

DOSSIER  
JURIDIQUE



P3

## ORDONNANCES MACRON :

### LE NOUVEAU RÉGIME DU LICENCIEMENT ET LES MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT

## EN BREF

### JURIDIQUE

#### Élections professionnelles – Représentation équilibrée des femmes et des hommes

Pour chaque collège électoral, les listes de candidats aux élections professionnelles qui comportent plusieurs candidats, sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Les listes sont composées

alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes (art. L. 2324-22-1 CT).

Dans une première affaire, une candidate figurant en deuxième position sur la liste des suppléants a été élue alors qu'en application de la règle de l'alternance un



[www.jdsavocats.com](http://www.jdsavocats.com)

Toute l'actualité du droit social  
pour les CE et du CSE

**JDS avocats**

pour vous conseiller et vous défendre

## EN BREF

candidat de sexe masculin aurait dû figurer à sa place. Après avoir précisé que les prescriptions relatives à la représentation équilibrée des femmes et des hommes sont d'ordre public absolu, la Cour estime pour la première fois que le non-respect de la règle de l'alternance entraîne l'annulation de l'élection de tout élu dont le positionnement sur la liste ne respecte pas ces prescriptions, sauf si la liste correspond à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste ont été élus.

► Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-60133

Dans une seconde affaire, un syndicat a déposé une liste ne comportant qu'un seul candidat titulaire masculin alors que deux sièges de titulaires étaient à pourvoir dans ce collège composé de 77 % de femmes et de 23 % d'hommes, soit deux sièges réservés aux femmes selon la règle d'arrondi arithmétique prévue par la loi. Saisi par l'employeur, le tribunal d'instance a validé l'élection du candidat au motif que les exigences de la loi s'appliquent uniquement aux listes comportant plusieurs candidats.

Notons que, dans l'intervalle, le Conseil constitutionnel a ajouté que la règle dite de l'arrondi ne peut « faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral » (*C. constit.*, n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018).

Dès lors, la Cour de cassation estime que, deux postes étant à pourvoir, le syndicat était tenu de présenter une liste comportant nécessairement une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré. Par conséquent, la Cour de cassation semble imposer la présence d'un candidat du sexe sous-représenté sur les listes tout en fermant la voie à la validité des candidatures uniques lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir dans un collège électoral...

► Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-14088

 [Note explicative diffusée sur le site de la Cour de cassation](#)

## JURIDIQUE

### Consultation sur les orientations stratégiques : le délai ne court qu'à compter de la mise à disposition de la BDES.

Les membres du comité d'entreprise ont la possibilité de saisir le juge s'ils estiment que les informations communiquées par l'employeur en vue de sa consultation sont insuffisantes (*anc. art. L. 2323-4 CT*). Mais la saisine du juge doit nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de consultation et n'a pas pour effet de prolonger ce délai.

En l'espèce, le comité d'entreprise a été réuni en vue de son information et de sa consultation sur les orientations stratégiques et a saisi le juge pour faire ordonner la mise à sa disposition de la BDES, support de préparation de la dite

consultation. Cependant, la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande du comité au motif que sa demande est intervenue plus de 4 mois après la communication d'informations qu'il jugeait insuffisantes.

Toutefois, la Cour de cassation rappelle que lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certains documents, le délai de consultation ne court qu'à compter de cette communication. Dès lors, en l'absence de mise à disposition de la BDES en vue de la consultation sur la stratégie, le délai de consultation n'avait pu commencer à courir. La demande du comité était donc parfaitement fondée.

► Cass. soc., 28 mars 2018, n°17-13081



**JDS** **avocats**  
pour vous conseiller et vous défendre

**Salariés !  
Représentants du personnel !**

**Les entreprises  
ont les moyens  
d'engager  
un grand cabinet  
d'avocats.**

**Vous aussi**

Avec JDS avocats...

Vous gagnez  
du temps

Vous êtes  
plus crédibles

Vous prenez les  
bonnes décisions

[jdsavocats.com](http://jdsavocats.com)

**Les JDS**  
RESEAU D'EXPERTS, CONSEILS ET  
FORMATEURS DU CE ET DU CHSCT

 Cabinet certifié  
Qualité ISO 9001

## DOSSIER



# ORDONNANCES MACRON : LE NOUVEAU RÉGIME DU LICENCIEMENT ET LES MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT

DOSSIER PRÉPARÉ PAR

**JDS** **avocats**  
pour vous conseiller et vous défendre

Dans la droite ligne de la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 et de la loi Travail de 2016, les ordonnances relatives à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail et au renforcement de la négociation collective (ordonnances n°2017-1387 et n°2017-1385 du 22 septembre 2017) viennent réduire le champ d'application du droit du licenciement pour motif économique et instituent de nouveaux mécanismes de contournement telle la rupture conventionnelle collective.

De plus, les ordonnances rendent plus difficile les possibilités de contestation des licenciements par les salariés et réduisent les indemnités qui leur sont versées en cas de licenciement injustifié. La rengaine est désormais connue : il faut sécuriser la rupture du contrat de travail au profit de l'employeur, réduire le coût des licenciements individuels et collectifs ainsi que le contentieux lié à la rupture du contrat de travail ... pour créer de l'emploi !



# UN DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE AU CHAMP D'APPLICATION RÉDUIT

## A - LA RÉDUCTION DES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Rappelons préalablement que le droit du licenciement pour motif économique impose toujours à l'employeur, d'une part, de justifier le licenciement par l'une des causes économiques prévues par la loi telles que des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou une cessation d'activité de l'entreprise (art. L. 1233-3 CT) et, d'autre part, de rechercher un poste de reclassement pour le salarié dont il envisage le licenciement (art. L. 1233-4 CT). En outre, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque les licenciements envisagés concernent au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours, l'employeur doit toujours mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre (art. L. 1233-3 CT, L. 1233-4 CT et L. 1233-61 CT).

Toutefois, les dispositions issues des ordonnances Macron visent à alléger les obligations de l'employeur et facilitent in fine le licenciement économique des salariés.

### 1 - La réduction du périmètre d'appréciation du motif économique au territoire national

Désormais, l'élément causal du motif économique caractérisé par des difficultés économiques, des mutations technologiques, la cessation d'activité ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécie (art. L. 1233-3 CT) :

- au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe ;
- dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à son propre secteur d'activité et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude. Cette définition légale du périmètre d'appréciation du motif économique met un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui imposait de prendre en considération, le cas échéant, les entreprises du groupe implantées à l'étranger relevant du même secteur d'activité (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42690).

Cette limitation du périmètre au territoire national signifie donc l'abandon d'une conception du groupe comme une organisation économique impliquant une solidarité financière entre les sociétés membres. Par ailleurs, les stratégies des grands groupes consistant notamment à organiser les difficultés économiques d'une filiale par des montages financiers n'en seront que facilitées quand bien même le législateur vise expressément le cas de fraude.

Cette précision, qui ne fait que rappeler un principe général du droit<sup>(1)</sup>, est sans incidence dans la mesure où la fraude ne se présume pas et il appartient à celui qui l'invoque d'en apporter la preuve ... À ce titre, seuls l'expert économique et l'avocat désignés par le CSE sur un projet de licenciement collectif pour motif économique sauraient apporter les éléments suffisants pour démontrer l'éventuelle fraude, eu égard au droit d'accès à tous les documents économiques et financiers nécessaires à la réalisation de la mission de l'expert, ce dernier ayant toujours accès aux informations et documents détenus par des entités du groupe implantées à l'étranger !

1/ L'adage selon lequel la fraude corrompt tout, s'applique en effet à toute règle de droit. D'ailleurs, l'ajout de cette précision a été considérée comme superfétatoire par le Conseil d'État (avis du Conseil d'État sur la loi d'habilitation du 22 juin 2017, n°393357).



**DOSSIER / ORDONNANCES MACRON : LE NOUVEAU RÉGIME DU LICENCIEMENT ET LES MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT**

**ATTENTION**

Le périmètre d'appréciation des moyens investis par l'entreprise dans un PSE est quant à lui toujours constitué du groupe dans sa dimension internationale, le cas échéant. À cet égard, le Conseil d'État est venu récemment préciser que les moyens du groupe, notamment financiers, à prendre en compte sont ceux dont disposent l'ensemble des entreprises placées sous le contrôle d'une même entreprise dominante ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante et ce peu important que le siège de ces entreprises soit implanté à l'étranger (CE, ch. réunies, 7 févr. 2018, n° 397900 et 406905).

la notion de groupe correspond désormais au groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle au sens du Code de commerce (art. L. 1233-4 CT). Cette définition « capitalistique » du groupe témoigne d'une approche plus restrictive que celle adoptée jusqu'alors par la Cour de cassation qui étendait la notion de groupe, au sens de l'obligation de reclassement des salariés, aux réseaux de sociétés, c'est-à-dire aux sociétés qui n'avaient pas de lien capitalistique avec le groupe (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42690 ; Cass. soc. 16 novembre 2016, n° 14-30063 et 15-19927). Ainsi, les réseaux de franchise (Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-22944) ou les réseaux de commerçants indépendants (Cass. soc. 16 nov. 2016, n° 14-30063 et 15-19927) pouvaient constituer des groupes de reclassement. Cette nouvelle définition met donc un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation et réduit, le cas échéant, les possibilités de reclassement des salariés.

**ATTENTION**

En matière d'offres de reclassement, l'ordonnance a introduit la possibilité pour tous les employeurs de diffuser une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés (art. L. 1233-4 CT).

La nouvelle législation est donc en rupture avec la jurisprudence (Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-43841). En effet, le salarié ne sera plus nécessairement destinataire d'une proposition de reclassement personnalisée, ce sera à lui de se positionner par rapport à une liste diffusée par tout moyen. Il s'agit donc d'une sorte d'« autoreclassement »<sup>(2)</sup> du salarié dans le cadre d'une « bourse à l'emploi » interne à l'entreprise !

**2 - La réduction du périmètre d'application de l'obligation de reclassement**

De façon identique, pour les entreprises appartenant à un groupe, le périmètre de reclassement des salariés visés par un licenciement économique est lui aussi réduit au territoire national (art. L. 1233-4 CT), les ordonnances ayant également supprimé les dispositions qui imposaient à l'entreprise de proposer les postes disponibles hors de France, notamment dans d'autres entités du groupe auquel elle appartient, aux salariés qui avaient déclaré être prêts à s'expatrier pour éviter un licenciement (art. L. 1233-4-1 CT abrogé). Surtout, si le périmètre de reclassement - sur le seul territoire national - continue de correspondre aux entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel,



2/ A. Fabre, Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? Sem. Soc. Lamy N° 1790, 13 novembre 2017 Supplément





## B - LES NOUVEAUX MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT DU DROIT DU LICENCIEMENT COLLECTIF PAR VOIE CONVENTIONNELLE

Trois dispositifs issus des ordonnances n°2017-1387 et n°2017-1385 du 22 septembre 2017 permettent à l'employeur, sous réserve de la conclusion d'un accord majoritaire, d'envisager des ruptures de contrat de travail échappant au droit du licenciement pour motif économique. En effet, l'employeur n'a pas à justifier d'un contexte économique ni d'un quelconque motif économique pour recourir à ces différents dispositifs. Cela a également pour conséquence d'exonérer l'employeur de ses obligations de consultation du CSE sur le projet de réduction d'effectifs et de supprimer le droit à l'expertise du CSE et des organisations syndicales<sup>(3)</sup>. Il n'est plus tenu de chercher à reclasser les salariés ni de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Enfin, le salarié perd le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle ou du congé de reclassement et ne peut plus contester le bien-fondé de la rupture de son contrat de travail devant le Conseil de prud'hommes.

Ce faisant, sont insérés dans une nouvelle section du Code du travail relative aux ruptures négociées, les dispositifs relatifs aux congés de mobilité (art. L. 1237-18 et s. CT) et aux ruptures conventionnelles collectives (art. L. 1237-19 et s. CT). En outre, de nouveaux accords dits de « performance collective », fusionnent en un seul régime, les accords de préservation ou de développement de l'emploi créés par la loi El Khomri de 2016, les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne introduits par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 et les accords de réduction du temps de travail issus des lois Aubry.

### À NOTER

Pour mettre en œuvre ces dispositifs, l'employeur doit conclure un accord collectif majoritaire avec les organisations syndicales représentatives de l'entreprise. On peut alors utilement rappeler que rien n'impose aux organisations syndicales de signer de tels accords. Elles disposent donc d'un rapport de forces favorable qui leur permettrait d'imposer un certain nombre de conditions et revendications préalables à la négociation voire à la conclusion, par exemple, d'un accord de rupture conventionnelle collective !

Rappelons également que pour être valables, ces accords doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles (art. L.2232-12 CT). Mais attention, si ces accords sont signés par des organisations représentatives ayant recueilli entre 30 % et 50 % des suffrages appréciés dans les conditions précitées, les organisations signataires voire désormais l'employeur peuvent prendre l'initiative d'organiser un référendum auprès des salariés ! (cf : notre Lettre au CE n°62 :

La négociation collective d'entreprise dans la loi El Khomri).

### 1 - Le congé de mobilité

Le congé de mobilité doit, pour pouvoir être proposé par l'employeur à ses salariés, être prévu dans un accord collectif portant rupture conventionnelle collective ouvert à toutes les entreprises sans condition d'effectif (art. L. 1237-19 à L. 1237-19-8 CT) ou dans un accord portant sur la gestion des emplois et des compétences réservé aux entreprises d'au moins 300 salariés (art. L. 1237-18 CT). Ce dispositif a pour objet de « favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail » (art. L. 1237-18 CT). Le congé de mobilité emporte une suspension du contrat de travail, rémunérée dans les conditions de l'article L. 1237-18-3 du Code du travail, pendant laquelle le salarié peut bénéficier d'actions de formation ou de mesures d'accompagnement prévues par l'accord voire de périodes de travail accomplies au sein ou en dehors de l'entreprise (art. L. 1237-18-1 CT). À l'issue de ce congé, le contrat de travail est rompu d'un commun accord entre l'employeur et le salarié (art. L. 1237-18-4 CT).

Nouveauté, ce congé de mobilité pourra être proposé par l'employeur, à tout moment, en dehors de tout contexte économique particulier. Auparavant, ce congé pouvait seulement être proposé par l'employeur au salarié dans les cas où il envisageait un licenciement pour motif économique (anc. art. L. 1233-71 et L.1233-77 CT). Par voie de conséquence, le salarié ne pourra plus se prévaloir des règles issues du droit du licenciement économique, en particulier l'exigence d'un motif économique alors que la Cour de cassation considérait

3/ Le comité peut toutefois mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations relatives aux accords de performance collective (art. L.2315-92 CT). Mais la loi ne fixe pas les modalités de financement de cette expertise !

## DOSSIER / ORDONNANCES MACRON : LE NOUVEAU RÉGIME DU LICENCIEMENT ET LES MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT

jusqu'alors que le salarié bénéficiaire d'un congé de mobilité pouvait toujours contester le motif économique de la rupture (*Cass. soc., 12 nov. 2015, n°14-15430*).

### a. Adhésion volontaire du salarié

Le congé de mobilité ne peut être imposé au salarié. Ce dernier peut adhérer, s'il le souhaite, à la proposition du congé. L'accord collectif prévoyant le congé de mobilité doit préciser les modalités d'adhésion du salarié à la proposition de l'employeur, comprenant les conditions d'expression de son consentement écrit, et les engagements des parties (*art. L. 1237-18-2 CT*).

### b. Rupture d'un commun accord

L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail à l'issue du congé (*art. L. 1237-18-4 CT*). Le salarié perçoit des indemnités de rupture, déterminées par l'accord collectif, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement pour motif économique (*art. L. 1237-18-2 CT*).

### c. Intervention de l'administration

L'administration du travail est seulement informée par l'employeur des ruptures prononcées dans ce cadre (*art. L. 1237-18-5 CT*).

## 2 - La rupture conventionnelle collective

Un accord collectif peut désormais déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois (*art. L. 1237-19 CT*). Les ordonnances instituent en réalité un régime propre aux plans de départs volontaires autonomes issus de la jurisprudence Renault (*Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-15187*).

### a. Adhésion volontaire du salarié

À l'instar du congé de mobilité, la rupture conventionnelle ne peut être imposée au salarié. Il appartient, en effet, à ce dernier de se porter candidat au dispositif (*art. L. 1237-19-1 CT*).

### b. Rupture d'un commun accord

L'acceptation par l'employeur de la candidature du salarié emporte rupture du contrat d'un commun accord (*art. L. 1237-19-2 CT*). Le salarié a droit à des indemnités qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement (*art. L. 1237-19-1 CT*). Il bénéficie des mesures obligatoirement déterminées par l'accord : mesures visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents, telles que le congé de mobilité, des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion ou des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés (*art. L. 1237-19-1 CT*). Attention, si la loi impose que des mesures d'accompagnement soient prévues par

l'accord, elle ne fixe aucun minimum (à la différence d'un PSE !).

### c. Intervention de l'administration

L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord (*art. L. 1237-19 CT*). En outre, l'accord portant rupture conventionnelle collective doit être validé par la DIRECCTE qui n'opère qu'un contrôle restreint. L'administration dispose d'un délai de 15 jours pour valider l'accord, son silence au-delà de 15 jours valant acceptation (*art. L. 1237-19-4 CT*). L'employeur dont le projet est refusé peut présenter une nouvelle demande après modification et information du CSE (*art. L. 1237-19-6 CT*).

## 3 - Les accords de performance collective

Un accord de performance collective peut être conclu « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi » (*art. L. 2254-2 CT*). L'accord a vocation à aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; à aménager la rémunération dans le respect des salaires minima hiérarchiques prévus par la convention collective de branche ; et/ou déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (*art. L. 2254-2 CT*).

Alors qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail (*Cass. soc., 14 mai 1998, n°96-43797*) et que le principe de faveur est normalement applicable en cas de conflit entre un accord collectif et le contrat de travail (*art. L. 2254-1 CT*), l'accord de performance collective permet d'imposer aux salariés une baisse de la rémunération dans les limites précédemment évoquées, une augmentation de la durée du travail sans contrepartie, une nouvelle organisation du temps de travail telles des conventions de forfait, un changement de lieu de travail ou de poste, etc. En effet, les clauses contraires et incompatibles du contrat sont écartées au profit des stipulations de l'accord (*art. L. 2254-2 CT*).

Attention, s'il est précisé que « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord » (*art. L. 2254-2 CT*), en réalité, ce refus autorise l'employeur à prononcer un licenciement pour motif spécifique reposant sur une cause réelle et sérieuse ! Notons que l'ordonnance n°2017-1385 abandonne la qualification de licenciement individuel pour motif économique présente dans les anciens accords de préservation ou de développement de l'emploi. Le salarié licencié perd également le bénéfice du parcours d'accompagnement personnalisé (*anc. art. L. 2254-3 CT*). En outre, quel que soit le nombre de salariés licenciés pour avoir refusé l'application de l'accord, l'employeur ne sera jamais tenu de mettre en œuvre un PSE !

On notera enfin que l'administration du travail est totalement écartée de ce dispositif.



# II. LES POSSIBILITÉS DE CONTESTATION DES LICENCIEMENTS RENDUES PLUS DIFFICILES

Il s'agit d'aborder ici ce qui constitue, selon nous, les plus graves atteintes portées par les ordonnances Macron aux droits des salariés selon le leitmotiv de la sécurisation des relations de travail. Et la portée de cette réforme n'est pas que d'ordre juridique, elle est également d'ordre psychologique : tout est mis en œuvre pour réduire voire anéantir les velléités des salariés à contester judiciairement la rupture de leur contrat de travail. Objectif auquel il ne faudrait pas succomber !

## A - UN ALLÈGEMENT DE L'EXIGENCE DE MOTIVATION DU LICENCIEMENT

### À NOTER

L'article 1 du décret n°2018-1820 du 29 décembre 2017 institue 6 modèles de lettres couvrant l'ensemble des catégories de licenciement pour motif personnel et pour motif économique, que tout employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement. Ce texte précise également que l'employeur « utilise le modèle de lettre correspondant à la nature juridique du licenciement envisagé et l'adapte aux spécificités propres à la situation du salarié ainsi qu'aux régimes conventionnels et contractuels qui lui sont applicables ».

### 1 - La possibilité de préciser le motif de licenciement a posteriori

Si la loi prévoit toujours que « la lettre de licenciement [...] fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement » (art. L. 1235-2 al. 2 CT), elle donne désormais la possibilité à l'employeur de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement « après la notification de celle-ci (...), soit à son initiative soit à la demande du salarié » (art. L. 1235-2 al. 1 CT). La lettre de

notification du licenciement perd ainsi son caractère immuable et autorise donc désormais l'employeur à « préciser » les motifs dans un second temps, soit de sa propre initiative, soit à la demande du salarié. Évidemment, les interrogations sont grandes tant le verbe « préciser » reste flou. Selon nous, la faculté de préciser ne permet pas de « compléter<sup>(4)</sup> ». Autrement dit, l'employeur ne peut ajouter d'autres motifs et la précision ne peut concerner des éléments (motifs ou faits) ne figurant pas dans la lettre<sup>(5)</sup>. Il appartiendra donc dans un premier temps au Conseil de prud'hommes (puis aux juridictions supérieures) de se prononcer. Mais les enjeux sont immenses et emportent des conséquences importantes en matière de sanction de l'insuffisance de motivation.

### 2 - L'insuffisance de motivation moins sévèrement sanctionnée

« 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, n°88-44308). C'est en ces termes que la Cour de cassation posa la règle selon laquelle l'absence ou l'insuffisance de motivation dans la lettre de licenciement constituait une irrégularité de fond, sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement donnant droit au versement de l'indemnité pour licenciement injustifié, et non une simple irrégularité de forme sanctionnée par le versement d'un mois de salaire tout au plus.



<sup>4/</sup> La première version de l'ordonnance prévoyait en effet que les motifs pouvaient être « précisés » et « complétés » par l'employeur.

<sup>5/</sup> A. Fabre, La motivation du licenciement, Droit social, 2018, p.4



## QU'EST-CE QU'UNE INSUFFISANCE DE MOTIVATION ?

Il a été jugé que la seule mention dans la lettre de licenciement d'une « inaptitude au poste occupé » sans autre précision constituait un motif insuffisant (*Cass. soc., 20 févr. 2002, n°99-40527*) ou que « la seule référence aux motifs contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable » constituait une absence de motif (*Cass. soc., 30 nov. 1994, n°93-40422*). En outre, dans le cas d'un licenciement pour motif économique, « la simple référence à un licenciement pour motif économique ne constitue pas l'énoncé du motif économique exigé par la loi » (*Cass. soc., 12 janv. 1994, n°92-42827*), l'employeur devant préciser la nature de la cause économique et son incidence sur l'emploi supprimé.

Désormais, « à défaut pour le salarié d'avoir 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 et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire » (*art. L. 1235-2 CT*). Pour l'essentiel, il faut donc retenir que :

- Soit le salarié a sollicité des précisions dans un délai de 15 jours à compter de la notification de sa lettre de licenciement (*art. R. 1232-13 et R. 1233-2-2 CT*) : l'insuffisance de motivation prive alors le licenciement de cause réelle et sérieuse et le salarié peut prétendre au versement de l'indemnité pour licenciement injustifié (elle-même réduite du fait de la mise en œuvre du nouveau barème d'indemnisation) ;
- Soit le salarié n'a pas sollicité de précision ou ne l'a pas fait dans le délai imparti : l'insuffisance de motivation devient une simple irrégularité de forme qui ouvre droit à une indemnité d'un mois de salaire maximum.

Il s'agit donc, à travers cette nouvelle disposition, de donner un rôle actif au salarié dans la procédure de licenciement en lui imputant une responsabilité ! En effet, il appartient désormais au salarié de déterminer par lui-même, dans un délai particulièrement court de 15 jours, si le motif est ou non suffisant et d'en tirer toutes les conséquences : adresser une demande de précision et permettre, le cas échéant, à l'employeur de corriger son manquement ou ne pas intervenir et se voir reprocher par le juge son inaction !

## ATTENTION

Le conseil et l'assistance d'un cabinet d'avocats spécialisé en droit du travail, dès le début de la procédure de licenciement, apparaît plus que jamais indispensable pour répondre à toutes ces nouvelles questions et définir les nouvelles stratégies d'action. N'hésitez pas à nous contacter !



## B - UN BARÈME D'INDEMNISATION EN CAS DE LICENCIEMENT INJUSTIFIÉ

### 1 - La réparation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement

Après l'échec<sup>(6)</sup> d'une première tentative de la loi Macron du 6 août 2015 d'introduire un barème d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 franchit de nouveau le pas. La loi prévoit désormais un barème d'indemnisation avec un plancher et un plafond variant selon l'ancienneté du salarié dans l'entreprise (*art. L. 1235-3 CT*). Attention, pour les entreprises de moins de 11 salariés, le plancher est abaissé pour les 10 premières années d'ancienneté mais le plafond reste le même que celui applicable pour les entreprises de plus de 11 salariés.

6/ Dispositif censuré par le Conseil constitutionnel en ce que le législateur avait opéré une différence de traitement entre les entreprises selon leur taille pour fixer le plafond d'indemnisation. En revanche, il laissait la porte ouverte au critère relatif à l'ancienneté du salarié (*Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC*).

Ancienneté du salarié (en années complètes)	Indemnité minimale dans les entreprises de moins de 11 salariés (en mois de salaire brut)	Indemnité minimale dans les entreprises d'au moins 11 salariés (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	-	-	1
1	0,5	1	2
2	0,5	3	3,5
3	1	3	4
4	1	3	5
5	1,5	3	6
6	1,5	3	7
7	2	3	8
8	2	3	8
9	2,5	3	9
10	2,5	3	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
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

## DOSSIER / ORDONNANCES MACRON : LE NOUVEAU RÉGIME DU LICENCIEMENT ET LES MÉCANISMES DE CONTOURNEMENT

Ajoutons que le versement éventuel des indemnités dues en raison de l'absence de consultation des IRP par l'employeur lors d'un licenciement pour motif économique (*art. L. 1235-12 CT*), pour violation de la priorité de réembauche (*art. L. 1235-13 CT*) ou pour carence de l'employeur dans la mise en place d'IRP dans l'entreprise (*art. L. 1235-15 CT*) ne pourra donner lieu au dépassement du barème d'indemnisation !

### ATTENTION

En revanche, les indemnités liées à des préjudices distincts de celui lié à la perte injustifiée d'emploi peuvent se cumuler avec l'indemnité prévue par le barème. Par exemple, le préjudice consécutif au non-respect de l'obligation d'adaptation du salarié à son emploi (*Cass. soc., 7 mai 2014, n°13-14749*), à la violation de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (*Cass. soc., 19 octobre 2010, n°09-42225*), au manquement à une obligation de sécurité (*Cass. soc., 17 mai 2017, n°15-19300*) voire au non-respect du droit à la déconnexion du salarié ! La multiplication des chefs de préjudice pourrait pallier la réduction des indemnités versées aux salariés mais encore faut-il les démontrer !

Enfin, il faut rappeler que le barème n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité. 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 (*art. L. 1235-3-1 CT*). L'article L. 1235-3-1 du Code du travail liste désormais six causes de nullité du licenciement dont, notamment, la violation d'une liberté fondamentale, les faits de harcèlement moral ou sexuel, les discriminations...

### À NOTER

#### LA DIMINUTION DES PLANCHERS POUR CERTAINES INDEMNITÉS

Les indemnités dues en cas de nullité du licenciement pour motif économique (*art. L. 1235-11 CT*) et de licenciement pour inaptitude sans consultation des délégués du personnel ou du CSE (*art. L. 1226-15 CT*) ne peuvent être inférieures à six mois de salaire contre douze auparavant. L'indemnité due en cas de priorité de réembauche se voit appliquer le plancher d'un mois de salaire contre deux auparavant (*art. L. 1235-13 CT*).



## C - LA LIMITATION DES DÉLAIS DE RECOURS

Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit désormais par douze mois à compter de la notification de la rupture (*art. L. 1235-7 CT, art. L. 1471-1 CT*). En revanche, cette prescription de douze mois ne s'applique pas aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire et aux actions exercées dans le cadre de mesures discriminatoires (*art. L. 1132-1 CT*), du harcèlement moral (*art. L. 1152-1 CT*) et du harcèlement sexuel (*art. L. 1153-1 CT*).



## MISE EN PLACE DU CSE : 3 enjeux majeurs que vous devez maîtriser

Le CSE ne comporte plus qu'un seul périmètre dans lequel toutes les prérogatives sont censées être exercées. Son efficacité future dépend en très grande partie de 3 enjeux au moment de sa mise en place.

### 1<sup>er</sup> ENJEU

#### Faire rentrer toutes vos prérogatives dans une seule instance

Remplir au mieux toutes vos missions va dépendre du nombre et du périmètre des CSE d'établissement, des moyens et prérogatives des délégués de proximité et de la commission santé.

**VOTRE OBJECTIF :** structurer correctement l'instance pour remplir toutes vos missions.

### 2<sup>e</sup> ENJEU

#### Obtenir de vrais moyens sans renoncer la moindre prérogative

Les Ordonnances Macron rendent caducs tous les accords antérieurs portant sur les prérogatives et les moyens des instances représentatives. De plus, elles réduisent le nombre d'élus et le volume d'heures de délégations (30% à 70% selon les entreprises).

La négociation peut améliorer cette base. Mais si elle est mal menée, elle peut malheureusement aboutir à diminuer les droits du CSE et des salariés.

**VOTRE OBJECTIF :** conclure de nouveaux accords pour conserver, voire améliorer, vos prérogatives professionnelles, économiques et en matière de santé au travail.

### 3<sup>e</sup> ENJEU

#### Formaliser et sécuriser le transfert du patrimoine du CE vers le CSE

Le transfert du patrimoine des comités d'entreprise et d'établissement vers le comité social et économique nécessite des actes préparatoires, qu'il faut anticiper.

**VOTRE OBJECTIF :** sécuriser votre arrêté des comptes, la transmission du patrimoine et le transfert des salariés du CE afin d'éviter tout conflit ultérieur.

# Le pack CSE

Pour être accompagné efficacement dans la mise en place de votre CSE

### Le Pack CSE comprend :

- L'intervention d'une équipe complète : avocats, experts économiques, experts CHSCT et formateurs
- L'audit de vos accords
- Une assistance concrète dans les négociations
- Une assistance dans vos opérations de transfert du patrimoine
- Des heures de formations et des groupes de travail sur des sujets choisis avec vous

Cette **OFFRE FORFAITAIRE** est **PERSONNALISÉE** en fonction de votre taille, de votre situation et de votre entreprise. Ainsi vous bénéficiez d'un accompagnement adapté avec un budget clair, sans coûts cachés.

## Pour obtenir un devis gratuit :

 Linda AZZOUZ  01 48 96 14 48  [contact@lesjds.com](mailto:contact@lesjds.com)