

Le bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie

Juin 2012

N° 3

Sommaire

. L'édito	1
. Une course contre la montre	2 à 5
. Quelques arrêts récents ... intéressants	6
. Une compétence territoriale qui s'étend et se limite au département	7 à 8
. Dites nous ...	9
. Comme pour un licenciement ... mais sans le conseiller du salarié	11
. Conseiller du salarié, syndiqué ou non	12 à 13
. Rupture conventionnelle ... un nouveau formulaire	14
. Testez vos connaissances	15
. Une protection qui débute au moment de la désignation	16 à 18
. Questions prioritaires de constitutionnalité	19 à 21
. Le conseiller du salarié un conciliateur	22 à 26
. Bientôt, un dépliant d'information sur le conseiller du salarié	26
. L'entretien préalable, avec ou sans micro	27 à 29
. Vos papiers, s'il vous plaît	30 à 31
. Des frais de déplacement encadrés	31 à 32

Édito

Actualité, densité, proximité, voilà en quelques mots le résumé de ma pensée en parcourant, quelque temps après ma nomination au poste de DIRECCTE de Haute-Normandie, le 27 mars dernier, le Bulletin des conseillers du salarié. Ma carrière au sein du ministère du travail, commencée en 1978 comme contrôleur du travail au Havre, m'autorise un constat : celui de la complexité grandissante des relations individuelles du travail, laquelle complexité se nourrit de trois phénomènes interdépendants que sont la profusion des textes législatifs et réglementaires, la «judiciarisation» de la société et en conséquence l'abondance de la jurisprudence.



La difficulté de votre mission, qui vous amène à pallier les inconvénients qu'entraîne l'absence de représentants du personnel pour le salarié convoqué à un entretien préalable au licenciement ou qui s'engage dans une rupture conventionnelle de son contrat de travail, en révèle nécessairement toute l'utilité.

C'est la raison pour laquelle, j'entends bien poursuivre, notamment par le biais de ce 3ème numéro du Bulletin des conseillers

du salarié, l'appui que vous êtes en droit d'attendre de mes services tant au niveau régional que départemental. Cet appui, j'en suis convaincu, viendra utilement compléter celui que vous recevez de la part de vos organisations syndicales respectives dont je salue le travail à cette occasion.

Je terminerai en vous informant de la diffusion prochaine d'un dépliant d'information destiné à mieux faire connaître votre mission auprès des salariés et organisations professionnelles notamment.

A toutes et à tous, je souhaite une bonne lecture de ce bulletin.

Serge LEROY

DIRECCTE de Haute-Normandie



Une course contre la montre

Le délai qui doit séparer la présentation de la lettre de convocation, ou sa remise en main propre, et l'entretien préalable à un éventuel licenciement ne peut, en aucun cas, être inférieur à cinq jours ouvrables (1).

Ce délai minimum de cinq jours ouvrables, qui est d'ordre public et auquel, par conséquent, le salarié ne peut valablement renoncer (2), a pour objet de lui permettre de préparer sa défense et d'obtenir, s'il le souhaite et à condition d'être employé dans une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel, l'assistance d'un conseiller du salarié lors de l'entretien.

Le non-respect de ce délai constitue une irrégularité de procédure, peu importe que le salarié ait pu être assisté lors de l'entretien préalable (3).

Le salarié qui désire être assisté par un conseiller du salarié dispose donc d'au moins cinq jours pleins (4) [non compris le dimanche ou un éventuel jour férié chômé] pour trouver un conseiller disponible parmi ceux qui figurent sur la liste départementale concernée.

Si ce délai peut apparaître suffisant à première vue, il se révèle assez court dans bien des cas.

En effet, outre le temps de réaction et/ou de réflexion du salarié pour se décider à recourir aux services d'un conseiller du salarié, s'ajoutent le temps nécessaire pour prendre connaissance de la liste des conseillers désignés pour le département et surtout le temps pour se mettre en relation avec un conseiller choisi qui sera en mesure de l'assister à la date à laquelle doit se tenir l'entretien préalable. Dans ce même délai de cinq jours ouvrables, le salarié et le conseiller doivent aussi, si possible, trouver le temps pour une rencontre préparatoire afin d'organiser dans les meilleures conditions possibles la défense des intérêts du salarié.

Se procurer la liste des conseillers du salarié

Attardons-nous tout d'abord sur l'accès à la liste départementale des

conseillers du salarié. Si la lettre de convocation à l'entretien préalable doit obligatoirement mentionner

l'adresse de la section d'inspection du travail et de la mairie où cette liste peut être consultée (5), pour autant, la communication d'une liste départementale mise à jour peut se révéler difficile, principalement en mairie, où conformément aux dispositions de l'article D.1232-5 du Code du

travail elle doit être tenue à la disposition du public.

L'obtention de cette liste en mairie se fait ordinairement sur place et nécessite donc un déplacement aux heures d'ouverture des services. Il en est d'ailleurs de même pour ce qui concerne la communication de la liste par les services d'inspection du travail. De plus, la liste départementale subit périodiquement des modifications en raison de radiations, de démissions ou de changement divers [n° tél., adresse...] qui interviennent au fil du temps. Elle peut également se trouver complétée en cours de mandat. Aussi, il

Le salarié qui désire être assisté par un conseiller du salarié dispose donc d'au moins cinq jours pleins pour trouver un conseiller disponible parmi ceux qui figurent sur la liste départementale concernée.

(1) 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 dans l'entreprise, et des jours fériés légaux chômés.

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

Le jour de la remise de la lettre de convocation ne compte pas dans le délai. 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.

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.1231-1 du Code du travail)

(2) Cass. soc., 28 juin 2005, pourvoi n°02-47128

(3) Cass. soc., 6 octobre 2010, pourvoi n°08-45141 ; 9 juin 1999, pourvoi n°97-41349 ; 5 janvier 1999, pourvoi n°96-43624 ; 7 octobre 1998, pourvoi n°96-43276

(4) Cass. soc., 20 février 2008, pourvoi n°06-40949 ; 20 décembre 2006, pourvoi n°04-47853

(5) Articles L.1232-4 et D.1232-5 du Code du travail. L'omission d'une de ces adresses constitue une irrégularité de procédure (Cass. soc., 9 novembre 2010, pourvoi n°09-41578) ; peu importe que le salarié ait pu se faire assister par un conseiller lors de l'entretien préalable (Cass. soc., 21 janvier 2009, pourvoi n°07-42985).



existe un risque que la liste communiquée par les mairies ne soit pas actualisée, contrairement à celle diffusée par les services de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de Haute-Normandie [Direccte].

Ces inconvénients conduisent à ce que le salarié convoqué ne puisse disposer instantanément de la liste des conseillers du salarié et, qui plus est, d'une liste assurément à jour. Le temps que le salarié mettra à se procurer la liste départementale dont il a besoin retardera d'autant le moment où il pourra prendre contact avec le premier conseiller de son choix et, si ce dernier n'est pas joignable ou disponible, le conseiller suivant et ce jusqu'à celui qui pourra effectivement l'assister. De même, la communication d'une liste comportant des inexactitudes est susceptible d'occasionner des difficultés pour joindre un conseiller en particulier et, par voie de conséquence, conduira à une perte de temps non négligeable dans la recherche d'un conseiller disponible ; tout comme la diffusion d'une liste incomplète prive le salarié de la possibilité de s'adresser aux conseillers qui n'y sont pas inscrits et, de ce fait, restreint son choix et réduit ses chances d'obtenir l'assistance attendue.

Reste que l'accès à la dernière liste en date se trouvera maintenant largement facilitée, grâce à sa mise en ligne depuis le mois de décembre 2011 sur le nouveau site Internet de la Direccte de Haute-Normandie **www.haute-normandie.direccte.gouv.fr**. Cette publication devrait résoudre, pour bon nombre de salariés, les difficultés évoquées plus haut.

Joindre le conseiller choisi ... ou bien un autre

Une fois cette première étape franchie, le salarié doit, sans plus

attendre, entrer en contact avec le conseiller du salarié qu'il aura librement choisi selon un ou plusieurs critères [appartenance ou non-appartenance syndicale, profession, zone géographique...] ou bien encore sur la recommandation d'une personne de confiance.

Une nouvelle difficulté peut alors être rencontrée par le salarié : celle de parvenir à joindre par téléphone sur-le-champ ou rapidement le conseiller choisi.

Sur ce point, la réglementation exige que le conseiller du salarié qui a été sollicité pour intervenir lors d'un entretien préalable confirme sa venue et, en cas d'indisponibilité, en informe immédiatement et par tous moyens le salarié concerné (6). En effet, en raison du délai assez court dont dispose le salarié pour trouver un conseiller qui pourra l'assister - de 6 à 7 jours calendaires en général (voir tableaux ci-après) -, il serait préjudiciable au salarié qu'il demeure longuement dans l'incertitude de la disponibilité du conseiller contacté.

Le salarié doit donc être avisé le plus tôt possible par le conseiller, puisqu'en cas d'impossibilité pour ce dernier de répondre favorablement à la sollicitation, le salarié devra faire appel à un autre conseiller de son choix.

On voit de la sorte que l'impossibilité de joindre un conseiller après plusieurs tentatives, tout comme l'attente d'un appel de sa part après qu'un message lui ait été laissé sur un répondeur téléphonique ou une messagerie vocale, a pour effet de diminuer, au fil des jours et des heures qui passent, les chances pour le salarié de parvenir à trouver un conseiller qui sera disponible pour assurer l'assistance souhaitée à une date qui peut ainsi devenir extrêmement proche. Pour

le salarié convoqué, c'est donc une réelle course contre la montre qui s'engage lorsqu'il n'arrive pas à entrer en contact avec un conseiller du salarié ou que les conseillers qu'il peut joindre ne peuvent l'assister. C'est ainsi que la saisine tardive d'un conseiller qui, lui, sera libre pour participer à l'entretien préalable peut aussi avoir pour conséquence fâcheuse de s'opposer à ce qu'un entretien préparatoire puisse avoir lieu, en tout cas suffisamment à l'avance et dans des conditions satisfaisantes pour permettre un examen sérieux de la situation du salarié. Soulignons, à cette occasion, qu'il semble indiscutable, pour la bonne préparation d'un entretien préalable, qu'une rencontre doive toujours être préférée à un entretien téléphonique, sauf empêchement particulier (*se reporter à l'article sur le pré-entretien, numéro 1- avril 2011 - Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie, pages 6 et s.*).

Faute d'assistance, demander le report de l'entretien ?

Si, après maintes tentatives, le salarié n'a pu trouver de conseiller disponible pour l'assister, celui-ci sera confronté à l'alternative suivante : soit, par défaut, il devra solliciter et obtenir l'assistance d'un de ses collègues de travail, soit il devra assurer seul sa défense lors de l'entretien préalable.

On sait que le salarié n'est pas légalement tenu de se rendre à l'entretien auquel il est convoqué. En effet, l'entretien préalable au licenciement constitue une garantie instituée en faveur du salarié. Aussi, si l'employeur est obligé de convoquer le salarié à cet

entretien, le salarié, par contre, n'est pas quant à lui obligé de défé-

La réglementation exige que le conseiller du salarié qui a été sollicité pour intervenir lors d'un entretien préalable confirme sa venue et, en cas d'indisponibilité, en informe immédiatement et par tous moyens le salarié concerné

(6) Article R.1232-3 du Code du travail



rer à la convocation qui lui est faite : il peut librement renoncer à participer à l'entretien et, par conséquent, ne pas s'y déplacer. Le refus du salarié de se rendre à l'entretien préalable auquel il a été dûment convoqué ne constitue pas une faute ; son absence, tout comme son refus de prendre connaissance de la convocation à l'entretien, ne peut lui être reprochée par l'employeur, puisque précisément cette formalité substantielle de la procédure n'a été prévue que dans le seul intérêt du salarié (7).

Pour autant, le salarié qui ne répond pas à la convocation, quelles qu'en soient les raisons, notamment du fait de l'absence d'assistant à ses côtés, perd ainsi l'occasion de se défendre, c'est-à-dire d'apporter des explications et des éclaircissements à l'employeur au regard des motifs que ce dernier invoque à l'appui de son projet de licenciement et, donc, d'espérer que celui-ci, mieux éclairé, revienne sur son intention. Rappelons que l'entretien préalable doit être perçu, non pas comme une simple formalité procédurale de moindre importance, mais comme un droit fondamental - celui de défendre son emploi menacé - qui s'inscrit dans le cadre, plus général, du droit de la défense.

Soulignons, par ailleurs, que l'absence du salarié, régulièrement convoqué, à l'entretien préalable, y

compris s'il n'a pas retiré la lettre recommandée de convocation, 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 des délais prévus par la loi

en matière d'expédition de la lettre de licenciement (8). C'est ainsi que la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois à partir de la date de l'entretien préalable alors même que le salarié ne s'est pas présenté à cet entretien, à défaut le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (9). En revanche, cette absence du salarié à l'entretien ne peut être interprétée comme la reconnaissance implicite de sa part de la réalité des faits invoqués à son encontre (10), ni ne dispense l'employeur de vérifier la réalité de ces mêmes faits avant de prendre sa décision définitive (11).

Si l'empêchement ou l'indisponibilité de la personne qui assiste le salarié n'a pas pour effet de différer la date ou l'heure de l'entretien préalable (12), il est toujours loisible au salarié de solliciter auprès de son employeur le report de l'entretien à une date ulté-

rieure, afin de pouvoir être assisté par un conseiller du salarié. Évidemment, rien n'oblige l'employeur à accepter de reporter l'entretien lorsque le salarié a effectivement

disposé d'au moins cinq jours ouvrables pour préparer sa défense et

rechercher, selon son choix, un conseiller du salarié ou un membre du personnel pour l'assister pendant l'entretien. Le fait que le salarié ne puisse finalement être assisté au cours de l'entretien, pour une raison totalement extérieure à l'employeur, n'a pas pour conséquence de contraindre ce dernier à différer l'entretien préalable, lequel peut valablement se tenir à la date prévue sans que cela porte atteinte aux droits de la défense (13). Rappelons qu'en cas de report, à la demande du salarié, de l'entretien préalable au licenciement, le délai minimum de cinq jours ouvrables court à compter de la présentation ou de la remise en main propre de la lettre initiale de convocation. Ainsi, l'employeur qui a respecté ce délai légal lors de la première convocation, n'a pas à observer ce même délai entre la seconde convocation et la nouvelle date de l'entretien (14). ■

L'empêchement ou l'indisponibilité de la personne qui assiste le salarié n'a pas pour effet de différer la date ou l'heure de l'entretien préalable

Être conseiller du salarié, un véritable engagement

Bien qu'il s'agisse d'une activité bénévole (*), la mission de conseiller du salarié constitue un véritable engagement moral envers l'État de la part de la personne à qui est confiée ce mandat. Le conseiller du salarié s'engage ainsi à accomplir sa mission avec conscience et à exercer ses fonctions avec la meilleure efficacité possible.

Cette mission d'intérêt général comporte donc des devoirs. Ainsi, outre le devoir d'avertir immédiatement le salarié de sa disponibilité, comme nous l'avons vu précédemment, le conseiller du salarié a également le devoir de répondre favorablement, dans toute la mesure du possible, à tout salarié qui sollicite son assistance ; et ce a fortiori si le lieu de l'entretien préalable est situé dans la zone géographique de déplacement qui a été privilégiée par le conseiller du salarié en considération de sa disponibilité et de ses moyens de locomotion.

Bien évidemment, le conseiller du salarié n'a aucune obligation d'être disponible en toute circonstance, de sorte que la mission dont il est investi doit se concilier avec sa vie professionnelle, personnelle ou familiale. Si le conseiller du salarié n'est donc pas tenu d'accéder à toutes les demandes d'assistance qui peuvent lui parvenir, il doit, en revanche, exercer effectivement sa mission chaque fois qu'il en a l'occasion et la possibilité. Aussi, le refus systématique d'exercer ses fonctions est de nature, sauf circonstances particulières affectant temporairement la disponibilité ou la mobilité du conseiller, à conduire à la radiation de la liste des conseillers du salarié. ...

(7) Cass. soc., 18 février 2004, pourvoi n°01-46124 ; 28 novembre 2001, pourvoi n° 99-46031 ; 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-41308 ; 9 juillet 1992, pourvoi n°91-41880 ; 15 mai 1991, pourvoi n°89-44670

(8) Cass. soc., 9 mai 1989, pourvoi n°88-40490 ; 14 mars 1985, pourvoi n°83-40898

(9) Cass. soc., 14 septembre 2004, pourvoi n° 03-43796

(10) Cass. soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-43311

(11) Cass. soc., 18 décembre 1984, pourvoi n° 82-41053

(12) Circulaire DRT n° 91-16 du 5 septembre 1991, point 2.1.2

(13) Cass. soc., 24 juin 2009, pourvoi n°08-41681

(14) Cass. soc., 24 novembre 2010, pourvoi n°09-66616



... Le bon fonctionnement, au plan départemental, du dispositif des conseillers du salarié suppose bien sûr que ceux-ci soient suffisamment nombreux pour offrir véritablement la possibilité à tous les salariés des entreprises dépourvues de représentants du personnel d'obtenir, s'il y a lieu, l'assistance d'un conseiller extérieur. Mais, au-delà de l'effectif inscrit sur la liste départementale, seul un investissement réel de la part de chacun des conseillers dans la mission qu'il doit assumer peut permettre de rendre effective cette faculté ouverte aux salariés menacés de licenciement dans les entreprises où n'existent pas d'institutions représentatives du personnel.

C'est pourquoi, en procédant à la désignation du conseiller du salarié, l'État prend acte de l'engagement personnel du candidat à cette fonction de se mettre suffisamment à disposition des salariés qui souhaiteront recourir à son assistance dans le cadre de l'entretien préalable au licenciement. Ce devoir doit également le conduire, sauf empêchement majeur, à assumer complètement et jusqu'à terme les engagements pris envers un salarié, c'est-à-dire lui apporter toute l'assistance et tous les conseils nécessaires, dans les limites du rôle confié au conseiller du salarié par la loi. Rappelons ici simplement que, par exemple, le retard du conseiller du salarié à l'entretien préalable ne contraint pas l'employeur à reporter le début de cet entretien jusqu'à son arrivée. Le fait que l'entretien ait débuté à l'heure convenue ne rend pas la procédure irrégulière ; peu importe que le conseiller sollicité par le salarié arrive tardivement voire ne soit pas au rendez-vous [Cour de cassation, chambre sociale, 26 janvier 2010 (pourvoi n° 08-40333)].

(*) Les conseillers du salarié qui sont employés dans un établissement qui occupe au moins 11 salariés, disposent d'un droit d'absence de 15 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'État. Les fonctions de conseiller du salarié sont ainsi rémunérées par l'État, dans la limite de quinze heures par mois, si le conseiller est lui-même salarié dans un établissement employant plus de dix salariés.

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

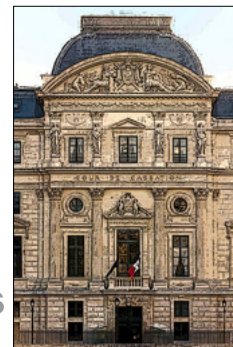
1 Cas d'un salarié bénéficiant d'un repos hebdomadaire de 2 jours consécutifs, donné le samedi et le dimanche

Jour de réception ou de remise de la lettre de convention ou jour de 1ère présentation de cette lettre par la Poste	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 ou de remise de la lettre de convocation														
	Lundi	Mardi	Mercredi	Jeudi	Vendredi	Samedi	Dimanche	Lundi	Mardi	Mercredi	Jeudi	Vendredi	Samedi	Dimanche	Lundi
Lundi		1	2	3	4			5	■						
Mardi			1	2	3	4		5	■						
Mercredi				1	2	3		4	5	■					
Jeudi					1	2		3	4	5	■				
Vendredi						1		2	3	4	5				
Samedi								1	2	3	4	5	Repos	Repos	■(1)

2 Cas d'un salarié bénéficiant d'un repos hebdomadaire de 2 jours non consécutifs, donné le dimanche et le mardi

Jour de réception ou de remise de la lettre de convention ou jour de 1ère présentation de cette lettre par la Poste	1er jour possible pour l'entretien préalable (en présence d'un jour férié chômé) ■ 6ème jour ouvrable à compter du lendemain de la date de réception ou de remise de la lettre de convocation																
	Lundi	Mardi	Mercredi	Jeudi	Vendredi	Samedi	Dimanche	Lundi de Pâques	Mardi	Mercredi	Jeudi	Vendredi	Samedi	Dimanche	Lundi	Mardi	Mercredi
Lundi		1	2	3	4				5	■							
Mardi			1	2	3	4			5	■							
Mercredi				1	2	3			4	5	■						
Jeudi					1	2			3	4	5	■					
Vendredi						1			2	3	4	5	■				
Samedi									1	2	3	4			5	Repos	■(1)

(1) L'entretien préalable se déroule, en principe, pendant le temps de travail. Cependant, légalement, l'entretien peut avoir lieu en dehors des horaires de travail du salarié, y compris donc un jour habituel de repos, sans que cela constitue une irrégularité de procédure (Cass. soc., 20 avril 2005, pourvoi n°03-40556 ; 7 avril 2004, pourvoi n°02-40359). Néanmoins, dans un tel cas, le salarié peut prétendre non seulement à la réparation du préjudice subi de ce fait mais aussi au paiement comme temps de travail du temps passé à l'entretien (Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi n°07-42551)



Quelques arrêts récents ... intéressants

Protection du travailleur temporaire qui détient un mandat de conseiller du salarié

La recodification du Code du travail ayant été réalisée à droit constant, le travailleur temporaire qui détient un mandat de conseiller du salarié continue à bénéficier d'un statut protecteur et ce, bien que le mandat de conseiller du salarié ne figure pas dans l'énumération fixée par l'article L.2413-1 de ce nouveau code ; comme antérieurement au 1er mai 2008, il reste donc protégé non seulement en cas d'interruption ou de notification du non renouvellement de sa mission mais aussi lorsque l'entreprise de travail temporaire décide de ne plus lui confier de mission Cour de cassation, chambre sociale 13 février 2012 (pourvoi n°11-21946).

La Cour de cassation avait eu à se prononcer en 2010 sur le maintien de la protection dont bénéficie l'ancien conseiller du salarié, à l'instar du délégué syndical, pendant une période de 12 mois après la cessation de ses fonctions, à condition toutefois que celles-ci aient été exercées pendant un an au moins. Les travaux de recodification avaient entraîné, par inadvertance, la disparition des dispositions contenues dans l'ancien article L.122-14-16, propres au conseiller du salarié, qui opéraient un renvoi aux dispositions protectrices applicables aux délégués syndicaux. La Haute Juridiction avait alors précisé que dans la mesure où la recodification est intervenue à droit constant, il en résulte que s'appliquent au conseiller du salarié les dispositions

de l'article L.2411-3 du nouveau Code du travail relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical Cour de cassation, chambre sociale 27 janvier 2010 (pourvoi n°08-44376).

Mention obligatoire de l'adresse de la mairie dans la lettre de convocation à l'entretien préalable

L'omission, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, de l'adresse de la mairie où la liste départementale des conseillers du salarié peut être consultée, constitue une irrégularité de procédure qui entraîne pour le salarié un préjudice que l'employeur doit réparer Cour de cassation, chambre sociale 21 mars 2012 (pourvoi n°11-10944). Il s'agit d'une confirmation de la jurisprudence : Cour de cassation, chambre sociale 9 novembre 2010 (pourvoi n°09-41578) ; 21 janvier 2009 (pourvoi n°07-42985).

Confidentialité des communications téléphoniques de tout salarié protégé

Selon la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise doivent pouvoir disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs

communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants Cour de cassation, chambre sociale 6 avril 2004 (pourvoi n°02-40498).

Par un récent arrêt, la Haute juridiction étend cette jurisprudence aux "salariés protégés" pris dans leur globalité, ce qui inclut aussi les salariés dont le statut protecteur provient d'une fonction exercée en dehors de l'entreprise, au nombre desquels se trouvent les conseillers du salarié. La Cour de Cassation reconnaît ainsi le droit, pour tout salarié protégé quel qu'il soit, de bénéficier d'une ligne téléphonique, insusceptible d'une quelconque surveillance par l'employeur Cour de cassation, chambre sociale 4 avril 2012 (pourvoi n°10-20845).

Il peut être rappelé que la Commission nationale de l'informatique et des libertés [CNIL] préconisait déjà cette solution en prévoyant dans sa délibération n° 2005-019 du 3 février 2005 (article 7), que : «*Des mesures particulières doivent être prises afin que les conditions de mise en œuvre et d'utilisation des services de téléphonie n'entravent pas l'exercice des droits reconnus par la loi en matière de droits et libertés des représentants des personnels et des employés protégés. A cet effet, ils doivent pouvoir disposer d'une ligne téléphonique excluant toute possibilité d'interception de leurs communications ou d'identification de leurs correspondants*». ■



Une compétence territoriale qui s'étend et se limite au département

En 1989, le législateur a, par la loi n°89-549 *relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, instauré le droit pour les salariés employés dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel de se faire assister, lors de l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement, par une personne extérieure à l'entreprise mandatée à cet effet par l'autorité administrative.

Un conseiller ne peut à bon droit exercer sa mission d'assistance au-delà des frontières du département auquel il est rattaché, y compris donc dans un département limitrophe

La nomination de ces personnes, que la loi n°91-72 du 18 janvier 1991 désignera sous le nom de «conseiller du salarié» dans le même temps où elle leur confèrera un statut juridique et protecteur, est confiée au représentant de l'État dans le département, c'est-à-dire au préfet.

La procédure d'élaboration de cette liste des conseillers du salarié, prévue par le décret n°89-861 du 27 novembre 1989, associe le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi [Direccte] - qui a succédé en 2009 au directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle -, à qui il revient, après consultation des organisations syndicales de salariés et d'employeurs les plus représentatives sur le plan national,

de proposer un projet de liste nominative à l'autorité préfectorale. La liste des conseillers du salarié présente ainsi par nature un caractère départemental et sa validité est dès lors limitée au seul département concerné.

Le conseiller du salarié, désigné en tant que tel par le préfet de département sur proposition du Direccte [précisément, du responsable d'unité territoriale de la Direccte, par délégation], se voit attribuer une compétence territoriale qui s'étend à l'ensemble du territoire du département dans et pour lequel il est nommé.

De cette compétence départementale découle le fait qu'un conseiller du salarié ne peut intervenir qu'en faveur d'un salarié qui est convoqué à un entretien préalable devant se tenir en un lieu situé à l'intérieur du département.

Dès lors, un conseiller ne peut à bon droit exercer sa mission d'assistance au-delà des frontières du département auquel il est rattaché, y compris donc dans un département limitrophe.

En raison de cela, un salarié qui serait convoqué à un entretien préalable se déroulant dans un

autre département que celui où il travaille habituellement, devra nécessairement faire appel, s'il souhaite être assisté par un conseiller du salarié, à un conseiller inscrit sur la liste établie pour le département où il doit se rendre.

A cet égard, la lettre de convocation à l'entretien préalable doit obligatoirement mentionner l'adresse de la section d'inspection du travail et de la mairie où la liste des conseillers territorialement compétents est tenue à la disposition des salariés (1). Il s'agit donc, pour l'employeur, d'y faire figurer les adresses respectives du service d'inspection du travail et de la mairie où le salarié peut consulter la liste se rapportant au département concerné. Devront donc être indiquées d'une part, l'adresse de la section d'inspection du travail dans le ressort de laquelle est situé l'établissement où est convoqué le salarié et, d'autre part, l'adresse de la mairie de la commune considérée - ou éventuellement, si le salarié réside dans le même département, celle de la mairie de la commune où il est domicilié -. Ainsi, lorsque le salarié est convoqué dans un département différent de celui où se trouve son lieu habituel de travail, la mention portée sur la lettre de convocation doit permettre au salarié de s'adresser à la mairie ou à la section d'inspection du travail qui détient la liste départementale appropriée (2).

(1) Articles L.1232-4 et D.1232-5 du Code du travail. L'absence, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, de l'une ou l'autre des adresses où la liste départementale des conseillers du salarié peut être consultée, constitue une irrégularité de procédure et entraîne donc pour le salarié un préjudice que l'employeur doit réparer ; peu importe que le salarié ait pu se faire assister par un conseiller lors de l'entretien préalable (Cass. soc., 21 mars 2012, pourvoi n°11-10944 ; 9 novembre 2010, pourvoi n°09-41578 ; 21 janvier 2009, pourvoi n°07-42985)

(2) En ce sens, circulaire DRT n°92-15 du 4 août 1992, point 2



Pour prendre en compte la situation de certains conseillers du salarié dont la disponibilité ou les moyens de locomotion s'oppose à des déplacements sur la totalité du département, une zone géographique privilégiée est mentionnée sur la liste au regard du nom de chaque conseiller.

Cette indication n'a cependant ni pour objet ni pour effet de réduire la compétence territoriale du conseiller à cette zone, mais répond uniquement à un souci d'information des salariés conduits à recourir aux services d'un conseiller du salarié.

En effet, en raison du délai assez court - généralement égal à cinq jours ouvrables tout au plus - dont dispose le salarié pour obtenir cette assistance, il est essentiel de lui éviter de contacter inutilement des conseillers du salarié dont la disponibilité ou la mobilité ne leur permet pas de répondre favorablement à la sollicitation.

Néanmoins, tous les conseillers du salarié, quelle que soit l'étendue de la zone géographique de préférence, conservent, juridiquement, la possibilité de participer à un entretien préalable au licenciement qui se déroule hors de cette zone dans la mesure où le lieu est bien sûr situé dans le département au titre duquel ils ont été mandatés par le préfet. Si la loi n'impose pas que le conseiller du salarié réside ou travaille dans le département où il est habilité à exercer sa mission d'assis-

tance (3), l'engagement pris par le conseiller doit le conduire tout naturellement à veiller à ce que son lieu de domicile ou de travail, où qu'il soit situé, ne constitue pas un obstacle au bon exercice de ses fonctions de conseiller du salarié.



Sur le plan indemnitaire, la situation du conseiller du salarié qui est domicilié ou qui travaille à l'extérieur du département pour lequel il est désigné ne pose pas de difficultés particulières.

A cet égard, il est utile de rappeler que le déplacement accompli pour se rendre à un entretien préalable au licenciement ou en revenir ouvre droit à une prise en charge par l'État des frais de transport conformé-

ment aux dispositions du décret n°2006-781 du 3 juillet 2006, sous condition bien sûr que l'intervention ait lieu à l'intérieur du département dans lequel le conseiller est habilité à exercer sa mission.

Le remboursement de ces frais de transport est calculé sur la base des taux des indemnités kilométriques fixés en dernier lieu par l'arrêté du 24 avril 2006 et en considération de la distance qui sépare le domicile ou, selon le cas, le lieu de travail du conseiller du salarié du lieu de l'entretien préalable.

En vertu de cette réglementation, aucun autre trajet que celui qui relie le domicile ou le lieu de travail habituel du conseiller au lieu où s'est tenu l'entretien préalable au licenciement ne peut donner droit à un règlement des frais occasionnés par le déplacement.

Bien entendu, l'intervention dans le cadre de la rupture conventionnelle est également

prise en charge par l'Etat dans les mêmes conditions (4).

Par conséquent, le conseiller du salarié bénéficie du remboursement des frais de déplacement qu'il engage pour assister un salarié en phase de négociation d'une rupture conventionnelle et ce, sur production des pièces justificatives habituelles, dont l'attestation du salarié assisté. ■

(3) L'instruction DRT n°89/13 du 1er décembre 1989 incite cependant à choisir des personnes demeurant dans le département, dans la mesure du possible, ou le cas échéant, des personnes demeurant dans des départements limitrophes si des circonstances particulières le justifient.

(4) Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009, point 3



Dites nous ...

... **Christian COLNEL** Conseiller du salarié dans l'Eure



"Développer la formation méthodologique des conseillers par des jeux de rôle et le tutorat"

Le Bulletin des Conseillers du salarié poursuit sa série de portraits de conseillers du salarié de la région. Deuxième portrait avec Christian COLNEL, rencontré à Vernon, en mai dernier. Interview.

Le Bulletin des conseillers du salarié (BCS) : M. COLNEL, pouvez-vous vous présenter en quelques mots ?

Christian COLNEL (CC) : Je suis retraité depuis 3 ans environ. Auparavant j'étais agent de maintenance dans une usine de Vernon bien connue pour ses appareils électroménagers. Je suis Vosgien d'origine : en 1998, mon entreprise de l'époque, confrontée à un plan social, proposait des reclassements internes sur le site de Vernon. J'ai accepté et me voilà aujourd'hui Normand ; mais je prends soin de conserver mon accent des Vosges !

J'entame, cette année, mon 4ème mandat de conseiller du salarié présenté par la CFDT.

Le BCS : Comment êtes-vous devenu conseiller du salarié ?

CC : Assez logiquement je dirais ! J'ai exercé de nombreux mandats de représentants du personnel au sein des entreprises du groupe dont je dépendais à savoir, délégué du personnel, dès 1978, puis délégué syndical, pour la 1ère fois en 1981, puis alternativement membre du CE, du CCE, du CHSCT. J'ai toujours eu une étiquette syndicale en l'occurrence celle de la CFDT dont je suis adhérent depuis plus de 30 ans. On m'a parlé de la mission du conseiller du salarié au cours d'une réunion à l'union locale. Je me suis laissé tenter alors même qu'à



cette époque je cumulais mon activité professionnelle et 3 mandats : délégué du personnel, délégué syndical et représentant syndical au CHSCT.

Le BCS : Pourquoi alors avoir accepté cette mission que l'on dit si difficile ?

CC : J'aime la justice, l'ordre. Jeune, j'ai longtemps œuvré sur les terrains de football comme arbitre. Et bien le conseiller c'est un peu ça pour moi : je fais respecter les règles édictées par le code du travail. Je ne cache pas non plus que mon expérience acquise à travers mes mandats représentatifs m'a poussé à proposer ma candidature. Je dois dire aussi que j'ai côtoyé des collègues de travail qui étaient conseillers prud'homme. J'ai découvert leur fonction que j'aurais aimé exercer. Peut-être qu'inconsciemment, je compense ce regret à travers la mission de conseiller du salarié !

Le BCS : Combien de salariés assistez-vous chaque année ?

CC : En 2011, j'ai assisté 70 salariés. Sans doute une année record bien loin des 5 à 6 interventions que j'ai dû faire à mes débuts. J'ai pour principe de ne pas refuser une demande d'assistance sauf si elle engendre un déplacement trop important.

Le BCS : Comment vous contacte-t-on ?

CC : Directement le plus souvent. Mes numéros de téléphone portable et fixe figurent en effet sur la liste des conseillers. Depuis cette année, j'ai ajouté mon adresse électronique. Il arrive que je sois contacté par l'union locale : dans ce cas, je rappelle le salarié.

Le BCS : Comment préparez-vous vos interventions ?

CC : J'échange assez longuement au téléphone avec le salarié pour bien appréhender le contexte de l'affaire. J'ai quelques questions types selon le motif présumé de la convocation à l'entretien préalable. Ainsi, en ce qui concerne les procédures disciplinaires, qui sont pour moi les plus intéressantes, il est impératif de connaître précisément le déroulement des faits, les antécédents et l'ancienneté du salarié. Je veux être sûr que ce dernier ne me cache rien de la vérité. Même si cela ne plaide pas en sa faveur.

Ensuite, nous nous fixons rendez-vous, soit à l'union locale, soit dans un café, 1 heure environ avant l'entretien.

Le BCS : Dans quels secteurs professionnels intervenez-vous le plus souvent ?

CC : Je ne privilégie aucun secteur. J'ai même assisté un jour un garde-forestier ! Mais il est vrai que les demandes me font intervenir assez souvent dans les domaines du commerce et des emplois à domicile.

Je ne peux pas dire que, selon les secteurs, les employeurs sont plus ou moins respectueux du droit sauf peut-être en ce qui concerne certains professionnels de la santé que j'ai rencontrés et dont je garde une image peu flatteuse.

Le BCS : Comment menez-vous vos interventions ?

CC : J'essaie toujours d'être diplomate en faisant comprendre à l'employeur que je ne suis pas là pour « bouffer du patron ». Je n'ai pas une approche très juridique de l'assistance. Je rappelle avant tout que le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse et insiste sur les risques encourus devant le conseil des prud'hommes dans le cas contraire. En matière disciplinaire, je relève souvent le caractère disproportionné de la sanction tenant compte du préjudice pour l'entreprise, des antécédents et de l'ancienneté du salarié. J'ai le sentiment que les employeurs sont sensibles à ce genre d'argument même si certains sont têtus ! Dans tous les cas, je me fixe comme objectif la sanction la plus faible possible.

Le BCS : Avez-vous été victime d'incidents ?

CC : Assez peu en vérité. Sur quelques 250 interventions, on m'a mis à la porte une fois et une autre fois, j'ai compris qu'il était dans mon intérêt d'écourter l'entretien ! Je n'ai jamais été insulté. A l'instant où je présente ma carte de conseiller, je devine la façon dont l'entretien va se dérouler. Si on me demande à quel syndicat j'appartiens, ça augure un entretien conflictuel !

Le BCS : Avez-vous quelques conseils à donner aux conseillers nouvellement en fonction ?

CC : Rien ne remplace l'expérience bien sûr, mais il me paraît nécessaire, avant tout, d'avoir une bonne formation, juridique certes, mais aussi méthodologique. Je pense qu'on pourrait développer cet aspect par le biais de jeux de rôle ou par le tutorat. Ce que les organisations syndicales ne font pas actuellement. Ensuite, je conseillerais aux conseillers débutants de rester modestes, de jouer l'apaisement en contestant sans s'emporter, de contacter des conseillers plus expérimentés afin d'obtenir quelques conseils, de prendre des notes, toujours utiles si le salarié vous réclame ensuite un compte-rendu de l'entretien qui peut lui permettre de défendre ses intérêts devant le conseil des prud'hommes. Enfin, je peux leur conseiller de toujours chercher à prendre la parole en 1er, après avoir pris le temps de s'installer confortablement. En engageant l'entretien par quelques phrases simples comme « Pourquoi vouloir licencier le salarié ? », l'employeur est parfois désarçonné. Je ne sais pas si ma méthode est bonne mais une chose est sûre, elle repose sur mon expérience. ■



Comme pour un licenciement ... mais sans le conseiller du salarié



Afin de poursuivre l'harmonisation rédactionnelle du Code du travail, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la *simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives* a, par son article 48, modifié le délai minimum qui, dans le cadre d'une procédure disciplinaire à l'égard d'un salarié, doit séparer la date prévue pour l'entretien préalable de la date de notification de la sanction (cf. article L.1332-2 du Code du travail).

Ce délai est désormais fixé à deux jours ouvrables, contre un jour franc auparavant.

Ainsi, ce délai minimum avant l'expiration duquel ne peut intervenir une sanction disciplinaire est désormais aligné sur celui fixé, depuis 2004 (1), pour un licenciement.

Il est ici question de la procédure qui doit être mise en œuvre en perspective de la notification d'une sanction autre que le licenciement pour motif disciplinaire, c'est-à-dire

une sanction d'un degré moindre [*mise à pied, mutation, rétrogradation...*]. Dès lors que la sanction envisagée par l'employeur est un licenciement, la procédure applicable est celle prévue pour tout licenciement pour motif personnel (articles L.1232-1 et suivants) et non la procédure renforcée spécifique aux sanctions disciplinaires (articles L.1332-1 et suivants).

Bien évidemment, si au cours ou à l'issue de l'entretien disciplinaire, l'employeur envisage finalement de s'orienter vers un licenciement, il devra alors engager la procédure légale de licenciement et, par conséquent, convoquer à nouveau le salarié à un entretien préalable en vue, cette fois-ci, de la rupture de son contrat de travail (2).

Rappelons que le conseiller du salarié n'a compétence à intervenir que dans le cadre de l'entretien préalable au licenciement, c'est-à-dire lors de la phase de conciliation d'une procédure de licenciement, et

seulement dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel.

Le conseiller ne peut donc pas assister un salarié convoqué à un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire autre que le licenciement.

La procédure disciplinaire, prévue par le Code du travail et qui devra être engagée dans ce cas, ne permet pas l'assistance du salarié par une personne extérieure à l'entreprise. Le salarié convoqué ne dispose que de la faculté de choisir une personne appartenant au personnel de l'entreprise pour l'assister lors de l'entretien préalable, y compris dans les entreprises sans représentant du personnel. ■

(1) Ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, article 2-II

(2) Cass. soc., 28 novembre 2001, pourvoi n°99-44209



Conseiller du salarié, syndiqué ou non

Lors des travaux préparatoires de la loi n°89-549 du 2 août 1989 (1), la question de la qualité des personnes extérieures à l'entreprise qui seraient habilitées à assister le salarié au cours de l'entretien préalable au licenciement a été débattue (se reporter à l'article «20 ans déjà», numéro spécial - juin 2011 - Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie).

A la question de savoir à qui pourrait être confié cette mission d'assistance, le ministre du travail de l'époque répondait qu'il pourrait s'agir «par exemple, (d') un fonctionnaire en retraite ou un cadre retiré des affaires qui accepte bénévolement d'apporter son assistance à tel ou tel salarié licencié [...]» (2).

Aux termes du décret d'application (3) de l'article 30 de la loi du 2 août 1989, la sélection des «assistants» devant figurer sur la liste départementale arrêtée par le préfet doit se porter sur des personnes choisies «en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social».

Il peut être souligné que ces dispositions réglementaires sont toujours en vigueur et sont contenues dans l'actuel article D.1232-4 du Code du travail.

L'instruction DRT n°89/13 du 1er décembre 1989 qui interviendra

quelques mois après la promulgation de la loi du 2 août 1989 précisera que «*compte tenu de l'expérience, de la compétence et de la disponibilité requises par ces fonctions, elles pourront être remplies notamment par d'anciens magistrats, d'anciens fonctionnaires des services extérieurs du travail et en particulier des services d'inspection du travail ou d'anciens conseillers prud'hommes*». Cette même instruction ajoute que la liste des «assistants extérieurs» doit néanmoins revêtir un «*caractère interprofessionnel*» et que sa composition doit refléter «*la diversité des organisations syndicales représentatives des salariés*».

En pratique, les listes dressées en 1990 comportaient dans la plupart des départements une large majorité de personnes en activité et ayant un engagement syndical, alors même qu'une telle hypothèse n'était pas évoquée lors des travaux préparatoires ou dans les textes d'application.

Dans le cadre de l'examen de la proposition de loi relative au conseiller du salarié, le ministre du travail aura l'occasion, à propos de l'évolution du dispositif d'assistance, de déclarer que «*la part prépondérante des*

Aucun monopole des organisations syndicales représentatives des salariés n'a été introduit dans la loi du 18 janvier 1991 en ce qui concerne la présentation de candidats aux fonctions de conseiller du salarié

salariés syndiqués ne doit pas modifier la mission des conseillers du salarié [...] le recours à d'anciens magistrats, d'anciens fonctionnaires ou d'anciens conseillers prud'hommes restera possible» (4).

C'est ainsi qu'aucun monopole des organisations syndicales représentatives des salariés n'a été introduit dans la loi du 18 janvier 1991 en ce qui concerne la présentation de candidats aux fonctions de conseiller du salarié.

D'ailleurs, bien que des candidatures puissent être proposées ou soutenues par un syndicat professionnel, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de candidatures individuelles et personnelles. Le mandat de conseiller du salarié est confié *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération des aptitudes, capacités et compétences de la personne nommée. La désignation porte ainsi sur cette personne là, parce que c'est elle et pas une autre ; elle n'est pas chargée de la mission de conseiller du salarié à titre de représentant d'une organisation syndicale, mais en raison des qualités personnelles qui lui sont reconnues et qui peuvent évidemment être, le cas échéant, attestées par le syndicat dont elle serait membre.

(1) Loi qui a introduit dans le Code du travail la possibilité pour le salarié, dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, de se faire assister au cours de l'entretien préalable au licenciement par une personne extérieure à l'entreprise et choisie sur une liste dressée par le préfet de département

(2) cf. JO Sénat, séance du 13 juin 1989, page 1509

(3) Décret n°89-861 du 27 novembre 1989

(4) Audition le 19 septembre 1990 devant la commission des affaires sociales du Sénat



Il en résulte que toute personne, en activité ou en retraite, quelle que soit la catégorie socio-professionnelle à laquelle elle appartient, peut briguer un mandat de conseiller du salarié et être désignée comme tel si elle justifie d'une «*expérience des relations professionnelles*» et de «*connaissances du droit social*» suffisantes. Il n'existe donc aucune obligation légale d'être adhérent à une organisation syndicale pour pouvoir être investi de la mission de conseiller du salarié.

L'autorité administrative n'est pas, par conséquent, fondée à rejeter une candidature au seul motif que le candidat n'est pas syndiqué.

Reste que le législateur a institué une incompatibilité légale entre les fonctions de conseiller du salarié et

celles de conseiller prud'homme en activité (5). Cette incompatibilité a pour objet d'éviter que le conseiller du salarié puisse être à la fois juge et partie dans un litige prud'homal. Cette règle est, en l'état actuel du droit, absolue et ne souffre donc d'aucune exception. Elle s'impose ainsi à tout candidat ou conseiller du salarié en exercice dès l'instant qu'il est élu comme conseiller prud'homme, y compris s'il est installé dans un conseil situé dans un autre département que celui où sont ou seraient exercées les fonctions de conseiller du salarié.

L'autorité administrative n'est pas, par conséquent, fondée à rejeter une candidature au seul motif que le candidat n'est pas syndiqué

Par ailleurs, la Direction générale du travail [*services centraux du ministère du travail*] considère que, si un fonctionnaire d'État, territorial ou hospitalier (6) peut se voir confier la mission de conseiller du salarié, il existe une «*réelle incompatibilité entre la fonction de conseiller du salarié et l'exercice des missions de l'inspection du travail*». Il

s'ensuit que les agents en charge de l'application de la législation du travail (inspecteurs et contrôleurs du travail) ne peuvent être autorisés à figurer sur les listes départementales de conseillers du salarié. ■

(5) Article L.1232-7 du Code du travail

(6) S'agissant des conseillers du salarié sous statut de fonctionnaire (ou agent contractuel de la Fonction publique), ils sont soumis, en cette qualité, aux règles du statut général et ne peuvent donc bénéficier des dispositions du Code du travail qui organisent, pour les conseillers du salarié employés par un établissement d'au moins 11 salariés, des autorisations d'absence qui sont assimilées à du temps de travail effectif. Seule la disposition relative aux modalités de remboursement des frais de déplacement des conseillers du salarié en activité peut lui être appliquée. Aucune disposition du statut général ne prévoit un droit à autorisation d'absence pour l'exercice de la mission de conseiller du salarié. En conséquence, les fonctionnaires et agents de la fonction publique ne peuvent assister un salarié lors de l'entretien préalable au licenciement qu'en dehors de leur temps de travail. Il n'est donc pas juridiquement possible de procéder au remboursement du traitement d'un fonctionnaire ayant exercé sa mission de conseiller du salarié durant son temps de travail.

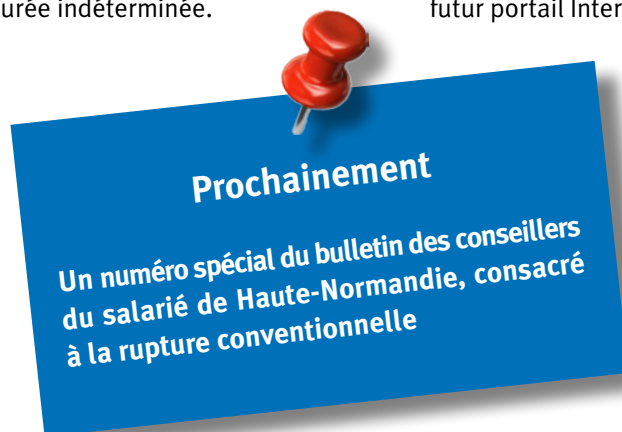


Rupture conventionnelle ... un nouveau formulaire

Un arrêté du ministre du travail en date du 8 février 2012 a fixé les nouveaux modèles du formulaire de demande d'homologation de la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Pour le moment, le nouveau formulaire n'est disponible que sous le format pdf, non remplissable en ligne (comme c'était déjà le cas pour le précédent formulaire). Une saisie assistée sera offerte sur le futur portail Internet spécifique aux

ruptures conventionnelles, qui est en cours de création et sera opérationnel d'ici la fin de l'année 2012.



Les modifications introduites dans ce formulaire répondent uniquement à des objectifs techniques, sans remettre en cause la procédure actuelle d'homologation.

Cette actualisation constitue une première étape dans les travaux en cours de mise en place d'un système d'information national de gestion des ruptures conventionnelles pour les salariés non protégés (outil de gestion, portail public de saisie assistée et outil décisionnel).

Ce formulaire est téléchargeable tant sur le site Internet du ministère du travail que sur le site Internet «Service public» et sur celui de la Direccte de Haute Normandie (1).

Il peut être relevé que le nouveau formulaire ne comporte plus de partie réservée à la décision administrative.

De ce fait, en cas de décision expresse (ou explicite), celle-ci ne pourra plus être contenue dans ledit formulaire, mais sera établie sur un support papier distinct.

Par contre, comme par le passé, en cas de décision implicite d'homologation (2), une attestation confirmant l'existence de cette homologation sera délivrée par la Direccte à la demande écrite d'une partie (3), conformément d'ailleurs aux dispositions de l'article 22, 1er alinéa, de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. ■

(1) www.travail-emploi-sante.gouv.fr/informations-pratiques,89/formulaires,55/rupture-conventionnelle-du-contrat,1209/http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/R19136.xhtml
www.haute-normandie.direccte.gouv.fr/La-rupture-conventionnelle,3621.html

(2) Si la Direccte ne répond pas à une demande d'homologation dans le délai de 15 jours ouvrables (tous les jours de la semaine, sauf le dimanche et les jours fériés légaux chômés), qui court à compter du lendemain de la date de réception de la demande, son silence équivaut à une décision "implicite" d'homologation de la rupture du contrat de travail.

(3) Circulaire DGT du 22 juillet 2008 – cf. annexe 1



Testez vos connaissances

Vrai ou faux ?

- ❶ Lors de l'entretien préalable au licenciement, l'employeur peut être assisté à la condition toutefois que cette assistance soit limitée à une seule personne, même étrangère à l'entreprise.
- ❷ Le conseiller du salarié n'est pas habilité à témoigner devant le conseil de prud'hommes car il est tenu par une obligation de discrétion professionnelle.
- ❸ Le salarié qui recourt à un conseiller du salarié doit obligatoirement aviser à l'avance son employeur de la présence du conseiller à l'entretien préalable.
- ❹ Un salarié employé sous CDI peut, en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, être assisté par un conseiller du salarié lors de l'entretien préalable à toute sanction disciplinaire.
- ❺ Le conseiller du salarié ne peut participer à l'entretien préalable qu'à la condition que la lettre de convocation adressée au salarié mentionne cette possibilité.
- ❻ Lorsque le(s) délégué(s) du personnel ou le(s) délégué(s) syndical(ux) ne travaille(nt) pas dans l'établissement où est employé le salarié convoqué, celui-ci peut faire appel à un conseiller du salarié.
- ❼ En l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, le salarié convoqué à un entretien préalable au licenciement doit forcément recourir à un conseiller du salarié s'il souhaite être assisté.
- ❽ L'employeur est en droit d'exiger que son salarié choisisse un autre conseiller du salarié que celui auquel il a fait appel.
- ❾ L'employeur du conseiller du salarié peut, dans les établissements employant moins de 11 salariés, s'opposer à ce que ce dernier s'absente de son poste de travail pour exercer sa mission.
- ❿ Le conseiller du salarié est tenu de dénoncer au procureur de la République les délits qu'il peut détecter dans l'entreprise ou qui lui sont signalés dans l'exercice de ses fonctions.

Réponse

- ❿ Faux
- ❾ Vrai
- ❽ Faux
- ❼ Faux
- ❻ Faux
- ❽ Faux
- ❹ Faux
- ❸ Vrai
- ❷ Faux
- ❶ Faux



Solution des mots entre-croisés
du numéro précédent



Une protection qui débute au moment de la désignation

Les conseillers du salarié bénéficient, pendant toute la durée d'exercice de leurs fonctions, d'une protection légale contre le licenciement, à l'instar notamment des représentants, élus ou désignés, du personnel mais aussi d'autres salariés qui exercent un mandat ou une fonction extérieur à l'entreprise dans l'intérêt général des salariés (1). Cette protection s'applique pendant la période d'essai (2) et s'étend aux conseillers du salarié titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire (3).

Selon le ministère du travail, il ressort clairement des débats parlementaires que la protection joue, non seulement à l'égard du licenciement, mais aussi en cas de mutation dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement (4).

Le statut protecteur des conseillers du salarié est identique à celui accordé par la loi aux délégués syndicaux. Sur ce point, il peut être souligné que la recodification du Code du travail, réalisée en 2008, étant intervenue à droit constant, les dispositions relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical (5) s'appliquent au conseiller du salarié comme le prévoyait auparavant l'ancien article L.122-14-16. Par

conséquent, le conseiller du salarié continue de bénéficier d'une protection contre le licenciement, non seulement pendant toute la durée de son mandat, mais aussi, comme les délégués syndicaux, pendant une période de douze mois après la cessation de ses fonctions, à condition toutefois que celles-ci aient été exercées pendant au moins un an (6).

Du fait de cette protection d'ordre public qui s'attache à l'exercice du mandat, le licenciement d'un salarié investi de la fonction de conseiller du salarié est subordonné à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Un licenciement qui interviendrait en l'absence de cette autorisation administrative, serait atteint de nullité et ouvrirait droit pour le salarié à sa réintégration ou, à défaut, à une double indemnisation qui sanctionne la violation du statut protecteur et qui répare le préjudice causé par le caractère illicite du licenciement, en sus des indemnités légales ou conventionnelles de rupture du contrat de travail. L'employeur, quant à lui, commettrait un délit d'entrave et s'exposerait aux sanctions pénales prévues en pareil cas (7).

Le statut protecteur des conseillers du salarié est identique à celui accordé par la loi aux délégués syndicaux

Jusqu'aux arrêts rendus le 22 septembre 2010 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le point de départ de la protection statutaire se situait à la date de publication de la liste départementale des conseillers du salarié au recueil des actes administratifs de la préfecture (8). La Haute juridiction considérait que cette publicité rendait la liste opposable à tous - celle-ci pouvant être consul-

tée tant en préfecture, qu'à l'inspection du travail et en mairie - et faisait ainsi courir le droit à la protection.

Par contre, en l'absence - ou dans l'attente - de publication, il appartenait au conseiller du salarié inscrit sur la liste départementale de faire la preuve que son employeur avait connaissance de sa qualité de conseiller du salarié lors de l'envoi de la lettre de licenciement le concernant. Il en était ainsi, par exemple, lorsque le conseiller du salarié avait informé son employeur de sa qualité au cours de l'entretien préalable (9).

La Cour de cassation a, depuis, modifié sa jurisprudence (10) en considérant que la protection du conseiller du salarié ne peut pas dé-

(1) Articles L.1232-14, L.2411-1, L.2411-21, L.2421-1 et R.2421-1 et suivants du Code du travail

(2) Cass. soc., 26 octobre 2005, pourvoi n°03-44751

(3) Cass. soc., 13 février 2012, pourvoi n°11-21946

(4) Circulaire DRT n°91-16 du 5 septembre 1991, 1.2.1

(5) Article L.2411-3, 2ème alinéa du Code du travail

(6) Cass. soc., 27 janvier 2010, pourvoi n°08-44376

(7) Article L.2436-1 du Code du travail

(8) Cass. soc., 25 octobre 2006, pourvoi n°04-48776 ; 13 juillet 2004, pourvoi n°02-42681 ; 14 janvier 2003, pourvoi n°00-45883

(9) Cass. soc., 5 mai 2009, pourvoi n°08-40540 ; 24 septembre 2008, pourvois n°07-40236 et 07-41191 ; 24 mai 2006, pourvoi n°04-47225

(10) Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n°10-13700 ; 22 septembre 2010, pourvoi n°08-45227 et n°09-40968



pendre d'une formalité de publicité et en décidant que cette protection court à compter du jour où la liste des conseillers du salarié est arrêtée dans chaque département par le préfet, indépendamment des formalités de publicité prévues par le Code du travail. En d'autres termes, les conseillers du salarié sont protégés contre le licenciement dès leur désignation à ces fonctions, la publication des listes des conseillers n'étant pas une condition de l'application du statut protecteur.

Par conséquent, dès que l'arrêté préfectoral qui dresse la liste des conseillers pour le département a été pris, peu important donc que cet arrêté n'ait pas encore été publié au recueil des actes administratifs, le salarié, nommé en qualité de conseiller du salarié, n'a plus à rapporter la preuve, pour bénéficier de la protection, que sa désignation en tant que tel a été portée à la connaissance de son employeur avant ou concomitamment à l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable ou bien encore lors de cet entretien. Rappelons, à cette occasion, qu'il appartient à l'employeur, et à l'employeur seul, de mener à bien de façon régulière la procédure de licenciement qu'il engage, au regard des caractéristiques personnelles de chaque salarié qu'il entend licencier, en se pré-occupant si nécessaire de vérifier ou de confirmer si tel ou tel salarié dispose d'un statut protégé.

Il peut être souligné que le futur conseiller du salarié est lui aussi protégé s'il apporte la preuve que son employeur a eu connaissance de l'imminence de son inscription sur la liste départementale. Toutefois, lorsque l'employeur n'en est informé qu'après l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, ce dernier

n'est pas soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail (11).

Par ailleurs, ni l'absence d'information de l'employeur, ni même une déloyauté du salarié, ne peuvent lui faire perdre le bénéfice du statut protecteur lorsque celui-ci est effectivement acquis. Seul un comportement frauduleux du salarié, comme la dissimulation volontaire de sa qualité de salarié protégé, peut écarter la protection attachée à son mandat (12). Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un salarié, directeur des ressources humaines, a lui-même organisé sa propre procédure de licenciement pour faire grief postérieurement à l'employeur de ne pas avoir respecté les formalités protectrices (13). Il en résulte que le licenciement sans autorisation administrative d'un salarié exerçant les fonctions de conseiller du salarié est nul, peu importe que le salarié n'ait pas informé l'employeur de son mandat, une telle obligation n'existant pas dans la loi. Ainsi, l'employeur ne peut invoquer, pour justifier le fait de n'avoir pas saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement, son ignorance de ce que le salarié était titulaire d'un mandat de conseiller du salarié. L'annulation du licenciement prononcé sans respect des formalités protectrices et le droit à réintégration du salarié sont donc des sanctions toujours encourues par l'employeur.

En revanche, le conseiller du salarié qui s'abstient délibérément d'informer son employeur de sa qualité de salarié protégé, et qui, sans que cela constitue nécessairement une

fraude, manque ainsi à son obligation contractuelle de loyauté, encourt une réduction du montant de l'indemnisation qui lui est due au titre de la violation de son statut protecteur (14).

Comme le relève la Cour de cassation dans son dernier rapport annuel, la mise en œuvre de la protec-

tion dont bénéficient les salariés qui détiennent des mandats extérieurs à l'entreprise [conseiller du salarié, conseiller prud'homme, membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale, membre du conseil d'administration d'une mutuelle, etc.] «*suscite cependant des difficultés récurrentes dans de nombreuses hypothèses où l'employeur licencie le salarié concerné sans demander l'autorisation administrative nécessaire parce qu'il ignore la fonction exercée par le salarié dont ce dernier n'a pas à l'informer spécialement*». La Cour suprême «*consciente du paradoxe créé par une situation dans laquelle un employeur peut être sanctionné pour n'avoir pas respecté un statut protecteur dont il ignorait [...] qu'il s'appliquait [...] a appelé à plusieurs reprises, dans son rapport annuel, à l'intervention du législateur pour prévoir l'obligation pour le salarié d'informer son employeur, au plus tard au moment de l'entretien préalable, de l'existence des mandats qu'il exerce à l'extérieur de l'entreprise*» (15). Cette suggestion n'a, pour l'instant, pas été suivie d'effet.

C'est précisément sur ce sujet que la Chambre sociale de la Cour de cassation a, dans le cadre d'un litige, transmis au Conseil constitutionnel une question priori-

Les conseillers du salarié sont protégés contre le licenciement dès leur désignation à ces fonctions, la publication des listes des conseillers n'étant pas une condition de l'application du statut protecteur

(11) Cass. soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-13972 ; circulaire DRT n° 91-16 du 5 septembre 1991, 1.2.1

(12) Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-12737 ; 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-43997 ; 29 mars 2005, pourvoi n° 03-43407

(13) Bulletin du droit du travail de la Cour de cassation, février 2011, E3

(14) Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10592

(15) Rapport annuel 2011 de la Cour de cassation



taire de constitutionnalité [QPC] aux fins de savoir si la législation contrevient aux principes d'égalité et de liberté d'entreprendre tels qu'issus de la Déclaration des droits de l'homme et du

citoyen du 26 août 1789, faute d'imposer au salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise d'en informer l'employeur. Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 14 mai 2012.

Nous allons revenir sur cette question avec l'article suivant. ■



La liste des conseillers du salarié, rendue publique avant sa publication

Avant que la liste départementale des conseillers du salarié ne soit arrêtée par le préfet, le projet de liste, établi par le responsable de l'Unité territoriale de la Direccte (1), est soumis à l'avis des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national siégeant à la commission nationale de la négociation collective (2), lesquelles disposent d'un délai d'un mois pour présenter leurs observations (*article D.1232-4 du Code du travail*).

A l'issue de ce délai, la liste est officiellement dressée par voie d'arrêté préfectoral et publiée ensuite au recueil des actes administratifs de la préfecture (*article D.1232-5*).

Dès l'arrêté préfectoral signé, et sans attendre sa publication, chaque employeur d'un conseiller du salarié est personnellement informé par écrit par les services de la Direccte qu'il compte, parmi son personnel, un salarié protégé à ce titre. De même, la liste des conseillers est, dans le même temps, diffusée auprès des services d'inspection du travail et dans les mairies.

Cette procédure est appliquée, non seulement lors du renouvellement triennal de la liste, mais aussi à l'occasion de tout complément intervenant au cours du mandat.

(1) Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

(2) d'une part, MEDEF, CGPME, FNSEA, CNMCCA, UPA, UNAPL et, d'autre part, CGT, CFDT, CGT - FO, CFTC, CFE - CGC



Questions prioritaires de constitutionnalité



Pour être protégé, le salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise doit en informer son employeur

Le 7 mars 2012 (1), la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité [QPC] portant sur l'opposabilité à l'employeur du mandat détenu par certains salariés pour l'exercice de fonctions extérieures à l'entreprise [administrateur d'une caisse de sécurité sociale, membre du conseil d'administration d'une mutuelle, représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, conseiller prud'homme, conseiller du salarié, etc.].

En effet, si les mandats internes à l'entreprise [délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, délégué syndical, représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, etc.] sont nécessairement connus de l'employeur, ce dernier peut, par contre, ignorer ceux exercés en dehors de l'entreprise et de son activité, dans la mesure où aucune obligation légale d'information ne pèse sur le salarié ainsi protégé.

Or, l'employeur qui souhaite mettre fin au contrat de travail d'un salarié investi d'un tel mandat doit solliciter l'autorisation préalable de l'ins-

pecteur du travail. À défaut, il s'expose à plusieurs sanctions pénales et civiles, dont une amende de 3.750 € et une peine d'emprisonnement d'un an (2), la nullité de plein droit du licenciement, l'obligation de réintégration du salarié et une indemnisation de son préjudice, et ce même s'il n'est pas informé de la détention du mandat.

Le Conseil constitutionnel était donc appelé à déterminer si l'absence de toute obligation d'information prévue par les dispositions protectrices du Code du travail [articles L.2411-1, L.2411-3 et L.2411-18] porte aux droits des employeurs une atteinte méconnaissant tant la liberté d'entreprendre que le principe d'égalité devant la loi garantis par la Constitution.

Par décision rendue le 14 mai 2012 (3) le Conseil constitutionnel a relevé qu'en accordant une protection aux salariés titulaires d'un mandat extérieur à l'entreprise «le législateur a entendu préserver leur indépendance dans l'exercice de leur mandat et a ainsi poursuivi un but d'intérêt général. En subordonnant la validité du licenciement de ces salariés à l'autorisation de l'inspecteur du travail, les dispositions contestées n'ont porté une atteinte disproportionnée ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle» (4).

Les Sages de la rue de Montpensier, qui reconnaissent donc la légitimité du statut protecteur accordé par la loi aux salariés détenant un mandat extérieur à l'entreprise, ont cependant conclu que «pour ne pas porter une telle atteinte à ces libertés, ces dispositions du Code du travail, qui bénéficient à un salarié pour un mandat extérieur à l'entreprise, ne sauraient lui permettre de se prévaloir de cette protection s'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement» (4).

C'est donc sous la réserve que le salarié protégé informe son employeur de son mandat, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, que le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions protectrices contre le licenciement contenues au 13° de l'article L.2411-1 du Code du travail et aux articles L.2411-3 et L.2411-18 du même code.

Autrement dit, le salarié qui n'a pas informé l'employeur, au plus tard au cours de l'entretien préalable, de l'existence de son statut protecteur, ne devrait pas pouvoir s'en prévaloir a posteriori pour remettre en cause la validité de son licenciement.

Précisons que le litige à l'origine de la question posée au Conseil constitutionnel concernait un sala-

1) Cass. soc., 7 mars 2012, pourvoi n°11-40106

(2) Article L.2435-1 et suivants du Code du travail

(3) Décision n°2012-242 du 14 mai 2012, publiée au Journal officiel du 15 mai 2012

(4) Communiqué de presse du Conseil constitutionnel du 14 mai 2012



rié exerçant par ailleurs les fonctions d'administrateur d'une caisse de sécurité sociale. D'où le fait que le Conseil a circonscrit le champ de sa saisine aux seules dispositions contestées, à savoir le 13° de l'article L.2411-1 du Code du travail [qui vise les membres du conseil ou administrateurs d'une caisse de sécurité sociale] et ses articles L.2411-3 et L.2411-18. Néanmoins, la solution apportée par le Conseil constitutionnel devrait pouvoir être transposée à l'ensemble des mandats extérieurs à l'entreprise.

S'agissant spécifiquement des conseillers du salarié, il importe de souligner que les éventuels employeurs de ceux-ci sont systématiquement informés par l'Administration qu'ils emploient au sein de leur entreprise un salarié protégé en raison de cette fonction [voir encadré, page 21]. En outre, pour exercer sa mission d'assistance pendant son temps de travail, le conseiller du salarié, lorsqu'il est lui-même salarié d'un établissement qui occupe au moins 11 salariés, doit nécessairement aviser son employeur de l'existence de son mandat pour pouvoir disposer du droit d'absence de 15 heures au maximum par mois. Il en est de même, s'il souhaite bénéficier d'un accès prioritaire au congé de formation économique, sociale et syndicale pour les besoins de sa mission.

Par conséquent, si, pour le Conseil constitutionnel, les dispositions du Code du travail ne sauraient, sauf à porter une atteinte disproportionnée au principe de liberté consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, permettre au salarié de se prévaloir de la protection attachée à un mandat extérieur à l'entreprise s'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, le problème ne devrait normalement

pas se poser en ce qui concerne les conseillers du salarié et ce, pour les raisons évoquées ci-dessus.

Ceci étant, il revient désormais à la Cour de cassation, et tout autant au Conseil d'État, mais également au législateur, comme le réclame depuis plusieurs années la Cour de cassation dans son rapport annuel (5), de tirer toutes les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel.

En considération de cette décision du 14 mai 2012, tant la jurisprudence judiciaire qu'administrative pourraient évoluer au sujet des conséquences exactes du défaut d'information de l'employeur. En effet, le Conseil constitutionnel d'une part, ne paraît pas exiger un comportement frauduleux du salarié pour le priver du bénéfice de la protection et, d'autre part, rappelle que l'employeur n'est pas exposé à des sanctions pénales s'il n'est pas établi qu'il avait connaissance du statut protégé du salarié (6).

Le droit de timbre, conforme à la Constitution

Par une décision du 13 avril 2012 (n°2012-231/234 QPC) le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité [QPC] d'une part, par la Cour de cassation et, d'autre part, par le Conseil d'État, a jugé que **la contribution de 35 €** à la charge de toute personne introduisant une action devant la plupart des juridictions judiciaires et administratives, **dont les conseils de prud'hommes**, qui a été créée par la loi de finances rectificative pour 2011 (*se reporter à l'article publié dans le numéro 2 – janvier 2012 – du Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie, pages 17 et s.*) est conforme à la Constitution. Il en

est de même du **droit de 150 €** dû par les parties à l'instance d'appel lorsque la représentation par un avocat est obligatoire, institué par la loi de finances rectificative pour 2009. Le Conseil a estimé qu'eu égard au montant et aux conditions dans lesquelles ces contributions et droits sont dus, il n'existe aucune atteinte disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ou aux droits de la défense.

Le harcèlement sexuel dépenalisé

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par un arrêt de renvoi du 29 février 2012, saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité [QPC] concernant l'incrimination pénale de harcèlement sexuel et ce, au motif qu'elle ne définit pas précisément le ou les actes qui doivent être regardés, au sens de cette qualification, comme constitutifs du délit. Le Conseil constitutionnel, par décision du 4 mai 2012 (n°2012-240 QPC), a déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du Code pénal qui prévoyait que «*le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende*». Le Conseil a considéré que cet article permettait que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi ces dispositions méconnaissaient le principe de légalité des délits et des peines.

Il en résulte que l'article 222-33 du Code pénal se trouve abrogé dès la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel, soit le 5 mai 2012. Par conséquent, les procédures en cours à cette date

(5) Rapport annuel 2011 de la Cour de cassation

(6) En application du principe de légalité des délits selon lequel « Il n'y a point de délit sans intention de le commettre » (article 121-3 du Code pénal) auquel les dispositions du titre III du livre IV de la 2ème partie du Code du travail n'ont pas pour effet de déroger (Cons. const., décision du 14 mai 2012, considérant n° 8)



[enquêtes préliminaires, instructions, procédures non définitivement jugées] ne peuvent plus donner lieu à une poursuite pénale sur le fondement dudit article, du fait de la disparition de l'élément légal de l'infraction.

S'agissant précisément du harcèlement sexuel dans le cadre des relations de travail - à savoir, notamment le principe de la prohibition du harcèlement sexuel, l'interdiction de sanctionner ou licencier celui qui a subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel ou qui en témoigne, la faute disciplinaire de l'auteur des faits, l'obligation de prévention de l'employeur, prévus

par les articles L.1153-1 à L.1153-6 du Code du travail - le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions du Code du travail en la matière. Dans l'immédiat, ces infractions demeurent donc en vigueur et sont réprimées par l'article L.1155-2 du Code du travail. Toutefois, il peut être souligné que l'incrimination issue des dispositions du Code du travail n'est pas rédigée d'une manière plus précise que le texte de l'article 222-33 du Code pénal aujourd'hui abrogé. Aussi, le ministère de la Justice recommande, par souci de sécurité juridique, de poursuivre ces faits sous d'autres qualifications pénales, tels

le harcèlement moral, les violences volontaires avec, le cas échéant, préméditation ou encore la tentative d'agression sexuelle.

La ministre des droits des femmes, porte-parole du Gouvernement, a annoncé qu'un projet de loi était en préparation pour combler le vide juridique laissé par l'abrogation des dispositions du Code pénal sur le harcèlement sexuel. Ce projet sera déposé conjointement par la Garde des sceaux, ministre de la justice, et par la ministre des droits des femmes. Il sera examiné au Parlement dès que ses travaux reprendront, en commençant par le Sénat. ■



La "question prioritaire de constitutionnalité" en quelques mots

La «question prioritaire de constitutionnalité» [QPC] est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

Les critères pour que le Conseil constitutionnel soit saisi de la question prioritaire de constitutionnalité sont au nombre de trois :

- la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est conforme à la Constitution, cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridiction doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition d'un traité international ou du droit de l'Union européenne.

Si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est contraire à la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel a pour effet d'abroger cette disposition. Elle disparaît de l'ordre juridique français.

La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Ce dispositif est opérationnel depuis le 1er mars 2010.

Pour en savoir plus www.conseil-constitutionnel.fr
www.vie-publique.fr



Le conseiller du salarié un conciliateur

Ni la loi ni le règlement n'utilisent le terme de conciliateur pour qualifier le conseiller du salarié. Pourtant, force est d'admettre que la mission confiée à ce bénévole par le législateur doit lui faire jouer un rôle de conciliateur lors de l'entretien préalable auquel il participe.

D'ailleurs, suite à la promulgation de la loi du 2 août 1989 (1), l'instruction DRT n°89/13 du 1er décembre 1989 précisera que les «assistants extérieurs», fugitifs pré-décesseurs des conseillers du salarié, «exercent une mission d'intérêt général, suppléant à l'absence des représentants du personnel, dont le rôle consiste notamment à assister le salarié. Leur intervention aux côtés du salarié est susceptible d'éviter des litiges devant les conseils de prud'hommes et donc d'alléger le contentieux porté devant cette juridiction».

Le ministre du travail lui-même, lors des débats parlementaires qui ont précédé le vote de cette loi du 2 août 1989, indiquait que cet assistant était appelé à «jouer un rôle de médiateur afin d'éviter que le conflit s'envenime» (2).

L'instauration du droit pour les salariés des entreprises dépourvues

d'institutions représentatives du personnel de se faire assister par un tiers extérieur à l'entreprise, a d'ailleurs suscité, lors de l'adoption définitive de la loi du 2 août 1989, une saisine du Conseil constitutionnel de la part de 60 sénateurs qui s'inquiétaient de l'absence de garanties entourant la venue dans l'entreprise de celui qu'ils dénommaient le «négociateur extérieur à l'entreprise» (se reporter à l'article «20 ans déjà», numéro spécial - juin 2011 - Bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie).

Le conseiller du salarié, qui, comme l'a indiqué alors le Conseil constitutionnel, a pour mission d'assister le salarié et de l'informer sur l'étendue de ses droits (cf. décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989), est appelé à intervenir et à exercer pleinement ses fonctions pendant cette phase essentielle de la procédure légale de licenciement que constitue l'entretien préalable. Le rôle que doit tenir le conseiller du salarié découle de la finalité même de cet entretien.

L'entretien préalable, une étape-clé de la procédure de licenciement

L'entretien préalable représente une garantie fondamentale des droits de la défense du salarié, avant la décision de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail

Considéré, selon certains commentateurs, comme une «pièce maîtresse» ou une «clé de voûte» de la procédure de licenciement, l'entretien préalable, institué il y a bientôt 40 ans par la loi n°73-680 du 13 juillet

1973, représente une garantie fondamentale des droits de la défense du salarié, avant la décision de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail.

Le Conseil d'État a, pour sa part, élevé l'entretien préalable au rang d'élément substantiel de la procédure de licenciement d'un salarié protégé (3), de sorte que l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licenciement et qui doit obligatoirement vérifier le respect par l'employeur de l'existence de l'entretien préalable, sera tenu de refuser le licenciement si ce dernier n'a pas été organisé ou ne s'est pas régulièrement déroulé ou que le délai de convocation [cinq jours ouvrables entre la présentation de la lettre de convocation, ou sa remise en main propre, et l'entretien préalable] n'a pas été respecté. Le défaut d'entretien préalable en-

(1) Loi qui a introduit dans le Code du travail la possibilité pour le salarié, dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, de se faire assister au cours de l'entretien préalable au licenciement par une personne extérieure à l'entreprise et choisie sur une liste dressée par le préfet de département

(2) JO Sénat, séance du 13 juin 1989, page 1509

(3) Conseil d'État, 19 mars 2008, pourvoi n°289433 ; 20 mars 2009, pourvoi n°312258 ; 17 juin 2009, pourvoi n°304027



tache donc d'irrégularité la procédure de licenciement et entraîne la nullité de la décision administrative qui autoriserait le licenciement en dépit de ce vice de procédure.

La Cour de cassation, quant à elle, rappelle que l'irrégularité de procédure que constitue l'inobservation de l'entretien préalable doit être sanctionnée par le juge par l'attribution d'une indemnité (4), mais que le licenciement prononcé sans qu'ait été respecté la procédure n'est pas nul : le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale annuler un licenciement (5).

Par ailleurs, le tribunal doit, en principe, imposer à l'employeur de recommencer la procédure prévue, comme l'exige l'article L.1235-2 du Code du travail, si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté et est employé dans une entreprise occupant au moins 11 salariés. La loi n°91-72 du 18 janvier 1991 a cependant soumis le non respect des dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller extérieur aux sanctions civiles prévues en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement jusqu'alors applicables uniquement aux entreprises qui emploient au moins 11 salariés pour seulement leurs salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté. Ainsi, le salarié licencié, quels que soient son ancienneté et l'effectif de l'entreprise, ouvre droit, si l'irrégularité touche l'assistance du salarié par un conseiller, à une indemnité en ré-

paration du vice de procédure qu'il a subi, dont le montant ne peut toutefois être supérieur à un mois de salaire, mais il peut aussi prétendre à ce que le juge ordonne la reprise de la procédure.

L'utilité du conseiller du salarié trouve sa justification dans l'objectif de cette procédure préalable que le législateur a rendu obligatoire.

L'entretien, au cœur de la procédure contradictoire

De nos jours, aucun salarié, ou presque, ne peut être licencié sans avoir été mis, auparavant, en capacité de se défendre dans le cadre d'un échange formalisé avec l'employeur ou son représentant.

Rappelons au passage que le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (6) impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire [cf. *décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 du Conseil constitutionnel*]. Cette obligation de respecter une procédure contradictoire en cas de licenciement disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail (7).

L'encadrement procédural du licenciement, tel qu'il existe depuis la loi du 13 juillet 1973 et qu'il a évolué au fil des décennies, qui comprend cette obligation pour l'employeur de respecter les droits de la dé-

fense, s'étend aujourd'hui à tout licenciement, individuel ou collectif, quel qu'en soit le motif [*disciplinaire, économique, inhérent à la personne du salarié*] et quelles que soient l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise qui l'emploie. Toutefois, par exception, les licenciements pour motif économique de 10 salariés et plus dans un même période de 30 jours demeurent exclus du champ de l'entretien préalable, lorsqu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise (8).

L'entretien, une phase préalable de conciliation

Dès 1973, le législateur, qui créait une phase contradictoire, dans l'entreprise, préalablement au licenciement, entendait empêcher que cette phase ne se transforme en une simple formalité. Les travaux parlementaires de l'époque font mention que «*la procédure interne à l'entreprise peut permettre dans bien des cas de dissiper des malentendus, d'éviter les licenciements décidés sous le coup de la colère. Elle donne au salarié les moyens de s'expliquer avec le chef d'entreprise, au chef d'entreprise le temps de peser les conséquences de sa décision pour le salarié*» (9). Cette phase doit être «*susceptible d'éviter, en imposant un temps de réflexion et de conciliation, bien des licenciements trop hâtifs*» (10).

(4) Sanction des irrégularités de procédure, selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise qui l'emploie :

- salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou appartenant à une entreprise de moins de 11 salariés = indemnité calculée en fonction du préjudice subi (art. L.1235-5 du Code du travail) ;

- salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté, employés dans une entreprise occupant au moins 11 salariés = indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (art. L.1235-2 du Code du travail).

(5) Cass. soc., 31 mars 2004, pourvois n°01-46960 et 01-46961

(6) Article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »

(7) Conseil d'État, 19 octobre 2005, pourvois n° 283471, 284421, 284473, 284654, 285374

(8) À l'origine, l'entretien préalable était réservé aux salariés ayant au moins un an d'ancienneté et employés dans une entreprise occupant habituellement au moins 11 salariés ; les salariés compris dans un licenciement collectif pour motif économique en étaient exclus. La loi n°86-797 du 3 juillet 1986 a étendu l'entretien préalable à tout licenciement pour motif économique, individuel ou collectif, de salariés ayant au moins un an d'ancienneté et occupés dans une entreprise employant moins de 11 salariés. La loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 a généralisé l'entretien à tout licenciement, pour motif économique ou non, quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise, à l'exclusion des licenciements pour motif économique de 10 salariés et plus dans une même période de 30 jours. Enfin, la loi n°89-549 du 2 août 1989 fait bénéficier de cet entretien les licenciements pour motif économique de 10 salariés et plus dans un même période de 30 jours lorsqu'il n'existe ni comité d'entreprise ni délégués du personnel dans l'entreprise.

(9) Rapport de M. André Méric, au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat (n°308 du 14 juin 1973)

(10) Rapport de M. Jean Bonhomme, au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale (n°352 du 17 mai 1973)



Le rapporteur du Conseil économique et social, Roger Louet, indiquait pour sa part, lors de la discussion du projet de loi, que «une procédure est instituée, dont la première phase consiste en une tentative de conciliation, éventuellement de réconciliation, entre les deux parties sous contrat, à l'image de la procédure de divorce ou de la procédure prud'homale» (11).

Le ministre du travail de l'époque, Georges Gorse, ajoutait que «cette phase préliminaire doit écarter toute possibilité de licenciement hâtif ou reposant sur un malentendu. Elle doit permettre à l'employeur de préciser les raisons de son projet de licenciement et au travailleur d'exposer ses objections» (12) «celle-ci est destinée à faciliter la conciliation. Elle tend non pas [...] à renvoyer les intéressés devant les tribunaux, mais, au contraire, à éviter le recours aux tribunaux en imposant un temps de réflexion et de conciliation» (13).

Le député socialiste Jacques-Anthoine Gau soulignait, quant à lui, que «il importe donc qu'avant même d'être licencié le travailleur puisse soutenir son point de vue auprès de l'employeur, avec le maximum de chances d'infléchir la décision de celui-ci» (14).

Selon un commentateur, «Dans l'esprit du législateur de 1973, il s'agissait tout à la fois d'un entre-

tien d'explication, et de conciliation éventuelle. Si le chef d'entreprise doit attendre au moins un jour franc (15) avant de pouvoir envoyer la lettre de licenciement, c'est qu'il doit réfléchir à des solutions alternatives» (16). Un autre commentateur rappellera que «conçu comme une mesure de conciliation, il doit être l'occasion pour l'employeur et le salarié de confronter leurs points de vue respectifs à un moment où théoriquement tout est encore possible, puisque selon l'article L.122-14 (17) du Code du travail, à ce stade de la procédure, la décision de licencier n'est «qu'envisagée».» (18).

Certes les lois des 3 juillet et 30 décembre 1986 et du 2 août 1989 (19) qui ont élargi le champ de l'entretien préalable (20) ont aussi modifié la fonction de cet entretien lorsque le licenciement intervient sur le terrain économique : dans ce contexte, le salarié n'est pas directement mis en cause puisque le licenciement envisagé doit reposer sur «un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié» (21). Comme le souligne un commentateur (22) «dans cette hypothèse [...] les arguments qu'il [le salarié] peut faire valoir à cette occasion semblent moins déterminants. Outre l'énonciation des motifs du licenciement, le chef d'entreprise doit proposer au salarié concerné d'adhérer à une convention de conversion (23). L'alternative porte donc moins sur la rupture elle-même (acquise) que

sur son mode : licenciement classique ou «rupture d'un commun accord», après un délai de réflexion laissé au salarié».

Le conseiller du salarié, immergé dans le débat contradictoire

Le législateur a ainsi entendu mettre en place, en substitution au pouvoir discrétionnaire de l'employeur, une procédure interne respectueuse des droits de la défense.

Le droit du licenciement se trouve donc encadré depuis près de 40 ans par une procédure préalable qui doit permettre au salarié de se défendre, et à l'employeur de pouvoir juger, à l'écoute des arguments de défense, de la réalité et du sérieux des motifs qu'il envisage d'invoquer à l'appui d'un éventuel licenciement.

L'entretien préalable, prévu par la loi dans le seul intérêt du salarié, n'a ainsi ni plus ni moins pour objet que d'instaurer une discussion contradictoire des motifs allégués à l'appui de la décision envisagée, c'est-à-dire de permettre un vrai dialogue pouvant conduire à une solution alternative au licenciement. A cette étape primordiale et obligatoire de la procédure de licenciement, le salarié a le droit de se défendre et l'employeur a le devoir de l'entendre, en demeurant libre de sa décision.

(11) JO AN, 1ère séance du 22 mai 1973, page 1443

(12) JO AN, 1ère séance du 22 mai 1973, page 1446

(13) JO AN, 1ère séance du 29 mai 1973, page 1614

(14) JO AN, 1ère séance du 22 mai 1973, page 1447

(15) Ce délai a été porté à deux jours ouvrables par l'ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004, relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle

(16) Jean-Emmanuel Ray, professeur à l'université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne - (Droit social n°6 - juin 1991 - pages 476 et s.)

(17) devenu les articles L.1232-2 et L.1233-11 du nouveau Code du travail

(18) Danielle Corrigan-Carsin, professeur à la faculté de droit et de science politique de Rennes (RJS n°8-9/97, pages 582 et s.)

(19) Loi n°86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement ; loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement ; loi n°89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion

(20) Avant l'intervention de ces lois, l'entretien préalable ne s'appliquait ni aux entreprises employant habituellement moins de 11 salariés ni aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté et n'était pas non plus applicable aux procédures de licenciement collectif justifié par un motif d'ordre économique

(21) Article L.1233-3 du Code du travail

(22) Jean-Emmanuel Ray, déjà cité (Droit social, n°6 - juin 1991 - pages 476 et s.)

(23) Remplacée aujourd'hui par le contrat de sécurisation professionnelle (se reporter à l'article publié dans le numéro 2 - janvier 2012 - du Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie, pages 12 et s.)



C'est pourquoi l'employeur ou son représentant est légalement tenu, au cours de cet entretien, d'énoncer clairement et précisément les faits qui motivent la rupture projetée du contrat de travail et de recueillir les explications et observations du salarié. C'est pourquoi aussi le licenciement ne peut être décidé avant la tenue de l'entretien et être notifié avant l'expiration d'un délai de réflexion d'au moins deux jours ouvrables après la date de cet entretien (24).

Par conséquent, la phase préalable donne aussi l'occasion à l'employeur d'apprécier, en considération des explications fournies par le salarié et après un dialogue avec lui, si le licenciement se justifie réellement ou s'il constitue une mesure véritablement proportionnée aux faits fautifs qu'il reproche au salarié. S'il y a lieu, l'employeur doit procéder aux investigations conformes à l'intérêt du salarié et rendues nécessaires par les déclarations de ce dernier au cours de l'entretien préalable, sous peine de se voir reproché d'avoir agi avec précipitation et légèreté (25).

L'entretien préalable, qui prend nécessairement la forme d'une entrevue formalisée et qui ne peut absolument pas être remplacé par une conversation téléphonique (26) ou suppléé par un entretien informel (27), offre donc la possibilité à l'employeur de prendre une décision plus éclairée. De cette discussion, l'employeur sera conforté ou non dans son projet de licencier le salarié ; il pourra ainsi revenir sur

son intention de rompre le contrat si, par exemple, des éléments nouveaux sont portés à sa connaissance ou que les arguments présentés par le salarié - ou son assistant - pour sa défense sont particulièrement convaincants.

On comprend ainsi que l'entretien auquel participe activement le conseiller du salarié vise à permettre à chacune des parties 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 avancé. L'entretien préalable au licenciement est donc une étape essentielle de la procédure qui peut aboutir à infléchir la volonté initiale de l'employeur et, par conséquent, permettre de parvenir soit à une autre solution que le licenciement, soit à des conditions de rupture plus favorables pour le salarié.

Le conseiller du salarié, principal acteur de la conciliation

Comme nous venons de le voir, il apparaît clairement à la lumière des rapports et des débats parlementaires que le législateur de 1973 a entendu instituer une procédure contradictoire préalable à la décision de licenciement, afin que le salarié soit mis en capacité, dans l'entreprise, de s'expliquer, de se justifier voire de se disculper. Cette phase,

obligatoire, a été voulue comme une rencontre où l'employeur - ou son représentant - et le salarié - ou son éventuel assistant - sont appelés à dialoguer, à s'engager dans une véritable discussion et, plus précisément encore, à débattre contradictoirement et ce, avant toute décision qui mettrait un terme aux relations contractuelles de travail. Cette « audition » (28) du salarié, ou plutôt cette confrontation entre les parties, a pour finalité de parvenir, autant qu'il est possible, à une conciliation.

De ce fait, le conseiller du salarié, parce que sa mission s'inscrit dans le cadre strict de l'entretien préalable, a pour rôle non seulement d'assister et de conseiller le salarié menacé de licenciement mais d'influer positivement sur la recherche de solutions alternatives au licenciement par une démarche de conciliation.

Le conseiller du salarié doit ainsi, par son action de conciliateur, contribuer à éviter autant que faire se peut le licenciement du salarié qu'il assiste et, à tout le moins, faciliter le dialogue entre les parties en présence et apaiser le climat s'il est tendu ou conflictuel pour favoriser une issue la plus avantageuse possible pour le salarié.

Bien évidemment, la ligne de conduite qui sera préconisée par le conseiller du salarié devra répondre au souhait du salarié assisté quant à son maintien ou non dans l'entreprise. Le choix de

L'entretien préalable au licenciement est donc une étape essentielle de la procédure qui peut aboutir à infléchir la volonté initiale de l'employeur

Le conseiller du salarié a pour rôle non seulement d'assister et de conseiller le salarié menacé de licenciement mais d'influer positivement sur la recherche de solutions alternatives au licenciement par une démarche de conciliation

(24) Article L.1232-6, pour les licenciements pour motif personnel. Ce délai est porté à 7 ouvrables pour les salariés faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique et à 15 jours ouvrables pour les cadres licenciés individuellement - voir tableau ci-après - (articles L.1233-15 et L.1233-59 : licenciement individuel ou collectif de moins de 10 salariés sur 30 jours, à l'exception des situations de redressement ou de liquidation judiciaire)

(25) Cass. soc., 17 février 1993, pourvoi n° 89-44745 ; 3 mai 1990, pourvoi n° 87-44409

(26) Cass. soc., 14 novembre 1991, pourvoi n° 90-44195

(27) Cass. soc., 21 mai 1992, pourvoi n° 91-40989

(28) Article L.1232-4 et également, depuis la recodification de 2008, article L.1233-13



la stratégie de défense à mettre en œuvre sera, par conséquent, dicté par la situation rencontrée et par le désir non équivoque du salarié de conserver son emploi ou, au contraire, de quitter l'entreprise. Il appartient, à cet égard, au conseiller du salarié d'éclairer de ses connaissances et de son expérience

le salarié qu'il assiste afin d'amener ce dernier à se positionner de façon réfléchie sur l'issue qu'il souhaite véritablement.

En tout état de cause, il serait particulièrement dommageable pour le salarié que, dans le contexte difficile qui entoure la perspective

d'une perte d'emploi, le conseiller du salarié n'entende pas jouer un rôle de conciliateur alors même que son action se situe au cœur de la phase de conciliation que constitue l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement. ■

Quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise	Délai minimum entre la date pour laquelle le salarié a été convoqué à l'entretien préalable et la notification du licenciement (licenciement des salariés non protégés)		
Pour motif personnel	2 jours ouvrables		
Pour motif économique	Licenciement individuel		Licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours
	Non cadres	Cadres	
	7 jours ouvrables*	15 jours ouvrables*	7 jours ouvrables*

* Ces délais ne s'appliquent pas en cas de redressement ou de liquidation judiciaire

Bientôt, un dépliant d'information sur le conseiller du salarié

Bien que l'institution des conseillers du salarié existe depuis maintenant plus de 20 ans, l'étude qualitative sur l'activité des conseillers du salarié de la région Haute-Normandie, qui a été réalisée pour le compte de la Direccte en 2011, a révélé une méconnaissance du public sur le rôle, les droits et obligations de cet assistant extérieur à l'entreprise.

Afin de mieux informer les employeurs et les salariés sur ce dispositif législatif d'assistance du salarié, la Direccte de Haute-Normandie prépare actuellement un dépliant d'information sur le conseiller du salarié.

Ce document de présentation de la fonction du conseiller du salarié sera largement diffusé auprès des organisations professionnelles et syndicales, maisons de la justice et du droit, préfectures, sous-préfectures, conseils de prud'hommes, mairies et sections d'inspection du travail, et sera également téléchargeable sur le site Internet de la Direccte de Haute-Normandie www.haute-normandie.directe.gouv.fr

Chaque conseiller du salarié de la région recevra bien sûr un certain nombre d'exemplaires de ce dépliant, lequel pourra ainsi être utilement remis aux salariés qui recourent à son assistance.



L'entretien préalable, avec ou sans micro

Comme nous l'avons vu dans un article paru dans le précédent numéro de cette publication (1), le témoignage du conseiller du salarié est admis à titre de preuve devant la juridiction prud'homale. Une solution contraire aurait, en privant de tout effet le témoignage en justice du conseiller, pour conséquence d'*«amputer le rôle de ce dernier d'une partie importante de ce pourquoi il a été institué»* (2). Effectivement, il entre dans le rôle du conseiller du salarié de contribuer à la défense des intérêts du salarié en témoignant, en tant que de besoin, du déroulement de l'entretien auquel il a participé.

Un témoin qui atteste

Le conseiller du salarié, en tant que participant à l'entretien, se trouve être un témoin direct dont les déclarations constituent un mode de preuve, dite testimoniale, recevable devant le conseil de prud'hommes.

Cependant, la valeur probante de ce témoignage est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (3). En effet, le juge prud'homal pourra apprécier librement la valeur et la portée du témoignage fourni par l'assistant du salarié. En d'autres termes, les juges ont toute latitude pour évaluer l'objectivité

du témoignage ainsi rapporté, et donc de décider si le témoignage présente ou non les garanties suffisantes pour emporter la conviction. Ainsi, une attestation, comme tout autre moyen de preuve, pourra être écartée des débats si elle n'est pas établie conformément au principe de loyauté qui est supposé gouverner la recherche des preuves en droit du travail.

Le conseiller du salarié est donc en capacité d'attester, notamment par écrit et dans le respect du formalisme édicté par les articles 200 à 203 du Code de procédure civile, des conditions dans lesquelles la procédure de licenciement s'est déroulée et, tout particulièrement, de ce qui s'est dit à huis-clos lors de l'entretien préalable au licenciement.

Un témoignage sur la teneur de l'entretien peut ainsi se révéler très précieux pour le salarié, si l'on considère, par exemple, que la procédure de licenciement sera irrégulière si un motif invoqué dans la lettre de licenciement n'a pas été indiqué par l'employeur au cours de l'entretien,

bien que cette irrégularité formelle n'empêche pas le juge de décider que le licenciement est fondé sur un motif réel et sérieux (4).

Outre la possibilité de produire une attestation de témoin, ou d'apporter son témoignage oral le conseiller du salarié peut demander aux parties en présence qu'un compte rendu de l'entretien soit rédigé

De même, il a été jugé que le défaut d'indication des motifs à l'entretien préalable, établi sur la base d'une attestation du conseiller du salarié dont la teneur n'était pas contestée, constitue un vice de procédure qui, en l'occurrence, entachait d'illégalité l'autorisation

de licenciement accordée par l'inspecteur du travail, s'agissant dans le cas d'espèce d'un salarié protégé (5).

Un participant qui prend des notes

Outre la possibilité de produire une attestation de témoin, ou d'apporter son témoignage oral lors d'une audition devant des conseillers rapporteurs ou à la barre au cours de l'audience, le conseiller du salarié peut demander aux parties en présence qu'un compte rendu de l'entretien soit rédigé et, en cas de refus de l'employeur, décider de l'établir lui-même. Ce compte rendu relatant le déroulement de l'entretien aura

1) Article intitulé « Du compte rendu d'entretien à l'attestation de témoin » numéro 2 – janvier 2012 – du Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie, pages 10 et s.)

(2) Pierre Lyon-Caen, observations, Semaine sociale Lamy n°1023 – avril 2001 – page 11 et s.

(3) Cass. soc., 30 octobre 2002, pourvoi n°00-46314 ; 12 février 2002, pourvoi n°99-45634 ; 27 mars 2001, pourvoi n°98-44666

(4) Cass. soc., 4 juillet 2006, pourvoi n°04-4771 ; 16 novembre 2005, pourvoi n°03-46655 ; 28 juin 2000, pourvoi n°98-43070

(5) Conseil d'État 19 mars 2008, pourvoi n°289433



assurément une valeur probante s'il est cosigné par l'employeur (6) ou encore si son contenu n'est pas contesté par celui-ci devant le juge. Un compte rendu d'entretien non signé par toutes les parties n'aura, au mieux, que la

valeur d'un simple témoignage de la part du signataire. Il a été jugé, *a fortiori*, qu'un compte rendu non signé ne suffit pas à établir la réalité d'un fait qui s'y trouve consigné, en l'occurrence la volonté de l'employeur de ne pas respecter la procédure (7).

C'est pourquoi le compte rendu signé par seulement le conseiller du salarié, qui contient la relation de faits auxquels il a assisté ou qu'il a personnellement constaté, pourra constituer, s'il est produit devant la juridiction prud'homale, une attestation de témoin dont la valeur probante sera souverainement appréciée par le juge.

Un entretien qui s'enregistre

Du fait de son caractère contradictoire, l'entretien préalable est le moment où s'échangent des propos qui ne sont pas anodins pour la suite de la procédure. La loi et, au-delà, la jurisprudence imposent notamment que l'employeur, ou son représentant, fasse connaître au salarié le ou les motifs du licenciement envisagé, mais aussi qu'il recueille les explications du salarié à ce sujet et lui fournisse, en retour, ses propres explications.

Une preuve des paroles prononcées de part et d'autre peut s'avérer très utile dans le cas où le licenciement

Le compte-rendu signé par seulement le conseiller du salarié, pourra constituer, s'il est produit devant la juridiction prud'homale, une attestation de témoin dont la valeur probante sera souverainement appréciée par le juge

notifié ultérieurement conduirait à une procédure contentieuse. Un enregistrement sonore, voire audiovisuel, de l'entretien peut donc être envisagé tant par l'employeur que par le salarié et/ou son assistant afin de se ménager une preuve en prévision d'un éventuel procès.

L'usage d'un magnétophone, dictaphone, smartphone, téléphone mobile ou encore de tout autre procédé d'enregistrement est toutefois à proscrire si l'une des parties n'en est pas avisée et n'a pas consenti à l'enregistrement.

En effet, un tel enregistrement ne sera admis comme mode de preuve licite que s'il n'est pas effectué à l'insu de l'une ou l'autre des parties.

Compte tenu que tout moyen de preuve doit obéir au principe de loyauté imposée par la jurisprudence sociale, un enregistrement, quelles que soient les modalités techniques utilisées, réalisé par l'employeur à l'insu du salarié sera déclaré irrecevable par le juge prud'homal.

La position de la Chambre sociale de la Cour de cassation (8) selon laquelle «*si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite*». paraît devoir s'appliquer à un enregistrement de l'entretien préalable qui n'aurait pas été effectué en toute transparence.

Concluons donc que l'enregistrement par l'employeur de l'entretien préalable à l'insu du salarié ne sera pas opposable à ce dernier et sera écarté des débats en raison de son caractère déloyal et, par conséquent, illicite. Ce procédé ne tombera cependant pas sous le coup du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui dès lors que les propos enregistrés lors de l'entretien préalable entrent dans le seul cadre de l'activité professionnelle (9).

Lorsque l'enregistrement de l'entretien préalable est recevable, c'est-à-dire réalisé dans des conditions loyales, il ne pourra cependant être doté de force probante que si les protagonistes sont audibles et que l'intégralité de leurs propos sont compréhensibles.

Se pose là la question de la fiabilité de ce moyen de preuve, étant donné que la voix des interlocuteurs peut ne pas être déterminée avec certitude et qu'il existe la possibilité de multiples fraudes par re-tranchement ou addition. En effet, compte tenu des possibilités de manipulation [montage, trucage...]

qu'offre l'évolution des techniques, un enregistrement, qu'il soit numérique ou électromagnétique, ne présente pas d'emblée des

garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité, concernant tant sa date que son contenu, sauf à n'être contesté par aucune des parties concernées.

En conséquence, un enregistrement, lorsqu'il est jugé licite sur le plan probatoire, ne constituera pas pour autant un mode de preuve systématiquement fiable et n'emportera pas nécessairement la convic-

L'enregistrement par l'employeur de l'entretien préalable à l'insu du salarié ne sera pas opposable à ce dernier

(6) Cass. soc., 1er juillet 2009, pourvoi n°07-45351

(7) Cass. soc., 1er mars 2000, pourvoi n°97-45731

(8) Cass. soc., 20 novembre 1991, pourvoi n°88-43120

(9) Cass. crim., 16 janvier 1990, pourvoi n°89-83075



tion des juges. Il appartient donc là encore aux tribunaux d'apprécier, au cas par cas, si l'enregistrement produit par l'employeur ou par le salarié a une valeur probante. Par précaution, la partie qui soumet un enregistrement aura donc tout intérêt à conforter celui-ci par des attestations et témoignages qui corroborent les propos enregistrés.

Il doit être rappelé que le salarié qui recourt à un enregistrement de l'entretien préalable à l'insu de l'employeur ou sans son consentement - outre que le procédé déloyal rend irrecevables en justice les preuves ainsi obtenues (10) - adopte un comportement jugé fautif par les tribunaux et constitutif d'une faute grave (11).

Quant au conseiller du salarié, celui-ci ne peut davantage procéder à un enregistrement « clandestin » de l'entretien préalable à des fins probatoires. Seul un enregistrement effectué en toute connaissance de cause de la personne enregistrée, est loyal et constitue un mode de preuve licite en droit civil.

Ne serait-ce qu'en perspective de la rédaction d'un compte rendu ou d'une attestation de témoin, le conseiller peut souhaiter enregistrer les propos échangés, en complément des notes manuscrites qu'il pourra prendre lors de l'entre-

tien, sans qu'il s'agisse d'utiliser directement l'enregistrement comme moyen de preuve. L'aide technique que représente un enregistrement peut effectivement permettre une retranscription intégrale, au mot-à-mot, de l'entretien tel qu'il s'est réellement déroulé. Compte tenu des enjeux, l'établissement d'un compte rendu le plus complet et le plus fidèle possible au déroulement de l'entretien, sorte de procès-verbal où chaque propos y est « acté » et où les interventions de chacune des parties sont consignées telles quelles, présente un intérêt certain.

La pratique qui consisterait à enregistrer l'entretien préalable à l'insu de l'employeur et à rédiger ensuite, en vue de sa production éventuelle en justice, une attestation de témoin ou un compte-rendu d'entretien à partir de l'enregistrement ainsi réalisé ne pourra être condamnée, bien que critiquable sur un plan déontologique. Toujours est-il que l'enregistrement effectué dans ces conditions déloyales ne pourra, de ce fait même, servir de

preuve dans le cadre d'une procédure prud'homale : il ne permettra pas de corroborer le témoignage écrit du conseiller, pas plus que, à

l'inverse, un témoignage conforme rendra recevable l'enregistrement.

Rappelons, enfin, que tant le compte rendu que l'attestation que pourra établir le conseiller du salarié, ne doivent comporter aucun fait matériellement inexact, sauf à

risquer une condamnation pénale pour faux témoignage si ce document est produit en justice (12). Le conseiller du salarié étant tenu au secret professionnel pour toutes les

questions relatives aux procédés de fabrication (13), son témoignage ne peut davantage porter sur des faits couverts par ce secret, sous peine de poursuites judiciaires et d'une radiation de la liste des conseillers.

S'agissant de l'obligation de discrétion - distincte du secret professionnel - à laquelle est également lié le conseiller du salarié, qui concerne les informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par l'employeur, celle-ci peut, avec discernement, fléchir face à l'intérêt supérieur du salarié et, en tout état de cause, elle doit céder devant l'obligation de parler imposée dans certains cas par la loi, telles l'obligation de déposer en justice [en qualité de témoin] et l'obligation de signalement (14). ■

Tant le compte-rendu que l'attestation que pourra établir le conseiller du salarié, ne doivent comporter aucun fait matériellement inexact

Le salarié qui recourt à un enregistrement de l'entretien préalable à l'insu de l'employeur ou sans son consentement adopte un comportement jugé fautif par les tribunaux et constitutif d'une faute grave

10) Cour d'appel, Caen, 31 mars 2008

(11) Cour d'appel, Douai, 14 septembre 1990 ; Nancy, 27 juin 1990 ; Dijon, 22 février 1984 ; Reims, 4 février 1980

(12) Cass. crim., 26 mars 2002, pourvoi n°01-84215

(13) Article L.1232-13 du Code du travail et article 226-13 du Code pénal

(14) Se reporter à l'article intitulé « La dénonciation n'a pas cours » numéro 2 - janvier 2012 - du Bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie, pages X et s.)



Vos papiers, s'il vous plaît !

L'employeur, ou son représentant, qui mène un entretien préalable au licenciement ou un entretien préparatoire à une rupture conventionnelle, dans une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel, est tenu, sous peine de poursuite pénale, de ne pas porter ou tenter de porter atteinte à l'exercice régulier des fonctions du conseiller du salarié qui assiste le salarié convoqué (1).

Un employeur qui s'opposerait à la présence d'un conseiller du salarié lors de l'entretien préalable ou bien qui l'empêcherait, d'une quelconque manière, d'accomplir sa mission d'assistance et de conseil dans des conditions normales, s'exposerait également à une sanction civile pour non-respect de la procédure de licenciement (2). De la même façon, un tel comportement adopté à l'occasion d'un entretien préparatoire à une rupture conventionnelle, conduira, si l'autorité administrative en a connaissance, à une décision de refus d'homologation de la convention de rupture ou, sinon, pourra être sanctionné par le juge prud'homal qui appréciera si la procédure a été respectée et pourra, s'il y a lieu, annuler l'homologation contestée.

Pour pouvoir prétendre participer à un entretien, qu'il soit préalable au licenciement ou préparatoire à une rupture conventionnelle, le conseil-

ler du salarié doit justifier de sa qualité auprès de l'employeur ; ce dernier a formellement le droit de s'assurer que la personne extérieure à l'entreprise qui va assister le salarié est réellement investie d'un mandat de conseiller du salarié en cours de validité et qu'elle a compétence à intervenir dans le département où a lieu l'entretien.

Le conseiller se doit, dès son arrivée dans l'entreprise, de présenter sa carte de fonction

De même, le conseiller du salarié a tout intérêt à justifier spontanément de sa qualité, de manière à ce que, en cas d'incident telle une entrave à l'exercice de ses fonctions, l'employeur ne puisse alléguer, par la suite et avec succès, que le conseiller n'ayant produit aucune justification, il était fondé à penser que cette personne pouvait usurper ce titre et ne détenir, par conséquent, aucun droit à participer à l'entretien.

Pour ce faire, le conseiller du salarié se voit délivrer par l'autorité administrative une carte individuelle attestant de sa qualité, sur laquelle figure une photographie de l'intéressé.

Le conseiller du salarié doit absolument être porteur de cette carte chaque fois qu'il exerce sa mission, afin de la produire systématiquement à la personne qui

dirigera l'entretien préalable. La présentation de la carte prémunit, en principe, l'employeur d'un risque d'usurpation de fonction et permet au conseiller d'invoquer avoir justifié de la réalité de sa qualité.

Autant le conseiller se doit, dès son arrivée dans l'entreprise, de présenter sa carte de fonction, de sorte que l'employeur ou son représentant en prenne immédiatement



(1) Article L.1238-1 du Code du travail

(2) Article L.1235-2



connaissance, il n'a pas, par contre, à s'en dessaisir.

Ainsi, l'employeur n'est pas en droit d'exiger du conseiller qu'il lui confie temporairement sa carte afin d'en réaliser une photocopie pour ses propres besoins.

Lorsque l'employeur entend vérifier que le conseiller du salarié qui se présente à lui, est effectivement titulaire d'un tel mandat, il peut librement consulter sur-le-champ la liste

départementale des conseillers du salarié afin d'y retrouver la mention du nom du conseiller présent (www.haute-normandie.direccte.gouv.fr).

Sur ce point, le conseiller pourra utilement détenir une photocopie de l'arrêté préfectoral en vigueur qui dresse la liste des conseillers du salarié sur laquelle il figure.

De même, l'employeur a la possibilité de joindre téléphoniquement les services de l'Unité territoriale

de la Direccte, lesquels pourront lui confirmer que le nom communiqué est inscrit sur la liste des conseillers pour le département.

La carte de conseiller du salarié doit impérativement être restituée par son titulaire en cas de cessation anticipée du mandat. ■

Des frais de déplacement encadrés

Depuis le renouvellement des listes des conseillers du salarié de la région, des difficultés sont apparues dans le traitement des demandes de remboursement des frais de déplacement engagés par les conseillers dans le cadre de l'exercice de leur mission. A ces difficultés se sont ajoutées de nouvelles exigences émanant de l'administration des finances publiques chargée de leur mise en paiement.

Il apparaît donc nécessaire de rappeler les conditions dans lesquelles ces frais de déplacement peuvent être pris en charge par l'administration :

Dossier administratif

► En premier lieu, pour être autorisé à utiliser son véhicule pour les besoins de l'exercice de sa mission, le conseiller du salarié doit fournir à l'administration un dossier composé des pièces suivantes :

- copie du permis de conduire ;
- copie du certificat d'immatriculation du véhicule ;

■ copie du certificat d'assurance automobile en cours de validité ;

■ demande d'autorisation d'utiliser un véhicule personnel complétée et signée ;

■ certificat par lequel le conseiller reconnaît être le propre assureur de son véhicule pour les risques non prévus par son assurance.

Chacune de ces pièces est nécessaire à l'établissement d'une autorisation d'utiliser un véhicule personnel, laquelle est signée par le directeur de l'Unité Territoriale et exigée par l'administration des finances publiques pour effectuer les mises en paiement demandées par nos services. En cas de changement de véhicule, les pièces le concernant doivent être renouvelées.

► Un relevé d'identité bancaire (RIB) doit également être fourni pour permettre de verser directement les remboursements de frais sur le compte bancaire du conseiller. S'agissant de ce document, l'administration des finances publiques exige que le libellé du ou des titulaires du compte contienne les

nom et prénom du conseiller. Ainsi, un compte joint ouvert au nom de M. ou Mme Pierre DURAND ne sera pas accepté pour verser des sommes à Mme DURAND si son prénom ne figure pas expressément sur le RIB. Dans cette hypothèse, il convient de joindre au RIB une copie du livret de famille justifiant du lien conjugal unissant les époux.

Etat de frais de déplacement

► Le conseiller du salarié demande le remboursement des frais qu'il a engagés pour exercer sa mission au moyen d'un imprimé intitulé «Etat de frais». Cet imprimé doit être établi par le conseiller mensuellement si le nombre de déplacements le justifie. Dans le cas contraire, ou si la somme totale est très faible, les déplacements de plusieurs mois doivent être reportés sur un seul état.

Conditions de prise en charge des frais

► Il est important de rappeler, notamment aux conseillers du salarié nouvellement désignés, que leur champ géographique de



compétence est limité au département (se reporter à l'article «Une compétence territoriale qui s'étend et se limite au département», en pages 7 et s. du présent numéro). Ainsi une intervention se tenant hors du département, outre qu'elle se trouve irrégulière, ne pourra donner lieu au remboursement des frais qu'elle a occasionné.

► Par ailleurs, seuls sont remboursés les frais engagés à l'occasion d'une intervention limitée au cadre strict de l'entretien préalable au licenciement ou des entretiens préparatoires à une rupture conventionnelle. Le déplacement comprend, outre la durée de l'entretien, le temps nécessaire au conseiller pour s'y rendre et en revenir. Il peut intégrer le temps d'un éventuel pré-entretien à la condition expresse qu'il précède immédiatement l'entretien lui-même.

► S'agissant du kilométrage déclaré par le conseiller pour le trajet entre le lieu de départ et celui de destination, il doit être conforme à



Le respect de l'ensemble de ces règles va permettre un traitement plus rapide des états de frais dans la mesure où ils seront correctement complétés. Il évitera les désagréments causés par l'impossibilité dans laquelle se trouve l'administration de prendre en charge des frais engagés en dehors du cadre juridique en vigueur.

la réalité et fait l'objet d'une vérification, par l'administration, au moyen de sites Internet de calcul des distances routières. Si la demande de remboursement porte sur un kilométrage qui excède de façon importante celui calculé via les sites suscités, il devra être justifié ou bien fera l'objet d'une correction. Il faut savoir que l'administration des finances publiques exerce, elle aussi à son niveau, un contrôle de l'exactitude des distances déclarées entre deux points géographiques.

► Il est important de veiller à ce que l'attestation signée par le salarié assisté soit correctement et entièrement complétée, notamment en ce qui concerne l'adresse précise de l'entreprise dans laquelle a eu

lieu l'entretien ainsi que les heures de début et de fin de cet entretien. Elle constitue l'unique document qui permet le calcul du kilométrage parcouru, le paiement éventuel d'une indemnité de repas et de justifier l'absence du conseiller auprès de son employeur.

► Rappelons enfin que les frais de péage d'autoroute sont pris en charge sur présentation des reçus correspondant aux date et heure de l'entretien considéré. Quant aux frais de stationnement du véhicule, ils ne sont pas pris en charge. ■

Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation,
du travail et de l'emploi de Haute-Normandie

Directeur de publication : **Serge Leroy**

Rédaction : **Catherine Casanova, Sylvie Geiger, David Delasalle, Dominique Leroi-Duval**

14, avenue Aristide Briand 76108 Rouen cedex 1

Tel. 02.32.76.16.20 Fax 02.32.76.16.79