

A 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 2 à 9 salariés sur une période de 30 jours pour motif économique,
- ◆◆ tout licenciement collectif de 10 salariés et plus sur une période de 30 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.

En raison de sa finalité et des règles procédurales qui s'y attachent, il n'existe aucune alternative à l'entre-

tien 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.

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⁽¹⁾ et, le cas échéant, du délai maximum⁽²⁾ 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 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⁽¹⁾, l'employeur soit maintiendra son intention de procéder au licenciement, soit renoncera à celui-ci et infligera, éventuellement, une sanction disciplinaire plus légère.

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.

1) La lettre recommandée avec A.R. notifiant le licenciement pour motif personnel (disciplinaire ou non) ne peut être expédiée moins d'un jour franc après la date de l'entretien auquel le salarié a été convoqué.

(2) 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).

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, le bénéfice pendant le préavis des mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement qui favoriseront son reclassement (article 120 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale).

Il s'agit des prestations **du plan d'aide au retour à l'emploi (PARE)**, définies dans le **projet d'action personnalisé (PAP)**

auxquelles le salarié licencié pourra donc avoir accès au cours du préavis.

Le bénéfice de ce dispositif, appelé aussi pré-PARE ou PARE anticipé ou encore PAP anticipé, est ouvert aux salariés qui remplissent les conditions suivantes :

- > être salarié d'une entreprise occupant moins de mille salariés ou d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire quel que soit son effectif,
- > être titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée qui se trouve rompu pour un motif économique,
- > justifier d'au moins 122 jours d'affiliation au régime d'assurance-chômage ou de 606 heures de travail au cours des 18 mois précédant la date prévue de fin du contrat de travail,
- > être physiquement apte à l'exercice d'un emploi.

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 un document d'information établi par l'UNEDIC.

La proposition de bénéficier du PARE anticipé devra, quant à elle, figurer dans la lettre de licenciement.

• *le défaut de proposition expose l'employeur à devoir verser à l'ASSEDIC une contribution égale à la valeur du salaire mensuel 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 pendant le préavis des mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement en vue de reclassement (PARE anticipé).* ■

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*).

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*).

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**.

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

Dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, 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 que le salarié souhaite ou non se faire assister ou qu'il ait trouvé un assistant dans un délai plus court.

- 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). 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 5^{ème} jour ouvrable, il ne pourra pas se tenir avant le **vendredi 17 août** (cinq jours ouvrables séparent donc la convocation de l'entretien).

Décompte du délai minimum séparant la convocation de l'entretien préalable au licenciement

cas d'un salarié bénéficiant d'un repos hebdomadaire de 2 jours consécutifs donné le samedi et le dimanche

	1er jour possible pour l'entretien préalable (en l'absence de jour férié chômé)															
	6ème jour ouvrable à compter du lendemain de la date de réception de la lettre de convocation															
jour de réception de la lettre de convocation ou jour de 1ère présentation de cette lettre par la poste	lundi	mardi	mercredi	jeudi	vendredi	samedi	dimanche	lundi	mardi	mercredi	jeudi	vendredi	samedi	dimanche	lundi	
lundi							jour non ouvrable		γ						jour non ouvrable	
mardi									γ							
mercredi										γ						
jeudi											γ					
vendredi												γ				
samedi																
															γ	

Le non-respect de ce délai minimal constitue une irrégularité de procédure, qui ne peut être couverte par le fait que le salarié était assisté lors de l'entretien préalable (Cass. soc. 7 octobre 1998), et qui est sanctionnée 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.

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 2ème mois qui porte le même quantième. A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du 2ème 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.*

A 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.

Selon la doctrine administrative, l'entretien préalable doit normalement avoir lieu pendant les heures de travail et ne pas entraîner de réduction de la rémunération pour l'intéressé.

La Cour de cassation, dans une situation particulière, celle d'un salarié ne travaillant qu'un jour par semaine, a estimé que le salarié n'avait pu être valablement convoqué un autre jour de la semaine que celui où il travaillait (cass. soc. 9 avril 1992).

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.

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).

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'humeurs 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 16 et 35).

Inviter le salarié à demander s'il le souhaite, immédiatement et par tout moyen, à son employeur qu'il se conforme aux exigences de la loi en reportant l'entretien à une date régulière. Cette demande peut, au besoin, être confirmée par lettre recommandée avec A.R.

Dans le cas où l'employeur 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 22).

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 12).

Ne pas omettre de rappeler distinctement ses nom et qualité et de présenter l'attestation officielle délivrée par le D.D.T.E.F.P. 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, se retirer avec calme et aviser sans délai l'inspecteur ou le contrôleur du travail territorialement compétent aux fins qu'il intervienne dans les meilleurs délais possibles auprès du

responsable de cette entrave.

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

Après avoir recueilli l'identité et la qualité des participants, rappeler à l'employeur ou à son représentant que cette situation est contraire aux règles dégagées par la jurisprudence en ce qui concerne les participants à l'entretien préalable au licenciement et constitue, de ce fait, un vice de procédure civilement sanctionné (cf. page 33).

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.

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, faute de quoi cette transaction serait frappée de nullité (cass. soc. 12 novembre 1997 et 28 mai 2002). 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.

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

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 D.D.T.E.F.P. ■

Cadre juridique de l'entretien préalable au licenciement

Article L.122-14 du Code du travail L'employeur, ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge en lui indiquant l'objet de la convocation. **En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable 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.** Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié.

Lors de cette audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister par un conseiller de son choix inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département après consultation des organisations représentatives visées à l'article L.136-1 dans des conditions fixées par décret. Cette liste comporte notamment le nom, l'adresse, la profession ainsi que l'appartenance syndicale éventuelle des conseillers. Elle ne peut comporter de conseillers prud'hommes en activité. Mention doit être faite de cette faculté dans la lettre de convocation prévue au premier alinéa du présent article, qui, en outre, précise l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés. Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables en cas de licenciement pour motif économique de dix salariés et plus dans une même période de trente jours lorsqu'il existe un comité d'entreprise ou des

délégués du personnel dans l'entreprise.

Article R.122-2-1 La lettre prévue à l'article L.122-14 indique l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur. Elle précise, en outre, la date, l'heure, et le lieu de cet entretien et **rappelle que le salarié peut se faire assister pour cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par une personne de son choix inscrite sur la liste dressée par le préfet conformément à l'article L.122-14.**

Article R.122-3-1 Dans le cas où les délais prévus tant par le livre Ier, titre II, chapitre II, section II du Code du travail (partie législative) que par l'article R.122-3 expirent normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Article D.122-1 Le salarié qui souhaite se faire assister lors de l'entretien préalable à son licenciement dans les conditions fixées à la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L.122-14 **doit communiquer à la personne qu'il aura choisie sur la liste établie pour le département la date, l'heure et le lieu de l'entretien.**

La personne sollicitée confirme sa venue au salarié ou lui fait connaître immédiatement et par tous moyens qu'elle ne peut se rendre à l'entretien.

Le salarié informe l'employeur de sa démarche.

Article D.122-2 **La personne qui intervient dans les conditions fixées à la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L.122-14 assiste et conseille le salarié. Elle exerce ces fonctions à titre gratuit. ■**

Sanctions civiles et pénales

Article L.122-14-4 Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (...).

Article L.122-14-5 A l'exception des dispositions du deuxième alinéa de l'article L.122-14 relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions de l'article L.122-14-4 ne sont pas applicables aux licenciements des salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs

qui occupent habituellement moins de onze salariés. (...)

Article L.152-1 Quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié, notamment par la méconnaissance des articles L.122-14-14, L.122-14-15, L.122-14-16 et L.122-14-17 ainsi que des textes réglementaires pris pour leur application, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3.750 € ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, l'emprisonnement pourra être porté à deux ans et l'amende à 7.500 €. ■