

Conseiller du salarié

Guide pratique



SOMMAIRE

	Pages
PREMIERE PARTIE : LA FONCTION DE CONSEILLER DU SALARIE	05
<u>Les conseillers du salarié</u>	<u>06</u>
<u>Leur rôle</u>	<u>07</u>
<u>Les limites de leurs attributions</u>	<u>09</u>
<u>Les bénéficiaires de l'assistance du conseiller du salarié</u>	<u>10</u>
<u>Les circonstances de leur intervention</u>	<u>11</u>
<u>Les règles déontologiques auxquelles ils sont soumis</u>	<u>12</u>
<u>Leurs obligations</u>	<u>14</u>
<u>Les sanctions encourues en cas d'entrave à leurs fonctions</u>	<u>15</u>
<u>Leur formation</u>	<u>16</u>
DEUXIEME PARTIE : L'ENTRETIEN PREALABLE AU LICENCIEMENT	19
<u>La lettre de convocation</u>	<u>17</u>
<u>Entretien préalable/délais de convocation/computation</u>	<u>19</u>
<u>Qui participe à l'entretien préalable ?</u>	<u>20</u>
<u>Déroulement de l'entretien préalable</u>	<u>21</u>
<u>Clôture de l'entretien préalable</u>	<u>23</u>
TROISIEME PARTIE : LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT A DUREE INDETERMINEE	31
<u>I Quel est l'objet d'une rupture conventionnelle ?</u>	<u>31</u>
<u>II Les incompatibilités</u>	<u>31</u>
<u>III Qui est à l'initiative de la procédure ?</u>	<u>31</u>
<u>IV Les entretiens</u>	<u>31</u>
<u>V Quel est le contenu de la convention ?</u>	<u>32</u>
<u>VI Peut-on se rétracter ?</u>	<u>32</u>
<u>VII En quoi consiste l'homologation de la convention ?</u>	<u>33</u>
<u>VIII L'effet sur le contrat de travail</u>	<u>33</u>
<u>IX Les salariés « protégés » sont-ils concernés ?</u>	<u>33</u>
<u>XI Quelles sont les indemnités dues au salarié ?</u>	<u>34</u>
<u>X Les recours</u>	<u>34</u>

ANNEXES

35

<u>Jurisprudence relative à l'activité du Conseiller du Salarié</u>	36
<u>Attestation individuelle de la qualité de Conseiller du Salarié</u>	39
<u>Attestation d'assistance du salarié ayant bénéficié d'un Conseiller du Salarié</u>	40
<u>Demande de remboursement de frais de déplacement</u>	42
<u>Indemnité forfaitaire octroyée au Conseiller du Salarié</u>	43
<u>Identification de l'employeur d'un Conseiller du salarié</u>	44
<u>Demande de remboursement du salaire maintenu par l'employeur d'un Conseiller du S.</u>	45
<u>Coordonnées de l'Inspection du Travail en Haute-Savoie</u>	46
<u>Zonage du Contrat de Transition Professionnelle (CTP) en Haute-Savoie</u>	48
<u>Adresses et contacts utiles</u>	49

1^{ère} partie

LA FONCTION DE CONSEILLER DU SALARIE

SOMMAIRE

Les conseillers du salarié

Leur rôle

Les limites de leurs attributions

Les bénéficiaires de l'assistance du conseiller du salarié

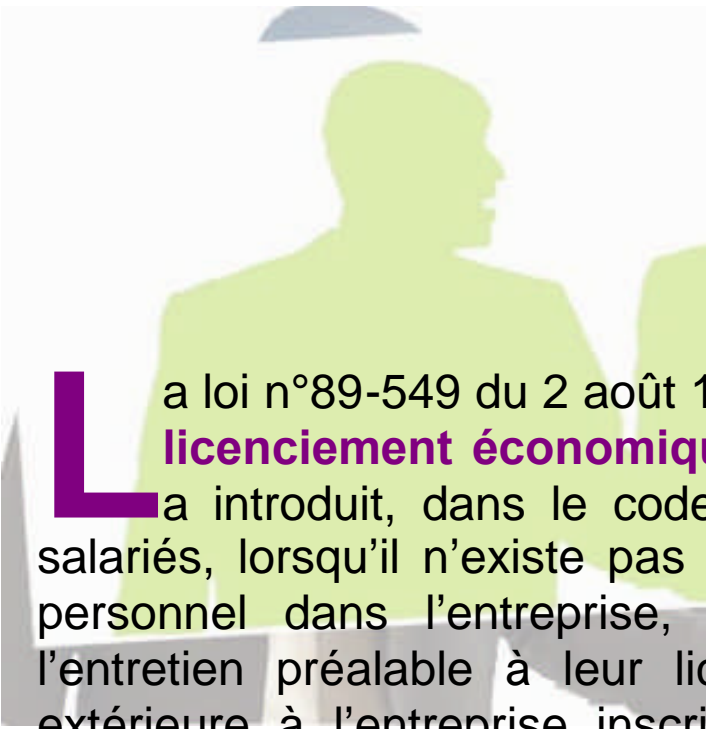
Les circonstances de leur intervention

Les règles déontologiques auxquelles ils sont soumis

Leurs obligations

Les sanctions encourues en cas d'entrave à leurs fonctions

Leur formation



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 à 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 relative à **la rupture conventionnelle** a prévu expressément l'assistance du salarié par un conseiller du salarié dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel.



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, **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. Dans le cas contraire, leur 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, sur sa demande.

Pour les conseillers du salarié employés dans un établissement de moins de onze salariés, l'employeur n'a pas d'obligation de leur accorder une autorisation d'absence pour l'exercice de leurs missions. Néanmoins, s'il accorde cette autorisation, l'employeur devra rémunérer l'absence dans les mêmes conditions que pour les entreprises de plus de 11 salariés.

→ AVERTISSEMENT :

La loi n°2008-596 du 25 juin 2008 relative à la rupture conventionnelle a prévu expressément l'assistance du salarié par un conseiller du salarié dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel : cette disposition figure exclusivement à l'article L.1237-12 du code du travail.

Sachant, d'une part, que les articles du code du travail relatifs au conseiller du salarié ne reprennent pas cette disposition en tant que telle, et que d'autre part, le conseiller n'a pas tout à fait le même rôle dans les 2 procédures (licenciement et rupture conventionnelle), les chapitres du présent guide ne traitent que du rôle et des missions du conseiller dans le cadre de l'entretien préalable au licenciement.

En effet, s'agissant de la rupture conventionnelle, dans la mesure où elle répond au principe d'un accord librement consenti entre les 2 parties, le rôle du conseiller du salarié sera plutôt orienté vers le conseil que la défense des droits et intérêts du salarié, à strictement parler.

Cependant, sachant que les principes généraux figurant dans ce guide doivent trouver à s'appliquer dans le cadre de la rupture conventionnelle, ils sont mentionnés en caractères bleus pour une meilleure compréhension du lecteur.

QUEL EST LE RÔLE DU CONSEILLER DU SALARIÉ ?

Le conseiller du salarié a une mission d'**assistance** et de **conseil du salarié** lors de l'entretien préalable au licenciement.

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 ainsi que de la convention collective applicable,
 - ❖ 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. A noter que 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 et, d'autre part, à 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, afin de faciliter le dialogue entre l'employeur et le salarié et 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 à lui 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 éventuellement à l'issue de l'entretien, un avis au salarié, lui permettant d'apprécier l'opportunité de s'orienter vers une procédure contentieuse, si le licenciement est prononcé.

Le conseiller du salarié, au travers de sa mission d'assistance et de conseil, remplit également, par conséquent, **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 pas 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** au moment de l'entretien préalable.

Ceci ne fait 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 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 relevant du 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 constatées 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, que son témoignage serait doté d'une autorité privilégiée et ferait foi, jusqu'à preuve du contraire, devant les juridictions judiciaires.

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.

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

- 1) Tout salarié appartenant à une **entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel (IRP)** peut, s'il est convoqué par son employeur à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement, **ou dans le cadre d'un entretien préalable à une rupture conventionnelle**, recourir, s'il le désire, aux services d'un conseiller du salarié pour l'assister et le conseiller lors de cet entretien. **Le salarié doit impérativement être employé dans une entreprise qui ne possède ni délégués du personnel (DP), ni comité d'entreprise (CE), ni délégués syndicaux (DS), ni comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), pour pouvoir bénéficier de l'assistance d'un conseiller du salarié.**

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'emploie est effectivement dépourvue de toute institution représentative du personnel.

- 2) Les articles L.1232-4 et L.1237-12 - 2^{ème} alinéa du 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 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 délégués du personnel, ni 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/ou 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 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 LE CONSEILLER DU SALARIE PEUT-IL INTERVENIR ?

Le conseiller du salarié intervient dans 2 cas de figure :

- **l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement** prévu par l'article L.1232-2 du code du travail, c'est-à-dire lors de la phase de conciliation d'une procédure de licenciement
- **l'entretien au titre d'une rupture conventionnelle du contrat de travail** prévu par l'article L.1237-12 du code du travail

Dans ces conditions :

- 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 les articles L.1332-1 à L.1332-2 du code du travail ne permet pas l'assistance du salarié par une personne extérieure à l'entreprise. Le salarié convoqué à ce titre 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.

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. Elle précise également l'adresse des services où la liste des conseillers est disponible.

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

L'ENSEMBLE DE CES REGLES SONT APPLICABLES DANS LE CADRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE.

- 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.

Le conseiller doit informer immédiatement le salarié de sa disponibilité, considérant le court délai de **5 jours ouvrables** dont celui-ci 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 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**,
- ❖ 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 et/ou du salarié, pour influencer positivement sur le débat et tenter de parvenir à une issue la plus favorable possible pour le salarié,
- ❖ en n'apparaissant pas comme un interlocuteur 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'outrepasant 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 choisie, 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) Le conseiller du salarié établit 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, en 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.

Ce document, s'il fait état de faits matériellement inexacts, pourra entraîner une condamnation pénale de son auteur.

QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DU CONSEILLER DU SALARIE ?

L'ENSEMBLE DE CES REGLES SONT APPLICABLES DANS LE CADRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE.

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 € d'amende (*article 226-13 du nouveau code pénal*), sans préjudice des dommages intérêts susceptibles d'être dûs 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 tel 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 fait, de la confiance 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 le Directeur Régional Adjoint de l'Unité Territoriale 74 de la DIRECCTE (ex-DDTEFP).
- ❖ 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 reprochés concernant l'accomplissement de sa mission.
- ❖ d'informer **sans délai** les services de l'Unité Territoriale 74 de la DIRECCTE (UT74 de la DIRECCTE), 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 l'UT74 de la DIRECCTE.

En effet, 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 SALARIÉ ?

L'ENSEMBLE DE CES REGLES SONT APPLICABLES DANS LE CADRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE.

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 code du travail et passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et 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,

→ Pas de report possible des heures non prises d'un mois à l'autre. Mais le conseiller titulaire d'un autre mandat de représentant du personnel ou de délégué syndical cumule les autorisations d'absence liées à l'ensemble de ses mandats.

- ❖ 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 avaient pour effet d'entraîner une réduction, voire une privation des droits à congé payé, aux prestations d'assurances sociales et aux prestations familiales, et de tous les droits liés à l'ancienneté dans l'entreprise, dans la mesure où ces absences rémunérées sont assimilées à une durée de travail effectif.
- ❖ 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.

→ Seuls les conseillers du salarié employés dans un établissement occupant au moins 11 salariés bénéficient d'un droit d'absence. Néanmoins, les conseillers employés dans des établissements de moins de 11 salariés peuvent s'absenter pour exercer leurs missions après accord de leur employeur. Dans ce cas, le salaire leur sera maintenu.

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

L'ENSEMBLE DE CES REGLES SONT APPLICABLES DANS LE CADRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE.

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.

Toutefois, les conseillers occupant un emploi salarié bénéficient d'un droit à autorisation d'absence au titre de la formation continue qui 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 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**, limité à 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. 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. Dans ce cas, le congé ne peut pas 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 leur 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.

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.

Pendant le congé, le salarié 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.



2^{ème} partie

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 présence d'IRP

III- QUI PARTICIPE A L'ENTRETIEN PREALABLE ?

- 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) l'entretien préalable en cas de licenciement pour motif économique
- C) l'entretien préalable en cas de procédure collective

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 PREALABLE 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.

Conçu dans l'intérêt du salarié, l'entretien préalable doit également permettre à l'employeur de prendre une décision plus éclairée.

L'entretien préalable est obligatoire sauf :

- ❖ pour les salariés du particulier employeur,
- ❖ pour le licenciement économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans les entreprises de 50 salariés et plus dotées de représentants du personnel,
- ❖ pour le licenciement économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans les entreprises de moins de 50 salariés dotées 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'article R.1232-1 du 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'article L.1332-4 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.

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

I - LA LETTRE DE CONVOCATION

1) Qui doit convoquer ?

L'employeur ou son représentant, sous réserve qu'il détienne la délégation de pouvoir embaucher et licencier. Le juge vérifiera la compétence.

2) Forme de la convocation

Par **écrit**.

L'article L.1232-2 du code du travail prévoit deux modalités : **lettre recommandée ou lettre remise en main propre contre décharge**.

La demande d'avis de réception n'est pas prévue, néanmoins, ce document donne date certaine à la présentation de la lettre recommandée par le facteur. Elle permet également de faire courir les délais de 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.

3) Adresse du salarié

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

4) Objet de la convocation

Selon l'article R.1232-1 du 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 normalement pendant les heures de travail et la durée de l'entretien est payée comme temps de travail.

L'entretien ne peut avoir lieu un jour de repos ou un jour habituellement non travaillé pour les salariés à temps partiel.

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

Certaines Cours d'Appel acceptent que l'employeur convoque en dehors du temps de travail dans certaines situations particulières, et notamment 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.

❖ **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 (9h / 11 h et 14 h / 16 h). L'absence du salarié en raison de son état de santé n'oblige pas l'employeur à procéder à une nouvelle convocation.

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.

- ❖ **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 dans la lettre de convocation l'adresse des services où le salarié peut obtenir la liste des conseillers. La Cour de Cassation considère que l'omission de seulement une des deux adresses de consultation de la liste constitue une irrégularité de procédure (arrêts du 29 avril 2003 – du 8 décembre 2004 et du 21 juin 2006).

Les conseillers des salariés interviennent dans les entreprises sans Institutions Représentatives du Personnel (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. Il peut donc choisir un salarié parmi ses collègues.

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.

1) Délai sans IRP / 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 en recommandé 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.
- ❖ Le non-respect de ce délai minimal constitue une irrégularité de procédure :
 - **qui ne peut pas être couverte par le fait que le salarié était assisté lors de l'entretien préalable,**

- **qui est sanctionnée par la condamnation de l'employeur à verser au salarié, selon le cas, l'indemnité prévue par les articles L.1235-2 et L.1235-3 du code du travail ou des dommages intérêts en fonction du préjudice subi. Cette indemnité est plafonnée à un mois de salaire si la cause de licenciement est réelle et sérieuse ou six mois si la cause de licenciement n'est pas réelle et sérieuse.**

2) Délai de convocation en cas de présence d'IRP

La loi ne prévoit pas de délai mais celui-ci doit être « **suffisant** » pour préparer l'entretien.

La date de présentation de la lettre de convocation doit être prise en considération pour apprécier le caractère suffisant du délai.

III - QUI PARTICIPE A L'ENTRETIEN PREALABLE ?

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 express 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.**

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

Il s'agit d'une personne choisie par le 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 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.

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

4) Qui peut assister l'employeur ?

L'employeur peut faire appel au cours de l'entretien à toute personne appartenant à l'entreprise, y compris un associé sauf si cette situation fait grief aux intérêts du salarié.

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 : ainsi le supérieur hiérarchique du salarié peut être présent,
- ❖ en tout état de cause, la présence de plusieurs personnes au côté de l'employeur, ne doit pas transformer l'entretien en enquête et détourner celui-ci de son objet.

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,
- ❖ 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 le salarié 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) ou un Contrat de Transition Professionnelle (CTP) dans certains bassins d'emploi (cf carte en annexe) lors de l'entretien préalable au licenciement pour motif économique (articles L.1233-65 à 70 du code du travail).

Le salarié doit faire connaître sa réponse à l'employeur dans un délai de 21 jours ouvrables (CRP ou CTP), après le jour de l'entretien. Cependant, la lettre de licenciement peut être adressée au salarié durant ces 21 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 et 15 jours ouvrables minimum après celui de l'entretien, s'il s'agit d'un cadre (article L.1233-67 et 68 du code du travail).

Par ailleurs, dans les entreprises d'au moins 50 salariés licenciant pour motif économique plus de 10 salariés dans un délai de 30 jours, 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).

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, qui motive à lui seul les licenciements, en cas de disparition complète de l'entreprise.

Les licenciements effectués pendant la **période d'observation** doivent être justifiés dans les conditions cumulatives suivantes :

- par un motif économique réel et sérieux,
- par un caractère urgent, inévitable et indispensable, ces critères étant appréciés par le juge commissaire.

Le jugement prévoyant le **plan de redressement** doit également préciser le nombre de licenciements pouvant intervenir dans le délai d'un mois suivant l'adoption de ce plan.

Comme pour tout licenciement 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.

- ❖ **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 les salariés au cours de l'entretien préalable en cas d'absence de Comité d'Entreprise (CE) ou de Délégués du Personnel (DP).
- ❖ **Tous les entretiens préalables peuvent être effectués en présence de conseiller du salarié, même celui du représentant des salariés.**

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

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 des motifs peut rendre le licenciement «abusif». 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 le contenu de l'entretien par écrit. Ce document écrit aura une force probante devant les Tribunaux d'autant plus grande qu'il sera 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 pas 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, en fonction du motif de licenciement :

Motif personnel : J + 2

Motif disciplinaire : J + 1 < 1 mois

Motif économique :

- Salarié non cadre : J + 7

- Salarié cadre : J + 15

3) Contenu de la lettre de licenciement

- ❖ 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.
- ❖ Elle doit également informer le salarié du nombre d'heures obtenu au titre de son Droit Individuel à la Formation (DIF). Cependant, pour en bénéficier, le salarié doit en faire la demande avant la fin du préavis (financement d'un bilan de compétence – d'une formation au titre de la VAE notamment).

La durée légale du préavis en cas de licenciement est la suivante :

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

La lettre de licenciement doit aussi contenir la mention de **l'indemnité de licenciement** prévue à l'article L.1234-9 du code du travail et calculée selon les articles R.1234-1 à 4 du même code (indemnité légale), due en l'absence de faute grave ou de faute lourde, ou l'indemnité de licenciement conventionnelle si elle est plus favorable.

4) Le préavis ou délai-congé

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

La période s'écoulant entre la notification de la rupture d'un contrat de travail et sa fin effective est qualifiée de « délai-congé » dans le code du travail.

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

Toutefois, 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 de préavis**.

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 (article R.1234-2 du code du travail)

Elle est due en l'absence d'indemnité conventionnelle plus favorable, pour tout licenciement sauf faute grave ou lourde.

Elle est due si le salarié justifie au moins 1 an d'ancienneté.

Pour le calcul des années de service, on tient compte de la durée du préavis. Le calcul est le suivant :

Ancienneté	Indemnité de licenciement de droit commun
- de 10 ans	1/5^{ème} mois par année de présence
+ de 10 ans	1/5^{ème} mois par année de présence + 2/15^{ème}

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 L.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 à 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. Elle est 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 (article L.3253-6 du code du travail).

La loi du 17 juin 2008 réformant le régime des prescriptions en matière civile a réduit à 5 ans la prescription de droit commun qui était préalablement fixée à 30 ans. Cette prescription de 5 ans s'applique au paiement des sommes présentant un caractère indemnitaire dont l'indemnité de licenciement.



3^{ème} partie

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE

SOMMAIRE

- I Quel est l'objet d'une rupture conventionnelle ?
- II Les incompatibilités
- III Qui est à l'initiative de la procédure ?
- IV Les entretiens
- V Quel est le contenu de la convention ?
- VI Peut-on se rétracter ?
- VII En quoi consiste l'homologation de la convention ?
- VIII L'effet sur le contrat de travail
- IX Les salariés « protégés » sont-ils concernés ?
- X Les recours
- XI Quelles sont les indemnités dues au salarié ?

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE

I- Quel est l'objet d'une rupture conventionnelle ?

La rupture conventionnelle est une procédure qui permet à l'employeur et au salarié de convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. Elle ne concerne que les contrats de travail à durée indéterminée. Cette rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat, c'est-à-dire l'employeur et le salarié ; un respect strict de la procédure permet de garantir la liberté du consentement des parties (articles L.1237-11 à 16 du code du travail).

II- Les incompatibilités

La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission ; elle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle ne peut être utilisée comme un moyen de contourner les règles du licenciement économique et donc de priver, de ce fait, les salariés des garanties afférentes et notamment du Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE).

De même, elle ne peut être utilisée pour contourner les protections particulières à certains salariés tels que les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les femmes en congé de maternité (article L.1237-16 du code du travail).

Les salariés protégés sont soumis à une procédure spécifique (§ IX).

III- Qui est à l'initiative de la procédure ?

L'employeur, comme le salarié peuvent proposer à l'autre partie la signature d'une convention.

IV- Les entretiens

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, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié. Il doit alors 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. Il doit lui aussi en informer le salarié, avant la date fixée pour le ou les entretiens.

La liste des personnes susceptibles d'assister le salarié ou l'employeur est limitative : en conséquence, aucune autre personne ne peut donc assister à ces entretiens, y compris un avocat (article L.1237-12 du code du travail).

V- Quel est le contenu de la convention ?

La convention de rupture élaborée entre l'employeur et le salarié définit les conditions de cette rupture :

- le montant de « l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle » versée au salarié (§ X).
- la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation de la convention par l'autorité administrative.

La convention doit être finalisée au moyen du formulaire réglementaire qui contient en sa partie « 3 » la convention de rupture. Aucun document complémentaire ne peut et ne doit être exigé. Cependant, si les parties le souhaitent, ce formulaire peut être éventuellement complété par des feuillets annexes présentant, soit une convention de rupture ad hoc, soit explicitant les points d'accord de volonté des parties dans le cadre de la rupture (Arrêté du 28 juillet 2008 portant modification de l'arrêté du 18 juillet 2008 fixant les modèles de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée - Journal Officiel du 6 août – article L.1237-13 alinéas 1 et 2 du code du travail).

VI- Peut-on se rétracter ?

Afin d'éviter les décisions trop hâtives, et afin de permettre à chaque partie de mesurer la portée de sa décision, la loi :

- impose un délai minimum entre la signature de la convention et sa transmission à l'autorité administrative pour homologation ou pour autorisation ;
- et permet à chaque partie de revenir sur sa décision durant ce délai : il s'agit du « droit de rétractation ».

Ainsi, à compter de la date de signature de la convention par l'employeur et le salarié, l'un et l'autre disposent d'un délai de 15 jours calendaires (tous les jours de la semaine sont comptabilisés) pour exercer ce droit de rétractation. La loi n'impose pas à la partie qui décide de se rétracter de motiver sa décision (article L.1237-13 alinéa 3 du code du travail).

VII- En quoi consiste l'homologation de la convention ?

À l'issue du délai de rétractation mentionné, la partie la plus diligente adresse la demande d'homologation réglementaire au Directeur Régional Adjoint de l'Unité Territoriale de la DIRECCTE dont dépend l'entreprise.

Celui-ci dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables (c'est à dire que sont exclus les dimanches et les jours fériés), à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect de la liberté de consentement des parties et des conditions prévues par le code du travail : respect des règles relatives à l'assistance des parties, au droit de rétractation, au montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle...

A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise : il s'agira donc d'une homologation « tacite » ou « implicite » (article L.1237-14 alinéas 1 à 3 du code du travail).

VIII- L'effet sur le contrat de travail

Sauf accord express des parties, le contrat de travail continue de s'exécuter normalement pendant tout le temps que dure la procédure d'élaboration et d'homologation de la convention, et jusqu'à la date fixée pour sa rupture. Celle-ci ne peut pas intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par l'Unité Territoriale de la DIRECCTE.

Aucun « préavis » n'est prévu dans le cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, ce terme étant réservé au licenciement et à la démission. Toutefois, rien n'empêche les parties de prévoir une date de rupture de contrat de travail qui convienne à chacun, et qui sera plus ou moins éloignée de la date d'homologation, tacite ou implicite par le Directeur Régional Adjoint de l'Unité Territoriale de la DIRECCTE.

Tant que la date de rupture du contrat de travail n'est pas atteinte, les règles afférentes au contrat de travail continuent à s'appliquer : le salarié peut ainsi, par exemple, être en congés payés. La situation du salarié doit correspondre exactement aux modalités habituelles d'exercice du contrat de travail, droits et obligations de chaque partie comprises ; en particulier, le salarié doit être rémunéré normalement pendant cette période.

S'il quitte l'entreprise avant d'avoir pu prendre la totalité des congés payés qu'il avait acquis, le salarié a droit à une indemnité compensatrice de congés payés, ainsi qu'à l'ensemble des éléments de rémunération dûs par l'employeur à la date de la rupture du contrat de travail.

IX- Les salariés « protégés » sont-ils concernés ?

La rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les conditions de droit commun prévues par le code du travail pour les Représentants du Personnel.

La demande d'autorisation est établie au moyen du formulaire réglementaire spécifique aux salariés protégés.

Elle ne peut être transmise à l'inspecteur du travail qu'à l'issue du délai de 15 jours calendaires prévu pour l'exercice du droit à rétractation. L'autorisation est donnée par l'inspecteur du travail dans un délai de 15 jours suivant la réception de la demande. Ce délai peut être prolongé jusqu'à 2 mois si les nécessités de l'enquête le justifient (article L.1237-15 du code du travail).

X Quelles sont les indemnités dues au salarié ?

Le salarié doit percevoir une « indemnité spécifique de rupture conventionnelle » dont le montant, éventuellement négocié avec l'employeur, ne peut être inférieur au montant de l'indemnité légale de licenciement (article L.1237-13 alinéa 1 du code du travail).

Si le salarié, partie prenante à la rupture conventionnelle, justifie de moins d'une année d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence.

Aux termes de l'avenant n°4 du 18 mai 2009 à l'Accord National Interprofessionnel (ANI) sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008, l'indemnité spécifique de rupture à verser au salarié, dont le CDI a été rompu dans le cadre d'une rupture conventionnelle, doit être au moins égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement, dès lors que cette dernière s'avère plus favorable, pour le salarié, que l'indemnité légale.

Ancienneté	Indemnité de licenciement réglementaire	Indemnité de licenciement conventionnelle
De un mois à moins de 10 ans	1/5 ^{ème} de mois de salaire par année de présence	Si plus favorable que l'indemnité légale (selon convention collective applicable dans l'entreprise)
+ de 10 ans	1/5 ^{ème} + 2/15 ^{ème} de mois de salaire par année de présence	

XI Les recours

Le Conseil de Prud'hommes est seul compétent pour connaître des litiges concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation d'une rupture conventionnelle. Tout autre recours contentieux ou administratif est exclu, sauf pour les salariés protégés dans le cadre de l'autorisation de rupture conventionnelle, mais il doit être déposé avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention.

L'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention (article L.1237-14 alinéa 4 du code du travail).



Jurisprudence relative à l'activité du Conseiller du Salarié

Attestation individuelle de la qualité de Conseiller du Salarié

Attestation d'assistance du salarié ayant bénéficié d'un Conseiller du Salarié

Demande de remboursement de frais de déplacement

Indemnité forfaitaire octroyée au Conseiller du Salarié

Identification de l'employeur d'un Conseiller du Salarié

Demande de remboursement du salaire maintenu par l'employeur d'un Conseiller du Salarié

Coordonnées de l'Inspection du Travail en Haute-Savoie

Zonage du Contrat de Transition Professionnelle (CTP) en Haute-Savoie

Adresses et contacts utiles

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, pourvoi n° 95-44237

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, 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, 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, pourvoi n°00-41893

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, pourvoi n° 98-43760 - Cass. Soc. 10 juillet 2002, pourvoi n°00-40530

La mention des services (Mairies et Inspection du Travail) où la liste des conseillers du salarié est consultable est obligatoire dans la convocation à l'entretien préalable, sous peine de rendre la procédure irrégulière.

Cass. Soc. 25 juin 2002, pourvoi n° 00-44955

Cette irrégularité ouvre le droit à une indemnité maximale d'un mois de salaire.

Cass. Soc. 29 avril 2003, pourvoi n°01-41364 - Cass. Soc. 8 décembre 2004, pourvoi n°02-46293

Cette indemnité est due alors même que le salarié a pu se faire assister par un conseiller du salarié lors de l'entretien préalable.

Cass. Soc. 21 juin 2009, pourvoi n°07-42985

Le retard du conseiller du salarié à l'entretien ne suffit pas à rendre la procédure irrégulière sauf si ce retard (ou son absence) est du à l'interdiction de l'employeur.

Cass. Soc. 26 janvier 2010, pourvoi n°08-40333 - Cass. Soc. 5 juin 1985, pourvoi n°84-43023

❖ 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, pourvoi n° 98-42260

❖ Protection du conseiller 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, qui s'applique donc au conseiller du salarié.

Cass. Soc. 26 octobre 2005, pourvoi n°03-44751 - Cass. Soc. 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-44585

❖ 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 que la liste est arrêtée par le Préfet, indépendamment de sa publication au recueil.

Cass. Soc. 22 septembre 2010, pourvois n° 09-41173 et 08-45227

Elle s'applique pendant toute la durée du mandat.

Cass. Soc. 19 juin 2007, pourvoi n° 05-46017

Cette protection prend fin au terme du mandat, ou à l'issue d'une durée de 12 mois suivant la cessation des fonctions, dès lors que ces fonctions ont été exercées pendant au moins 1 an.

Cass. Soc. 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-44376

Cette protection vaut indépendamment de l'exercice effectif de la mission de conseiller du salarié.

Cass. Soc. 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-45883 - Cass. Soc. 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-48776

❖ Sanction de la méconnaissance de la protection du conseiller

Le conseiller licencié peut demander sa réintégration. Dans ce cas, il bénéficie d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son éviction et sa réintégration. Il doit faire sa demande de réintégration avant la fin de la période de protection (même application que pour les délégués syndicaux).

Le conseiller du salarié doit donc 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.

Cass. Soc. 19 juin 2007, pourvoi n° 05-4617

Dans le cas où il ne demande pas sa réintégration, il bénéficie d'une indemnité égale au moins à ce qu'il aurait du 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. 19 juin 2007, pourvoi n° 05-46017

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 doit percevoir une indemnité minimale égale à 12 mois de rémunération.

Cass. Soc. 19 juin 2007, pourvoi n° 05-4617