Lire cet article en ligne

La déjudiciarisation des rapports de travail par les ordonnances Macron

Sans aucun doute, l'intérêt de l'entreprise est au cœur de la réforme du Code du travail introduite par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017. Promu par le concept de « flexisécurité », l'objectif du gouvernement était de donner plus de liberté et de sécurité à l'employeur et au salarié.

Comment alors donner plus de sécurité aux entreprises face à un droit du travail français, connu mondialement pour sa complexité, sa rigidité et son lourd corpus de règles ? Une des solutions adoptées par le gouvernement consiste à permettre de mieux appréhender un aléa très redouté par les entreprises françaises et étrangères : le risque judiciaire.

La ministre du travail Madame Muriel Pénicaud déclarait le 30 août 2017 lors de la présentation des cinq ordonnances « Macron » que « *l'objectif de la réforme du code du travail est de donner plus de liberté et de sécurité tant à l'employeur qu'au salarié* ». Cette déclaration résumait à elle seule l'esprit de la réforme : le code du travail ne doit plus seulement protéger l'intérêt du salarié, mais également l'intérêt de l'entreprise. Elle ne s'inscrit pas seulement dans un mouvement initié lors du précédent quinquennat, avec la loi LSE du 14 juin 2013, la loi El Khomri du 8 août 2016 et les lois Macron et Rebsamen des 6 août et 17 août 2017, elle l'amplifie considérablement.

L'intérêt de l'entreprise est au centre de la réforme, dont nous observons qu'il est promu par le concept de « *flexisécurité* ». Inspiré du modèle social danois, il s'agit à la fois de donner davantage de libertés aux entreprises et une plus grande sécurité aux salariés. Très concrètement selon cette approche, les licenciements doivent être facilités (volet flexibilité pour les entreprises), en contrepartie d'une formation professionnelle et d'un apprentissage plus performant et d'une assurance chômage plus protectrice (volet sécurité pour les salariés).

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

Les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 s'intéressent essentiellement au volet « *flexibilité* », le volet « *sécurité* » pour les salariés ne devant intervenir que dans un second temps dans l'agenda des réformes. La notion de flexibilité n'est pourtant pas étrangère à la notion de sécurité. Bien au contraire, elles sont étroitement associées, l'une étant le vecteur de l'autre. Cela ressort très clairement de l'ordonnance n°2017-1387 opportunément intitulée « *la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail* ». Mais alors, qu'implique la notion de « *sécurisation* », vecteur de la flexibilité de l'entreprise ?

A la lecture des ordonnances, la sécurisation implique très clairement une limitation des pouvoirs d'intervention du juge et partant, une déjudiciarisation des rapports de travail entre employeurs et salariés. En effet, la saisine du juge emporte le dessaisissement des parties au procès de tout pouvoir de décision et implique une issue incertaine. Elle constitue par là même un aléa et figure au rang des risques que doit supporter l'entreprise.

Si l'aléa économique est un postulat qui ne saurait être remis en cause, l'aléa judiciaire est quant à lui observé avec beaucoup de méfiance et est analysé comme un frein à l'activité économique et partant, contraire à l'intérêt de l'entreprise. Sécuriser revient alors à offrir une meilleure prévisibilité aux entreprises et à les prémunir contre tout risque. Dès lors selon cette approche, le risque judiciaire est réduit à une contrainte financière et doit, comme tout autre risque, pouvoir faire l'objet d'une meilleure appréhension par l'entreprise.

Aussi, les ordonnances Macron répondent à ce risque par la déjudiciarisation, entendue comme la réduction de l'intervention du juge dans les rapports au sein de l'entreprise.

Cette déjudiciarisation se manifeste à de multiples niveaux. Elle se traduit notamment en aval par un encadrement étroit de l'office du juge, en réduisant la possibilité pour le juge d'apprécier les conséquences de la rupture du contrat de travail.

L'office du juge consiste à trancher les différends des parties et à apprécier leurs prétentions respectives. La « *sécurisation* » mise en œuvre dans les ordonnances Macron se manifeste par un encadrement de l'office du juge dans l'octroi des dommages et intérêt, en réduisant le périmètre du licenciement sans cause réelle et sérieuse au profit des irrégularités de forme (**A**), et en limitant les conséquences du licenciement sans cause réelle et sérieuse (**B**).

A. La réduction du périmètre du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Depuis la loi du 13 juillet 1973, l'employeur doit motiver la rupture dans la lettre de notification du licenciement. Selon une jurisprudence constante de la chambre sociale initiée par l'arrêt du 29 novembre 1990 dit arrêt « *Rogié* », la Cour de cassation considère que l'imprécision du motif figurant dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif et que le licenciement est réputé sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, des motifs imprécis entraînent la condamnation de l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse.

L'ordonnance n°2017-1387 institue une nouvelle règle qui infléchit cette jurisprudence. L'article L. 1235-2 énonce que l'employeur a la faculté de sa propre initiative ou à la demande du salarié de préciser les motifs

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

inscrits dans la lettre de licenciement sous de stricts délais fixés par décret (voir ci-après). Le texte ajoute que dans l'hypothèse où le salarié n'aurait pas usé de sa faculté de demander auprès de l'employeur de préciser les motifs, l'irrégularité de fond que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement devient une irrégularité de forme et *« ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ».*

Dès lors, il appartient désormais au salarié de formuler expressément une demande de précision de la lettre de licenciement afin que l'insuffisance de motivation puisse être considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Selon le décret n°2017-1702 du 15 décembre 2017, il disposera d'un délai de quinze jours suivant la notification de son licenciement. L'employeur aura à son tour quinze jours pour y répondre dès réception de la demande. Le salarié devra ainsi faire preuve d'une certaine rapidité afin de conserver le droit de voir reconnaître par le juge le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans l'éventualité où ce droit lui échapperait et que seule une indemnité n'excédant pas un mois de salaire pourrait lui être allouée, reste la question de savoir quel préjudice pourra démontrer le salarié au soutien de sa demande[1]. On voit difficilement comment le salarié pourrait reprocher à l'employeur de ne pas avoir davantage motivé la lettre alors qu'il était en mesure de le lui demander en temps voulu. A moins qu'en réaction à cette nouvelle règle, les juges du fond fassent une application plus souple de la jurisprudence de l'abandon du préjudice nécessaire.

Se pose en outre la question de l'articulation de ces nouvelles règles avec le point de départ du nouveau délai de prescription d'un an. Il pourrait être plaidé de démarrer le nouveau délai à compter de la notification de la lettre complétée par l'employeur, qui correspondrait à la connaissance du salarié de l'entièreté des motifs. Il n'est pas douteux que les conseils des salariés se saisiront sans délai de cette question.

L'ordonnance n°2017-1387 institue dans le code du travail une autre règle visant à renverser une jurisprudence majoritairement établie. Avant la réforme, la jurisprudence avait tendance à considérer que le manquement aux règles de procédure conventionnelle de licenciement, instaurées par des conventions collectives en sus de la procédure légale, privait le licenciement de cause réelle et sérieuse. Depuis la réforme, un tel manquement ne constitue plus qu'une simple irrégularité de forme donnant lieu à une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire. L'ordonnance met ainsi définitivement fin à la jurisprudence qui considérait que la procédure conventionnelle constituait une garantie de fond et fait porter sur le salarié la charge de la preuve de son préjudice.

Dès lors, le juge n'a pas le choix : en cas de manquement à ces règles, le plafond est d'un mois de salaire. Il lui reste dans cette limite à apprécier l'étendue des dommages et intérêts à accorder au salarié, si toutefois ce dernier réussit à démontrer un préjudice.

B. La limitation des conséquences du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Très médiatisé, le barème obligatoire des indemnités applicables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse instauré par l'ordonnance n°2017-1387 figure à l'article L. 1235-3 du Code du travail.

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

En application de cet article, le juge est tenu d'octroyer des dommages et intérêts dont le montant est compris entre des minima et des maxima déterminés en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. Les autres critères traditionnellement retenus par le juge et qui participent à la détermination du montant du préjudice (ex. : âge, situation de famille, difficulté à retrouver un emploi, handicap), ne sont pas retenus dans la fixation de ces planchers et plafonds.

Dans l'appréciation des dommages et intérêts à octroyer au salarié, le juge est même invité à tenir compte des indemnités de licenciement supra légales versées à l'occasion de la rupture du contrat. On peut douter que les juges, déjà tenus à un barème leur laissant peu de marge de manœuvre, seront enclin à suivre cette recommandation.

Aussi, la « *sécurisation* » a pour objet de limiter fortement le juge dans son pouvoir d'appréciation de la réparation du préjudice du salarié. La volonté du gouvernement était claire : cette disposition devait harmoniser les décisions des conseils de prud'hommes, dont le montant des condamnations pouvait aisément aller du simple au triple. Les montants finalement retenus dans le barème sont, selon les auteurs et praticiens, généralement divisés par deux par rapport à la pratique des juges prud'homaux.

La mission de sécurisation semble de prime abord accomplie : elle permettrait à l'employeur d'anticiper et de provisionner le montant maximum de la condamnation potentielle. Certains diront qu'elle contient nécessairement des effets pervers, parmi lesquels appréhender le contentieux prud'homal uniquement sous son aspect financier et déresponsabiliser l'employeur en lui permettant de racheter sa faute par le paiement de dommages et intérêts fixés à l'avance et indépendants du préjudice subi par le salarié. Dès lors, on peut craindre que les rapports entre salariés et employeurs soient principalement analysés à travers ces considérations, et ce même au stade de l'exécution du contrat de travail.

Il reste à savoir si ce barème qui instaure une différence des minima applicables entre les entreprises de plus ou de moins de 11 salariés passera le contrôle du Conseil constitutionnel lors d'une prochaine saisine.

Toutefois, l'article L. 1235-3-1 prévoit que ces règles ne sont pas applicables aux licenciements entachés de nullité, en cas notamment de violation d'une liberté fondamentale, de faits de harcèlement moral ou sexuel, de licenciement discriminatoire, de licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes ou encore de licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat. La nullité du licenciement permet ainsi de rendre le barème inapplicable, ce qui lui confère un intérêt nouveau qui ne sera certainement pas ignoré des conseils des salariés. On peut anticiper un glissement du contentieux sur ces questions dans les années à venir. Il s'agirait alors par exemple de plaider en faveur de la qualification des faits ayant motivé le licenciement au sein des catégories entraînant la nullité, comme le harcèlement moral, ou bien d'essayer d'étendre la notion liberté fondamentale afin de créer de nouvelles catégories. Compte tenu de la restriction de leur office, il est permis de penser que les juges seront tout à fait attentifs à ces nouveaux arguments.

Alors, comme avant la réforme et à l'opposé de l'esprit des ordonnances, il serait à nouveau possible pour le salarié de menacer l'employeur d'un contentieux risqué et coûteux.

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

Entre crainte du salarié de voir ses dommages et intérêts plafonnés par le barème et crainte de l'employeur que le salarié se réfugie sur le terrain du licenciement nul, un effet de la réforme serait peut-être d'inciter un peu plus employeur et salarié à se mettre autour de la table pour trouver un accord acceptable par les deux parties.

[1] Soc., 13 septembre 2017, n°16-13.578

Soulier Avocats est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.soulier-avocats.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.