



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° S2417246	
Décision attaquée : 26 avril 2024 de la cour d'appel de Toulouse	

la société BNP Paribas C/ M. [U] [C]	
<u>Rapporteur</u> : Eric Seguy	RAPPORT complémentaire

La procédure a été réorientée de la formation restreinte à la formation de section pour approfondissement de la question posée par la première branche du moyen, relative à la mise en oeuvre des dispositions prévues à l'article L.1235-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2017-1702 du 15 décembre 2017, applicable aux licenciements prononcés à compter du 18 décembre 2017, soit le lendemain de la date de

publication des décrets d'application (décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017, publié au journal officiel de la République française du 17 décembre 2017 ; Soc., 22 septembre 2021, n° [19-21.605](#) , publié) et donc applicable au litige, le salarié ayant été licencié par lettre du 13 janvier 2020.

C'est la première fois que la chambre sociale est expressément appelée à se prononcer sur cette question.

Notre chambre, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017, distinguait les dispositions conventionnelles ou statutaires qui constituent des garanties de fond pour le salarié, dont la violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse, et les règles de forme dont l'inobservation constitue une irrégularité de procédure ne remettant pas en cause le bien-fondé du licenciement.

Elle a privilégié une acception très large des formalités devant s'analyser en des garanties de fond. Notamment, dès l'instant où le licenciement d'un salarié est subordonné à la consultation ou au recueil de l'avis d'un organisme, quel qu'il soit (comité d'entreprise, conseil de discipline, commission...), la formalité conventionnelle est considérée comme une garantie de fond (Soc., 6 décembre 2005, n° [04-40.263](#) ; Soc., 16 janvier 2001, n° [98-43.189](#)).

L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (dite « ordonnance Macron 3 ») a, au III de son article 4, modifié l'article L. 1235-2 du code du travail :

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'Etat.

« 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. »

L'intensité de la sanction est donc réduite.

Les travaux parlementaires démontrent que l'objectif premier de la réécriture de cet article concernait le contenu et la notification de la lettre de licenciement et que l'intention sous-jacente était d'éviter de sanctionner trop sévèrement de simples irrégularités de forme commises par les employeurs, notamment les TPE PME, au cours de la procédure de licenciement, y compris « *le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement* ».

La loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, dispose, à l'article 3, que : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin :*

1 ° 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 mentionnés à l'article L. 2211-1 du code du travail, en ... : b) Modifiant les dispositions relatives à la réparation financière des irrégularités de licenciement ».

Le Rapport au Président de la République, du 22 septembre 2017, relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail énonce que :

« ... *Quatre axes clés structurent les cinq ordonnances qui vont sont présentées :*

1. Le premier axe de cette réforme vise à apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises ;

...

1. Des solutions pragmatiques pour les TPE et PME pour sécuriser les relations de travail :

...

Les règles de licenciement sont réformées pour que les vices de forme ne l'emportent plus sur le fond.

Un employeur ne pourra plus être condamné sur une erreur de forme alors que le fond n'est pas contestable. Les droits des salariés sont préservés et leur droit au recours garanti. Une erreur de forme pourra toujours être sanctionnée par une indemnité versée au salarié, laquelle pourra atteindre jusqu'à un mois de salaire, mais une telle erreur n'empêchera pas l'examen du fond du dossier comme aujourd'hui. »

L' exposé des motifs de ce projet de loi énonce que : « *certaines règles qui entourent le licenciement et devraient en principe protéger les salariés ne les sécurisent pas réellement. Elles constituent plutôt des freins au recrutement et conduisent parfois par leur formalisme à multiplier les contentieux. Ces règles pèsent sur l'image et l'attractivité de la France sans protéger les individus .* »

Dans son Rapport n° 19 déposé le 6 juillet 2017, le député L. Pietraszewski expose que « *Pour répondre aux difficultés liées aux exigences de motivation du licenciement, le c) du 1 ° du présent article propose d'habiliter le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance en matière de procédure et de motivation des décisions de licenciement,*

ainsi que les conséquences à tirer d'un éventuel manquement de l'employeur, en amont ou lors du recours contentieux » .

Le texte de la commission des lois de l'Assemblée nationale, déposé le 6 juillet 2017, énonce que :

« Article 3

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin :

*1 ° 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 de droit privé, en : ... c) Adaptant les règles de procédure et de motivation applicables aux décisions de licenciement **ainsi que les conséquences à tirer du manquement éventuel de celles ci, en amont ou lors du recours contentieux** »*

Le Rapport du 19 juillet 2017 du sénateur A. Milon énonce :

« 1. L'adaptation des règles de procédure et de motivation des licenciements

Le code du travail reconnaît trois motifs de licenciement (personnel, économique et spécifique), qui obéissent à leurs propres règles procédurales.

Ainsi, la procédure de licenciement pour motif personnel doit respecter des délais stricts afin de ne pas méconnaître le principe du contradictoire et les droits de la défense du salarié.

A titre d'exemple, un employeur qui envisage de licencier pour motif personnel un salarié doit le convoquer à un entretien préalable par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre doit indiquer l'objet de la convocation, tandis que l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la notification.

Autre illustration : lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il doit lui notifier sa décision par lettre recommandée avec avis de réception à l'issue d'un délai d'au moins deux jours ouvrables à compter de la date prévue de l'entretien préalable. Cette lettre doit comporter l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.

Le législateur a toutefois prévu que les erreurs de procédure ne devaient pas être aussi sévèrement sanctionnées que les licenciements sans cause réelle et sérieuse (en cas de refus de réintégration, l'indemnité prononcée par le juge est égale à au moins six mois de salaire). En effet, l'article L. 1235-2 du code du travail prévoit que si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

L'étude d'impact indique cependant que de nombreux recours prud'homaux se fondent sur une motivation insuffisante de la lettre de licenciement, qui prive selon les salariés requérants de caractère réel et sérieux leur licenciement. En effet, « les raisons évoquées dans la lettre lient l'employeur : en cas de litige, et notamment de contentieux devant le

conseil de prud'hommes, il ne peut plus avancer d'autres motifs » . Selon le Gouvernement, « l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement est un motif très souvent mis en avant par les salariés dans les griefs justifiant la procédure contentieuse, même si elle est rarement retenue par la juridiction ».

C'est pourquoi le Gouvernement souhaite adapter par ordonnance les règles de procédure et de motivation des décisions de licenciement, quels que soient leurs motifs, ainsi que les conséquences à tirer des manquements éventuels de l'employeur, en amont d'un recours mais aussi pendant son examen.

L'étude d'impact indique également que le Gouvernement envisage d'établir un « modèle type de lettre de licenciement, au moyen d'un formulaire Cerfa », afin de « clarifier les exigences de forme nécessaires à l'énoncé des motifs de licenciement ».

Les débats à l'Assemblée nationale le 12 juillet 2017 sur l'article 3 ont donné lieu aux échanges suivants (compte rendu intégral des séances , article 3) :

« M. Hubert Wulfranc .

Cet amendement tend à supprimer l'alinéa 5, qui vise à alléger les obligations de l'employeur en matière de motivation des licenciements et à diminuer les sanctions en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement .

Ces mesures, qui transcrivent une demande récurrente des organisations patronales, remettraient en cause des protections fondamentales des salariés. Actuellement, l'employeur qui ne respecte pas la procédure applicable aux licenciements, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est passible de sanctions civiles ou pénales au titre du licenciement irrégulier. Le licenciement non motivé par l'employeur est qualifié par la jurisprudence de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revenant sur ce principe, le Gouvernement s'attaque à une protection qui visait à empêcher les licenciements sans motif réel. L'obligation de motivation se trouvant en substance réduite, les employeurs pourront désormais donner une justification quelconque et a posteriori du licenciement. Bref, **c'est un droit à licencier en toute impunité .**

Mon groupe et moi-même avons parlé, à propos de ce texte, de loi de désordre, de loi de division, de loi d'insécurité. Je parle aujourd'hui de loi d'impunité. Vous m'en excuserez, mais nous ne sommes pas loin de parler de République bananière ! (Exclamations sur les bancs du groupe REM.)

Mme Muriel Pénicaud, ministre.

Avis défavorable. Permettez-moi de m'en expliquer à nouveau : il s'agit dans cet alinéa du vice de forme dont nous parlions tout à l'heure, qui pénalise particulièrement les PME.

Pour le juge judiciaire, l'élément déterminant en cas de litige sur la rupture du contrat de travail est, de droit, le contenu de la lettre de licenciement. Il n'est bien sûr pas question d'alléger l'obligation de motivation de l'employeur, qui est tout à fait normale et logique. Pour autant, **il convient de sécuriser le dispositif pour éviter qu'un licenciement ne soit déclaré sans cause réelle et sérieuse pour de simples questions de forme et de procédure**, comme la lettre de licenciement incomplète ou mal rédigée que j'évoquais tout à l'heure dans le cas d'un artisan.

*Ce sont des cas extrêmement fréquents. Les sondages effectués sur un échantillon de recours aux prud'hommes montrent qu'un grand nombre sont motivés non sur le fond, mais sur le seul vice de forme de la lettre de licenciement. Cela fait peut-être le bonheur des conseillers juridiques, mais je ne suis pas sûre que ce soit une justice pour le salarié, ni pour l'employeur. Cette mesure nous paraît donc très importante. Encore une fois, **il ne s'agit que d'un vice de forme et non d'un délit sur le fond**, et ce sera une protection essentielle pour les PME qui n'ont pas les moyens de recourir à un avocat à chaque fois qu'elles doivent rédiger une lettre de licenciement. »*

Les débats au Sénat sur le même article ont donné lieu aux échanges suivants, le 26 juillet 2017 (compte rendu intégral des séances article 3 Sénat) :

« M. Yves Daudigny.

Vous invoquez, madame la ministre, trois arguments.

Sur 150 000 contentieux portés devant les prud'hommes chaque année, dites-vous, l'entreprise est paralysée par les condamnations pour vice de forme du licenciement, par les délais de jugement et par la variation du montant des dommages et intérêts pour une même ancienneté.

Je suis de votre avis s'agissant du vice de forme. S'il doit être procédé aux licenciements selon les formes prévues par les lois et règlements, un vice de forme affectant une lettre de licenciement ne doit pas être automatiquement de nature à entacher d'illégalité la décision prise s'il n'a pas privé l'intéressé d'une garantie.

Mme Muriel Pénicaud, ministre.

Certes, toujours pour ce qui concerne ces barèmes, on observe aujourd'hui moins de contentieux aux prud'hommes qu'il y a quelques années, comme cela a été relevé. L'une des raisons principales en est le développement de la rupture conventionnelle, qui a donné lieu à environ 400 000 signatures l'année dernière ; cela relève d'une logique de conciliation, puisqu'il s'agit d'une transaction.

Néanmoins, ce sont surtout les grandes et les moyennes entreprises qui ont recours à la rupture conventionnelle. Les petites entreprises connaissent moins ce mécanisme et ce sont donc surtout elles qui vont aux prud'hommes. Or il intervient ici un autre élément essentiel : la question du fond et de la forme, c'est crucial. Aujourd'hui, le juge statue en droit. Or que dit le droit ? Si la lettre de licenciement est mal rédigée, l'employeur est condamnable.

On trouve ainsi des exemples à foison d'artisans, d'agriculteurs ou de petits employeurs qui sont sanctionnés aux prud'hommes non parce qu'ils sont des voyous ou qu'ils ont fait de mauvaises choses – ce qu'il faudrait évidemment sanctionner –, mais parce qu'ils ont écrit dans leur lettre de licenciement que, ayant perdu un marché, ils ne pouvaient pas garder leur salarié au lieu d'indiquer simplement qu'ils supprimaient le poste. Cela constitue, aujourd'hui, un motif légitime pour condamner un employeur.

Il relève donc de la responsabilité du Gouvernement et du Parlement d'établir un droit plus clair, plus précis, donnant plus de repères, tout en permettant au juge d'apprécier la situation dans sa décision. Il me semble que c'est même un devoir civique que de faire en

sorte que le droit soit lisible pour le justiciable, dans tous les domaines ; et, dans ce domaine-là, on a des progrès à faire. »

La loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, a ratifié, en son article 10, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Selon l'exposé des motifs de cette loi : *« Conformément à la volonté du Président de la République, le Gouvernement a souhaité engager une rénovation profonde de notre modèle social, en concertation avec les organisations syndicales et patronales de la nation.*

La loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour : ... renforcer la prévisibilité et ainsi sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture ;

Ces ordonnances s'inscrivent dans le projet global de transformation du code du travail, destiné à libérer les énergies et à offrir de véritables protections aux salariés, par la négociation avec les salariés et leurs représentants et la sécurité juridique attendue.

Ce projet doit contribuer à favoriser le progrès social et économique pour la France et les Français, dans la droite ligne de notre héritage social, en conciliant fidélité au passé et adaptation aux enjeux de notre temps.

La loi d'habilitation, votée à une large majorité après plusieurs semaines de débat, a fixé un cadre déterminant, qui a guidé les concertations nourries menées avec les organisations syndicales et patronales tout au long de l'été. Celles-ci, au terme de plus de trois cents heures d'échanges approfondis, ont permis de faire émerger des mesures concrètes, pragmatiques et opérationnelles qui dessinent un nouveau droit social dans notre pays : à l'intérieur du cadre défini par la loi, c'est désormais la négociation qui fixe les règles de fonctionnement dans l'entreprise et dans la branche.

Cette réforme fait ainsi le pari de la confiance et de l'intelligence collective des entreprises, des salariés et de leurs représentants, au premier rang desquels les organisations syndicales.

Quatre axes clés structurent ces cinq ordonnances :

- le premier axe de cette réforme vise à apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises ;

- le deuxième axe structurant est la confiance apportée aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée ;

- le troisième axe instaure de nouveaux droits et de nouvelles protections pour les salariés ;

- le quatrième axe apporte de nouvelles garanties pour les délégués syndicaux et les élus du personnel qui s'engagent dans le dialogue social.

L'article unique du présent projet de loi ratifie ces cinq ordonnances sans les modifier. »

Le Rapport n° 369 au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017, déposé le 9 novembre 2017 par M. Pietraszewski, député, expose que :

« **Article 5 ratification de l'ordonnance n° 2017-1387 :**

« *III. La sécurisation de la procédure et de la motivation du licenciement*

B. La motivation du licenciement

1. Le droit applicable avant ordonnance

(...)

*Aux termes de l'article L. 1235-2, en cas de **non-respect de la procédure de licenciement**, et si ce dernier est toutefois jugé reposer sur une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.*

Concrètement, lorsque le salarié conteste le caractère réel et sérieux de son licenciement, le juge considère que sa demande tend à faire réparer le préjudice subi du fait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse aussi bien que celui résultant de l'irrégularité de la procédure : en effet, la Cour de cassation a ainsi pu juger que la demande d'une indemnité pour licenciement abusif englobe nécessairement l'indemnité réparant l'irrégularité de la procédure (Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° [12-21.654](#)).

En outre, cette dernière indemnité, égale au plus à un mois de salaire, ne peut être cumulée avec l'indemnité pour licenciement abusif : autrement dit, elle n'est due que si le licenciement est par ailleurs jugé comme ayant une cause réelle et sérieuse (Cass. Soc., 12 mars 2008, n° [06-43.866](#)).

Enfin, la sanction des irrégularités de procédure ne s'applique pas aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés (article L. 1235-5).

2. Le droit issu de l'ordonnance

(...)

c. Le cas des autres irrégularités de procédure

En outre, si le licenciement est bien fondé sur une cause réelle et sérieuse, une autre irrégularité de forme donne lieu, comme dans le droit antérieur, à une indemnité de réparation de l'irrégularité de la procédure au plus égale à un mois de salaire : cette rédaction permet de confirmer le non-cumul des indemnités, l'une relative à l'irrégularité du licenciement, l'autre au licenciement abusif. En revanche, contrairement au droit antérieur, ces irrégularités de procédure ne conduisent plus le juge à imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue : en effet, matériellement, cette disposition n'avait guère de sens dès lors que la rupture de contrat est déjà soldée au moment où intervient la décision du juge.

Les irrégularités de forme auxquelles renvoie la nouvelle rédaction sont les suivantes:

– en matière de licenciement pour motif personnel, la convocation à un entretien préalable et les délais et conditions qui l'encadrent (lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge, mention de l'objet de la convocation et délai minimum de cinq jours ouvrables entre la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre et la tenue de l'entretien) prévus à l'article L. 1232-2 ; les conditions de déroulement de l'entretien préalable mentionnées à l'article L. 1232-3 (indication des motifs envisagés et recueil des explications du salarié) ; les conditions et modalités d'assistance du salarié au cours de son entretien préalable prévues à l'article L. 1232-4 ;

– en matière de licenciement pour motif économique – qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou d'un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours –, les mêmes conditions applicables à la convocation à l'entretien préalable, aux conditions de son déroulement et à l'assistance du salarié ;

– le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ».

Le compte rendu des débats devant la commission des lois de l'Assemblée nationale sur l'article 5, qui figure à la suite du rapport n° 369, relate les échanges suivants :

(...)

« La commission est saisie de l'amendement AS89 de M. Boris Vallaud.

M. Boris Vallaud.

Jusqu'à présent, lorsque l'employeur commettait une irrégularité dans la motivation ou la procédure de licenciement, celui-ci était considéré comme sans cause réelle et sérieuse. Désormais, si la cause réelle et sérieuse peut être ultérieurement établie, l'employeur ne verse qu'une indemnité pour irrégularité qui ne peut dépasser un mois de salaire.

De plus, vous renvoyez au salarié la responsabilité de demander à l'employeur de rectifier les motifs retenus pour son licenciement. C'est un enjeu crucial car ces motifs fixent les termes du litige en cas de contentieux. Le juge ne pourra rendre sa décision que sur ces motifs. Si le salarié n'en fait pas la demande, l'insuffisance de motivation ne suffira plus à elle seule pour que licenciement soit reconnu comme étant sans cause réelle et sérieuse.

Une telle modification n'est pas acceptable. De nombreuses personnalités qualifiées ont dénoncé cet article en invoquant notamment le fait qu'il risquerait d'enfoncer les victimes de harcèlement. En effet, aujourd'hui, un seul acte de discrimination dans une lettre de licenciement permet de déclarer que le licenciement est nul de plein droit. Avec vos dispositions, le juge devra examiner tous les motifs de licenciement. Dès lors, pour une victime licenciée au motif qu'elle est harcelée et incompétente, le juge ne pourra plus annuler d'office le licenciement mais devra examiner tous les reproches d'incompétence formulés.

M. Laurent Pietraszewski, rapporteur.

Cet amendement propose de supprimer deux avancées importantes en matière de procédure de licenciement.

L'une d'elles est la possibilité pour l'employeur de préciser, à sa demande ou à celle du salarié, le ou les motifs de licenciement, qui fixent les limites du litige. Il ne s'agit pas d'un

droit à l'erreur de l'employeur : en effet, celui-ci ne peut pas ajouter de nouveau motif ou compléter sa motivation, mais seulement préciser un ou des motifs déjà soulevés dans la lettre de licenciement. C'est plutôt de nature à sécuriser la procédure, car il y a souvent une forte incompréhension des parties sur la question de la motivation, exercice qui peut se révéler presque acrobatique pour l'employeur, car le juge assimile l'insuffisance de motivation à une absence de motivation et donc à une absence de cause réelle et sérieuse. Or ce n'est pas parce que l'on a mal justifié son motif que l'on n'a pas de motif.

L'assimilation pure, simple et mécanique de l'insuffisance de motivation à une absence de cause réelle et sérieuse n'est pas une bonne chose : on se trompe de combat.

Je suis donc défavorable à cet amendement.

La commission rejette l'amendement. »

Le Rapport n° 194 (2017-2018) du sénateur A. Milon , déposé le 20 décembre 2017, expose :

« article 4 de l'ordonnance, à travers une nouvelle rédaction de cet article L. 1235-2 ...

Le salarié peut bénéficier d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire en cas d'irrégularité mineure de procédure, à condition que le licenciement repose bien sur une cause réelle et sérieuse. Outre la méconnaissance d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement, sont également concernés les manquements aux procédures relatives :

- à l'entretien préalable à un licenciement pour motif personnel (remise de la convocation par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge ; objet de la convocation ; interdiction d'organiser l'entretien moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la convocation, recueil des observations du salarié 140 ou pour motif économique, hors PSE 141;

- au droit d'être assisté par un conseiller pendant l'entretien préalable à un licenciement pour motif personnel (obligation de mentionner ce droit dans la convocation, ainsi que l'adresse des services dans lesquels la liste de ces conseillers est accessible ou pour motif économique, hors PSE »

La nouvelle sanction de l'irrégularité d'une procédure de licenciement a donné lieu notamment aux commentaires suivants :

Répertoire Dalloz de Droit du travail Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Sanctions des irrégularités de procédure – Alexandre FABRE – Janvier 2025 (actualisation : Juin 2025), l'auteur de l'article s'interrogeant sur la possibilité de persistance, dans certains cas, de la jurisprudence antérieure fixant une ligne de partage entre les garanties de fond et les garanties de forme :

« Art. 3 - Non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable

§ 1er - Construction jurisprudentielle

dans un arrêt du 8 sept. 2021 (Soc. 8 sept. 2021, n° [19-15.039](#)) la Cour de cassation commence par distinguer « la consultation d'un organisme chargé de donner son avis sur le licenciement » et le « déroulement de la procédure disciplinaire », peu important que celle-ci soit « prévue par une convention collective ou un règlement intérieur ». Bien qu'elle participe à l'effectivité de la consultation, la procédure dans laquelle cette dernière s'inscrit ou qu'elle accompagne, n'en a pas la sanction. Si l'absence de consultation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (mais ne l'entache pas de nullité dès lors qu'un conseil de discipline – ainsi que toute instance de consultation – n'est pas un tribunal au sens de l'article 6, §1 de la Conv. EDH. – V. Soc. 9 avril 2022, n° [19-25.244](#) : « si l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle ou un règlement intérieur est assimilée à la violation d'une garantie de fond et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'elle a privé le salarié des droits de sa défense ou lorsqu'elle est susceptible d'avoir exercé une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur, elle n'est pas de nature à entacher le licenciement de nullité »), les irrégularités de procédure entraînent une sanction différente, qu'à ce stade la Cour de cassation ne précise pas, mais que l'on imagine être l'indemnité plafonnée prévue à l'article L. 1235-2 du code du travail. Il est sûr en tous cas qu'à travers cette décision la Chambre sociale fait clairement le choix de tourner le dos à la substantialisation de principe des éléments de procédure, correspondant à la première tendance décrite plus haut. Pour finir de s'en convaincre, il suffit de relever que la formule « sans que le conseil ait rendu son avis selon une procédure régulière », longtemps insérée dans l'énoncé, n'y figure plus.

307. Pour autant, ce système de sanctions distinctes n'est pas complètement étanche. La Cour de cassation admet exceptionnellement que certaines irrégularités commises dans le déroulement de la procédure disciplinaire puissent priver le licenciement d'une cause réelle et sérieuse. Il s'agit toutefois d'une sanction par emprunt, ces irrégularités étant assimilées à la violation de la garantie de fond que constitue la consultation elle-même. Et encore faut-il que ces irrégularités justifient ce glissement par les conséquences concrètes qu'elles ont pu produire, soit en privant le salarié de droits de sa défense (formule que la Cour de cassation avait déjà adoptée : V. Soc. 8 juillet 2020, n° [18-15.603](#), et qu'elle a manifestement décidé de substituer à celle invitant à vérifier si le salarié a été « privé de la possibilité d'assurer utilement sa défense »), soit, condition entièrement nouvelle, en ayant pu avoir une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur (sans doute inspirée par la décision Danthony du Conseil d'État : « un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. – V. CE 23 déc. 2011, req. n° 335033).

308. Depuis cet arrêt, la Chambre sociale a rigoureusement appliqué cette jurisprudence, soit pour reprocher aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si l'irrégularité constatée dans le déroulement de la procédure avait privé le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense ou était susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur la décision finale de sanctionner par l'employeur (Soc., 20 mars 2024, n° [22-17.292](#) : pour une mise à pied de 15 jours), soit pour approuver les juges du fond d'avoir vérifié ces deux conditions (Soc., 26 juin 2024, n° [23-13.352](#) : le salarié avait été privé de la possibilité d'assurer utilement sa défense. – Soc., 18 octobre 2023, n° [21-24.219](#) : ni atteinte aux droits de la défense, ni influence sur la décision finale).

309. Au lendemain de l'arrêt du 8 septembre 2021, l'on pouvait se demander si la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation allait être réservée aux seules procédures de consultation, ou au contraire être étendue à toutes les « garanties » conventionnelles ou statutaires. Par le passé, la Cour de cassation ne faisait pas de distinction ; elle raisonnait identiquement à propos d'autres obligations de l'employeur, comme celle d'obtenir une autorisation préalable de licenciement (Cass., ass. plén., 5 mai 2010, n° [08-42.843](#) et [08-42.844](#) P [clause d'un règlement de copropriété faisant obligation au syndic de recueillir l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires avant le licenciement des gardiens]), celle de notifier par écrit au salarié, avant l'entretien préalable, les motifs de la mesure qu'il envisage (Soc., 9 janvier 2013, n° [11-25.646](#)), ou celle consistant à informer les délégués du personnel de l'existence d'un projet de licenciement disciplinaire (Soc., 17 mars 2015, n° [13-24.252](#) P ; Dr. soc. 2015. 467 obs. J. Mouly). Certaines décisions rendues après l'arrêt du 8 septembre 2021 confirment d'ailleurs cette tendance globalisante. Quelques jours à peine après cet arrêt, la Cour de cassation a encore qualifié de garantie de fond la clause d'un règlement intérieur subordonnant le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures (Soc., 22 septembre 2021, n° [18-22.204](#) P. – Soc., 22 septembre 2021, n° [19-12.538](#) P. – V. déjà en ce sens, Soc. 3 mai 2011, n° [10-14.104](#) P. – Soc., 13 février 2013 n° [11-27.615](#)), ainsi qu'une stipulation conventionnelle obligeant l'employeur à choisir la sanction la moins sévère en cas de partage des voix entre les membres d'un conseil de discipline (Soc., 22 sept. 2021, n° [19-10.785](#)).

Plus récemment, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'un agent de la RATP avait été privé de la possibilité d'assurer utilement sa défense alors qu'en violation du statut du personnel, il n'avait pas été informé verbalement par un responsable hiérarchique du motif de la mesure disciplinaire envisagée, que ses explications n'avaient pas été recueillies préalablement et qu'il ne s'était pas vu remettre une copie d'un procès-verbal de la mesure disciplinaire émargé par lui et lui permettant d'exercer ses droits de la défense en y apposant le cas échéant une réclamation (Soc., 26 juin 2024, n° [23-13.352](#)).

§ 2 - Restriction légale 310. Bris de jurisprudence.

« Cette jurisprudence pourrait être – partiellement – remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Depuis lors, l'article L. 1235-2 du code du travail précise que « si le licenciement d'un salarié intervient [...] 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 ». Le législateur a manifestement poursuivi le même projet qu'à l'égard de l'insuffisance de motivation : transformer en simple irrégularité de forme ce que la Cour de cassation considère être une irrégularité de fond. Mécaniquement, cette réforme conduit à alléger la sanction de l'employeur : là où ce dernier s'exposait à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont les conséquences indemnitaires étaient élevées et incertaines (V. supra, nos 294 s.), il ne risque plus qu'une simple condamnation pour irrégularité de procédure, dont le montant est plafonné à un mois de salaire.

311. Jurisprudence survivante. - La lettre de l'article L. 1235-2 du code du travail autorise toutefois à limiter la portée de la nouvelle disposition.

312. D'abord, puisque le texte ne vise que « la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable à un licenciement », il nous semble que la Cour de cassation

pourrait maintenir sa jurisprudence chaque fois que l'élément de procédure conventionnelle ou statutaire ne se résume pas à une règle de consultation. On songe notamment à obligation qui peut être faite à l'employeur de motiver la sanction dans la lettre de convocation à l'entretien préalable : la rédaction de l'article L. 1235-2 du code du travail n'interdit pas de continuer à y voir une garantie de fond (Soc., 9 janvier 2013, n° [11-25.646](#)). Il en va de même à l'égard des procédures conventionnelles visant les salariés en situation d'insuffisance professionnelle (CCN des Banques – art. 26. – CCN de l'inspection d'assurance – art. 57). Ces stipulations font bien souvent plus qu'exiger un simple entretien entre le salarié et son supérieur hiérarchique : puisqu'elles obligent l'employeur à mettre en place un accompagnement personnalisé, voire à rechercher une alternative au licenciement, il n'est pas impossible de considérer aujourd'hui encore que leur méconnaissance prive le salarié d'une garantie de fond, donc le licenciement d'une cause réelle et sérieuse (Soc., 7 mai 2011, n° [09-72.843](#) – Soc., 20 janvier 2016, n° [14-20.322](#), inédit).

313. Ensuite, même dans le cas d'une procédure conventionnelle ou statutaire imposant la consultation d'un organisme, il n'est pas certain que la solution rendue par la Cour de cassation soit condamnée à terme. Ce n'est sans doute pas un hasard si l'arrêt retient l'hypothèse d'une « irrégularité commise dans le déroulement de la procédure ». La Cour de cassation a peut-être voulu coller à la formule du texte de loi, qui pointe en ouverture « l'irrégularité commise au cours de la procédure ». Si par la suite l'article évoque le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire, ce pourrait être seulement pour donner un exemple (d'où le « notamment ») d'irrégularité commise au cours de la procédure. **Ce qui, dès lors, pourrait conduire à distinguer deux cas de figure. Celui, d'abord, où la consultation n'aurait pas eu lieu, le conseil ou la commission de discipline n'ayant pas été saisi ; comme l'on ne serait pas littéralement en présence d'une « irrégularité commise au cours de la procédure », cette dernière n'ayant tout simplement pas existé, on se trouverait en dehors des prévisions du texte, de sorte que l'on pourrait toujours y voir la violation d'une garantie de fond privant le licenciement de cause réelle et sérieuse.** Dans le second cas de figure, la consultation exigée aurait bien été faite, mais une irrégularité aurait été commise dans le déroulement de la procédure (par ex. non-respect du délai conventionnel de consultation, incomplétude du dossier transmis au salarié avant son audition, non-transmission du PV de réunion, etc.). Il est clair que le juge devrait alors faire application de la sanction prévue par l'article L. 1235-2, à savoir l'indemnité maximale d'un mois de salaire. Sauf à ce que la Cour de cassation décide une fois encore d'utiliser les ressources de l'interprétation conforme, en faisant valoir que la nouvelle disposition de l'article L. 1235-2 du code du travail est contraire à l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT (« un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité »), et que le seul moyen de rendre le droit national conforme est de consacrer la double exception prévue dans l'arrêt du 8 septembre 2021.

314. **À cette heure, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'appliquer les nouvelles règles légales.** Lors de la seule occasion qui s'est présentée, elle s'est bornée à interpréter les stipulations conventionnelles litigieuses pour dire que « l'employeur n'a nullement l'obligation de remettre au salarié et aux membres du conseil de discipline, l'intégralité d'un rapport d'enquête interne diligentée pour établir la matérialité des faits reprochés au salarié, dès lors qu'il communique un dossier contenant les éléments suffisamment précis pour permettre un débat contradictoire », et en déduire dès

lors « qu'aucune irrégularité dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par la convention collective n'avait été commise » (Soc., 27 novembre 2024, n° [23-11.720](#)). »

- Rupture du contrat de travail - Les procédures conventionnelles et statutaires de licenciement après l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 - Etude par Sandrine Le Naour et Sébastien Poncet, **La Semaine juridique - Social n° 47 du 28 Novembre 2017,1377** :

« 5. - C'est manifestement pour mettre fin à cette jurisprudence d'une sévérité excessive pour les entreprises que l'ordonnance du 22 septembre 2017, sans qualifier explicitement l'inobservation d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement d'irrégularité de procédure, lui applique les sanctions attachées aux irrégularités de forme en prévoyant une indemnisation à hauteur d'1 mois de salaire maximum. En apparence claire, la lecture du texte suscite néanmoins quelques interrogations quant à son domaine d'application.

La méconnaissance d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement n'est-elle envisagée par l'article 4 de l'ordonnance que comme un exemple d'une irrégularité commise au cours de la procédure de licenciement ? L'adverbe « notamment » pourrait autoriser une telle interprétation mais le libellé de l'ordonnance ne confère au praticien aucune certitude.

Au regard des termes de l'ordonnance, la question peut se poser de savoir si la référence à une procédure statutaire de consultation préalable inclut les formalités consultatives pouvant être prévues par le règlement intérieur. De même, on peut s'interroger sur le point de savoir si la méconnaissance d'une simple obligation d'information (des représentants du personnel par exemple) préalable à la notification du licenciement est concernée par l'ordonnance. Même si une analyse littérale du texte peut laisser prise au doute et à l'interprétation, l'esprit de l'ordonnance commande à notre sens d'apporter à ces interrogations une réponse affirmative.

(...)

7. - L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne règle pas clairement la question des sanctions attachées à la violation des formalités conventionnelles ou statutaires autres que la consultation préalable à une mesure de licenciement . Ses rédacteurs ont semblé considérer que les seules hypothèses dans lesquelles un licenciement pouvait être remis en cause en raison de la méconnaissance d'une irrégularité de forme concernaient les cas dans lesquels une formalité consultative préalable n'avait pas été respectée par l'employeur .

*Or, cette vision est particulièrement réductrice car nombre de conventions collectives prévoient des formalités autres qu'une obligation consultative. On peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si la ligne de partage jusqu'alors établie par la Cour de cassation entre les garanties de fond et les garanties de forme va continuer à avoir cours s'agissant des formalités conventionnelles ou statutaires autres que la consultation préalable d'un organisme. De ce point de vue, **il serait souhaitable, par souci de cohérence, que la jurisprudence évolue, à la faveur de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, et ne qualifie plus de garantie de fond les formalités conventionnelles ou statutaires qui offrent au salarié menacé de licenciement des droits moindres que ceux résultant de la consultation d'un organisme** . Il serait en effet paradoxal qu'une simple formalité d'information préalable (des représentants du*

personnel par exemple) continue à être qualifiée de garantie de fond alors que la méconnaissance d'une formalité consultative ou l'absence d'entretien préalable constituent des irrégularités de forme. Il ne serait pas davantage compréhensible que la jurisprudence continue à estimer que le non-respect des formalités et délais de notification du licenciement prévus par certaines conventions de branche prive le licenciement de cause réelle et sérieuse alors qu'elle considère que la méconnaissance du délai légal minimum de réflexion de 2 jours ouvrables suivant l'entretien préalable est une irrégularité de forme

(...)

Rentre à notre sens dans le champ d'application de ce texte la méconnaissance des procédures consultatives suivantes : ... • l'obligation d'informer le salarié dans la lettre de licenciement de la faculté de saisir la commission paritaire avant que celui-ci ne devienne effectif, édictée par l'article 27 de la convention collective nationale de la banque ;

(...)

En revanche, la question de la qualification – irrégularité de fond ou irrégularité de forme – conserve tout son intérêt s'agissant de la méconnaissance des formalités suivantes dont il n'est pas permis d'affirmer qu'elle rentre dans le domaine d'application de l'article 4 de l'ordonnance : ... le délai minimum de réflexion de 7 jours calendaires entre l'entretien préalable et la notification du licenciement personnel non disciplinaire, prévu par l'article 26 de la convention collective nationale des banques ».