



HAL
open science

Peut-on penser l'indemnisation par barème ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Peut-on penser l'indemnisation par barème ?. Revue de droit du travail, 2021, 11, pp.634. halshs-03436477

HAL Id: halshs-03436477

<https://shs.hal.science/halshs-03436477>

Submitted on 28 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Peut-on penser l'indemnisation par barème ?

Analyse méthodologique du cas du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Résumé

Au-delà de l'approche technique en termes de hiérarchie des normes, le barème Macron sur la forfaitisation des indemnités de licenciements sans cause réelle et sérieuse peut être analysé sous l'angle de la méthodologie juridique. Ainsi, le barème ne fait-il pas basculer le droit et le raisonnement juridique dans des sphères qui lui sont étrangères ? À supposer que cela ne soit pas le cas, le barème est-il compatible au regard de la réparation intégrale prise comme principe d'interprétation ? La méthodologie juridique propose un nouvel éclairage sur ces questions.

Indemnisation et barème. La question de savoir si l'indemnisation peut se penser par barème pourrait sembler purement rhétorique. Les fameux barèmes Macron pour le calcul des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse ont montré que cela était possible¹. Il existe d'ailleurs depuis longtemps des barèmes pour l'application des clauses pénales, pour l'indemnisation des préjudices des victimes (rapport Dintilhac) et de façon générale dans la pratique des assureurs. Le droit du travail ne semble donc pas devoir échapper à cette possibilité², pas plus que le droit pénal où des peines planchers en matière de contraventions ont été validées par le Conseil constitutionnel.

Pourtant, les choses ne sont pas si simples. La question n'est pas de savoir si le barème est possible

¹ C. trav., art. L. 1235-3, validé par Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, D. 2018. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; Dr. soc. 2018. 677, tribune C. Radé ; *ibid.* 682, étude B. Bauduin ; *ibid.* 688, étude A. Fabre ; *ibid.* 694, étude Y. Pagnerre ; *ibid.* 702, étude J. Mouly ; *ibid.* 708, étude P.-Y. Verkindt ; *ibid.* 713, étude G. Loiseau ; *ibid.* 718, étude D. Baugard et J. Morin ; *ibid.* 726, étude C. Radé ; *ibid.* 732, étude P.-Y. Gahdoun ; *ibid.* 739, étude L. He ; RDT 2018. 666, étude V. Champeil-Desplats ; déclaré conforme conventionnellement par CE 7 déc. 2017, n° 415243 et Cass., ass. plén., 17 juill. 2019, n° 19-70.010, D. 2019. 1916, et les obs., note T. Sachs ; RTD civ. 2020. 59, obs. P. Deumier au regard de l'art. 10 de la Conv. OIT n° 158. - V. JCP S 2019. Actu. 289, note G. Loiseau ; SSL, n° 1871, note J. Icard ; BJT, sept. 2019, p. 18, note G. Duchange ; RDT 2019. 569, note G. Bargain ; Dr. soc. 2019. 792, note C. Nivard ; D. 2019. 1916, note T. Sachs ; RDT 2019. 699, note M. Schmitt. Parmi l'abondante littérature relative aux barèmes, J. Icard, « Barème : les limites du contrôle concret », Dr. ouvrier 2021. 468 ; « Bre[#768]ve exhortation a[#768] l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation », BJT 2020. 57 ; G. Loiseau, « Le barème conventionnellement correct », JCP S 2019. 289 ; « Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnités de licenciement », BJT 2019, n° 111k5, p. 49 ; « Le barème d'indemnités : mésaventure en prud'homie », Gaz Pal. 29 janv. 2019, p. 19 ; J. Mouly, « De la conventionnalité du barème Macron », Dr. soc. 2019. 324 ; *ibid.*, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », Dr. soc. 2019. 234 ; « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », Dr. soc. 2019. 122 ; T. Sachs, « Le contrôle de conventionnalité peut-il crever le plafond ? », BJS 2019. 40 ; T. Pasquier, « La diversification des contrôles de conventionnalité des lois en matière de barème d'indemnisation », RDT 2019. 683 ; P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », SSL 2019, n° 1849, p. 4 ; N. Collet-Thiry, « Priver un salarié injustement licencié de la réparation intégrale de son préjudice serait "adéquat", ou le naufrage du droit », JCP S 2019. 290 ; « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », JCP S 2018. 1150 ; A. Gardin et J.-P. Lhernould, « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », RJS 2019. 353 ; J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure pour le "projet Macron" », Dr. soc. 2017. 745 ; « L'indemnisation du licenciement injustifié à l'épreuve des normes supra-légales », Dr. ouvrier 2018. 435 ; *adde.*, C. Percher, « Les indemnités de licenciement injustifié à l'aune de la Charte sociale européenne révisée », RDT 2017. 726.

² G. Bargain et T. Sachs, « La tentation du barème », RDT 2016. 251 ; T. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », RDT 2015. 741.

mais s'il est opportun, ou mieux, si son statut ne diffère pas selon les matières. En effet, les barèmes existent aussi pour l'imposition, pour le traitement versé aux fonctionnaires, pour les peines planchers en matière de contravention³. Ces matières ne relèvent pas de l'indemnisation.

Aussi nous proposons d'approfondir les conséquences méthodologiques de la « barémisation » du droit du travail⁴ à propos des indemnités du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit donc pour l'heure de s'évader de la question technique qui consiste à se demander si le barème Macron est conforme aux conventions internationales⁵, selon une approche en termes de sources du droit⁶. Il s'agit ici de privilégier une analyse méthodologique. Celle-ci consiste d'une part dans une interrogation de type conceptuel : comment définir ce qu'est un barème ? Quelles conséquences cela emporte-t-il ? D'autre part, l'analyse méthodologique se prolonge avec une réflexion sur le statut théorique du barème : est-il en discordance avec le principe de réparation intégrale au point qu'il puisse être qualifié de fiction ?

En somme, ces questions se résument à la suivante : quelle est la portée et l'influence de la méthode du barème sur la conception du rôle du droit et du juge ? Cela suppose bien sûr de définir le barème et sa nature à l'aune du forfait (I) afin de le confronter et de le resituer dans la question plus générale de son interprétation à l'aune du principe de réparation intégrale (II).

Nature juridique du barème à l'aune du forfait

Qu'est-ce qu'un barème ?

La définition du barème n'a guère préoccupé les juristes, à tel point que l'entrée est même absente du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu. Pourtant, la définition des concepts juridiques est indispensable pour la qualification⁷.

À défaut de définition légale, celle issue du sens communément admis est une première approche. Selon le dictionnaire *Trésor de la Langue Française Informatisé*, le barème est un « recueil de calculs tout faits et de tableaux numériques facilitant une consultation rapide et sûre dans des domaines précis de la comptabilité, des transports, des tarifs, des échelles de salaires, etc »⁸.

Une telle définition pointe immédiatement les spécificités d'un barème. Premier point, il s'agit de calculs *déjà* effectués : l'objectif est que la personne qui les applique ne fasse pas elle-même les calculs. En termes juridiques, le barème est une restriction du pouvoir d'appréciation du juge. Second point, le barème s'applique à des domaines qui fonctionnent selon l'idée de précision. Cela signifie en termes juridiques que le barème vise à rendre le droit plus rapide (dans la résolution des problèmes) et plus sûr (dans les solutions apportées).

Cependant la solution est-elle pour autant plus juste, à la fois au sens d'ajustée et de justifiée ? C'est

³ Déclarées conformes par Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, D. 2011. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; AJ pénal 2011. 526, obs. J.-P. Céré ; RSC 2012. 230, obs. B. de Lamy.

⁴ G. Bargain et T. Sachs, préc. ; T. Pasquier, préc.

⁵ T. Sachs, « La conventionnalité du plafonnement des indemnités de licenciement injustifié : des avis peu convaincants », D. 2019. 1916.

⁶ P. Deumier, « Le barème Macron et les incertitudes des sources du droit », RTD civ. 2020. 59.

⁷ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, 3^e éd. 2018, n° 60, p. 111.

⁸ <https://www.cnrtl.fr/definition/barème>.

bien là le problème. L'objectif du droit est certes de résoudre des conflits mais selon une certaine modalité impliquant une argumentation rationnelle. Le droit n'est pas le pur prolongement des désirs politiques ; au contraire il en constitue la limite⁹.

Il faut alors chercher le véritable concept juridique qui correspond en droit au terme de barème est c'est alors celui de forfait. Suivant une définition commune, le forfait « est un système de réparation dans lequel l'indemnité est par avance tarifée en vertu de barèmes préétablis en fonction des diverses catégories de dommages »¹⁰. Le *Vocabulaire juridique* ajoute que c'est un « mode de réparation qui fixe le montant de celle-ci indépendamment du préjudice effectivement éprouvé ».

Le forfait est forcément abstrait : il ne tient pas compte des nuances du réel. Par exemple, la clause pénale fixe un forfait en cas d'inexécution¹¹ ; de même les assurances forfaitaires ne sont pas indemnitaires. Aussi, les forfaits peuvent se cumuler puisque la somme versée n'a pas vocation à réparer concrètement le préjudice. De même, le forfait peut être supérieur au préjudice réellement subi. Enfin, seules les assurances indemnitaires font naître un recours subrogatoire au profit de l'assureur¹².

La subtilité est que les prestations indemnitaires peuvent être plafonnées sans perdre leur caractère indemnitaire¹³. La seule forfaitisation est donc en soi insuffisante pour leur donner un caractère forfaitaire au sens conceptuel du terme. Ce qui importe est qu'elles soient « indépendantes dans leurs modalités de calcul et d'attribution de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun »¹⁴. On retrouve bien ici ce qui caractérise le forfait (et donc aussi le barème) à savoir une indépendance au regard du préjudice réellement subi¹⁵.

En reformulant le problème de la sorte, on peut se demander si la somme allouée pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse est indemnitaire ou forfaitaire ?

Nature du barème Macron : forfaitaire ou indemnitaire ?

La qualification du barème Macron est déterminante. S'il s'agit d'un forfait, il ne répare pas de préjudice. S'il s'agit d'une indemnisation, c'est bien le cas. De même, à l'instar du droit des assurances, les forfaits sont cumulables et non les indemnités de réparation.

Bien qu'il existe un débat sur la nature des indemnités de licenciement¹⁶, la jurisprudence semble avoir

⁹ J. Freund, « Droit et politique », Arch. Ph. Dr. 1971. 20.

¹⁰ G. Cornu (dir.), v° Forfait (I), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009.

¹¹ C. civ., art. 1231-5.

¹² Sur tous ces points, v. Rép. Civ. Dalloz, v° Assurance : généralités par L. Mayaux, janv. 2015, n° 49 à 51.

¹³ Civ. 1^{re}, 12 oct. 2004, n° 02-11.647 ; Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 06-20.417, *MACIF (Sté) c/ Generali IARD (Sté)*, D. 2008. 1346.

¹⁴ Cass., ass. plén., 19 déc. 2003, n° 01-10.670, *La Mondiale (Cie) c/ Axa Corporate Solutions Assurances*, D. 2004. 186 ; RTD civ. 2004. 303, obs. P. Jourdain.

¹⁵ Déjà en ce sens, v. Civ. 1^{re}, 17 mars 1993, 2 arrêts, Bull. civ. I, n° 113 ; RCA 1993. Comm. 383 et chron. 29 par H. Groutel ; Civ. 1^{re} 16 mai 1995, RCA 1995. Comm. 278 ; 21 janv. 1997, RCA 1997. Comm. 138.

¹⁶ G.-H. Camerlynck, « L'indemnité de licenciement », JCP 1957. I. 1391 ; J. Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989. 125 ; T. Revet, *La force de travail, étude juridique*, Litec, 1992, n° 240 ; J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008. 582 ; J. Icard, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S 2014, n° 45, 393 ; C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », Dr. ouvrier 2015. 450 ; B. Delmas, « La Cour de cassation et la nature des indemnités accordées au salarié licencié - (À propos de Soc. 27 janv. 2021, n° 18-23.535 P, D. 2021. 288 ; *ibid.* 1152, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. soc. 2021. 516, étude B. Delmas ; RDT 2021. 241, obs. L. Bento de Carvalho) », Dr. soc. 2021. 516.

nettement consacré l'analyse indemnitaire¹⁷.

En effet, quant à l'indemnité légale de licenciement, la Cour de cassation a décidé qu'elle avait pour objet de compenser « le préjudice né de la rupture du contrat »¹⁸, même si elle est comprise dans une transaction¹⁹.

Concernant l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Haute juridiction a affirmé qu'elle avait pour objet de réparer « le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi »²⁰.

Les indemnités légales ou contractuelles ont donc le caractère de dommages-intérêts.

Pourtant, en fixant l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse au regard de l'ancienneté du salarié, le barème Macron semble plutôt conduire à la qualification de revenus de remplacement²¹ puisque c'est le temps passé qui permet de la calculer. De ce point de vue, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse apparaît alors clairement comme « le prix à payer »²² pour licencier le salarié, par analogie avec la contrepartie obligatoire des clauses de non-concurrence qui sont le prix à payer pour limiter la liberté professionnelle²³.

Cette façon de raisonner est confirmée par le régime des indemnités contractuelles de licenciement qui sont imposables à l'impôt sur le revenu²⁴ et sont des biens communs en régime de communauté²⁵. La qualification de créance de réparation paraît critiquable pour elles mais la Cour de cassation distingue bien la réparation du préjudice résultant de la perte de l'emploi et le dommage affectant la personne²⁶.

En tout état de cause, l'indemnité pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse est bien réparatrice et, comme telle, exonérée d'impôt sur le revenu²⁷. La solution vaut à plus forte raison pour le droit des régimes matrimoniaux qui ne distingue pas selon l'origine contractuelle ou légale de l'indemnité. Ce régime est donc incompatible avec l'idée de forfait ; il s'agit bien de réparation.

¹⁷ Soc. 9 mars 1957, D. 1958. 91, note Brèthe de La Gressaye.

¹⁸ Cass., ass. plén., 2 avr. 1993, n° 89-15.490, *URSSAF de Valenciennes c/ Jeumont-Schneider (Sté)*, D. 1993. 373, concl. M. Jeol ; *ibid.* 229, chron. A. Sériaux ; *ibid.* 273, obs. X. Prétot ; *ibid.* 1994. 14, obs. J.-L. Aubert ; Dr. soc. 1993. 901, note P. Chauvel ; RDSS 1994. 114, obs. G. Vachet ; RTD civ. 1993. 820, obs. J. Mestre ; Soc. 13 janv. 1994, n° 91-21.800, *URSSAF de la Manche c/ Alcatel CIT (Sté)*, D. 1994. 76 ; RDSS 1994. 273, obs. G. Vachet.

¹⁹ Soc. 4 mai 1988, n° 85-15.322 ; Soc. 10 févr. 1994, n° 91-19.783 ; Soc. 12 janv. 1995, n° 92-13.637 ; Soc. 10 oct. 1996, n° 94-20.161, *Total (Sté) c/ URSSAF de Meurthe-et-Moselle*, D. 1996. 235 ; RDSS 1997. 347, obs. P.-Y. Verkindt ; Soc. 23 mai 2000, n° 97-42.444, *Senec c/ URSSAF du Haut-Rhin*, D. 2000. 179.

²⁰ Soc. 27 janv. 2021, n° 18-23.535, D. 2021. 288 ; *ibid.* 1152, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. soc. 2021. 516, étude B. Delmas ; RDT 2021. 241, obs. L. Bento de Carvalho.

²¹ J. Mouly, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008. 582.

²² J. Mouly, préc., n° 6.

²³ Depuis Soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.135, *Salembier c/ La Mondiale (Sté)*, D. 2002. 2491, note Y. Serra ; *ibid.* 3111, obs. J. Péliissier ; *ibid.* 2003. 1222, obs. B. Thullier.

²⁴ CE 5 juill. 2018, n° 401157, Lebon ; RTD com. 2018. 813, obs. O. Fouquet.

²⁵ Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-13.734 ; Civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, n° 04-17.147 D. 2006. 3010 ; *ibid.* 2007. 2126, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; AJDI 2007. 562, obs. C. Denizot ; AJ fam. 2007. 42, obs. P. Hilt ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, n° 90-13.479.

²⁶ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2010, n° 09-65.345, D. 2010. 442 ; *ibid.* 2392, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; AJ fam. 2010. 192, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2010. 609, obs. B. Vareille ; *ibid.* 610, obs. B. Vareille ; *ibid.* 2012. 141, obs. B. Vareille.

²⁷ CE 5 juill. 2018, n° 401157, préc.

Cette analyse est encore confirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui considère qu'est indemnisé un préjudice résultant de la rupture du contrat de travail²⁸. Mais lequel ? Ce ne peut être la perte de chance de retrouver un emploi puisque l'indemnité est due même si le salarié retrouve un travail. Ce ne peut être la perte stricte de revenus sans quoi cette indemnité se déduirait du montant de celles versées à la suite d'un accident²⁹. Aux dires de la Cour de cassation, « la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue »³⁰. C'est donc la perte même de l'emploi qui est intrinsèquement préjudiciable et non seulement ses conséquences (comme la difficulté à retrouver un emploi, perte des revenus etc.). L'appréciation du juge semble donc devoir reposer sur sa discrétion, du moins tant qu'une nomenclature des préjudices du salarié ne sera pas effectuée³¹. La perte de l'emploi est en soi un préjudice qui se distingue des préjudices qui en découlent³².

Néanmoins, en décidant par ailleurs que « l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur »³³ l'analyse jurisprudentielle paraît abonder cette fois dans le sens qu'il s'agit du « prix » pour exercer un droit et donc incliner vers l'analyse forfaitaire.

Le barème a donc une signification ambiguë. Analysé comme un forfait, il se rapproche d'un mécanisme purement assurantiel déclenché par la réalisation d'un risque, à savoir la perte de l'emploi. Analysé comme une détermination des dommages-intérêts, il apparaît comme l'indemnisation classique d'un préjudice.

Il faut donc distinguer selon que le licenciement est justifié ou non. En présence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, on pourrait qualifier le barème de forfait en contemplation de l'idée que c'est la réalisation d'un risque qui est couverte. Cependant, le barème Macron ne s'applique que si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui *n'est pas* réelle et sérieuse. Autrement dit, la loi statue bien ici sur une hypothèse de responsabilité³⁴. C'est le sens explicite de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation qui distingue d'un côté le forfait et de l'autre la réparation du préjudice en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement³⁵.

Il faudrait donc comprendre qu'un même fait (la perte de l'emploi) dépende d'une qualification alternative. C'est un risque lié au droit de l'employeur de choisir ses collaborateurs et couvert par une indemnité si le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse. En revanche, en l'absence de cause réelle et sérieuse, la perte d'emploi devient un dommage source d'autres préjudices.

Aussi, s'il s'applique à une hypothèse de responsabilité, le barème acquiert alors encore un autre sens. Il doit s'analyser, en raison de ses plafonds, comme une limitation de la responsabilité de l'employeur

²⁸ Soc. 4 mai 1988, n° 85-15.322.

²⁹ Civ. 2^e, 11 oct. 2007, n° 06-14.611, D. 2008. 582, note J. Mouly ; RTD civ. 2008. 111, obs. P. Jourdain.

³⁰ Soc. 13 sept. 2017, n° 16-13.578, D. 2017. 1766 ; *ibid.* 2018. 692, obs. N. Fricero ; Dr. soc. 2017. 1074, obs. J. Mouly.

³¹ C. Radé, « De la conventionalité du "barème Macron" », Dr. soc. 2019. 324.

³² Ce que confirme la Cour de cassation en considérant que la perte injustifiée de l'emploi du salarié lui cause nécessairement un préjudice (Soc. 13 sept. 2017, n° 16-13.578, D. 2017. 1766 ; *ibid.* 2018. 692, obs. N. Fricero ; Dr. soc. 2017. 1074, obs. J. Mouly).

³³ Civ. 2^e, 11 oct. 2007, préc.

³⁴ C. Radé, « Que le barème nous garde de l'équité des Parlements ! », RDT 2019. 677 : « le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est finalement que la manifestation, certes fautive, d'un droit fondamental de l'employeur, celui de choisir ses collaborateurs » ; C. Quézel-Ambrunaz, « L'encadrement des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'épreuve de la logique de la réparation des dommages », RDT 2019. 677.

³⁵ Soc. 27 janv. 2021, n° 18-23.535, D. 2021. 288 ; *ibid.* 1152, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Dr. soc. 2021. 516, étude B. Delmas ; RDT 2021. 241, obs. L. Bento de Carvalho.

et, en raison de ses planchers, comme une fixation minimale du préjudice du salarié.

C'est ce mélange des genres qui rend la qualification délicate. Même avant l'ordonnance de 2017 qui a consacré le barème, l'indemnité minimale de six mois de salaire au profit du salarié semblait indépendante de tout préjudice réellement subi³⁶ et donc revêtant la nature d'une peine privée forfaitaire. Il faut alors bien distinguer forfait et plafond.

Forfait et plafond : distinction

Il existe dans la loi des plafonds d'indemnisation, par exemple pour la perte de bagages³⁷ ou le retard dans le transport ; pour la responsabilité de l'hôtelier à 100 fois le prix de location³⁸ ou encore pour les pollutions maritimes causées par les hydrocarbures de soute³⁹.

Dans un arrêt très instructif, la cour d'appel de Paris a bien distingué l'indemnité forfaitaire et le plafond d'indemnisation. Ce dernier laisse toujours place à une pondération en fonction du préjudice subi tandis que l'indemnité forfaitaire est indépendante du préjudice réellement subi⁴⁰. C'est *mutatis mutandis*, la même distinction qui existe entre assurance indemnitaire (qui répare un préjudice mais peut être plafonnée par le contrat) et forfaitaire (qui est indépendante de tout préjudice).

En d'autres termes, les évaluations forfaitaires ne sont pas forcément des forfaits au sens conceptuel du terme mais peuvent être aussi des plafonds d'indemnisation. Dans cette dernière hypothèse, il faut donc se demander ce qui justifie d'accorder une telle faveur au responsable. Elle peut se justifier lorsque le plafond d'indemnisation est bilatéral et donc négocié comme c'est le cas pour une convention internationale. Il peut encore se justifier par l'absence d'une précaution prise par le client de l'hôtel qui n'a pas expressément remis ses biens de valeur à l'hôtelier, ce dernier n'étant alors responsable que proportionnellement à la valeur de la chambre. Pour les hydrocarbures, la justification est liée à l'existence d'une assurance obligatoire et donc à l'équilibre du financement global des risques assurés.

À cet égard, le barème Macron relève indéniablement du plafond de responsabilité pour ses *maxima* puisqu'il vise les cas où l'employeur licencie sans cause réelle et sérieuse et engage donc sa responsabilité. Toutefois, on peine à trouver la justification de cette faveur faite à l'employeur si ce n'est qu'elle lui permet de licencier à un « meilleur prix » et donc de faire une provision adéquate en trésorerie pour supporter les conséquences prévisibles du procès. Ce montant n'a pas été négocié, il n'est pas adossé à une assurance obligatoire, il ne correspond pas à une carence du salarié (c'est même l'inverse). Si la technique du plafond est techniquement concevable, elle peine ici à trouver une justification autre que sa seule existence et la politique économique de faveur pour les entreprises.

Pour ses *minima*, le barème Macron est en revanche un vrai forfait puisqu'il existe indépendamment du préjudice réellement subi par le salarié. Pourtant cela signifierait que l'indemnité est forfaitaire et non réparatrice. Nous sommes alors ici dans un cas hybride et peu satisfaisant de *forfaitisation des préjudices* où le législateur a substitué son appréciation à celle du juge, comme il peut par ailleurs le faire en matière pénale. Toutefois, si la matière pénale relève directement du pouvoir régalién de punir,

³⁶ Soc. 17 janv. 1979, n° 77-41.445.

³⁷ Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international. Publiée par Décr. n° 2004-578 du 17 juin 2004, art. 23 ; Convention de Varsovie du 12 oct. 1929, art. 22.

³⁸ C. civ., art. 1953.

³⁹ Conv. *Bunker Oil*, Convention internationale sur la responsabilité civile en cas de pollution par les hydrocarbures de soutes, 23 mars 2001, entrée en vigueur le 21 nov. 2008, art. 7 et C. transp., art. L. 5123-2, I.

⁴⁰ Paris, 7 nov. 2019, n° 16/25882.

on ne peut en dire autant des relations purement privées entre un employeur et son salarié. Pour ces raisons, la généralisation de la logique du forfait est problématique.

Généralisation du forfait : l'éviction de la logique juridique

Un usage généralisé du barème comme forfait minimal et comme plafond d'indemnisation assure certes une prévisibilité au sens économique du terme. Toutefois, cet usage participe aussi d'un abandon de la logique juridique qui exige de penser par cas⁴¹. La diversité des préjudices subis est uniformisée et standardisée afin de gommer toute la richesse des espèces. Le barème est bien un outil pour régler un conflit mais il fait fi de la finesse du litige. Dans une certaine mesure, il donne au plus riche un pouvoir de remercier les salariés simplement en acquittant le forfait légal.

Cette logique est à peu de choses près celle du *wergeld*, cette fameuse tarification des préjudices causés alors applicable après les invasions barbares germaniques chez les francs. C'est littéralement le « prix de l'homme ». Toutefois, à la différence des barèmes qui visent l'uniformisation, celui-ci avait une réelle volonté de prendre en compte la diversité des préjudices et le rang de la victime⁴². À cet égard, il ressemble plus à une nomenclature des préjudices qu'à une volonté d'uniformiser les tarifs. Une partie étant versée au roi, il se rapprochait aussi de la nature d'une amende⁴³.

La volonté d'imposer et de généraliser un barème avec un plafond d'indemnisation dévoile ainsi l'idéologie économique qui anime le législateur. L'objectif n'est plus de juger mais de réguler. Les barèmes permettent de favoriser la solution la moins coûteuse pour l'employeur et pour l'État qui économise sur le budget de la justice. Cet objectif de régulation est foncièrement différent de celui qui consiste à dire le droit et trancher des litiges⁴⁴. Administrer n'est pas juger. Même l'évolution de l'histoire du droit administratif en témoigne en passant de la théorie de l'administrateur-juge (« juger l'administration, c'est encore administrer ») à celui du juge pleinement autonome⁴⁵. Le droit ne consiste pas à trancher des litiges à partir d'une éthique ou de considérations politiques y compris économiques. Le rôle du droit est précisément d'être un médiateur : il n'est pas politiquement neutre mais politiquement neutralisé⁴⁶.

À cet égard, le forfait a indéniablement un rôle à jouer dans l'idée d'une justice prédictive reposant sur des algorithmes. Ces derniers supposent des règles uniformes selon des critères aisément programmables. C'est une forme de pensée visant à traiter de façon rapide le contentieux de masse en passant de la logique du cas à celle de la logique de masse dans laquelle le droit est vu selon une approche quantitative et gestionnaire⁴⁷. Cette logique n'est pourtant pas celle du droit. D'ailleurs, c'est bien contre la logique du forfait que les juges de cassation ont décidé qu'une cour d'appel ne peut

⁴¹ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », D. 2017. 118, spéc. n° 4.

⁴² J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, n° 633, p. 909.

⁴³ J.-M. Carbasse et P. Vielfaure, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014, n° 49, p. 105.

⁴⁴ D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 236, 1994.

⁴⁵ Depuis la loi du 24 mai 1872 qui permit au Conseil d'État de passer de la justice retenue à la justice déléguée et l'arrêt *Cadot* CE 13 déc. 1889 qui accepte de juger d'un recours en annulation d'un acte administratif.

⁴⁶ F. Rouvière, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? », RTD civ. 2018. 526.

⁴⁷ F. Rouvière, « La justice prédictive : peut-on réduire le droit en algorithmes ? », Pouvoirs 2021, n° 178, p. 103.

déterminer le montant d'une pension alimentaire à partir d'une table de référence fût-elle annexée à une circulaire. Il incombe aux juges du fond de fixer ce montant en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci⁴⁸.

On répondra cependant que le barème d'indemnisation est prévu par une loi et qu'il faut bien l'appliquer. Si le droit est un ensemble de normes que ces dernières sont bien en vigueur, il revient au juge de les mettre en œuvre et non de les discuter. Cet argument passe toutefois sous silence qu'il est issu d'une pure approche normativisme selon laquelle le droit est avant tout un phénomène de pouvoir. On peut lui opposer que le droit est au contraire une forme spécifique d'interprétation et un savoir autonome, au moins depuis Rome⁴⁹. L'herméneutique juridique implique donc de savoir ce que la qualification de forfait implique plus largement.

Interprétation du barème à l'aune du principe de réparation intégrale

Responsabilité et réparation

L'idée même de responsabilité pour faute est constitutionnelle et ne peut être supprimée⁵⁰. Que dire alors si, reconnue sur le principe, elle est trop limitée dans ses effets ? C'est le résultat auquel peut aboutir dans certains cas la forfaitisation de l'indemnisation par voie de barème.

Néanmoins, le principe de réparation intégrale n'a pas été reconnu comme constitutionnel⁵¹ du moment que la détermination limitative des types de préjudices ne porte pas « une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs »⁵². Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la nécessité d'une satisfaction équitable en matière d'indemnisation du préjudice ce qui ressemble fortement au principe de la réparation intégrale⁵³.

En effet, le principe de réparation intégrale dit deux choses : que tout préjudice doit être réparé par une indemnité qui l'efface entièrement et que tous les chefs de préjudices subis doivent être réparés selon cette modalité⁵⁴. « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement possible

⁴⁸ Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-25.301, D. 2013. 2518 ; *ibid.* 2968, entretien A.-M. Leroyer ; *ibid.* 2014. 563, chron. C. Capitaine et I. Darret-Courgeon ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 703, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014. 77, obs. P. Deumier ; *ibid.* 105, obs. J. Hauser.

⁴⁹ A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en occident*, Belin, trad. G. et J. Bouffartigue, coll. L'Antiquité au présent, 2008, p. 22, 51, 121, 136, 147, 349.

⁵⁰ Cons. const. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC ; Cons. const. 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Rossi*, D. 2000. 424, obs. S. Garneri ; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 870, obs. T. Revet.

⁵¹ Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, AJDA 2010. 1232 ; D. 2010. 1634 ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 459, chron. S. Porchy-Simon ; *ibid.* 768, chron. P. Sargos ; *ibid.* 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2011. 1208, note X. Prétot ; RDT 2011. 186, obs. G. Pignarre ; RDSS 2011. 76, note S. Brimo ; Constitutions 2010. 413, obs. C. Radé qui valide le mécanisme général d'indemnisation forfaitaire.

⁵² Cons. const. 18 juin 2010, préc., n° 18.

⁵³ CEDH 25 juin 2013, n° 30812/07, *Trévalec c/ Belgique*, D. 2013. 2139, obs. L. Sadoun-Jarin, note O. Sabard ; *ibid.* 2106, point de vue P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2658, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; RSC 2014. 139, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2013. 807, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁴ De cette façon, les autres préjudices liés à la perte de chance de percevoir l'intégralité de la pension de retraite, l'indemnisation du caractère vexatoire du licenciement etc. sont distinct du préjudice constitué par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement (même s'ils lui sont consécutifs) : T. Pasquier, « La diversification des contrôles de conventionalité des lois en matière de barème d'indemnisation », RDT 2019. 683.

l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »⁵⁵. La Cour de cassation en a justement déduit l'interdiction de procéder à une évaluation forfaitaire⁵⁶ ou de se référer à des barèmes sans tenir compte des circonstances de la cause⁵⁷.

Toutefois, ces solutions n'interdisent pas les plafonds limitatifs de responsabilité.

Il reste qu'on peut légitimement se questionner sur le fait de faire correspondre une indemnité avec l'ancienneté dans l'entreprise. Cette mise en corrélation ne s'apparente pas à un plafond de responsabilité mais bien à un barème qui contredit l'idée même de réparation intégrale.

Le barème comme fiction

La fiction est une technique de déformation volontaire des catégories juridiques⁵⁸. Pour cette raison elle devrait être évitée⁵⁹. En effet, elle consiste à altérer les conditions logiques d'application d'un concept ou ses effets. Dans notre cas, c'est l'effet de la responsabilité qui est nié. Le Conseil constitutionnel reconnaît la dérogation au droit commun de la responsabilité mais sans se rendre compte que la solution repose sur une fiction⁶⁰.

Le forfait d'indemnisation prévue par le barème ne peut pas être qualifié de plafond de responsabilité. Il n'y a en effet aucune corrélation entre l'ancienneté du salarié et le préjudice subi. Un vrai plafond de responsabilité exprimerait seulement un maximum et non des tranches d'indemnités.

Dans cette perspective, le débat sur l'interprétation du barème rebondit. S'il est seulement indicatif, il n'est pas une fiction. En revanche, s'il est normatif, il doit être qualifié de fiction. En effet, dans cette dernière hypothèse, il apporte une dérogation au principe de réparation intégrale. Le principe n'est pas aménagé par un plafond général pour la responsabilité de l'employeur mais procède bien à une *forfaitisation des préjudices*, précisément celle qui est interdite par le principe de la réparation intégrale et condamnée par la jurisprudence ! Pour le dire plus directement, le système de barème aboutit à une négation de l'idée même de responsabilité civile en supprimant ses effets principaux qui tiennent dans le principe de réparation intégrale. Pour être effectif, ce principe exige forcément une évaluation différente dans chaque cas. Dès lors, le barème apparaît forcément comme indicatif et non comme

⁵⁵ Civ. 2^e, 25 mai 1960, Bull. civ. II, n° 342 ; Civ. 2^e, 23 nov. 1966 ; Civ. 2^e, 20 déc. 1966, D. 1967. 669 ; Civ. 2^e, 19 nov. 1975, n° 74-13.018 ; Civ. 2^e, 7 déc. 1978, n° 77-12.013 ; Civ. 2^e, 23 juin 1976, n° 75-10.519 ; Civ. 2^e, 9 juill. 1981, n° 80-12.142 ; Civ. 2^e, 13 janv. 1988, n° 86-16.046 ; Crim. 12 avr. 1994, n° 93-82.579 ; Crim. 10 déc. 2013, n° 13-80.95 ; Com. 12 févr. 2020, n° 17-31.614, D. 2020. 1086, note J.-S. Borghetti ; *ibid.* 1254, chron. A.-C. Le Bras, C. de Cabarrus, S. Kass-Danno et S. Barbot ; *ibid.* 2421, obs. C. de droit de la concurrence Yves Serra (CDED Y. S.EA n° 4216) ; *ibid.* 2021. 207, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *ibid.* 594, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; Légipresse 2020. 472 et les obs. ; RTD civ. 2020. 391, obs. H. Barbier ; *ibid.* 401, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2020. 313, obs. M. Chagny.

⁵⁶ Civ. 2^e, 20 nov. 2014, n° 13-21.250.

⁵⁷ Civ. 2^e, 22 nov. 2012, n° 11-25.988, D. 2013. 2658, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon.

⁵⁸ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 253, 1996, p. 11-12.

⁵⁹ F. Geny, *Science et technique en droit privé positif. Tome III. Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n° 245, p. 396-397 ; F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *Les artifices du droit : les fictions*, LGDJ-Lextenso, Centre Michel de l'Hospital, 2015, p. 83-101.

⁶⁰ Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, § 88, D. 2018. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; Dr. soc. 2018. 677, tribune C. Radé ; *ibid.* 682, étude B. Bauduin ; *ibid.* 688, étude A. Fabre ; *ibid.* 694, étude Y. Pagnerre ; *ibid.* 702, étude J. Mouly ; *ibid.* 708, étude P.-Y. Verkindt ; *ibid.* 713, étude G. Loiseau ; *ibid.* 718, étude D. Baugard et J. Morin ; *ibid.* 726, étude C. Radé ; *ibid.* 732, étude P.-Y. Gahdoun ; *ibid.* 739, étude L. He ; RDT 2018. 666, étude V. Champeil-Desplats.

impératif.

D'ailleurs, les parties peuvent transiger sur un licenciement sous le respect des dispositions d'ordre public⁶¹. L'indemnisation pouvant être supérieure au barème, il est au pouvoir des parties d'y déroger. On peut donc même considérer que le barème n'est certainement pas d'ordre public. Pourquoi donc s'imposerait-il au juge ?

La fiction tient donc dans le fait que l'employeur qui commet une faute en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement est tout de même traité dans le régime de réparation comme s'il s'agissait d'un forfait. L'effet normal de la responsabilité est nié.

Si les fictions sont un procédé ancien et connu depuis le droit romain⁶², leur usage se doit d'être parcimonieux. En effet, les fictions sont donc le degré zéro de la justification juridique. Elles traduisent directement dans le droit une volonté politique. Aussi, elle ne se justifient que par leur finalité à savoir le but social, économique ou éthique qu'elles poursuivent⁶³. Ainsi, la fiction des personnes morales assure la séparation des dettes personnelles et professionnelles, la fiction de la représentation assure la possibilité de gérer le patrimoine de personnes incapables ou, en droit successoral, de faire hériter les petits-enfants en cas de prédécès de leur auteur.

La fiction d'une responsabilité où les préjudices sont évalués par forfait (et non par la réparation intégrale) se justifierait ici par un but économique visant à faire peser moins de charges sur l'entreprise. Mais n'est-ce pas une façon de l'encourager à être irresponsable ? C'est sans doute la philosophie de la responsabilité civile qui est à méditer : si elle est constitutionnellement protégée, ceci implique aussi de sauvegarder ses effets qui tiennent dans la réparation intégrale⁶⁴. La responsabilité répare autant qu'elle dissuade de comportements nuisibles. Son interprétation théorique ne peut se limiter à la voir comme une simple règle, elle est aussi un principe au sens théorique du terme. Au problème de la fiction s'ajoute celui de sa résistance à un principe fondateur de la responsabilité civile.

Règles et principes : une question d'interprétation

L'interprétation juridique peut être vue comme une opération banale qui consiste à déterminer le sens des textes. Cependant, en théorie du droit, elle acquiert une dimension plus large et même fondamentale dans la mesure où elle définit l'office même de tout juriste et caractérise le cœur de son activité intellectuelle.

Au 20^e siècle, trois grandes options sur le pouvoir du juge ont été soutenues.

Hans Kelsen a résolument rangé l'interprétation comme un acte de volonté⁶⁵. Seule l'interprétation authentique produit un effet en droit, à la différence de l'interprétation scientifique qui repose sur le sens objectif des textes. Autrement dit, la seule question à se poser est de savoir si le juge peut créer une norme contraire. Cette représentation a tellement pénétré la conscience commune des juristes que le problème du barème Macron s'est essentiellement posé en termes de hiérarchie des normes.

⁶¹ Soc. 28 sept. 2010, n° 09-40.090 ; Soc. 18 mai 1999, TPS 1999. Comm. 266.

⁶² Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* 1995. 52.

⁶³ J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de Droit de Mac Gill*, 1988, p. 361.

⁶⁴ C. Radé, « Liberté, égalité, responsabilité », *Cahiers de droit constitutionnel*, juin 2004, n° 16.

⁶⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999, n° 45, p. 338-339 ; M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 71 s.

Pour Herbert Hart, il faut distinguer deux hypothèses. Ou bien le texte règle le cas à décider ou bien il ne le fait pas. Dans la première hypothèse, le juge se doit d'appliquer la règle ; dans la seconde il dispose d'un pouvoir discrétionnaire⁶⁶. A dire vrai, cette distinction limite l'idée de pouvoir discrétionnaire du juge aux seuls cas inédits au sens de non prévus par le texte. Pour le traitement du barème, il aboutit aux mêmes conséquences puisque les cas sont bien prévus par le texte.

Ronald Dworkin est l'élève et le critique de Hart. Prenant le contre-pied de son maître, il propose de distinguer les cas faciles qui se résolvent par l'application d'une règle et les cas difficiles qui appellent l'usage de principes⁶⁷. La distinction entre règles et principes tient au fait que les règles sont logiquement alternatives (elles s'appliquent ou ne s'appliquent pas) tandis que les principes sont susceptibles de degrés et de gradation. Pour cela, Ronald Dworkin utilise la double métaphore du juge Hercule (qui représente un juge omniscient) et du roman jurisprudentiel écrit à la chaîne (où chaque chapitre doit respecter la cohérence avec celui qui précède). De cette façon il aboutit à l'idée qu'il existe une bonne réponse dans le droit positif qui tient compte de l'ensemble des règles et précédent et des principes sous-jacents qui expriment la philosophie morale et politique du système juridique. Cette façon de concevoir le droit non pas comme l'exercice d'un pouvoir mais comme une activité interprétative (herméneutique) conduit à poser le débat théorique dans des termes totalement différents. Ce n'est plus la hiérarchie des normes qui est prépondérante (même si l'argument subsiste bien évidemment) mais le *sens* à donner au barème. À cet égard peut-il écarter le principe fondateur et sous-jacent à tout le droit de la responsabilité, celui de la réparation intégrale ?

Portée du principe de la réparation intégrale

En considérant comme Dworkin que les principes ont pour rôle d'assurer la cohérence du système juridique, aucune décision ne peut les contourner. La jurisprudence administrative s'est souvent illustrée en la matière : aucun texte ne peut écarter le recours pour excès de pouvoir⁶⁸; aucune mesure de suspension d'un fonctionnaire ne peut écarter le principe du contradictoire⁶⁹ jadis qualifié par la Cour de cassation de droit naturel⁷⁰.

Il existe en jurisprudence de nombreux cas où les principes ont bien le statut d'exception implicite. Par exemple, les juges ont refusé de requalifier un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée en raison de la fraude du salarié sanctionnée par le principe « la fraude corrompt tout »⁷¹. De même, ils ont refusé d'appliquer la lettre claire d'un contrat d'assurance-vie sur la base du principe selon lequel « l'enfant est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt »⁷². Les juges ont encore déduit à partir « du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle »⁷³ que les clauses de non-concurrence dans le contrat de travail devaient être assorties d'une contrepartie, en dérogation à l'effet obligatoire des conventions.

Les dérogations apportées aux règles légales ne sont donc pas une nouveauté. La technique s'est renforcée au contact du contrôle de conventionalité concret⁷⁴. Elles semblent essentiellement dépendre

⁶⁶ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaires de Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 270 et p. 290.

⁶⁷ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF Léviathan, 1995, p. 82.

⁶⁸ CE 17 févr. 1950, *Dame Lamotte*, Recueil Lebon, p. 110.

⁶⁹ CE 26 oct. 1945, *Aramu*, Recueil Lebon, p. 213.

⁷⁰ Civ. 7 mai 1828, S. 1828. 1. 329.

⁷¹ Soc. 24 mars 2010, n° 08-45.552, *Negre c/ Calor (Sté)*, D. 2010. 901 ; RDT 2010. 366, obs. G. Auzero.

⁷² Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328.

⁷³ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.387, *Barbier c/ Maine Agri (Sté)*, D. 2002. 2491, note Y. Serra.

⁷⁴ J.-P. Marguénaud, « Le barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sauvé dans la confusion des sources européennes du droit social », RDT 2019. 693 ; J. Icard, « Barème : les limites du contrôle concret », Dr.

de l'importance perçue du principe en raison des valeurs qu'il exprime. Or, ici, on ne peut qu'être dubitatif sur la règle qui détermine les préjudices par forfait puisqu'il s'agit en outre d'une fiction. Cela incite d'autant plus à l'écartier au profit d'un principe juridiquement reconnu et surtout en faveur des victimes. Sur ce dernier point, le principe de réparation intégrale apparaît alors comme exprimant l'essence de la responsabilité civile⁷⁵. Ses éléments secondaires peuvent être aménagés (plafond de d'indemnisation justifié, limitation de la faute etc.) mais la forfaitisation des préjudices le contredit de plein fouet.

Réparation intégrale et réparation adéquate

Questionner le sens du barème au regard du principe de réparation intégrale est donc différent de soutenir que la réparation adéquate de la convention OIT n° 158 et de l'article 24 de la Charte sociale européenne doit s'entendre de la consécration du principe de réparation intégrale, même partiellement⁷⁶.

Bien au contraire, l'appel au principe de réparation intégrale est indissociable d'une méditation sur l'essence de la responsabilité⁷⁷. Ce qui est en cause n'est pas la conformité à une norme supérieure⁷⁸ mais le régime de l'indemnisation (sous forme de barème) qui contredit la nature même de la responsabilité telle qu'elle est comprise en droit positif français, qui plus est au prix d'une fiction. Or ce point n'a pas été tranché par l'avis de la Cour de cassation qui porte seulement sur la conventionalité de celui-ci⁷⁹ et qui, en tout état de cause, ne lie pas la Cour⁸⁰.

De même, ce n'est pas parce qu'un barème poursuit un but supposé légitime qu'il est conforme à d'autres principes.

Le principe de la réparation intégrale n'est pas formulé comme tel par un texte ce qui, paradoxalement, le renforce. En effet, il acquiert le statut de règle implicite qui ne peut être assorti d'une exception légale. C'est même l'inverse puisque c'est le principe qui permet d'écartier un texte qui lui serait contraire. Ronald Dworkin prend l'exemple du cas jugé à New York d'un bénéficiaire d'un testament qui tue le testateur pour hériter. Malgré la validité formelle du testament, le tribunal a privé le testament d'effet au motif que nul ne peut profiter de ses propres méfaits (« nul ne peut invoquer sa propre turpitude »)⁸¹.

Autrement dit, le plafonnement des indemnités serait parfaitement concevable dans un domaine ne relevant pas de la responsabilité comme par exemple celui de la rupture conventionnelle. C'était d'ailleurs le sens du barème initial pour la conciliation.

ouvrier 2021. 468 ; T. Pasquier, « La diversification des contrôles de conventionnalité des lois en matière de barème d'indemnisation », RDT 2019. 683.

⁷⁵ N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », JS Lamy 2018. 1150, n° 10.

⁷⁶ J. Mouly, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? » Dr. soc. 2019. 234 ; G. Loiseau et F. Sauvage, « Barèmes d'indemnités : en revenir au droit », BJT 2021, n° 5, p. 12.

⁷⁷ N. Collet-Thiry, « Priver un salarié injustement licencié de la réparation intégrale de son préjudice serait "adéquat", ou le naufrage du droit », JCP S 2019. Actu. 290.

⁷⁸ Bien que la procédure pour avis innove fortement en acceptant de juger la loi : A. Bugada, « *Mission control* : un petit pas pour le barème, un bond de géant pour le contrôle de conventionnalité », Dr. soc. 2019. 803.

⁷⁹ Cass., ass. plén., 17 juill. 2019, n° 19-70.010, D. 2019. 1916, et les obs., note T. Sachs ; RTD civ. 2020. 59, obs. P. Deumier.

⁸⁰ J. Icard, « Brève exhortation à l'attention de la chambre sociale de la Cour de cassation », BJT 2020, n° 1, p. 57.

⁸¹ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 1889.

Bilan

Le bilan de l'analyse méthodologique du barème Macron n'est pas glorieux. Fiction manifeste, il consiste à affirmer la responsabilité d'un côté mais à retirer au juge le pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des préjudices de l'autre. L'intervention d'un tel barème neutralise la pensée juridique et assèche les marges de manœuvres du juge⁸² comme des parties.

Pour ces raisons, il est d'autant plus sensible à la critique dworkinienne : les règles doivent céder devant les principes lorsqu'ils expriment une valeur supérieure, ici la considération de la victime, licenciée sans cause réelle et sérieuse. L'usage sans fard des fictions et la négation des fondements techniques et philosophiques de la responsabilité illustrent la volonté d'affirmer la supériorité des considérations politiques sur le droit. Mais n'est-ce pas l'inverse qui est vrai dans tous les pays qui ont accepté le principe de primauté du droit (*rule of law*) ? Le barème n'est donc pas qu'une simple question technique. Il engage aussi notre conception méthodologique, théorique et philosophique du concept de responsabilité et même la place que nous accordons au droit dans la société contemporaine. Ces éléments doivent ainsi être pris en compte dans le débat du barème appliqué à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

⁸² T. Pasquier, « La diversification des contrôles de conventionalité des lois en matière de barème d'indemnisation », RDT 2019. 683.