Le préavis (délai congé)

Définition	Délai de prévenance à l'issue duquel devient effective la rupture du contrat de travail.
Conditions	<p>Le délai congé doit être observé pour toute rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée, sauf en cas de faute grave ou de force majeure (la faute grave est celle qui rend impossible sans risque pour l'entreprise le maintien en fonction du salarié, même pendant la durée du préavis - Soc. 16.02.87 - La faute lourde emporte aussi privation du préavis. La faute grave de l'employeur libère le salarié d'avoir à effectuer son préavis ; la force majeure est un événement extérieur, imprévisible et irrésistible qui exonère les parties de leurs obligations.</p> <p>☞ <i>Lorsque le contrat de travail est rompu d'un commun accord par les parties, aucun préavis n'est dû (Soc. 30.06.93 Bull. 93 V n° 189).</i></p> <p>☞ <i>L'indemnité de préavis n'est pas due au salarié qui est dans l'impossibilité de l'exécuter (Cass.Soc. 3/6/97 Bull.97 n° 205) (idem Cas.Soc. 14/10/97 Bull.97 n° 311).</i></p> <p>☞ Le salarié dont l'ancienneté dans l'entreprise est inférieure à six mois et qui ne justifie d'aucun accord collectif ou usage fixant un délai-congé pour les salariés dans cette situation ne peut prétendre à une indemnité compensatrice de préavis. (Cass. soc., 25 janv. 2005, n° 02-47.529, n° 180 FS-D Jurisp.Soc.Lamy n° 170 du 21/06/05)</p>
Durée	La durée du préavis varie selon qu'il s'agit d'une démission ou d'un licenciement et selon l'emploi occupé (elle est plus longue pour les cadres).
Paiement	<p>Le préavis est indemnisé par le versement du salaire si le préavis est effectué ou par le versement d'une indemnité compensatrice si le salarié est dispensé de l'effectuer.</p> <p>Indemnité de préavis :</p> <p>Le préavis est indemnisé pour autant que le salarié aurait effectivement travaillé. Le salarié en arrêt maladie ou inapte ne peut prétendre à une indemnité de préavis (sauf inaptitude consécutive à un accident de travail ou à une maladie professionnelle).</p> <p>La dispense d'exécuter le préavis décidée par l'employeur ouvre droit à une indemnité compensatrice.</p> <p>La réduction de la durée ou la suppression du préavis demandée par le salarié et acceptée par l'employeur n'ouvre pas droit à indemnisation.</p> <p>Le préavis englobe tous les éléments de la rémunération. Il y a lieu de tenir compte des heures supplémentaires que le salarié aurait accomplies s'il avait travaillé. Par contre sont exclues les primes et indemnités représentant un remboursement de frais réellement engagés.</p> <p>☞ <i>La base de calcul de l'indemnité de préavis doit comprendre l'ensemble des sommes que le salarié aurait perçues s'il avait travaillé, y compris les gratifications de fin d'année (Cass. Soc. 24/3/99 n°97-43.543 D. Sem.Soc.Lamy n°928 p.13).</i></p> <p>☞ <i>L'indemnité de préavis n'est pas due au salarié qui est dans l'impossibilité de l'exécuter (Cass. Soc. 05/10/99 Cah.Prud'homaux n°6 - 2001 p. 104).</i></p> <p>☞ <i>Un vendeur, rémunéré à la fois par une somme fixe et par des primes liées à son activité est licencié pour motif économique avec dispense de préavis. L'indemnité compensatrice devant être calculée en prenant en compte tous les éléments de rémunération qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé, elle doit inclure la somme fixe mais également celle qu'il aurait dû toucher au titre des commissions s'il avait travaillé. (Cass. soc., 23 janv. 2003, n° 00-44.882, n° 227 FS-P - Jurisp.Soc.Lamy n° 119 p.25).</i></p> <p>☞ <i>A défaut de mention contraire expresse, la condamnation à l'indemnité de préavis est formulée en brut (Cass.Soc. 02/04/03 Cah.Prud'homaux. n°8 de 2003 P.114).</i></p>
Inexécution	<p><u>Brusque rupture</u></p> <p>La sanction de la brusque rupture réside dans l'octroi d'une indemnité forfaitaire égale au salaire du temps du préavis. Le tribunal ne saurait réduire cette indemnité. Cette indemnité est due aussi bien par l'employeur que par le salarié qui est l'auteur d'une brusque rupture.</p> <p><u>Fermeture de l'établissement</u></p> <p>La loi du 13.01.89 précise que l'inexécution totale ou partielle qui résulterait d'une fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ne saurait diminuer le montant de l'indemnité qui est égale au salaire qui aurait été perçu si le salarié avait accompli son travail jusqu'au terme du délai congé.</p>
Caractère forfaitaire	L'indemnité de préavis a un caractère forfaitaire dont le montant est identique quel qu'en soit le débiteur. Le salarié qui démissionne est tenu de respecter un délai-congé: en l'absence de dispositions légales, de règlement de travail ou de convention collective, la durée du préavis résulte des usages pratiqués dans la localité ou la profession (Cass. Soc. 17/12/87 n° 85-42089 Bull. 87 n°748).

**Durée
en cas de
licenciement**

La durée du préavis est fixée par les articles L1234-1 (ex art. L.122.6) et L1234-2 (ex art.L.122.7) du code du travail (sauf si la convention collective prévoit une dérogation plus favorable).

- ☛ Si le salarié a moins de 6 mois d'ancienneté, il faut se référer à la convention collective ou aux usages;
- ☛ Si le salarié a entre 6 mois et 2 ans d'ancienneté, le préavis minimum est d'un mois;
- ☛ Si le salarié a 2 ans et plus d'ancienneté, le préavis est au minimum de deux mois.

Le point de départ est fixé par la première présentation de la lettre recommandée de licenciement (art.L1234-3 (ex art. L.122.14.1) du code du travail) . Même si la lettre est retirée 10 jours plus tard, le délai a commencé à courir.

**Durée
en cas de
démission**

◆ Pour le contrat de travail à durée indéterminée , la durée n'est pas fixée par le code du travail, il faut se référer aux usages dans la profession ou à la convention collective. Le contrat de travail peut prévoir cette durée.

Le point de départ est fixé par la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la démission. (Si la démission est formulée verbalement puis confirmée par lettre recommandée, le point de départ sera la date de la déclaration verbale).

◆ Pour le contrat de travail à durée déterminée, la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 (JO du 18/02/02) a modifié l'article L1243-2 (ex art.L122-3-8) du code du travail : " *Par dérogation aux dispositions de l'Article L1243 1, le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié, lorsque celui-ci justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.*

Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter un préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu :

- 1° De la durée totale du contrat, renouvellement inclus, lorsque celui-ci comporte un terme précis ;
- 2° De la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis.

Le préavis ne peut excéder deux semaines".

**Durée
en cas de
démission
(suite)**

La liberté d'expression peut se révéler abusive dans la rédaction d'une lettre de démission

☛ Le caractère injurieux de la lettre de démission autorise l'employeur à rompre le préavis pour faute grave (Cass. soc., 30 oct. 2002, M. Verguet C/ SA Geci France, arrêt n° 3150 F-D: Juris-Data n°2002-016283).

☛ Le point de départ du préavis est déterminé par la notification de la rupture. Il se situe normalement à la date où la déclaration de volonté de la partie qui rompt le contrat de travail parvient à la connaissance de l'autre partie.

Lorsqu'un salarié prolonge dans sa lettre de démission la durée du préavis, l'employeur n'a pas la possibilité de refuser cette prolongation. (Cass. soc., 16 déc. 1997, pourvoi n° 95-42.090, arrêt no 4964 P - documents Jurisp.Soc.Lamy n° 7 du 03/02/98).

☛ *Un employeur ne peut se plaindre de ce que son salarié lui a donné un préavis plus long que celui auquel il était obligé par la convention collective.* (Cass. soc., 2 févr. 1993, no 89-44.334 - documents -Jurisp.Soc.Lamy n° 7 du 03/02/98).

Exécution

Pendant le préavis, le contrat s'exécute normalement (même horaire, même lieu, même salaire) à l'exception des heures de recherche d'emploi pendant lesquelles le salarié peut s'absenter avec maintien de son salaire (les heures de recherche d'emploi doivent être prévues par la convention collective ou le contrat de travail).

Le préavis qui commence à courir avant la date du congé annuel fixée par l'employeur antérieurement au licenciement, est suspendue par la prise du congé, le préavis se poursuivant au retour du salarié (Cass. Soc. 14.12.90 n° 4253).

Dispense

L'employeur peut dispenser le salarié d'effectuer le préavis; Dans ce cas le salarié ne travaille pas, mais reçoit son salaire. Il appartient à l'effectif de l'entreprise jusqu'à la fin du préavis.

☛ La mention "libre de tout engagement" sur un certificat de travail ne peut établir à elle seule la dispense pour le salarié d'exécuter le préavis, laquelle ne peut résulter que d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur (Soc. 10.11.93 n° 3430 Sem. Soc. Lamy n° 674).

☛ La période de préavis doit être prise en considération comme correspondant à un travail effectif, même lorsque le salarié est dispensé de l'effectuer (Soc. 24.11.92 n° 4075P Sem. Soc. Lamy n° 629).

☛ La dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant la durée du délai congé ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution de salaire et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail. Dès lors, une cour d'appel, qui a constaté qu'un véhicule de fonction pouvait être utilisé par un salarié pour ses besoins personnels, a pu décider qu'il s'agissait d'un avantage en nature dont la privation pouvait être compensée par une indemnité (Cass.Soc. 4/3/98 Bull. 98 V n° 117).

☛ C'est à tort qu'une cour d'appel énonce que l'indemnité de préavis doit être calculée sur la partie fixe du salaire et non sur de prétendues commissions afférentes à des ventes qui auraient pu être réalisées pendant la période de préavis. En effet, l'employeur ne peut, en dispensant le salarié de son obligation de travail, le priver de la rémunération qu'il aurait perçue au titre des commissions s'il avait travaillé.(Cass. soc., 29 janv. 2003, no 00-44.882 P - Sem.Soc.Lamy n° 1110 du 17/02/03).

☛ La dispense par l'employeur d'exécuter le préavis peut se déduire de la signature du reçu pour solde de tout compte par le salarié démissionnaire à une date antérieure à l'expiration du préavis (Cass. Soc. 28/01/98 Dictionn. Perman. Social Jurisp. Soc. Commentée 98 p.91).

☛ Dans l'hypothèse où la lettre de rupture prévoit le point de départ du préavis et dispense le salarié de l'effectuer, l'employeur se trouve tenu de verser l'indemnité de préavis, peu important l'arrêt de travail du salarié pour maladie non professionnelle. (Cass. soc., 21 janv.2003, n° 01-40.573 D - Sem. Soc. Lamy n° 1109 p.14).

Inexécution du préavis décidée d'un commun accord	<p>L'inexécution du préavis décidée d'un commun accord ne donne pas droit au paiement d'une indemnité compensatrice</p> <p>✍ En cas d'inexécution par le salarié du préavis, l'employeur n'est tenu au paiement d'une indemnité compensatrice que lorsqu'il a unilatéralement décidé de dispenser le salarié d'exécuter sa prestation de travail ou lorsque cette inexécution lui est imputable».</p> <p>(Cass. soc., 28 janv. 2005, pourvoi n° 03-47.403, arrêt n° 230 F-P+B jsl 163 p.22 & Sem. Soc. Lamy n° 1201).</p>
Inexécution du fait du salarié	<p>Dès lors que l'inexécution du préavis est indépendante de la volonté de l'employeur, celui-ci n'est pas tenu au paiement de l'indemnité compensatrice. Tel est le cas lorsqu'un directeur de développement démissionne de ses fonctions et prend l'initiative de ne pas effectuer le délai-congé. (Cass. soc., 21 juin 2006, n° 04-46.679, n° 1599 F-D Jurisp.Soc.Lamy n° 197 du 3/10/2006).</p>
<u>Prétendue faute grave & inexécution</u>	<p>✍ Dans l'hypothèse où un employeur licencie une salariée sans préavis sous le prétexte d'une faute grave inexistante, il doit lui verser l'indemnité compensatrice, peu important que l'intéressée ait été en arrêt de travail durant la période de préavis. En effet, dans un tel cas, l'inexécution du préavis n'a pas pour cause la suspension du contrat de travail, mais la décision de l'employeur de priver la salariée du délai-congé en invoquant une prétendue faute grave. (Cass. soc, 16 janv. 2007, n°06-40.096 D - Sem. Soc. Lamy n° 1292).</p>
Rupture anticipée	<p>Les parties peuvent convenir d'une durée plus courte du préavis. Cette durée doit faire l'objet d'un écrit signé des deux parties pour éviter toute contestation.</p> <ul style="list-style-type: none"> ☛ Si la dispense du préavis est sollicitée par le salarié et qu'elle est acceptée par l'employeur, le contrat prend fin immédiatement, le préavis non fait n'est pas rémunéré. <p>(Toutefois, le préavis écourté ou supprimé n'est pas opposable à l'ASSEDIC qui n'indemniserait qu'au terme normal du préavis);</p> <ul style="list-style-type: none"> ☛ Si la dispense est décidée à l'initiative de l'employeur, le contrat prend fin au terme normal du préavis.
Congé annuel et préavis	<p>Le congé annuel ne peut s'imputer sur le préavis qu'en cas d'accord entre les parties.</p> <ul style="list-style-type: none"> ☛ L'employeur ne peut imposer au salarié de prendre son congé annuel alors qu'il est en préavis. ☛ L'initiative prise, par le salarié, en accord avec son employeur, de prendre ses congés annuels pendant la période de préavis n'est pas contraire à l'ordre public (Cass. Soc. Ass. Plén. 05.03.93 n° 368 P Sem. Soc. Lamy n° 641).
Accident du travail et préavis	<p>✍ Le salarié, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, inapte à reprendre son emploi et licencié parce que l'employeur justifie soit de l'impossibilité où il se trouve de lui proposer un emploi, soit du refus par le salarié de l'emploi qui lui est proposé, a droit, sauf si son refus est abusif, à l'indemnité compensatrice de préavis prévue à l'article L.122-32-6 du Code du travail. Il importe peu, compte tenu de son inaptitude médicalement constatée et de son refus de reclassement que l'intéressé ne puisse exécuter son préavis. (Cass. soc., 9 avr. 2002, n°99-44.718 D - Sem. Soc. Lamy n°1073 p.14).</p>
Préavis et inaptitude	<p>Les nouvelles dispositions législatives</p> <p>Article L. 1226-4 du Code du travail modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (art. 47) concernant l'inaptitude d'origine non professionnelle « Lorsque, à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.</p> <p>Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.</p> <p>En cas de licenciement, le préavis n'est pas exécuté et le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. Le préavis est néanmoins pris en compte pour le calcul de l'indemnité mentionnée à l'article L. 1234-9. Par dérogation à l'article L.1234-5, l'inexécution du préavis ne donne pas lieu au versement d'une indemnité compensatrice. »</p>
Caractère préfixe	<p>✍ Dans l'hypothèse où employeur donne son accord pour que les heures pour recherche d'emploi dont bénéficie une salariée soient cumulées et regroupées sur la fin du préavis, le caractère préfixe du délai-congé interdit de mettre fin prématurément à celui-ci au motif que la salariée a retrouvé un emploi au cours du préavis (Cass. soc., 21 janv. 2003, n° 0140.529 P - Sem.Soc.Lamy n° 1107 P.15).</p>
Inaptitude	<p>✍ Le salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité physique d'exécuter en raison d'une inaptitude à son emploi dès lors que l'employeur n'a pas manqué à son obligation de reclassement. (Cass. soc., 18 mars 2003, n°01-40.793 P - Sem.Soc.Lamy n° 1116 P.14).</p>
Le préavis n'est pas divisible	<p>✍ Le salarié licencié a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de préavis qui ne peut être accordée ou refusée qu'en totalité. (Cass.Soc 04/06/75 - N°74-40570 Bull. 75 V n°304).</p>

**Requalification
judiciaire du
licenciement
et préavis**

✍ Lorsque aucune faute grave n'a été retenue à l'encontre du salarié, son employeur qui l'a licencié à tort sans préavis se trouve débiteur envers lui d'une indemnité compensatrice dont il est tenu de lui verser le montant intégral pour toute la période où il aurait dû l'exécuter, notwithstanding son état de maladie au cours de cette période, l'inexécution du préavis n'ayant pas pour cause la maladie du salarié mais la décision de l'employeur de le priver du délai-congé. (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-48235 Sem.jurid.soc n°9-10).

✍ Dès lors que la résiliation judiciaire du contrat de travail est prononcée aux torts de l'employeur, l'indemnité de préavis est toujours due. (Cass.Soc. - 28 avril 2011. - N° 09-40.708 et 09-40.840. BICC747 N° 1000).

**Dispense =
libre de
toute
obligation**

✍ S'il n'est pas démontré des actes de concurrence déloyale, un salarié dispensé de son préavis est libre de toute obligation et l'employeur ne peut lui imposer de cesser sa nouvelle activité fût-elle concurrente dès lors que sa clause de non-concurrence est illicite faute de contrepartie financière. (Jurisp.Soc.Lamy n° 214 Cass. soc., 28 mars 2007, pourvoi n° 05-45.423, arrêt n° 669 F-D)