

À quoi sert l'entretien préalable au licenciement ?

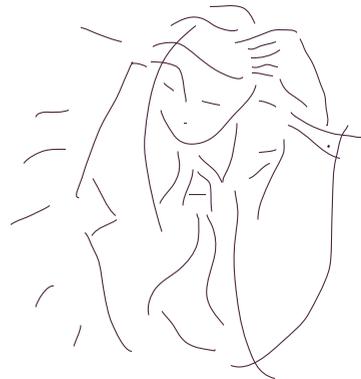
L'entretien préalable constitue une phase substantielle de la procédure légale de licenciement, créée dans le but d'instaurer un vrai dialogue pouvant conduire à une solution du problème qui ne se traduise pas par le licenciement.

Il est rendu obligatoire pour :

- ▶ tout licenciement pour motif personnel non disciplinaire ;
- ▶ tout licenciement pour motif disciplinaire ;
- ▶ tout licenciement individuel pour motif économique ;
- ▶ tout licenciement collectif de deux à neuf salariés sur une période de trente jours pour motif économique ;
- ▶ tout licenciement collectif de dix salariés et plus sur une période de trente jours pour motif économique, en l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel dans l'entreprise,

quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

- à noter que l'entretien préalable présente toujours un caractère individuel. Il y a donc autant d'entretiens qu'il y a de salariés convoqués (Cass. soc 15 décembre 1999 et 23 avril 2003).



En raison de sa finalité et des règles procédurales qui s'y attachent, il n'existe aucune alternative à l'entretien préalable. Aucune conversation téléphonique, aucun entretien informel, aucun échange de lettres entre l'employeur et le salarié ne peuvent s'y substituer.

- l'entretien préalable au licenciement est une garantie instituée en faveur du salarié, à laquelle il peut renoncer.

Si l'employeur est tenu de convoquer le salarié à cet entretien, le salarié n'est pas obligé de déférer à la convocation qui lui est ainsi faite.

Le refus du salarié de se rendre à l'entretien préalable auquel il a été dûment convoqué ne constitue pas une faute. Son absence ne peut lui être reprochée par l'employeur, puisque cette formalité substantielle de la procédure n'a été prévue que dans le seul intérêt du salarié (Cass. soc. 15 mai 1991 et 9 juillet 1992).

Lorsque le salarié, dont le licenciement est envisagé, est dans l'impossibilité pour des raisons de santé de se rendre à l'entretien préalable, il peut solliciter auprès de l'employeur un report de la date de cet entretien, mais ce dernier n'est pas tenu d'accéder à la demande.

D'ailleurs, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, par son arrêt du 7 juin 2006, admis un tel report dans le cadre d'une procédure disciplinaire et considéré que le délai d'un mois imparti à l'employeur pour notifier la sanction ne court qu'à compter de la nouvelle date fixée pour l'entretien.

De même, le salarié malade ou accidenté peut demander l'autorisation à son employeur de se faire représenter lors de cet entretien, s'il se trouve totalement empêché de se déplacer en raison de son état de santé. Là également, l'employeur n'est pas obligé de répondre favorablement à cette demande.

- dans le cas où le salarié est provisoirement indisponible pour cause de maladie ou d'accident, l'employeur doit vérifier que celui-ci dispose bien d'heures de sortie autorisée par le médecin et doit placer l'entretien dans ces plages horaires afin de permettre à l'intéressé de s'y déplacer.



Au regard de la finalité de l'entretien préalable, le juge prendra en compte les efforts auxquels aura consenti l'employeur pour permettre que cet entretien ait lieu. Tout autre comportement de l'employeur sera susceptible d'être défavorablement apprécié par le juge et pourra constituer une inobservation de la procédure.

L'absence du salarié régulièrement convoqué à l'entretien préalable ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure de licenciement, laquelle pourra suivre son cours normal par la notification, s'il y a lieu, du licenciement dans le respect du délai minimum et, le cas échéant, du délai maximum prévus par la loi en matière d'expédition de la lettre de licenciement (Cass. soc. 14 mars 1985).

Au cours de cet entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs du licenciement envisagé et de recueillir les explications du salarié (article L.122-14 du Code du travail).

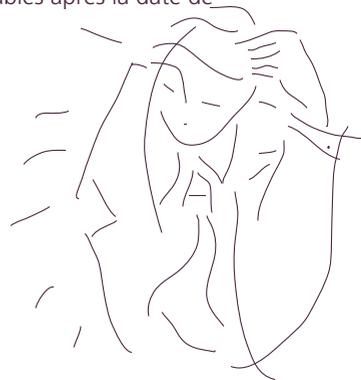
Cette obligation légale présente un caractère impératif, dont le non-respect entraîne une irrégularité de procédure civilement sanctionnée.

Le défaut d'indication au salarié d'un grief lors de l'entretien préalable au licenciement ne caractérise qu'une irrégularité de forme et n'empêche pas le juge de considérer que ce grief constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors qu'il est mentionné dans la lettre de licenciement (Cass. soc. 4 juillet 2006).

Le fait que le salarié ait eu préalablement connaissance des motifs invoqués est sans aucun effet sur cette obligation et ne peut dispenser l'employeur d'observer cette phase de conciliation.

L'entretien a donc pour objet d'instaurer une discussion contradictoire des motifs allégués à l'appui de la décision envisagée, à l'issue de laquelle, et après un délai de réflexion, l'employeur soit maintiendra son intention de procéder au licenciement, soit renoncera à celui-ci et infligera, éventuellement, une sanction disciplinaire plus légère.

La lettre recommandée avec A.R. notifiant le licenciement pour motif personnel (disciplinaire ou non) ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date de



l'entretien auquel le salarié a été convoqué. (ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 modifiant l'article L. 122-14-1, 2ème alinéa du Code du travail).

Si le motif est d'ordre disciplinaire, la lettre ne peut être envoyée **plus d'un mois** après cette date (art. L.122-14-1, L.122-41, R.122-3-1 et R.122-19 du Code du travail).

Si, en matière de licenciement pour motif disciplinaire la loi a fixé, pour l'envoi de la lettre de licenciement, un délai maximal d'un mois après la date de l'entretien, elle est muette pour ce qui concerne les licenciements reposant sur un autre motif. Un délai maximal peut, par contre, être institué par convention ou accord collectif de branche. A défaut, l'employeur n'est pas enfermé dans un délai de notification du licenciement. Cependant, si après avoir engagé la procédure de licenciement non disciplinaire, l'employeur tarde à notifier le licenciement au(x) salarié(s) concerné(s), la réalité et le sérieux de la cause de ce licenciement dont la notification est différée pourront être mis en doute devant le juge. En effet, on sera fondé à s'étonner qu'un licenciement ait été notifié très tardivement par rapport à la date à laquelle il pouvait légalement être prononcé.

Ceci étant, en ce qui concerne le licenciement économique, il faut se souvenir que le salarié dispose d'un délai de réflexion de 14 jours pour faire connaître sa décision d'adhérer à la convention de reclassement personnalisé. Ce délai préfixé court à compter de la date de l'entretien préalable au licenciement ou, pour les procédures non assujetties à la tenue d'un tel entretien (licenciement de 10 salariés et plus dans une même période de 30 jours dans les entreprises pourvues d'institutions représentatives du personnel ...), à l'issue de la dernière réunion de consultation du comité d'entreprise au titre du Livre III du code du travail.

Ainsi, la Cour d'appel de Toulouse a affirmé par son arrêt du 10 mars 1995 que l'adhésion du salarié à une convention de conversion (dispositif quasi analogue à celui de la convention de reclassement personnalisé) entraîne la rupture du contrat de travail quand bien même l'employeur, qui n'aurait pas encore notifié le licenciement, renoncerait expressément par la suite à son projet de licenciement. La rupture est consommée dès l'acceptation de ladite convention par le salarié dans le délai qui lui était imparti. L'employeur doit alors assumer les effets de cette convention.

On peut estimer que le raisonnement vaudra pour la convention de reclassement personnalisé.



	Délai minimum entre la date pour laquelle le salarié a été convoqué à l'entretien préalable et la notification du licenciement Licenciement pour motif économique des salariés non protégés <i>(article L 122-14-1 du code du travail modifié par l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004)</i>		
	Entreprises dotées ou non d'institutions représentatives du personnel		
	Licenciement individuel		Licenciement collectif
	Personnel non cadre	Personnel cadre	(moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours)
Quelle que soit l'ancienneté du salarié	7 jours ouvrables	15 jours ouvrables	7 jours ouvrables

A noter que ces délais ne sont pas applicables dans les entreprises faisant l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

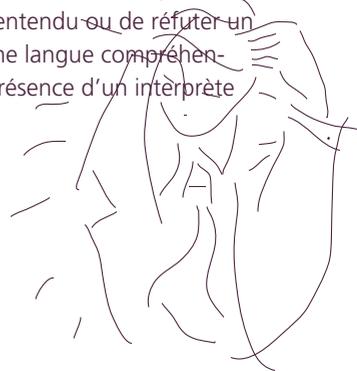
L'employeur ou son représentant doit ainsi d'une part, énoncer clairement et précisément les faits qui motivent la rupture projetée du contrat de travail et, d'autre part, écouter le salarié, prendre en considération ses arguments et au besoin procéder aux investigations suscitées par ses déclarations.

Il ne saurait donc se borner lors de l'entretien à signifier une décision de licenciement déjà définitivement arrêtée.

L'employeur ne s'acquitte pas non plus de ses obligations légales en enregistrant simplement les déclarations du salarié, sans effectuer toutes vérifications utiles si celui-ci conteste la réalité des griefs retenus contre lui.

Il ne peut également refuser de communiquer au salarié un document relatif aux reproches qui lui sont faits.

Pour permettre à chacun d'exprimer son point de vue, de prendre acte des explications fournies par l'autre et d'en tenir compte, de dissiper tout malentendu ou de réfuter un argument, l'entretien doit impérativement se dérouler dans une langue compréhensible par l'une et l'autre des parties ou, à défaut, se tenir en présence d'un interprète accepté à la fois par l'employeur et le salarié.



Compte tenu du délai minimum de réflexion imposé par la loi et en considération de la finalité de l'entretien préalable, l'employeur ne peut faire part au salarié, au terme de l'entretien, de sa décision définitive de le licencier, sauf à vicier la procédure.

- à noter que s'il apparaissait que le licenciement était déjà décidé avant la tenue de l'entretien, la procédure serait considérée comme étant irrégulière. Cette irrégularité ne pourrait être réparée par l'envoi d'une lettre de licenciement à l'issue du délai légal (Cass. soc. 15 novembre 1990).

S'agissant du **licenciement pour motif économique**, dans les **entreprises occupant moins de mille salariés**, l'employeur est tenu de proposer à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique, une convention de reclassement personnalisé (loi n° 2005-35 du 18 janvier 2005 et convention UNEDIC du 27 avril 2005 agréée par arrêté du 24 mai 2005).

Le bénéfice de ce dispositif est ouvert aux salariés qui remplissent les conditions suivantes :

- ▶ être salarié d'une entreprise occupant moins de mille salariés ;
- ▶ être titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée qui se trouve rompu pour un motif économique ;
- ▶ être physiquement apte à l'exercice d'un emploi ;
- ▶ ne conserver aucune activité professionnelle même résiduelle ;
- ▶ ne pas être susceptible de percevoir une allocation d'assurance chômage pendant 42 mois ou un revenu de remplacement servi jusqu'à l'âge de liquidation de la retraite à taux plein ;

L'employeur devra, **lors de l'entretien préalable au licenciement** pour les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, **informer** le ou les salariés concernés en leur remettant, contre récépissé, une notice d'information établie par l'ASSEDIC.

En cas de défaut de proposition, l'employeur est tenu de verser à l'ASSEDIC une contribution égale à la valeur de deux mois de salaire brut moyen calculé sur les douze derniers mois travaillés et ce, pour chaque salarié licencié remplissant les conditions requises auquel il n'a pas été proposé de bénéficier d'une convention de reclassement personnalisé (article L. 321-4-2 du Code du travail). ■

Qui peut participer à l'entretien préalable ?

Côté employeur

C'est l'employeur lui-même qui doit, en principe, être présent à l'entretien préalable au licenciement.

Cependant, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse se faire **représenter** à cet entretien.

En outre, elle pose que la faculté de représenter l'employeur à l'entretien n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement. Ce qui signifie, en l'état actuel de la jurisprudence, que le représentant de l'employeur, habilité à mener l'entretien, ne sera pas nécessairement celui qui décidera de ses suites.

En cas de contestation, le juge pourra vérifier quelles étaient les fonctions exercées au sein de l'entreprise par la personne qui a conduit l'entretien et apprécier la validité de la délégation de pouvoir dont elle serait titulaire.

L'employeur ou son représentant peut également se faire **assister** lors de l'entretien.

Ainsi, il lui est permis de faire appel au cours de l'entretien à un membre de l'entreprise, susceptible d'apporter des éléments de fait dans la discussion.

Toutefois, cette assistance de l'employeur n'est possible qu'à la condition qu'elle ne fasse pas grief aux intérêts du salarié (Cass. soc. 12 mars 1986 et CE 16 janvier 1987).



En d'autres termes, l'assistance doit être limitée à une seule personne, sauf à détourner l'entretien de son objet et à le transformer en enquête ou en une sorte de «tribunal». Les tribunaux ont jugé que l'équilibre des intérêts en présence se trouve rompu et, par conséquent, le plein exercice des droits du salarié n'est plus garanti, lorsque l'employeur se fait assister de plusieurs personnes (Cass. soc. 10 janvier 1991 et 9 juillet 2003).

Par ailleurs, l'employeur ne peut pas se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise. La présence à l'entretien préalable d'une personne étrangère à l'entreprise comme, par exemple, un avocat, un membre d'un cabinet d'expert-comptable ou d'une organisation patronale, n'est donc pas permise et ce, même si ce tiers n'intervient pas dans la conversation (Cass. soc. 20 juin 1990 et 26 mars 2002).

L'assistant doit limiter son intervention à la simple information des parties et n'intervenir que sur leur demande.

Côté salarié

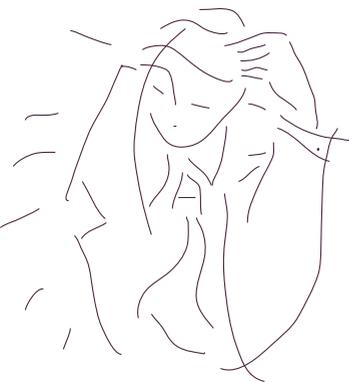
Le salarié doit se rendre en personne à l'entretien.

Il est néanmoins admis par certains tribunaux qu'un salarié dans l'incapacité totale de se déplacer à cet entretien pour cause de maladie ou d'accident puisse, avec l'accord exprès de l'employeur, s'y faire valablement **représenter**.

L'employeur peut bien sûr reporter l'entretien préalable au licenciement lorsqu'il est informé de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de se présenter à cet entretien.

D'ailleurs, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, par son arrêt du 7 juin 2006, admis un tel report dans le cadre d'une procédure disciplinaire et considéré que le délai d'un mois imparti à l'employeur pour notifier la sanction ne court qu'à compter de la nouvelle date fixée pour l'entretien.

Dans tous les cas, le salarié dispose de la faculté de se faire **assister** au cours de l'entre-



tien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

Il va de soi que le salarié sollicité, a fortiori s'il n'est pas investi d'un mandat représentatif, demeure totalement libre d'accepter ou non d'assister son collègue lors de l'entretien.

Lorsque l'employeur y consent expressément, il semble que rien ne s'oppose à ce que le salarié puisse se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise, tels que le conjoint ou un ancien salarié de l'entreprise par exemple.

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

Dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, le salarié bénéficie de la possibilité de recourir à un conseiller du salarié de son choix.

Ce recours est facultatif et ne prive pas le salarié du droit de préférer être assisté par un de ses collègues.

Le salarié qui fait appel à un conseiller du salarié est tenu d'en informer son employeur dès qu'il a l'assurance de recevoir l'assistance demandée, c'est-à-dire dès que le conseiller du salarié lui confirme sa venue (article D.122-1 du Code du travail). ■



Où et quand peut avoir lieu l'entretien préalable ?

Date

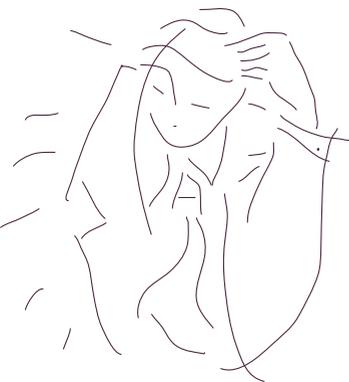
L'entretien préalable au licenciement ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre (article L.122-14 du Code du travail).

Le législateur a voulu que le salarié soit averti suffisamment à l'avance de l'objet de l'entretien pour pouvoir y réfléchir et recourir éventuellement à l'assistance, soit d'un membre du personnel, soit d'un conseiller du salarié.

Ce délai minimum de cinq jours ouvrables revêt :

- ▶ un caractère automatique, peu importe donc que le salarié souhaite ou non se faire assister ou qu'il ait trouvé un assistant dans un délai plus court ;
- ▶ un caractère impératif, le salarié ne pouvant y renoncer (Cass. Soc 28 juin 2005).

- le délai minimum qui doit s'écouler entre l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien et la tenue de cet entretien étant exprimé en jours, la Cour de cassation a rappelé que le jour de la notification qui le fait courir ne compte pas (Cass. soc. 29 avril 1997 et 11 octobre 2005). Le point de départ du délai minimum de cinq jours ouvrables est donc le lendemain du jour de la présentation par La Poste ou de la remise en main propre de la lettre de convocation.



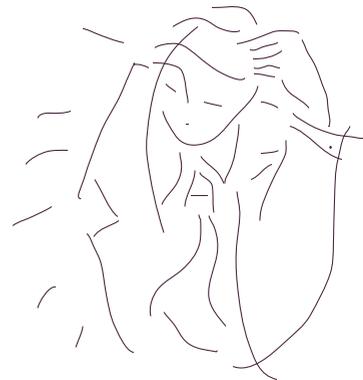
Le décompte de ce délai se faisant en jours ouvrables, la date d'expiration est, lorsqu'elle tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, reportée au premier jour ouvrable suivant (article R. 122-3-1 du Code du travail).

Par jours ouvrables, il faut entendre tous les jours de la semaine, à l'exception du dimanche, ou du jour habituel de repos hebdomadaire qui le remplace, et des jours fériés légaux chômés.

Ainsi, lorsqu'un jour férié non travaillé ou un dimanche (ou le jour de repos hebdomadaire qui s'y substitue habituellement) est compris dans le délai à respecter entre la convocation et l'entretien, ce délai est prorogé d'autant.

La date qui constitue le point de départ du délai, lorsque la lettre a été adressée par voie postale, est le lendemain du jour de **la première présentation** par La Poste de cette lettre recommandée à l'adresse connue du salarié.

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, est compris le **dimanche 12**, jour de repos hebdomadaire du salarié, lequel 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 pouvant légalement avoir lieu avant le lendemain du 5ème jour ouvrable, il ne pourra pas se tenir avant le **vendredi 17 août** (cinq jours ouvrables séparent donc la convocation de l'entretien). ■



Le non-respect de ce délai minimum 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) ou qu'il ait renoncé au bénéfice de ce délai (Cass. soc 28 juin 2005). Ce vice de procédure est sanctionné par la condamnation de l'employeur à verser au salarié, selon le cas, l'indemnité prévue par l'article L.122-14-4 du Code du travail ou des dommages intérêts en fonction du préjudice subi. Cependant, cette indemnité n'est pas due pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté et appartenant à une entreprise qui emploie au moins onze salariés lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (voir page 19).

Si le licenciement envisagé constitue une sanction disciplinaire, la lettre de convocation à l'entretien préalable doit être présentée ou remise au salarié dans le délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance du fait fautif (article L.122-44 du Code du travail).

- ce délai se calcule de quantième à quantième et expire à minuit le jour du deuxième mois qui porte le même quantième. A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du deuxième mois à minuit. Si le dernier jour de ce délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (article R.122-19 du Code du travail).

Exemple : L'employeur qui a eu connaissance d'une faute le **1er mars**, devra faire en sorte que la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement soit présentée par La Poste ou remise en main propre au salarié au plus tard le **2 mai avant minuit**, le 1er mai étant un jour férié légal.

- à noter que lorsque des poursuites pénales sont engagées dans ce même délai (plainte avec constitution de partie civile, citation directe, réquisitoire introductif d'instance), ce délai de deux mois est suspendu. L'employeur peut donc surseoir à sa décision dans l'attente, par exemple, d'être mieux informé sur les faits et la responsabilité du salarié mis en cause.



Heure

La loi est muette sur la question de savoir si l'entretien préalable au licenciement doit obligatoirement se tenir pendant le temps de travail ou s'il peut se dérouler en dehors de celui-ci.

Comblant cette lacune, la Cour de cassation considère que la convocation du salarié à l'entretien préalable en dehors du temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure (Cass. soc 7 avril 2004 et 20 avril 2005).

Néanmoins, dans cette hypothèse, le salarié est en droit d'obtenir réparation de l'éventuel préjudice qu'il peut subir du fait de cette convocation.

Lieu

Le lieu de l'entretien préalable au licenciement est en principe celui où s'exécute le travail ou celui du siège de l'entreprise.

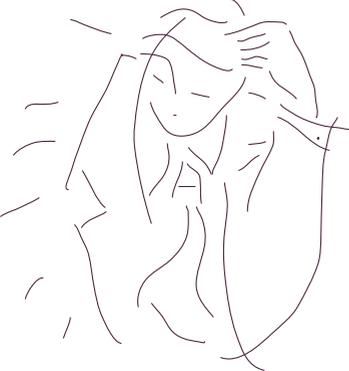
La Cour de cassation admet que l'entretien puisse se tenir à un autre endroit, à condition que l'employeur justifie de la pertinence du lieu et de l'intérêt qu'il présente pour les parties (Cass. soc. 9 mai 2000).

Le salarié, convoqué pour un entretien préalable à son licenciement à un endroit différent de son lieu de travail ou du siège social de l'entreprise, peut prétendre au remboursement des frais exposés pour s'y rendre (Cass. soc 28 janvier 2005).

L'ensemble de ce formalisme est édicté dans le seul objectif de donner une efficacité maximale à cette phase de conciliation de la procédure légale de licenciement.

La date, l'heure et le lieu de l'entretien préalable doivent être fixés par l'employeur dans le souci de permettre au salarié d'y participer sans difficulté particulière.

Le juge pourra vérifier, en cas de litige, que l'employeur a rempli loyalement ses obligations au regard de l'objet même du dispositif, lequel vise à ce que le salarié soit en mesure d'assurer sa défense face à la décision de licenciement envisagée. ■



La parole est-elle libre pendant l'entretien préalable ?

Dans le souci de garantir le libre exercice des droits de la défense, la Cour de cassation énonce que les paroles prononcées par un salarié pour réfuter les griefs invoqués contre lui au cours de l'entretien préalable, ne peuvent, sauf abus, constituer une cause de licenciement (Cass. soc. 19 juin 1991).

Antérieurement, différents tribunaux avaient déjà décidé que l'échange d'arguments dans le cadre de la phase contradictoire de la procédure de licenciement doit bénéficier, pour en assurer la sincérité, d'une protection et d'une confidentialité particulières, interdisant qu'il en soit fait usage pour invoquer de nouveaux motifs de licenciement.

Le salarié bénéficie donc, au cours de l'entretien préalable, d'une relative immunité de parole lui permettant d'exposer son point de vue en toute liberté d'esprit, sans crainte que ses propos puissent être retenus comme faute à sa charge.

Cependant, la liberté d'expression dont dispose le salarié pour assurer sa défense n'autorise pas n'importe quel débordement et ne lui garantit pas une immunité absolue.

Ainsi, s'il peut être toléré dans le contexte qui entoure la perspective d'une perte d'emploi certains mouvements d'humeur ou réactions émotives de la part du salarié, sont répréhensibles, par contre, des injures grossières, des menaces, des propos diffamatoires ou outrageants envers l'employeur ou son représentant. ■



Quelques recommandations

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

Il est bien évidemment 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 de concert et dans les meilleures conditions possibles la défense des intérêts du salarié menacé de licenciement.

De même, 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.

Pareillement, 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.

Ceci étant, 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 bien-sûr 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, 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.

Le salarié convoqué ne dispose pas du délai de cinq jours ouvrables devant séparer la date de réception de la lettre de convocation et la date de l'entretien préalable (cf. pages 24 et 56).

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 accusé de réception.

Dans le cas où l'employeur n'obtempère pas, accompagner le salarié à l'entretien à la date fixée et rappeler à l'employeur que la procédure est entachée d'une irrégularité formelle qui serait sanctionnée par le juge s'il était saisi. 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.

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 bien-sûr si l'entreprise est dotée d'institutions représentatives du personnel) et qu'il s'expose à des poursuites pénales (cf. page 36).

En outre, la procédure de licenciement qui sera déclarée irrégulière par le juge, entraînera sa condamnation à verser des dommages intérêts au salarié (cf. page 19).

Ne pas omettre de rappeler distinctement ses nom et qualité et de présenter



l'attestation officielle délivrée par le DDTEFP qui justifie de cette qualité de conseiller du 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 ou d'une éventuelle unité économique et sociale, se retirer avec calme et aviser sans délai la DDTEFP, -Section Centrale du Travail - à l'un des numéros d'appel téléphonique suivants :

Seine-Maritime :

02.32.18.98.41

02.32.18.98.42

02.32.18.98.43

Eure :

02.32.24.89.12

Ce service informera l'agent de contrôle territorialement compétent à qui il appartiendra de réserver les suites qui conviennent.

A cet égard, il y a lieu de signaler que l'inspecteur ou le contrôleur du travail, lorsqu'il est saisi de tels incidents, se heurte fréquemment à l'impossibilité de caractériser l'élément matériel de l'infraction.

En effet, l'agent de contrôle ne peut relever par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve du contraire, que les faits matériels qu'il a personnellement vus, entendus ou constatés.

Ce dernier n'étant pas présent au moment des faits, il ne peut donc les consigner dans un procès-verbal, sauf à détenir des preuves de nature à matérialiser l'infraction.

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 (cf. page 53).

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 représenté lors de l'entretien préalable.

Demander au représentant de l'employeur en quelle qualité il conduira l'entretien, notamment qu'il confirme posséder une délégation de pouvoir pour prononcer le licenciement (cf. page 53).

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, à l'employeur par lettre recommandée avec A.R.

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

Rappeler aux parties que la transaction ne constitue pas un mode de cessation 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, c'est-à-dire après la réception par le salarié de la lettre recommandée avec accusé de réception l'informant des motifs de son licenciement. La transaction vise en effet, dans cette situation, à régler un différend né de la rupture, ce qui suppose bien-sûr que celle-ci soit effective (en dernier lieu, Cass. soc 14 juin 2006).

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



Avis important

Le conseiller du salarié ne contribue pas à la police des conditions de travail

La mission du conseiller du salarié consiste à assurer la défense d'intérêts privés, à savoir ceux du salarié qu'il assiste dans le cadre exclusif de l'entretien préalable au licenciement. Il n'est pas, par conséquent, chargé de participer au contrôle de l'application de la législation et de la réglementation du travail dans les entreprises.

Pour cette raison et de sorte à instaurer un rapport entre les parties qui soit propice à un vrai dialogue et non pas générateur de méfiance, le rôle confié par la loi au conseiller du salarié n'appelle pas celui-ci à révéler aux services d'inspection du travail les irrégularités qu'il a pu détecter dans l'entreprise ou qui ont été portées à sa connaissance dans le cadre de l'exercice de sa mission.

La dénonciation n'est pas au nombre des devoirs juridiques qui pèsent sur le conseiller du salarié, sauf, comme pour tout citoyen, en ce qui concerne les faits visés par les articles 434-1 et suivants du nouveau Code pénal (crimes, privations, mauvais traitements et atteintes sexuelles) dont la non-dénonciation est constitutive d'une entrave à la saisine de la Justice.

- à noter, par ailleurs, que les dispositions de l'article 40, 2ème alinéa, du Code de procédure pénale, relatives à l'information du Procureur de la République ne lient que les autorités constituées, les officiers publics ainsi que les fonctionnaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions, acquièrent la connaissance d'un crime ou d'un délit.



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.

Le conseiller du salarié peut consulter, dans des conditions aisées, les conventions collectives de travail détenues à la DDTEFP.

Le conseiller du salarié peut accéder, de façon privilégiée, à la collection de conventions collectives détenue au sein de la DDTEFP et consulter sur place l'exemplaire de la convention désirée. ■

