

**LA REFORME DU CODE DU TRAVAIL EN FRANCE :
LETTRE DE LICENCIEMENT ET LA RELATIVISATION DE LA
MOTIVATION PRECISE**

***THE REFORM OF THE LABOR CODE IN FRANCE: CHANGES IN
THE DISMISSAL LETTER SCHEME***

JULIANO BARRA

*Docteur en Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
Enseignant ATER à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)*

Artículo recibido el 15 de mayo de 2018
Artículo aceptado el 27 de mayo de 2018

RESUME

L'ordonnance du 22 septembre 2017, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, a introduit dans l'article L. 1235-2 du Code du travail que l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement n'ira pas priver, elle toute seule, le licenciement par cause réelle et sérieuse. La législation française est en face à un nouveau régime légal concernant la lettre de licenciement. Des difficultés autour du concept juridique d'irrégularité de motivation à propos de la forme de la lettre sont envisagées. Il y a, en effet, l'introduction d'une relativisation des précisions de la lettre de licenciement, fait qui demande une majeure réflexion à propos de la sécurité juridique qui doit être assurée aux salariés et employeurs.

MOTS-CLES: Code du travail. France, lettre de motivation, licenciement, droit compare, droit social international et européen.

ABSTRACT

The “ordonnance” of September 22nd, 2017, ratified by the law n ° 2018-217 of March 29th, 2018, introduced, in the article L. 1235-2 of the Labor Code, that the irregularity that constitutes an insufficient motivation for a dismissal letter will not, on its own, deprive the dismissal by a real and serious cause. French legislation is facing a new legal regime concerning the dismissal letter. Difficulties around the legal concept of the irregularity of the motivation concerning this letter are envisaged. There is, in fact, a change in the regime of dismissal letter which requires major reflection about legal security to employees and employers.

KEY WORDS: France, Labour Code, dismissal letter, insufficiency of motivation, comparative law, international and European Social Law.

SOMMAIRE

Introduction

I – Vers un nouveau régime légal de la lettre de licenciement

A) La lettre de licenciement comme moyen procédural

B) Des difficultés autour du concept juridique d’irrégularité de motivation : la forme et le fond

II – La relativisation des précisions de la lettre de licenciement et l’optique constitutionnelle et supra-légale

A) Les difficultés liées à la notion d’irrégularité constituant une insuffisance de motivation et la question de la clarté de la loi

B) La lettre de licenciement et le droit social international

Introduction

« Ainsi, en faisant de l’énonciation des motifs de licenciement une formalité substantielle ne supportant ni dérogation ni même de tempérament, elle crée un lien indissociable entre l’énonciation des motifs figurant dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige et le bien fondé du licenciement ». (Soc., 27 nov. 1998, Assemblée plénière, Bull. 488).

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, prévoit une modification significative des règles de licenciement. En particulier, elle a pour but de permettre que certains vices de forme n'emportent plus sur le fond s'agissant du licenciement. L'article L. 1235-2 du Code du travail énonce désormais que les motifs du licenciement contenus dans la lettre envoyée au salarié peuvent être précisés soit par l'employeur, soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ce délai vient d'être convenu en 15 jours suivant la notification du licenciement¹. La nouvelle disposition prévoit également que la lettre en question fixera les limites du litige à propos du motif du licenciement. De plus, dans le cas où le salarié ne demandera pas des précisions, l'irrégularité de motivation, à elle seule, ne privera pas un licenciement de cause réelle et sérieuse, et ne donnera lieu qu'à une indemnité ne pouvant dépasser un mois de salaire. Néanmoins, en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture sera réparé par l'indemnité allouée aux licenciements de cette espèce. Conformément à l'article 40-X de la même ordonnance et de l'article 2 du Décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à 17 décembre 2017².

D'après le gouvernement, « aujourd'hui un commerçant qui est obligé de licencier un salarié car un nouveau concurrent lui fait perdre du chiffre d'affaires, peut être sanctionné par les prud'hommes s'il oublie de préciser dans la lettre de licenciement que le poste est supprimé. Les droits des salariés sont entièrement préservés, mais un employeur ne pourra plus être condamné sur une erreur de forme alors que le fond n'est pas contestable »³. Même si l'intention du gouvernement a été de « simplifier » la procédure de licenciement, il faut reconnaître que la réflexion de Victor Hugo selon qui « *la forme, c'est le fond qui remonte à surface* », est toujours d'actualité. Le gouvernement a cherché à assouplir les règles relatives à la motivation du licenciement, de sorte qu'un vice affectant la lettre de licenciement ne pourra pas en soi rendre le licenciement injustifié (I). Ces nouvelles dispositions pourraient soulever des questions de nature constitutionnelle et supra-légale (II).

I – Vers un nouveau régime légal de la lettre de licenciement

Si la lettre envoyée au salarié est le moyen procédural choisi par le Code du travail pour le prononcé d'un licenciement, celle-ci fournissant les motifs avancés par l'employeur comme réels et sérieux de la rupture contractuelle, la modification mise en œuvre par

1 Voir les articles R. 1232-13, R. 1233-2-2 du Code du travail avec la rédaction du Décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017 relatif à la procédure de précision des motifs énoncés dans la lettre de licenciement.

2 Consulter également le Décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 établissant des modèles types de lettres de notification de licenciement.

³ Cf. *Renforcement du dialogue social Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation*, p. 09. Disponible en http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dossier_de_presse_-_conference_de_presse_31082017.pdf. Accès en 31/08/2017.

l'ordonnance du 22 septembre 2017 permet la régularisation d'une lettre qui serait insuffisamment motivée, l'employeur pouvant conférer du sens à une lettre qui en était dépourvue (A). Des difficultés autour du concept juridique d'irrégularité de motivation nous semblent non négligeables (B).

A) La lettre de licenciement comme moyen procédural

Il faut reconnaître l'existence d'un déséquilibre entre l'employeur et le salarié dans la grande majorité de ces relations. Le contrat de travail, par ailleurs, est marqué par une protection contre sa rupture, mais cela n'empêche pas, évidemment, qu'il puisse être rompu. Le Code civil avec la nouvelle rédaction fournie par l'ordonnance du 10 février 2016 prohibe clairement les engagements perpétuels (art. 1210)⁴ : chaque partie peut mettre fin au contrat, en respectant les conditions y prévues (art. 1211)⁵. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, aborde notamment la forme par laquelle l'employeur met fin à la relation contractuelle de travail en licenciant.

La lettre qui doit être livrée au salarié est le moyen formel choisi par le Code du travail en cas de licenciement. Dans les dispositions des articles L. 1232-6, L. 1233-16 et L. 1233-42, le législateur impose que l'employeur fournisse dans la lettre de rupture les motifs du licenciement. Par une jurisprudence constante, la Cour de cassation a longtemps estimé que l'absence de lettre rend nécessairement le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la lettre de licenciement fixant les limites du litige⁶. Si l'employeur voulait sécuriser la décision prise, il devait soigneusement présenter les raisons pour lesquelles il avait décidé de licencier un ou plusieurs salariés⁷. Cette solution est remise en cause par l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui prévoit dans l'article L. 1235-2 du Code du travail que l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne peut pas priver, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Cette disposition met en évidence l'articulation parfois difficile entre la forme et le fond⁸. Comment pourrait-on exprimer un fond identique sous une forme différente ? La formule utilisée dans la nouvelle rédaction de l'article L. 1235-2 du Code du travail

⁴ « Les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée ».

⁵ « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

⁶ F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Gualino, 12^{ème} éd., 2016, p. 95.

⁷ Les arrêts *Janousek* et *Rogié* fondent la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'exigence d'une motivation précise dans les lettres de licenciement. Voir Soc., 27 nov. 1998, Assemblée plénière, Bull. n° 488.

⁸ « Ces décisions montrent que la lettre de licenciement n'a pas vocation à relater dans le détail les faits bruts à l'origine de la rupture. Elle doit seulement informer clairement le salarié, lui permettre de connaître la raison exacte de son licenciement ». P. POCHET, « Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement », *Dr. soc.*, 1995, p. 659.

(« l'irrégularité que constitue une insuffisance ») nous oblige à nous rappeler les notions des signes et du langage, à l'exemple de la philosophie de *Wittgenstein*⁹, considérant que dans un langage idéal, les éléments d'une proposition correspondraient aux éléments de la pensée qui, à leur tour, correspondraient aux objets de l'état de choses.

Ce que l'ordonnance veut, ou voudrait dire, c'est que l'« état de choses », le monde des faits, ne se subsume pas aux éléments du langage, tout du moins à ceux qui figurent dans la lettre de licenciement. L'exemple pris par le gouvernement¹⁰ en donne une bonne illustration : le fait que l'employeur ait oublié de mentionner dans la lettre par licenciement économique que la suppression de poste a eu comme conséquence la diminution du chiffre d'affaires, ne signifie évidemment pas que dans le monde réel l'entreprise ne connaisse pas des difficultés économiques. Cette nouvelle approche nous semble remettre en cause la notion même de forme et son lien au fond. S'appuyant sur les enseignements de *Wittgenstein*, *Michel Ghins* écrit que « la forme est pure possibilité d'une structure, la possibilité que les objets de l'état de choses s'agentent de la même manière que les noms auxquels ils correspondent dans la proposition. La forme est dès lors *la condition de possibilité du sens de la proposition*, condition nécessaire et suffisante, et *donc critère de sens*. Condition nécessaire, puisque toute proposition sensée a une forme logique ; condition suffisante, parce que la possession d'une forme par une proposition garantit que les signes simples dont elle se compose ont des référents et, par conséquent, que son sens est déterminé »¹¹.

Le point central du raisonnement réside selon nous ici : « la forme est la condition de possibilité du sens de la proposition »¹². Cette relation *essentielle* entre la forme et le fond justifie la solution jurisprudentielle existante. En d'autres mots, une insuffisance dans le moyen instrumental-procédural (lettre de licenciement) constitue un vice qui doit logiquement se projeter au-delà des simples requis formels, et atteindre le fond¹³. Dans l'exemple donné par le Gouvernement, ce qui est présenté comme étant un « oubli » (ne pas mentionner la suppression de poste en raison de la baisse du chiffre d'affaires), affecte les raisons d'être du licenciement et, pourtant, le fond ; la difficulté n'est pas seulement formelle, car la motivation de la lettre de licenciement confère à l'acte de licencier sa rationalité, c'est-à-dire, il contribue à donner au licenciement une rationalité légale.

⁹ L. WITGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1922. Disponible en <http://writing.upenn.edu/library/Wittgenstein-Tractatus.pdf>. Accès en 19/09/2017.

¹⁰ *Renforcement du dialogue social Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation*, p. 09. Disponible en http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dossier_de_presse_-_conference_de_presse_31082017.pdf. Accès en 31/08/2017.

¹¹ M. GHINS, « La forme et le sens dans le Tractatus de Wittgenstein », In *Revue Philosophique de Louvain*. Quatrième série, tome 75, n° 27, 1977. p. 456. Disponible en http://www.persee.fr/doc/phlou_0035-3841_1977_num_75_27_5946. Accès en 20/09/2017.

¹² M. GHINS, *op. Cit.*, p. 456.

¹³ Les réflexions sur la réforme de 2016 et l'importance du lexique utilisé sont également d'actualité, cf. T. SACHS, « Première partie. Les fonctions et les mots - La consolidation d'un droit du marché du travail », *RdT*, 2016, p. 748.

À ce propos, il est intéressant rappeler un arrêt rendu en 1998 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, laquelle a décidé à l'époque que la référence aux motifs contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable ne constitue pas l'énoncé des motifs exigés par la loi. Monsieur l'avocat général *Joinet* écrivait : « Le Professeur Jacques Flour faisait observer que le législateur, lorsqu'il use du formalisme, est déterminé par une stratégie d'ensemble qui confère à ce formalisme un rôle préventif. Inspiré, en l'espèce, par le principe de contradiction, ce formalisme vise à éviter les initiatives irréflechies, les licenciements *ab irato*, les manipulations d'arguments 'gigognes' auxquels donne prise la motivation par renvois ou références de toutes sortes, les pressions orales en tous genres, etc ... L'effet préventif recherché par le législateur est d'autant plus efficace - souligne J. Flour - que l'application de la règle de forme est appliquée par le plus grand nombre et tend ainsi à l'exhaustivité. S'il veut respecter le but recherché par le législateur, il est impératif que le juge refuse la preuve de tous les actes où les règles de forme n'ont pas été observées, fût-ce au prix, parfois, d'injustices individuelles délibérément acceptées, (Le droit privé français - Tome I, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme" p. 112 - 113) »¹⁴.

Dès lors, comment la jurisprudence se comportera-t-elle désormais¹⁵? Il faut rappeler qu'à l'heure actuelle les juges estiment que ne sont pas des motifs suffisamment précis, ce qui typifie une irrégularité dans les lettres de licenciement, des exemples comme : « 'difficultés relationnelles', 'la faute lourde', 'l'incompatibilité d'humeur', les 'graves négligences', 'un comportement déloyal', le 'non- respect de la hiérarchie', 'l'absence prolongée gênant le bon fonctionnement du service', 'la mésentente', 'l'inaptitude au poste occupé' »¹⁶. Ainsi, l'omission dans la lettre du terme « faute lourde » (mais qui a été effectivement commise par le salarié), ou encore du terme « graves négligences » (que de fait existaient) deviendraient-elles un vice formel, ne caractérisant pas une irrégularité que constituerait une insuffisance de motivation ? Il est possible de s'apercevoir qu'en certains cas la forme est l'essence du propre fond.

En effet, ce que l'ordonnance autorise c'est qu'une irrégularité de motivation puisse ne pas priver le licenciement d'une cause réelle et sérieuse. Cette nouvelle formule permet à un langage dépourvu de sens (parce la lettre serait absente de la forme exigée) d'avoir un sens... L'ordonnance romprait ainsi avec une solution que la logique juridique impose : prémisse erronée, résultat erroné¹⁷.

¹⁴ Cf. Soc., 27 nov. 1998, Assemblée plénière, Bull. n° 488.

¹⁵ Sur une possible tendance, consulter : F. BATARD et M. GREVY, « *Securitas omnia corrumpit* », *RdT*, 2017, p. 663.

¹⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit de travail*, 31^{ème} éd., Dalloz, 2017, p. 553.

¹⁷ « C'est le rôle de la logique formelle de rendre la conclusion solidaire des prémisses, mais c'est celui de la logique juridique de montrer l'acceptabilité des prémisses ». C. PERELMAN, *Logique juridique et nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, p. 176.

Mais il y a plus. Admettre une irrégularité de motivation dans les lettres de licenciement, en dispensant une certaine « forme » dans la motivation, ne va-t-il pas d'encontre à l'ordre public de protection¹⁸? L'énonciation des motifs précis par l'employeur n'est pas dans le seul intérêt du salarié¹⁹? Une ancienne jurisprudence admettait ainsi que « la Cour ne peut donc que constater que [l'employeur] n'a pas respecté les formalités imposées par l'article L.122-14-2 du Code du travail en n'énonçant pas les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement, ce qu'[il] admet d'ailleurs dans ses conclusions ; que ces dispositions, non uniquement formelles mais protectrices des droits des salariés, ne peuvent être supplées par l'énonciation des motifs dans la convocation à l'entretien préalable et que l'absence d'énonciation de motifs équivaut à une absence de motifs, conformément à une jurisprudence constante. (...) Il s'ensuit que le jugement doit être réformé, le licenciement étant dépourvu de cause réelle et sérieuse »²⁰. La jurisprudence actuelle risque-t-elle d'être bien touchée par la réforme mise en place ?

B) Des difficultés autour du concept juridique d'irrégularité de motivation : la forme et le fond

Le même article L. 1235-2 du Code du travail énonce désormais que la « lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement ». Cette disposition s'appuie partiellement sur une formule retenue par la Cour de cassation, selon laquelle l'employeur ne peut invoquer un autre motif que celui qu'il a notifié au salarié dans la lettre de licenciement²¹, même s'il a effectué des réserves d'ordre général²². En ce sens, « la lettre, rien que la lettre - mais toute la lettre »²³. Il y a ainsi premièrement une obligation de motivation²⁴. Ces motifs doivent être précisés. De ce fait, l'employeur qui fait des simples références au procès-verbal d'une réunion dans la lettre de licenciement accomplit-il le devoir de motivation ou s'agit-il désormais d'un vice de forme ? Serait-il nécessaire de répéter les

¹⁸ « Comme la plupart des dispositions du Code du travail, l'obligation d'énoncer les motifs du licenciement relève, en effet, de l'ordre public de protection ». M. J. BERAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement » *RJS*, 4/1992, p. 234.

¹⁹ Sur un regard actuel à propos de la question d'ordre public par rapport les ordonnances de septembre 2017, consulter T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RdT*, 2017, p. 585.

²⁰ CA Bordeaux, 23 septembre 1996.

²¹ Soc. 13 nov. 1991, n° 88-43.523 P : *RJS* 1992. 35, n° 27, 12 nov. 1997 : *RJS* 1997. 892, n° 1456 ; Soc. 20 mars 1990, n° 89-40.515 P : D. 1990 IR 94; l'employeur ne peut pas énoncer des motifs en cours d'instance, Soc. 21 déc. 1989.

²² Soc. 13 nov. 1991, n° 88-43.523 P : *RJS* 1992. 35, n° 27. 29.

²³ Cf. avis de l'avocat général, Cf. Soc., 27 nov. 1998, Assemblée plénière, Bull. n° 488.

²⁴ Voir, par exemple, l'obligation de motivation de la rupture en cas de mise à la retraite requalifiée en licenciement, Versailles, 16 mai 1991 ; rupture au cours de la période d'essai, Soc. 18 juin 1996, n° 92-44.729 ; l'obligation de motivation en cas d'employés de maison, Soc. 13 janv. 1994.

faits constatés dans le « pv », par exemple ²⁵? L'indissociabilité précédemment évoquée entre le fond et la forme, nécessaire pour que l'exigence de motivation du licenciement conserve une réelle portée, pourrait être mise en cause par le fait qu'un licenciement pourra être justifié malgré des vices de forme originels.

D'autre part, c'est une jurisprudence constante de la Cour de cassation que les motifs dans la lettre de licenciement doivent être précis, objectifs et vérifiables²⁶. À notre égard, néanmoins, la réforme peut mettre en cause cette jurisprudence concernant exactement l'élément « précision ». La modification du Code du travail passe à admettre qu'une irrégularité que constitue une insuffisance de motivation dans la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement par cause réelle et sérieuse. Cependant, en quoi consiste-t-elle cette précision ? Quand y a-t-il une vraie irrégularité d'insuffisance de motivation ? En rappelant une jurisprudence abondante, serait admise comme un motif précis la mauvaise qualité du travail²⁷, une insuffisance professionnelle²⁸, l'insuffisance de résultat²⁹ ou encore l'indication des absences répétées entraînant une désorganisation de l'entreprise³⁰. Au contraire, ne constitue pas un motif précis des exemples comme le manque de motivation³¹, des difficultés relationnelles³² ou encore des problèmes occasionnés par le salarié³³.

Il reste envisageable, toutefois, que cette jurisprudence pourra subir des effets à propos de ce qu'on peut appeler la « relativisation de la motivation précise ». Dans le cas d'une lettre de licenciement qui imputait à un salarié un comportement déloyal, sans apporter d'autre précision, il était peu probable que les juges l'accepteraient comme un motif précis, considérant qu'il aurait une irrégularité d'insuffisance de motivation³⁴. Dans un autre cas, le résultat serait dans le même sens, à l'exemple d'une lettre qui énonce une inaptitude au poste occupé par le salarié, sans indiquer pourtant la nature physique ou professionnelle de l'inaptitude invoquée (irrégularité de motivation)³⁵. Dans le monde des faits, dans « l'état de choses », le salarié a eu un comportement déloyal et dans le deuxième exemple il y a vraiment une inaptitude. Toutefois, l'employeur n'a pas précisé dans lettre tous les éléments factuels et précis. Ainsi, s'agit-il d'une « omission », qui, à elle seule, pourrait ne pas vicier le licenciement ? La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour suprême accueillera cette « relativisation de la motivation précise »

²⁵ La simple référence du procès-verbal d'une réunion ne constitue pas l'énoncé des motifs exigés par la loi, conforme Soc. 3 mars 1998. Contrairement, admettant comme énonciation suffisante des motifs dans le procès-verbal, consulter Soc. 11 juin 1996.

²⁶ Soc. 14 mai 1996 ; Soc. 23 mai 2000, n° 98-40.635 ; Soc. 15 oct. 2013.

²⁷ Soc. 23 mai 2000, n° 98-40.634. Pour une vision générale de l'ensemble de la jurisprudence appliquée avant les ordonnances, consulter *Code du travail*, Dalloz, 80^{ème} éd., 2017, p. 218/19.

²⁸ Soc. 20 nov. 1996, n° 93-45.555, 23 mai 2000, n° 98-42.064.

²⁹ Soc. 13 déc. 1994, n° 93-43.945.

³⁰ Soc. 11 juill. 1995.

³¹ Soc. 23 mai 2000, n° 98-40.635.

³² Soc. 25 juin 1997, no 95-42.45.

³³ Soc. 23 mai 2000, no 98-40.633.

³⁴ Conformément a déjà décidé la Cour de cassation, Soc. 10 mai 2001, n° 99-40.128.

³⁵ Soc. 20 févr. 2002.

liée à une irrégularité de la lettre ? Quelle est la différence entre l'exemple cité par le gouvernement concernant le boulanger qui a « oublié » d'énoncer dans la lettre de licenciement une suppression de poste et l'omission du type d'inaptitude physique ou l'acte déloyal commis par le salarié ? La ligne entre la forme et le fond peut devenir très fine³⁶...

Il faut constater que les conséquences de ces irrégularités sont cependant amoindries : alors que le lien fondamental entre le fond et la forme avait conduit la Cour de cassation à juger que cette irrégularité devait être automatiquement sanctionnée par une absence de cause réelle et sérieuse (avec les dommages-intérêts qui y sont attachés), l'ordonnance prévoit qu'elle ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. À dire vrai, la formule essaie de montrer que la « forme » ne peut plus par elle-même influencer sur le fond et ouvre simplement droit à une indemnisation particulière quand le licenciement n'est pas injustifié, qui ne peut excéder un mois de salaire.

D'ailleurs, le troisième alinéa de l'article L. 1235-2 du Code du travail peut comporter également quelques questions, à commencer par sa propre rédaction : « 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. »

L'alinéa premier parle exactement de la motivation, c'est-à-dire que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement pourront être précisés par l'employeur, soit à son initiative, soit à la demande du propre salarié, dans des délais et conditions qui seront fixés par décret (15 jours). Une première question peut être posée : la lettre de régularisation pourrait-elle avoir un effet de rétractation ? En peu de mots, l'employeur pourrait-il « retirer un motif » décrit dans la première lettre ? D'ailleurs, ce même employeur pourrait-il aggraver et changer la nature du propre licenciement ? Même si cela serait étrange, serait-il possible se rétracter du propre licenciement dans la lettre de régularisation ? À propos de l'ancienne législation, *Jean Savatier* avait déjà réfléchi sur ce sujet et ses réflexions demeurent pertinentes : « La lettre de régularisation peut en effet être interprétée comme une rétractation de la première notification du licenciement. Or la jurisprudence a tendance à refuser tout effet à une rétractation de licenciement lorsqu'elle n'est pas acceptée par le salarié. Si la lettre de régularisation a

³⁶ « Ce qui rapproche le licenciement des actes entrant dans la première catégorie, c'est que son formalisme, et notamment l'énonciation des motifs, a pour objet de garantir l'existence de conditions de fond exigées pour la validité de l'acte, ou tout au moins pour son bien-fondé. Ce formalisme est aussi destiné, comme en témoigne l'exigence procédurale d'un délai de réflexion avant l'envoi de la lettre de rupture, à éviter que l'employeur prenne une mesure hâtive et irréfléchie préjudiciable au salarié : le licenciement est un acte grave. (...). Ainsi, le licenciement, bien qu'il soit entouré de formes impératives, ne peut guère être rattaché, même par analogie, à la catégorie des actes solennels du Code civil ! » M. J. BERAUDO, « L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement » *RJS*, 4/1992, p. 234.

pour effet de priver le salarié du droit d'obtenir une indemnité de six mois de salaire, correspondant à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans lui permettre pour autant de conserver son emploi, on ne voit pas pourquoi il accepterait la rétractation de la première notification du licenciement »³⁷.

Malgré un manque de clarté et lisibilité, la clé d'interprétation de cet article L. 1235-2 du Code du travail comporterait deux interprétations possibles : (i) le salarié ne demande pas de précisions et l'irrégularité d'insuffisance de motivation, elle seule, ne privera pas le licenciement par cause réelle et sérieuse ; (ii) le salarié demande des précisions et l'employeur reste en silence ou maintient les mêmes motifs : cette « omission » de précision de la motivation pourra conduire les juges à dire que le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse. Le détail, toutefois, est que la jurisprudence devra analyser ce qui est une irrégularité de motivation ayant comme paramètre la nouvelle rédaction de l'article L. 1235-2³⁸. Il faudra toutefois attendre afin de voir comment la jurisprudence réagira face à cette juxtaposition entre forme et fond en matière de motivation de la lettre de licenciement³⁹.

II – La relativisation des précisions de la lettre de licenciement et l'optique constitutionnelle et supra-légale

Si le Code du travail semble évoluer vers une forme de relativisation des irrégularités dans des lettres de licenciement, nous pouvons poser la question si la rédaction actuelle de l'article L. 1235-2 ne manquerait pas de clarté et lisibilité (A). La flexibilisation des motifs de la lettre de licenciement doit être vue également d'un point de vue supra-légal, eu égard aux articles 4 et 9 de la Convention n° 158 de l'OIT (B).

A) Les difficultés liées à la notion d'irrégularité constituant une insuffisance de motivation et la question de la clarté de la loi

L'article L. 1235-2 du CT doit être examiné sous un angle constitutionnel. Voici le troisième alinéa : « 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 ».

Conformément aux constatations précédentes, le Code du travail amoindrit la sanction légale en cas d'irrégularité en créant une espèce d'immunité formelle à l'employeur :

³⁷ J. SAVATIER, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », *Dr. soc.*, 1990, p. 102.

³⁸ Il est important de noter que la Cour de cassation a déjà relativisée en certains cas la précision de la motivation, Soc., 27 nov. 1998, Assemblée plénière, Bull. n° 488.

³⁹ « L'ordre procède du désordre et le désordre de l'ordre ». F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Université Saint-Louis, n° 30, 1993, p 191/216.

l'irrégularité dans la lettre de motivation, elle seule, ne serait pas suffisante pour requalifier un licenciement. Au demeurant, deux questions émergent à propos du manquement de clarté et de lisibilité de ce troisième alinéa : (i) quel est le sens juridique à prêter à l'expression « *de l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement* » ? Aucun élément ne permet d'affirmer qu'il s'agit seulement d'irrégularités moindres, simples, de caractère essentiellement formel ; (ii) quant à l'expression « À défaut pour », quand bien même cette interprétation serait possible, il n'en est pas sûr que si le salarié demande de précisions, et que l'employeur se refuse de les faire, cette omission de préciser la motivation sera automatiquement un motif légitime pour que les juges requalifient le licenciement comme sans cause réelle et sérieuse. Il existe ainsi des zones d'ombre quant à ces deux points.

En fait, un questionnement d'ordre constitutionnel serait-il envisageable sur le fondement de l'existence d'un manquement en matière de clarté de la loi concernant la rédaction du troisième alinéa de l'article L. 1235-2 du CT⁴⁰ ? C'est-à-dire, quelle espèce d'irrégularité pourra, elle seule, constituer une insuffisance de motivation ? Une fois que le salarié a demandé des précisions à l'employeur, son omission ou la présentation de précisions limitées ou insuffisantes impliqueraient-elles à une irrégularité pouvant vicier automatiquement le licenciement motivé ?

La doctrine a bien noté que « sur le point de vue de la forme, la loi doit satisfaire à des exigences de qualité technique car il n'y a pas de sécurité juridique lorsque les citoyens ne sont pas en mesure d'avoir une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Une disposition peut donc être jugée inconstitutionnelle du seul fait de son obscurité, que celle-ci soit due à une mauvaise rédaction ou à une complexité excessive »⁴¹. Quand bien même il n'y aurait pas de vice méconnaissant des exigences de valeur constitutionnelle⁴² ou des objectifs de valeur constitutionnelle⁴³, nous ne pouvons qu'au moins regretter la rédaction du troisième alinéa de l'article L. 1235-2 du Code du travail du fait qu'elle avait comme objectif premier de simplifier la procédure de licenciement, principalement pour les PME.

B) La lettre de licenciement et le droit social international

⁴⁰ Sur les objectifs (ou principes) de valeur constitutionnelle, consulter F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LJDG, 30^{ème} éd. 2007, p. 850.

⁴¹ F. HAMON et M. TROPER, *op. Cit.*, p. 855.

⁴² L'intelligibilité et l'accessibilité de la loi (Cons. const., n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004).

⁴³ Accessibilité et intelligibilité de la loi (Cons. const., n° 99-241 DC, 16 déc. 1999).

« Il en est ainsi des 'objectifs de valeur constitutionnelle' qui sont des normes de conciliation, servant notamment à nuancer le caractère absolu de certains droits fondamentaux, en permettant au législateur d'imposer des limites à ces droits. Il en est ainsi, par exemple, (...), l'accessibilité et e l'intelligibilité de la loi (Cons. const., n° 99-241 DC, 16 déc. 1999) ». M. VERPEAUX, *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, 2010, p. 312. V. aussi Cons. Const., n° 2001-445 DC, 12 janv. 2002.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 concernant la motivation des lettres de licenciement pourrait soulever quelques difficultés au regard des conventions et traités internationaux ratifiés par la France.

Tout d'abord, l'article 4 de la Convention 158 de l'OIT sur le licenciement nous rappelle qu'un « travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Il faut un motif valable de licenciement et l'on peut penser que cette exigence suppose que ce même motif soit exposé dans la lettre de licenciement. Ce motif valable serait lié au fond. Cependant, le manque de clarté du troisième alinéa de l'article L. 1235-2 (concernant une « irrégularité que constitue une insuffisance de motivation ») laisse planer des doutes sur la nature juridique de ces mêmes « irrégularités ». Conformément à ce que nous avons indiqué ci-dessus, il reste possible d'admettre que la modification opérée par l'ordonnance a créé une forme de « relativisation de la motivation précise » qui pourrait ne pas être conforme à la Convention n° 158.

Ensuite, le même article L. 1235-2 prévoit désormais que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent être précisés par l'employeur, soit à son initiative, soit à la demande du salarié. Selon nous, il convient de se demander si cette nouvelle mesure procédurale n'aboutit pas à une inversion la charge de la preuve. En peu de mots, des arguments de la part de l'employeur comme « la demande du salarié par précisions n'était pas claire » ou encore que « le salarié n'a pas présenté des bonnes questions », ne peuvent pas motiver l'inversion de la charge de la preuve, sur le risque d'une violation aux articles 4 et 9 de la convention n° 158 de l'OIT⁴⁴.

Ainsi, si le salarié demande des précisions, et que l'employeur répond de façon inadéquate, et qu'il y a une insuffisance de motivation, alors le licenciement serait sans cause réelle et sérieuse. Par exemple, le boulanger qui a licencié un salarié par motif économique. Le salarié demande les motifs ; l'employeur indique alors seulement qu'il existe des difficultés économiques. Sa réponse ne semble pas permettre d'éviter l'insuffisance de motivation et le licenciement est injustifié. Dans une autre situation, si le salarié ne demande aucune précision, l'insuffisance de motivation ne rendra pas le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le salarié va pouvoir contester le fond mais sans connaître les motifs et, donc, en termes de charge de la preuve, cette situation pourrait poser une difficulté en ce qu'il sera possible de lui reprocher de ne pas avoir demandé des précisions quant à son licenciement.

⁴⁴ Voir aussi que les échos de la convention n°158 de l'OIT sont aperçus dans l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée au prévoir que tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement.

La réforme entamée, en particulier sur l'irrégularité de motivation de la lettre de licenciement, pourrait se situer dans une zone grise quant à sa conformité avec certaines dispositions supra-légales.

Pour conclure, l'ordonnance du 22 septembre 2017, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, a introduit dans l'article L. 1235-2 du Code du travail que l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement n'ira pas priver, elle toute seule, le licenciement par cause réelle et sérieuse. L'ordonnance viendra-t-elle valider des vices que la jurisprudence n'admettait pas auparavant ? Si cette prémisse venait être confirmée, il y aurait ainsi une espèce de « relativisation de la motivation précise ». L'ordonnance annonce elle-même qu'elle a pour objectif une sécurisation ; les incertitudes et les imprécisions quant à la lettre de la loi pourraient mettre en cause l'atteinte de cet objectif.