

1309

# Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail

**Françoise FAVENNEC-HERY,**  
professeur à l'université Panthéon – Assas  
(Paris II)



Par petites touches, les ordonnances n° 2017-1387 et n° 2017-1385 impriment un changement significatif du droit du licenciement. Sécurité des procédures, barémisation des dommages et intérêts, hausse de l'indemnité légale de licenciement, encadrement de la rupture liée au refus d'application d'un accord collectif de gestion de l'emploi ont pour objet d'apporter des garanties aux employeurs et quelques compensations aux salariés.

**1** - Rapporté à l'ambition générale des ordonnances du 22 septembre 2017, celle portant sur le droit du licenciement peut paraître modeste. Ni bouleversement, ni modification substantielle d'un régime inscrit dans notre Code du travail depuis 1973. Et pourtant, ce sont ces dispositions qui auront, peut-être, l'impact le plus grand sur la vie quotidienne des entreprises, des salariés et de leurs conseils.

La finalité en est rappelée de manière récurrente dans l'exposé des motifs, dans l'étude d'impact et dans la loi d'habilitation. Il s'agit de « renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail, les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés ». Le manque de visibilité et au final d'équité entre les salariés et les entreprises conduisait à une « iniquité inacceptable entre les salariés et à une méfiance dommageable à tous et in fine, aux relations de travail et à l'emploi »<sup>1</sup>.

**2** - À cette dimension quotidienne il faut en ajouter d'autres et notamment, la recherche d'une meilleure articulation des règles issues du droit conventionnel et du contrat de travail, question qui n'est pas sans conséquence sur le régime de la rupture du contrat.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail conjuguée à l'ordonnance n° 2017-1385 tendant au renforcement de la négociation collective impactent le droit de la rupture individuelle du contrat à trois égards. Ces textes tendent à sécuriser la procédure de licenciement individuel, encadrent l'indemnisation des salariés injustement licenciés, unifient le régime des conséquences d'un refus par le salarié de l'application d'un accord collectif de gestion de l'emploi. De ce puzzle résulte-t-il une réforme ?

## 1. La sécurisation des procédures

**3** - La question est sensible. L'article 3 de la loi d'habilitation a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure afin « de renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés » en « adaptant les règles de procédure et de motivation applicables aux décisions de licenciement ainsi que les conséquences à tirer du manquement éventuel à celles-ci, en amont ou lors du recours contentieux et en déterminant les conditions dans lesquelles le juge apprécie, en cas de pluralité de motifs, la réalité de la cause réelle et sérieuse du licenciement ». Pour répondre à cet objectif, l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 adopte des mesures préventives, recadre la procédure interne à l'entreprise, dirige le juge dans son appréciation du préjudice subi.

### A. - Préventivement : un formulaire type de lettre de licenciement

**4** - L'article L. 1232-6 du Code du travail modifié par l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-137, prévoit qu'un décret en Conseil d'État « fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement. Ces modèles rappellent en outre les droits et obligations de chaque partie ». Ils devront également être utilisés en cas de **licenciement pour motif économique** (C. trav., art. L. 1233-16 et L. 1233-42). Le but est de parvenir à une normalisation de la procédure, au besoin par l'emploi d'un formulaire type.

### B. - Motifs énoncés dans la lettre de licenciement

**5** - L'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 réécrit l'article L. 1235-2 du Code du travail s'attaquant ainsi à la

1. V. exposé des motifs point 3.

jurisprudence Rogié<sup>2</sup>. Le texte de l'ordonnance initial (Ord. n° 3, 31 août 2017, art. 4) disposait que : « Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement (...) peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés ou complétés, soit par l'employeur, soit à la demande du salarié, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

La lettre de licenciement, **complétée** le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement.

À défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ».

Elle a fait l'objet de modifications dans sa version définitive<sup>3</sup>.

**6 - Faculté de préciser ou de compléter les motifs.** – Était-il possible d'ajouter un motif totalement nouveau, sans lien avec le précédent ? Jusqu'à quand ? Était-il possible d'admettre une précision ou un complément au besoin au cours d'une procédure contentieuse ultérieure ?

À la suite de l'avis du Conseil d'État, l'article L. 1235-2 du Code du travail a été refondu. Le terme « complété » a disparu barrant ainsi la route à l'énonciation de nouveaux motifs. Désormais : « les motifs énoncés dans la lettre de licenciement (...) peuvent, après la notification de celle-ci, être **précisés** par l'employeur **soit à son initiative, soit à la demande du salarié**, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. La lettre de licenciement **précisée** le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement ».

L'énonciation de nouveaux motifs au cours de la procédure semble donc **exclue**. Les précisions sont apportées soit spontanément par l'employeur soit à la demande du salarié. Mais « préciser un motif » peut ouvrir d'assez larges possibilités que les juges devront circonscrire. Quant à la limite temporelle de ce droit, non plus à l'erreur, mais à la complétude, elle n'est pas indiquée, y compris dans la nouvelle version. Dans la mesure où il est rappelé que c'est la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, il est vraisemblable que cette précision doit intervenir avant l'engagement d'un contentieux. Mais quand ?

**7 - Sanction en cas d'insuffisance de motivation.** – L'article L. 1235-2 du Code du travail nouvellement modifié distingue deux hypothèses :

– si le salarié n'a pas formé auprès de l'employeur une demande de précision, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. Ceci suppose donc une initiative du salarié. Ici, la jurisprudence Rogié<sup>4</sup> est écartée et la sanction sera celle d'un **irrégularité de forme** : une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ;

– dans l'hypothèse inverse, il est sans doute possible d'admettre, qu'en présence d'une demande de précision du salarié, l'absence ou l'insuffisance de réponse de l'employeur fait présumer un défaut de cause réelle et sérieuse.

C'est donc le salarié qui a la main sur ce point et il est à craindre que les demandes de précision deviennent systématiques réintroduisant la jurisprudence Rogié et ôtant une bonne part de son intérêt à cette tentative d'évolution.

Le texte enfin rappelle que la sanction des irrégularités formelles est une indemnité maximale d'un mois de salaire sauf hypothèse où le

licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Le préjudice est dans ce dernier cas réparé par l'indemnité allouée pour irrégularité de fond. Rien ne change.

## C. - Procédure judiciaire

**8 - Évaluation du préjudice en cas pluralité de motifs de licenciement.** – Le nouvel article L. 1235-2-1 du Code travail dispose « qu'en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'article L. 1235-3-1 ».

L'ordonnance n° 2017-1387, dans son article 4, va ici à l'encontre de la position de la Cour de cassation pour laquelle le grief de l'atteinte à une liberté fondamentale empêchait l'employeur de se prévaloir d'autres motifs<sup>5</sup>. Est-ce à dire que la prise en compte des autres griefs pourrait remettre en cause la sanction de la nullité du licenciement ? Certes non. La nullité est toujours encourue. En revanche, un tel examen peut impacter l'évaluation de l'indemnité allouée, dans le respect cependant du minimum posé par l'ordonnance, c'est-à-dire 6 mois de salaire.

**9 - Délai de recours.** – L'article 6 de l'ordonnance n° 2017-1387 réduit le délai de recours de deux ans à un an, en cas de rupture du contrat de travail : « Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par 12 mois à compter de la notification de la rupture » (C. trav., art. L. 1471-1, modifié).

Le délai d'action se trouve ainsi aligné sur celui retenu en matière de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1235-7, modifié par Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 6).

## 2. L'encadrement de l'indemnisation

**10 - Encadrer le montant des dommages et intérêt dus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, revoir l'indemnité de licenciement à la hausse, telles sont les deux orientations suivies.**

### A. - La barémisation des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

**11 -** La question n'est pas neuve. La loi du 14 juin 2013 avait déjà réservé un traitement fiscal avantageux aux indemnités versées dans le cadre d'un accord trouvé devant le bureau de conciliation dès lors qu'elles ne dépassaient pas le barème retenu. Procédé incitatif qui n'a pas connu un grand succès ! La loi Macron du 6 août 2015 a introduit la possibilité pour le juge de prendre en compte un référentiel indicatif fixant le montant de l'indemnité de licenciement irrégulier susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi<sup>6</sup>. Rappelons que le Conseil constitutionnel avait censuré l'article 266 de la loi Macron qui modifiait l'article L. 1235-3 du Code du travail qui prévoyait des minima et maxima d'indemnisation, exprimés en mois de salaires, variant en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise, ce dernier critère ayant été considéré comme instituant, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée<sup>7</sup>.

2. Depuis l'arrêt Rogié, que ce soit pour les licenciements prononcés pour un motif économique ou pour un motif disciplinaire, l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement ; à défaut le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 nov. 1990 : Juris-Data n° 1990-703382)

3. Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 4.

4. Arrêt précité note 2.

5. Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-28.085 : JurisData n° 2017-001896. – Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589 : JurisData n° 2016-004635 ; JCP S 2016, 1173, note A. Bugada.

6. L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 258 et D. n° 2016-1581, 23 nov. 2016 : JO 25 nov. 2016 ; JCP S 2017, act. 429. – V. C. trav., art. R. 1235-22.

7. Cons. const., 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC : AJDA 2015, 1570.

Non repris par la loi du 8 août 2016, l'encadrement des dommages et intérêts fixés par le juge figure dans l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387, au titre des dispositions relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse.

**12 - Montants minimaux et maximaux.** – En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur est désormais fixée à un montant compris entre des montants minimaux et maximaux établis en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Les montants minimaux sont différents selon que l'entreprise emploie habituellement moins de 11 salariés ou 11 salariés et plus (*C. trav., art. L. 1235-3, modifié*)<sup>8</sup>.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de 11 salariés et plus	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de moins de 11 salariés	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	Sans objet	1
1	1	0,5	2
2	3	0,5	3,5 <sup>9</sup>
3	3	1	4
4	3	1	5
5	3	1,5	6
6	3	1,5	7
7	3	2	8
8	3	2	8
9	3	2,5	9
10	3	2,5	10
11	3	3	10,5
12	3	3	11
13	3	3	11,5
14	3	3	12
15	3	3	13
16	3	3	13,5

8. Rappelons que le Conseil constitutionnel, dans le cadre d'une QPC, a jugé, à propos de l'article L. 1235-3 alinéa 2 du Code du travail instaurant dans les entreprises de plus de 10 salariés un plancher d'indemnisation de 6 mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse que « le législateur pouvait limiter le champ d'application de l'indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise » (*Cons. const., 13 oct. 2016, déc. n° 2016-582 QPC : JCP S 2016, act. 372*).

9. Les montants ont été légèrement modifiés dans la version définitive de l'ordonnance du 22 septembre 2017. L'indemnité maximale est passée de 3 à 3 mois et demi pour un salarié ayant 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de 11 salariés et plus	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de moins de 11 salariés	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
17	3	3	14
18	3	3	14,5
19	3	3	15
20	3	3	15,5
21	3	3	16
22	3	3	16,5
23	3	3	17
24	3	3	17,5
25	3	3	18
26	3	3	18,5
27	3	3	19
28	3	3	19,5
29	3	3	20
30 et au-delà	3	3	20

Ce barème fait disparaître celui introduit à titre indicatif par la loi Macron du 8 août 2016 (*C. trav., art. L. 1235-1, modifié*). Il n'est plus fait de distinction entre les licenciements de salariés de moins de 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de moins de 11 salariés et les salariés de plus de 2 ans d'ancienneté dans les entreprises de 11 salariés et plus sauf pour le remboursement des indemnités de chômage : « 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 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 (*C. trav., art. L. 1235-5, modifié*).

Ce barème entraîne une modification en chaîne des planchers et plafonds des dommages et intérêts sanctionnant les autres irrégularités dont le plancher de 6 mois de salaires bruts pour les licenciements nuls<sup>10</sup>.

Il est applicable aux licenciements notifiés postérieurement à la publication de l'ordonnance au *Journal officiel*, soit à compter du 24 septembre 2017.

**13 - Domaine.** – La barémisation semble viser le champ de l'article L. 1235-3 du Code du travail et donc l'hypothèse où le licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et non pour un licenciement irrégulier dans la forme. En réalité son champ est plus large :

La règle est étendue aux cas de **résiliation judiciaire aux torts de l'employeur et de prise d'acte justifiée** (*C. trav., art. L. 1235-3-2, nouveau*).

10. *Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 3 (C. trav., L. 1134-4, L. 1144-3, L. 1225-71, L. 1226-14, L. 123511, modifiés)*.

On peut s'interroger sur l'inclusion dans le barème des dommages et intérêts versés en cas de rupture abusive en raison des circonstances dans lesquelles elle est intervenue. Qu'en sera-t-il dans l'hypothèse d'une faute grave non démontrée ?

La barémisation est indépendante de l'indemnité de licenciement mais le juge « peut tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture » (C. trav., art. L. 1235-3, 6<sup>e</sup> al.). Et donc le montant de celles-ci peut permettre au juge de pondérer ou, au contraire, d'accroître l'indemnité, dans la limite du plafond. La précision n'est pas anodine, notamment si sont prises en compte dans le jeu de cette compensation, les indemnités extralégales (indemnité conventionnelle, indemnité prévue par le PSE...). L'évaluation judiciaire pourrait être influencée.

Certes, l'indemnité est cumulable avec celle versée en cas de licenciement pour motif économique irrégulier (défaut de consultation des IRP ou défaut d'IRP) et de non-respect de la priorité de réembauche (C. trav., art. L. 1235-13). Mais si les indemnités sont autonomes, le barème reste identique, c'est à dire que le montant total ne doit pas dépasser les maxima imposés. Dans cette circonstance, il ne s'agit plus uniquement de défaut de cause réelle et sérieuse mais de licenciement irrégulier.

**14 -** Surtout, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque le juge constate que le licenciement est nul. La version définitive de l'ordonnance tente d'apporter quelques précisions sur l'étendue de cette exception. Le texte initial visait le licenciement en application « d'une disposition législative en vigueur ou intervenu en violation d'une liberté fondamentale ». Le texte définitif semble plus restrictif en ciblant le licenciement « entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article » (C. trav., art. L. 1235-3, al. 1). Ce qui écarte, *a priori*, toute extension.

Sont énumérés à l'article L 1235-3-1 al 2 les hypothèses de nullité de licenciement légèrement complétées dans la dernière version du texte :

- violation d'une liberté fondamentale ;
- harcèlement moral ou sexuel ;
- licenciement discriminatoire dans des conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4, consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, en matière de dénonciation de crimes et délits ;
- consécutif à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé ainsi qu'aux protections dont bénéficient la femme enceinte, le salarié en congé de maternité et paternité, celui victime d'un accident du travail.

L'indemnité à la charge de l'employeur allouée par le juge ne peut être inférieure aux **6 derniers mois de salaires** mais elle n'est pas plafonnée ; elle est dès lors sans limite.

La technique de la liste utilisée par l'ordonnance n'est pas des plus heureuse même si elle se veut limitative<sup>11</sup>. Quant à la référence à la notion de liberté fondamentale, elle laisse une assez grande latitude au juge. Il ne faudrait pas que la barémisation s'avère contre-performante en aboutissant à une accentuation du nombre des licenciements nuls ! ! ! !

**15 - Risques.** – Même si implicitement la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015 en avait validé le principe tout en contestant les modalités<sup>12</sup>, la méthode de la barémisation encadrant

l'appréciation des dommages et intérêts par le juge tant dans son minimum que dans son maximum est contestée.

Est en cause le **principe de la réparation intégrale du préjudice**, principe auquel le caractère constitutionnel n'a certes pas été reconnu.

Est également invoqué le risque d'une **banalisation de l'octroi des dommages intérêts**, le maximum fixé risquant de devenir une règle générale et non plus le fruit d'une appréciation judiciaire. On peut y ajouter la propension qu'auront les plaideurs à qualifier de discriminatoire un nombre important de licenciements créant ainsi un contentieux artificiel dans le seul but d'échapper au plafond.

Est également invoquée, par certains auteurs<sup>13</sup>, la violation par le nouvel article L. 1225-3 du Code du travail, de l'article 24 de la Charte sociale européenne reconnaissant « le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée ». Le comité européen des droits sociaux s'est en effet prononcé sur l'inconventionnalité du plafonnement des indemnités de licenciement injustifié prévu par la législation finlandaise<sup>14</sup>. Celle-ci fixe un minimum et un maximum. Or pour le comité les mécanismes d'indemnisation doivent prévoir des indemnités d'un montant suffisant pour « compenser le préjudice subi par la victime, ce qui renvoie, pour certains, à l'idée de réparation intégrale. Le professeur Jean Mouly en conclut que l'exigence européenne d'une réparation intégrale fragilise l'ordonnance et « pourrait bien augurer d'un destin pour le moins tourmenté, à l'image de celui du CNE »<sup>15</sup>.

Au cœur de ce débat, ce sont en réalité le pouvoir et la liberté du juge d'apprécier le préjudice subi par le salarié qui sont en cause. Celui-ci tient généralement compte non seulement de l'ancienneté, de l'intéressé mais encore de la situation de l'emploi, de celle de la personne. Le passage d'un référentiel indicatif ayant une vocation d'harmonisation, à un plafonnement imposé minimise la fonction judiciaire.

**16 - Opportunités.** – À l'inverse, bien des arguments militent en faveur de la barémisation. Le premier est celui de la prévisibilité, pour l'employeur du montant des sommes qui seront ainsi éventuellement dues. Est également soulignée l'identité de régime des dommages et intérêts sur toute la France alors que les disparités d'évaluation sont à l'heure actuelle flagrantes. Mais n'est-ce pas le cas de toute évaluation de dommages et intérêts, en tous domaines ? Il est également noté que ce cantonnement des dommages et intérêts laisse au juge une marge de manœuvre dans la fourchette ainsi retenue. Enfin une telle mesure met fin à certaines tractations intervenant lors des licenciements et ne s'applique pas, de toute façon, aux licenciements nuls.

**17 - Constitutionnalité.** – Le recours porté devant le Conseil constitutionnel, faisait valoir les griefs suivants : une atteinte au principe de réparation intégrale du préjudice, une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, une inégalité de traitement entre les salariés selon qu'ils sont indemnisés du préjudice du fait d'un licenciement ou du fait d'autres fautes civiles.

Le Conseil<sup>16</sup> écarte le grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité en relevant que « 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. Il en résulte que par elle-même, l'habilitation ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ». Il ajoute que « le seul fait de prévoir un référentiel obligatoire pour l'indemni-

11. SSL 2017, n° 1781, p. 18 : « seul le licenciement faisant suite à une action en justice est cité et non les actes discriminatoires sur lesquels se fonde la demande en justice de nullité du licenciement ».

12. V. Cons. const. 5 août 2015, précité note 15. Le Conseil constitutionnel a jugé que si le législateur pouvait, afin de favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié. Si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'était pas le cas du critère des effectifs

de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel a en conséquence censuré l'article 266 pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

13. J. Mouly, *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité européen des droits sociaux* : Dr. soc. 2017, p. 745.

14. CEDS, 8 sept 2016, n° 106/2014, *Finnish Society Social rights c/ Finlande*.

15. J. Mouly, précité note 11, p. 750.

16. Cons. const. n° 2017-751, 7 sept. 2017.

sation du préjudice résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pour celle de préjudices résultant d'autres fautes civiles ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe d'égalité devant la loi ».

La constitutionnalité du mécanisme de barémisation est ainsi affirmée. Rappelons que dans un autre domaine qui est celui des accidents du travail et maladies professionnelles, le Conseil a admis le principe de la réparation forfaitaire.

## B. - Indemnité légale de licenciement

**18 - Ancienneté.** – L'article 39 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 modifie l'article L. 1234-9 du Code du travail, pour abaisser l'ancienneté minimale dont doit disposer un salarié pour bénéficier d'indemnités de licenciement. Celle-ci passe ainsi de douze mois à **huit mois**.

**19 - Revalorisation du montant.** – Annoncé par le Gouvernement<sup>17</sup>, le montant de l'indemnité légale de licenciement est revalorisé de 25 % pour les dix premières années d'ancienneté par décret du 25 septembre 2017<sup>18</sup>. L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants :

- 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans [contre 1/5 de mois auparavant, soit une revalorisation de 25 %] ;

- 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans [contre 2/15 auparavant] (C. trav., art. R. 1234-2, remplacé).

Le décret ajuste les modalités de calcul du salaire de référence lorsque la durée de service du salarié dans l'entreprise est inférieure à douze mois. Dans ce dernier cas, le calcul de l'indemnité se fait au prorata du nombre de mois complets précédant le licenciement (C. trav., art. R. 1234-1 et R. 1234-4, modifiés).

Ces dispositions sont applicables aux licenciements et mises à la retraite prononcés à partir du 27 septembre 2017 ainsi qu'aux ruptures conventionnelles conclues à partir de cette même date.

## 3. Harmonisation du régime de rupture de « certains accords collectifs d'entreprise »

**20** - Sont ici visés les accords dénommés communément accords de compétitivité : accords de maintien, de préservation et de développement de l'emploi et accords de mobilité. Sous couvert d'une harmonisation de ceux-ci et spécifiquement du droit du licenciement résultant du refus par le salarié de la modification de son contrat de travail, l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective aboutit à une certaine banalisation de ces accords dont le régime est pourtant spécifique.

### A. - Élargissement du champ

**21** - Il s'agit non plus seulement des accords de maintien de l'emploi, de préservation et de développement de l'emploi, de mobilité mais plus largement d'accords répondant « aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi » (C. trav., art. L. 2254-2, modifié). Ils peuvent aménager la durée, la répartition du temps de travail, la rémunération (dans le respect du SMIC et des minima conventionnels), déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne dans l'entreprise sans justification particulière.

Autant dire qu'il s'agit, pour répondre aux nécessités de l'entreprise, d'accord d'adaptabilité en matière de durée du travail, de rémunération, de mobilité géographique et professionnelle. Plus d'exigence d'un risque grave pour l'entreprise, plus d'objectif immédiat de développement ou de préservation de l'emploi, mais simplement de purs accords de gestion, d'anticipation que réclamation, depuis des lustres, les entreprises. Certes ils doivent être assortis de conditions formelles (preamble) mais sur un mode suggestif<sup>19</sup>. Ainsi le champ est large et la durée de l'accord collectif imprécisée.

### B. - Substitution et rupture du contrat de travail

**22** - Tranchant la question de la soumission du contrat individuel de travail à l'accord collectif, l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 précise que les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (C. trav., art. L. 2254-2, III, modifié).

Finie la suspension des clauses contraires du contrat de travail ; la conséquence est plus radicale : c'est un échange standard. Reste la possibilité pour le salarié, **dans un délai d'un mois, de refuser par écrit la modification de son contrat de travail résultant de l'application de cet accord**. Il serait certes possible ici de gloser sur cette qualification, la loi Warsmann ayant justement indiqué que la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. Le refus de l'application de l'accord place alors l'employeur sur le terrain disciplinaire. Les deux mécanismes perdurent-ils ? Mais qu'importe, des ajustements seront sans doute apportés !

**23** - En cas de refus écrit du salarié dans le délai d'un mois, l'employeur peut, ici de manière unifiée dans les différentes circonstances visées, engager une procédure de licenciement individuel. La cause de son licenciement est une cause réelle et sérieuse décide l'ordonnance. Le texte a sur ce point évolué : dans sa version originale, l'article 3 indiquait : « ce licenciement ne constitue pas un licenciement pour motif économique et repose sur une cause réelle et sérieuse ». Le texte définitif opte pour une autre formule : « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » (C. trav., art. L. 2254-2, V)<sup>20</sup>. Point de tentative de classer la rupture dans telle ou telle catégorie mais une qualification spécifique *sui generis* et la volonté d'éviter toute contestation sur son existence et son sérieux. La formule retenue tient compte des expériences passées.

Toute discussion sur le bien-fondé du licenciement paraît donc exclue. Qu'en sera-t-il en revanche si le salarié n'exprime pas son refus dans le délai précité ? Son acceptation devra-t-elle être présumée ?

19. « L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser :

1° Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée, ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

2° Les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée :

– les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;

– les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance ;

3° Les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés » (C. trav., art. L. 2254-2, II).

20. Il est précisé dans le texte que « ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 [procédure de licenciement pour motif personnel] ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11 [préavis, indemnité de licenciement], L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20 [certificat de travail, reçu pour solde de tout compte],

17. Min. Travail, communiqué, 13 juill. 2017.

18. D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017 : JO 26 sept. 2017.

Enfin le bénéfice de l'assurance chômage lui est acquis et ouverte la possibilité pour l'employeur d'abonder le compte personnel de formation de ces salariés (*C. trav., art. L. 2254-2, VI*). Cet abondement fait l'objet de quelques aménagements : il n'entre pas en compte dans le mode de calcul des heures créditées chaque année sur le CET ni dans le dépassement du plafond mentionné à l'article L 6323-11 du Code du travail).

**24** - Au-delà de ces quelques incertitudes, l'objectif de l'article 3 de l'ordonnance est clair et la formulation plus nette que dans les tentatives passées de l'accord de mobilité, de maintien de l'emploi et de préservation de l'emploi. L'accord collectif d'entreprise, dans ces hypothèses, s'impose aux salariés. Les conditions en sont souples, les conséquences sérieuses. Il ne s'agit plus d'une simple brèche dans

l'articulation classique des sources conventionnelles et contractuelles du travail. Il s'agit d'un tournant augurant d'une évolution plus générale de cette question.

Les différentes dispositions relatives au droit du licenciement individuel auxquelles il faut adjoindre celles relatives au licenciement économique, sont éparses répondant, en apparence, à des préoccupations ponctuelles des praticiens. Mais une fois le puzzle reconstitué, elles impriment, en réalité, un changement substantiel du droit de la rupture du contrat de travail.

**MOTS-CLÉS :** Rupture du contrat de travail - Licenciement pour motif personnel - Indemnisation - Procédure - Réforme

**TEXTES :** Ord. n° 2017-1385, art. 3. – Ord. n° 2017-1387, art. 2 à 6

## Annexes

- Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 2 à 6 : JO 23 sept. 2017

(extraits)

(...)

### Chapitre II : Dispositions relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse

#### Article 2

Le chapitre V du titre III du livre II de la première partie du code du travail est ainsi modifié :

1° Les cinquième, sixième et septième alinéas de l'article L. 1235-1 sont supprimés ;

2° Le second alinéa de l'article L. 1235-3 est remplacé par six alinéas ainsi rédigés :

« 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

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
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.

« 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. » ;

3° L'article L. 1235-3-1 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 1235-3-1.-L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

« Les nullités mentionnées à l'alinéa précédent sont celles qui sont afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 ou consécutif à une action en justice, en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 et en cas de dénonciation de crimes et délits, ou à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre I<sup>er</sup> du titre I<sup>er</sup> du livre IV de la deuxième partie, ainsi qu'aux protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

« L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. » ;

4° Après l'article L. 1235-3-1, il est inséré un article L. 1235-3-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 1235-3-2.-Lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'article L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminé selon les règles fixées à l'article L. 1235-3. » ;

5° L'article L. 1235-5 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 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 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. » ;

6° A l'article L. 1235-11, le nombre : « douze » est remplacé par le chiffre : « six » ;

7° A l'article L. 1235-13, le chiffre : « deux » est remplacé par le chiffre : « un » ;

8° Le troisième alinéa de l'article L. 1235-14 est supprimé.

### Article 3

Le livre I<sup>er</sup> de la première partie du code du travail est ainsi modifié :

1° Les trois derniers alinéas des articles L. 1134-4 et L. 1144-3 sont remplacés par la phrase suivante :

« Lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, les dispositions de l'article L. 1235-3-1 sont applicables. » ;

2° L'article L. 1225-71 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 1225-71.-L'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 et L. 1225-35 à L. 1225-69 peut donner lieu, au profit du salarié, à l'attribution d'une indemnité déterminée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1. » ;

3° Le troisième alinéa de l'article L. 1226-15 est remplacé par les dispositions suivantes :

« En cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie une indemnité au salarié dont le montant est fixé conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1. Elle se cumule avec l'indemnité compensatrice et, le cas échéant, l'indemnité spéciale de licenciement, prévues à l'article L. 1226-14. »

### Chapitre III : Dispositions relatives aux règles de procédure et de motivation applicables aux décisions de licenciement et leurs conséquences

#### Article 4

I.-Le dernier alinéa de l'article L. 1232-6 du même code est complété par les mots :

« et fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement.

« Ces modèles rappellent en outre les droits et obligations de chaque partie. »

II.-Les articles L. 1233-16 et L. 1233-42 du même code sont complétés par les alinéas ainsi rédigés :

« Un décret en Conseil d'État fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement.

« Ces modèles rappellent en outre les droits et obligations de chaque partie. »

III.-L'article L. 1235-2 du code du travail est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 1235-2.-Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement prévue aux articles L. 1232-6, L. 1233-16 et L. 1233-42 peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixés par décret en Conseil d'État.

« La lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement.

« A défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire.

« En l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l'indemnité allouée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3.

« Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la

procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12, L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. »

IV.-Après l'article L. 1235-2 du même code, il est inséré un article L. 1235-2-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 1235-2-1.-En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'article L. 1235-3-1. »

V.-L'article L. 1245-1 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La méconnaissance de l'obligation de transmission dans le délai fixé par l'article L. 1242-13 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. »

VI.-L'article L. 1251-40 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La méconnaissance de l'obligation de transmission dans le délai fixé par l'article L. 1251-17 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. »

#### Chapitre IV : Délais de recours en cas de rupture du contrat de travail

##### Article 5

À la sous-section 1 de la section 2 du chapitre V du titre III du livre II de la première partie du code du travail, l'article L. 1235-7 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 1235-7.-Toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement. »

##### Article 6

Au chapitre unique du titre VII du livre II de la première partie du code du travail, l'article L. 1471-1 est ainsi modifié :

1° À l'alinéa premier, les mots : « ou la rupture du contrat de travail » sont supprimés ;

2° Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture. » ;

3° Au deuxième alinéa, devenu troisième alinéa, le mot : « premier » est remplacé par le mot : « deuxième ».

(...)

#### Titre V : MODIFIER LA CONDITION DE VERSEMENT DE L'INDEMNITÉ PRÉVUE À L'ARTICLE L. 1234-9 DU CODE DU TRAVAIL

##### Article 39

Au premier alinéa de l'article L. 1234-9 du code du travail, les mots : « une année d'ancienneté ininterrompue » sont remplacés par les mots : « 8 mois d'ancienneté ininterrompus ».

● Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 3 : JO 23 sept. 2017

(extraits)

#### Chapitre III : Harmonisation et simplification des conditions de recours et du contenu de certains accords collectifs

##### Article 3

I.- L'article L. 2254-2 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 2254-2.-I.-Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise peut :

« -aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;

« -aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance et des salaires minima conventionnels mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ;

« -déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

« II.-L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser :

« 1° Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée, ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

« 2° Les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée :

« -les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;

« -les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance ;

« 3° Les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés.

« Les dispositions des articles L. 3121-41, L. 3121-42, L. 3121-44 et L. 3121-47 s'appliquent si l'accord met en place notamment un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine.

« III.- Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

« Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.

« IV.- Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord.

« V.- Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.

« VI.- Le salarié peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi à l'issue du licenciement et être indemnisé dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20. L'employeur abonde le compte personnel de formation du salarié dans des conditions et limites définies par décret. Cet abondement n'entre pas en compte dans les modes de calcul des heures créditées chaque année sur le compte et du plafond mentionné à l'article L. 6323-11. »

II. - À l'article L. 6323-15 du même code, avant la référence : « L. 5151-9 », il est inséré la référence : « L. 2254-2 ».

III.- La section 3 du chapitre II du titre II du livre II de la première partie du même code, les articles L. 2254-3 à L. 2254-6, ainsi que le chapitre V du titre II du livre I<sup>er</sup> de la cinquième partie du présent code sont abrogés.

IV.- Le deuxième alinéa de l'article L. 2323-15 du même code est supprimé.

V.- Au premier alinéa du II de l'article L. 3132-25-3 du même code, les mots : « , soit par un accord conclu dans les conditions mentionnées aux II à IV de l'article L. 5125-4 » sont supprimés.

VI.– A l'article L. 5544-1 du code des transports, la référence : « L. 1222-7 » est supprimée.