

MARS 2009

Guide pratique du conseiller du salarié



SOMMAIRE

	Pages
PREMIERE PARTIE : LA FONCTION DE CONSEILLER DU SALARIE	
<u>Les conseillers du salarié</u>	04
<u>Leur rôle</u>	04
<u>Les limites de leurs attributions</u>	06
<u>Les bénéficiaires de l'assistance du conseiller du salarié</u>	07
<u>Les circonstances de leur intervention</u>	09
<u>Les règles déontologiques auxquels ils sont soumis</u>	10
<u>Leurs obligations</u>	12
<u>Les sanctions encourues en cas d'entrave à leurs fonctions</u>	13
<u>Leur formation</u>	14
<u>Leur couverture en cas d'accident</u>	16
DEUXIEME PARTIE : L'ENTRETIEN PREALABLE AU LICENCIEMENT	
<u>La lettre de convocation</u>	19
<u>Entretien préalable/délais de convocation/computation</u>	21
<u>Entretien préalable/qui participe</u>	22
<u>Déroulement de l'entretien préalable</u>	23
<u>Clôture de l'entretien préalable</u>	27
ANNEXES	
<u>La jurisprudence relative à l'activité du Conseiller du Salarié</u>	30



La loi n°89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, a introduit, dans le code du travail, la faculté pour les salariés, lorsqu' il n'existe pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, de se faire assister, lors de l'entretien préalable à leur licenciement, par une personne extérieure à l'entreprise inscrite sur une liste établie par le préfet dans chaque département.

Cette possibilité a pour objectif d'éviter l'isolement du salarié face à l'employeur lors de l'entretien préalable et d'établir un «rapport de force» mieux équilibré entre les parties, ce tiers étant particulièrement apte à fournir au salarié une assistance ainsi que des conseils de caractère juridique.

La loi n°91-72 du 18 janvier 1991 relative au conseiller du salarié a aménagé et complété le dispositif législatif d'assistance du salarié et, notamment, a mis en place le statut du conseiller du salarié.

La Loi du 25 février 2008, transcription de l'A.N.I. du 11 janvier 2008 modernisation du marché du travail a créé un nouveau mode de rupture : la rupture conventionnelle (L 1237-11 à 16 du nouveau Code du Travail) avec la possibilité de se faire assister par le conseiller du salarié (L 1237-12) étend ainsi le champ de la mission du conseiller.

LA FONCTION DE CONSEILLER DU SALARIE

QUI SONT LES CONSEILLERS DU SALARIE ?

Les conseillers du salarié sont des **personnes bénévoles**, qui ont été désignées par le préfet du département pour assister et conseiller gratuitement les salariés, sur leur demande, au cours de l'entretien préalable au licenciement ou des entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle, en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise.

Ce sont des hommes et des femmes, **en activité ou en retraite**, issus de toutes les catégories socioprofessionnelles, dont la candidature aux fonctions de conseiller du salarié a été retenue en considération de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit du travail.

Ils ne sont pas nécessairement adhérents à une organisation syndicale représentative des salariés. Leur éventuelle appartenance syndicale est obligatoirement mentionnée sur la liste départementale des conseillers du salarié.

Les conseillers du salarié sont investis d'un **mandat d'une durée de trois ans, reconductible**. Ils peuvent se démettre à tout moment de leurs fonctions. De même, ils peuvent être radiés de la liste des conseillers du salarié en cas de violation du secret professionnel ou de manquement à l'obligation de discrétion. Une radiation est également encourue en cas de refus systématique d'assister les salariés ou de dépassements délibérés et répétés du cadre légal de la mission de conseiller du salarié.

Les conseillers du salarié qui occupent, par ailleurs, un emploi salarié bénéficient d'une **protection particulière contre le licenciement**, lequel est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Les conseillers du salarié qui sont employés dans un établissement qui occupe au moins onze salariés, disposent d'un droit d'absence de quinze heures au maximum par mois, pour leur permettre d'exercer leur mission d'assistance pendant leur temps de travail. Cette absence donne lieu au maintien du salaire par l'employeur, lequel est remboursé par l'Etat.

QUEL EST LE ROLE DU CONSEILLER DU SALARIE ?

Le conseiller du salarié a une mission d'**assistance** et de **conseil du salarié** lors de l'entretien préalable au licenciement ou lors des entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle.

L'action du conseiller du salarié a pour objectif exclusif :

- 1) **d'aider le salarié menacé de licenciement à organiser la défense de ses intérêts** en vue de l'entretien préalable auquel il est convoqué :

- ❖ en l'informant sur le déroulement de la procédure légale ou conventionnelle de licenciement,
- ❖ en le renseignant sur l'étendue de ses droits, tels qu'ils résultent de la législation et de la réglementation du travail, mais aussi de la convention collective applicable, des accords d'entreprises, des stipulations du contrat de travail, ...
- ❖ en clarifiant la situation, en analysant sur le plan juridique les faits en cause et en préconisant, après ce diagnostic, le système de défense le plus approprié (le salarié assisté a en charge de rassembler et de produire, dans toute la mesure du possible, tous les éléments nécessaires à une pleine connaissance du dossier par le conseiller du salarié),

2) **de lui apporter un soutien actif** lors de cet entretien :

- ❖ en veillant au plein exercice des droits de la défense du salarié et au respect de la procédure légale ou conventionnelle de licenciement ou de rupture conventionnelle,
- ❖ en fournissant des renseignements à caractère juridique, tant à l'employeur qu'au salarié, propres d'une part, à éclairer les parties sur leurs obligations et sur leurs droits respectifs et, d'autre part, à prévenir tout abus ou toute irrégularité de fond ou de forme concernant la mesure de licenciement envisagée,
- ❖ en éclairant le salarié sur les droits auxquels il peut prétendre en matière de rupture conventionnelle ainsi que sur les délais de procédure garantissant son libre consentement,
- ❖ en s'efforçant d'apaiser le climat s'il est tendu ou conflictuel et de modérer les emportements possibles, de sorte à faciliter le dialogue entre l'employeur et le salarié et à permettre à ce dernier de s'exprimer librement et sans contrainte,
- ❖ en soutenant le salarié dans l'exposé et l'argumentation de sa défense face aux griefs retenus contre lui, sans se substituer au salarié et sans nuire au principe du contradictoire attaché au débat,
- ❖ en tentant, s'il y a lieu, de concilier les parties en vue d'infléchir la volonté initiale de l'employeur et de parvenir soit à une autre solution que le licenciement, soit à des conditions de rupture plus favorables au salarié,
- ❖ en contribuant, le cas échéant, à la prise de conscience du salarié sur la régularité de la procédure suivie ou sur le caractère justifié ou proportionné du licenciement envisagé eu égard à sa cause,
- ❖ en aidant le salarié à évaluer les résultats de la négociation en matière de rupture conventionnelle sans se substituer à lui,
- ❖ en établissant, au besoin, un compte rendu de l'entretien, qui constituera un mode de preuve admis par les tribunaux s'il est cosigné par l'employeur et le salarié,

- ❖ en attestant éventuellement, à la demande du salarié, du déroulement et de la teneur de l'entretien ; ce témoignage étant recevable devant la juridiction prud'homale qui en appréciera librement la valeur et la portée,
- ❖ en émettant, si nécessaire, un avis au salarié, à l'issue de l'entretien et après évaluation des chances de réussite, sur l'opportunité, en cas de licenciement fondé sur les motifs invoqués, de s'orienter vers une procédure contentieuse.

Le conseiller du salarié, au travers de sa mission d'assistance et de conseil, remplit, par conséquent, également **un rôle de conciliateur et de témoin**. Il n'est, en revanche, **ni un juge, ni un agent de contrôle**.

Il n'a pas non plus la qualité de mandataire, c'est-à-dire qu'il ne peut représenter le salarié lors de l'entretien préalable en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci, ou accomplir des démarches à sa place.

QUELLES SONT LES LIMITES AUX ATTRIBUTIONS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

Le conseiller du salarié a pour fonction exclusive **d'assister et de conseiller le salarié** menacé de licenciement au moment de l'entretien préalable ou lors d'une démarche de rupture conventionnelle.

L'institution du conseiller du salarié ne doit pas être confondue avec d'autres organismes, telles que les organisations syndicales, qui ont vocation à défendre les intérêts collectifs et individuels des salariés, notamment en phase contentieuse, ou avec les services publics qui sont investis d'une mission d'information et/ou de contrôle, ou encore avec les auxiliaires de justice que sont les avocats qui assurent conseil et assistance pour l'ensemble des litiges nés de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail.

Ceci ne fait bien sûr pas obstacle à la préparation nécessaire de l'entretien, notamment par une rencontre ou un entretien téléphonique préalable avec le salarié concerné.

Cet entretien préparatoire est d'ailleurs envisagé par la circulaire DRT n°92/15 du 4 août 1992 qui prévoit, sous certaines conditions, l'imputation du temps passé au pré-entretien sur le crédit d'heures d'absence attribué aux conseillers salariés employés dans un établissement occupant au moins onze salariés.

Le rôle du conseiller du salarié ne saurait donc en aucune manière déborder du cadre de l'entretien préalable.

Il n'entre pas, de ce fait, dans les attributions du conseiller du salarié de prêter assistance et de prodiguer des conseils au-delà de l'entretien préalable, sauf pour fournir un éventuel témoignage en justice à la demande du salarié.

Le conseiller n'est doté d'aucun pouvoir particulier, autre que celui de conseiller le salarié lors de l'entretien préalable.

De ce fait :

- ❖ il ne peut se livrer à aucune investigation et à aucun contrôle au sein de l'entreprise,
- ❖ il n'est pas habilité à exiger de l'employeur la communication ou la délivrance de quelque document que ce soit, notamment d'ordre administratif, comptable ou financier,
- ❖ il n'est investi d'aucun pouvoir de vérification de la réalité des faits énoncés à l'appui de la mesure de licenciement envisagée, ceci relevant exclusivement du contrôle judiciaire,
- ❖ il n'a pas compétence à ordonner l'annulation d'une procédure irrégulière en la forme, ce pouvoir étant confié au juge prud'homal, sous contrôle des juridictions supérieures,
- ❖ il ne lui appartient pas de dénoncer auprès de l'Administration, et notamment des services d'inspection du travail, les situations irrégulières qu'il peut constater au sein d'une entreprise dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de conseiller du salarié,
- ❖ il ne peut se prévaloir, dans l'accomplissement de sa mission, d'une autre qualité que celle de conseiller du salarié,
- ❖ il lui est interdit de faire usage, sans remplir les conditions exigées pour le porter, d'un titre tendant à créer, dans l'esprit du public, une confusion avec le titre de conseil juridique ou d'un titre équivalent relevant d'une profession juridique réglementée,
- ❖ il ne peut invoquer une quelconque assermentation au titre de conseiller du salarié, de nature à laisser penser, à tort, que son témoignage serait doté d'une autorité privilégiée et ferait foi jusqu'à preuve du contraire devant les juridictions judiciaires.

QUI PEUT BENEFCIER DE L'ASSISTANCE DU CONSEILLER DU SALARIE ?

- 1) Tout salarié appartenant à une **entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel** peut, s'il est convoqué par son employeur à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement, recourir, s'il le désire, aux services d'un conseiller du salarié pour l'assister. L'employeur et le salarié (en contrat à durée indéterminée) peuvent convenir en commun des conditions de rupture d'un contrat de travail exclusive du licenciement ou de la démission (article L 1237-11 du nouveau Code du Travail). Les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle au cours d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister.

Dans ces deux cas, le salarié menacé de licenciement, pour pouvoir bénéficier de l'assistance d'un conseiller du salarié, doit impérativement être employé dans une entreprise qui ne possède ni délégués du personnel, ni comité d'entreprise, ni délégués syndicaux, ni comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

L'absence de ces institutions représentatives du personnel s'apprécie au niveau de l'entreprise et non pas au seul niveau de l'établissement où travaille ou est rattaché le salarié concerné. En conséquence, l'absence de représentants du personnel, élus ou désignés, au sein de l'établissement dans lequel est occupé le salarié ne permet pas pour autant à celui-ci de faire appel à un conseiller du salarié, si, par ailleurs, une institution représentative du personnel est présente dans un ou plusieurs autres établissements appartenant à l'entreprise.

Le conseiller du salarié devra s'assurer auprès du salarié qui le contacte, que l'entreprise qui l'emploi est effectivement dépourvue de toute institution représentative du personnel.

- 2) Les articles L 1232-4, L 1232-7 et L 1233-13 du nouveau Code du Travail ne prévoient l'intervention du conseiller du salarié qu'en faveur du personnel salarié des entreprises (au sens large du terme). De ce fait, l'assistance du conseiller du salarié n'est pas possible à l'égard des salariés dont l'employeur est un particulier.
- 3) Le conseiller du salarié a compétence pour assister un salarié, **quel que soit le motif du licenciement envisagé** :
 - ❖ motif personnel non disciplinaire (maladie, inaptitude physique ou psychique, mésentente, insuffisance professionnelle, modification substantielle du contrat de travail...),
 - ❖ motif disciplinaire (agissement fautif), motif économique (licenciement collectif ou individuel).

→ L'entretien préalable à un licenciement à caractère économique est **obligatoire**, y compris lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, dès lors que l'entreprise n'est pas dotée de délégués du personnel ou de comité d'entreprise.

→ Les salariés compris dans une mesure de licenciement économique intervenant en exécution d'un plan de redressement ou s'inscrivant dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, doivent bénéficier d'un entretien préalable s'il n'existe dans l'entreprise ni de délégués du personnel, ni de comité d'entreprise.

Dans les entreprises faisant l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, et qui sont dépourvues de délégués du personnel et de comité d'entreprise, un représentant des salariés doit être désigné par le personnel pour exercer les fonctions dévolues à ces institutions. Pour autant, la désignation d'un représentant des salariés (bénéficiant d'un statut protecteur) n'exclut pas la possibilité pour les salariés menacés de licenciement de faire appel au conseiller du salarié (cass. soc. 27 juin 2002).

4) Le conseiller du salarié a compétence pour assister le salarié lors d'une rupture conventionnelle à condition que celui-ci soit employé en contrat à durée indéterminée (quelque soit son ancienneté) et ne soit pas compris dans un Plan de Sauvegarde de l'Emploi résultant d'un licenciement pour motif économique de plus de 10 salariés dans une entreprise de plus de 50 salariés.

5) Le conseiller du salarié a compétence pour assister un salarié :

- ❖ **quelle que soit l'ancienneté de celui-ci,**
- ❖ **quel que soit le statut juridique de l'employeur** (société, entreprise individuelle, association...),
- ❖ **quel que soit le secteur d'activité** (artisanat, commerce, industrie, agriculture, professions libérales...),
- ❖ **et quel que soit l'effectif de l'entreprise**, dans la mesure où le salarié est employé dans les conditions du droit privé (ce qui exclut les salariés sous contrat public tels que ceux des chambres consulaires...)

DANS QUELLES CIRCONSTANCES PEUT INTERVENIR LE CONSEILLER DU SALARIE ?

A – LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT

Le conseiller du salarié intervient seulement dans le cadre de **l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement**, prévu par l'article L.1232-4 du nouveau Code du Travail, c'est-à-dire lors de la phase de conciliation d'une procédure de licenciement.

- 1) Il n'est pas, par conséquent, habilité à assister le salarié convoqué à un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire autre que le licenciement. En effet, la procédure disciplinaire fixée par l'article L.1322-2 du nouveau Code du travail ne permet pas l'assistance du salarié par une personne extérieure à l'entreprise. Le salarié convoqué ne dispose que de la faculté de choisir une personne appartenant au personnel de l'entreprise pour l'assister lors de cet entretien.
- 2) Le conseiller du salarié n'est pas non plus autorisé à intervenir lors de l'entretien préalable à la rupture anticipée, pour faute grave du salarié, d'un contrat de travail à durée déterminée, cette résiliation étant soumise non à la procédure de licenciement mais à la procédure disciplinaire. (Cass. Soc. 25 octobre 2000).

Avant d'intervenir, le conseiller du salarié doit donc vérifier que le salarié est effectivement convoqué à un entretien préalable au licenciement et non pas à un entretien s'inscrivant dans le cadre de la procédure disciplinaire renforcée, mise en oeuvre en perspective d'une sanction majeure d'un degré moindre que le licenciement (*mise à pied disciplinaire, rétrogradation, mutation interne*). A cet égard, l'employeur ou son représentant a l'obligation de mentionner l'objet de l'entretien dans sa lettre de convocation.

L'objet de l'entretien est une précision substantielle. Selon la Cour de Cassation, la lettre de convocation doit indiquer sans équivoque qu'un licenciement est envisagé.

→ En outre, cette lettre doit impérativement mentionner la faculté pour le salarié de se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise soit (lorsque l'entreprise est dépourvue de représentants du personnel élus ou désignés) par un conseiller de son choix inscrit sur la liste dressée par le préfet.

B – LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

Le conseiller di salarié peut être amené également à intervenir pour assister le salarié lors du ou des entretiens préparatoires à une **rupture conventionnelle** de son contrat de travail. Il convient cependant de préciser que si le salarié choisit de se faire assister, il doit en informer l'employeur avant la date prévue pour le ou les entretiens. L'employeur peut alors lui-même se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de 50 salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

QUELLES SONT LES REGLES DEONTOLOGIQUES AUXQUELS SONT SOUMIS LES CONSEILLERS DU SALARIE ?

- 1) Le conseiller du salarié a le devoir d'accomplir sa mission **avec conscience et compétence**. Le conseiller du salarié qui a été sollicité pour intervenir lors d'un entretien préalable doit, en cas d'indisponibilité, en informer immédiatement et par tous moyens le salarié concerné (R 1232-3 du nouveau Code du travail).

Le conseiller doit informer immédiatement le salarié de sa disponibilité, considérant le court délai de 5 jours ouvrables, dont il dispose pour organiser sa défense et obtenir assistance.

- 2) Le conseiller du salarié se doit également d'exercer ses fonctions avec la meilleure efficacité possible :
 - ❖ En enrichissant et **actualisant régulièrement ses connaissances** dans le domaine de la législation et de la réglementation du travail,
 - ❖ En s'efforçant à une **exacte lecture des règles de droit**, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence ou, à défaut, par la doctrine administrative, et en s'y référant avec pertinence et bonne foi,
 - ❖ En **conseillant judicieusement le salarié**,
 - ❖ En adoptant une attitude conforme aux règles de civilité, exempte d'hostilité ou d'agressivité envers l'employeur ou son représentant,
 - ❖ En **usant de diplomatie**, à l'égard de l'employeur ou/et du salarié, pour influencer positivement sur le débat et d'espérer parvenir à une issue la plus favorable possible pour la salarié,

- ❖ En n'apparaissant pas comme un interlocuteur aveuglément partial ou de mauvaise foi.

3) Le conseiller du salarié se doit de respecter ses interlocuteurs :

- ❖ **En assumant complètement et jusqu'à terme les engagements pris** envers le salarié,
- ❖ En lui **apportant toute l'assistance et tous les conseils nécessaires** dans les limites du rôle confié par la loi,
- ❖ En **étant ponctuel** aux rendez-vous fixés,
- ❖ En **n'outrepassant pas ses fonctions**,
- ❖ En agissant avec honnêteté intellectuelle, avec réflexion et prudence,
- ❖ En ne fournissant pas d'information juridique volontairement incomplète ou inappropriée,
- ❖ En demeurant courtois et calme quoi qu'il arrive.

4) Le conseiller du salarié a le devoir de répondre favorablement, autant que possible, à tout salarié qui sollicite son assistance, notamment, si le lieu de l'entretien préalable est situé dans la zone géographique de déplacement qu'il a choisi en considération de sa disponibilité et de ses moyens de locomotion.

Le refus systématique d'exercer ses fonctions est de nature, sauf circonstances particulières, à conduire à la radiation de la liste des conseillers du salarié.

5) Il est souhaitable que le conseiller du salarié établisse un compte rendu de l'entretien préalable.

Il doit, si le compte rendu d'entretien a été cosigné par l'employeur et le salarié intéressés, remettre un exemplaire original de celui-ci à chacune des parties. Lorsque ce compte-rendu a été signé seulement par le salarié, un exemplaire lui est remis.

Si le compte rendu n'a été signé par aucune des parties, le conseiller du salarié ne devra pas pour autant refuser sa communication au salarié concerné qui en ferait expressément la demande.

→ Les tribunaux refusent de reconnaître une force probante à un compte rendu sur lequel une des parties n'a pas apposé sa signature.

Les parties en présence, lors de l'entretien préalable au licenciement, demeurent libres d'accepter ou non de rédiger et de signer un compte rendu, dans lequel sont rapportés le déroulement de l'entretien, les faits évoqués et les explications des parties.

En cas de refus de l'employeur, le conseiller du salarié conserve la possibilité de prendre des notes au cours de l'entretien, sans que l'employeur puisse légalement s'y opposer.

→ Le compte rendu établi par le conseiller du salarié, s'il est signé par seulement ce dernier, peut, en cas de production devant une juridiction, constituer une attestation, au sens de l'article 202 du nouveau Code de Procédure Pénale.

Ce document, s'il fait état de faits matériellement inexacts, pourra entraîner une condamnation pénale de son auteur (article 441-7 du nouveau Code Pénal).

L'enregistrement suppose l'accord de toutes les parties. Sa valeur probante est faible.

A l'attestation doit être joint un original ou une photocopie d'un document officiel justifiant de votre identité et comportant votre signature et la copie de votre carte de conseiller du salarié.

QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

1) Le **secret professionnel**, pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication.

→ La révélation d'une information couverte par ce secret expose le conseiller du salarié, outre à sa radiation de la liste des conseillers du salarié, à une peine d'un an d'emprisonnement et à 15 000 euros d'amende (*article 226-13 du nouveau Code pénal*), sans préjudice des dommages intérêts susceptibles d'être dus à l'entreprise victime de la divulgation du secret protégé.

Le conseiller du salarié ne se trouvant pas libéré du secret professionnel devant la juridiction prud'homale, il ne peut témoigner en justice que sur des faits qui ne sont pas couverts par ce secret.

2) Une **obligation de discrétion**, à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant.

L'obligation concerne toutes les informations qui présentent, objectivement ou légalement, un caractère confidentiel **et** pour lesquelles l'employeur ou son représentant demande la discrétion.

Le caractère confidentiel de l'information doit être réel, ce qui exclut d'emblée les informations déjà publiques.

→ La violation de cette obligation met en jeu la responsabilité civile du conseiller du salarié. Elle est susceptible d'entraîner sa radiation de la liste des conseillers du salarié, ainsi que sa condamnation à des sanctions civiles, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en réparation du préjudice éventuellement causé à l'employeur par l'indiscrétion.

3) Une **obligation de loyauté**, envers le salarié qu'il assiste. Cette obligation est inhérente à la mission d'intérêt général dont le conseiller du salarié est investi. En raison du mandat officiel qu'il détient et qui lui confère une certaine crédibilité juridique, le conseiller du salarié bénéficie de la confiance a priori du salarié. Il représente pour celui-ci, face souvent à un sentiment de désarroi, d'injustice ou d'impuissance, un important soutien moral et juridique.

4) **Envers l'Administration du travail**, le conseiller du salarié est tenu :

- ❖ de fournir **annuellement** un état récapitulatif du nombre d'interventions réalisées au cours de la période de référence.
- ❖ de répondre à toute convocation émanant du Préfet ou de son représentant (*directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*)
- ❖ de **participer aux réunions de travail** organisées par les services de l'Etat auxquelles il serait convié.
- ❖ de s'expliquer devant l'autorité administrative, face aux griefs qui peuvent lui être faits concernant l'accomplissement de sa mission.
- ❖ d'informer **sans délai** les services de la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (D.D.T.E.F.P.) de tout changement intervenu dans sa situation personnelle ou professionnelle. De même, le conseiller du salarié qui, en cours de mandat, est élu **conseiller prud'homal**, doit immédiatement en aviser la D.D.T.E.F.P.

En vertu du principe selon lequel nul ne peut être à la fois juge et partie, l'exercice de ce mandat judiciaire est déclaré incompatible avec les fonctions de conseiller du salarié et doit entraîner la radiation de l'intéressé de la liste des conseillers du salarié.

QUELLES SANCTIONS EN CAS D'ENTRAVE AUX FONCTIONS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

La faculté pour le salarié de se faire assister au cours de l'entretien préalable à un éventuel licenciement ou préparatoire à une rupture conventionnelle, par un conseiller du salarié constitue **un droit instauré par la Loi**.

L'employeur ou son représentant ne peut légalement s'opposer à la présence, lors de l'entretien préalable, du conseiller du salarié choisi par le salarié convoqué. Il ne dispose pas de la faculté de récuser ce conseiller du salarié. De même, il ne peut davantage, à bon droit, refuser au conseiller du salarié de prendre des notes, de prendre la parole pour demander des explications ou des précisions, pour émettre des observations, en d'autres termes de prendre une part active dans le débat en vue de développer la défense du salarié.

→ Tout comportement qui entraverait l'exercice régulier des fonctions du conseiller du salarié serait constitutif du délit prévu et réprimé par l'article L.1238-1 du nouveau Code du travail et passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et/ou d'une amende de 3.750 €. En cas de récidive, l'emprisonnement pourrait être porté à deux ans et l'amende à 7.500 €.

L'employeur du conseiller du salarié s'exposerait, lui aussi, aux mêmes sanctions pénales :

- ❖ s'il ne permettait pas à son salarié de s'absenter de son poste de travail, dans la limite maximale de quinze heures par mois civil, pour accomplir sa mission de conseiller du salarié,
- ❖ s'il ne lui maintenait pas son salaire pendant le temps passé à l'exercice de ses fonctions durant le temps de travail, dans la limite du crédit mensuel d'heures d'absence,
- ❖ si ces absences rémunérées, qui sont assimilées à une durée de travail effectif pour la détermination de la durée du congé payé, du droit aux prestations d'assurances sociales et aux prestations familiales et de tous les droits liés à l'ancienneté dans l'entreprise, avaient pour effet d'entraîner une réduction, voire une privation des droits précités.

Rappel : seuls les conseillers du salarié employés dans un établissement occupant au moins 11 salariés bénéficient d'un droit d'absence. L'utilisation des heures d'absences comprises dans le crédit mensuel n'est subordonné à aucune autorisation préalable de l'employeur mais peut être soumise à une information préalable.

- ❖ s'il lui refusait le bénéfice du congé de formation économique, sociale et syndicale, dont la durée est limitée à douze jours par période de trois ans suivant la publication de la liste des conseillers du salarié.

LE CONSEILLER DU SALARIE BENEFICIE-T-IL D'UNE FORMATION ?

Les conseillers du salarié sont **choisis en fonction de leurs connaissances du droit du travail et de leur expérience des relations professionnelles**. Ils sont donc présumés suffisamment qualifiés pour répondre à l'attente des salariés et accomplir au mieux leur mission d'intérêt général.

Néanmoins, les conseillers qui occupent un emploi salarié bénéficient d'un droit à autorisation d'absence pour les besoins de leur formation continue. Ce droit s'inscrit dans le cadre du congé de formation économique, sociale et syndicale prévu par l'article L.3142-7 à 10 du nouveau Code du travail.

Le conseiller du salarié peut donc, quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise, obtenir, sur sa demande et pour lui permettre d'exercer sa mission dans les meilleures conditions possibles, **un congé de formation**, dans la limite de deux semaines (soit douze jours) par période de trois ans suivant la publication de la liste départementale des conseillers du salarié.

Les douze jours de ce congé s'imputent sur le nombre de jours de formation dont bénéficie tout salarié au titre du congé de formation économique, sociale et syndicale (12 ou 18 jours par an).

Dans la mesure où le salarié investi d'un mandat de conseiller du salarié possède un accès prioritaire à ce congé lorsque celui-ci a pour objet de suivre une formation en rapport avec les besoins de la fonction, le congé ne peut lui être refusé par l'employeur, sauf s'il a déjà épuisé son contingent annuel de douze jours ou usé des douze jours spécifiques accordés sur trois ans.

Ainsi, sous réserve des conditions qui précèdent, l'employeur n'a pas la possibilité de s'opposer au départ en congé du conseiller, alors qu'il peut le faire à l'égard des autres salariés si l'absence a des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise.

Seules les journées de formation effectivement prises sur le temps de travail peuvent être décomptées du contingent de 12 jours.

Le congé peut être fractionné mais la durée de chaque congé ne peut, sauf accord entre les parties, être inférieure à deux jours.

La demande de congé doit être présentée par écrit à l'employeur au moins trente jours avant la date de départ en formation.

La liste des centres et instituts dont les stages ouvrent droit au bénéficiaire du congé de formation économique, sociale et syndicale est fixée par le ministre chargé du travail et publiée chaque année au Journal Officiel.

Le contrat de travail du salarié est suspendu pendant ce congé de formation. La durée du congé est assimilée à un temps de travail effectif pour la détermination de la durée du congé payé, du droit aux prestations d'assurances sociales et aux prestations familiales et de tous les droits liés à l'ancienneté dans l'entreprise.

Le salarié, pendant le congé, n'a, en principe, pas droit au maintien de son salaire. Cependant, dans les entreprises occupant au moins dix salariés, le congé de formation économique, sociale et syndicale doit donner lieu à une rémunération par l'employeur, dont le montant est déterminé par rapport à une enveloppe globale (0,08 pour mille de la masse salariale de l'année en cours) consacrée au financement du congé.

Les conventions et accords collectifs peuvent contenir des dispositions plus favorables concernant la rémunération du salarié en congé de formation. De même, rien ne s'oppose à ce que la rémunération du salarié en formation soit prise en charge par les organisations syndicales de salariés de caractère interprofessionnel reconnues représentatives au plan national qui organisent les stages, à condition que l'indemnisation soit accordée à tous les participants qui le demandent, sans aucune discrimination touchant, par exemple, à leur appartenance syndicale.

LE CONSEILLER DU SALARIE A-T-IL UNE COUVERTURE EN CAS D'ACCIDENT

Le conseiller du salarié bénéficie d'une couverture sociale à l'occasion de tout accident susceptible de survenir dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

Les obligations qui incombent aux employeurs (immatriculation, affiliation, versement des cotisations, déclaration des accidents) en matière de protection sociale accidents du travail sont assumées par le ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville.

La direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle procède donc, pour chaque conseiller du salarié, aux formalités d'immatriculation et d'affiliation à la caisse primaire d'assurance maladie et, le cas échéant, à la déclaration d'accident du travail.

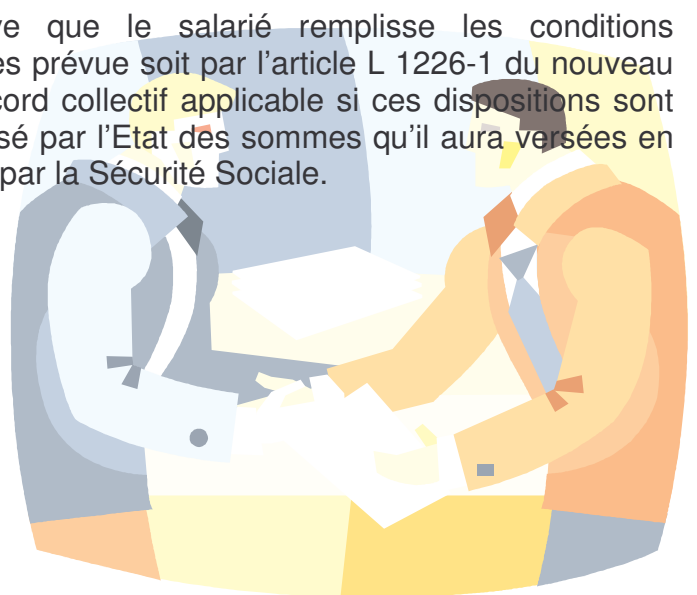
Les services centraux du ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville se chargent quant à eux du versement des cotisations sociales à l'U.R.S.S.A.F.

Cette couverture concerne à la fois les accidents survenus pendant le trajet aller et retour entre le lieu de l'entretien préalable et le lieu de travail ou le domicile du conseiller du salarié, et les accidents survenus par le fait ou à l'occasion de l'accomplissement de la mission d'assistance pendant l'entretien préalable.

A noter que lorsque le conseiller du salarié est autorisé par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle à utiliser son véhicule personnel pour se rendre à l'entretien préalable et en revenir, l'accident de la route dont serait victime le conseiller pendant le trajet pourra donner lieu à indemnisation.

Le conseiller du salarié victime d'un accident dans l'exercice de sa mission doit, s'il occupe un emploi salarié, bénéficier en cas d'arrêt de travail de l'indemnisation légale ou conventionnelle à laquelle il ouvre droit.

L'employeur devra donc, sous réserve que le salarié remplisse les conditions d'attribution, lui assurer la garantie de ressources prévue soit par l'article L 1226-1 du nouveau Code du Travail, soit par la convention ou l'accord collectif applicable si ces dispositions sont plus favorables pour le salarié, et sera remboursé par l'Etat des sommes qu'il aura versées en complément des indemnités journalières versées par la Sécurité Sociale.



L'ENTRETIEN PREALABLE AU LICENCIEMENT

SOMMAIRE

I- LETTRE DE CONVOCATION

- A) qui doit convoquer
- B) forme de la convocation
- C) adresse du salarié
- D) objet de la convocation
- E) lieu de l'entretien
- F) heure de l'entretien
- G) possibilité pour le salarié de se faire assister

II- ENTRETIEN PREALABLE/DELAIS DE CONVOCATION/COMPUTATION

- A) délais de convocation sans IRP
Computation/feuille de calcul
- B) délais de convocation en cas d' IRP

III- ENTRETIEN PREALABLE/QUI PARTICIPE

- A) le salarié
- B) l'assistant du salarié
- C) le rôle de l'assistant
- D) l'employeur
- E) qui peut assister l'employeur
- F) présence d'un interprète

IV- DEROULEMENT DE L'ENTRETIEN PREALABLE

- A) l'entretien préalable est contradictoire
- B) entretien préalable en cas de licenciement pour motif économique
- C) entretien préalable en cas de procédure collective
- D) Un cas particulier l'inaptitude médicale

V- CLOTURE DE L'ENTRETIEN PREALABLE

- A) fin de l'entretien
- B) notification du licenciement
délais de notification
computation des délais d'expédition
- C) contenu de la lettre de licenciement
- D) préavis
durée légale du préavis de licenciement
- E) indemnité de licenciement
montant de l'indemnité de licenciement légale

L'entretien préalable constitue une phase substantielle de la procédure légale de licenciement. Il s'agit de la première formalité de celle-ci, la seconde étant la notification.

L'entretien préalable est considéré par le législateur et la jurisprudence comme une tentative de conciliation (Les articles L1232-2 et L 1232-3 du nouveau Code du Travail). Conçu dans l'intérêt du salarié, l'entretien préalable doit aussi permettre à l'employeur de prendre une décision plus éclairée.

L'entretien préalable est obligatoire. Il s'impose quel que soit :

- ❖ l'effectif de l'entreprise, l'ancienneté du salarié, le motif du licenciement personnel le grief reproché, y compris en cas de faute grave ou lourde.
- ❖ Il s'impose aussi :
 - **si l'intéressé refuse la modification du contrat de travail,**
 - **en cas de suspension du contrat de travail,**
 - **en cas d'absence injustifiée,**
 - **en cas de licenciement individuel pour motif économique,**
 - **en cas de licenciement collectif de 2 à 9 salariés,**
 - **en cas de licenciement collectif pour motif économique de 10 salariés et plus, en l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel.**

La gravité des faits reprochés au salarié ne dispense pas l'employeur de son obligation de convocation à l'entretien préalable. Dans ce cas, il peut avoir recours à une **mise à pied conservatoire** qui n'est pas une sanction disciplinaire mais une mesure d'attente jusqu'à sa décision définitive.

→ Au terme de l'art R 1232-1 du nouveau Code du Travail, la lettre de convocation doit préciser : le motif de l'entretien, la date, l'heure, le lieu et l'indication de la possibilité pour le salarié de se faire assister.

En cas de licenciement pour faute, en application de l'art L 1232-4 du nouveau Code du Travail, l'employeur doit engager la procédure dans un délai de 2 mois à compter du jour où il a eu connaissance des faits fautifs.

En cas de licenciement pour motif économique, ou de licenciement pour un autre motif, l'employeur déclenchera la procédure au moment de son choix.

I – LA LETTRE DE CONVOCATION

1) Qui doit convoquer ?

L'employeur ou son représentant, cadre ayant la délégation de pouvoir d'embaucher et de licencier. Le juge vérifiera la compétence.

2) Forme de convocation

Par **écrit**. L'article L 1232-2 du nouveau Code du Travail prévoit deux modalités :

- **lettre recommandée**. La demande d'avis de réception n'est pas prévue, néanmoins, ce document donne date certaine à la présentation par le facteur et permet de faire courir les délais lettre remise en main propre contre décharge. Le salarié peut la refuser, aussi ce document doit il être impérativement signé pour donner une date certaine.
- **La lettre peut être remise en main propre contre décharge,**
- **La lettre peut aussi être envoyée par exploit d'huissier** (article 651 NCPC).

La date, l'heure et le lieu de l'entretien préalable doivent être fixés par l'employeur.

3) Adresse du salarié

La convocation est adressée **au domicile du salarié**.

4) Objet de la convocation

Selon l'article R 1232-1 du nouveau Code du travail, **la lettre doit mentionner l'objet de l'entretien**.

Il s'agit d'une précision substantielle

- ❖ L'employeur informe le salarié de **l'éventualité de son licenciement**, et non d'un autre type de sanction,
- ❖ Il ne s'agit pas d'une décision arrêtée,
- ❖ Il n'est pas nécessaire de mentionner les griefs allégués.

5) Lieu de l'entretien

En principe, il s'agit du **lieu de travail** mais cela peut être un autre lieu, comme le siège social de l'entreprise.

Le choix du lieu est effectué par l'employeur. Il doit assurer le remboursement des frais occasionnés par le déplacement, à condition que le salarié les justifie.

- ❖ Le fait que l'entretien se tienne dans un autre lieu que celui prévu ne constitue pas une irrégularité mais peut justifier l'octroi d'une indemnité pour préjudice moral.

- ❖ Si le choix du lieu, très éloigné du domicile ou du lieu de travail habituel, révèle la volonté de mettre le salarié dans l'embarras, la procédure pourra être jugée irrégulière.
- ❖ Il n'y a pas de règle quant au choix du lieu mais un entretien téléphonique n'est pas une procédure régulière.
- ❖ Le fait qu'un entretien préalable ait lieu dans un café, si le salarié n'a pas été empêché de s'expliquer, ne rend pas la procédure irrégulière.
- ❖ Par contre, elle le sera si l'employeur procède à un simulacre d'entretien dans un lieu ouvert au public tel que le hall de l'entreprise.

6) Heure de l'entretien

❖ **L'entretien a lieu pendant les heures de travail**

- Il paraît normal que l'entretien ait lieu pendant le temps de travail.
- La durée de l'entretien est payée comme temps de travail.

❖ **Convocation hors de l'horaire de travail**

Certaines cours d'appel acceptent que l'employeur le fasse dans certaines situations particulières, si le salarié travaille à horaire réduit ou de nuit ou en équipe.

❖ **Convocation pendant les congés payés**

La convocation pendant les congés payés du salarié est possible mais pourrait être frauduleuse si elle met le salarié dans l'impossibilité d'y répondre. L'entretien ne peut avoir lieu un jour de repos ou un jour habituellement non travaillé pour les salariés à temps partiel.

❖ **Convocation pendant la maladie**

La cour de cassation considère que la maladie du salarié n'est pas un obstacle à l'engagement d'une procédure de licenciement. Mais il convient de le convoquer aux heures de sorties autorisées par la sécurité sociale (10h00 à 12h00 et 14h00 à 16h00).

En fait, seule une volonté réelle de l'employeur de nuire au salarié en fixant l'heure de l'entretien en dehors de l'horaire de travail habituel pourrait être sanctionnée.

7) Possibilité pour le salarié de se faire assister

❖ **La lettre de convocation précise au salarié la possibilité de se faire assister par une personne de son choix.**

La Cour de cassation rappelle que l'assistance du salarié au cours de l'entretien par un membre de l'entreprise est possible, qu'il y ait présence ou non d'IRP et que cela doit être mentionné dans la lettre de convocation. (Cass. Soc. 6/2/2001 Diepart c/ Sté Metal improvement compagny ; et Cass. Soc. du 24 septembre 2008).

❖ **La lettre de convocation doit aussi informer le salarié qu'il peut consulter la liste des conseillers du salarié du département où se déroule l'entretien dans chaque section d'inspection et dans chaque mairie.**

La procédure est irrégulière si l'employeur n'indique pas expressément sur la lettre de convocation l'adresse des services où le salarié peut obtenir la liste. Pour la première fois, dans un arrêt du 29 avril 2003, la Cour considère que l'omission de seulement une des deux adresses où peut être consultée la liste constitue une irrégularité de procédure. (confirmé par un arrêt du 21 janvier 2009).

Les conseillers des salariés interviennent dans les entreprises sans IRP.

(L'absence d'IRP s'apprécie au sens de l'entreprise et non de l'établissement).

NB : L'existence d'IRP dans l'entreprise n'impose pas au salarié convoqué de choisir nécessairement son assistant parmi les représentants du personnel.

II - ENTRETIEN PREALABLE / DELAIS DE CONVOCATION / COMPUTATION

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou de sa remise en main propre. (L 1232-2 du nouveau Code du Travail)

1) Computation du délai de 5 jours

→ Si la lettre est remise en main propre, l'entretien doit avoir lieu le 6ème jour (J+5).
Si la lettre est envoyée Recommandée avec AR, il convient d'ajouter le temps d'acheminement requis (J+2 ou 3 + 5).
Il s'agit de 5 jours ouvrables pleins.
Les jours ouvrables sont tous les jours de la semaine sauf le jour de repos obligatoire et les jours fériés légaux et habituellement non travaillés dans l'entreprise.

- ❖ Lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de la notification qui le fait courir ne compte pas (J+5).

Le point de départ du délai minimum de cinq jours ouvrables est le lendemain du jour de la présentation par La Poste ou de la remise en main propre de la lettre de convocation.

- ❖ Si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai qui doit comporter 5 jours pleins est prorogé jusqu'au PREMIER jour ouvrable suivant. (R 1231-1 du nouveau Code du travail).
- ❖ Le non-respect de ce délai minimal constitue une irrégularité de procédure :
 - **qui ne peut être couverte par le fait que le salarié était assisté lors de l'entretien préalable,** (Cass. Soc. 7 octobre 1998).
 - **qui est sanctionnée par la condamnation de l'employeur à verser au salarié, selon le cas, l'indemnité prévue par l'article L.1232-2 du nouveau Code du travail ou des dommages intérêts en fonction du préjudice subi.**

III – ENTRETIEN PREALABLE / QUI PARTICIPE ?

1) Le salarié

- ❖ Le salarié doit se rendre en personne à l'entretien. Il peut, s'il est dans l'incapacité totale de se déplacer pour cause de maladie ou d'accident, avec l'accord exprès de l'employeur, s'y faire valablement représenter.
- ❖ L'absence du salarié n'est pas une faute.
- ❖ **L'entretien préalable a un caractère strictement personnel. Le salarié ne peut être entendu en présence de collègues, même si les faits reprochés sont identiques.** (Cass. Soc. 23 avril 2004).

2) L'assistant du salarié (conseiller du salarié ou représentant du personnel).

Il s'agit d'une personne du choix du salarié, appartenant au personnel de l'entreprise, représentant du personnel ou non.

S'il n'y a pas d'IRP dans l'entreprise, il s'agit d'un membre du personnel ou **d'un conseiller du salarié** :

→ Le salarié informe l'employeur de sa présence selon l'article R 1232-2 du nouveau Code du Travail.

→ L'indisponibilité du conseiller du salarié n'a pas pour effet de différer la date de l'entretien qui peut avoir lieu en son absence

Le rôle de l'assistant du salarié peut se résumer ainsi :

- **il ne s'agit pas d'une présence passive,**
- **il assiste et conseille,**
- **il peut demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter ses observations.**

3) L'employeur

Doit lui-même être présent à l'entretien mais il **peut se faire représenter** notamment par une personne ayant délégation de pouvoirs pour licencier, même si cette personne n'était pas nommée dans la lettre.

4) Qui peut assister l'employeur ?

L'employeur ne peut pas donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à l'entretien préalable et notifier le licenciement.

L'employeur peut faire appel au cours de l'entretien à toute personne appartenant à l'entreprise, y compris un associé ou à une personne remplissant les fonctions de conseiller juridique et pouvant apporter des éléments de faits dans la discussion.

L'entretien n'est pas une procédure d'enquête, il doit garder son caractère propre, proche d'une procédure de conciliation.

Concernant l'assistance de l'employeur, la jurisprudence a mis en évidence les garanties suivantes quel que soit le statut de l'entreprise concernée:

- ❖ l'assistance doit être limitée à une seule personne de l'entreprise,
- ❖ l'assistant doit limiter son intervention à une simple information et n'intervenir que sur demande des interlocuteurs,
- ❖ l'assistant doit pouvoir, par son rapport avec le salarié, éclairer utilement l'entretien.

5) Présence d'un interprète

L'employeur et le salarié doivent pouvoir s'expliquer dans une langue connue des 2 parties.

IV – DEROULEMENT DE L'ENTRETIEN PREALABLE

1. L'entretien préalable est contradictoire

L'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié.

L'employeur ou son représentant doit :

- ❖ d'une part, **énoncer clairement et précisément les faits** qui motivent la rupture projetée du contrat,
- ❖ d'autre part, **écouter le salarié**, prendre en considération ses arguments et **au besoin procéder aux investigations** suscitées par ses déclarations.
- ❖ L'entretien a donc pour objet d'instaurer une **discussion contradictoire** des motifs allégués à l'appui de la décision envisagée.
- ❖ L'entretien ne doit pas être une tribune d'accusation. (Cass. Soc. 11 février 2009)
- ❖ L'entretien n'est pas une enquête.
- ❖ **Le salarié doit pouvoir s'exprimer sans crainte.**
- ❖ Si la parole est libre pendant l'entretien préalable, la liberté d'expression dont il dispose pour assurer sa défense n'autorise pas n'importe quel débordement et ne lui garantit pas une immunité absolue. Sont répréhensibles, des injures grossières, des menaces, des propos diffamatoires ou outrageants envers l'employeur ou son représentant.

2. Entretien préalable en cas de licenciement pour motif économique

La loi de Cohésion Sociale du 18 janvier 2005 a institué l'obligation pour l'employeur, de proposer au salarié une Convention de Reclassement Personnalisée (CRP), lors de l'entretien préalable au licenciement pour motif économique.

Le salarié a ensuite 14 jours ouvrables après le jour de l'entretien pour faire connaître sa réponse à l'employeur. Cependant, la lettre de licenciement peut être adressée au salarié durant ces 14 jours, l'employeur devant respecter pour cet envoi, un délai de 7 jours ouvrables après le jour de l'entretien si le salarié n'est pas cadre (15 jours ouvrables minimum après celui de l'entretien pour adresser la lettre de licenciement à un cadre) (art L 1233-68 du nouveau Code du travail).

Par ailleurs, dans les entreprises d'au moins 50 salariés licenciant pour motif économique plus de 10 salariés, l'employeur est tenu d'élaborer un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (art L 1233-61 du nouveau Code du Travail).

Enfin, dans les entreprises de plus de 1000 salariés, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement pour motif économique est tenu de proposer à chaque salarié concerné, un Congé de Reclassement (art L 1233-71 du nouveau Code du travail).

3. Entretien préalable en cas de procédures collectives

Les licenciements intervenant au cours d'une procédure collective font l'objet d'une réglementation particulière.

- ❖ En cas de liquidation judiciaire, les licenciements doivent être effectués dans les 15 jours suivant le jugement de liquidation. Ils ont lieu sans autre autorisation judiciaire que le jugement de liquidation. Celui ci étant le motif en cas de disparition complète de l'entreprise.

Les licenciements effectués pendant la **période d'observation** doivent être justifiés cumulativement :

- par un motif économique réel et sérieux
- par un caractère urgent, inévitable et indispensable Ces critères sont appréciés par le juge commissaire
- le jugement prévoyant le **plan de redressement** doit aussi préciser le nombre de licenciements pouvant intervenir dans le délai d'un mois suivant l'adoption de ce plan.

Comme pour tout licenciement pour motif économique, l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur doit procéder à l'entretien préalable en l'absence de représentants du personnel, quel que soit le nombre de salariés concernés (L 1233-58 et suivant du nouveau Code du Travail).

- ❖ **Au cours de cet entretien, le salarié peut être accompagné par un membre du personnel ou par le conseiller du salarié. Le représentant des salariés** est compétent pour assister des salariés au cours de l'entretien préalable en cas d'absence de CE ou de DP.

- ❖ **Tous les entretiens préalables peuvent être effectués en présence de conseiller du salarié, même celui du représentant des salariés.**

Il est à noter aussi que, conformément à la jurisprudence, **l'entretien doit être strictement individuel** même si plusieurs salariés sont concernés.

4. Un cas particulier : l'inaptitude médicale

En cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail et d'impossibilité de le reclasser, le salarié peut être licencié. La Cour de Cassation a précisé ces règles.

L'avis d'inaptitude est de la compétence exclusive du médecin du travail. Un licenciement est nul lorsque l'inaptitude du salarié n'a pas été préalablement reconnue par le médecin du travail mais seulement par une commission médicale (Cass. Soc. 21 mai 2002), par le médecin traitant (Cass. Soc. 13 mars 1991), ou prononcé au seul motif de l'invalidité du salarié (Cass. Soc. 13 mars 2001).

L'inaptitude définitive d'un salarié à son poste de travail doit être constatée par 2 examens médicaux espacés de 2 semaines (article R. 4624-31 du nouveau Code du Travail). La règle vaut pour toute constatation de l'inaptitude, qu'elle soit effectuée dans le cadre de la visite de reprise ou de la surveillance générale des salariés (Cass. Soc. 16 mai 2000). Mais, la situation du salarié pendant cette période n'est pas réglée juridiquement, ni financièrement.

Dans ce cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour sa santé, sa sécurité ou celle des tiers, l'inaptitude peut être déclarée dès le 1^{er} examen médical. Le constat de cette situation doit figurer sur l'avis médical. A défaut d'une telle mention, le licenciement prononcé pour inaptitude à la suite d'un seul examen médical est nul (Cass. Soc. 4 juin 2002).

Reclassement du salarié : l'employeur est tenu de reclasser le salarié, en tenant compte des propositions et indications du médecin du travail (article L 1226-2 du nouveau Code du Travail). Il doit prendre l'initiative de la rechercher d'un poste de reclassement, même si le salarié ne manifeste pas le désir de reprendre le travail (Cass. Soc 4 juin 1998).

Le salarié a le droit de refuser un reclassement emportant modification du contrat de travail. En cas de refus, l'employeur peut soit formuler de nouvelles propositions de reclassement, soit procéder au licenciement pour impossibilité de reclassement (Cass. Soc. 9 avril 2002). Refuser un reclassement ne constitue plus une faute.

Le seul motif de licenciement est l'impossibilité de reclassement.

En cas de licenciement, il appartient à l'employeur d'indiquer dans la lettre de notification l'inaptitude du salarié et de détailler l'impossibilité dans laquelle il est de trouver un poste compatible avec son état de santé.

Au cours de l'entretien préalable, il est utile de vérifier que :

- les 2 visites par le médecin du travail ont bien eu lieu,
- un avis d'inaptitude a été délivré,
- l'employeur n'a pas la possibilité de reclasser,
- il faut aussi vérifier le caractère professionnel ou non de l'inaptitude.

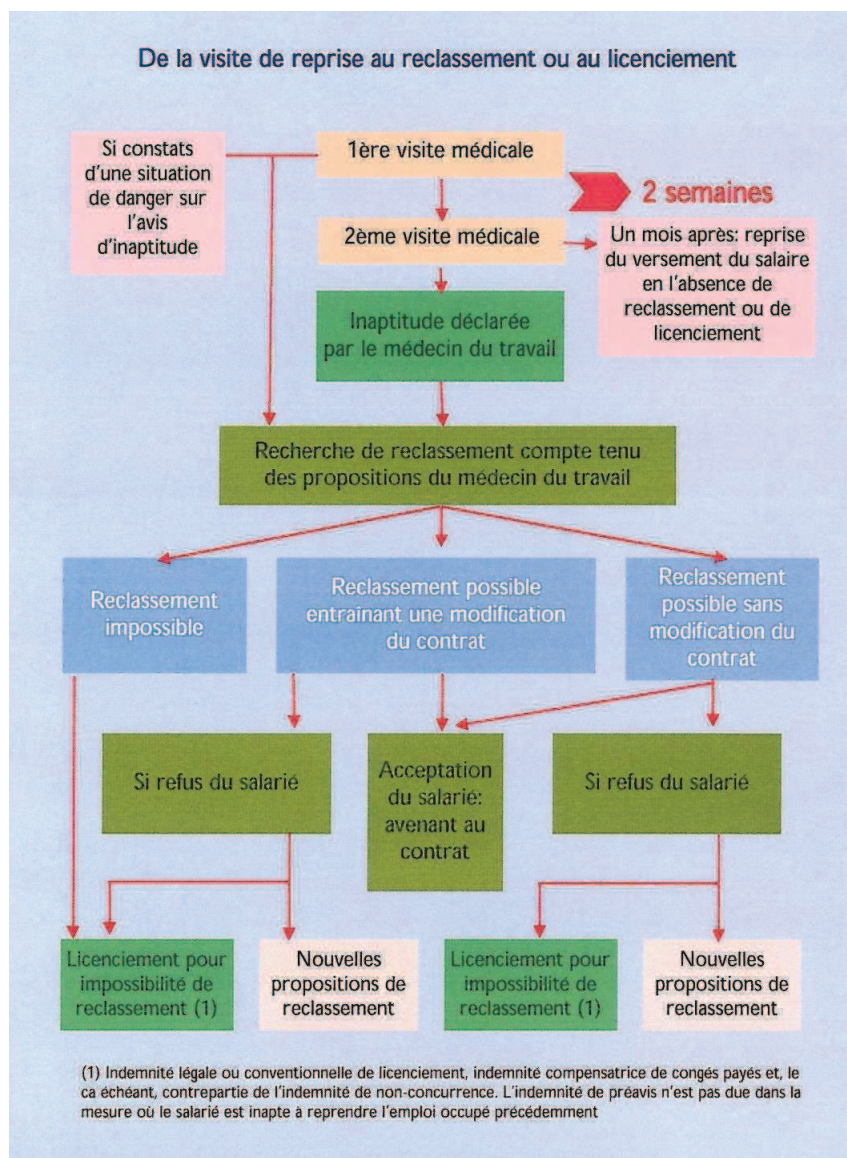
Préavis en cas de licenciement pour inaptitude suite à une maladie professionnelle ou un accident du travail :

En cas d'inaptitude professionnelle, le préavis ne peut être accompli mais le salarié licencié a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal au préavis légal (article L 1226-14 du nouveau Code du Travail).

Si l'inaptitude a une origine non professionnelle, le salarié licencié n'a pas droit à l'indemnité de préavis, sauf dispositions conventionnelles plus favorables (Cass. Soc. 19 juillet 1999).

En cas de licenciement pour inaptitude, le salarié licencié peut s'inscrire comme demandeur d'emploi immédiatement et bénéficier des allocations chômage sans que lui soit opposée la période de préavis par Pôle Emploi.

Précisons également que le salarié licencié doit bénéficier d'une indemnité de licenciement égale au double de l'indemnité légale de licenciement (article L 1226-14 du nouveau Code du Travail).



V – CLOTURE DE L'ENTRETIEN PREALABLE

1) Fin de l'entretien

- ❖ **L'employeur ne doit pas faire connaître sa décision au cours de l'entretien.**

Néanmoins, les motifs énoncés lors de l'entretien devront être repris tout au long de la procédure de licenciement. Une variation peut rendre «abusif» le licenciement. Si l'employeur invoque des faits postérieurement à l'entretien, sans avoir convoqué le salarié à un nouvel entretien, il peut être condamné à des dommages-intérêts.

- ❖ **La rédaction d'un compte-rendu d'entretien préalable est facultative**

→ Cependant, il peut être opportun de conserver par écrit le contenu de l'entretien. Ce document écrit aura une force probante devant les tribunaux d'autant plus grande s'il est co-signé par l'employeur et le salarié intéressé.

2) Notification du licenciement

Le licenciement d'un salarié relève de la seule décision de l'employeur qu'il ne peut déléguer à un représentant extérieur.

- ❖ **La lettre de licenciement doit être signée par l'employeur.**

→ Elle peut être signée par une personne de l'entreprise ayant expressément reçu pouvoir de le faire par l'employeur, à condition que le mandat donné soit joint à la lettre.

→ Le défaut de signature est une irrégularité de procédure qui entraîne pour le salarié un préjudice qui doit être réparé par une indemnité évaluée par le juge.

- ❖ **La lettre doit être adressée au salarié lui-même.**

- ❖ **La notification du licenciement est une lettre recommandée avec demande d'avis de réception.**

Les délais d'expédition de la lettre se calculent à partir de l'entretien préalable et sont exprimés en jours ouvrables. Ce sont les suivants :

Motif personnel : J + 2

Motif disciplinaire : J +1 < 1 mois

Motif économique

- Salarié non cadre : J +7

- Salarié cadre : J + 15

Les délais se calculent de minuit à minuit. Le jour de l'entretien ne compte pas.

3) Contenu de la lettre de licenciement (L 1232-6 du nouveau Code du travail)

- ❖ Elle doit **motiver** de façon précise le licenciement.
- ❖ Elle doit comporter différentes mentions obligatoires en cas de licenciement pour motif économique dont celle relative à la priorité de réembauchage.

- ❖ Elle peut mentionner les heures pour recherche d'emploi.

En cas de licenciement, deux heures par jour sont allouées pour permettre au salarié de rechercher un emploi. Les absences sont prises avec l'autorisation de l'employeur pendant le préavis. Cette obligation ne découle pas de la loi **mais des usages ou des conventions collectives**.

Si le salarié est titulaire d'un contrat de travail à temps partiel, il bénéficie d'une autorisation d'absence calculée proportionnellement à la durée du travail mentionnée sur son contrat.

- ❖ La lettre mentionne **le droit à préavis, sa durée**.

Toute rupture d'un CDI oblige en principe employeur et salarié à respecter un préavis mais il existe des exceptions qui n'ouvrent pas droit à préavis, les licenciements pour faute grave ou lourde par exemple.

La durée légale du préavis en cas de licenciement est la suivante (article L 1234-1 du nouveau Code du travail) :

Ancienneté	Durée du préavis
- de 6 mois	Conventions collectives ou usages
6 à 2 ans	1 mois
+ 2 ans	2 mois

La lettre de licenciement doit aussi contenir la mention de **l'indemnité de licenciement** prévue à l'article L 122-9 CT et calculée selon l'article R 122-1 CT et due en l'absence de faute grave ou de faute lourde ou l'indemnité de licenciement conventionnelle.

4) Le préavis

Le salarié doit théoriquement effectuer un préavis jusqu'à ce que la relation contractuelle prenne effectivement fin.

La date de présentation de la lettre marque le point de départ du préavis. La dispense de préavis. L'employeur peut dispenser le salarié d'exécuter son préavis. La date de fin de contrat de travail reste fixée au terme du préavis et non à la date à laquelle le salarié quitte physiquement l'entreprise. Le salarié est tenu d'accepter cette dispense.

Il doit percevoir la rémunération et tous les avantages qui lui auraient été versés s'il avait effectué son préavis (primes, indemnités de congés payés sur le préavis non effectué, avantages en nature...).

Le salarié qui demande à être dispensé de son préavis peut essuyer un refus de la part de son employeur. En cas d'accord, le salarié n'a droit à aucune indemnité compensatrice, son contrat étant immédiatement rompu.

Les droits du salarié sont figés à la date du licenciement, même si le salarié commet une faute grave ou lourde pendant le préavis.

L'indemnité légale de licenciement.

Elle est due en l'absence d'indemnité conventionnelle plus favorable Elle est due en cas de licenciement autre que pour faute grave ou lourde.

Elle est due si le salarié a au moins 1 ans d'ancienneté.

Depuis la loi du 25 juin 2008, l'article L 1234-2 du nouveau Code du travail fixe l'indemnité de licenciement (pour motif personnel ou pour motif économique) à $1/5^{\text{ème}}$ de mois de salaire par année d'ancienneté auquel s'ajoute $2/15^{\text{ème}}$ de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté.

Salariés à temps partiel

Les salariés ayant été occupés successivement à temps complet, puis à temps partiel dans la même entreprise, bénéficient d'une indemnité de licenciement calculée proportionnellement à chacune de ces périodes (article R 3123-13 du nouveau Code du travail).

La base de calcul

L'indemnité légale de licenciement se calcule sur la base du douzième de la rémunération brute des douze derniers mois précédant le licenciement ou, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, le tiers des trois derniers mois, étant entendu que dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel qui aurait été versée au salarié pendant cette période, ne doit être prise en compte que prorata temporis. L'employeur peut effectuer le paiement de l'indemnité légale ou des indemnités conventionnelles au moment où le salarié quitte effectivement le travail, en tenant compte pour l'appréciation de celles-ci de la durée du délai-congé non effectué.

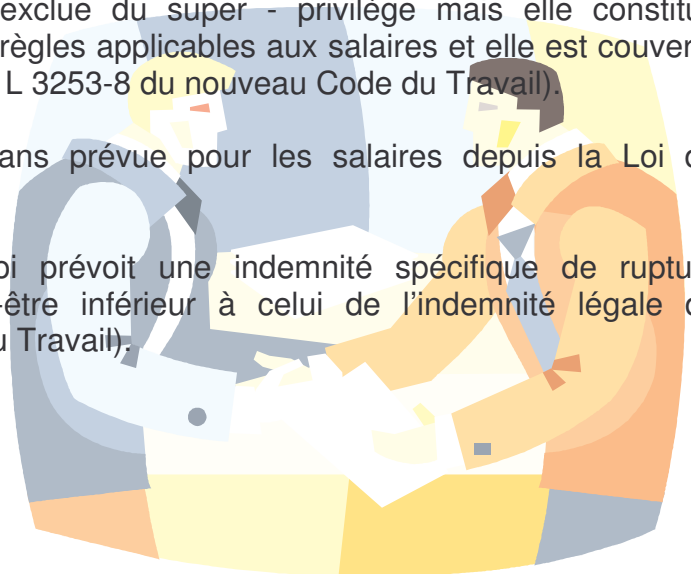
Le montant de l'indemnité de licenciement figure sur le bulletin de paie.

L'indemnité de licenciement est une créance de dommages - intérêts. Il s'agit d'une véritable indemnité dont la source prend naissance dans la rupture et non dans l'exécution du contrat de travail.

L'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle est saisissable et cessible en totalité en application des règles de droit commun, exclue du super - privilège mais elle constitue cependant une créance privilégiée selon les règles applicables aux salaires et elle est couverte par l'assurance des créances de salaires.(art L 3253-8 du nouveau Code du Travail).

Elle est soumise à la prescription de 5 ans prévue pour les salaires depuis la Loi du 17 juin 2008.

En cas de rupture conventionnelle : la loi prévoit une indemnité spécifique de rupture conventionnelle dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement (L 1237-13 du nouveau Code du Travail).



ANNEXES

JURISPRUDENCE RELATIVE A L'ACTIVITE DES CONSEILLERS DU SALARIE

Les arrêts cités sont disponibles sur le site : www.legifrance.gouv.fr . Sur la page d'accueil, cliquez sur « jurisprudence judiciaire » et remplissez les rubriques du moteur de recherche avec les indications mentionnées ci-dessous pour chacun des arrêts.

❖ Conditions d'intervention du conseiller

Nécessaire absence d'institutions représentatives du personnel.

Cass. Soc. 7 janvier 1998, Sté Miko c/ Jouffrey, pourvoi n° 95-44237

La mention des services où la liste des conseillers du salarié est conservée est obligatoire dans la convocation à l'entretien préalable sous peine de rendre la procédure irrégulière.

Cass. Soc. 25 juin 2002, Trouvé c/ Sté PMP, pourvoi n° 00-44955

Cass. Soc 21 janvier 2009 Société La Cassolette c/x pourvoi n°07-42985

La présence d'un seul délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter toute possibilité de recourir à un conseiller extérieur.

Cass. Soc. 19 février 2002, SA Cibox c/Arnoux, pourvoi n° 00-40657

La présence ou non d'institutions représentatives du personnel s'apprécie au niveau de l'entreprise et non du simple établissement.

Cass. Soc 26 novembre 1996, Sté Miko c/ Ronfort, pourvoi n° 95-42457

Le cas échéant, c'est l'unité économique et sociale qui est prise en compte pour déterminer l'existence ou non des institutions représentatives.

Cass. Soc. 21 septembre 2005 Arnoux c/ Sté Sibox, pourvoi n° 03-44810

La rupture anticipée d'un CDD étant soumise à la procédure disciplinaire, elle n'est pas concernée par le dispositif « conseiller du salarié ».

Cass. Soc. 25 octobre 2000, Beaumet c/Bellot, pourvoi n° 98-43760

Assistance lors de l'entretien - Lettre de convocation accordant un choix qui n'existe pas

Selon l'article L. 122-14, alinéa 2, phrases 1 et 2, [recodifié L. 1232-4 du Code du travail](#), lorsqu'il y a des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié ne peut se faire assister que par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Ayant retenu que la lettre de convocation ouvrait au salarié une option qui n'existe pas, la cour d'appel a exactement décidé que cette irrégularité lui causait un préjudice dont elle a souverainement apprécié l'importance. [Cass. soc., 19 novembre 2008, n° 07-43.191](#)

La lettre de convocation à l'entretien ne doit mentionner la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié que dans le cas où cette possibilité est ouverte, à savoir lorsque l'entreprise est dépourvue d'IRP et de délégués syndicaux (Cass. soc., 19 février 2002, n° 00-40.657, Bull. n° 68). À défaut, une telle mention, superflète, est erronée et cause

nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer, même si le salarié ne s'est pas rendu à l'entretien.

Statut du conseiller du salarié

L'employeur est tenu de rembourser les frais exposés par l'assistant du salarié lors de l'entretien préalable.

Cass. Soc. 25 octobre 2000, Boute c/ SA Secap, pourvoi n° 98-42260

❖ Protection du conseiller contre le licenciement

La liste des conseillers du salarié étant inscrite au recueil des actes administratifs de la préfecture, elle est opposable à tous. Dès lors, la protection contre le licenciement débute dès la publication de cette liste au recueil.

Cass. Soc. 14 janvier 2003, Sté boulangerie de l'Europe c/Bakhti, pourvoi n° 00-45883

Cette protection vaut indépendamment de l'exercice effectif de la mission de conseiller du salarié dont la mise en œuvre ne lui appartient pas.

Même arrêt. Voir aussi Cass. Soc 25 octobre 2006, Chalot c/ Sté Pétronord Norbert Dentressangle, pourvoi n° 04-48776

Protection du salarié en cours de période d'essai

Depuis un revirement de jurisprudence réalisé en 2005, la rupture du contrat par l'employeur d'un salarié protégé en période d'essai est soumise à la procédure spéciale. Cela s'applique donc au conseiller du salarié.

Cass. Soc. 26 octobre 2005, Orth c/APEI, pourvoi n°03-44751 et Cass. Soc 26 octobre 2005 Antoine c/ Association médicale du Jura, pourvoi n° 03-44585

Sanction de la méconnaissance de la protection

Le conseiller licencié qui ne demande pas sa réintégration a droit à une indemnité égale au moins à ce qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection dans la limite de ce qui prévaut pour le délégué syndical (12 mois à compter de son éviction).

Cass. Soc, 2 mai 2001, Perruet c/ SARL Vincent, pourvoi n° 98-46055

Sanction de la violation du statut protecteur

La personne inscrite sur la liste des conseillers du salarié licenciée sans autorisation préalable bénéficie d'un droit à réintégration.

Cass. Soc. 17 mars 1993, Vicente c/ Sté Cafeteria du Mail

Il a en outre droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son éviction et sa réintégration. La cour, par un arrêt important, précise le délai dans lequel elle doit être demandée et ce qu'a droit le salarié si ce délai est expiré. S'agissant des délégués syndicaux, la réintégration doit être demandée avant la fin de la période de protection. Elle transpose cette solution pour le cas du conseiller du salarié, lequel doit demander à réintégrer son emploi avant la fin de la période triennale en cours au moment de son licenciement. S'il a exercé ses fonctions pendant plus d'un an, il dispose de 12 mois à compter de son éviction pour demander sa réintégration.

Face à une demande de réintégration tardive, sans justifications non imputables au salarié, le conseiller licencié a droit à une indemnité égale à ce qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection. Si son éviction intervient peu de temps avant la fin de la protection, le conseiller qui a perdu son emploi est assuré d'une indemnité minimale égale à 12 mois de rémunération. Cette solution, énoncée dans l'arrêt précité du 19 juin 2007 constitue un revirement : dans un **arrêt du 2 mai 2001, Perruet c/ SARL Vincent**, pourvoi n° 98-46055, cette même durée de 12 mois était prise comme montant maximal de l'indemnité.

Conseiller du salarié - Autorisation de licenciement nécessaire en l'absence de retrait du salarié de la liste

En jugeant qu'en l'absence de décision administrative ou juridictionnelle ayant pour effet de retirer M. C. de la liste des conseillers du salarié, le licenciement de celui-ci ne pouvait intervenir sans l'autorisation de l'inspecteur du travail, alors même que le statut d'employeur de M. C. aurait exclu qu'il puisse être désigné comme conseiller du salarié, la cour d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit. [CE, 31 décembre 2008, n° 304185](#)

Dès lors que le salarié était inscrit sur la liste des conseillers du salarié, il bénéficiait du statut protecteur. L'employeur aurait donc dû demander une autorisation de licenciement. Pour échapper au couperet du licenciement nul, il avait avancé le fait que le salarié n'aurait pas dû être inscrit sur la liste des conseillers compte tenu de son statut. Cet argument n'a pas convaincu : en l'absence d'une décision administrative ou juridictionnelle de retrait du salarié de la liste des conseillers, l'employeur, ne pouvant se faire justice à lui-même, ne pouvait licencier le salarié sans autorisation.

Preuve du statut de conseiller du salarié en cas de licenciement

Seule la publication de la liste des conseillers du salarié au recueil des actes administratifs permet à un salarié, qui se prévaut de ce statut, de bénéficier de la protection spéciale de licenciement, rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 24 septembre 2008, qui précise qu'à défaut d'une telle publication, c'est au salarié inscrit sur cette liste d'apporter la preuve de sa qualité de conseiller du salarié auprès de l'employeur. Publication au recueil des actes administratifs

Selon l'article [L 2411-21 du Code du travail](#), le licenciement du conseiller du salarié chargé d'assister un salarié lors de l'entretien préalable à son licenciement ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. La Cour de cassation a déjà été amenée à préciser que cette protection court à compter de la publication de la liste arrêtée par le préfet au recueil des actes administratifs du département. Mais en l'absence de publication de cette liste, le salarié est-il privé de la protection liée à son statut ? C'est la question qui était soumise à la Cour de cassation dans le présent arrêt.

Dans cette affaire, une salariée est inscrite sur la liste des conseillers du salarié par arrêté du 7 juillet 1999, pour une durée de trois ans. Le 26 novembre 2001, elle fait l'objet d'un licenciement pour faute grave sans autorisation administrative. Estimant que l'employeur n'a pas respecté son statut de salarié protégé, elle saisit la justice pour faire reconnaître la nullité de son licenciement et obtenir le paiement de sa rémunération jusqu'à la fin de la période de protection.

La cour d'appel de Douai la déboute de ses demandes au motif que la liste des conseillers du salarié n'ayant pas été publiée au recueil des actes administratifs du département, l'employeur n'a commis aucune faute en ne respectant pas la procédure d'autorisation préalable à son licenciement. Faisant valoir que la possibilité de consulter la liste des conseillers dans les locaux de l'inspection du travail et à la mairie suffisait à rendre son statut de conseiller du salarié opposable à l'employeur, l'intéressée se pourvoit en cassation.

Nouvel échec. La Haute juridiction confirme l'arrêt attaqué, en indiquant qu'en l'absence de publication de la liste des conseillers du salarié sur le recueil des actes administratifs du département, il appartenait au salarié, inscrit sur cette liste, de faire la preuve que son employeur avait eu connaissance de sa qualité lors de l'envoi de la lettre de licenciement. En d'autres termes, la seule possibilité de consultation des listes de conseillers dans les locaux de

l'inspection du travail et en mairie ne suffit pas à les rendre opposables à l'employeur. En effet, la protection des conseillers du salarié ne court qu'à compter du jour de la publication de cette liste au recueil des actes administratifs.

À défaut d'une telle publication, pour échapper à une condamnation pour un licenciement irrégulier, l'employeur peut prétendre qu'il ne connaissait pas cette fonction du salarié.

À charge pour le salarié d'apporter la preuve contraire.

Cass.soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.136



Les sanctions du licenciement irrégulier	Inobservation de la procédure	Licenciement sans cause réelle et sérieuse
Salarié ayant plus de 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés et plus	Reprise de la procédure et indemnité de un mois de salaire maximum Article L 1235-2	Le juge peut proposer la réintégration du salarié ou indemnité de 6 mois de salaire minimum Article L 1235-3
Salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou dans une entreprise de moins de 11 salariés	Indemnité appréciée en fonction du préjudice subi – Si violation des dispositions sur l'assistance par un conseiller du salarié (articles 1232-4 et L 1233-13), indemnité d'un mois de salaire maximum Article L 1235-5	Indemnité appréciée en fonction du préjudice subi Article L 1235-5 et 14

A noter : Est irrégulière toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi. Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.

En matière de licenciement économique, il existe d'autres indemnités qui peuvent être octroyées au salarié si la procédure de licenciement n'est pas respectée ou si la procédure de licenciement est déclarée nulle par le juge article L 1235-11 et 12