation des juges résiderait alors dans la recherche d'une

[79] A. Bugada, Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail, in Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité, PUAM, 2018 ; R. Bernard-Menoret, V. Fraissinier-Amiot, Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail, Les petites affiches, 2009, N° 46, p. 102 ; I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, LexisNexis, FNDE, Thèse 2001 ; B. Geniaut, La proportionnalité dans les relations de travail, Dalloz, 2009.

décision équilibrée qui puisse être tolérée par l'entreprise, prenant en considération tant les fautes commises par l'employeur que sa situation économique actuelle.

Outre les critères tenant à la situation du salarié et à celle de l'employeur, les juges ont parfois recours à des critères correctifs complémentaires.

3. Le recours à des critères correctifs complémentaires

Au-delà de l'évaluation d'abord tournée vers le salarié, puis vers l'employeur, les résultats mettent en évidence **l'existence d'autres critères semblant intervenir comme des correctifs** de cette méthode générale. Il s'agit d'éléments déliés de la situation des parties mais intéressant soit l'acte de rupture du contrat de travail, soit le traitement judiciaire de la contestation du licenciement. Les premiers ont été mis en lumière par l'étude statistique, les seconds par l'enquête.

Tout d'abord, l'analyse statistique a montré **l'influence particulière de la nature de la rupture intervenue**. Ainsi, les modes de rupture autres que le licenciement injustifié prononcé par l'employeur mais auxquels la loi ou la jurisprudence fait produire les mêmes effets, ne donnent pas lieu aux mêmes sanctions. Suivant l'analyse des arrêts, la prise d'acte de la rupture fondée et la requalification de la rupture du contrat travail en licenciement injustifié à la suite de la requalification d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée conduisent à des indemnisations moindres. Ces résultats appellent néanmoins quelques réserves eu égard à notre échantillon de décisions[80], et ce d'autant plus qu'aucun acteur interrogé n'a évoqué cet élément au titre des critères de l'indemnité.

En dehors du mode de rupture, l'étude quantitative a également fait ressortir **la nature du licenciement comme un facteur susceptible d'influencer l'appréciation des juges**. Le licenciement pour motif économique conduirait à des dommages et intérêts plus importants que le licenciement pour motif personnel, et parmi les licenciements pour motif personnel, les licenciements pour motif non disciplinaire feraient l'objet d'une indemnisation plus généreuse que les licenciements pour motif disciplinaire.

Pourtant, dans le cadre de l'enquête réalisée auprès des praticiens, seul un répondant a déclaré que la nature du licenciement pouvait être prise en considération, cantonnant par ailleurs son propos au caractère économique ou non de la rupture du contrat. Ces différences statistiques pourraient toutefois trouver une explication dans le code du travail. En effet, la loi encadre différemment la sanction civile du licenciement pour motif économique selon la nature des irrégularités l'affectant, en prévoyant des planchers d'indemnisation plus importants dans certains cas[81] ; tel est le cas également de certaines irrégularités entachant le licenciement pour inaptitude professionnelle[82].

---

[80] Voir supra p.47.

[81] C. tr., art. L. 1235-11 dans sa version en vigueur antérieure au 24 septembre 2017 (indemnité minimale de 12 mois de salaire, en cas d'absence de décision administrative de validation ou d'homologation du plan de

Les entretiens, ensuite, ont révélé **l'effet du processus judiciaire sur l'évaluation finale des dommages et intérêts**. Principalement, le déroulement de l'audience est présenté comme un moment de vérité au cours duquel la bonne ou mauvaise foi des parties pourra être découverte, cette circonstance conduisant à majorer ou minorer l'indemnisation selon les cas.

De façon plus secondaire, c'est le **comportement procédural des parties** au litige qui peut, suivant les acteurs, être pris en compte, notamment la mauvaise préparation du dossier. Faute d'éléments suffisants pour démontrer l'étendue du préjudice du salarié, les juges limitent, sans surprise, leur évaluation. Relevons toutefois que certains d'entre eux vont jusqu'à écarter toute indemnisation, ainsi que l'illustrent certains arrêts étudiés, alors même que la jurisprudence constante de la Cour de cassation considère que le licenciement injustifié cause nécessairement un préjudice au salarié qu'il convient de réparer[83]. C'est aussi parfois la recherche de l'effectivité de la décision qui a été présentée comme un élément pouvant justifier une réduction des indemnités.

Outre l'effet de l'audience, l'on peut également observer **celui du délibéré sur la détermination de l'indemnisation**. Les échanges qui le caractérisent semblent conduire à une évaluation d'ensemble des demandes du salarié, de sorte que **ses demandes accessoires sont de nature à peser sur la demande principale** en réparation du licenciement injustifié[84]. Si la majorité des décisions ont accordé des sommes accessoires au salarié – soit au titre de rappels de salaire, soit au titre de dommages et intérêts sur le fondement d'autres postes de préjudice –, l'étude statistique démontre que cette circonstance est de nature à ***diminuer le* quantum *de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse***. En moyenne, les salariés concernés connaissent, au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, un manque à gagner équivalent à plus de 2 mois de salaires bruts[85]. Même s'ils recèlent certaines nuances, les entretiens confirment dans l'ensemble que les acteurs apprécient généralement les demandes formées par le salarié de manière globale. Ceci peut parfois s'expliquer non seulement par la recherche d'un certain pragmatisme, mais aussi au regard de la collégialité du délibéré prud'homal qui induit une négociation sur le montant final retenu par les magistrats. Ce sont surtout les considérations économiques liées à la préservation de la santé de l'entreprise qui sont mises en avant ou, tout du moins, l'évitement d'une

---

sauvegarde de l'emploi, en cas de décision négative, en cas de décision annulée en raison d'une insuffisance ou d'une absence de plan de sauvegarde de l'emploi).

[82] C. tr., art. L. 1226-15 dans sa version en vigueur antérieure au 24 septembre 2017 (indemnité minimale de 12 mois de salaire, en cas de méconnaissance des dispositions relatives à la réintégration du salarié ou à celles relatives au reclassement du salarié déclaré inapte).

[83] Cass. soc., 25 septembre 1991, nº 88-41.251 – Cass. soc., 13 sept. 2017, n°16-13.578, publié (la solution concerne les salariés justifiant d'une ancienneté inférieure à deux ans ou employés par une entreprise comptant moins de 11 salariés, dès lors que, selon les dispositions légales antérieures, le salarié placé dans ces conditions devait se voir allouer une indemnité calculée selon le préjudice subi).

[84] Certes, cette incidence n'est assurément pas *stricto sensu* un critère mais les professionnels sollicités l'ont spontanément évoquée au titre des paramètres présidant à l'évaluation finale du montant finalement alloué au salarié.

[85] Cf. Tableau 12.

condamnation susceptible de générer des difficultés financières. Ainsi, comme il l'a déjà été souligné, si la situation économique de l'entreprise influe sur le montant de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse, cette considération conditionne, en réalité, l'appréciation de l'ensemble des demandes formées par le salarié. La recherche de proportionnalité de la décision n'est sans doute pas étrangère à cette pratique.

La recherche révèle ainsi que l'opération de quantification de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse **ne se résume pas à une simple addition de critères strictement identifiés**. La détermination du montant de la sanction du licenciement injustifié repose en effet sur un **faisceau d'indices**, ***tenant principalement à la situation du salarié et à celle de l'employeur***. Cette observation conduit toutefois à formuler un autre constat, celui de la **double fonctionnalité** reconnue à l'indemnisation du licenciement injustifié.

C. La double fonctionnalité de l'indemnisation

Si, conformément à l'objectif de la loi, la sanction du licenciement est avant tout dirigée vers la **réparation du salarié** – ce qu'illustre la prépondérance des critères liés à la situation du salarié –, elle revêt également l'habit d'une **peine privée** par la prise en compte de la situation de l'employeur et de la gravité des manquements qui lui sont imputables[86].

Cette **fonction punitive** caractérisait également les textes légaux[87] qui, en imposant un plancher de six mois de salaire, conduisaient à distinguer le montant de l'indemnisation du préjudice réellement subi par le salarié. Cette fonctionnalisation de la sanction du licenciement engendre une nécessaire imprévisibilité du *quantum* de l'indemnité accordée, celui-ci variant immanquablement selon les circonstances particulières de l'espèce.

Cependant, cette variabilité est également liée à l'absence de consensus général sur la méthode mise en œuvre : si la recherche a permis de dégager des **critères récurrents**, les entretiens permettent d'observer que tous les critères ne sont pas unanimement partagés et qu'ils n'ont pas tous la même importance pour les répondants, lesquels admettent toutefois que cette disparité est corrigée par la collégialité du délibéré.

En toute hypothèse, cette double fonctionnalité, réparatrice et punitive, de l'indemnisation, semble trouver **une certaine limite dans la démarche de forfaitisation de**

---

[86] C. Wolmark, « Réparer la perte de l'emploi. À propos des indemnités de licenciement », Dr. ouv., 2015, n°805, p.450 s., spéc. p. 456.

[87] La lecture des débats parlementaires préalablement à l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 est à cet égard édifiante. Il apparait clairement que le principe d'une indemnisation minimale est envisagé comme *« une arme de dissuasion efficace pour* (…) *inciter l'employeur à quelque réflexion avant qu'il ne prenne sa décision* », Débats parlementaires, Ass. Nat. Séance du 22 mai 1973, J.O du 23 mai 1973, p. 1442. On lit également : « *La perspective d'une lourde sanction aura un effet dissuasif à l'égard des chefs d'entreprise* », *Op. cit*, p. 1446. En revanche, la fixation du seuil à 6 mois de salaires n'est pas discutée, si ce n'est que ce seuil est approuvé. Un parlementaire y voit un progrès « *si l'on compare cette indemnité aux dommages-intérêts généralement versés aux salariés les plus modestes et qui ne dépassaient guère deux à trois mois de salaires* », *op. cit.,*p. 1442. Le nouveau dispositif instauré en 2017, prévoyant une indemnisation minimale de 3 mois de salaire, est donc en adéquation avec l'indemnisation moyenne pratiquée avant la loi du 13 Juillet 1973…

l'indemnisation vers laquelle la pratique judiciaire semble s'orienter. Ainsi, la somme allouée ne résulte pas d'une indemnisation calculée avec précision au regard du salaire mensuel brut de référence mais s'apparente, en réalité, à un forfait de réparation. En témoignent, non seulement le constat fait quant au tassement de l'indemnisation allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'il est fait droit à une ou plusieurs demandes accessoires, mais aussi la pratique fréquente de « l'arrondi ». Dans les 2/3 arrêts attribuant à la fois une indemnité pour licenciement injustifié et des indemnités distinctes, l'indemnité réparant l'absence de cause réelle et sérieuse est arrondie à 1000 euros près[88].

Ce souci d'une appréciation globale[89], au mépris de demandes juridiques distinctement fondées, rejoint la préoccupation de proportionnalité de la décision déjà évoquée.

Au-delà, ce constat appelle deux commentaires.

Le premier consiste à mettre en perspective cette tendance avec l'objectif poursuivi par le nouvel article L. 1235-3 du code du travail. En effet, ne trouve-t-elle pas un écho à l'article L. 1235-3 tel que révisé par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 qui invite, pour la détermination du montant de l'indemnisation, à « *tenir compte, des indemnités versées à l'occasion de la rupture* » ? On sait pourtant que ces dernières visent à réparer la rupture du contrat de travail, non le préjudice subi du fait de son caractère injustifié[90].

Le second tient aux effets qui pourraient être attachés, à l'avenir, aux demandes accessoires. Au regard des résultats de la recherche, si les demandes accessoires pouvaient conduire à un tassement de l'indemnisation au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne pourraient-elles pas désormais permettre d'améliorer, par le jeu de demandes distinctes, l'indemnisation globale allouée *in fine* au salarié demandeur ?

Les détracteurs du nouveau barème d'indemnisation issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017[91]prônent ou prédisent, en ce sens, un développement des stratégies de contournement du barème[92]. La multiplication des chefs de demandes en est une. Certes, ce « *mille-feuille de réparation* »[93] exige, au-delà de la pertinence sur le fond des demandes (par exemple, en réparation d'un préjudice moral distinct, ou en réparation pour exécution

[88] La pratique de l'arrondi est aussi probablement liée aux prétentions initiales des salariés demandeurs.

[89] Pour les spécialistes des référentiels d'indemnisation, le constat est presque banal. « Indemniser sans recourir à une nomenclature revient à user de la technique dite de la globalisation », écrit Oliver Gout qui précise encore que, de cette démarche globale, découle un manque de transparence quant aux chefs de préjudice réparés (O. Gout, "Nomenclature et référentiel", Dr. Soc. 2017, p. 944).

[90] C. tr., art. L. 1235-3 *in fine* : « *Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9* ».

[91] D. Asquinazi-Bailleux, « Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes », Dr. soc. 2017, p. 910 ; E. Dockès, « Le retour du licenciement abusif », Dr. soc. 2018, p. 541 (l'auteur plaide pour un renouveau de l'article 1780 du code civil) ; C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », Dr. ouv. 2017, p. 733.

[92] Commentant le nouveau barème, les praticiens interrogés formulent la même prédiction, voir supra p. 98

[93] L'expression est empruntée à E. Serverin, « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale », Dr. ouv. 2011, p. 226, spéc. p. 230.

déloyale du contrat), de pouvoir produire en justice des éléments probatoires convaincants. Cette multiplication des demandes tend aussi à complexifier la tâche du juge. Elle pourrait surtout devenir une source nouvelle d'imprévisibilité de l'issue du procès, heurtant ainsi les objectifs affichés par la réforme de 2017.

L'étude réalisée auprès des deux cours d'appel a permis de dégager les critères de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette perspective, ces critères pourraient, à l'avenir, être utilisés afin d'instaurer une véritable nomenclature[94] des préjudices indemnisés, reflet de la pratique judiciaire[95]. Cela serait également de nature à améliorer la prévisibilité de l'indemnisation du licenciement infondé.

---

[94] M. N Rouspide-Katchadourian, Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? Dr. Soc. 2017, p. 892. Dans un souci de prévisibilité mais aussi d'harmonisation des décisions de justice, l'auteure se demande « *s'il ne serait pas opportun d'engager une réflexion sur l'identification de ces critères et leurs modalités de prise en compte* ». I. Sayn, Des barèmes et des juges. Les finalités des barèmes dans le fonctionnement de la justice, Dr. Soc.2019, p. 293 : « *Si l'on veut préserver l'individualisation des décisions tout en réduisant l'incertitude, on peut ainsi affirmer qu'un barème peut être d'autant plus synthétique que son utilisateur peut s'en extraire et doit être d'autant plus détaillé qu'il contraint son utilisateur ».* En ce sens, notamment, Ch. Radé, Inconventionnalité du barème, Dr. Soc. 2019, p. 324 :« *à partir du moment où le législateur entend intervenir pour cantonner la réparation, il devrait dans le même temps préciser quels postes de préjudice sont visés et ce pour éviter que des demandes présentées « hors barème »ne fleurissent pour contourner précisément les plafonds. Il serait donc souhaitable qu'une méthodologie plus précise soit élaborée, en concertation avec les acteurs de l'indemnisation, comme avait su le faire le ministère de la Justice au milieu des années 2000 pour élaborer la nomenclature Dintilhac* ».

[95] L'élaboration progressive par la pratique judiciaire d'une nomenclature des préjudices indemnisables est également à l'œuvre dans d'autres domaines du droit, notamment en droit de la sécurité sociale s'agissant de la réparation des préjudices en cas de faute inexcusable de l'employeur. Si une action en responsabilité civile visant à obtenir la réparation intégrale de tous les préjudices peut être intentée par la victime en cas de faute inexcusable de l'employeur, la réparation n'est toutefois « *pas tout à fait intégrale*» (selon les mots de P. Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 9e éd., 2019, n°236) car seuls les préjudices *qui ne sont pas couverts par les prestations sociales de la branche AT-MP figurant dans le livre IV du Code de la sécurité sociale* peuvent être réparés. En effet, dès lors que les préjudices sont couverts, ne serait-ce que de manière partielle, par les prestations en nature ou en espèces de l'assurance AT-MP, ces préjudices ne peuvent pas être indemnisés. La jurisprudence a dès lors instauré une nomenclature des préjudices indemnisables et de ceux qui ne le sont pas, sorte de « mode d'emploi » (P. Morvan, ouvrage précité, n°239).

La victime peut ainsi obtenir réparation du « *déficit fonctionnel temporaire qui inclut, pour la période antérieure à la date de consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique* » (Cass. 2e civ., 4 avril 2012, JCP 2012, étude 1267) ; du préjudice esthétique temporaire, avant consolidation de l'état de la victime, qui est un préjudice distinct du préjudice esthétique permanent (postérieur et déjà réparé – Cass. 2e civ., 7 mai 2014, n°13-16.204) ; des frais relatifs à l'aménagement du logement et à l'acquisition d'un véhicule adapté au handicap (Cass. 2e civ., 30 juin 2011, JCP S 2011, 1495) ; des frais relatifs à l'assistance d'une tierce personne avant consolidation (car après consolidation ce préjudice est réparé par la prestation complémentaire pour recours à tierce personne, versée en plus de la rente AT-MP) ; des frais d'assistance par un médecin lors des opérations d'expertise (Cass. 2e civ., 18 déc. 2014, RJS 3/2015, n°213).

En revanche, la victime ne peut pas obtenir réparation des dépenses de santé, des frais d'appareillage et des frais de transport car tous ces frais sont pris totalement ou partiellement en charge par la caisse et figurent parmi les chefs de préjudices expressément couverts par le livre IV ; des « *pertes de gains professionnels* », de *« l'incidence professionnelle résultant de l'incapacité partielle permanente* » ou du « *déficit fonctionnel permanent* » subsistant au jour de la consolidation, tous ces préjudices étant par principe indemnisés par la rente AT-MP ; de la « *perte de droits à la retraite* », déjà prise en charge par la rente AT-MP (Cass. ch. mixt,e 9 janv. 2015, J.CP S 2015, 1082) ; des pertes de salaires subies pendant la période d'incapacité temporaire, qui

III. Vers une meilleure prévisibilité de la réparation

À l'heure où la prévisibilité des décisions de justice et celle du prix du licenciement sont mises en avant par le législateur, cet objectif ne devrait-il pas conduire à préciser l'objet de la réparation, c'est-à-dire les postes de préjudices liés à la rupture injustifiée du contrat de travail (A) ?

En outre, une fois ces chefs de préjudice clairement identifiés, il conviendrait d'utiliser les critères mis en évidence par l'enquête afin de garantir une meilleure prévisibilité de l'indemnisation, alors même que ces critères ne sont pas dénués d'ambiguïté (B).

A. L'objet de la réparation : préjudice économique et préjudice moral

Que répare-t-on précisément au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Un préjudice de nature économique, un préjudice moral ou les deux ?

L'étude des critères répertoriés à l'issue de l'enquête permet-elle de considérer que les praticiens accordent une réparation liée à un seul préjudice économique découlant non pas du licenciement, lequel est un droit, mais du défaut de cause réelle et sérieuse ? Le préjudice moral est–il exclu de cette réparation ?

À s'en tenir aux critères expressément visés dans les décisions de justice analysées - qui sont, par ordre décroissant, l'ancienneté du salarié, l'évolution de sa situation professionnelle depuis son licenciement, son âge et enfin sa situation personnelle (Figure 5) -, il semblerait que la réparation soit ordonnée autour de considérations économiques : le salarié a-t-il retrouvé un emploi au jour où le juge statue ?

S'agissant de l'âge, celui-ci peut accentuer, le cas échéant, la difficulté à retrouver un emploi stable avant la retraite. L'utilisation du critère de l'ancienneté, critère textuel, peut permettre de personnaliser la réparation du préjudice réellement subi par l'intéressé. On peut également considérer que la référence à la situation personnelle et familiale du salarié concourt au même objectif : il s'agirait d'une individualisation du préjudice au regard de l'impact économique du licenciement injustifié, impact variable selon, par exemple, l'existence ou non de charges familiales particulières.

Toutefois, si l'enquête qualitative confirme la prépondérance des critères de nature économique ou financiers[96], elle a également mis en évidence de nombreux autres critères (23 critères recensés)[97] qui renvoient à la réparation d'un préjudice autre (les circonstances du licenciement, le comportement des parties à l'audience, l'opportunisme procédural) : autant de données qui sont sans doute difficiles à rattacher préjudice économique.

---

sont couvertes par les indemnités journalières, même partiellement (Cass. 2e civ., 20 sept. 2012, n°11-20.798).

[96] Voir tableau 18, et pour une présentation exhaustive, voir annexe 9.

[97] Voir supra p. 64.

Une telle répartition entre critères explicites, d'une part, et critères de personnalisation ou d'individualisation du préjudice d'autre part, n'est donc ni très claire, ni réellement opérante.

En effet, il faut tout d'abord souligner que l'utilisation des critères répertoriés n'est pas uniforme, puisqu'elle varie selon les personnes interrogées (tableau 19 b). Ensuite, l'indemnisation allouée ne répare pas toujours les mêmes préjudices : il ressort de l'étude que, dans de nombreuses décisions, le préjudice moral fait l'objet d'une réparation distincte sur le fondement d'une demande accessoire. Mais dans d'autres arrêts, il est précisé que l'indemnité répare tant le préjudice de la perte d'emploi que le préjudice moral. Ainsi le préjudice moral semble être réparé parfois au titre de la demande principale en réparation du préjudice découlant du licenciement sans cause réelle et sérieuse, et parfois au titre d'une demande distincte. Enfin, l'analyse des paramètres utilisés par les praticiens révèle des éléments inclassables, tels que l'existence d'un barème officieux ou d'un barème officiel, lesquels sont alors confondus avec les caractéristiques propres aux dossiers et aux données du litige.

Nonobstant la détermination des chefs de préjudice – non résolue -, il resterait à savoir comment utiliser les critères pour évaluer ces préjudices.

B. L'ambiguïté des critères

Si l'enquête a permis d'établir une liste de critères utilisés par les praticiens, elle a également conduit à mettre en valeur certains critères, au regard de leur fréquence. Pour autant, ces résultats ne lèvent pas l'ambiguïté de certains critères, y compris les critères les plus fréquemment cités, dont l'ancienneté, l'âge et le retour (ou le non-retour) à l'emploi au jour où le juge statue.

<u>L'ancienneté</u>

Faut-il considérer que le préjudice est d'autant plus important que le salarié a beaucoup d'ancienneté ? C'est probablement en ce sens que l'utilisent les praticiens. On peut les approuver puisque l'on sait que de nombreux avantages, conventionnels en particulier, découlent de ce critère. Mais si on répare un préjudice strictement économique découlant d'un licenciement non causé, quelle est précisément l'incidence de l'ancienneté sur le *quantum* de l'indemnisation ? Est-ce la difficulté du salarié à retrouver un emploi ? Sans doute pas. La difficulté tient certainement plus à son manque de polyvalence, à son âge, au secteur économique sinistré etc. Mais, l'ancienneté est aussi synonyme d'expérience, de sorte qu'elle pourrait, à l'inverse, atténuer l'impact du licenciement en permettant un retour rapide dans l'emploi[98].

[98] Sur l'ambiguïté de la notion : F. Dumont, L'ancienneté : un critère à géométrie variable, JCP S 2007, 1487. Cet auteur souligne les contradictions de ce concept. Tout en rappelant que « *l'ancienneté forge l'expérience, le savoir-faire du salarié…elle lui fait acquérir une légitimité dans son activité* », il ajoute qu'elle peut « *reposer sur un savoir-faire présupposé* », et qu'ainsi elle peut être dépourvue de valeur qualitative. B. Reynès,

En réalité, ne faut-il pas plutôt voir dans le critère légal de l'ancienneté un élément visant la prise en compte du préjudice moral lié à la perte injustifiée de l'emploi ? On peut, en effet, considérer que le salarié, victime d'un licenciement non causé, subit un préjudice moral particulier lorsqu'une telle rupture intervient après de nombreuses années de fidélité auprès de cette entreprise.

Cet élément, qui ne permet pas d'établir une distinction claire entre les différents types de préjudices subis, doit-il être toujours érigé en critère, ou bien en correctif d'une indemnisation préalablement définie, par exemple sur le critère objectif du retour effectif ou non à l'emploi[99] ?

L'ambiguïté se retrouve aussi avec le critère de l'âge.

L'âge du salarié

On comprend, au regard des statistiques nationales du chômage, que les praticiens prennent en compte l'âge du salarié pour mesurer, le cas échéant, sa capacité à retrouver un emploi avant l'âge de la retraite. Ce critère a été, du reste, consacré par le législateur lors de l'instauration du référentiel indicatif. L'article L. 1235-1 du code du travail, dans sa version alors en vigueur précisait, en effet, que « *le référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'âge ».*

Pourtant, ce critère n'est pas à l'abri de toute critique. La doctrine souligne, tout d'abord, les incertitudes de la notion[100]. L'âge d'entrée d'un salarié dans la catégorie des seniors ne fait l'objet d'un consensus. Les statistiques et les textes révèlent de notables variations : tantôt à partir de 50 ans, tantôt à partir de 55 ans, voire parfois à partir de 58 ou 60 ans. L'autonomie du critère est, par ailleurs discutable, la question étant en réalité moins celle de l'âge du travailleur que celle de sa capacité à retrouver un emploi[101]. En effet, l'âge en tant que tel ne semble pas revêtir de réelle signification, il apparaît plutôt comme un marqueur signalant des difficultés de retour effectif à l'emploi[102].

L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?, RDT 2007, p. 702 – G. Vallée, « L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche de droit comparé », Thèse Lyon III, 1991- G. Vallée, La notion d'ancienneté en droit du travail français, Dr. Soc. 1992, p. 871.

[99] Retour à l'emploi affiné, comme le font remarquer certains praticiens, par d'autres données objectives, matériellement vérifiables telles que la nature du contrat (CDD ou CDI par exemple), le montant de la rémunération au regard du salaire antérieurement perçu etc…

[100] J. J. Dupeyroux, L'âge en droit social, Dr. Soc. 2003, p. 1041.

[101] Le professeur Jean Pélissier notait, en 2003, la contradiction entre la tendance législative qui conduit à l'allongement de la carrière pour obtenir une retraite convenable et la tendance constatée au sein des entreprises à vouloir se séparer de salariés dits âgés parce qu'ils coutent chers au regard de l'ancienneté, qu'ils sont moins adaptables aux évolutions du travail et qu'ils manquent d'esprit d'innovation. J. Pélissier, Age et perte d'emploi, Dr. Soc. 2003, p. 1061.

[102] Sur la réaction du droit social pour corriger les poncifs constatés à propos de l'âge voir : I. Desbarats, B. Reynès, Age et conditions de travail, Dr. soc. 2003, p. 1067 et l'étude du Professeur P.Y. Verkindt qui, en ce domaine, regrette l'incohérence des politiques en faveur des travailleurs vieillissants : P.Y. Verkindt, Le travailleur vieillissant, Dr. Soc. 1993, p. 932.

Dès lors, le critère du retour à l'emploi ou de l'employabilité serait-il le seul critère fiable et opérant ?

Le retour à l'emploi et l'employabilité

L'enquête menée apporte, sur ce critère, deux enseignements : d'une part, au titre des critères expressément utilisés par certains magistrats à l'appui de l'indemnisation accordée, apparaît le critère de l'évolution de la situation professionnelle du salarié depuis son licenciement. D'autre part, les praticiens interrogés évoquent fréquemment, parmi les 5 critères les plus cités, la situation professionnelle du salarié au jour de l'audience (16 citations) mais aussi, de façon distincte, l'employabilité du salarié (15 citations).

Quel sens donner à la notion de retour à l'emploi - critère retenu par le législateur en 2016[103] - et à celle d'employabilité ? L'employabilité se résume-t-elle à la capacité du salarié licencié à retrouver un emploi ? Cette capacité du salarié à retrouver un emploi semble manifestement trouver un écho dans les propos - toutefois nuancés - des praticiens sollicités[104]. Suivant ces derniers, la notion est relative et semble notamment corrélée à l'âge et à la qualification professionnelle.

Apparue dans les années 1990 et issue, dit-on[105], du droit communautaire, la notion traduit la capacité d'insertion professionnelle ou, plus exactement, de réinsertion professionnelle en vertu de qualifications susceptibles de correspondre aux activités proposées sur le marché de l'emploi. Bien que le terme soit critiqué par certains auteurs[106], la notion - sans qu'elle ne soit jamais expressément visée par les textes - sous-tend de nombreuses dispositions, notamment l'obligation patronale obligeant à veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi[107].

---

[103] L'alinéa 4 de l'Article L1235-1, tel qu'issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, précisait à propos du référentiel indicatif : « *Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles ».*

[104] Voir supra p.76.

[105] Y. Chassard, A. Bosco, L'émergence du concept d'employabilité, Dr. Soc. 1998, p. 903. Les auteurs insistent sur la difficulté à opérer des choix politiques clairs pour améliorer l'employabilité des salariés tant il est vrai que l'employabilité est semble-t-il non seulement une notion mouvante et relative mais elle est aussi empreinte d'un paradoxe difficile à surmonter : l'employabilité permet l'insertion professionnelle mais c'est également l'insertion qui crée l'employabilité.

[106] « *La fort peu séduisante employabilité* » écrit le professeur Antoine Lyon-Caen qui semble préférer la notion de professionnalité : A. Lyon-Caen, Le juge et la professionnalité, RDT 2007, p. 687. N. Maggi-Germain, La capacité du salarié à occuper un emploi, Dr. Soc. 2009, p. 1234 : L'auteure s'emploie à distinguer la capacité du salarié à occuper un emploi et l'employabilité.

[107] Article L. 6121-1 du code du travail issu de la loi du 4 mai 2004. Cette obligation, initialement créée par les juges dans l'arrêt Expovit (Cass. soc. 25 février 1992, D. 1992, 370) a connu un renouveau législatif par la loi du 5 septembre 2018, loi dite « avenir professionnel ». J.M. Luttringer, S. Boterdael, Le renforcement de l'obligation de formation à la charge de l'employeur, Dr. Soc. 2018, p. 1006. Selon ces auteurs, « l'obligation d'employabilité » est au centre du nouveau dispositif.

On peut cependant préférer à l'employabilité la notion de capacité du salarié à retrouver un emploi[108]. Ce faisant, les juges chargés d'évaluer l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse peuvent raisonner à partir de données objectives, vérifiables : la qualification professionnelle du salarié, ses compétences, sa carrière, son âge, son salaire antérieur, etc. Telle est la démarche empruntée par certains magistrats au sein du panel étudié. Lorsqu'ils se réfèrent à la situation professionnelle du salarié au jour de l'audience, les juges prennent soin de préciser, dans les cas où l'intéressé a retrouvé un emploi, la nature de son nouveau contrat de travail (CDD ou CDI), l'emploi occupé au sein de l'entreprise et le niveau de sa rémunération par rapport au salaire précédemment perçu.

Ces éléments pourraient être retenus comme des éléments prépondérants, permettant de procéder à une première évaluation de l'indemnisation.

Il resterait ensuite à préciser les éléments de nature à corriger, adapter ou personnaliser cette indemnisation. L'ensemble de cette démarche supposerait alors que soient clairement distinguées les notions, souvent confondues, de critères, de correctifs et de paramètres, jusque-là presque étrangères au droit du travail français.

[108] N. Maggi-Germain (art. précité) rappelle les propos du Professeur Supiot pour qui raisonner avec la notion d'employabilité revient, en substance, à chosifier les êtres humains, envisagés comme de simples instruments qui doivent être adaptés aux besoins du marché alors que la capacité du salarié à occuper un emploi prend en considération la personne : ses capacités personnelles, acquises et développées par ses expériences et ses formations professionnelles. V. A. Supiot, Ressources humaines et non « matériel humain », Le Monde Initiatives, novembre 2003, p. 14.

LEXIQUE DE TERMES STATISTIQUES

Coefficient de Pearson (ou coefficient de corrélation linéaire) : compris entre -1 et 1, il indique l'intensité et le sens de la relation linéaire entre deux variables. Il est négatif lorsque les deux variables varient en sens inverse, et positif autrement. La liaison linéaire est d'autant plus marquée que le coefficient tend vers -1 ou 1.

Droite de régression linéaire : l'équation de cette droite est définie selon la méthode des moindres carrés ordinaires, de manière à minimiser la somme des carrés des écarts entre la valeur observée et la valeur extrapolée.

Donnée manquante : donnée pour laquelle la valeur n'est pas renseignée.

Écart-type : caractérise la dispersion autour de la moyenne. Plus l'écart-type est grand, plus la dispersion est grande.

Maximum : correspond à la valeur la plus élevée de l'échantillon.

Médiane : correspond à la valeur qui sépare la population en deux groupes de même effectif. 50% des individus ont une valeur du caractère inférieure ou égale à la médiane, et 50% une valeur supérieure ou égale à la médiane.

Minimum : correspond à la valeur la plus faible de l'échantillon.

Moyenne : correspond à la somme des valeurs divisée par le nombre de valeurs.

Nombre d'observations (N) : pour une variable donnée, correspond au nombre d'individus pour lesquels on dispose d'une valeur.

P-valeur : correspond au seuil à partir duquel une différence est considérée comme étant statistiquement significative, c'est-à-dire avec une faible chance d'être due au hasard. Lorsqu'elle est inférieure à 1% (resp. 5%), cela signifie qu'il y a moins d'une chance sur vingt (resp. sur cent) que la différence observée soit due au hasard.

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1	Récapitulatif des observations selon la solution rendue par les arrêts étudiés	p.28
Tableau 2	Résumé des caractéristiques du salarié – variables quantitatives	p.31
Tableau 3	Résumé des caractéristiques du salarié – variables qualitatives	P.32
Tableau 4	Résumé des caractéristiques de l'employeur	p.33
Tableau 5	Les modes de rupture	p.35
Tableau 6	Montant des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel	p.37
Tableau 7	Détail des demandes accessoires accordées par les cours d'appel	p.37
Tableau 8	Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les conseils de prud'hommes du ressort des cours d'appel A et B	p.37
Tableau 9	Comparaison des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel A et B	p.38
Tableau 10	Montant des indemnités pour licenciement nul (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel	p.39
Tableau 11	Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse selon les critères mentionnés	p.43
Tableau 12	Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse selon les critères implicites	p.48

Tableau 13	Comparaison des indemnités moyennes (en mois de salaire) accordées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse selon l'octroi ou non d'autres sommes	p.51
Tableau 14	Le degré de précision des indemnités allouées pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par les cours d'appel A et B	p.52
Tableau 15	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux	p.57
Tableau 16	Le nombre moyen de critères d'indemnisation selon la qualité des répondants	p.64
Tableau 17	Les catégories de critères d'indemnisation – Synthèse	p.66
Tableau 18	Présentation générale de la fréquence des critères d'indemnisation	p.68
Tableau 19a	Fréquence des critères d'indemnisation selon la qualité des personnes interrogées	p.70
Tableau 19b	Les critères d'indemnisation non cités selon la qualité des personnes interrogées	p.71
Tableau 20	Présentation générale de la fréquence de citations par catégorie de critères d'indemnisation	p.72
Tableau 21	Fréquence des catégories de critères d'indemnisation selon la qualité des personnes interrogées	p.72

LISTE DES FIGURES

Figure 1	Répartition des observations par cour d'appel	p.29
Figure 2	Répartition des observations par conseil de prud'hommes	p.30
Figure 3	Les modes de rupture	P.34
Figure 4	Montant des Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordées par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel	p.38
Figure 5	Les critères d'indemnisation mentionnés dans la motivation des arrêts étudiés des cours d'appel A et B	p.41
Figure 6a	Ancienneté et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B	p.44
Figure 6b	Zoom jusqu'à 100 mois de salaire) : Ancienneté et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B	p.44
Figure 6c	Âge et montant de l'indemnité (en mois de salaire) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les cours d'appel A et B	p.45
Figure 7	Prétentions du salarié et indemnités (en mois de salaire) accordées pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par les cours d'appel A et B	p.50
Figure 8	Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et autres sommes (en mois de salaire)	p.52
Figure 9	Les différents barèmes légaux et réglementaires	p.55
Figure 10	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux	p.58

Figure 11	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux barèmes légaux selon l'ancienneté du salarié	p.59
Figure 12	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec le barème institué par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, selon l'ancienneté du salarié	p.60
Figure 13	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les pratiques judiciaires correspondant à un demi-mois ou un mois de salaire par année d'ancienneté	p.61
Figure 14	Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel A et B pour licenciement sans cause réelle et sérieuse	p.62

BIBLIOGRAPHIE - WEBOGRAPHIE

OUVRAGES

- SAYN I., (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, 1 éd., Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2014

THÈSES

- CORNESSE I., La proportionnalité en droit du travail, LexisNexis, FNDE, Thèse 2001
- GENIAUT B., La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe, Dalloz, 2009
- VALLEE G., L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche de droit comparé, Thèse Lyon III, 1991

ARTICLES

- ADAM P., « Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion », *RDT*, 2017, p.643
- ALESSI C. et SACHS T., « La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ? », *RDT*, 2018, p.802
- ASQUINAZI-BAILLEUX D., « Le préjudice moral devant le conseil de prud'hommes », *Dr. soc.*, 2017, p. 910
- AYACHE-REVAH I., « Les contentieux prud'homaux après les ordonnances », Cah. DRH 2018, n°256, p.2.
- BATARD F. et GREVY M., « *Securitas omnia corrumpit* », *RDT*, 2017, p. 663
- BAUGARD D. et MORIN J., « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.*, 2018, p.718
- BARGAIN G. et SACHS T., « La tentation du barème », *RDT*, 2016, p. 251
- BERNAUD V. « Le Conseil constitutionnel valide pour l'essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail », Dr. soc., 2018, p.493
- BOCCON-GIBOT T., « La « barémisation » comme technique de gouvernement », Dr. soc. 2019, p. 285
- BONNIN V., « Le préjudice nécessaire : une évolution de la réparation en droit du travail », *RJS*, 2017, p. 620
- BOULMIER D., « Faciliter la conciliation prud'homale… mais pour qui ? », *Dr. soc.*, 2013, p.837
- BUGADA A., « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », *in Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll. Droits, pouvoirs et sociétés, 2018
- BUGADA A., « Le dol et la faute lourde : un moyen d'ordre public dans le contentieux du barème ? », *JCP S*, 2019, n°15, act. 156

- BUGADA A., « Contrariété du barème des indemnités prud'homales aux conventions internationales », *Procédures,* 2019, n°2, p.26
- BUGADA A., « Conformité du barème prud'homal au droit international », *Procédures*, 2018, n°11, p.22
- BUGADA A., « Office du juge dans l'appréciation du préjudice pour licenciement irrégulier et injustifié au sens de l'article L. 1235-5 du Code du travail », *JCP S,* 2017, 1369.
- BUGADA A., « Plafonnement de l'indemnité de licenciement : focus sur l'inconstitutionnalité de l'article 266 », *JCP E* 2015, 1441.
- BUGADA A., « Le Pacte de New-York et le droit du licenciement », *Sem. soc. Lamy* 2006, 1267
- CATIN L. et GAUDIER P., « Faut-il instaurer un barème aux prud'hommes ? », *Juris asso.*, 2016, n°545, p. 30
- CHASSARD Y. et BOSCO A., « L'émergence du concept d'employabilité », *Dr. Soc.* 1998, p. 903
- CHAULET A., BLOCH S., « Validation du barème par la juridiction prud'homale : acte I », *Sem. soc. Lamy,* 2018, n°1832, p.12
- CHAMPEAUX F., « Le barème dans l'œil du cyclone », Sem Soc. Lamy 2018, n° 1853, p. 5
- CHEDANEAU F. X., « La rupture du contrat et ses conséquences : (r)évolution ? », *Cah. dr. ent*., mars 2018, n°2 ; dossier 11
- CHISS R., « Les accords d'extinction du procès », JCP S, 2014, 1192
- COLLET-THIRY N., « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S*, 2018, 1150
- DAVID A., « Les règles présidant à l'évaluation du préjudice », *Dr. soc.* 2017, p. 918
- DESBARATS I. et B. REYNES, « Âge et conditions de travail », *Dr. soc.* 2003, p. 1067
- DOCKÈS E., « Le retour du licenciement abusif », *Dr. soc.* 2018, p.541
- DOUDET S., « La fin du juge conciliateur ? », *Sem. Soc. Lamy* 2013, n°1592, p.94
- DUMONT F, «L'ancienneté : un critère à géométrie variable », *JCP S* 2007, 1487
- DUPEYROUX J.-J., « L'âge en droit social », *Dr. soc*., 2003, p. 1041
- FABRE A., « Loi "Macron" : barème, référentiel, grille — l'indemnisation des licenciements injustifiés en quête de prévisibilité », *Lexbase éd. Soc*., n°623, 3 sept. 2015
- FABRE A., « Loi Macron : le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés contraire au principe d'égalité (Cons. const., 5 août 2015, n°2015-715 DC, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) », *Constitutions*, 2015, p. 421
- FISCEL B., « À propos de l'efficacité de la conciliation prud'homale », *JCP S*, 2018, actu 400
- FOURNIER de CROUY N., « Les différents usages du barème d'indemnisation : retour sur l'article L. 1235-3 du Code du travail », *RDT* 2019, p. 29
- GARDIN A., LHERNOULD J.-Ph., « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison. », *RJS*, 05/2019, p.353

- GARDIN A., « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cohérence juridique à l'épreuve d'objectifs comptables et financiers », *RJS*, 2018, p. 3.
- GAUDIER P. et CATIN L., « Faut-il instaurer un barème aux prud'hommes ? », *Juris assoc*. 2016, n°545, p.30
- GAURIAU B., « Les accords d'extinction du procès », *JCP S*, 2014, 1191
- GIRARD de BARROS F., « Alerte au plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse : Pamela, au secours !", *Lexbase La Lettre juridique,* n°640, 21 janv. 2016
- GOUMARD F., « À qui profitera le barème des indemnités prud'homales ? », *Option Finances* 2017, n°1433, p.57
- GOUT O., « Nomenclature et référentiel », *Dr. soc.* 2017, p. 944
- GRANGE J., « La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle ni sérieuse », *JCP S* 2017, act. 233
- GRÉVY M. et HENRIOT P., « Le juge, ce gêneur… », *RDT* 2013, p.173
- GRÉVY M. et HENRIOT P., « Des principes aux actes : les contradictions d'Emmanuel Macron (Réflexions sur la « barémisation des indemnités prud'homales »), *Dr. ouv*., 2017, n°828, p.392
- GUIOMARD F., « Pour une lecture contentieuse de l'effet des barèmes de licenciement », *RDT,* 2019, n°4, p.272
- D'HEILLY A., « En questions : la conventionalité des barèmes d'indemnisation prud'homale », *JCP S*, 2018, n°21, p.3
- HENRIOT P., « La réception du barème par le juge : quel impact sur sa mission ? », *Dr. soc.* 2019, p. 318
- HENRIOT P., « Le juge privé de sentences ? », *Dr. ouv.* 2018, p. 160
- ICARD J., « Le barème d'indemnisation face au droit international : la promesse de l'Aube », *Bull. Joly Trav.*, 2019, n°1, p.9
- ICARD J., « La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème », *Sem Soc. Lamy*, 2019, n°1846, p.12
- ICARD J., « Le barème indicatif de la loi Macron (D. n° 2016-1581, 23 nov. 2016 : JO 25 nov. 2016, *Cah. soc*. 2017, n°120, p.26
- KIRAT Th., « La barémisation, l'équité et la justice sociale », *Dr. soc.* 2019, p. 290
- KIRAT Th., « Les procès économiques des Conseils de prud'hommes », *Dr. ouv.* 2017, p. 655
- LABORDE., J.-P., « Perplexité », *Dr. soc.*, 2015, p.569
- LAFANNE F., « La guerre de Troyes aura-t-elle lieu ? », *Juris. Soc. Lamy*, 2019, n°469, p.1
- LHERNOUD J.F., « Le barème est-il contraire au droit international et européen ? », Jurisp. Soc. Lamy, 2019, n°469
- LHERNOUD J.F., « Le barème Macron écarté en jugement de départage », note sous Cons. Prud'h. Agen, 5 fév. 2019, *Jurisp. Soc. Lamy* 2019, n°472, p.13
- LOKIEC P., « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », *Sem. Soc. Lamy*, 2019, n°1849, p.4
- LOKIEC P., « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *D.* 2019, p.248
- LOKIEC P., « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017 p.2109

- LOISEAU G., « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie », *Gaz. Pal*., 2019, n°341, p.19.
- LOISEAU G., « Conventionalité du barème : le débat est ouvert », comm. CPH Le Mans, 26 sept. 2018, *JCP S*, 2018, 1367
- LOISEAU G., « Un examen clinique de la conventionalité du barème d'indemnité prud'homale », *Gaz. Pal*., 2018, n°324, p.16
- LUTTRINGER J.-M. et BOTERDAEL S., Le renforcement de l'obligation de formation à la charge de l'employeur, *Dr. soc.* 2018, p. 1006
- LYON-CAEN A., « L'accent du barème », *RDT* 2019, p. 1
- LYON CAEN A., « Fondamental », *RDT* 2018, p.245.
- LYON CAEN A., « Statistiques », *RDT* 2017, p.683
- LYON CAEN A., « Vérité au-delà des Pyrénées », *RDT* 2016 p.125.
- LYON-CAEN A., « La complexité du barème », *RDT* 2016, p. 65
- LYON CAEN A., « Plafond », *RDT* 2015, p.489.
- LYON CAEN A., «Le juge et la Professionnalité », *RDT* 2007, p. 687
- MAGGI-GERMAIN N., La capacité du salarié à occuper un emploi, *Dr. soc.* 2009, p. 1234
- MALFETTES L., « Indemnités de licenciement : un conseil de prud'hommes s'affranchit du plafond », *Dalloz actu.*, 18 décembre 2018
- MARSHALL D. et HENRY M., **«** Vers une normalisation de la justice prud'homale ? **»,** *RDT* 2016, p. 457
- MEHREZ F., « Le projet de loi ne prévoira qu'un barème indicatif en cas de licenciement injustifié », *Dalloz Actu*., 15 mars 2016
- METIN D., « Ordonnances : promotion sur les licenciements injustifiés ! », Actualités du droit, 8 septembre 2017, site wk-rh
- MOULY J., « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », *Dr. soc*., 2019, p. 234
- MOULY J., « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? (À propos du jugement du conseil de prud'hommes de Troyes du 13 décembre 2018) », *Dr. soc*., 2019, p. 122
- MOULY J., « La réactivation de la théorie du licenciement abusif », *Dr. soc*., 2018, p. 824
- MOULY J., « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », *Dr. ouv.* 2018, p. 435
- MOULY J., « Les indemnisations en matière de licenciement », *Dr. soc.*, 2018, p. 10
- MOULY J., « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », *Dr. ouv*. 2017, p. 435
- MOULY J., « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux : une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 745
- MOULY J., « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : « l'exception » du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.*, 2017, p. 1074
- MOULY J., « Le plancher d'indemnisation des licenciements injustifiés peut varier selon les effectifs de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 1065

- MORIN M.-L., « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », *Dr. ouv*. 2017, p. 590
- NASOM-TISSANDIER N., « La conventionalité du barème d'indemnités », *Bull. Joly Trav*. 2019, n°4, p.49
- ORIF V., « Loi "Macron" : dispositions relatives à la justice prud'homale (art. 258) » (seconde partie), *Lexbase éd. soc*., n°623, 3 sept. 2015
- PALLI B., « La place du « barème » dans certains pays européens », *Dr. soc*. 2019, p. 310
- PALLI B., « Les réformes nationales de la justification du licenciement au prisme des standards européens et internationaux. Etude de droit comparé », *RDT* 2018, p.618
- PASQUIER Th., « Le préjudice à la croisée des chemins », *RDT* 2015 p.741.
- PÉCAUT- RIVOLIER L., « Le juge dans le droit du travail d'aujourd'hui », *Dr. soc.*, 2018, p. 79
- PELISSIER J., « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc*. 2003, p. 1061
- PERCHER, C., « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée », *RDT* 2017, p. 726
- PERULLI, A. et RÉMY, P., « Regards « étrangers » sur les ordonnances », *RDT* 2017, p. 669.
- PERULLI A., « Les réformes du licenciement à l'épreuve des « valeurs » », RDT 2019, p.161.
- PEYRONNET M., « Conseils de prud'hommes : conventionnalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement ? », *Dalloz actu.*, 4 février 2019
- PINATEL F., « Des malentendus de la notion d'indemnisation adéquate », *Bull. Joly Trav.* 2019, n°4, p.54
- POIRIER M., « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales »» ?, *Dr. ouv.*, 2013, n°777, p.240
- RADE C., « De la conventionnalité du « barème Macron » », *Dr soc.* 2019, p. 324
- RADE C., « Le nouveau « barème » d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse », *Dr. soc.* 2019, p. 280.
- RADE C., « Préjudices et indemnisation : à la croisée des disciplines (Heurs et malheurs du principe de réparation intégrale en droit du travail) », *Dr. ouv.* 2015, n°805, p.441
- RADE C., « De la distinction entre préjudice de perte d'emploi et préjudice moral lié aux circonstances vexatoires du licenciement », Lexbase éd. Soc., n°719, 16 nov. 2017
- RADE C., « L'indemnisation des préjudices résultant du défaut de cause réelle et sérieuse devant le Conseil constitutionnel », comm. Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 16-40.209, *Lexbase éd. Soc*., n°665, 28 juillet 2016
- REYNES B., « L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ? », *RDT* 2007, p. 702
- RICHEVAUX M., « L'avenir moins incertain du barème d'indemnisation des licenciements », *Petites affiche*s, 2019, n°28, p.8.
- RICHEVAUX M., « L'avenir incertain du barème d'indemnisation des licenciements », *Petites affiches*, 2018, n°240, p.8

- ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N., « Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 892
- ROZEC Ph., « La sanction de la violation des règles d'ordre public – Réparation et régulation », *JCP S* 2017, 1136
- SABATTE M., « Droit du travail et économie : un couple fusionnel à l'histoire tourmentée », *JCP G* 2013, 692
- SACHS T., « Le contrôle de conventionalité peut-il crever le plafond ? », *Bull. Joly Trav*. 2019, n°4, p.40
- SAFAR P. et LAMOTHE A., « Que va-t-il advenir du nouveau barème d'indemnisation prud'homale ? », note Cons. prud'h. Le Mans, 26 sept. 2018, *Bull. Joly Trav.* 2018, n°3, p.163
- SAYN I., « Des barèmes et des juges. Les finalités des barèmes dans le fonctionnement de la justice », *Dr. Soc.* 2019, p. 293
- SERENO S., « Le juge prud'homal et le barème d'indemnisation : des oubliettes à l'avant-garde ! » ; Note sous Cons. de prud'h., Le Mans, section commerce, 26 septembre 2018, numéro 17/00538, et Cons. de prud'h., Troyes, section activités diverses, 13 décembre 2018, numéro 18/00036, *Gaz. Pal*. 2019, n°344, p.49
- SERVERIN E., « Forfaits, minima, maxima, référentiels : les outils de la maîtrise des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », *RDT*, 2016, p. 634
- TOURNAUX S., « Plafonnement des indemnités prud'homales de licenciement et engagements internationaux de la France », *Lexbase Hebdo soc*., 10 janv. 2019, n°767
- TOURNAUX S., « Droit du licenciement : les derniers ajustements issus de la loi du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p. 520
- TOURNAUX S., « Plafonnement des indemnités prud'homales de licenciement et engagements internationaux de la France », comm. CPH Troyes, 13 décembre 2018, n° 18/00036, *Lexbase éd. Soc.*, n°767, 10 janv. 2019
- TOURNAUX S., « Ordonnances réformant le droit du travail : règles générales relatives au licenciement et rupture d'un commun accord collective », *Lexbase éd. Soc.*, n°712, 21 sept. 2017
- TOURNAUX S., « Le plancher d'indemnisation du licenciement injustifié est conforme à la Constitution », comm. Cons. const., décision n° 2016-582 QPC du 13 octobre 2016, *Lexbase éd. Soc.*, n°674, 27 oct. 2016
- VALLEE G., La notion d'ancienneté en droit du travail français, Dr. Soc. 1992, p. 871
- VERKINDT P.Y., Le travailleur vieillissant, *Dr. soc.* 1993, p. 932
- WILLMANN Ch., « Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : "articles 3 et 5 : le jeu de pistes" », *Lexbase éd. soc*., n°706, 13 juill. 2017
- WOLMARK C., « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.* 2015, n°805, p.450
- WOLMARK C., « L'encadrement de l'indemnisation de licenciement injustifié », *Dr. ouv*. 2017, p.733
- Loi Macron : le plafonnement des indemnités de licenciement et la Constitution, Déclaration de la GCT du 29 juill. 2015, *Dr. ouv*. 2015, n°806, p.501

ARTICLES (Autres revues)

- RICHEVAUX M., « Les limites de la « barémisation » obligatoire des indemnités de licenciement », *Revue des Sciences de gestion, Direction et Gestion*, 2017/3, n°285-286, p. 51
- SERVERIN, E., VALENTIN, J., KIRAT, Th., SAUZE, D., DALMASSO, R., « Évaluer le droit du licenciement, Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, Octobre 2008
- BEAUD S., « L'usage de l'entretien en sciences sociales, plaidoyer pour « l'entretien ethnographique » », *Politix*, 1996, n°35

ARTICLES (Presse)

- ACHIR F. et PELLETIER B., « Mesure phare visant à la sécurisation juridique : le barème à l'épreuve des juridictions de fond », *Option Droit et Affaires*, 25 mars 2019
- BISSUEL B., « Barème prud'homal : la polémique rebondit à Paris », *Le Monde.fr*, 15 mars 2019
- DUFOUR O., « Barème Macron : le ton monte », *Option Finance*, 11 mars 2019
- MALHERE M., « Licenciement abusif : l'exécutif rappelle à l'ordre les juges prud'homaux frondeurs », *Le Figaro Économie*, 9 mars 2019
- RUELLO A. et BELLAN M., « Barème aux prud'hommes : l'exécutif monte au créneau », *Les Echos*, 8 mars 2019
- COHEN C., « Prud'hommes: l'État anticipe les futurs contentieux sur les indemnités », *Le Figaro*, 7 mars 2019
- De COMARMOND L., « Prud'hommes : le contre-exemple italien sur le barème », *Les Échos*, 17 janvier 2019
- VIGNAUD M., « Prud'hommes : le barème d'indemnités une nouvelle fois rejeté », *Le Point*, 11 janvier 2019
- PERROUD M., « Prud'hommes : le barème des indemnités créé par Macron jugé contraire au droit international », *Challenges,* 9 janvier 2019
- FOULON S., « Indemnités prud'homales : les juges résistent », *Alternatives Économiques*, 9 janvier 2019
- VIGNAUD M., « Le barème d'indemnités aux prud'hommes est-il mort-né ? », *Le Point*, 8 janvier 2019
- CHALOM S., « Indemnités de licenciement : les jugements contre le barème Macron seront sans doute cassés », Capital, 8 janvier 2019
- REY M. et THUILLIER T., « Le barème Macron a-t-il du plomb dans l'aile ? », *L'Express – L'Entreprise*, 7 janvier 2019
- MALHERE M., « Licenciement abusif : les prud'hommes retoquent par trois fois le barème Macron », *Le Figaro – économie*, 7 janvier 2019
- BISSUEL B., « Indemnités prud'homales : le plafonnement de nouveau jugé contraire au juge international », *Le Monde*, 6 janvier 2019
- MALHERE M., « Indemnités de licenciement : le conseil de prud'hommes de Troyes s'affranchit des ordonnances », *Le Figaro*, 15 décembre 2018

- BISSUEL B., « Le plafonnement des indemnités prud'homales jugé contraire au droit international », *Le Monde*, 14 décembre 2018
- ROUCOUS D., « Indemnités de licenciement, oui ou non leur barème est abusif ? », *l'Humanité*, 13 mars 2018
- CAILHOL A., « Licencier, c'est facile et c'est pas cher », *Libération,* 10 novembre 2017
- GUILLAUD H., « La justice prédictive : l'enjeu de l'ouverture des données ; prédictions et régulations ; entre performance et optimisation », *Le Monde*, 9 septembre 2017,
- BELOUEZZANE S., « L'effet contrasté du plafonnement des indemnités prud'homales », *Le Monde*, 4 septembre 2017
- JACQUIN J.-B., « Les juges secoués par l'arrivée des algorithmes », *Le Monde*, 20 janvier 2017
- NEUER L., « La justice prédictive : fantasmes et limites ; l'outil qui donne des armes aux plaideurs », *Le Point*, 27 décembre 2016

DOCUMENTS WEB

- CHHUM F. et OLLIVIER M., « Plafonnement des indemnités de licenciement prud'homales : que pourrait faire Emmanuel Macron ? », Village de la justice, 19 mai 2017
- MORVAN P., « La prétendue non-conformité du barème d'indemnités de licenciement « Macron » au droit international : un exemple de jurisprudence virale », Le blog de P. Morvan, 18 déc. 2018.

JURISPRUDENCE

- Cons. constit., 5 août 2015, n° 2015-715 DC ; *JCP S* 2015, act. 314.

- CEDS 14 juin 2017, récl. n°106/2014, Société finnoise des droits sociaux c. Finlande, Dr. Soc. 2017, 745, note J. Mouly ; RDT 2017.726, note C. Percher
- CEDS, récl. n°160/2018, CGT-FO v. France, jugée admissible le 26 mars 2018, et récl. n°158/2017, CGIL v. Italie, contrôle d'admissibilité du 20 mars 2018

- CE, Sect.soc., avis, 22 juin 2017, n°393357
- CE, ord.réf.,7 décembre 2017, ord. nº 415243

- Cons. prud'h. Bordeaux, 9 avril 2019, RG n° F 18/00659 ; *JCP S*, 2019, n°15, Act. 164
- Cons. prud'h. Agen, audience de départage, 7 février 2019, nº 18/00049
- Cons. prud'h. Grenoble, section Activités diverses, 4 février 2019, RG n° 18/01050
- Cons. prud'h Tours, section commerce, 29 janvier 2019
- Cons. prud'h Grenoble, Section Industrie, 18 janvier 2019, n°RGF18/00989
- Cons. prud'h. Angers, Section Activités diverses, 17 janv. 2019, n° RG F 18/00046
- Cons. prud'h. Lyon, Section Commerce, 7 janvier 2019, n° RG F 15/01398 Cons. prud'h. Lyon, Section Activités diverses, 21 déc. 2018, n° RG F 18/01238
- Cons. prud'h. Amiens, Section Commerce, 19 déc. 2018, n° RG F 18/00040

- Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, n° RG F 18/00036, *Dr. ouv*., 2019, n°846, p.48, note C. Geiger ; *Liaisons sociales*, 10 janv. 2019, J-Ph. Lhernould
- Cons. prud'h. Paris, section Activités diverses, 22 novembre 2018, RG n° 18/00964
- Cons. prud'h. Mans, 26 sept. 2018, n° RG 17/00358, *; SSL*, 2018, n°1832, note A. Chaulet et S. Bloch, p.12 *; Procédures*, 2018, n°11, comm. 340 ; *JCP S*, 2018, 1367, note G. Loiseau ; *Bull. Joly Trav*., 2018, n°03, p.163, note P. Safar et A. Lamothe
- Cons. prud'h. Saint-Quentin, Section Encadrement, 10 sept. 2018, n° RG F 17/00171

SOMMAIRE DES ANNEXES

Annexe 1	Les textes législatifs et réglementaires relatifs à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse	p.134
Annexe 2	Argumentaire du SAF	p. 143
Annexe 3	Tableau synoptique des réunions	p. 148
Annexe 4	Grille d'analyse des arrêts	p. 153
Annexe 5	Guide d'entretien magistrats et avocats	p. 173
Annexe 6	Tableau de suivi des entretiens	p. 176
Annexe 7	Tableau d'analyse des thèmes des entretiens	p. 180
Annexe 8	Tableau d'analyse des données explicatives des entretiens	p. 182
Annexe 9	Tableau synthétique de la fréquence des critères et des discours types selon les personnes interrogées	p. 183

ANNEXE 1

Les textes législatifs et réglementaires relatifs à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Articles du Code du travail

I. Dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

Ces dispositions, applicables aux licenciements prononcés avant la publication de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (ordo. n°2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 40-I), étaient applicables aux arrêts de cours d'appel constituant notre base de données d'analyse.

Article L.1235-1

dans sa version issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015

En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.

Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.

A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.

Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'Etat.

Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles.

Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel.

Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Article L.1235-3

Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Article L.1235-3-1

Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu en méconnaissance des articles L. 1132-1, L. 1153-2, L. 1225-4 et L. 1225-5 et que le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Article L.1235-5

Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :

1° Aux irrégularités de procédure, prévues à l'article L. 1235-2 ;

2° A l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L. 1235-3 ;

3° Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4, en cas de méconnaissance des articles L. 1235-3 et L. 1235-11.

Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi.

Toutefois, en cas de méconnaissance des dispositions des articles L. 1232-4 et L. 1233-13, relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions relatives aux irrégularités de procédure prévues à l'article L. 1235-2 s'appliquent même au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés.

➢ Barème en matière de conciliation

Article D. 1235-21

issu du Décret n°2016-1582 du 23 novembre 2016

Le barème mentionné au premier alinéa de l'article L. 1235-1 est défini comme suit :
-deux mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté inférieure à un an ;
-trois mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté au moins égale à un an, auxquels s'ajoute un mois de salaire par année supplémentaire jusqu'à huit ans d'ancienneté ;
-dix mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre huit ans et moins de douze ans ;
-douze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre douze ans et moins de quinze ans ;
-quatorze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre quinze ans et moins de dix-neuf ans ;
-seize mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre dix-neuf ans et moins de vingt-trois ans ;
-dix-huit mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre vingt-trois ans et moins de vingt-six ans ;
-vingt mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre vingt-six ans et moins de trente ans ;
-vingt-quatre mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté au moins égale à trente ans.

Nota bene :

Article D. 1235-21

issu du Décret n°2013-721 du 2 août 2013
applicable jusqu'au 26 novembre 2016

Le barème mentionné à l'article L. 1235-1 est déterminé comme suit :
— deux mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté inférieure à deux ans ;
— quatre mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre deux ans et moins de huit ans ;
— huit mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre huit ans et moins de quinze ans ;
— dix mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre quinze ans et vingt-cinq ans ;
— quatorze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté supérieure à vingt-cinq ans.

➢ Barème en cas de non-conciliation

Article R. 1235-22

issu du Décret n°2016-1581 du 23 nov. 2016

Abrogé par Décret n°2017-1698 du 15 déc. 2017, art. 3

I. — Sous réserve des dispositions du présent code fixant un montant forfaitaire minimal d'indemnisation, le référentiel indicatif mentionné au cinquième alinéa de l'article L. 1235-1 du code du travail est fixé comme suit :

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
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

II. — Les montants indiqués dans ce référentiel sont majorés d'un mois si le demandeur était âgé d'au moins 50 ans à la date de la rupture.

Ils sont également majorés d'un mois en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi du demandeur tenant 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.

II. Dispositions applicables depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

Article L1235-1

dans sa version issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.

Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.

A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.

Si un doute subsiste, il profite au salarié.

NOTA : Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance.

Article L1235-3

dans sa version issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	**Indemnité minimale (en mois de salaire brut)**	**Indemnité maximale (en mois de salaire brut)**
0	Sans objet	1
1	1	2

2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5

27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	**Indemnité minimale (en mois de salaire brut)**
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9.

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.

NOTA : Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance.

Article D. 1235-21

dans sa version issue du Décret n°2016-1582 du 23 novembre 2016

Le barème mentionné au premier alinéa de l'article L. 1235-1 est défini comme suit :

-deux mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté inférieure à un an ;

-trois mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté au moins égale à un an, auxquels s'ajoute un mois de salaire par année supplémentaire jusqu'à huit ans d'ancienneté ;

-dix mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre huit ans et moins de douze ans ;

-douze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre douze ans et moins de quinze ans ;

-quatorze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre quinze ans et moins de dix-neuf ans ;

-seize mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre dix-neuf ans et moins de vingt-trois ans ;

-dix-huit mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre vingt-trois ans et moins de vingt-six ans ;

-vingt mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre vingt-six ans et moins de trente ans ;

-vingt-quatre mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté au moins égale à trente ans.

ANNEXE 2 - Argumentaire du SAF

Le 6 février 2018

Argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats

Contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235-3

Sur la réparation intégrale du préjudice et l'inapplicabilité du plafond de l'article L.1235-3 du code du travail en raison de son inconventionnalité

En vertu du principe de légalité, chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie des normes, ou du moins être compatible avec ces normes.

Or l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que : *« Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois […] »*

Si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution (contrôle de constitutionnalité), le contrôle de la conformité des lois par rapport aux conventions internationales (contrôle de conventionnalité) appartient en revanche aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. (Pour illustration, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 recueil p. 19, Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, recueil p. 135)

La Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat, se sont reconnus compétents pour procéder à ce contrôle de conventionnalité. (Chambre mixte 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, n° 73-13556 ; Conseil d'Etat, Assemblée Plénière, 20 octobre 1989, Nicolo, n° 108243)

Ce contrôle peut donc conduire, lors de l'examen d'un litige, à écarter la loi française pour faire prévaloir la convention internationale dans la résolution du litige.

Tel a été le cas, pour illustration, devant le juge prud'homal, à l'égard du Contrat Nouvelles Embauches jugé contraire à la Convention 158 de l'OIT. (CPH Longjumeau, 28 avril 2006, De Wee c/ Philippe Samzun ; n° 06/00316 ; CA Paris, 18ème E, 6 juillet 2007, n° S06/06992).

La Cour de cassation a établi que la convention n° 158 était « directement applicable», et a souligné «*la nécessité de **garantir qu'il soit donné pleinement effet aux dispositions** de la convention* » (Cass. Soc. 1er juillet 2008, n° 07-44124).

L'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, ratifiée par la France le 16 mars 1989, dont le Conseil d'Etat a confirmé l'effet direct (CE Sect., 19 octobre 2005, CGT et a., n° 283471), stipule que si les tribunaux *« arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le*

pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ***ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée »***

L'article 24 de la charte sociale européenne du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999, qui est également d'effet direct (CE, 10 février 2014, M. Fischer, n° 359892), a repris ce même principe dans les termes suivants :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître (…) :

b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à ***une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée****. »*

Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S), organe en charge de l'interprétation de la Charte, s'est prononcé sur le sens devant être donné à l'indemnité adéquate et à la réparation appropriée dans sa décision du comité du 8 septembre 2016 « *Finish Society of Social Rights c. Finlande* » (n°106/2014, § 45).

Le Comité énonce que « les mécanismes d'indemnisation sont réputés appropriés lorsqu'ils prévoient :

- **le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision de l'organe de recours ;**
- **la possibilité de réintégration ;**
- **des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime. »**

Tout plafonnement conduisant à ce que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et/ou ne soient pas suffisamment dissuasives est donc, en principe, contraire à la Charte.

La Charte sociale européenne et l'interprétation qu'en fait le Comité Européen des droits sociaux sont d'application directe en droit interne français, et doivent conduire le Conseil à faire prévaloir la nécessité d'une indemnisation intégrale des préjudices subis par Mr/Mme XXX et à écarter le barème en fixant une indemnité de 6 mois de salaire à la charge de la Société YYYY.

La **Charte sociale européenne** est un traité du Conseil de l'Europe adoptée à Turin en 1961 qui garantit les droits sociaux et économiques fondamentaux. Elle est le pendant social de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui se réfère aux droits civils et politiques. Elle garantit un large éventail des Droits de l'Homme liés à l'emploi, au logement, à la santé, à l'éducation, à la protection sociale et aux services sociaux.

La Charte est dès lors considérée comme la **Constitution sociale de l'Europe**.
Le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S) a été créé dès l'entrée en vigueur de la Charte. Il exerce depuis 1995 une activité juridictionnelle, ou quasi juridictionnelle[109], en tranchant les réclamations collectives introduites par les organisations nationales ou internationales ainsi que par les organisations non gouvernementales nationales ou

[109] Composé de 15 membres indépendants et impartiaux élus pour leur compétence dans le domaine social international par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de 6 ans, le C.E.D.S a vu ses pouvoirs accrus par le protocole additionnel adopté en 1995. Ainsi, comme l'affirmait son ancien président, dont le mandat a pris fin en décembre 2016, Monsieur Luis JIMENA QUESADA : « *la procédure des réclamations collectives configure vraiment le Comité européen des droits sociaux comme un juge international, à l'instar de la Cour européenne des droits sociaux.*»

internationales pour apprécier la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales aux exigences de la Charte sociale européenne.

Le caractère contraignant de la Charte sociale ne fait plus de doute et les principes qu'elle contient sont directement invocables devant le juge français.

Ainsi, le Conseil d'Etat a déjà reconnu qu'il s'agissait d'un traité international dans son arrêt du 7 juillet 2000 (Fédération nationale des associations tutélaires, n°213461).

La Cour de cassation en a reconnu l'applicabilité directe par un arrêt du 14 mai 2010 (Soc. 14 mai 2010, n°09-60.426) et se réfère notamment aux articles 5 et 6 de la Charte dans de nombreuses décisions sur la liberté syndicale et le droit à la négociation collective. (Soc. 9 nov. 2010, ns 09-42.064, 09-42.065, 0942.066, 09-42.067, 09-42.068, et 09-42.069 ; 10 nov. 2010, n° 09-72.856 ; Soc. 1er déc. 2010, n° 10-60.117 ; Soc. 8 déc. 2010, n° 10-60.223). **La haute juridiction s'y référait encore directement dans un arrêt du 15 novembre 2017 (n°16-24884).**

S'agissant de l'article 24, le Conseil d'Etat a déjà jugé que ses dispositions sont directement invocables devant lui puisque son*« objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats »* et qu'elles*« ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoqués utilement »* (CE 10 février 2014, n°358992, Fischer -Voir notamment l'analyse du professeur Mouly, Droit social 2017 p 745[110]).

Quant au juge judiciaire, et notamment le juge prud'homal, il est toujours possible de soulever devant lui par voie d'exception la non-conformité d'une règle nationale au regard d'un texte international, la Cour de Cassation soulignant à cet effet sa volonté de se conformer à l'interprétation donnée à ce texte international par l'organe international chargé d'en contrôler l'application (Cass. Soc. 1er juillet 2008, n°07-44.124).

Or dans son arrêt du 8 septembre 2016, le Comité européen (CEDS) énonce que « tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte ».

Le comité en a jugé ainsi à l'égard de la loi finlandaise, qui se bornait à fixer un plancher de 3 mois et un plafond de 24 mois, en invitant le juge à fixer entre ces 2 limites légales l'indemnisation en tenant compte de l'ancienneté, de l'âge du salarié, de ses perspectives de retrouver un emploi équivalent, de la durée de son inactivité, et de la situation générale du salarié et de l'employeur.

Le CEDS a estimé cette législation contraire à la charte en soulignant que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation plafonnée à hauteur de 24 mois peut ne pas suffire pour compenser les pertes et le préjudice subis :*« (…) que dans certains cas de licenciement abusif, l'octroi d'une indemnisation à hauteur de 24 mois prévue par la loi relative au contrat de travail peut ne pas suffire pour compenser les pertes*

---

[110] Le Conseil d'Etat rappelle que « *les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir* ».
L'effet direct est établi dès lors que la stipulation « *n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ». (arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326)

et le préjudice subis. (…) Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévue par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues pour constituer un recours dans de telles situations ». (CEDS 8 septembre 2016 § 45)

Il en est a fortiori de même à l'égard des barèmes fixés par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail qui prétendent imposer un plafonnement bien inférieur, et limité à seulement XXX mois de salaire compte tenu uniquement de l'ancienneté de Mr/Mme XXX.

Le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 est plafonné à 20 et non 24 mois de salaire. Et à l'égard des anciennetés les plus faibles, il est flagrant qu'il ne permet pas au Juge de tenir compte de l'ensemble des éléments de situation du salarié qui alimentent ses préjudices financiers, professionnels et moraux.

Une ancienneté faible n'exclut pas la nécessité d'indemniser en fonction notamment :

- d'une situation personnelle rendant critique la perte d'emploi (âge, situation de famille, handicap…) ;

- et/ou ou d'une situation professionnelle rendant la recherche d'un nouvel emploi plus difficile (éloignement géographique, spécialité rare,…) ;

- et/ou d'un préjudice professionnel réel plus lourd que l'ancienneté ne permet de le mesurer (par exemple salarié pouvant avoir été démarché alors qu'il était en poste et a ainsi renoncé à l'ancienneté de son ancien contrat pour subir finalement un licenciement…).

D'ailleurs le barème en vigueur depuis le 23 septembre 2017 ne permet assurément pas au Juge de moduler l'appréciation des préjudices du salarié en fonction des différents paramètres de sa situation lorsqu'il existe si peu de marge laissée entre le plancher et le plafond (pour une ancienneté de 2 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 3,5 mois et pour une ancienneté de 3 ans, le plancher est de 3 mois et le plafond de 4…).

C'est encore plus criant lorsque le salarié licencié pour motif économique doit encore recevoir, dans la limite de ce plafond, l'indemnisation de l'ensemble de ses préjudices, au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse mais aussi du non-respect de la priorité de réembauchage ou des critères d'ordre de licenciement, comme l'impose désormais la même réforme.

Or en droit français il n'existe aucune voie de droit alternative pour que le salarié obtienne une indemnisation complémentaire dans le cadre de son licenciement. Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'action permettant au salarié d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse est exclusive de toute autre action sur le terrain de la responsabilité civile.

Et la Cour de cassation, tout en visant expressément le principe de réparation intégrale dans sa décision publiée du 14 septembre 2017, faisait grief à une cour d'appel d'avoir condamné l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts au titre du préjudice résultant de la privation des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi alors qu'elle avait déjà condamné l'employeur à payer à chaque salarié une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement. (Cass. soc., 14 septembre 2017, n° 16-11.563, publié)

Le juge prud'homal français a donc l'obligation de fixer une seule et unique indemnisation de tous les préjudices nés du licenciement, et l'Ordonnance du 22 septembre 2017 a enfermé cette indemnisation dans le barème plafonné.

Plus encore que le système finlandais, le mécanisme de barème français ne permet donc pas de s'assurer que le salarié pourra recevoir l'indemnisation intégrale des préjudices subis.

Qu'il existe des exceptions au plafonnement, énumérées à l'article L. 1235-3-1, notamment en cas de discrimination ou de harcèlement, ne doit en rien faire douter de cette réalité puisque le principe de réparation intégrale doit présenter un caractère général.

En outre les plafonds fixés aussi bas pour les anciennetés faibles ou modérées ne correspondent plus à des « indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur » et manquent au second objectif mis en évidence par le CEDS.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'objectif avoué de la réforme : sécuriser les employeurs par la prévisibilité d'un plafond maximum de leur condamnation, quitte à amoindrir très sensiblement les indemnisations qui ne sont pourtant pas consécutives à la réalisation d'un risque, mais viennent sanctionner une faute.

En réduisant l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par des plafonds trop bas, c'est bien la sanction de la violation de la loi qui perd son effet dissuasif à l'égard des employeurs qui peuvent « budgéter » leur faute.

Ce barème viole donc à double égard l'article 24 de la Charte européenne des droits sociaux.

Il décourage en outre les salariés d'agir en justice pour faire valoir leurs droits au regard d'espoir d'indemnisation dérisoires, alors qu'en application de la convention 158 de l'OIT, le droit de n'être licencié que pour un motif valable est un droit fondamental (article 4), et que sa violation exige d'habiliter le Juge « à ordonner le versement d'une indemnité adéquate » à défaut de réintégration possible (article 10).

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, le « prix de la violation de la Loi », formule du professeur Pascal Lokiec, est fixé si bas pour les salariés de faible ou moyenne ancienneté, qu'il constitue une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs que constituent les licenciements sans cause réelle ni sérieuse.

Ce barème peut être même incitatif à prononcer des licenciements injustifiés, s'ils ont été provisionnés, ce qui est manifestement à l'opposé de l'objectif de dissuasion mis en avant par le CEDS.

Enfin, le droit au procès équitable, protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est plus garanti lorsque le pouvoir du juge se retrouve ainsi drastiquement limité. (voir notamment Marie-Laure Morin, Droit Ouvrier oct. 2017 p. 596-597)

En conséquence, il est demandé à titre principal de dire et juger que doit être écarté le montant maximal d'indemnisation prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail en raison de son inconventionnalité, ce plafonnement violant les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne, les articles 4 et 10 de la convention 158 de l'OIT et le droit au procès équitable**.**

ANNEXE 3 - Tableau synoptique des réunions

TABLEAU SYNOPTIQUE DES RÉUNIONS

DATES	PARTICIPANTS	ORDRE DU JOUR
28.09.2016	N. Baruchel, S. Gerry-Vernières, P. Greiner, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	Réunion de lancement du travail de l'équipe de droit social : -Délimitation du champ de la recherche : droit du travail (la question de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse) et droit de la sécurité sociale (champs écarté). - Réflexions sur les modalités de la recherche : analyse de décisions de justice, entretiens avec des magistrats, avocats
01.12.2016	N. Baruchel, P. Greiner, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Définir les critères d'analyse des arrêts des cours d'appel - Définir les critères de sélection des arrêts - Répartir les arrêts entre les membres du groupe - Fixer le calendrier d'avancement - Décider de l'étude des arrêts relatifs à la faute inexcusable - Rapporter les contacts pris avec les conseillers prud'hommes
25.01.2017	S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Présenter un bilan du premier tri - Ajuster la grille d'analyse des arrêts - Préciser les contacts pris avec les magistrats - Préciser les modalités pratiques du contrat GIP
22.05.2017	N. Baruchel, C. Chaix, E. Fain, C.Geslain, S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Finaliser la grille d'analyse des arrêts - Décider de la faisabilité d'étudier les jugements CPH - Fixer le calendrier - Point sur les liens avec les magistrats et avocats

06.06.2017	N. Baruchel, S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, C. Teman, C. Varin	Rencontre avec les magistrats de la chambre sociale de la cour d'appel A.
03.07.2017	C. Geslain, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Déterminer le fonctionnement de la base documentaire sur Alfresco - Réviser certains points de la grille d'analyse - Organiser les entretiens avec les magistrats - Lister ce qu'il faut faire à la rentrée
30.08.2017	N. Baruchel, E. Fain, S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Redéfinir la base de données Alfresco - Présentation des premières données chiffrées et premières analyses par E. Fain - Redéfinir la problématique de recherche - Réfléchir aux suites du projet - Définir le calendrier et listes des tâches à réaliser
25.09.2017	M. Picq, C. Chambard	- Présentation de la grille d'analyse à C. Chambard, stagiaire - Organisation du travail pour finaliser la saisie des arrêts.
09.10.2017	N. Baruchel, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Comprendre la technique de l'entretien Pierre Le Quéau, sociologue (MCF-HDR)
27.11.2017	N. Baruchel, E. Fain, S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, C. Teman, C. Varin	- Finaliser l'enquête quantitative - Organiser la journée d'étude de Lyon - Organiser les entretiens avec les magistrats - Réfléchir sur le projet de colloque - Définir le calendrier et listes des tâches à réaliser
04.12.2017	N. Baruchel, S. Gerry-Vernières, S. Mraouahi, M. Picq, C. Teman, C. Varin	- Réunion croisée des groupes de recherche sur la barémisation (de Lyon et de Saint-Etienne), tenue à Lyon. - Présentation de l'état d'avancement des travaux et des premiers résultats.

24.01.2018	E. Fain, C. Geslain, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Faire le bilan des entretiens réalisés avec les magistrats - Décider de l'organisation de la retranscription des entretiens tenus - Définir les critères de choix des avocats sollicités - Faire un point sur le calendrier
09.03.2018	E. Fain, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Présentation par les étudiantes du DUT, Estelle Barreau et Camille Jacques, de leur étude
06.04.2018	E. Fain, S. Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C. Varin	- - Présentation par E. Fain des analyses statistiques réalisées - - Questions et échanges autour des statistiques -
31.05.2018	N. Baruchel, S. Mraouahi, A. Talpain, C. Varin	- Discussion sur les nouvelles analyses statistiques communiquées par E. Fain. Formulation de propositions d'amélioration. - Point sur les entretiens réalisés et à venir - Rencontre avec Pierre Le Quéau sur la méthode d'analyse des entretiens -
06.07.2018	N. Baruchel, M. Picq, A. Talpain, C. Teman, C. Varin	- Rencontre avec Pierre Le Quéau - Explications des analyses des entretiens réalisées - Explications sur l'analyse des discours types - Rencontre avec S. Gerry-Vernières - Point sur le calendrier - Réflexion sur la structure du rapport final

09.07.2018	S. Mraouahi, M. Picq, C. Teman, C. Varin	- Point sur la transcription des entretiens - Répartition du travail d'analyse des entretiens - Répartition du travail de rédaction du rapport final
11.09.2018	M. Picq, A. Talpain	- Rencontre avec P. Le Quéau : point sur le premier travail d'analyse des entretiens et sur la méthodologie à suivre
21.09.2018	N.Baruchel, S.Mraouahi, M.Picq, A.Talpain, C.Teman, C.Varin	- Discussion sur la valorisation des résultats de la recherche. - Construction d'un colloque sur le thème du licenciement et des barèmes.
04.10.2018	N.Baruchel, S.Mraouahi, M.Picq, A.Talpain, C.Teman, C.Varin	- Point sur l'avancement des démarches pour le colloque - Mise en commun du travail réalisé sur l'analyse des entretiens - Construction du plan du rapport final
9.11.2018	E. Fain S.Mraouahi, M.Picq, A.Talpain, C.Teman, C.Varin	- Présentation par E.Fain des dernières modifications apportées à l'analyse statistique - Vérifications et ajouts à l'analyse statistique - Discussion sur le rapport final : documents à annexer, convention d'écriture, champ lexical

14.12.2018	N. Baruchel, S.Mraouahi, M. Picq, A. Talpain, C.Teman, C.Varin	- Rédaction du rapport final : finalisation du plan, répartition des tâches, point sur l'avancement - Point colloque : confirmation des intervenants, moyens de diffusion, répartition des tâches
10.01.2019	N. Baruchel, S.Mraouahi, M.Picq, A.Talpain, C.Varin	- Rapport final : derniers ajustements, vérification de l'avancement des binômes, répartition des derniers travaux - Point colloque : échange sur les intervenants, confirmation des modalités pratiques, discussion autour des questions de la table-ronde

ANNEXE 4 - Grille d'analyse des arrêts

I) Éléments généraux

Initiales de l'auteur(e) de la fiche (minuscules)

Juridiction ayant rendu la décision étudiée

- Cour d'appel A
- Cour d'appel B

Numéro de la décision étudiée n° RG (exemple: 14/01349)

Initiales du juge rédacteur (En minuscules. Exemple pour Alain Dupont: al)

Date de la décision étudiée (jj/mm/aaaa)

Appelant principal

- Salarié
- Employeur
- Ne sait pas

Appelant incident

- Pas d'appel incident
- Appel incident du salarié
- Appel incident de l'employeur
- Ne sait pas

II) Situation des parties / Éléments factuels

A) Situation du salarié à la date de la rupture

Sexe

- ○ Homme
- ○ Femme

Statut

- ○ Cadre
- ○ Non cadre
- ○ Ne sait pas

Profession du salarié

Ecrire en minuscules, au masculin, avec les accents. Exemple: ambulancier et non Ambulancière. La réponse est facultative, ne répondre que si la profession est mentionnée dans la décision.

Date d'embauche en CDI

La décision mentionne-t-elle une prestation de travail du salarié pour l'employeur avant la date d'embauche en CDI?

- ○ Oui, un ou plusieurs CDD
- ○ Oui, une ou plusieurs missions de travail temporaire
- ○ Oui, via une société de prestation de services
- ○ Oui, autre
- ○ Non

A partir de quelle date le salarié a-t-il travaillé pour l'employeur (de manière ininterrompue)?

Uniquement si la date est connue.

Date de rupture du CDI

Si la date de rupture du contrat est contestée, choisir la date retenue par le juge ou à défaut par le salarié.

L'âge est-il renseigné?

- Oui
- Non

Quel est l'âge?

La décision mentionne-t-elle une des particularités suivantes du salarié?

- Salarié protégé
- Salarié handicapé
- Salarié mandataire, salarié associé
- Salarié inapte
- Congé d'une durée supérieure à 6 mois
- Salarié invalide
- Aucune de ces particularités n'est mentionnée

Remarque sur d'autres particularités éventuelles du salarié

Salarié inapte

- D'origine professionnelle
- D'origine non professionnelle
- Ne sait pas

II) Situation des parties / Éléments factuels

B) Situation de l'employeur

Statut juridique

- ○ Société
- ○ Association
- ○ Employeur particulier
- ○ Indépendant
- ○ Ne sait pas
- ○ Autre

L'effectif de l'employeur est-il mentionné?

- ○ Oui
- ○ Non

Quel est l'effectif?

La décision mentionne-t-elle l'existence d'une procédure collective? (entreprise en difficulté)

- ○ Oui
- ○ Non

L'entreprise faisait-elle l'objet d'une procédure collective ...

- ☐ Au jour du licenciement
- ☐ Au jour de la décision du Conseils des Prud'hommes
- ☐ Au jour de la décision de la Cour d'Appel
- ☐ Ne sait pas

II) Situation des parties / Éléments factuels

C) Type de rupture

Quel est le type de rupture?

- ○ Licenciement
- ○ Résiliation judiciaire
- ○ Prise d'acte
- ○ Requalification CDD en CDI
- ○ Démission
- ○ Rupture conventionnelle
- ○ Ne sait pas
- ○ Autre

Autre : [ ]

Licenciement

- ○ Pour motif personnel
- ○ Economique
- ○ Ne sait pas

Licenciement pour motif personnel

- ○ Disciplinaire
- ○ Non-disciplinaire
- ○ Ne sait pas

Licenciement non-disciplinaire

- ○ Inaptitude
- ○ Insuffisance professionnelle / insuffisance de résultats
- ○ Autre
- ○ Ne sait pas

Inaptitude

- ○ Non professionnelle
- ○ Professionnelle
- ○ Ne sait pas

Licenciement économique

- ○ Individuel
- ○ Collectif
- ○ Ne sait pas

III) Prétentions du salarié en appel

A) Prétentions indemnitaires

Prétentions indemnitaires

- ☐ Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- ☐ Indemnités pour licenciement irrégulier
- ☐ Indemnités pour licenciement nul
- ☐ Indemnité légale de licenciement (art. L1234-9, si mentionnée séparement)
- ☐ Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. 1235-3, si mentionnée séparément)
- ☐ Cumul (si demande d'indemnisation globale)

Si le salarié n'a pas interjeté appel, ou s'il souhaite que le jugement de première instance soit confirmé, reprendre le jugement du Conseil des Prud'hommes.

Indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité demandée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité pour licenciement irrégulier

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité demandée pour licenciement irrégulier

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité pour licenciement nul

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité demandée pour licenciement nul

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L.1235-3, si mentionnée séparément)

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L. 1235-3, si mentionnée séparément)

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparement)

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité légale (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparément)

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Cumul

- ☐ CRS + irrégulier
- ☐ Nul + irrégulier

Cumul CRS + irrégulier

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité demandée pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Cumul nul + irrégulier

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité demandé pour licenciement nul et irrégulier

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

III) Prétention en appel

B) Autre(s) prétention(s) du salarié en appel

Autre(s) prétention(s) du salarié en appel

- ○ Oui
- ○ Non

Quelle(s) autre(s) prétention(s) du salarié en appel?

- ☐ Harcèlement sexuel / moral
- ☐ Travail dissimulé
- ☐ Discrimination
- ☐ Licenciement vexatoire
- ☐ Rappels de salaires et assimilés (y compris droit à congés)
- ☐ Indemnités liées à la rupture (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité compensatrice de préavis, droits à congés afférents)
- ☐ Violation du statut protecteur
- ☐ Ne sait pas
- ☐ Autre

Autre : _____

IV) Conseil de prud'hommes

A) Juridiction de première instance, CPH

Lieu

Autre :

Date (jj/mm/aaaa)

IV) Conseil de prud'hommes

B) Décision

Décision prise

- ○ Indemnisation accordée
- ○ Indemnisation non accordée

Indemnité(s) accordée(s) par le Conseil des Prud'hommes

- ☐ Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- ☐ Indemnités pour licenciement irrégulier
- ☐ Indemnités pour licenciement nul
- ☐ Indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparement)
- ☐ Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L1235-3, si mentionnée séparément)
- ☐ Cumul (si indemnisation globale)

Indemnité accordée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité accordée pour licenciement irrégulier

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement irrégulier

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité accordée pour licenciement nul

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement nul

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparément)

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité légale accordée (C. tr. art. L.1239-4)

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L.1235-3, si mentionnée séparément)

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordée (C. tr. art. L.1235-3)

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Cumul

- ☐ CRS + irrégulier
- ☐ Nul + irrégulier

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

CRS + irrégulier

- ○ Montant non chiffré
- ○ Montant chiffré

Montant de l'indemnité accordée pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Nul + irrégulier

- Montant non chiffré
- Montant chiffré

Montant de l'indemnité accordée pour licenciement nul et irrégulier

[redacted]

Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

V) Cour d'appel

A) Fondement et montant de l'indemnisation

Indemnité(s) accordée(s) par la Cour d'Appel

- ☐ Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- ☐ Indemnités pour licenciement irrégulier
- ☐ Indemnités pour licenciement nul
- ☐ Indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparément)
- ☐ Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L.1235-3, si mentionnée séparément)
- ☐ Cumul (si indemnisation globale)

Indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Indemnités pour licenciement irrégulier

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement irrégulier

[redacted]

Indemnités pour licenciement nul

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement nul

[redacted]

Indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparément)

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité légale de licenciement (C. tr. art. L.1234-9, si mentionnée séparément)

[redacted]

Indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L.1235-3, si mentionnée séparément)

- ☐ Montant chiffré
- ☐ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité minimale légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. tr. art. L.1235-3, si mentionnée séparément)

[redacted]

Cumul

- ☐ CRS + irrégulier
- ☐ Nul + irrégulier

Indemnité pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse

[redacted]

Indemnités pour licenciement nul et irrégulier

- ○ Montant chiffré
- ○ Montant non chiffré

Montant de l'indemnité pour licenciement nul et irrégulier

[redacted]

V) Cour d'appel

B) Critères de l'indemnisation retenus par le juge

Les critères de l'indemnisation retenus par le juge sont-ils expressément mentionnés?

- ○ Oui
- ○ Non

Lesquels de ces critères sont précisés?

- ☐ Salaire du salarié
- ☐ Ancienneté du salarié
- ☐ Age du salarié
- ☐ Situation professionnelle du salarié depuis la rupture
- ☐ Situation personnelle et familiale du salarié
- ☐ Autre

Autre :

Salaire brut mensuel retenu par le juge

Uniquement si le salaire est mentionné. Nombre entier: sans cents, arrondi à l'euro le plus proche.

Ancienneté retenue par le juge (en mois)

Uniquement si l'ancienneté est mentionné.

Age du salarié mentionné pour motiver la décision

Uniquement si l'âge est mentionné.

La situation professionnelle du salarié depuis la rupture est-elle précisée dans la décision?

- ○ Oui, chômage et/ou formation
- ○ Oui, emploi(s) précaire(s) (CDD, interim)
- ○ Oui, retour en CDI
- ○ Oui, autre
- ○ Non

Une difficulté à retrouver un emploi est-elle explicitement évoquée?

- Oui
- Non

En cas de retour à l'emploi:

- Salaire supérieur au salaire antérieur
- Salaire équivalent au salaire antérieur
- Salaire inférieur au salaire antérieur
- Ne sait pas

V) Cour d'appel

C) Indemnités sur les prétentions accessoires

Des indemnités sur les prétentions accessoires ont-elles été accordées au salarié?

- Oui
- Non

Quel est le montant global des indemnités sur les prétentions accessoires?

Hors indemnités pour licenciement, hors indemnités allouées sur le fondement de l'article 700 du CPC.

Quelle est la nature de ces indemnités?

VII) Remarques générales

Quelles sont vos remarques générales sur la décision?

ANNEXE 5 - Guide d'entretien magistrats et avocats

Guide d'entretien avec les avocats

I. Questions introductives :

Depuis quand êtes-vous inscrit au barreau ?

Pourquoi le choix du droit social ?

Quelle est la part de ce contentieux dans votre activité ?

Quel regard portez-vous de manière générale sur le contentieux en matière sociale ?

II. Questions relatives à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse:

Comment déterminez-vous le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou licenciement nul) ? Avez-vous des critères ?

Quels sont les critères importants (ou décisifs) pour vous ? Modulez-vous le montant réclamé en fonction des capacités financières de l'entreprise ?

Considérez-vous être influencé par la multiplication des chefs de demandes du salarié, pour déterminer le montant réclamé au titre de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Avez-vous connaissance d'une grille officieuse propre à la juridiction (ou section du conseil de prud'hommes) devant laquelle vous plaidez ? Plus largement pouvez-vous anticiper la décision d'indemnisation ?

Comment appréciez-vous le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ?

Envisagez-vous de multiplier les chefs de demande pour obtenir une indemnisation plus importante ? Si oui, sur quels fondements ?

Au-delà du nombre de demandes, l'existence du barème vous conduira-t-il à modifier la nature de vos demandes (voie de la nullité) ?

Guide d'entretien avec les conseillers prud'hommes

I. Questions introductives :

Pourquoi êtes-vous conseiller prud'hommes ?

Quel parcours vous a amené à accepter ce mandat ?

Quel regard portez-vous de manière générale sur le contentieux en matière sociale ?

II. Questions relatives à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Comment déterminez-vous le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou licenciement nul) ? Avez-vous des critères ?

Quels sont les critères importants (ou décisifs) pour vous ? Modulez-vous le montant réclamé en fonction des capacités financières de l'entreprise ?

Considérez-vous être influencé par la multiplication des chefs de demande du salarié pour déterminer le montant de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Concrètement, le montant des dommages et intérêts est-il déterminé collégialement, proposé par un conseiller etc… ?

Disposez-vous d'une grille indicative propre à votre juridiction ?

Comment appréciez-vous le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ?

Guide d'entretien avec les conseillers à la chambre sociale de la cour d'appel

I. Questions introductives :

Quelles fonctions occupiez-vous avant de siéger à la chambre sociale ?

Depuis quand siégez-vous à la chambre sociale ? Est-ce un choix personnel ?

Quel regard portez-vous de manière générale sur le contentieux en matière sociale ?

II. Questions relatives à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Comment déterminez-vous le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou licenciement nul) ? Avez-vous des critères ?

Quels sont les critères importants (ou décisifs) pour vous ? Modulez-vous le montant réclamé en fonction des capacités financières de l'entreprise ?

Considérez-vous être influencé par la multiplication des chefs de demandes du salarié, pour déterminer le montant de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Concrètement, le montant des dommages et intérêts est-il déterminé collégialement, proposé par un conseiller etc… ?

Disposez-vous d'une grille officieuse, propre à votre juridiction ?

Comment appréciez-vous le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre ?

ANNEXE 6 - Tableau de suivi des entretiens

Tableau de suivi des entretiens

Numéro entretien	« Statut » *(Président (P), Vice-Président (VP), Conseiller (C))*	Prise de contact réalisé ? *O/N*	Entretien			Retranscription	
			Réalisé ? *O/N*	Durée ? *Min.*	Par qui ?	Réalisée ? *O/N*	Par qui ?
Magistrats chambre sociale cour d'appel A Nombre total de personnes sollicitées : 5							
E3	P	O	14/12/17	44	NB & MP	O	IL
E14	C	O	26/01/18	46	CV & SM	0	JS
	C	O	N				
	C	O	N				
	C	O	N				
TOTAL Personnes interrogées : 2							
Magistrats chambre sociale cour d'appel B Nombre total de personnes sollicitées : 3							
E6	P	O	30/01/18	36	AT & MP	O	IL
E15	C	O	30/01/18	21	AT & MP	O	IL
E16	C	O	30/01/18	21	AT MP	O	IL
TOTAL Personnes interrogées : 3							
Conseillers prud'hommes – CPH A1 Nombre total de personnes sollicitées : 12							
E1	P	O	24/11/17	54	AT & MP	O	IL
E2	VP	O	24/11/17	46	AT & MP	O	IL
E5	VP	O	10/01/1	36	AT &	0	IL

	Activités diverses		8		MP		
E4	P Industrie	O	15/01/18	42	AT & CT	O	CT
E17	P Commerce	O	16/01/18	54	CV & SM	O	JS
E18	P Encadrement	O	16/01/18 (entretien avec E19)	62	CV & SM	0	JS
E19	VP Encadrement	O	16/01/18 (entretien avec E18)	62	CV & SM	0	JS
	P Activités diverses	O	02/02/18		AT	N	
	VP Commerce	O	N				
	VP Industrie	O	N				
	P Agriculture	O	N				
	VP Agriculture	O	N				
TOTAL Personnes interrogées : 8							

Numéro entretien	« Statut » *(Président (P), Vice-Président (VP), Conseiller (C))*	Prise de contact réalisé ? *O/N*	Entretien			Retranscription	
			Réalisé ? *O/N*	Durée ? *Min.*	Par qui ?	Réalisée ? *O/N*	Par qui ?
Conseillers prud'hommes- CPH B3 Nombre total de personnes sollicitées : 12							
E20	P Encadrement	O	25/06/18	29	MP	O	JS
E21	VP Industrie	O	25/06/18	17	AT	O	JS
E22	VP CPH	O	25/06/18	29	MP AT	O	JS
E23	P Industrie	O	25/06/18	28	MP AT	0	JS
E24	P Activités diverses	O	25/06/18	26	MP AT	O	JS
E25	VP Encadrement	O	28/06/18	33	MP AT	O	JS
E27	P CPH	O	28/06/18	20	MP AT	0	JS
E26	VP Activités diverses	O	14/06/18	35	AT SM	N	JS
	P Agriculture	O	N				
	VP Agriculture	O	N				
	VP Commerce	O	N				
	P Commerce	O	N				
TOTAL Personnes interrogées : 8							

Numéro entretien	Année d'inscription au Barreau	Prise de contact réalisé ? *O/N*	Entretien			Retranscription	
			Réalisé ? *O/N*	Durée ? *Min.*	Par qui ?	Réalisée ? *O/N*	Par qui ?
Avocats – Barreau A1 **Nombre total de personnes sollicitées : 7**							
E11	1994	O	7/03/18	46	AT MP	O	IL
E10	1997	O	15/03/18	46	AT MP	0	IL
E9	1972	O	19/03/18	23	AT MP	O	IL
E8	2005	O	19/03/18	28	AT MP	0	IL
E7	1998	O	23/03/18	32	AT SM MP	0	IL
E12	2004	O	13/03/18	62	SM CT	0	JS
	2005	O	Non répondant	-	-	-	-
TOTAL Personnes interrogées : 6							
Avocats – Barreau B3 **Nombre total de personnes sollicitées : 5**							
E13	2008	O	25/06/18	54	AT MP	O	JS
	2011	O	Non répondant	-	-	-	
	2002	O	Non répondant	-	-	-	
	NR	O	Non répondant	-	-	-	
	NR	O	Non répondant	-	-	-	
TOTAL Personnes interrogées : 1							

Isabelle LANG (IL), Jessie Saragaglia (JS), Carole Teman (CT)

ANNEXE 7 - Tableau d'analyse des thèmes des entretiens

Analyse des entretiens

Tableau des thèmes

	Entretien E1
Thème 1 : Les critères Comment déterminez-vous le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou licenciement nul) ? Avez-vous des critères ? Quels sont les critères importants (ou décisifs) pour vous ? Modulez-vous le montant réclamé en fonction des capacités financières de l'entreprise ?	
Thème 2 : La multiplication des chefs de demande et leurs impacts Considérez-vous être influencé par la multiplication des chefs de demandes du salarié, pour déterminer le montant réclamé au titre de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?	
Thème 3 : La grille officieuse Disposez-vous d'une grille indicative propre à votre juridiction ?	

Thème 4 : Le barème 2017 Comment appréciez-vous le barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ?	
Autres	

ANNEXE 8 - Tableau d'analyse des données explicatives des entretiens

Analyse des entretiens

Tableau des données explicatives

	Entretien E1
Nom – Prénom	
Fonctions	
Rappel de carrière	
Choix personnel	
Choix de la spécialisation en droit du travail (avocats)	
Regard général sur le contentieux en matière sociale	
Autres	

ANNEXE 9 : Analyse synthétique discours types selon les personnes interrogées / Fréquence des critères

Numéro de l'entretien	13	8	7	9	11	12	10	19	21	22	1	24	20	25	18	17	26	2	5	27	23	4	6	16	14	3	15	Total
Salaire du salarié				Y																								1
Ancienneté du salarié	P	P		Y	P		Y	P	P	Y	Y	S	P	Y	S	P		P	P	Y		Y	S		P		S	21
Age du salarié	S	P	Y		P	Y		S	S	S	S		Y		S	S		Y	Y	Y	Y	Y		S		Y	S	20
Sexe du salarié																					Y							1
Employabilité du salarié	S				P	Y			S	S	P					S		Y	P	Y	Y	Y			Y	S	S	15
État de santé physique et/ou mental du salarié au jour de la rupture du contrat	S								Y		S																	4
Situation familiale du salarié	S			Y		Y			S	S							P	Y				Y						8
Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience	P		Y			Y		Y		S				S	Y		P	Y	P			Y	Y	Y	S	Y	S	16
Conséquences matérielles de la rupture pour le salarié				Y													P								S			3

Conséquences de la rupture sur la santé du salarié				Y										S	S		Y							Y	S			6
Nombre de fois où le DT1 cité	**6**	**2**	**2**	**5**	**3**	**4**	**1**	3	5	5	4	1	**2**	**3**	**4**	**3**	**4**	**5**	**4**	**3**	**3**	**5**	2	3	5	3	4	

Numéro de l'entretien	**13**	**8**	**7**	**9**	**11**	**12**	**10**	**19**	**21**	**22**	**1**	**24**	**20**	**25**	**18**	**17**	**26**	**2**	**5**	**27**	**23**	**4**	**6**	**16**	**14**	**3**	**15**	**Total**
Effectif de salariés		Y								Y									Y									3
Statut de l'entreprise					P					S	S	P			S	P	S	S	S			Y				S		11
Situation économique de l'entreprise								Y	Y			Y				Y									Y			5
Secteur d'activité en difficulté auquel appartient l'entreprise					P																							1
Nombre de fois où le DT2 cité	**0**	**1**	**0**	**0**	**2**	**0**	**0**	1	1	2	1	2	**0**	**0**	**1**	**2**	**1**	**1**	**2**	**0**	**0**	**1**	0	0	1	1	0	

Numéro de l'entretien	**13**	**8**	**7**	**9**	**11**	**12**	**10**	**19**	**21**	**22**	**1**	**24**	**20**	**25**	**18**	**17**	**26**	**2**	**5**	**27**	**23**	**4**	**6**	**16**	**14**	**3**	**15**	**Total**
Circonstances du licenciement	S	P			S			S	Y	P	P	S	Y		P			Y	P		Y		Y	S	S	S	P	18
Nature du licenciement																			S									1
Nombre de fois où le DT cité	**1**	**1**	**0**	**0**	**1**	**0**	**0**	1	1	1	1	1	**1**	**0**	**1**	**0**	**0**	**1**	**2**	**0**	**1**	**0**	1	1	1	1	1	

Numéro de l'entretien	13	8	7	9	11	12	10	19	21	22	1	24	20	25	18	17	26	2	5	27	23	4	6	16	14	3	15	**Total**
Contenu du dossier																									Y			1
Effectivité de la décision											S								S									2
Evitement de l'appel								Y																				1
Comportement des parties à l'audience										S	S						S	S										4
Comportement procédural																										S		1
Référence à un barème officieux				Y												Y			S					P		P		5
Référence à un barème règlementaire																											Y	1
Nombre de fois où le DT4 cité	**0**	**0**	**0**	**1**	**0**	**0**	**0**	1	0	1	2	0	**0**	**0**	**0**	**1**	**1**	**1**	**2**	**0**	**0**	**0**	0	1	1	2	1	
Total	**7**	**4**	**2**	**6**	**6**	**3**	**1**	**6**	**7**	**8**	**8**	**3**	**3**	**3**	**6**	**6**	**6**	**7**	**10**	**3**	**4**	**6**	**3**	**5**	**8**	**7**	**6**	

Légende :

Y : Critères cités ou suggérés par la personne interrogée lors de l'entretien

P : Critères déclarés par la personne interrogée comme prépondérants

S : Critères déclarés par la personne interrogée comme secondaires

DT1 : Catégorie des critères liés à la personne du salarié

DT2 : Catégorie des critères liés à l'employeur

DT3 : Catégorie des critères liés à la rupture du contrat

DT4 : Catégorie autres critères

Légende Couleur :

En jaune : les avocats

En vert : les conseillers prud'hommes employeurs

En rose : les conseillers prud'hommes salarié

En bleu : les conseillers de cour d'appel