

MEMENTO DU CONSEILLER DU SALARIE

Mis à jour au 24 octobre 2008



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, **le conseiller du salarié**.

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 n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail a introduit la possibilité, lorsqu'il n'existe pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, de se faire assister, par un conseiller du salarié, lors de l'entretien ou des entretiens préparatoires à **la rupture conventionnelle** : l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

sommaire

Qui sont les conseillers du salarié?	3
Quel est le rôle du conseiller du salarié?	4
Quelles sont les limites des attributions des conseillers du salarié?	7
Qui peut bénéficier de l'assistance du conseiller du salarié ?	9
Dans quelles circonstances peut intervenir le conseiller du salarié?	11
Quelles sont les obligations du conseiller du salarié?	13
Quels sont les devoirs du conseiller du salarié?	16
Sanctions en cas d'entrave aux fonctions du conseiller du salarié	19
Le conseiller du salarié bénéficie –t-il d'une formation ?	21
L'entretien préalable au licenciement	23
Cadre juridique de l'entretien préalable au licenciement	37
Quelques recommandations	40
Mise à pied conservatoire	44
Licenciement irrégulier	46

QUI SONT LES CONSEILLERS DU SALARIE ?

Les conseillers du salarié sont des personnes bénévoles désignées par le préfet du département pour assister et conseiller gratuitement les salariés, sur leur demande :

au cours de l'entretien préalable au licenciement,

au cours du ou des entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle du contrat de travail.

L'intervention du conseiller du salarié ne peut avoir lieu qu'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.**

Leur éventuelle appartenance syndicale est obligatoirement mentionnée sur la liste départementale.

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.

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, 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, remboursé par l'État.**

Ils peuvent recevoir, s'ils possèdent le statut de salarié, une **formation** en rapport avec les besoins de la fonction dans le cadre du congé de formation économique, sociale et syndicale prévu par la loi.

QUEL EST LE ROLE DU CONSEILLER DU SALARIE ?

Lors de l'entretien préalable au licenciement

Le conseiller du salarié a une mission d'assistance et de conseil du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement (article **L. 1232-7 du code du travail**).

Son rôle est strictement limité à cette seule fonction d'assistance et de conseil (circulaire ministérielle n °91-16 du 5 septembre 1991).

La loi ne confère pas au conseiller du salarié un rôle différent de celui de tout salarié assistant l'un de ses collègues lors de l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement. L'action du conseiller du salarié a donc 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 (sans préjudice des stipulations d'un éventuel accord d'entreprise ou d'établissement, des clauses du contrat de travail ou encore des usages en vigueur dans l'entreprise),
- 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 ;
- 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

3/ de prévenir tout abus ou toute irrégularité de fond ou de forme concernant la mesure de licenciement envisagée,

- en s'efforçant d'apaiser le climat s'il est tendu ou conflictuel et de modérer les emportements possibles,

- en facilitant le dialogue entre l'employeur et le salarié et en permettant 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 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.

En conséquence, le conseiller du salarié, au travers de sa mission d'assistance et de conseil, remplit 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.

Lors du ou des entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle du contrat de travail obéit à une procédure spécifique : entretien(s) entre les deux parties, homologation de la convention... Elle est entourée d'un certain nombre de garanties pour le salarié et lui ouvre droit, dans les conditions de droit commun (activité préalable suffisante, recherche active d'emploi...), au bénéfice de l'allocation d'assurance chômage.

L'employeur et le salarié conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens. Au cours de cet entretien (ou de ces entretiens), le salarié peut se faire assister :

- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un représentant du personnel ou tout autre salarié ;

- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié.

Le conseiller du salarié n'a pas à entrer dans une quelconque négociation entre l'employeur et le salarié, mais doit cependant aider à éclairer le salarié sur les droits auxquels il peut prétendre ainsi que sur les délais de procédure garantissant son libre consentement.

QUELLES SONT LES LIMITES DES ATTRIBUTIONS DES CONSEILLERS 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 au licenciement ou du ou des entretiens préparatoires à la rupture conventionnelle.

L'institution du conseiller du salarié ne doit pas être confondue avec d'autres organismes tels que :

- les organisations syndicales, qui ont vocation à défendre les intérêts collectifs et individuels des salariés, notamment en phase contentieuse,
- les services publics qui sont investis d'une mission d'information et de contrôle,
- 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.

Une préparation de l'entretien préalable est nécessaire, notamment par une rencontre ou un entretien téléphonique préalable avec le salarié concerné.

Cet entretien préparatoire est 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.

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

- ... 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 BÉNÉFICIER DE L'ASSISTANCE DU CONSEILLER DU SALARIÉ ?

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, ou s'il doit se rendre à un entretien préparatoire à une rupture conventionnelle, peut recourir aux services d'un conseiller du salarié pour l'assister et le conseiller lors de cet entretien.

1) L'entreprise doit être dépourvue d'institutions représentatives du personnel élues ou désignées.

L'absence de ces institutions représentatives du personnel s'apprécie au niveau de l'entreprise dans son ensemble et non pas au niveau de l'établissement où le salarié travaille ou à celui auquel il est rattaché.

En conséquence, l'absence de représentants du personnel, élus ou désignés, au sein de l'établissement dans lequel le salarié est occupé, ne permet pas 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'emploie est effectivement dépourvue de toute institution représentative du personnel.

La mention ou l'absence de mention, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, de la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié, constitue un simple élément indicatif qui, en cas de doute sérieux, doit donner lieu à une vérification, si nécessaire, auprès de la section d'inspection du travail territorialement compétente.

2) Les articles L. 1232-4 et 7 et L. 1233-13 du code du travail prévoient l'intervention du conseiller du salarié en faveur du personnel **salarié des entreprises** :

L'assistance du conseiller du salarié n'est pas possible à l'égard des salariés dont l'employeur est un particulier.

Les employés de maison, les salariés employés au domicile d'une personne physique, notamment pour des activités à caractère domestique et/ou familial ou de jardinage, ne peuvent donc bénéficier du dispositif des conseillers du salarié, dès lors que leur employeur est un particulier.

Les salariés occupés à ces travaux dans le cadre d'une mise à disposition par une association ou une entreprise agréée de services aux personnes, peuvent, quant à eux, faire appel au conseiller du salarié si la structure qui les emploie est dépourvue d'institutions représentatives du personnel.

3) Le conseiller du salarié est compétent 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 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, si 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, 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, notamment au cours de la procédure et du contrôle des créances salariales.

La présence d'un représentant des salariés bénéficiant lui aussi 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 est compétent pour assister un salarié,

- quelle que soit l'ancienneté de celui-ci,
- quel que soit le statut juridique de l'employeur
- quel que soit le secteur d'activité
- quel que soit l'effectif de l'entreprise, dans la mesure où le salarié est employé dans les conditions du droit privé.

DANS QUELLES CIRCONSTANCES PEUT INTERVENIR LE CONSEILLER DU SALARIÉ ?

A) la procédure de licenciement

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

1) Il n'est pas 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. 1332-2** du 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 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 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, en application de l'article **L. 1232-4** du Code du travail, à un entretien préalable au licenciement et non pas à un entretien s'inscrivant dans le cadre de la procédure disciplinaire renforcée, instaurée par l'article **L. 1332-2** du même Code, mise en œuvre en perspective d'une sanction majeure d'un degré moindre que le licenciement, mise à pied disciplinaire, rétrogradation, ou mutation interne.

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.

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 du 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 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 OBLIGATIONS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

1) Le conseiller du salarié est soumis au **secret professionnel** pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication.

Ceci constitue une obligation impérieuse attachée à la fonction du conseiller du salarié, lequel peut, dans le cadre de sa mission, être dépositaire d'un secret de fabrique.

La révélation d'une information couverte par ce secret expose le conseiller du salarié :

- 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 Code pénal)
- à des dommages intérêts susceptibles d'être dus à l'entrepreneur victime de la divulgation du secret protégé.

Le conseiller du salarié n'est 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) Les fonctions de conseiller du salarié et de conseiller prud'homal sont incompatibles.

Par contre, le conseiller du salarié qui, à titre de mandataire syndical, assure la défense du salarié, perd alors la faculté d'être entendu par le juge en qualité de témoin au procès.

3) Le conseiller du salarié est également tenu à 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.

Cette double condition est nécessaire pour mettre en jeu l'obligation de discrétion.

Si l'employeur ou son représentant souhaite se prévaloir de l'obligation de discrétion à laquelle est lié le conseiller du salarié, il doit donc déclarer expressément comme confidentielle l'information fournie.

Par ailleurs, le caractère confidentiel de l'information doit être réel, excluant d'emblée les informations déjà publiques.

La discrétion à laquelle est soumis un conseiller du salarié consiste bien évidemment à ne pas divulguer la teneur de l'information confidentielle à des personnes non tenues elles-mêmes à l'obligation de discrétion.

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,

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.

4) Le conseiller du salarié est tenu à 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, un important soutien moral et juridique.

Le salarié doit donc avoir la garantie que « son » conseiller est animé exclusivement par la volonté de défendre au mieux ses intérêts et ce, par la connaissance du droit du travail et l'expérience des relations professionnelles qui lui sont reconnues.

5) **Envers l'administration du travail**, le conseiller du salarié est tenu :

- de fournir annuellement, dans le cadre du suivi statistique de l'activité des conseillers du salarié, 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'État

- de s'expliquer devant l'autorité administrative, face aux griefs qui peuvent lui être faits concernant l'accomplissement de sa mission.

Il doit aussi 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, affectant :

- son état civil (changement de nom d'usage consécutivement à un mariage ou à un divorce),

- son domicile,

- son numéro d'appel téléphonique personnel,

- son employeur,
- son numéro d'appel téléphonique professionnel (ce numéro ne peut figurer sur la liste départementale des conseillers du salarié qu'à la condition que l'employeur ou son représentant ait expressément donné par écrit son accord préalable, lequel devra être fourni à la D.D.T.E.F.P.),
- son compte bancaire ou postal (un relevé d'identité bancaire, postale ou de caisse d'épargne devra être transmis à la D.D.T.E.F.P.),
- son véhicule personnel (en cas de changement de véhicule automobile, une nouvelle demande d'autorisation d'utiliser ce véhicule pour les besoins de la mission, accompagnée d'une photocopie du certificat d'immatriculation (carte grise), de la police d'assurance et du certificat international d'assurance automobile devra être adressée à la D.D.T.E.F.P.).

Le conseiller du salarié qui, en cours de mandat, est élu conseiller prud'homme, 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 incompatible avec les fonctions de conseiller du salarié et doit entraîner la radiation de l'intéressé de la liste des conseillers du salarié (article **L. 1332-7** du Code du travail)

QUELS SONT LES DEVOIRS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

Le conseiller du salarié a le devoir d'accomplir sa mission avec conscience et compétence.

Il s'agit de règles déontologiques fondamentales.

Le conseiller du salarié qui a été sollicité pour intervenir lors d'un entretien DOIT, en cas d'indisponibilité, en informer immédiatement et par tous moyens le salarié concerné (article **R. 1232-3 du code du travail**).

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

Le conseiller du salarié se doit également d'exercer ses fonctions avec la meilleure efficacité possible :

- en enrichissant et en actualisant régulièrement ses connaissances dans le domaine de la législation et de la réglementation du travail,
- en faisant 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, avec le souci constant de veiller au respect des droits de la défense du salarié,
- en adoptant une attitude conforme aux règles de civilité, exempte d'hostilité ou d'agressivité envers l'employeur ou son représentant, propre à atténuer les tensions et susciter un véritable dialogue entre les parties,
- 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 le salarié,
- en n'apparaissant pas comme un interlocuteur aveuglément partial ou de mauvaise foi

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 et franchise, avec réflexion et prudence,
- en ne fournissant pas d'information juridique volontairement incomplète ou inappropriée,
- en demeurant courtois et calme quoi qu'il arrive.

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 affectant temporairement la disponibilité ou la mobilité du conseiller, à conduire à la radiation de la liste des conseillers du salarié.

Le conseiller du salarié établit un compte rendu de l'entretien préalable au licenciement. Il doit, s'il 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 civile qui, en tant que telle, entrera alors dans les prévisions de l'article 441-7 du nouveau code pénal. Dès lors, ce document, s'il fait état

de faits matériellement inexacts, pourra entraîner une condamnation pénale de son auteur (cass. crim. 26 mars 2002).

L'enregistrement sur **bande magnétique** de l'entretien n'est doté d'aucune force probante compte tenu que la voix des interlocuteurs peut ne pas être déterminée avec certitude et qu'il existe la possibilité de multiples fraudes par retranchement ou addition.

Un tel enregistrement serait peut être susceptible d'être accueilli par les tribunaux comme commencement de preuve si l'employeur n'en conteste pas l'authenticité.

A noter qu'un enregistrement réalisé sans le consentement de l'employeur est constitutif d'une faute grave du salarié.

En revanche, il ne constitue pas le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, prévu et réprimé par l'article 226-1 du nouveau Code pénal (Cass.soc.16 janvier 1990).

Pièces à joindre

- un original ou une photocopie d'un document officiel justifiant de votre identité et comportant votre signature
- une copie de votre carte de conseiller du salarié

SANCTIONS EN CAS D'ENTRAVE AUX FONCTIONS DU CONSEILLER DU SALARIÉ

La faculté pour le salarié de se faire assister au cours de l'entretien préalable à son éventuel licenciement, 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.

Il ne peut refuser au conseiller du salarié :

de prendre des notes,

de prendre la parole pour demander des explications ou des précisions, pour émettre des observations, 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 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 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.
- 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.

L'infraction du délit d'entrave est susceptible d'être relevée par procès verbal par l'inspecteur du travail ou le contrôleur du travail qui en a eu connaissance.

Le conseiller du salarié lui-même peut saisir directement le Procureur de la République de cette infraction.

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'absence comprises dans le crédit mensuel, n'est subordonnée à aucune autorisation préalable de l'employeur mais peut être soumise à une information préalable.

La loi n'a pas introduit de présomption de bonne utilisation du crédit d'heures.

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 les articles **L. 3142-7 à 10** du Code du travail.

Le conseiller du salarié peut, 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.

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

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

Aussi, une journée de formation qui se superposerait à une journée habituellement non travaillée par le salarié ne serait pas déduite du contingent.

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 bénéfice 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.

L'ENTRETIEN PRÉALABLE AU LICENCIEMENT

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.

Cette finalité ressort clairement des termes des articles **L. 1232-2 et 3** (*L. 122-74*) du Code du travail :

L. 1232-2 : L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable.

La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation.

L. 1232-3 : Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié.

Les mêmes dispositions sont applicables en cas de licenciement pour motif économique (articles L 1233-11 et 12 du 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 ou les motifs du licenciement

le grief reproché, y compris en cas de faute grave ou lourde

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.

Délai d'engagement de la procédure

En cas de licenciement pour faute, du 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.

I) LETTRE DE CONVOCATION

a) qui doit convoquer ?

L'auteur de la convocation est l'employeur ou son représentant, cadre ayant la

délégation de pouvoir d'embaucher et de licencier.
Le juge vérifiera la compétence.

b) forme de la convocation

La convocation à l'entretien préalable doit être faite par **écrit**. Une convocation verbale est irrégulière.

Deux modalités sont possibles :

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 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.

Le juge vérifie, en cas de litige, que l'employeur a rempli loyalement ses obligations au regard de l'objet même du dispositif, qui doit permettre au salarié d'assurer sa défense face à la décision de licenciement envisagée.

c) adresse du salarié

La convocation est adressée au domicile du salarié

en cas d'incarcération, la situation est plus difficile

- si l'employeur est informé, le courrier peut donner la possibilité de s'expliquer par écrit

- si l'employeur est informé, si le courrier est envoyé au domicile, il y a inobservation de la procédure

- si l'employeur n'est pas informé et envoie au domicile, la procédure est respectée

- la cour de cassation considère que l'incarcération n'est pas un obstacle insurmontable propre à dispenser d'observer la procédure

d) objet de la convocation

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

e) 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.

f) heure de l'entretien

L'entretien a lieu pendant les heures de travail

-Les textes ne disent rien mais il paraît normal que l'entretien ait lieu pendant le temps de travail.

Une réponse ministérielle de 1979 et la cour de cassation le considèrent aussi.

-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, 10/12 H et 16/18 H.

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.

g) 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 appartenant au personnel de l'entreprise ou par un conseiller inscrit sur une liste départementale.

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.

Elle utilise le mot «**toujours**» qui n'existe pas dans le texte.

Cass. Soc. 6/2/2001 Diepart c/ Sté Metal improvement compagny

- 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 de Cassation considère que l'omission de seulement une des deux adresses où peut être consultée la liste constitue une irrégularité de procédure.

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.

Si la lettre est remise en main propre, l'entretien doit avoir lieu le **6^{ème} jour (J+5)**.

Si la lettre est envoyée en recommandé avec accusé de réception, 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, selon l'article R. 1231-1 du code du Travail et l'article 641 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Exemple : une lettre de convocation présentée ou remise au salarié le **jeudi 9 août**, fait courir le délai à compter du **vendredi 10**. Le délai qui expirerait normalement le **mardi 14** sera prorogé de deux jours puisque, dans ce délai, il y a le **dimanche 12**, jour de repos hebdomadaire du salarié, qui a pour effet de repousser le terme au **mercredi 15 août**, jour férié légal et chômé dans l'entreprise. Le délai expirera donc, dans ce cas, le **jeudi 16**. L'entretien ne pourra légalement avoir lieu avant le lendemain du 5^{ème} jour ouvrable, c'est à dire le **vendredi 17 août**.

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. 1235-2 du Code du travail ou des dommages intérêts en fonction du préjudice subi.

III) ENTRETEN PREALABLE / QUI PARTICIPE ?

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 23/4/2003 X /Sté Prezioso)

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 :**

- 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

Rôle de l'assistant

- la circulaire du 5/9/1991 a explicité le rôle et les principes retenus en matière d'assistance du salarié lors de l'entretien préalable.

Le conseiller choisi assiste le salarié.

Ce service est gratuit et également lorsque le salarié est assisté par un membre du personnel de l'entreprise à laquelle il appartient (article D. 1232-4 du Code du Travail).

L'assistant du salarié peut demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter ses observations.

L'employeur

L'employeur lui-même doit 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. Le conseil de prud'homme peut vérifier la réalité de la délégation

Qui peut assister l'employeur ?

-Selon l'arrêt Cass. Soc. 20/3/2002 Pinna c/ Sté Dachs trading

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

-La cour de cassation lui refuse aussi le droit de se faire assister par une personne étrangère à l'entreprise, et notamment par un conseil juridique.

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.

Il s'agit généralement du supérieur hiérarchique, à condition que ceci ne fasse pas « grief aux intérêts du salarié

La procédure a été jugée irrégulière lorsqu'un trop grand nombre de personnes assistait l'employeur.

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.

e) 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

a) 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.
- Lors de l'entretien, l'employeur ne peut se borner à signifier une décision de licenciement déjà arrêtée
- L'entretien ne doit pas être une tribune d'accusation
- 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.

b) 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.

Cette convention lui permet de bénéficier, après la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'accompagnement, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation destinées à favoriser son reclassement (article L. 1233-65 du 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 (article L. 1233-61 du 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 (article L. 1233-71 du code du travail).

c) entretien préalable en cas de procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire

Les licenciements intervenant au cours d'une de ces procédures font l'objet d'une réglementation particulière née de la loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi du 26 juillet 2005.

- 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 du Tribunal de Commerce.

- 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 (articles L. 1233-58 et suivants).

Au cours de ces procédures, un représentant des salariés est nommé pour assister l'administrateur judiciaire. Il peut assister les salariés au cours de l'entretien préalable, notamment en l'absence de délégué du personnel ou de comité d'entreprise.

Toutefois, la jurisprudence vient de confirmer la réponse ministérielle du 4/4/2000, selon laquelle le représentant des salariés nommé au cours de la procédure pour vérifier les créances résultant des contrats de travail ne peut pas être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du code du travail (Cass. Soc. 27/6/2002 et Cass. Soc. 4/2/2003)

En l'absence d'institutions représentatives du personnel, tous les entretiens préalables peuvent être effectués en présence du conseiller du salarié, même l'entretien concernant le licenciement 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 par le licenciement collectif.**

V) SITUATION PARTICULIERE : L'INAPTITUDE MEDICALE

En cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail et d'impossibilité pour l'employeur 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 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 le 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 1er examen médical. Le constat de cette situation doit figurer sur l'avis médical. À 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 1226-2 du code du travail). Il doit prendre l'initiative de la recherche 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 :

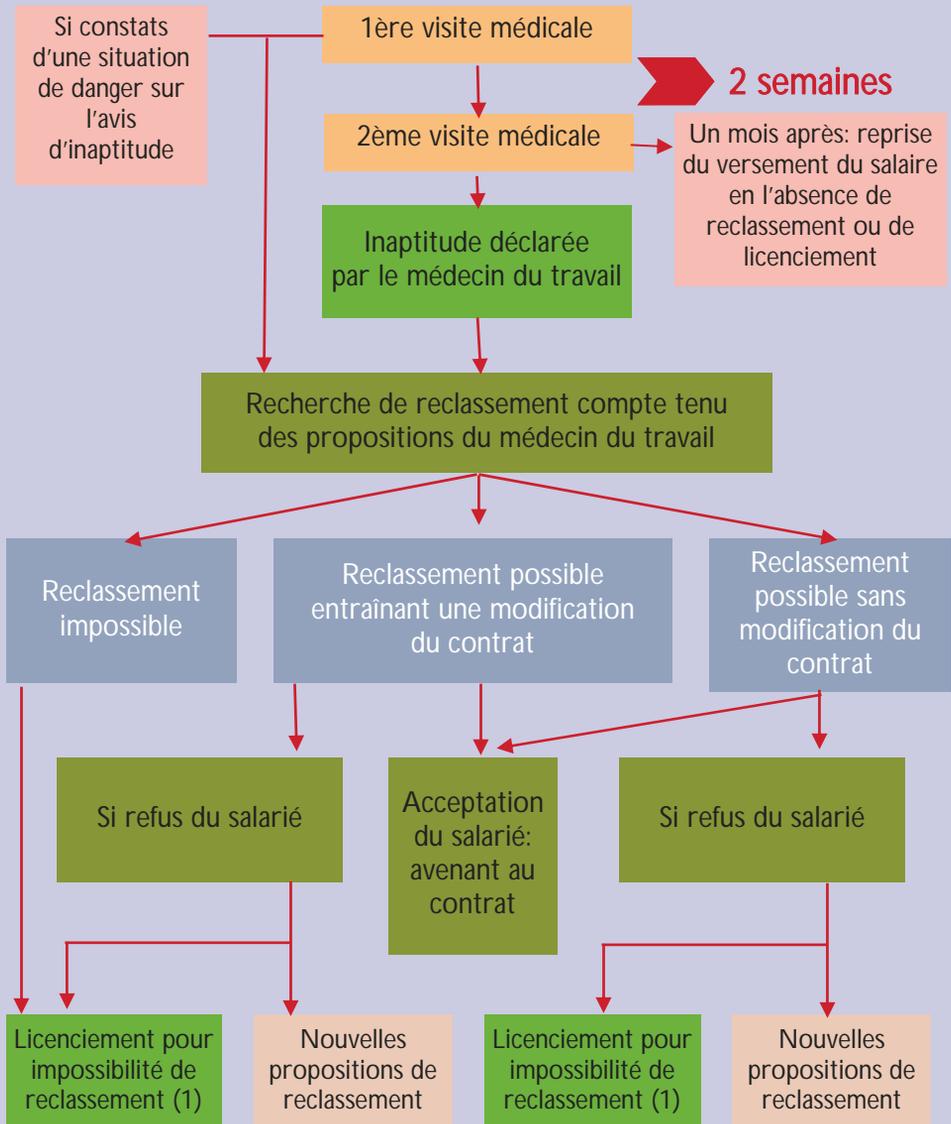
En cas d'inaptitude professionnelle, le préavis ne peut être accompli mais le salarié licencié a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal au préavis légal (article 1226-14 du code du travail).

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 de chômage sans que lui soit opposée la période de préavis par l'ASSEDIC.

Précisons également que le salarié licencié doit bénéficier d'une indemnité de licenciement égale au double de l'indemnité légale de licenciement (article L1226-14 du code du travail).

De la visite de reprise au reclassement ou au licenciement



(1) Indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité compensatrice de congés payés et, le cas échéant, contrepartie de l'indemnité de non-concurrence. L'indemnité de préavis n'est pas due dans la mesure où le salarié est inapte à reprendre l'emploi occupé précédemment

VI) CLOTURE DE L'ENTRETIEN PREALABLE

a) 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 procès-verbal n'est pas prévue par la loi

Cependant, il peut être essentiel de conserver une preuve du contenu de l'entretien, un document unilatéral n'aurait aucune force probante.

Une bande peut être enregistrée d'un commun accord uniquement

La circulaire du 5/9/1991 précise que les parties en présence peuvent rédiger et signer un compte rendu de l'entretien constatant le déroulement de celui ci , les faits évoqués et les explications des parties

b) 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. A défaut, la procédure de licenciement est irrégulière, sans toutefois rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que le mandat est régulier (Cass. soc. 2 octobre 2002)

- 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**, et non à un tiers, l'avocat du salarié par exemple.

- 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

Computation des délais d'expédition :

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

L'article R 1231-1 du Code du travail dispose, d'autre part, que lorsque les délais prévus expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant

c) contenu de la lettre de licenciement (article L1232-6 du 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.

d) la lettre mentionne le droit à préavis, sa durée. Elle mentionne également (sauf faute grave ou lourde) le nombre d'heures acquises par le salarié au titre de son droit à la formation (DIF) et la possibilité qu'il a de demander, durant son préavis, une action de bilan de compétence, de validation des acquis de l'expérience (VAE) ou de formation (L6323-17 et 18 du code du travail).

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 :

ANCIENNETE	DUREE DU PREAVIS
de 6 mois	Convention collective ou usages
6 à 2 ans	1 mois
+ 2 ans	2 mois

La date de présentation de la lettre marque le point de départ du préavis.

Le fait que le salarié n'ait pas retiré la lettre recommandée n'a aucune incidence et la signification par huissier quelques jours plus tard n'a pas pour effet de reporter la date de la rupture (Cass. soc. 17 octobre 2000).

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.

e) L'indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle si plus favorable)

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 an d'ancienneté

La Cour de cassation retient les années entières de service et les fractions d'années incomplètes

Les périodes de suspension ne sont pas retenues dans le calcul de l'indemnité légale sauf, les périodes de suspension légalement assimilées à un temps de travail effectif pour la détermination de l'ancienneté.

Pour le calcul des années de service, on tient compte de la durée du préavis,

La loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail fixe le montant de l'indemnité de licenciement pour motif personnel à même hauteur que l'indemnité de licenciement pour motif économique c'est à dire 1/5^e de mois de salaire par année d'ancienneté **auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté** (article R. 1234-2 du code du travail).

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 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 (article R. 1234-1 du code du travail).

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 L3253-8 (*L 143-17-1*) du code du travail).

L'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle est soumise au délai de prescription de 5 ans, selon les termes de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (article 2224 du code civil).

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

CADRE JURIDIQUE DE L'ENTRETIEN PREALABLE AU LICENCIEMENT

Le licenciement pour motif personnel :

L1232-2 -L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable.

La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation.

L1232-3 -Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié.

L1232-4 -Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

La lettre de convocation à l'entretien préalable adressée au salarié mentionne la possibilité de recourir à un conseiller du salarié et précise l'adresse des services dans lesquels la liste de ces conseillers est tenue à sa disposition.

Le licenciement pour motif disciplinaire :

L. 1332-2 : Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé.

R. 1332-1 : La lettre de convocation prévue à l'article L. 1332-2 indique l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur.

Elle précise la date, l'heure et le lieu de cet entretien.

Elle rappelle que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Elle est soit remise contre récépissé, soit adressée par lettre recommandée, dans le délai de deux mois fixé à l'article L. 1332-4.

L. 1332-4 : Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

R. 1332-2 : La sanction prévue à l'article L. 1332-2 fait l'objet d'une décision écrite et motivée.

La décision est notifiée au salarié soit par lettre remise contre récépissé, soit par lettre recommandée, dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2.

Le licenciement pour motif économique :

L1233-11 L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou inclus dans un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, convoque, avant toute décision, le ou les intéressés à un entretien préalable.

La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation.

L1233-12 Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié.

L1233-13 - Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

La lettre de convocation à l'entretien préalable adressée au salarié mentionne la possibilité de recourir à un conseiller et précise l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés.

L1233-38 - Lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours et qu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article.

Sanctions civiles et pénales

L1235-2 - Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour 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.

L1235-3 - Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Article L1235-4 - Dans les cas prévus aux articles L. 1235 3 et L. 1235 11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

L1238-1 - Le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié, notamment par la méconnaissance des articles L. 1232 8 à L. 1232 12 et L. 1232 14, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €.

QUELQUES RECOMMANDATIONS

L'entretien préparatoire

L'entretien préparatoire peut avoir lieu dans les locaux de l'entreprise, immédiatement avant l'entretien préalable.

Il est souhaitable, chaque fois que cela est possible, que l'entrevue entre le salarié et le conseiller du salarié ait lieu suffisamment de temps avant l'entretien préalable pour permettre d'organiser ensemble et dans les meilleures conditions possibles la défense des intérêts du salarié menacé de licenciement.

Il est préférable que le salarié et le conseiller disposent, dans le cadre de cet entretien préparatoire, de tout le temps qui leur est nécessaire pour examiner ensemble de façon approfondie le dossier et adopter le système de défense le plus approprié.

Pour que ce travail préparatoire s'effectue dans des conditions optimales, la rencontre devrait se dérouler en un lieu garantissant une certaine confidentialité des propos et où le salarié et le conseiller seraient assurés d'être le moins possible importunés.

Rien ne s'oppose à ce que le pré-entretien se tienne immédiatement avant l'entretien préalable, si le salarié a été autorisé par son employeur à s'absenter de son poste de travail à cet effet, dans l'hypothèse où cette rencontre préparatoire se situerait pendant l'horaire de travail.

L'entretien préparatoire peut aussi avoir lieu dans les locaux de l'entreprise avec l'accord de l'employeur, sous réserve que le conseiller et le salarié puissent disposer d'un lieu approprié, du temps nécessaire et ne soient pas exposés à un dérangement.

Si la préparation de l'entretien préalable est prévue dans ces conditions, il faut veiller à obtenir de la part de l'employeur l'engagement qu'un local adapté (à proximité du lieu de l'entretien préalable) sera mis à la disposition du conseiller et du salarié, et que ce dernier bénéficiera, le cas échéant, d'une autorisation d'absence d'une durée suffisante pour préparer correctement l'entretien.

Délai de 5 jours

Si le salarié convoqué ne dispose pas du délai de cinq jours ouvrables entre la date de réception de la lettre de convocation et la date de l'entretien préalable : Inviter le salarié à demander s'il le souhaite, immédiatement et par tout moyen, à son employeur qu'il se conforme aux exigences de la loi en reportant l'entretien à une date régulière.

Cette demande peut, au besoin, être confirmée par lettre recommandée avec A.R.

Dans le cas où l'employeur ne revient pas sur sa décision, accompagner le salarié à l'entretien à la date fixée et rappeler à l'employeur que la procédure est entachée d'une irrégularité formelle sanctionnée par le juge.

L'inciter, sous réserve de l'accord du salarié, à recommencer la procédure à zéro

si le délai réduit n'a pas permis au salarié de préparer correctement sa défense, notamment en raison d'éventuelles difficultés à joindre suffisamment à l'avance un conseiller du salarié disponible.

L'employeur ou son représentant s'oppose à la présence du conseiller du salarié lors de l'entretien préalable.

Ne pas omettre de rappeler distinctement ses nom et qualité et de présenter la carte officielle délivrée par le D.D.T.E.F.P. qui justifie de cette qualité de conseiller du salarié.

Rappeler de manière ferme mais polie à l'employeur ou à son représentant qu'il commet un délit en refusant la présence du conseiller du salarié, sauf si l'entreprise est dotée d'institutions représentatives du personnel, et qu'il s'expose à des poursuites pénales pour entrave aux fonctions du conseiller du salarié.

En outre, la procédure de licenciement qui sera déclarée irrégulière par le juge, entraînera sa condamnation à verser des dommages intérêts au salarié.

Si l'employeur ou son représentant persiste dans son attitude, alors qu'il ne justifie pas de l'existence de représentants du personnel au niveau de l'entreprise, se retirer avec calme et aviser sans délai l'inspecteur ou le contrôleur du travail territorialement compétent pour qu'il intervienne dans les meilleurs délais possibles auprès du responsable de cette entrave.

L'employeur est assisté de plusieurs personnes, étrangères ou non à l'entreprise, lors de l'entretien préalable.

Après avoir recueilli l'identité et la qualité des participants, rappeler à l'employeur ou à son représentant que cette situation est contraire aux règles dégagées par la jurisprudence en ce qui concerne les participants à l'entretien préalable au licenciement et constitue, de ce fait, un vice de procédure civilement sanctionné

Dans l'hypothèse où l'employeur ou son représentant maintient la présence à ses côtés de différentes personnes appartenant à l'entreprise et/ou d'une personne extérieure à celle-ci, prendre acte de cette décision et laisser se dérouler l'entretien en veillant à assurer au mieux la défense des intérêts du salarié. Consigner dans un compte rendu, proposé à la signature de l'employeur ou de son représentant et du salarié, les comportements et les propos de chacun des participants et ce, en prévision d'un éventuel contentieux.

L'employeur s'est fait représenter lors de l'entretien préalable.

Demander au représentant de l'employeur en quelle qualité il conduira l'entretien, notamment s'il possède une délégation de pouvoir pour prononcer le licenciement.

S'il ne détient pas une telle délégation, lui demander quelles sont ses fonctions précises au sein de l'entreprise et qui décidera des suites à apporter à l'entretien.

L'employeur est très en retard à l'entretien.

Si le retard est très important et qu'il n'est plus possible d'attendre davantage, quitter l'entreprise en prévenant de son départ le secrétariat de direction et en informant de la nécessité de convoquer de nouveau le salarié à un entretien préalable.

Confirmer cette demande, contresignée par le salarié par lettre recommandée avec A.R.

L'employeur décide de recevoir plusieurs salariés en même temps.

Rappeler qu'un entretien préalable est strictement individuel même si le licenciement concerne plusieurs salariés et un même motif.

L'employeur et le salarié s'orientent vers la conclusion d'une transaction au cours de l'entretien préalable au licenciement.

Rappeler aux parties que la transaction ne constitue pas un mode de cessation du contrat de travail en dehors du cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail.

La conclusion d'une transaction ne peut donc intervenir que lorsque la rupture du contrat est certaine et définitivement réalisée.

En d'autres termes, la transaction ne peut être conclue qu'une fois la rupture notifiée, dans le cas contraire, elle serait frappée de nullité (cass. soc. 28 mai 2002)

La transaction vise à régler un différend né de la rupture, ce qui suppose que celle-ci soit effective.

Réaffirmer, à cet égard, que le licenciement ne doit être, ni décidé avant la tenue de l'entretien préalable, ni signifié à l'issue de celui-ci.

Attention, les Assedic prennent en compte le montant de la transaction pour le calcul des délais de carence d'indemnisation.

Le conseiller du salarié ne dispose pas d'un droit d'accès aux informations relatives aux entreprises

Le conseiller du salarié n'est pas habilité à obtenir auprès des services d'inspection du travail la communication d'informations relatives à une entreprise ou de documents administratifs concernant le salarié qu'il assiste.

L'obligation de discrétion professionnelle d'une part, et le secret en matière industrielle et commerciale d'autre part, s'opposent à ce que des informations, notamment d'ordre économique ou financier, se rapportant à une entreprise puissent être communiquées à un tiers par les services de la D.D.T.E.F.P.

Par exception à cette règle, le conseiller du salarié peut, en cas de nécessité, interroger le service d'inspection du travail pour savoir si une entreprise est effectivement dotée ou non d'institutions représentatives du personnel et ce, afin de déterminer, s'il y a un doute sérieux, s'il est en droit de répondre favorablement au salarié qui l'a sollicité.

Heures supplémentaires non payées : rôle du conseiller ?

Légalement, le conseiller du salarié n'a pas pour mission de signaler les faits lorsqu'il en a connaissance.

Il peut naturellement en faire mention dans son rapport si les faits ont été évoqués lors de l'entretien préalable.

Il peut aussi inviter le salarié à saisir le Conseil de Prud'hommes, écrire à l'inspection du travail compétente, pour obtenir le paiement de ces heures et / ou dénoncer près du parquet et de l'URSSAF de telles pratiques illégales.

Le conseiller du salarié peut consulter les conventions collectives de travail à la DDTEFP.

Quel est le rôle du conseiller du salarié lorsque qu'il y a un différend avec l'ASSEDIC ?

A priori, en cas de litige avec l'ASSEDIC, le rôle du conseiller du salarié est déjà terminé.

Il est, en effet, exclusivement appelé à intervenir dans le cadre de l'entretien préalable au licenciement.

Comment utiliser un rapport de conseiller devant le Conseil de Prud'hommes ?

L'arrêt Cass. Soc. 12/2/2002 Gillorit c/ Syndicat des pilotes de Gironde, permet de répondre à cette question

le compte rendu de l'entretien préalable peut être communiqué, avec le document joint, au juge qui l'appréciera.

MISE A PIED CONSERVATOIRE

La mise à pied conservatoire est une mesure à effet immédiat que l'employeur peut adopter lorsque l'agissement du salarié la rend indispensable (article L1332-3 (L. 122-41 al 3) du Code du travail). Elle est indissociable de l'existence d'une faute à priori grave (Cass. Soc. 18/12/2001)

Elle lui permet, lorsque les faits le justifient d'écarter le salarié de l'entreprise pendant la durée de la procédure et jusqu'à la notification du licenciement.

Elle doit avoir pour objet de prévenir un danger ou un désordre. Le salarié ne peut la refuser.

La faute doit être suffisamment grave pour justifier cette mesure immédiate.

Le prononcé d'une mise à pied conservatoire n'est pas obligatoire même si les faits peuvent constituer une faute grave.

1) PROCEDURE

- La mise à pied conservatoire n'est pas une sanction.

Elle n'est pas soumise à la procédure disciplinaire. Elle peut être notifiée sur-le-champ, sans entretien préalable.

Il est prudent de la notifier par écrit et de bien noter son caractère conservatoire.

Elle est généralement rappelée ou notifiée dans la lettre convoquant le salarié à l'entretien préalable.

· La mise à pied conservatoire ne constitue pas une sanction mais elle peut prendre ce caractère si l'employeur n'a pas suffisamment explicité la nature conservatoire et lorsqu'elle n'est pas immédiatement suivie de l'ouverture de la procédure de licenciement.

· Les mêmes faits ne pouvant donner lieu à plusieurs sanctions successives, l'employeur doit préciser que la mise à pied est prononcée dans l'attente d'un licenciement éventuel. Sinon, elle sera considérée comme une sanction définitive non cumulable avec une autre sanction pour les mêmes faits.

2) DUREE

-La durée de la mise à pied conservatoire n'est pas liée par le règlement intérieur.

-Elle n'est pas limitée dans le temps mais il est évident qu'elle ne peut pas être plus longue que la période d'accomplissement de la procédure qui doit être engagée immédiatement.

3) EFFETS

Une sanction définitive est décidée après l'entretien préalable. Le licenciement ne peut être prononcé pour un autre motif que disciplinaire. (cass. Soc 28/11/2001)

Le sort de la rémunération dépendra de la sanction qui sera finalement prise.

S'il s'agit d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse, le salaire est dû pour toute la durée de la mise à pied conservatoire. Si elle n'était pas payée, elle deviendrait une sanction.

La faute serait sanctionnée deux fois, le licenciement n'aurait plus de cause réelle et sérieuse.

S'il s'agit d'un licenciement pour faute grave reconnue comme telle par les juges, la mise à pied peut ne pas être rémunérée.

Seule une faute grave peut justifier le non-paiement du salaire pendant une mise à pied conservatoire (Cass. Soc. 7/12/1989).

4) PREJUDICE MORAL LIE A LA MISE A PIED CONSERVATOIRE

Lorsqu'il apparaît que la mise à pied conservatoire ne se justifie pas en raison de circonstances établissant que le maintien du salarié en fonction ne pouvait influencer la marche de l'entreprise, elle peut se voir reconnaître un caractère vexatoire causant au salarié un préjudice moral dont la réparation est due.

LICENCIEMENT IRREGULIER

(Voir les textes applicables en page 37 à 39 du mémento)

Le code du travail prévoit deux types d'irrégularités, de forme et de fond, concernant le licenciement.

LES IRREGULARITES DE FORME

a) La cour de cassation a énoncé certains principes :

- En cas de licenciement verbal

La cour de cassation, dans un arrêt du 14 mai 2003, rappelle que le non respect de la procédure causant nécessairement un préjudice au salarié, l'indemnité pour licenciement irrégulier est due dans tous les cas, même si le salarié n'apporte pas la preuve d'un préjudice

- L'entretien doit être personnel

L'entretien préalable revêt un caractère strictement personnel. Le salarié ne peut être entendu en présence de collègues, même si les faits reprochés sont identiques.

Dans le cas contraire, la procédure est irrégulière, le salarié peut invoquer sa nullité (cass soc 23/4/2003)

b) La cour de cassation clarifie le régime des sanctions indemnitaires du licenciement irrégulier et ou abusif

- En cas de défaut d'information sur l'assistance du salarié par un conseiller du salarié

Sur la base de l'article L. 1235-2 du code du travail, elles sont prononcées, quelle que soit l'ancienneté du salarié et/ou la taille de l'entreprise. Il s'agit d'un mois de salaire maximum. C'est une sanction spécifique (Cass. Soc. 5/2/2003 Sté Juris-fisc / Cujas).

- Dans les autres cas d'irrégularités, les textes font une distinction entre 2 catégories de salariés lorsque le licenciement a « une cause réelle et sérieuse », les salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté et/ou appartenant à une entreprise occupant au moins 11 salariés et les autres

- En cas de licenciement pour motif économique,

Lorsque la procédure requise à l'article L. 1235-8 du code du travail n'a pas été respectée par l'employeur, le tribunal doit accorder une indemnité calculée en fonction du préjudice subi

Lorsque la priorité de réembauchage des articles L. 1235-12 et L. 1233-45 du code du travail n'est pas respectée, le tribunal octroie une indemnité sur la base de l'article L. 1235-13 soit 2 mois de salaire.

De plus, 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 (article L. 1235-15 du code du travail).

IRREGULARITES DE FOND

Lorsque le licenciement n'a pas de « cause réelle et sérieuse », le tribunal peut proposer la réintégration du salarié ou octroyer une indemnité qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire pour les salariés ayant 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de 11 salariés.

Quant aux autres salariés (moins de 2 ans d'ancienneté ou licenciement dans une entreprise de moins de 11 salariés), cette indemnité doit être calculée en fonction du préjudice subi.

TEMOIGNAGE DU CONSEILLER DU SALARIE

La cour de cassation règle la question de la validité du témoignage en justice du conseiller du salarié ayant assisté le salarié lors de l'entretien préalable à son licenciement

Se fondant sur le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale, elle décide que l'attestation établie par celui ci est un élément de preuve recevable dont il appartient au juge prud'homal d'apprécier librement la valeur et la portée. (Cass soc 27/3/2001).

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 maximum 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