

## SALARIÉ PROTÉGÉ

# Obtenir l'autorisation de licencier un salarié protégé



**Par Sylvain Niel**

Avocat associé

Directeur du département GRH,  
Fidal

**et Grégory Bucheton**

Avocat

Département Droit et Gestion  
sociale, Fidal

**Cabinet Fidal**

14, bd du Général Leclerc  
92527 Neuilly-sur-Seine Cedex  
Tél. : 01 47 38 54 00  
[Sylvain.niel@fidal.fr](mailto:Sylvain.niel@fidal.fr)

Procéder au licenciement d'un salarié protégé constitue, pour beaucoup de DRH, une mission impossible. Pourtant, même si ces salariés bénéficient d'une procédure spécifique, la demande aboutit quatre fois sur cinq. A condition, évidemment, que le dossier soit sérieusement étayé. Voici des conseils pour mettre toutes les chances de son côté.

## Etat des lieux des demandes et de leurs motifs

C'est dans l'industrie que l'on recense le plus grand nombre de demandes (48 % du total), particulièrement sur les sites de plus de 500 salariés. 77 % d'entre elles sont motivées par un motif économique.

En revanche, dans le secteur tertiaire, elles sont fréquemment fondées sur un motif personnel et plus particulièrement l'insuffisance professionnelle. Selon le Ministère du travail, ce type de licenciement semble lié à des formes de management par objectifs, une gestion de l'emploi plus individualisée et un contrôle systématique des résultats obtenus par le salarié protégé.

Il ressort d'une analyse ministérielle que, « *toutes choses égales par ailleurs* », les licenciements de salariés protégés pour motif personnel sont moins autorisés que ceux qui reposent sur un motif économique. Les demandes pour motif personnel, particulièrement en cas de licenciement disciplinaire, suscitent en effet plus de réticences, car c'est sur eux que pèsent le plus les

**Q**u'il soit délégué ou représentant syndical, conseiller du salarié, membre du CHSCT, élu du comité d'entreprise ou délégué du personnel, le salarié protégé a la réputation d'être indéboulonnable. Il est vrai que son licenciement requiert l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail et que ce dernier n'est pas forcément le meilleur allié de l'entreprise.

De prime abord, le projet paraît voué à l'échec... Mais cette impression se dissipe si l'on y regarde de plus près.

soupons de licenciement discriminatoire.

Tous motifs confondus, 83 % des demandes de licenciement donnent lieu à une autorisation de l'inspection du travail, ce taux variant peu d'une année sur l'autre.

Ainsi, loin de l'idée reçue selon laquelle cette procédure aboutit le plus souvent à un refus de l'Administration, plus de quatre licenciements sur cinq sont autorisés.

## Première étape : analyser la cause

Plus que pour tout autre licenciement, avant d'engager la procédure, il faut prendre le temps de la réflexion et s'armer de précautions afin de réunir toutes les conditions d'un licenciement valable.

Tout d'abord, l'analyse de la cause : s'agit-il d'un licenciement pour raison économique ou pour cause personnelle et, dans ce cas, quelle en est la raison exacte ?

S'agissant du motif personnel, la cause réelle et sérieuse ne suffit pas à justifier un licenciement.

Pour le Conseil d'État, il appartient à l'inspecteur du travail de rechercher si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi <sup>(1)</sup>.

En d'autres termes, le salarié a-t-il commis une faute que l'exercice normal de son mandat ne peut ni expliquer, ni couvrir ?

### Insubordination

L'insubordination justifie un licenciement si le refus réitéré du salarié protégé d'exécuter des travaux relevant de sa compétence professionnelle n'est accompagné d'aucune explication *préalable* de l'intéressé <sup>(2)</sup>. Tel n'est pas le cas s'il est reproché au salarié « *un comportement général d'insubordination* », alors que ces faits ne sont pas établis par les pièces du dossier <sup>(3)</sup>.

### Absence injustifiée

L'absence peut aussi justifier un licenciement dans la mesure où il ressort des pièces du dossier que les retards dans les prises de service, les absences injustifiées et les négligences dans l'exercice des fonctions reprochés au salarié sont établis et que la mesure de licenciement est motivée par ce comportement fautif, et non par les mandats détenus par l'intéressé <sup>(4)</sup>.

La problématique de l'absentéisme injustifié trouve notamment à s'appliquer en cas de dépassement du crédit d'heures de délégation, lequel doit être justifié par des « *circonstances exceptionnelles* ».

Selon la jurisprudence, il appartient au représentant du personnel d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant le dépassement de son crédit d'heures de délégation,

de même que la conformité de l'utilisation des heures excédentaires avec sa mission <sup>(5)</sup>.

Le Conseil d'État considère que le dépassement répété du crédit d'heures, sans qu'il soit justifié par des circonstances exceptionnelles, constitue une faute suffisamment grave permettant à l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement <sup>(6)</sup>.

En l'absence de disposition légale, les juges définissent les circonstances exceptionnelles comme une activité inhabituelle et imprévisible nécessitant, de la part du représentant, un surcroît de démarches et d'activité débordant le cadre de ses tâches coutumières, en raison, notamment, de la soudaineté de l'événement ou de l'urgence des mesures à prendre <sup>(7)</sup>.

A titre d'exemple, ont été jugées exceptionnelles les circonstances suivantes :

- la conjoncture économique de l'entreprise qui a entraîné une restructuration et un projet de licenciement économique <sup>(8)</sup> ;
- le projet de mise en place d'une institution de prévoyance ayant provoqué une réunion extraordinaire du comité d'entreprise qui donne lieu à un accroissement inhabituel de l'activité de ses membres du comité <sup>(9)</sup> ;
- la démission de la quasi-totalité des membres du comité d'entreprise <sup>(10)</sup>.

Toutefois, le dépassement des heures de délégation ne doit pas correspondre à une pratique tolérée par l'entreprise <sup>(11)</sup>. ■■■

(1) CE, 22 déc. 1993, n° 127018. (2) CE, 19 juill. 1991, n° 84259. (3) CE, 27 oct. 1993, n° 103638. (4) CE, 27 juin 1997, n° 162049. (5) Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 97-44.846 ; Cass. soc., 28 oct. 2003, n° 02-42.067. (6) CE, 16 avr. 1982, n° 19530 ; CE, 17 déc. 1993, n° 116531. (7) Cass. crim., 3 juin 1986, n° 84-94.424. (8) Cass. soc., 6 juill. 1994, n° 93-41.705. (9) Cass. soc., 27 janv. 1998, n° 95-40.616. (10) Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-43.717. (11) CE, 28 févr. 1992, n° 92930.

## Calomnie

### Délit de presse

Parfois, les tracts ou les affiches syndicales excèdent, aux yeux des dirigeants, les limites du droit syndical et constituent une attaque directe et diffamatoire à leur encontre.

Chacun sait que le contenu des affiches, publications et tracts syndicaux est libre, sous réserve de ne pas constituer un délit de presse, telles qu'injures, diffamations publiques, fausses nouvelles ou provocations<sup>(12)</sup>. Dès lors, même si le ton employé est polémique, il n'y a pas injure ou diffamation lorsque le tract vise des faits exacts.

Ce n'est pas le cas si le prévenu présente les faits en les dénaturant et de manière tendancieuse, même si un inspecteur du travail confirme la réalité de certaines imputations. Ainsi, un syndicaliste avait déclaré à la presse : « Je m'étonne qu'on laisse encore manœuvrer et agir un délinquant social », « l'institution représentative du personnel est manipulée par la direction ». Déclaration complétée d'un tract dans lequel la direction était accusée d'avoir « une gestion du personnel d'un autre âge », de « délinquance sociale » et d'être une « fossoyeuse de votre grande surface »<sup>(13)</sup>. Toute la difficulté consiste à définir à partir de quel moment une formulation, une expression polémique, voire critique, dégénère en propos injurieux ou diffamatoire tombant sous le coup de la loi.

Pour retenir le caractère diffamatoire, les juges ont relevé que le titre même

du tract évoquait « des vols flagrants dont les auteurs auraient été surpris pendant leur commission, énonce que l'imputation d'avoir détourné des fonds du comité d'entreprise au profit de quelques personnes, pour le plaisir d'un voyage, est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération des parties civiles » et conclu, à propos de la prévenue, « qu'il ne peut être soutenu qu'elle ait agi en dehors de toute animosité personnelle, dans la mesure où, d'une part, elle insinue que seule la direction bénéficie de ces avantages, alors que la participation d'autres salariés est établie, et, d'autre part, que son financement est occulte, alors qu'il a été arrêté à une réunion du comité d'entreprise. Il résulte que les imputations incriminées de faits précis et déterminés, portant atteinte à la considération des plaignants, excèdent les limites admissibles d'une polémique syndicale et excluent la bonne foi de la prévenue qui a pu être condamnée »<sup>(14)</sup>.

### Internet

Internet est également utilisé par les organisations syndicales qui pensent, à tort, y être à l'abri du délit de diffamation.

Tel est le cas de ce syndicat qui dénonce un directeur sur son site en mettant en ligne des propos à caractère injurieux tels que « pauvre vieux », « givré », « plus barge que ça, tu meurs », « dingue doublé d'un sadique » et « c'est tout de même extraordinaire de voir qu'un DLP, peut-être sénile, bloque l'économie de toute une partie du département ».

(12) C. trav., art. L. 2142-5. (13) Cass. crim., 4 déc. 2007, n° 06-88.967. (14) Cass. crim., 26 janv. 1993, n° 91-80.198.

Feinte manquée ! En effet, le juge considère le réseau internet comme constituant un moyen de communication audiovisuelle.

A ce titre, la responsabilité pénale du propriétaire d'un site et de l'auteur des propos injurieux ou diffamatoires diffusés sur ce site peut donc être engagée. Dans notre exemple, l'auteur des insultes a été condamné à 1 000 € d'amende avec sursis <sup>(15)</sup>.

### Réticence de l'inspection du travail

L'inspecteur du travail est cependant réticent à autoriser le licenciement sur la base de ce grief.

En atteste cette inspectrice du travail qui, parlant d'un syndicaliste qui maniait allégrement la calomnie et les accusations mensongères à l'égard d'un dirigeant, s'exclamait : « *Je n'autoriserai son licenciement que s'il est condamné pénalement !* ». Il est vrai qu'en vertu de l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache aux constatations matérielles opérées par le juge pénal, la réalité des agissements reprochés à un représentant du personnel ne peut plus, ensuite, être contestée et est, par elle-même, constitutive d'une faute suffisamment grave pour justifier son licenciement <sup>(16)</sup>.

### Propos jugés calomnieux

Au titre de la calomnie, le Conseil d'État a estimé justifié le licenciement d'un chef du service comptable, et membre suppléant du comité d'entreprise, qui avait porté auprès des salariés et de diverses personnalités membres d'organisations profession-

nelles et de l'Administration, des accusations de fraude fiscale, de présentation de faux bilan et d'abus de biens sociaux à l'encontre des dirigeants de l'entreprise. De plus, il avait procédé à l'enregistrement d'un entretien avec ces dirigeants, à l'insu des intéressés. Dans une autre affaire, le juge administratif a reconnu l'existence d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement d'un salarié protégé qui se livrait à un dénigrement systématique de la gestion de son employeur, sans jamais apporter la preuve de la réalité de ses accusations <sup>(17)</sup>.

### Insuffisance de résultat

L'insuffisance de résultat ne peut être constatée qu'à la condition que l'objectif soit adapté à la disponibilité du représentant du personnel.

Pour le juge, l'employeur ne peut, fût-ce pour partie, prendre en compte les absences d'un salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement et la rémunération <sup>(18)</sup>.

Ainsi, constitue une discrimination le fait que, lors d'entretiens d'évaluation, la direction note les absences du poste et le manque de disponibilité d'un salarié dus à des activités syndicales et prud'homales <sup>(19)</sup>. Le seul fait pour l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation d'un salarié constitue une mesure abusive ouvrant droit à des dommages-intérêts <sup>(20)</sup>.

Les objectifs fixés doivent être priorisés en fonction de la disponibilité réelle du salarié protégé.

Il faut donc opérer une règle de trois, c'est-à-dire déduire de la durée normale de travail le temps de réunion et les heures de délégation.

Ce coefficient d'abattement est calculé en début d'année pour fixer les objectifs professionnels déclinés lors de l'entretien annuel. Il sera validé à l'issue de la période annuelle pour vérifier que le rapport entre temps réel de délégation et temps travaillé reste inchangé.

Dans l'exemple ci-après (voir tableaux 1 et 2 en page suivante), la direction va appliquer une pondération de 66,89 % de l'objectif normalement fixé à un collaborateur occupant le même poste. En fin d'année, ce pourcentage est comparé à celui réellement atteint et un éventuel écart peut être pris en considération en plus ou en moins par rapport aux résultats obtenus (voir tableaux 3 et 4 en page suivante).

Si le ratio est en défaveur du collaborateur, c'est que le résultat est insuffisant. Dès lors, la direction doit rechercher si cette déficience est due à la carence du collaborateur.

La jurisprudence estime qu'indépendamment du temps légalement consacré à leurs missions, les représentants du personnel insuffisamment disponibles et qui ne remplissent pas les objectifs fixés, méritent une notation médiocre <sup>(21)</sup>.

Attention, celle-ci ne peut aboutir à leur licenciement que si le travail est manifestement insuffisant pendant ■■■

(15) Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84.705. (16) CE, 29 déc. 1993, n° 112351. (17) CE, 27 juill. 2005, n° 268917. (18) Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145. (19) Cass. soc., 14 nov. 2001, n° 99-44.036. (20) Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393 ; Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145. (21) Cass. crim., 8 mars 1994, n° 93-81.115.

Tableau 1 – Exemple de calcul du coefficient de pondération des objectifs (Entreprise de 150)

Mandats exercés	Crédits d'heures (année)	Temps de réunion	Total temps	Durée collective de travail	Temps réel de travail	Coefficient
Délégué syndical	120 h	48 h	168 h			
CHSCT	60 h	16 h	76 h			
Membre du comité d'entreprise	240 h	48 h	288 h			
<b>Total</b>	<b>420 h</b>	<b>112 h</b>	<b>532 h</b>	<b>1 607 h</b>	<b>1 075 h</b>	<b>0,6689</b>

Tableau 2 – Calcul de l'objectif pondéré

Objectif normal	Coefficient	Objectif pondéré
2 000 000 €	0,6689	1 337 800 €

Tableau 3 – Bilan d'activité au terme de la période annuelle

Mandats exercés	Crédits d'heures (année)	Temps de réunion	Total temps	Durée collective de travail	Temps réel de travail	Coefficient
Délégué syndical	138 h	74 h	212 h			
CHSCT	57 h	28 h	85 h			
Membre du comité d'entreprise	372 h	88 h	460 h			
<b>Total</b>	<b>567 h</b>	<b>190 h</b>	<b>757 h</b>	<b>1 607 h</b>	<b>850 h</b>	<b>0,5289</b>

Tableau 4 – Détermination des réalisations par rapport à l'objectif

Objectif normal	Objectif pondéré	Réalisation	Taux de réalisation
2 000 000 €	1 057 800 €	1 285 512 €	121,53 %

plusieurs mois et que le salarié persiste dans cette voie malgré les avertissements écrits et répétés de sa direction <sup>(22)</sup>.

En revanche, ne peut être autorisé le licenciement d'un commercial qui obtient des résultats insuffisants dans son activité de démarchage, alors que ceux-ci ne s'avèrent pas notoirement inférieurs à ceux de l'équipe commerciale <sup>(23)</sup>.

## Violence morale et physique

Avec l'exemple médiatisé de certains syndicalistes de l'industrie du pneumatique, le dialogue social s'apparente quelquefois à du « *free fight* ».

Certains délégués n'hésitent pas à interpeller par mail les clients de leur entreprise sur les pratiques de

(22) CE, 1<sup>er</sup> févr. 1989, n° 85577. (23) CE, 29 déc. 1995, n° 153452.



la direction qu'ils jugent douteuses. Ils occupent même le siège social des clients, touchant en cela le « *talon d'Achille* » de leur entreprise. Ils sacca- gent des locaux pour faire pression sur l'employeur, chahutent la direction à coup de mots orduriers et vont même parfois jusqu'à proférer des menaces de mort. Ils prennent en otage un directeur d'usine pour obtenir la réin- tégration d'un collègue licencié ou une augmentation sensible des salaires.

La négociation collective prend des allures de « *combat libre* » avec la mobi- lisation systématique des médias pour décupler l'impact de cette violence.

De tels comportements doivent bien évidemment être sanctionnés et, dans la plupart des cas, le licenciement des meneurs est obtenu.

Ainsi, les licenciements ont été auto- risés dans les cas suivants :

- un représentant du personnel qui installe un système d'écoute dans le bureau du directeur d'établisse- ment <sup>(24)</sup> ;
- deux délégués qui ont participé à une manifestation de grévistes qui s'est traduite par divers incidents et destructions et par la séquestration du directeur et du directeur-adjoint de l'établissement, lesquels ont subi des violences entraînant un arrêt de travail de dix jours. Selon le juge, loin d'avoir joué un rôle modérateur dans ces circonstances, un tel comporte- ment, en dépit de la tension existante du fait de la fermeture annoncée du site, ne saurait relever de l'exercice normal des mandats exercés par les

intéressés qui ont ainsi commis une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement <sup>(25)</sup> ;

- un salarié protégé qui adresse un courrier à une société cliente de son employeur pour lui imputer les conditions de travail dans son entre- prise, critiquées dans des termes excessifs, et susceptible d'influer défavorablement sur les relations entre ce client et son entreprise <sup>(26)</sup> ;
- un délégué du personnel qui partici- pe à l'occupation des locaux et qui est notamment présent lors de la séquestration dans les bureaux de la société, de la pharmacienne employée dans l'entreprise. En outre, l'intéressé a signé des chèques sur le compte du conseil d'établissement au profit du financement d'actions syndicales, ce dont il découle que ces faits ne peuvent être regardés comme se rattachant à l'exécution normale du mandat dont il était investi et révèlent de sa part un comportement fautif d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement <sup>(27)</sup> ;
- un délégué qui, au cours d'un conflit collectif, a frappé du poing le visage de l'employeur lors d'une échauf- fourée <sup>(28)</sup> ;
- un délégué du personnel qui s'est rendu coupable de violences, notam- ment en portant des coups à des membres du personnel de la société qui tentaient de s'opposer à la pro- gression de la manifestation vers les lieux où se tenait le public <sup>(29)</sup> ;
- des participants actifs aux piquets de grève, qui refusent d'exécuter l'ordre

d'évacuation des locaux prescrit par trois ordonnances du juge des référé- s, interdisent l'accès de l'entreprise au personnel chargé d'assurer la sécurité et prennent part à l'occu- pation des locaux de l'entreprise au cours de laquelle ont été proférées des injures et des menaces contre le personnel d'encadrement <sup>(30)</sup>.

## Deuxième étape : évaluer la gravité du motif

Après avoir identifié les raisons exactes du projet de licenciement, le DRH doit prendre en compte une dizaine d'interrogations, pour savoir s'il est réa- lisable. Cette recherche porte à la fois sur le motif qui doit être d'une gravité suffisante, mais aussi sur les pièces du dossier qui vont en établir la réalité (voir tableau 5 en page suivante).

C'est une démarche indispensable dans la mesure où c'est au regard de ces éléments que l'inspecteur du tra- vail se prononcera.

Précisons que le caractère contra- dictoire de l'enquête administrative impose à l'inspecteur du travail de per- mettre au salarié de prendre connais- sance de toutes les pièces justifiant la demande de l'entreprise, y compris les témoignages et les attestations <sup>(31)</sup>.

L'Administration est tenue d'accorder à l'employeur un droit d'accès aux pièces produites au cours de l'enquête <sup>(32)</sup>, à moins que la transmission de ces docu- ments ne porte gravement préjudice à leurs auteurs ou ne les expose à des mesures de représailles. ■■■

(24) CE, 10 nov. 1993, n° 112793. (25) CE, 11 janv. 1995, n° 129392. (26) CE, 9 juill. 2007, n° 288295. (27) CE, 6 janv. 1992, n° 85930. (28) CE, 22 févr. 2007, n° 282724. (29) CE, 6 mars 2002, n° 214656. (30) CE, 29 nov. 2002, n° 217339. (31) CE, 24 nov. 2006, n° 284208. (32) CE, 9 juill. 2007, n° 288295.

Il ne s'agit pas de savoir si le motif est ou non en rapport avec le ou les mandats détenus par le salarié, puisqu'il peut être licencié dans l'hypothèse d'une utilisation abusive de ses prérogatives.

En revanche, il appartient à l'employeur de démontrer que la décision de licencier est indépendante de toute volonté de se débarrasser d'un représentant du personnel.

Ainsi, à l'occasion d'un recours administratif, le tribunal a estimé qu'une demande de licenciement était en lien avec les fonctions syndicales et représentatives d'une salariée dans la mesure où celle-ci avait fait l'objet de la part de son employeur de plusieurs tentatives

de licenciement et que, lors de l'enquête, il avait particulièrement insisté sur des considérations tenant essentiellement à la personne de la salariée <sup>(33)</sup>.

Ici aussi, la technique du questionnaire s'avère indispensable pour établir un état des lieux le plus exact possible, aboutissant à une matrice force / faiblesse du projet de licenciement en ce qu'il peut être discriminatoire (voir *tableau 6 ci-dessous*).

C'est à partir des deux tableaux ci-dessous qu'il sera possible d'évaluer la solidité du projet de licenciement.

La matrice (voir *tableau 7 page suivante*) permet de visualiser instantanément les écueils susceptibles de faire capoter

Tableau 5 – Les griefs allégués sont-ils établis ?	Oui	Non
1. Le motif est-il lié à une faute personnelle ?		
2. Le motif repose-t-il sur une insuffisance de résultat professionnel ?		
3. Le motif vient-il d'une utilisation abusive de son mandat ?		
4. Détenez-vous des documents écrits prouvant la faute ?		
5. Est-il possible d'obtenir des témoignages ?		
6. Peut-on procéder à une expertise pour établir la faute ?		
7. Un huissier peut-il entendre des témoins ?		
8. Les faits ont-ils été déjà sanctionnés ?		
9. Le salarié a-t-il reçu un courrier de mise en garde ?		
10. Lui a-t-on fixé des objectifs et un délai pour redresser la situation ?		

Tableau 6 – Le licenciement est-il discriminatoire ?	Oui	Non
11. Le salarié a-t-il déjà fait l'objet d'une tentative avortée de licenciement ?		
12. Son comportement agace-t-il la direction ?		
13. Ses objectifs sont-ils réduits au prorata de son crédit d'heures et du temps de réunion ?		
14. Ses fonctions représentatives nuisent-elles à son évolution professionnelle ?		
15. A-t-il été reçu pour son entretien annuel ?		
16. En dehors des formations syndicales a-t-il suivi des actions de formation pour son travail ?		
17. A-t-il des qualités professionnelles ?		
18. S'agit-il d'un agitateur ?		
19. Avez-vous déjà refusé certaines de ses demandes personnelles ?		
20. L'a-t-on changé de service ou d'équipe ?		

(33) CE, 15 déc.1997 n° 169792.

Tableau 7 – Matrice sur la faisabilité du projet de licenciement

	Inexistant	Faible	Moyen	Fort
Le motif est-il suffisamment grave ? (Questions 1 à 3)				
A-t-on suffisamment de pièces dans le dossier ? (Questions 4 à 10)				
Existe-t-il un risque de discrimination ? (Questions 11 à 20)				

la demande d'autorisation. Elle peut conduire à un ajustement de la partie la plus faible du dossier ou au contraire à l'abandon définitif du projet.

## Troisième étape : lancement de la procédure

### Convocation à un entretien préalable

Après analyse des circonstances et des pièces du dossier, l'employeur décide de l'abandon ou de l'enclenchement du processus.

L'engagement de la procédure de licenciement pour motif personnel consistera en l'envoi d'une lettre de convocation à un entretien préalable en recommandé avec accusé de réception ou remise en main propre contre décharge.

Si la faute est disciplinaire, la convocation doit intervenir dans le délai de deux mois à compter de la connaissance des faits fautifs, et la notification du licenciement dans un délai maximum d'un mois à compter de la tenue de l'entretien préalable.

### Notifier le motif

Sous peine d'irrégularité et de rejet de la demande d'autorisation par l'inspecteur du travail, la convocation à

l'entretien doit indiquer la raison pour laquelle le salarié protégé est convoqué, à savoir une mesure éventuelle de licenciement.

La nature disciplinaire ou professionnelle du projet de licenciement peut être indiquée sans pour autant aller jusqu'à préciser les faits qui justifient l'engagement de la procédure. Dans une rédaction trop circonstanciée, une simple maladresse pourrait laisser apparaître que la décision est déjà prise.

### Recenser les mandats du salarié

Il est fortement conseillé d'indiquer sur la convocation les mandats connus de l'entreprise dont le salarié protégé est bénéficiaire.

Une phrase peut aussi l'inviter à compléter cette liste si elle s'avère selon lui incomplète.

La jurisprudence considère en effet que l'employeur est censé avoir été informé du statut protecteur dont bénéficie le salarié compte tenu de la publicité prévue par la législation.

Au cas particulier, la liste des conseillers prud'homaux élus est publiée au recueil des actes administratifs de la préfecture et donc préjugée connue de l'employeur <sup>(34)</sup>.

Cette présomption de connaissance des mandats par la direction vaut même dans le cas où l'intéressé n'exerce pas son mandat <sup>(35)</sup>.

### Respecter les délais

Comme toute convocation, elle mentionne le lieu, la date et l'heure de l'entretien, qui ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la première présentation de la lettre recommandée ou sa remise en main propre contre décharge.

Les jours ouvrables sont tous les jours de la semaine à l'exclusion du dimanche et des jours fériés chômés. Le jour de la remise de la lettre et celui de l'entretien ne doivent pas être comptabilisés dans le calcul de ce délai. Par ailleurs, si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié, il est automatiquement prorogé jusqu'au jour ouvrable suivant (voir [tableau 8 page suivante](#)).

Enfin, la convocation doit indiquer la possibilité pour le salarié de se faire assister.

Éventuellement, elle peut informer d'une mise à pied conservatoire ou la confirmer.

À noter que la mise à pied conservatoire modifie le déroulement de la procédure de licenciement lorsque le salarié protégé est délégué syndical.

Dans cette hypothèse, la décision de mise à pied doit être motivée et notifiée à l'inspecteur du travail dans les 48 heures à compter de sa prise d'effet, sous peine de nullité <sup>(36)</sup>. ■■■

(34) Cass. soc., 22 nov. 2000, n° 98-44.185 ; Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-42.213. (35) Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 00-45.883. (36) C. trav., art. R. 2421-6.



Tableau 8 – Délais entre la date de remise de la lettre et la date de l'entretien

Date de remise ou de première présentation de la lettre de convocation	Date, au plus tôt, de l'entretien
Lundi	Mardi (semaine suivante)
Mardi	Mardi (semaine suivante)
Mercredi	Mercredi (semaine suivante)
Jeudi	Jeudi (semaine suivante)
Vendredi	Vendredi (semaine suivante)
Samedi	Samedi (semaine suivante)

Cette notification à l'Administration n'est pas requise pour les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise. Dans ce dernier cas, le comité doit être consulté dans un délai de 10 jours à compter de la date de la mise à pied et l'avis de l'inspecteur du travail doit alors être sollicité dans les 48 heures qui suivent cette consultation <sup>(37)</sup>.

### Déroulement de l'entretien préalable

Le salarié peut très bien choisir de ne pas se présenter à l'entretien préalable, et dans ce cas son absence n'a aucune incidence sur la poursuite de la procédure.

Régulièrement convoqué, l'intéressé peut également choisir de se présenter, assisté d'un salarié de l'entreprise ou, s'il n'existe pas de représentant du personnel dans cette dernière, d'un conseiller extérieur. Le cas est peu probable.

#### Présentation des motifs

Après avoir présenté au salarié le déroulement de l'entretien, il faut lui indiquer le ou les motifs de la décision

envisagée. À défaut, la procédure risque d'être irrégulière.

La présentation des motifs repose le plus souvent sur l'élaboration d'un dossier. Ce dernier est constitué de toutes les pièces qui prouvent ou établissent la faute qui est la cause du projet de licenciement.

Souvent, ces éléments sont étayés par un ou plusieurs arrêts du Conseil d'État, qui, dans des circonstances similaires, ont reconnu justifiée une mesure de licenciement.

Ces éléments n'ont pas, en principe, à être communiqués au salarié.

En effet, dès lors que la lettre de convocation précise les motifs du licenciement envisagé, par exemple des malversations financières au détriment d'une entreprise, et que l'intéressé a pu ainsi préparer l'entretien et fournir des explications sur les faits qui lui étaient reprochés, la circonstance qu'il n'ait pas eu communication du rapport d'expertise est sans incidence sur la régularité de l'entretien <sup>(38)</sup>.

Cependant, un juge administratif a considéré que la procédure de licenciement était irrégulière lorsque le

<sup>(37)</sup> C. trav., art. R. 2421-14. <sup>(38)</sup> CE, 17 oct. 2003, n° 247701.

rapport d'audit comptable du comité d'entreprise confirmant les faits reprochés à l'intéressé, délégué du personnel et ancien trésorier dudit comité, n'avait pas, en dépit de sa demande, été communiqué à ce dernier lors de l'entretien préalable <sup>(39)</sup>.

### Défense du salarié

A la suite de la présentation des motifs, il faut recueillir les explications du salarié protégé.

Cette phase a une double utilité. Tout d'abord, l'employeur qui refuse

d'entendre les explications du salarié rend la procédure irrégulière. En effet, le salarié doit pouvoir se défendre et apporter les éléments susceptibles de réfuter les griefs formulés contre lui. Ensuite, l'étude de la pertinence de chacun de ces éléments de défense éclaire sur la décision finale à prendre et relève les éventuelles fragilités de son dossier.

A cette occasion, il est fortement conseillé de noter chacune des explications du salarié. Le relevé écrit permet aussi de mener une analyse

précise de l'argumentaire qui sera vraisemblablement retenu en cas de contentieux. Ainsi, il est possible de cerner les failles du dossier ou au contraire de renforcer certains éléments apparaissant d'emblée plus probants.

### Terminer l'entretien

Lorsque la phase d'explication est terminée, l'entretien peut prendre fin. Il est alors conseillé de reformuler globalement les explications du salarié.

Puis, il est judicieux de l'interroger pour savoir s'il a une déclaration, une observation à formuler ou un complément de réponse à apporter.

Enfin, il faut annoncer que l'on va réfléchir à cet échange, puis prendre congé du salarié et de la personne qui l'assiste. En effet, le terme de cette audition ne signifie pas pour autant que la décision soit prise.

Après cette rencontre, le décideur complète ses notes des constats et observations qu'il a pu faire lors de l'entretien.

Les quatre questions suivantes permettent d'apprécier les conséquences de l'entretien sur la mesure envisagée :

- le salarié semble-il sûr de lui ?
- des explications nouvelles et inconnues ont-elles été avancées ?
- a-t-il déstabilisé les arguments de la direction ?
- peut-on affirmer que le motif est indépendant de l'exercice de son mandat ?

Ainsi, loin d'être une contrainte légale, l'entretien préalable constitue l'une des phases clé d'une procédure ■■■

Les différentes phases de l'entretien préalable	
1.	Accueil et vérification de l'identité des personnes assistant ou représentant le salarié.
2.	Interrogation et vérification du nombre et de la nature des mandats exercés
3.	Présentation des séquences de l'entrevue et de sa durée approximative (entre 20 minutes et 45 minutes).
4.	Exposé du ou des motifs de la décision envisagée. Attention, il s'agit d'un projet. La décision de licencier n'est pas prise
5.	Explication du salarié. • Reformulez les arguments du salarié : « Si je vous ai bien compris, vous estimez que <> . » • Posez des questions ouvertes. « Pourquoi avez-vous agi ainsi ? » • Notez les explications fournies.
6.	Reformulation générale des échanges : « Comme je vous l'ai indiqué, nous vous reprochons <> et j'ai bien noté que vous estimiez que <> . »
7.	Ultime question ouverte : « Avez-vous un commentaire complémentaire à faire ? »
8.	Information sur la suite de la procédure : « Nous pensons convoquer le comité d'entreprise le <> et nous lui communiquerons les motifs de celle-ci. »
9.	Mettre fin à l'entretien : « Je vous remercie de ces éclaircissements et vais réfléchir à la suite que nous allons donner à cette entrevue. »

Personnes pouvant assister la direction lors de l'entretien	
Interprète	Entretien entre personnes ne pratiquant pas la même langue.
Responsable hiérarchique du salarié	Oui, si son rôle se limite à apporter des éléments de fait nécessaires à la discussion. Attention, l'entrevue ne doit pas se transformer en interrogatoire.
Directeur des ressources humaines	Idem.
Secrétaire chargée d'établir un compte-rendu.	Oui, si le salarié l'accepte. S'il ne cosigne pas le compte-rendu, celui-ci ne peut pas constituer une preuve.

(39) TA Lyon, 1<sup>er</sup> ch., 26 déc. 1991, n° 91.01986.

qui dégénère fréquemment en conflit judiciaire.

#### *Attitude à adopter*

Lors du déroulement de l'entretien, le dirigeant doit maîtriser son attitude en restant serein et courtois. A défaut, les débordements verbaux risquent de constituer des circonstances vexatoires, susceptibles de compromettre l'autorisation administrative.

La personne qui l'assiste risque d'en témoigner lors de l'enquête contradictoire menée par l'inspection du travail.

A l'inverse, le juge admet plus facilement les écarts de langage du salarié. Ainsi, les paroles prononcées par le salarié pour réfuter le grief invoqué contre lui au cours de l'entretien préalable, ne peuvent pas, sauf abus, constituer une cause de licenciement <sup>(40)</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un employé ayant accusé l'employeur d'avoir commis lui-même le détournement dont il était accusé.

Toutefois, l'attitude du salarié ne doit pas être constitutive d'une infraction pénale comme la menace de commettre un crime ou un délit, les violences ou le chantage <sup>(41)</sup>.

Ainsi, se rend coupable de délit de chantage le salarié qui menace de dénoncer son employeur pour de prétendues irrégularités comptables et d'accuser un directeur général d'abus de confiance si la procédure de licenciement engagée à son encontre n'est pas interrompue. Dans ce cas, le licen-

ciement immédiat et sans indemnité est justifié <sup>(42)</sup>.

## Consultation du comité d'entreprise

La consultation du comité d'entreprise est, pour les salariés protégés qui bénéficient de cette formalité, une disposition essentielle et une étape à préparer soigneusement.

En principe, l'avis du comité n'est pas susceptible d'influencer la décision de l'inspection du travail. Toutefois, certains arrêts font référence à l'existence d'un avis favorable du comité d'entreprise, qui s'il avait été évoqué par l'employeur aurait pu changer le cours des choses <sup>(43)</sup>.

### Information et convocation

Qu'elle soit pour la réunion normale ou extraordinaire, la convocation doit être adressée au moins trois jours avant la date fixée pour la séance du comité d'entreprise.

Elle mentionne que l'avis du comité sera requis sur un projet de licenciement d'un salarié dont l'identité est précisée. Avec la convocation est jointe une note d'information comportant au minimum les éléments suivants :

- la date d'embauche ;
- les fonctions exercées actuellement par l'intéressé ;
- l'âge ;
- l'intégralité des mandats qu'il détient. A noter que, selon la DGT, l'oubli de l'un des mandats constitue une irrégularité

<sup>(40)</sup> Cass. soc., 19 juin 1991, n° 89-40.483. <sup>(41)</sup> C. pén., art. 222-17 : 6 mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende ; C. pén., art. 222-7 et s. : de 3 à 15 ans de prison ; C. pén., art. 312-10 : 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende. <sup>(42)</sup> Cass. soc., 13 janv. 1988, n° 86-41.374. <sup>(43)</sup> CE, 16 oct. 1992, n° 89290.

substantielle, sauf s'il apparaît que, de toute évidence, les membres du comité d'entreprise, en dépit de l'omission, ne pouvaient ignorer ce mandat ;

- un exposé succinct des faits qui justifient la procédure de licenciement engagée <sup>(44)</sup>. La note peut, en outre, contenir un résumé succinct des arguments du salarié.

Le salarié protégé doit être convoqué spécifiquement et par écrit en vue de cette réunion du comité d'entreprise. L'employeur peut lister plusieurs questions qui vont conduire à la consultation du comité d'entreprise en fin d'audition de l'intéressé :

- question n° 1 : Estimez-vous que M. X justifie les faits qui lui sont reprochés ?
- question n° 2 : Considérez-vous qu'il a commis une faute ?
- question n° 3 : Considérez-vous que cette faute est suffisamment grave ?
- question n° 4 : Considérez-vous que le projet de licenciement de M. X est justifié ?

Le comité d'entreprise qui s'est exprimé sur l'ensemble de ces demandes, au moyen d'un vote à bulletins secrets, formule effectivement son avis avec la quatrième et dernière interrogation.

### Audition du salarié

Le président du comité entame la présentation du projet de licenciement en indiquant :

- l'identité du salarié protégé ;
- l'emploi qu'il occupe et son ancienneté ;
- le ou les mandats qu'il exerce ;

– les circonstances factuelles (nature des faits, date et lieux) qui l'ont amené à envisager le licenciement du salarié concerné.

Il énonce ensuite succinctement les principaux arguments exposés par le salarié lors de l'entretien préalable.

Après cette introduction, il cède la parole au salarié dont le licenciement est envisagé afin qu'il puisse présenter sa défense et ses arguments contre le projet de l'employeur.

Puis, le Président invite les membres du comité d'entreprise à lui poser des questions.

### Vote du comité

A l'issue de cet échange, il s'assure que les membres du comité disposent de tous les éléments d'information leur permettant de formuler un avis. Il souligne le fait que cet avis sera recueilli au moyen d'un vote à bulletins secrets.

Il explique l'organisation matérielle du vote sur lequel les membres élus titulaires sont appelés à participer.

Il présente l'urne et les bulletins au nombre de trois pour chaque votant. Le premier avec la mention « avis favorable », le second portant « avis défavorable » et un bulletin blanc. A cette occasion, il indique que le vote blanc est un vote assimilé à un avis défavorable.

Enfin, il donne le signal du vote, mais n'y participe pas <sup>(45)</sup>. De son côté, le salarié dont le licenciement est envisagé peut, selon nous, prendre part au vote dès lors qu'il est un représentant titulaire du comité d'entreprise.

### Droit de vote du membre du comité d'entreprise dont le licenciement est envisagé

Si le salarié concerné par le projet est membre titulaire du comité d'entreprise, se pose la question de sa participation au vote.

Il semblerait logique de l'exclure de ce scrutin, en vertu du principe selon lequel on ne peut être à la fois juge et partie à sa propre rupture de contrat de travail et qu'il soit remplacé par un suppléant, le temps du vote.

**Remarques.** La rédaction de *Lamy social* conseille toutefois de ne pas en faire une question de principe et d'accepter la participation au vote du membre concerné du comité d'entreprise, dans la mesure où la Cour d'appel de Paris a considéré que le salarié membre du comité dont le licenciement est envisagé doit prendre part au vote le concernant et, qu'en refusant sa participation au vote, l'employeur commet le délit d'entrave <sup>(46)</sup>. En toute hypothèse, la Cour de cassation ne permet pas au salarié de se prévaloir d'une éventuelle irrégularité liée à sa participation au vote <sup>(47)</sup>.

Enfin, arrive le dernier épisode de cette réunion très formelle, celle du dépouillement. Pour qu'aucune fraude ne soit reprochée au président, il est conseillé de procéder à un dépouillement public lors même de la réunion du comité et de faire valider le résultat par les membres présents.

Une première étape se termine. Va commencer celle de la demande d'autorisation qui n'est pas dépourvue de chaussetrappe ! Mais c'est une autre histoire... à venir dans un prochain numéro. ♦

(44) Circ. DRT n° 03, 1<sup>er</sup> mars 2000. (45) C. trav., art. L. 2325-18 ; Cass. soc., 22 nov. 1988, n° 85-42.007. (46) CA Paris, 5 oct. 1990, 11<sup>e</sup> ch. B, Coulier et a. c/ Coulibaly et a. (47) Cass. soc., 5 nov. 1986, n° 84-41.466.

# Les cellules de reclassement

Malgré la GPEC, le reclassement externe des salariés est, plus que jamais, au centre du débat. À cette fin, nombreuses sont les entreprises qui mettent en place une cellule de reclassement.

*Maître Isabelle Raoul-Duval et Vincent Perrin expliquent comment procéder.*

**D**ès la fin des années 1960, la négociation d'accords interprofessionnels sur l'emploi, puis, à partir des années 1970-1980, l'instauration de mesures liées à l'âge (cessation anticipée d'activité ou préretraites) ou de dispositifs de conversion (congés ou conventions de conversion) ont cherché à apporter des réponses en termes d'accompagnement social des restructurations.

Plus récemment, la création du congé de mobilité, du congé de reclassement ou de la convention de reclassement personnalisé renforce cette démarche en faveur des salariés licenciés ou menacés de l'être <sup>(1)</sup>.

Dans ce contexte, les cellules de reclassement occupent désormais une place déterminante dans la mesure où ce type d'action s'est progressivement imposé comme le socle minimal de tout PSE <sup>(2)</sup> et se voit proposer dans 85 % des cas <sup>(3)</sup>.

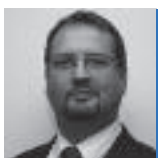
Il existe aujourd'hui trois types de cellules de reclassement : les cellules non conventionnées, les cellules conventionnées <sup>(4)</sup> et les cellules interentreprises, ces deux dernières catégories

bénéficiant d'un apport financier de l'État au titre du FNE <sup>(5)</sup>.

Les cellules de reclassement non conventionnées, c'est-à-dire à la seule charge de l'entreprise, sont en pratique les plus nombreuses. Elles sont mises en place soit dans les entreprises de plus de 1 000 salariés, à l'exception de celles faisant l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, soit dans les entreprises de moins de 1 000 salariés ayant les moyens de financer seules le dispositif.



**Par Isabelle Raoul-Duval,**  
Avocat à la Cour  
**Marceau Avocats**  
71, av. Marceau  
75116 Paris  
Tél. : 01 70 80 98 80  
marceau-avocats.com



**et par Vincent Perrin**  
Directeur France  
Management  
des Carrières  
**Right Management**  
15, av. d'Iéna  
75 016 Paris  
Tél. : 01 53 21 62 00  
france-rh@right.com



<sup>(1)</sup> Extrait du rapport du Conseil économique, social et environnemental sur les cellules de reclassement présenté par M<sup>me</sup> Marronet Marcelle. <sup>(2)</sup> C. trav., art. L. 1233-62 qui stipule que le PSE doit prévoir notamment des actions favorisant le reclassement interne et externe. <sup>(3)</sup> Voir B. Bissuel, « Les cellules de reclassement sont-elles efficaces ? », Le Monde, 9 févr. 2010. <sup>(4)</sup> Ces cellules de reclassement conventionnées présentent un bilan en demi-teinte, soit 59,4 % de taux de reclassement dont 30 % en CDI ; voir B. Bissuel, « Les cellules de reclassement sont-elles efficaces ? », Le Monde, 9 févr. 2010. <sup>(5)</sup> Circ. CDE n° 89-51, 8 nov. 1989 relative aux conventions de cellules de reclassement entreprise et interentreprises et Circ. CDE n° 89-55, 8 nov. 1989 portant création de la dotation globalisée du 11 décembre 1989, abrogées et remplacées par Circ. DGEFP n° 2007-20, 17 juill. 2007.

## Mise en place de la cellule de reclassement

La cellule de reclassement a pour mission d'assurer le soutien et l'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique afin de faciliter leur réinsertion professionnelle par leur reclassement dans un emploi durable.

Une fois le principe d'une cellule de reclassement arrêté, sa mise en place s'articule autour de deux moments clés que sont l'élaboration du cahier des charges et le choix du cabinet prestataire.

### Mise au point d'un cahier des charges et choix d'un prestataire

L'entreprise va soumettre un cahier des charges précis aux prestataires qui seront consultés pour répondre à un appel d'offres.

Les prestataires retenus dans cette phase de l'appel d'offres auront à soutenir leur réponse auprès d'un comité de validation de l'entreprise. Le plus souvent, il s'agit d'un comité de validation constitué au sein même du comité d'entreprise avec des membres élus du comité et des représentants de l'employeur.

Cette soutenance intervient immédiatement après la fin de la procédure de consultation des IRP sur le projet de restructuration et ses conséquences. La remise d'avis des partenaires sociaux va déclencher les premières notifications de licenciements économiques pour les salariés qui ont été désignés par les critères d'ordre de licenciements fixés dans le PSE et dans les catégories professionnelles concernées. Le choix du prestataire pour assurer le fonctionnement de la cellule de reclassement se fait sur la base d'un cahier des charges établi au préalable, en fonction des spécificités de

l'entreprise, des salariés concernés et de la situation de l'emploi locale.

Ce choix est opéré par l'employeur après avis (obligatoire uniquement dans le cas d'une cellule conventionnée, facultatif dans les autres cas) du comité d'entreprise qui peut auditionner plusieurs cabinets avant de se prononcer. Ce sont en particulier l'expérience des prestataires et les ressources dont ils disposent, tout autant que leur bonne connaissance des réalités économiques et sociales du bassin d'emploi, qui guident le choix de l'employeur et du comité d'entreprise. La dimension nationale des cabinets ou, au contraire, leur implantation locale, sont également des critères pris en compte.

Le cahier des charges doit rappeler l'objectif et les missions de la cellule de reclassement et préciser ses modalités d'organisation en définissant les moyens humains et matériels mobilisés ainsi que les partenariats avec les acteurs du service public de l'emploi.

Il indique également le nombre de bénéficiaires et les catégories professionnelles concernées, la durée de prise en charge des bénéficiaires, qui doit en principe être inférieure à un an <sup>(6)</sup>, les actions envisagées et le calendrier de mise en œuvre, la composition de la cellule, les modalités de rémunération du prestataire en fonction des résultats de la cellule en termes de reclassement et enfin les conditions de suivi.

Le cahier des charges indique les différents services offerts, à savoir « *le Point information conseil* » et « *l'Antenne emploi* » ou « *la Cellule emploi* » proprement dite.

### Les différents services offerts

Avant même la notification des licenciements, un « *Point information conseil* » peut être mis en place afin d'expliquer les mesures du PSE, ainsi que le fonctionnement de la cellule de ■■■

(6) Elle peut faire l'objet d'une prolongation de manière exceptionnelle, validée par la commission de suivi, pour des bénéficiaires en grande difficulté, à budget constant.

reclassement. A ce stade, le cabinet prestataire a aussi pour rôle d'inciter les salariés à adhérer à la cellule emploi.

L'Antenne ou la Cellule emploi doit garantir quatre types d'actions spécifiques à l'entreprise et au bassin d'emploi concernés :

- assurer un suivi individualisé qui doit être précédé, après la réunion d'information collective, d'un entretien individuel permettant de convaincre les salariés de l'intérêt de l'accompagnement par la cellule, afin de les placer rapidement dans une dynamique de retour à l'emploi ;
- élaborer un parcours de reclassement pour le salarié en s'appuyant sur la connaissance du profil de chaque salarié concerné que possède l'employeur et les représentants des salariés. La cellule doit à ce sujet veiller à ce que chaque salarié acquière une autonomie dans ses démarches d'accès à l'emploi. Elle doit prendre éventuellement en compte les difficultés sociales ou personnelles qui rendraient difficile le retour à l'emploi. Un accompagnement spécifique peut être mis en place pour les salariés licenciés souhaitant créer ou reprendre une entreprise ;
- aider à la prospection des offres d'emploi, prioritairement ciblée sur les qualifications et les savoir-faire précisément identifiés des salariés. La cellule est en principe en situation privilégiée pour connaître les offres d'emploi disponibles sur le plan local, voire pour identifier celles qui n'ont pas fait l'objet d'une publicité, grâce notamment au réseau de l'entreprise ;
- prescrire des actions de formation, telles que des ateliers de technique de recherche d'emploi et des préparations à l'entretien d'embauche. La cellule aide également au montage des projets de formation et assure le suivi de formation et l'accompagnement vers l'emploi après la fin d'une formation. Elle s'appuie prioritairement sur le budget formation éventuellement inscrit dans le PSE, mais aussi

sur d'autres financeurs : Pôle emploi, Conseil régional, Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), Organisme paritaire collecteur agréé (OPCA)...

En définitive, la démarche d'accompagnement proposée par le prestataire devra permettre à chaque salarié de retrouver un emploi ou une activité conforme à son projet professionnel – création d'entreprise, projet de reconversion – dans les meilleurs délais et également offrir des mesures facilitant la création d'entreprise. Les salariés optant pour cette solution bénéficieront d'un accompagnement spécifique.

Une fois le prestataire retenu, l'entreprise va contractualiser cette relation par un contrat commercial qui formalise les engagements réciproques et définit les obligations de chacun.

### A quoi s'engagent les parties prenantes ?

La notion de partie prenante comprend non seulement l'entreprise et son prestataire, mais également le salarié qui va bénéficier du PSE.

### Comment faire en sorte que chaque partenaire exécute de bonne foi ses obligations ?

#### *Tout d'abord, fixer les objectifs...*

Entre l'entreprise et le prestataire, il conviendra de déterminer avec précision les prestations en cause.

Habituellement, les prestataires s'engagent à faire bénéficier chaque salarié d'une solution identifiée d'emploi, définie comme suit.

Est considéré comme bénéficiant d'une solution identifiée :

- tout bénéficiaire d'un CDI, d'un CDD d'au moins six mois ou d'un contrat de pré-embauche débouchant sur un CDI ;
- tout créateur de son propre emploi, en profession indépendante ou au sein de sa société (confirmé comme apte à conduire un tel projet) ;

- tout salarié reclassé en interne dans l'entreprise ou le groupe ;
- tout salarié s'engageant, à son choix, dans un projet de formation longue diplômante ou qualifiante et sans perspectives directes de reclassement ;
- tout salarié qui, pour des raisons personnelles, opte pour une solution différente d'un repositionnement professionnel (projet personnel) ;
- par extension, tout bénéficiaire d'au moins deux Offres valables d'emploi (OVE).

Est généralement définie comme Offre valable d'emploi (OVE) une proposition d'embauche (obtention d'un second entretien d'embauche avec un même employeur après sélection de la candidature ou obtention d'une proposition de contrat) formalisée par l'intermédiaire du prestataire et correspondant à un poste :

- dont le contrat est soit à durée indéterminée, soit à durée déterminée d'au moins six mois, soit toute forme de contrat pour autant que ce dernier débouche sur une embauche à durée indéterminée ;
- qui répond à la qualification (aptitudes professionnelles réelles) du salarié ou à l'un des projets professionnels identifiés par le candidat lors de son bilan professionnel ;
- qui se situe à une distance au plus égale à 50 km du lieu de domicile ou de travail de la personne, ou à 1 heure 30 de trajet aller et retour, ou plus si le projet du candidat prévoit une mobilité professionnelle plus importante ;
- dont le salaire brut correspond au salaire moyen pratiqué par le bassin d'emploi pour le secteur concerné ou dont le salaire est au moins égal à 80 % de l'ancien salaire brut du candidat, hors ancienneté et rémunérations exceptionnelles.

#### *S'assurer ensuite des moyens et du suivi*

Pour atteindre ces objectifs, le prestataire va exiger du salarié et de l'entreprise qu'ils contribuent à son action.

#### **Engagements du salarié**

Le salarié devra se comporter en candidat actif, c'est-à-dire qu'il devra :

- faire de sa recherche d'emploi une priorité ;
- adhérer à la méthodologie et aux conseils du prestataire ;
- participer aux actions proposées dans le cadre du programme d'aide au reclassement : formations à la recherche d'emploi, ateliers techniques, entretiens avec le consultant du prestataire ;
- mener personnellement une démarche active de recherche d'emploi et informer régulièrement le consultant du prestataire des démarches entreprises et des résultats obtenus ;
- se présenter aux entretiens de recrutement ;
- participer pour la totalité de leur durée aux actions de formation validées par le consultant du prestataire et jugées nécessaires à son reclassement.

Pour que le salarié adhère à ce dispositif, il est préférable de lui faire signer « une charte du candidat » par laquelle il s'engage à :

- considérer sa recherche d'emploi comme un objectif prioritaire ;
- accepter que cette recherche conduise à des solutions réalistes et conformes aux conditions du marché ;
- se rendre disponible pour réaliser son projet d'emploi ;
- participer aux activités proposées par le consultant du prestataire (entretiens, ateliers collectifs...);
- informer ses interlocuteurs de ses démarches.

#### **Interventions de l'entreprise**

Quant à l'entreprise, elle aura à fournir aux consultants du prestataire des informations pertinentes relatives à la carrière de chaque salarié concerné, ainsi que des locaux accessibles et conviviaux pour mener les actions de la cellule emploi au sein des établis- ■■■



sements affectés par le PSE, dans des locaux externes dédiés ou, dans certains cas, dans les locaux du prestataire.

### Suivi des mesures

Enfin, l'entreprise ne manquera pas d'exiger un suivi des prestations réalisées.

Ce suivi permet d'échanger sur la situation des candidats (état et évolution des effectifs, analyse de chaque cas, suivi des indicateurs d'activité), sur l'état du marché (analyse des actions menées vers les entreprises et autres acteurs locaux de l'emploi) et sur les actions mises en place (accompagnement, création d'entreprise, formation qualifiante, reconversion professionnelle...).

Pour matérialiser ce suivi à l'égard des salariés, le prestataire établira un dossier candidat avec notamment des fiches de synthèse individualisées où seront recensées les actions particulières et collectives auxquelles le candidat aura participé et les offres d'emploi qui auront pu lui être proposées.

Vis-à-vis de l'entreprise, l'information sur l'action de la cellule emploi s'effectuera lors de commissions de suivi régulières et donnera lieu à un reporting des consultants du prestataire.

Ce suivi des prestations réalisées constituera un élément de preuve important dans le cadre de la mise en cause d'éventuelles responsabilités.

### Quelles sont les responsabilités potentielles respectives de l'employeur, du prestataire et du salarié ?

Il existe peu de jurisprudence publiée sur ce sujet, mais il est à craindre qu'un contentieux ne se développe compte tenu de l'accroissement

des recours des salariés insatisfaits des mesures de reclassement dont ils ont pu faire l'objet.

En arrière plan de ce débat, il convient de garder à l'esprit que, sauf à démontrer l'impossibilité de reclassement, l'employeur doit présenter une offre d'emploi personnalisée à chaque salarié concerné et ne peut se contenter de propositions anonymes, circularisées ou incomplètes<sup>(7)</sup>.

Par quatre arrêts récents du 19 janvier 2010<sup>(8)</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans quelle mesure l'employeur pouvait avoir à répondre du fonctionnement de la cellule emploi mise en place.

Il s'agissait en l'espèce de quatre salariées d'une même entreprise qui avaient introduit une procédure au motif que l'employeur n'avait pas respecté les obligations auxquelles il s'était engagé dans le PSE en ne leur faisant pas bénéficier des offres valables d'emploi prévues. Elles avaient obtenu gain de cause devant les juridictions du fond qui leur avaient octroyé à chacune 12 000 euros<sup>(9)</sup> de dommages-intérêts.

Seule une décision sur les quatre a été réformée par la cour suprême. Cette réformation est intervenue au motif que les refus d'embauche, auxquels s'était heurtée la salariée, n'étaient pas imputables à l'employeur.

On voit là l'importance que revêt le dossier de suivi de chaque salarié pour apporter des preuves quant à cette imputabilité.

Les trois autres décisions ont approuvé la position de la cour d'appel qui avait sanctionné le fait que les salariées ne s'étaient pas vu proposer le nombre d'offres prévu, alors même que, pour l'une, elle avait été embauchée en CDI avant l'expiration de la période de fonctionnement de l'antenne emploi, que, pour une autre,

(7) Voir à titre d'exemples : Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-43.893 à 07-43.907 ; Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.117. (8) Cass. soc., 19 janv. 2010, n° 08-44.302, n° 08-44.307, n° 08-44.313 et n° 08-44.316. (9) C'est déjà un montant nettement supérieur à celui de 1 000 euros par salarié octroyé par le Conseil de prud'hommes de Caen dont le jugement de septembre 2007 est cité dans l'article du Monde précité.

elle avait elle-même trouvé un emploi en CNE, et que, pour une autre enfin, elle était sortie du dispositif de reclassement et avait indiqué qu'elle était suivie par un autre organisme de formation et de recherche d'emploi.

Il est intéressant également de noter que, dans le cadre de ses différents pourvois, l'employeur avait soulevé le fait que les salariées en cause avaient été absentes à de nombreux entretiens collectifs organisés par la cellule emploi et que, de ce fait, celles-ci avaient perdu la qualité de candidate active. En l'espèce, cet argument n'a pas été pris en considération.

Les prestataires prévoient habituellement que le refus par les salariés de se rendre à deux propositions de rendez-vous sans motif légitime les dégagera de leurs responsabilités, mais cela ne couvre pas l'employeur pour les situations précitées.

Dans de tels cas, l'employeur pourra tenter d'appeler en garantie le prestataire, à condition de pouvoir prouver que celui-ci a commis

une faute dans le traitement des dossiers des salariés.

Dans l'immédiat, il serait plus efficace pour l'employeur qu'il contractualise avec le salarié les conditions détaillées de ses obligations pendant le fonctionnement de la cellule emploi et qu'il implique la commission de suivi dans la validation de ce fonctionnement.

En tout état de cause, une cellule emploi disposant de moyens suffisants constitue un point fort pour permettre à l'employeur d'écartier le reproche d'insuffisance du PSE régulièrement avancé lors de contestations émanant tant du comité d'entreprise que de salariés agissant individuellement.

On peut citer une décision récente <sup>(10)</sup> qui a approuvé une cour d'appel d'avoir relevé que le PSE de l'employeur comportait tout un ensemble de mesures précises et concrètes en vue d'éviter ou de limiter les licenciements ou, à défaut, de reclasser les salariés avec un investissement important d'aide, notamment par le biais d'une cellule de reclassement. ♦

---

(10) Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-45.207 et n° 08-45.209.