



L'absence de représentants du personnel s'apprécie dans le cadre de l'entreprise et non d'un établissement

Tout salarié employé par une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel peut, s'il est convoqué par son employeur à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement, recourir, s'il le souhaite, aux services d'un conseiller du salarié pour l'assister et le conseiller lors de cet entretien (1).

Depuis l'intervention de la loi du 25 juin 2008 qui a instauré la rupture conventionnelle, le salarié qui s'oriente vers une telle rupture de son contrat de travail peut également, toujours en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, demander l'assistance d'un conseiller du salarié pour le ou les entretiens préparatoires de cette rupture d'un commun accord (2).

Quand la représentation du personnel fait défaut

Le législateur, dès la loi du 2 août 1989 (3), a ainsi réservé cette faculté aux salariés qui sont employés dans une entreprise, quel que soit son effectif, ne comportant aucun représentant du personnel.

Ceci s'explique par la préoccupation du Gouvernement et, à sa suite, du législateur à l'égard des salariés des petites entreprises. En effet, jusqu'à l'intervention de cette loi, il était constaté que le salarié *«ne peut se faire assister que par un travailleur de l'entreprise. Mais tous les partenaires sociaux (...) reconnaissent volontiers que cette disposition est tout à fait inopérante dans les petites entreprises. En l'absence de délégué, et surtout lorsque la situation est un peu tendue, aucun travailleur n'accepte en général cette mission de défense»* (4). Le ministre du travail de l'époque déclarait lors des débats parlementaires devant l'Assemblée nationale : *«je crois que, lors de l'entretien individuel préalable, il n'est pas de bonne politique de laisser le salarié licencié seul, sans assistance face à l'employeur»* (5). Un député ajoutera : *«nous savons que plus de 60 % des entreprises n'ont pas de représentation syndicale. Chiffre important si l'on imagine, comme Monsieur le ministre, un employé seul en face de son employeur. Vous savez très bien que les rapports employeurs-employés dans une petite entreprise sont tout*

à fait différents de ceux qui peuvent exister dans une grande entreprise. L'employé est donc le plus souvent démuné. Il fallait trouver une solution» (6).

La création en 1989 de l'assistant extérieur, qui deviendra par la suite, en 1991, le conseiller du salarié, et qui ne tend qu'*«à pallier les inconvénients qu'entraîne l'absence de représentants du personnel pour le salarié qui est convoqué à l'entretien préalable au licenciement»* (7) résulte donc du fait que la faculté ouverte par la loi du 13 juillet 1973 - qui a institué la procédure légale de licenciement et en particulier l'entretien préalable - de se faire assister au cours de cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise était, en réalité, sérieusement limitée pour les salariés employés dans les nombreuses entreprises où n'existe aucune des institutions représentatives du personnel. Comme le dira le ministre du travail en 1990 au cours de la discussion sur la proposition de loi relative au conseiller du salarié, *«il s'agissait de mettre fin au déséquilibre existant dans les entreprises dépour-*

(1) Articles L.1232-4 et L.1233-13 du Code du travail

(2) Article L.1237-12 du Code du travail

(3) Loi n°89-549 du 2 août 1989 [article 30] 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

(4) Député Michel Coffineau, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale (1ère séance du 24 mai 1989, JOAN 25 mai 1989, p.1175)

(5) Jean-Pierre Soisson (séance du 13 juin 1989, JOAN 14 juin 1989, p.1509)

(6) Député Marc Bœuf (séance du 13 juin 1989, JOAN 14 juin 1989, p.1509)

(7) Jean-Pierre Soisson déjà cité (2ème séance du 16 mai 1990, JOAN 17 mai 1990, p.1402)



vues d'institutions représentatives du personnel entre l'employeur et le salarié privé en fait, sinon en droit, de la possibilité d'assistance lors de l'entretien préalable et, par là même, de mettre fin à une inégalité entre les salariés selon qu'ils travaillent ou non dans une entreprise où un représentant [du personnel] est susceptible de les assister pendant l'entretien» (8).

Le salarié qui sollicite un conseiller du salarié pour l'assister doit donc obligatoirement appartenir à une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel ; c'est-à-dire que le salarié doit nécessairement être employé dans une entreprise sans structure de représentation du personnel.

Il faut entendre par là, que l'entreprise ne possède :

- ni délégués du personnel ;
- ni comité d'entreprise ;
- ni comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;
- ni délégués syndicaux ou représentants de la section syndicale.

Ce sera normalement le cas de toutes les entreprises qui emploient moins de 11 salariés. Mais, bien sûr, des entreprises dont l'effectif est supérieur à 10 salariés peuvent, bien qu'étant assujetties selon leur taille à la mise en place de diverses institutions représentatives du personnel, ne posséder aucun représentant du personnel pour différentes raisons.

La loi vise l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Or, les délégués syndicaux ne sont pas, au sens strict, des représentants du personnel. Cependant, l'administration du travail considère que l'absence de représentation doit s'entendre comme

l'absence de représentants élus ou désignés (9). La Chambre sociale de la Cour de cassation tient la même position (10).

En revanche, l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement n'empêche pas à elle seule le recours au conseiller du salarié, une telle section n'ayant pas la nature d'une institution représentative du personnel au sens de la loi. En effet, dans les entreprises employant au moins 50 salariés, le rôle de représentation de la section syndicale et, donc, du syndicat auprès tant des salariés de l'entreprise que de l'employeur est, en règle générale, exercé par les délégués syndicaux ou, lorsque le syndicat n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, par le représentant de la section syndicale [RSS], et, dans les entreprises comptant moins de 50 salariés, par un délégué du personnel titulaire désigné comme délégué syndical par le syndicat reconnu représentatif ou comme RSS par un syndicat non représentatif. En l'absence de délégué syndical ou de RSS, la section syndicale, qui est un groupement de fait, sans personnalité civile, et qui n'a ni organe d'expression propre ni volonté collective distincte du syndicat dont elle émane, ne prive donc pas le salarié de la possibilité de faire appel à un conseiller du salarié. Par contre, comme nous venons de l'indiquer, la Cour de cassation considère, tout comme l'Administration, que la présence d'un délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter le recours à un conseiller du salarié (10). Il devrait certainement en être de même, depuis la loi du 20 août 2008, s'il existe un représentant de la section syndicale.

Par ailleurs, la désignation d'un

représentant des salariés, telle que prévue par le Code de commerce (11), en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire n'exclut pas la possibilité pour le salarié menacé de licenciement de s'adresser à un conseiller du salarié si l'entreprise en difficulté est dépourvue d'institutions représentatives du personnel (12).

Une présence au niveau de l'entreprise

La présence de ces institutions représentatives du personnel doit s'apprécier, aux termes des dispositions légales (1) (2), dans le cadre de l'entreprise et non pas au niveau de l'établissement où travaille le salarié concerné ou bien encore de l'établissement auquel il est rattaché (13).

Selon la Cour de cassation, c'est même au niveau de l'unité économique et sociale [UES] dont relève l'employeur que doit s'apprécier l'existence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, pour déterminer si le salarié peut recourir à l'assistance d'un conseiller du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement (14) ou d'un entretien préparatoire d'une rupture conventionnelle.

En conséquence, l'absence de représentants du personnel, élus ou désignés, au sein de l'établissement dans lequel est occupé le salarié ne permet pas pour autant à celui-ci de faire appel à un conseiller du salarié, si, par ailleurs, une institution représentative du personnel est présente dans un ou plusieurs autres établissements appartenant à l'entreprise ou à l'unité économique et sociale. Comme le mentionne la circulaire ministérielle

(8) Séance du 8 octobre 1990, JOAN 9 octobre 1990, page 3450

(9) Circulaire DRT n°91/16 du 5 septembre 1991

(10) Cass. soc., 19 février 2002, pourvoi n°00-40657

(11) Article L.621-4 du Code de commerce

(12) Cass. soc., 4 février 2003, pourvoi n°00-45820 ; 27 juin 2002, pourvoi n°00-41893

(13) Cass. soc., 26 novembre 1996, pourvoi n°95-42457

(14) Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°10-14650 ; 21 septembre 2005, pourvoi n°03-44810



L'unité économique et sociale

Pour la Cour de cassation, le cadre d'appréciation de l'existence d'institutions représentatives du personnel s'étend à l'unité économique et sociale [UES] à laquelle appartient l'entreprise (1). En effet, la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale entre des entreprises juridiquement distinctes - prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels - ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale, a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs (2). L'unité économique et sociale, lorsqu'elle est reconnue, devient l'équivalent d'une entreprise unique et sert de cadre pour la mise en place des institutions représentatives du personnel : si l'effectif total des entreprises qui entrent dans le périmètre de l'UES atteint 11 salariés, des délégués du personnel communs doivent être mis en place ; si l'UES regroupe au moins 50 salariés, un comité d'entreprise commun doit être institué et les syndicats représentatifs en son sein doivent être admis à y désigner des délégués syndicaux. La mise en place et le fonctionnement de ces instances de représentation du personnel obéissent, en principe, aux mêmes règles que celles applicables au sein d'une entreprise classique.

Lorsqu'il existe une représentation du personnel au sein de l'unité économique et sociale, le salarié convoqué à un entretien, qu'il soit préalable au licenciement ou préparatoire d'une rupture conventionnelle, ne bénéficie pas de la possibilité de faire appel à un conseiller du salarié. Par suite, la lettre de convocation à l'entretien doit uniquement mentionner la faculté pour le salarié de se faire assister par un autre salarié, de son choix, appartenant à l'une ou l'autre des entités formant l'UES. En conséquence, si aucun représentant du personnel, élu ou désigné, n'est employé dans l'entreprise où travaille le salarié convoqué, mais qu'il existe, au niveau de l'UES, des institutions représentatives du personnel, l'employeur, parce qu'il fait partie de cette UES, ne peut faire état d'une possible assistance par un conseiller du salarié ; il doit strictement faire mention des modalités d'assistance du salarié applicables à la situation de l'entreprise, c'est-à-dire en l'occurrence de la structure UES.

(1) Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°10-14650 ; 21 septembre 2005, pourvoi n°03-44810

(2) Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi n°07-43875

du 5 septembre 1991, dans un tel cas, «le salarié pourra avoir recours à l'assistance d'un représentant du personnel d'un autre établissement et notamment du siège de l'entreprise».

Compte tenu que le salarié qui est employé dans une entreprise possédant en son sein une ou plusieurs institutions représentatives du personnel, ne dispose pas de la faculté de recourir à l'assistance d'un conseiller du salarié, le conseiller du salarié ne peut donc répondre favorablement à une éventuelle sollicitation émanant de ce salarié.

Lorsque la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement

ouvre au salarié une option d'assistance qui n'existe pas légalement, cette irrégularité cause un préjudice au salarié qui lui ouvre droit à des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure (15). Il en est ainsi quand un employeur, disposant de représentants du personnel, mentionne à tort dans la lettre de convocation la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié, ce dernier n'ayant pas compétence à intervenir dans un tel cas. En effet, il résulte des dispositions légales que la lettre de convocation à l'entretien préalable doit mentionner les modalités d'assistance du salarié applicables en fonction de la situation de l'entreprise (16).

De même, si, à l'inverse, l'employeur omet, dans cette lettre de convocation, de mentionner que le salarié a la possibilité de faire appel à un conseiller du salarié du fait que l'entreprise ne dispose pas d'instance représentative du personnel, il s'expose aux sanctions civiles prévues en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement.

La loi du 18 janvier 1991 (17) a soumis le non-respect des dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller extérieur aux sanctions civiles jusqu'alors applicables uniquement aux entreprises qui emploient habituellement au moins 11 salariés et pour seulement leurs salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté. Aussi, 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 réparation 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

La mention, ou l'absence de mention, dans la lettre de convocation à l'entretien - qu'il soit préalable au licenciement ou préparatoire d'une rupture conventionnelle - de la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié, constitue un simple élément indicatif sur la situation réelle de l'entreprise à cet égard.

Afin de ne pas se placer hors du champ de sa compétence, le conseiller doit s'assurer auprès du salarié qui le contacte, que l'entreprise qui emploie celui-ci est effectivement dépourvue de toute institution représentative du personnel, non pas au niveau de l'établissement où est employé l'intéressé mais au niveau de l'entreprise elle-même voire, le cas échéant, de l'unité économique et sociale.

En cas de doute sérieux, une vérification peut être obtenue, si nécessaire, auprès de la section d'inspection du travail territorialement compétente.

(15) Cass. soc., 19 novembre 2008, pourvoi n°07-43191

(16) Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n°10-14650 déjà cité

(17) Loi n°91-72 du 18 janvier 1991 relative au conseiller du salarié



juge ordonne la reprise de la procédure (18). Cette indemnité sanctionnant l'irrégularité de la procédure de licenciement se cumulera, le cas échéant, avec l'indemnité réparant le préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sauf si le salarié possède une ancienneté de 2 ans et plus dans une entreprise d'au moins 11 salariés. En effet, dans ce dernier cas, l'indemnité qui sanctionne un vice de procédure [licenciement irrégulier] n'est prévue que dans l'hypothèse où le licenciement est, par ailleurs, reconnu fondé ; elle ne peut donc se cumuler avec des dommages et intérêts dus pour une irrégularité de fond [licenciement injustifié].

Ainsi, dans le cas ou, en plus de l'irrégularité de forme, le licenciement sera jugé abusif, l'employeur sera condamné à verser :

- pour les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou employés dans une entreprise occupant habituellement moins de 11 salariés : une indemnité dont le montant est apprécié souverainement par le juge en considération du préjudice subi. Cette indemnité se cumulera avec celle octroyée pour le non-respect de la procédure (19) ;

- pour les salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté et appartenant à une entreprise qui emploie au moins 11 salariés : une indemnité au moins égale au montant des salaires des 6 derniers mois. Cette indemnité n'est pas cumulable avec celle accordée pour vice de procédure (20).

S'agissant de la rupture conventionnelle, l'absence d'information par l'employeur sur la faculté qu'avait le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié lors du ou des entretiens préparatoires pourra être sanctionnée par le juge prud'homal qui appréciera si la procédure a été respectée et pourra, s'il y a lieu, annuler l'homologation contestée (21). Rappelons que, lors des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, un amendement, rejeté par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, prévoyait que l'employeur devait signifier, par tout moyen, au salarié la possibilité de se faire assister durant la négociation de la rupture conventionnelle (22). Il en résulte qu'aucune disposition légale ne

met expressément, à l'heure actuelle, une telle obligation d'information à la charge de l'employeur. Néanmoins, il pèse sur l'employeur une obligation générale d'information, que l'on pourrait qualifier de « précontractuelle », envers le salarié lors des pourparlers sur la rupture conventionnelle. En effet, le salarié, pour être en mesure de prendre, en toute connaissance de cause, sa décision de partir ou non de l'entreprise dans le cadre juridique de la rupture conventionnelle, doit préalablement obtenir de la part de son employeur toutes les informations utiles sur le régime légal de ce mode de rupture. Ainsi, l'employeur, ou son représentant, se doit d'informer le salarié de ses droits - y compris des droits qu'il peut perdre - afin que ce dernier puisse donner un consentement éclairé à la rupture conventionnelle de son contrat de travail. Ceci comprend donc nécessairement, sous réserve de l'appréciation contraire des tribunaux, l'information sur l'assistance possible du salarié au cours du ou des entretiens de négociation (23). ■

Les employés de maison

Le législateur n'a prévu l'assistance du salarié par un conseiller du salarié qu'en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. La Cour de cassation a confirmé que ce dispositif était uniquement applicable au personnel des entreprises et ne visait pas les employés de maison, c'est-à-dire les salariés employés par des particuliers à des tâches de la maison à caractère familial ou ménager et qui exercent leur profession au domicile privé de l'employeur (*). Le particulier employeur n'est effectivement pas une entreprise et l'activité de l'employé de maison est liée à la personne de l'employeur.

La convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 rappelle d'ailleurs expressément (article 12, a 1.) que les règles relatives à l'assistance du salarié par un conseiller lors de l'entretien préalable ne sont pas applicables au personnel employé de maison.

Il s'ensuit que les employés de maison ne peuvent se prévaloir des dispositions de droit commun en matière d'assistance par un conseiller du salarié, pas plus que ce dernier ne peut s'estimer en droit d'assister un employé de maison.

Par contre, les salariés occupés à des tâches ménagères ou familiales au domicile d'un particulier dans le cadre d'une mise à disposition par une association ou une entreprise déclarée ou agréée de services à la personne, peuvent, quant à eux, faire appel au conseiller du salarié si la structure qui les emploie est dépourvue d'institutions représentatives du personnel.

(*) Cass. soc. 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-40592 ; 22 février 2006, pourvoi n° 04-43636 ; 25 février 2004 pourvoi n° 02-41624 ; 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-40.254 ; 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-45202 ; 4 juin 1998, pourvoi n° 95-44693

(18) Articles L.1235-5, dernier alinéa, et L.1235-2 du Code du travail

(19) Cass. soc., 5 février 2003, pourvoi n° 01-01672

(20) Cass. soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-43866 ; 4 avril 2007, pourvoi n° 06-42995 ; 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-42441

(21) La Cour d'appel de Nîmes a jugé qu'aucune obligation d'information particulière à ce sujet ne s'impose à l'employeur (arrêt du 12 juin 2012, n° 11/00120) ; la Cour d'appel de Besançon a également considéré qu'aucune disposition légale n'impose à l'employeur une démarche ou une formalité particulière (arrêt du 1er juillet 2011, n° 10/02811) alors que la Cour d'appel de Reims a annulé et requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse la convention de rupture en raison notamment du fait que l'employeur n'a pas démontré avoir informé préalablement le salarié de la possibilité de se faire assister (arrêt du 9 mai 2012, n° 10/01501). De même, la Cour d'appel de Poitiers a retenu l'irrégularité de la procédure au motif notamment que le salarié n'a pas été informé de la possibilité dont il disposait d'être assisté par un conseiller du salarié (arrêt du 28 mars 2012, n° 10/02441).

(22) Compte rendu n° 35 de la séance du 8 avril 2008 et rapport n° 789 de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale

(23) Se reporter au numéro spécial - octobre 2012 consacré à la rupture conventionnelle du Bulletin des conseillers du salarié de Haute-Normandie