

Sommaire

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Titre 1

FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Qui peut conclure un contrat de travail ?

Le contrat doit-il être écrit ?

Rédiger le contrat de travail : quelles règles respecter ?

Le contrat de travail peut-il comporter une période d'essai ?

Titre 2

EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Quelles sont les situations entraînant la suspension du contrat de travail ?

Titre 3

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.

Titre 3, section 1

1. Les ruptures volontaires du contrat de travail.

1.1 La rupture conventionnelle.

1.1.1. Définition et avantages.

1.1.2. Salariés concernés.

1.1.3. Conditions de mise en œuvre.

1.1.4. Entretien entre l'employeur et le salarié.

1.1.5. Convention de rupture.

1.1.6. Effets de la convention de rupture.

1.1.7. Contestation en justice.

1.2. La rupture conventionnelle collective.

1.3. La retraite.

Titre 3, section 2

2. Rupture à l'initiative du salarié.

2.1. Démission.

- 2.1.1. Définition.
- 2.1.2. Salariés concernés.
- 2.1.3. Procédure.
- 2.1.4. Situations de requalifications.
- 2.1.5. Préavis à respecter.
- 2.1.6. Conséquences de la démission.
- 2.1.7. Droits au chômage.
- 2.1.8. Rupture abusive.

2.2. Résiliation judiciaire du contrat de travail.

- 2.2.1. Définition de la résiliation judiciaire.
- 2.2.2. Salariés concernés.
- 2.2.3. Procédure.
- 2.2.4. Conséquences de la résiliation judiciaire.
- 2.2.5. Licenciement postérieur.

2.3. Prise d'acte.

- 2.3.1. Définition de la prise d'acte.
- 2.3.2. Salariés concernés.
- 2.3.3. Modalités de la prise d'acte.
- 2.3.4. Conséquences de la prise d'acte.
- 2.3.5. Requalification de la prise d'acte.
- 2.3.6. Une vraie prise de risques.
- 2.3.7. Prise d'acte, alternative au licenciement.
- 2.3.8. En pratique.

2.4. Conclusion.

Titre 3, section 3

3. Rupture à l'initiative de l'employeur.

3.1. Procédure de rupture.

- 3.1.1. Origine de la procédure.
- 3.1.2. Enjeux de l'entretien préalable.
- 3.1.3. Déroulé de la procédure le licenciement.
- 3.1.4. Contestation de la procédure de licenciement.
- 3.1.5. Irrégularité de forme dans la procédure.
- 3.1.6. Conséquences de l'insuffisance de motivation.

3.2. Notion de cause réelle et sérieuse.

- 3.2.1. Définition de la cause réelle et sérieuse.
- 3.2.2. Cause réelle.
- 3.2.3. Cause sérieuse.
- 3.2.4. Cause licite.

3.3. Notion de faute.

- 3.3.1. Définition de la faute.
- 3.3.2. Gradation des fautes.

3.4. Licenciement pour motif personnel.

- 3.4.1. Cadre général.
- 3.4.2. Motivation du licenciement.
- 3.4.3. Contestation du licenciement.

3.5. Licenciements pour faute.

- 3.5.1. Règles applicables
- 3.5.2. Licenciement pour faute simple.
- 3.5.3. Licenciement pour faute grave.
- 3.5.4. Licenciement pour faute lourde.

3.6. Licenciement pour inaptitude physique.

- 3.6.1. Définition de l'inaptitude.
- 3.6.2. Conséquences de l'inaptitude.
- 3.6.3. Rupture du contrat de travail pour inaptitude.
- 3.6.4. Procédure du licenciement pour inaptitude.
- 3.6.5. Contestations liées à l'inaptitude.

3.7. Licenciement pour motif économique.

- 3.7.1. Définition du licenciement économique.
- 3.7.2. Licenciement individuel ou collectif.
- 3.7.3. Obligations préalables de l'employeur.
- 3.7.4. Ordre des licenciements.
- 3.7.5. Entretien préalable.
- 3.7.6. Lettre de licenciement.
- 3.7.7. Préavis de licenciement et fin du contrat de travail.
- 3.7.8. Priorité de réembauche.
- 3.7.9. Contestation du licenciement.
- 3.7.10. Conséquences de la remise en cause du licenciement économique.

3.8. Dommages et Intérêts en cas de licenciement abusif.

- 3.8.1. Situation actuelle.
- 3.8.2. Montant des dommages et intérêts.
- 3.8.3. Sortie du barème.

- 3.8.4. Extension du plancher / plafond.
- 3.8.5. Incidence de la pluralité de motifs.

Le contrat de travail existe dès l'instant où une personne (le salarié) s'engage à travailler, moyennant rémunération, pour le compte et sous la direction d'une autre personne, l'employeur. Le plus souvent, le contrat de travail doit être écrit. Son exécution entraîne un certain nombre d'obligations, tant pour le salarié que pour l'employeur.

Qui peut conclure un contrat de travail ?

L'employeur peut être une personne physique (entrepreneur individuel...) ou une personne morale (association, SARL...). Dans ce cas, le contrat est conclu par la personne munie du pouvoir d'engager la société : gérant, directeur dont les fonctions comportent le recrutement de salariés, etc. Sur ce point, on signalera que, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation (arrêt du 15 déc. 2010), la « délégation du pouvoir de conclure un contrat de travail peut être tacite [...] ; elle peut découler des fonctions du salarié signataire du contrat pour le compte de l'employeur ».

Côté salarié, toute personne peut conclure un contrat de travail avec, cependant, quelques restrictions concernant le majeur sous tutelle (le contrat doit alors être conclu avec son représentant, le tuteur) et les jeunes de moins de 18 ans.

Ceux-ci ne peuvent en effet conclure de contrat de travail sans l'autorisation de leur représentant légal (père, mère, tuteur), sauf s'ils sont émancipés, c'est-à-dire considérés comme majeurs après décision de justice. En outre, selon leur âge certaines règles doivent être observées :

- il est interdit d'employer des jeunes de moins de 16 ans, sauf cas particuliers,
 - o pour les activités du spectacle et de mannequins sur autorisation du préfet,
 - o dans le cadre de l'apprentissage à partir de 15 ans,
- ou pendant une partie des vacances scolaires à partir de 14 ans ;
- dans tous les cas, l'employeur est soumis à des contraintes spécifiques, en particulier en matière de sécurité et de durée du travail dès lors que le jeune a moins de 18 ans.

Le contrat doit-il être écrit ?

Seul le Contrat à Durée Indéterminée, CDI, à temps complet, peut être non-écrit. ¹ Il est alors qualifié d'oral, de verbal ou de tacite. ²

¹ Tout contrat non écrit est donc systématiquement requalifié en CDI par les juridictions judiciaires.

² En l'absence de contrat écrit, le bulletin de paye vaut CDI à temps complet.

Toutefois, si le contrat reste verbal, l'employeur a l'obligation de remettre au salarié un document écrit reprenant les informations contenues dans la déclaration préalable à l'embauche adressée à l'URSSAF (ou à la Mutualité sociale agricole - MSA).

Hormis le CDI à temps complet, tous les autres contrats doivent être écrits. Sont concernés :

- le **contrat à durée indéterminée à temps partiel**, le **contrat saisonnier**,
- le **contrat à durée déterminée, CDD**,
- le **contrat de travail à temps partiel**,
- le **contrat de travail intermittent**,
- le **contrat de travail temporaire**,
- le **contrat de professionnalisation**,
- le **contrat d'apprentissage**,
- les **contrats spécifiques** prévus pour les personnes en difficulté, notamment le contrat unique d'insertion, dans sa forme contrat d'accompagnement dans l'emploi ou contrat initiative-emploi,
- les **contrats conclus avec les groupements d'employeurs**,
- le " **contrat de travail en portage salarial** " à durée déterminée, ou à durée indéterminée.

Le portage salarial désigne l'ensemble organisé constitué par :

(Code du Travail art. L. 1254-1 et suivants)

- d'une part, la relation entre une entreprise dénommée " entreprise de portage salarial " effectuant une prestation au profit d'une entreprise cliente, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ;
- d'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le " salarié porté ", lequel est rémunéré par cette entreprise.
- le salarié porté justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix. Il bénéficie d'une rémunération minimale définie par accord de branche étendu. A défaut d'accord de branche étendu, le montant de la rémunération mensuelle minimale est fixé à 75 % de la valeur mensuelle du plafond de la sécurité sociale (plafond fixé à 3 170 euros depuis le 1/1/2015) pour une activité équivalant à un temps plein.

Lorsqu'il est conclu en France, le **contrat doit être rédigé en français**. Il peut toutefois comporter des termes étrangers, sans correspondance en français, s'ils sont clairement expliqués. Pour plus de précisions sur l'emploi de la langue française dans les relations de travail, on pourra utilement se reporter aux documents mis en ligne sur le web.

Le salarié étranger peut demander la traduction de son contrat dans sa langue d'origine.

L'employeur et le salarié sont libres de négocier le contenu du contrat de travail. Deux règles doivent néanmoins être respectées :

- s'agissant d'un contrat dont la rédaction est imposée (contrat à durée déterminée, contrat de formation en alternance... - voir ci-dessus), il contient obligatoirement les mentions prévues par le Code du travail ;
- toute autre clause peut être insérée (clause de mobilité...) à condition de ne pas être contraire à l'ordre public. Ainsi par exemple, les clauses de célibat, les clauses discriminatoires ou celles prévoyant une rémunération inférieure au SMIC sont interdites et sans effet.

Le contrat de travail peut-il comporter une période d'essai ?

Oui, c'est une possibilité laissée à l'appréciation de l'employeur et du salarié. Prévoir une période d'essai permet à l'employeur comme au salarié de rompre, au cours de la période fixée, le contrat de travail sans formalité ni indemnité, mais en respectant un délai de prévenance.

La période d'essai et la possibilité de son renouvellement dans les limites fixées par la loi, ne se présument pas : elles doivent être mentionnées dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement ; pour plus de précisions, on peut se reporter à la fiche consacrée à cette question.

Des dispositions particulières s'appliquent au contrat à durée déterminée

Le contrat de travail ou la lettre d'engagement ne peut pas fixer une période d'essai d'une durée supérieure à celle prévue par la loi. De même, un salarié à temps partiel ne peut se voir imposer une période d'essai plus longue que celle d'un salarié à temps plein.

Quelles obligations découlent du contrat de travail ?

Employeur et salarié doivent respecter les obligations nées du contrat de travail et exécuter celui-ci de bonne foi :

L'employeur est tenu de :

- fournir un travail dans le cadre de l'horaire établi,
- verser le salaire correspondant au travail effectué,
- respecter les autres éléments essentiels du contrat (qualification, lieu de travail quand il est précisé dans le contrat...),
- faire effectuer le travail dans le respect du Code du travail et de la convention collective applicable à l'entreprise.

Le salarié doit, quant à lui :

- respecter les horaires de travail,
- réaliser le travail demandé conformément aux instructions données,
- respecter les engagements mentionnés dans le contrat de travail et, lorsqu'il en existe un, les clauses du règlement intérieur,
- ne pas faire de concurrence déloyale à son employeur.

Quelles sont les situations entraînant la suspension du contrat de travail ?

Dans un certain nombre de situations prévues par le Code du travail, le contrat de travail est suspendu, ce qui a pour principal effet de dispenser le salarié d'exécuter sa prestation de travail. De son côté, l'employeur est, en principe, dispensé du versement du salaire pour la période correspondant à la suspension du contrat ; il peut toutefois être tenu, selon les motifs de la suspension, au versement d'une indemnité (ex. : indemnité de congés payés) ou d'une allocation (ex. : activité partielle). Parmi les principaux congés ou absences entraînant la suspension du contrat de travail, on signalera :

- les congés de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant ou d'adoption,
- le congé de présence parentale, le congé parental d'éducation, le congé de soutien familial, le congé de solidarité familiale,
- les congés payés,
- le congé sabbatique,
- le congé pour création ou reprise d'entreprise,
- les arrêts de travail pour maladie (professionnelle ou non), accidents du travail ou accidents de trajet,
- l'activité partielle,
- certains congés de formation (congé individuel de formation, congé de bilan de compétences, etc.) ou allocation de formation.

Au terme de la période de suspension, le salarié doit retrouver son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente. Sauf cas particuliers (ex. : congé de maternité, accidents du travail), la suspension de son contrat de travail ne le protège pas contre une éventuelle mesure de licenciement.

Le contrat de travail d'un salarié qui bénéficie d'une période de mobilité volontaire sécurisée est également suspendu.



Université de Versailles – Saint Quentin en Y.
Master Droit des Ressources Humaines et de la Protection Sociale

Titre 3

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Une certitude, des incertitudes. ³

“ Il est une certitude, un jour la relation de travail nouée entre l’employeur et le salarié s’éteindra. La rupture peut jaillir des aléas de la vie, la personne physique et / ou la personne morale disparaît. Elle peut également avoir été programmée dès la conclusion du contrat de travail. La rupture peut encore intervenir lors du départ à la retraite du salarié. Enfin, comme pour tout contrat, chaque partie à la convention peut, à tout moment, choisir de mettre fin à la relation. ”

Encore faut-il que cette rupture soit conduite dans le respect des règles de droit, règles de forme et règles de fond.

Le juge judiciaire examinera, dans l’ordre :

- les **conditions de formes**, respect des **procédures** de licenciement,
- les **conditions de fond**, respect de la **législation**, de la **réglementation** et des **clauses contractuelles**, tant individuelles que collectives.

³ Bernard TEYSSIE, “ *Droit du Travail, Relations individuelles* ”, LexisNexis, 3^{ème} édition, mai 2014, p. 711.

Notions de base - Rappel.

Avant d'examiner les différents modes de rupture du contrat de travail, il n'est pas inutile de se souvenir de ce que le Code Civil pose en matière de droit des obligations.⁴

Généralités.

Art. 1103

Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

Art. 1104

*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
Cette disposition est d'ordre public*

Art 1106

*Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.
Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.*

Formation du contrat.

Art. 1210

*Les engagements perpétuels sont prohibés.
Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.*

Art. 1211

Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

Art. 1212

*Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.
Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.*

⁴ Les numéros d'articles du Code Civil sont ceux définis par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Art. 1213

Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

Art. 1214

Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.

Art. 1215

Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat.

Résolution du contrat

Art. 1224

La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

Art. 1225

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

Art. 1226

Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

Art. 1227

La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

Art 1228

Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

Art. 1229

La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Art. 1230

La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

Titre 3, section 1

1. Les ruptures volontaires du contrat de travail.

1.1. La rupture conventionnelle.

La rupture conventionnelle permet à l'employeur et au salarié en Contrat à Durée Indéterminée, CDI, de convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle est possible sous conditions et indemnisation. Une procédure légale fixe les démarches à respecter (rédaction d'une convention de rupture et validation par la Direccte).

Spécifiquement prévue par le Code du Travail, la rupture conventionnelle a un régime juridique propre : ce n'est ni une démission à l'initiative du salarié, ni un licenciement à l'initiative de l'employeur. Elle constitue une alternative à ces deux solutions.

Dans la pratique, il était déjà fréquent de voir salariés et employeur s'entendre pour mettre fin au contrat de travail : départ négocié, licenciement à l'amiable, etc. Instaurée au sein du Code du Travail depuis quelques années, la rupture conventionnelle est venue clarifier et encadrer ces pratiques déjà anciennes.

Enfin, il ne faut pas confondre la rupture conventionnelle avec la transaction judiciaire. Cette dernière est complètement différente et n'intervient que lorsque deux parties à un procès souhaitent mettre fin à l'instance d'une manière amiable.

1.1.1. Définition et avantages.

La rupture conventionnelle constitue le seul mode de rupture amiable du contrat de travail. Elle est issue de la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 " portant modernisation du marché du travail ". La Loi pose que :

" L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.

Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties. "

(Code du travail, art. L. 1237-11)

Pour la Cour de Cassation la rupture d'un CDI par un accord conclu entre un employeur et un salarié ne peut intervenir que dans le cadre d'une rupture conventionnelle. Les parties ne peuvent donc pas conclure de rupture amiable en dehors de ce cadre légal.

(Cass. soc., arrêt n° 11-22251 du 15 octobre 2014)

Pour les tribunaux, une rupture d'un commun accord qui ne respecterait pas les conditions et la procédure de rupture conventionnelle qui suivent doit être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le salarié qui signe une rupture conventionnelle avec son employeur perçoit une indemnité de rupture. Il a également droit aux allocations de chômage (s'il en remplit les conditions d'attribution).

- **Avantages**

La rupture conventionnelle présente un avantage pour chaque signataire. Employeur et salarié peuvent chacun y trouver leur compte.⁵

Pour le salarié qui souhaite quitter son entreprise, elle est bien plus avantageuse qu'une démission puisque le salarié touchera des indemnités de rupture bien plus importantes (aux moins égales aux indemnités de licenciement légales ou conventionnelles) tout en bénéficiant ensuite des allocations chômage, ce que permet rarement une démission (sauf pour les démissions qui donnent droit au chômage).

Du point de vue de l'entreprise, la procédure à suivre est bien moins lourde que celle prévue pour le licenciement, qui suppose le respect strict des délais et des formalités prévues par le Code du travail. En outre, les motifs exigés par le droit du travail pour licencier un salarié sont parfois difficiles à justifier sur le plan juridique. Pour l'employeur qui souhaite le départ d'un salarié sans risquer une action en justice par la suite, la rupture conventionnelle constitue alors une mesure alternative qui a bien moins de chances d'être contestée aux prud'hommes qu'un licenciement.

Dans la pratique, la rupture conventionnelle n'est pas réservée aux grandes entreprises, bien au contraire : près d'un quart des ruptures conventionnelles concerne des TPE (entreprises de moins de 10 salariés).

⁵ Ces avantages expliquent le succès d'une procédure, 421 000 ruptures conventionnelles pour la seule année 2017 selon les statistiques du Ministère du Travail, soit une hausse de 7,8 % par rapport à 2016), dont les conditions de mise en place sont relativement simples à réunir.

1.1.2. Salariés concernés.

La rupture conventionnelle est ouverte **exclusivement au salarié employé en CDI** dans le secteur privé, qu'il soit protégé ou non. Le dispositif ne s'applique pas aux salariés en CDD ou en contrat temporaire, ni aux agents (titulaires et contractuels) de la fonction publique.

Concrètement, elle consiste à mettre un terme à un Contrat de travail à Durée Indéterminée, CDI, selon des conditions consenties mutuellement par l'employeur et le salarié.

La rupture conventionnelle peut être mise en œuvre par tous les employeurs et tous les salariés en CDI, y compris les salariés " protégés " (délégués du personnel, délégué syndical, etc.). Il n'existe donc ni condition liée à la taille de l'entreprise, ni condition d'ancienneté (même si cette dernière sera prise en compte pour calculer le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle due au salarié).

1.1.3. Conditions de mise en œuvre.

- **Motivation.**

Généralement, lorsque l'entreprise souhaite se séparer d'un salarié mais que son licenciement s'avèrerait risqué d'un point de vue juridique, elle peut entamer alors une procédure auprès de ce salarié afin de négocier son départ.

Du côté du salarié, cela peut provenir de différentes sources :

- mécontentement avec ses supérieurs,
- nouvelle politique de gestion de l'entreprise qui ne lui convient pas,
- contenu de travail ou salaire qui ne le satisfait plus,
- désir de se mettre à son compte,
- envie de réaliser un projet personnel, ou professionnel, tel une création d'entreprise
- raisons de santé ou liées à son âge. Lorsqu'une par exemple, il peut également passer par cette solution.

Mais bien d'autres causes peuvent expliquer une demande de rupture conventionnelle. Dès lors qu'elle remplit les conditions juridiques qui suivent, la rupture conventionnelle n'a, de toute manière, pas à être motivée pour être validée par l'administration.

- **Critère indispensable : commun accord des parties.**

La rupture conventionnelle ne peut être envisagée que par un commun accord. La signature de la convention suppose donc naturellement le consentement libre et entier des deux parties. La procédure mise en place doit donc protéger le libre-arbitre du salarié. Le choix de ce dernier ne doit pas être guidé par une contrainte exercée par l'employeur

L'employeur ne peut pas imposer une rupture conventionnelle au salarié. De même, le salarié ne peut pas l'imposer à l'employeur.

Dès lors que la rupture du contrat est envisagée d'un commun accord, la rupture conventionnelle est possible en cas de situation conflictuelle entre le salarié et l'employeur, même lorsqu'une procédure de licenciement du salarié est en cours.

Toutefois, la rupture conventionnelle est annulée par le juge si le salarié établit qu'elle a été signée alors que son consentement n'était pas libre. C'est le cas, par exemple :

- si la rupture conventionnelle est signée dans un contexte de harcèlement moral,
- en cas de pressions exercées par l'employeur pour inciter le salarié à choisir la voie de la rupture conventionnelle.

Dans ce type de situations, le salarié est en droit de percevoir les indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- **Cas d'interdiction de la rupture conventionnelle.**

Même en cas d'accord entre les parties, la rupture conventionnelle est interdite dans les cas suivants :

- S'il s'agit de rompre un Contrat de travail à Durée Déterminée, CDD,
- si elle est conclue dans des conditions frauduleuses ou en cas de vice du consentement,
- si le salarié a été déclaré inapte par le médecin du travail,
- si elle est proposée dans le cadre d'un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, GPEC, ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, PSE,
- si elle est proposée dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective,
- si la procédure de rupture conventionnelle vise à contourner les garanties prévues pour le salarié en matière de licenciement économique.

Départ à la retraite.

La rupture conventionnelle ne vise pas les départs à la retraite volontaire. Le salarié concerné ne peut donc prétendre à une quelconque indemnité à ce titre.

Fonction publique.

La procédure de rupture conventionnelle n'est pas applicable aux fonctionnaires ou aux contractuels. Seuls les salariés du secteur privé sont concernés. Selon une réponse ministérielle de la ministre de la décentralisation et de la fonction publique du 24 mars 2015, cette impossibilité s'explique notamment par un objectif de protection des deniers publics et une volonté d'assurer l'égalité de tous les agents contractuels.

- **Cas particuliers de rupture conventionnelle.**

Entreprise en difficultés.

Le fait que la société rencontre des difficultés économiques ne l'empêche pas de conclure une rupture conventionnelle.

En revanche, cette procédure ne peut pas être mise en œuvre par l'entreprise dans l'objectif de contourner son obligation d'élaborer plan de sauvegarde de l'emploi.

Arrêt maladie ou congés.

Les tribunaux considèrent que la rupture conventionnelle peut être conclue lorsque le salarié est en arrêt maladie. Il en est de même des conventions conclues lorsque le salarié est en congé parental d'éducation, en congé sabbatique ou en congé sans solde.

La jurisprudence récente affirme en outre qu'une rupture conventionnelle peut même être conclue pendant un arrêt de travail faisant suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (arrêt n° 13-16297 de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 30 septembre 2014).

Toujours selon la jurisprudence, la protection de la femme enceinte n'empêche pas une rupture conventionnelle pendant un congé maternité.

Congé parental.

Aucune disposition légale ne s'oppose à la signature d'une rupture conventionnelle par un salarié en congé parental. La convention est donc licite, même lorsqu'elle est conclue pendant le congé... à condition, bien entendu, que les autres règles de validité de la rupture conventionnelle soient remplies.

Licenciement.

Bien souvent, un employeur qui souhaite se séparer d'un salarié hésite entre une procédure de rupture conventionnelle et une procédure de licenciement. Il peut, par exemple, commencer l'une puis finalement changer d'avis et opter pour l'autre, et inversement. La jurisprudence a ainsi apporté des précisions sur l'articulation entre ces deux procédures via trois arrêts rendus le 3 mars 2015.

Dans son premier arrêt (n°13-20549), la Cour de Cassation a admis qu'il était possible de conclure une rupture conventionnelle après la notification d'un licenciement. En signant la convention de rupture conventionnelle, le salarié et l'employeur sont dès lors considérés comme ayant renoncé au licenciement.

Dans un deuxième arrêt (n°13-15551), la Haute Juridiction reconnaît le droit pour l'employeur de reprendre une procédure disciplinaire de licenciement après l'exercice par le salarié de son droit de rétractation de la rupture conventionnelle. Après cette renonciation, l'employeur peut donc toujours convoquer à nouveau le salarié à un entretien préalable de licenciement.

Enfin, dans un troisième arrêt (n°13-23348), la Cour de Cassation précise que la signature d'une rupture conventionnelle n'interrompt pas le délai de prescription de deux mois pendant lequel des sanctions disciplinaires peuvent être engagées contre un salarié pour un fait fautif. Par conséquent, si la procédure de rupture conventionnelle échoue, l'employeur doit bien veiller au respect des délais de prescription avant de sanctionner son salarié.

Salarié protégé

Lorsque la rupture concerne un salarié protégé (un délégué du personnel, un membre du comité d'entreprise...), la convention doit également être autorisée par l'Inspection du travail, comme en cas de licenciement.

1.1.4. Entretien entre l'employeur et le salarié.

- **Convocation à un (ou plusieurs) entretien(s).**

Première étape de la procédure, l'employeur et le salarié doivent se réunir à l'occasion d'au moins un entretien.

(Code du travail, art. L. 1237-12)

Les conditions de convocation à l'entretien sont librement fixées par les parties (date, heure, lieu, ...).

Mais accepter de négocier ne signifie pas accepter la rupture conventionnelle. Chacune des parties est donc libre d'entamer des négociations puis, au terme de celles-ci, de refuser finalement la rupture du contrat de travail.

L'entretien préalable constitue une obligation substantielle à la mise en place de la rupture conventionnelle. Une rupture conventionnelle signée sans entretien préalable doit être considérée comme nulle. C'est à la partie qui invoque cette nullité de prouver qu'aucun entretien n'a eu lieu.

(Cass. soc., arrêt n°15-21609 1^{er} décembre 2016)

En revanche, la Loi ne fixe aucun nombre maximum d'entretiens, pas plus qu'elle ne fixe de délai particulier.

- **Assistance du salarié.**

Lors de chaque entretien, le salarié peut se faire assister par :

(Code du travail, art. L. 1237-12)

- un salarié de l'entreprise (représentant du personnel ou non),
- un conseiller du salarié en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise.

Le salarié doit alors en informer l'employeur préalablement (par écrit ou oralement).

- **Assistance de l'employeur**

Si le salarié se fait assister, et uniquement dans ce cas là, l'employeur peut alors lui aussi être assisté :

(Code du travail, art. L. 1237-12)

- par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise,
- ou, si l'entreprise emploie moins de 50 salariés, par un membre de son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

Si l'employeur décide de se faire assister durant un entretien, il doit en informer le salarié préalablement (par écrit ou oralement).

- **Contenu du (ou des) entretiens.**

Le ou les entretiens permettent de définir les conditions de la rupture (date de la rupture, montant de l'indemnité versée par l'employeur, préavis à effectuer ou non, ...). Ces conditions doivent être fixées dans une convention de rupture.

A ce stade, le salarié négocie notamment le montant de son indemnité de rupture conventionnelle en demandant un montant qui peut être supérieur à l'indemnité minimum légale.

Si la procédure de rupture conventionnelle a été initiée par l'employeur, le salarié sera en position de force pour négocier au mieux le montant de l'indemnité de départ. Dans beaucoup de cas, l'entreprise propose une rupture conventionnelle lorsqu'elle souhaite se séparer du salarié sans toutefois disposer de suffisamment d'arguments juridiques pour être en mesure de le licencier.

A l'inverse, si la rupture est initiée par une demande du salarié, la marge de manœuvre de ce dernier pour négocier le montant de son indemnité se trouvera considérablement réduite. Un employeur sera en effet moins disposé à payer des indemnités à un salarié qui dans tous les cas souhaite partir et peut donc toujours poser sa démission.

Le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle est bien sûr le point le plus important de la négociation, mais d'autres éléments peuvent parfaitement être négociés au cours de cette étape. Salarié comme employeur ne doivent donc pas limiter les discussions au seul montant des indemnités. Il est par exemple possible de négocier le passage d'une formation en faveur du salarié, le montant de la contrepartie financière à l'application d'une clause de non-concurrence, ou encore le prolongement de sa couverture santé par la mutuelle de l'entreprise. Il est également possible de négocier la date du départ de l'entreprise, qui peut être largement repoussée dans le temps.

En cas de refus, ni le salarié ni l'employeur n'ont l'obligation de motiver leur décision.

A l'inverse, pour être valable, l'accord des parties doit être formalisé par l'établissement et la signature d'une convention.

- **Refus.**

Employeur comme salarié peuvent chacun refuser une proposition de rupture conventionnelle. Lorsqu'elle provient de l'employeur, le salarié est donc tout à fait libre de la refuser sans encourir de sanction. Pour formaliser sa décision, il peut lui adresser une lettre de refus de rupture conventionnelle (voir notre modèle) dans laquelle il indique qu'il ne souhaite tout simplement pas entamer la procédure proposée.

A l'inverse, l'employeur peut tout à fait refuser une rupture conventionnelle proposée par le salarié, et ce, autant de fois qu'il le souhaite. Il n'a pas à fournir les motifs de sa décision. Le salarié qui subit un refus pourra toujours tenter d'argumenter sur les avantages que pourraient présenter cette rupture pour l'employeur (ne pas garder un salarié démotivé, la fixation d'une date de départ suffisamment lointaine pour lui permettre de trouver un remplaçant, une demande d'indemnités simplement égales au minimum légal, etc.). Mais si ce dernier persiste, le salarié qui souhaite quitter l'entreprise par tous moyens devra soit démissionner, soit opter pour l'abandon de poste. Cette dernière solution peut lui permettre de toucher les allocations chômage, contrairement à la démission.

1.1.5. Convention de rupture.

- **Contenu.**

La convention de rupture conventionnelle fixe les conditions de la rupture du contrat de travail, qui sont librement définies par l'employeur et le salarié. Cette convention prévoit notamment :

- la date de rupture du contrat de travail, fixée au plus tôt au lendemain du jour de l'homologation ou de l'autorisation de l'inspecteur du travail,
(Code du travail, art. L. 1237-13)
- le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle.

Un préavis peut être prévu par l'employeur et le salarié, dont ils fixent la durée d'un commun accord.

- **Mentions obligatoires.**

La convention signée par les deux parties doit mentionner toutes les modalités de la rupture, et notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture ainsi que la date de cessation du contrat.

En revanche, employeur comme salarié n'ont pas à mentionner les motifs de la rupture conventionnelle dans la convention.

- **Nombre d'exemplaires.**

A minima, il y a lieu de prévoir trois exemplaires de la convention de rupture, l'un pour l'employeur, un deuxième pour le salarié et un troisième pour envoi à la Direccte à fin d'homologation.

Le salarié et l'employeur doivent chacun signer les différents exemplaires de la convention de rupture conventionnelle.

L'employeur doit remettre un exemplaire de la convention au salarié. Le non-respect de cette obligation permet au salarié d'obtenir l'annulation de la rupture conventionnelle et le versement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- **Formulaire CERFA.**

L'employeur peut décider de rédiger la convention de rupture conventionnelle sur papier libre, à condition d'y faire figurer les mentions obligatoires. Mais la demande de rupture conventionnelle peut également être adressée via un formulaire Cerfa téléchargeable en ligne. C'est ce formulaire qui sera ensuite adressé à l'administration pour homologation.

Pour simplifier les démarches, l'administration propose un service en ligne permettant de saisir les informations propres à la rupture conventionnelle directement sur internet.

La saisie comprend 4 étapes, les coordonnées de l'employeur et du salarié, le calcul de l'indemnité de rupture conventionnelle, le déroulement de l'entretien et la validation de la convention de rupture. Après avoir rempli le formulaire en ligne, il suffit de télécharger la demande d'homologation personnalisée en PDF puis de la signer. Une fois le délai de rétractation passé, le formulaire doit être envoyé au service dont les coordonnées vous sont indiquées à la fin de la saisie.

- **Rétractation.**

L'employeur et le salarié disposent d'un **droit de rétractation de 15 jours calendaires**. Le délai débute à compter de la date de signature de la convention. Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

(Code du travail, art. L. 1237-13)

En cas de rétractation dans les formes et les délais, la rupture conventionnelle n'a aucun effet, le contrat de travail doit continuer dans les conditions habituelles.

L'employeur doit obligatoirement attendre la fin du délai de rétractation de 15 jours avant d'adresser une demande d'homologation à la Direccte. A défaut, sa demande sera refusée, même si aucun des signataires n'a manifesté la volonté de revenir sur son accord.

(Cass. soc., arrêt n°14-26220 du 14 janvier 2016)

- **Homologation.**

Une fois passé le délai de 15 jours, l'employeur doit adresser une demande d'homologation de la convention de rupture conventionnelle à la Direccte. Cet envoi ne peut avoir lieu qu'à l'issue du délai de rétractation.

(Code du travail, art. L. 1237-14)

Une fois la demande d'homologation reçue, l'administration dispose d'un **délai de 15 jours ouvrables** pour vérifier et approuver la convention de rupture conventionnelle. Au-delà de ces quinze jours, son accord d'homologation est supposé acquis.

L'administration vérifiera que les conditions de validité de la rupture conventionnelle sont remplies. A ce titre, elle s'assurera notamment que le montant des indemnités versées au salarié sont au moins égales au montant auquel il a légalement droit et que le délai de rétractation a bien été respecté.

En pratique, le refus d'homologation d'une rupture conventionnelle trouve sa cause dans le non-respect du montant minimal des indemnités de rupture dans près d'un cas sur deux.

Si la Direccte refuse d'homologuer la rupture conventionnelle, l'employeur doit en informer le salarié. A défaut, ce dernier peut légitimement penser que son contrat de travail est rompu

(arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 5 septembre 2016)

La Direccte peut homologuer une rupture conventionnelle pourtant refusée dans un premier temps, dès lors qu'elle sollicite et obtient des informations complémentaires. La convention de rupture conventionnelle est valable si la Direccte retire ainsi sa décision de refus. Le salarié ne peut pas se fonder sur cette première décision de refus pour contester la validité de la convention.

(Cass. soc., arrêt n° 15-24220 du 12 mai 2017)

1.1.6. Effets de la convention de rupture.

Une fois validée, la rupture conventionnelle entraîne plusieurs conséquences.

- **Date.**

Le contrat prend fin le jour fixé par la convention. Mais cette date de rupture ne peut intervenir au plus tôt que le lendemain de l'homologation par la Direccte, explicite ou tacite, ou de la décision de l'Inspection du travail pour les salariés protégés.

- **Préavis.**

En principe, le salarié n'est pas tenu de respecter un quelconque préavis de départ en cas de rupture conventionnelle, contrairement au cas du licenciement ou de la démission. Toutefois, la convention peut tout à fait prévoir une date de rupture du contrat de travail qui peut être largement différée par rapport à la date de l'homologation de la convention.

- **Indemnités.**

Le salarié doit percevoir une indemnité de rupture d'un montant au moins égal à celui de l'indemnité légale de licenciement. Mais il peut néanmoins prétendre à un montant supérieur à ce minimum légal dans le cadre des négociations. Pour en savoir plus sur l'évaluation de cette indemnité, voir Indemnités de rupture conventionnelle : calcul et droits des salariés.

- **Documents obligatoires.**

Comme en cas de démission ou de licenciement, au moment de la rupture du contrat de travail, l'employeur remet trois documents au salarié :

- un certificat de travail,
- un reçu pour solde de tout compte
- et une attestation d'assurance chômage.

L'employeur ne doit pas remettre ces documents trop précipitamment. La Cour de Cassation a ainsi analysé en un licenciement sans motif le fait pour l'employeur de remettre un reçu pour solde de tout compte et une attestation Pôle emploi avant même que la décision d'homologation de la rupture conventionnelle soit rendue. L'employeur doit donc nécessairement attendre la décision de l'administration pour remettre les documents au salarié.

(Cass. soc., arrêt n° 14-20323 du le 6 juillet 2016)

- **Imposition et prélèvements.**

Le régime fiscal et social de l'indemnité de rupture est le même que celui applicable aux indemnités de licenciement. Celles-ci sont donc exonérées d'impôts et de cotisations sociales lorsque leur montant est inférieur à un certain plafond.

- **Chômage.**

Autre avantage de la rupture conventionnelle : les salariés concernés peuvent percevoir les indemnités chômage versées par Pôle emploi (ex Assedic). La rupture conventionnelle permet donc de bénéficier des Assedic, contrairement à la démission qui, sauf cas particuliers (voir les démissions donnant droit au chômage), ne donnent pas droit au chômage.

Attention toutefois : le versement d'indemnités supra-légales entraîne un différé d'indemnisation par Pôle emploi. La durée de ce différé dépend du montant versé : elle peut donc être particulièrement longue pour les cadres qui quittent leur entreprise en touchant d'importantes indemnités de rupture conventionnelle.

Toutefois, la durée du différé d'indemnisation est plafonnée : depuis novembre 2017, elle ne peut pas dépasser 150 jours (contre 180 jours avant cette date).

- **CPF.**

Le salarié conserve les droits acquis au titre du CPF. S'il retrouve un emploi après la rupture conventionnelle, il peut donc demander à son nouvel employeur d'en bénéficier, ce dernier étant libre de donner ou non son accord.

Si le salarié devient demandeur d'emploi, il peut faire une demande à Pôle emploi en vue de passer un bilan de compétences ou de suivre une action de VAE ou de formation.

- **Action en justice.**

Si le salarié a préalablement agi en justice afin de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail, la conclusion ultérieure d'une rupture conventionnelle rend son action sans objet, le contrat de travail ayant déjà été rompu par la rupture conventionnelle homologuée.

(Cass. soc., arrêt n° 11-15651 du 10 avril 2013) ⁶

⁶ Et arrêt concernait le cas d'un salarié ayant préalablement intenté une action en résiliation judiciaire pour harcèlement moral avant de conclure une rupture conventionnelle par la suite.

- **Bail de location.**

La Cour de Cassation considère que la rupture conventionnelle donne droit à la réduction du délai de préavis applicable au locataire pour quitter son logement. Le salarié locataire qui déménage bénéficie donc d'un délai de préavis d'un mois, contre trois mois normalement. Voir ainsi location : préavis réduit et rupture conventionnelle.

(Cass. civ., arrêt n°15-15175 du 9 juin 2016)

- **Assurance-vie.**

En revanche, la rupture conventionnelle ne donne pas droit à l'exonération fiscale prévue en cas de licenciement lors du rachat total ou partiel d'une assurance-vie.

1.1.7. **Contestation en justice.**

Le salarié et l'employeur peuvent toujours contester la validité de la rupture conventionnelle, même après l'avoir signée.

- **Juridiction compétente.**

Le litige relève de la compétence du conseil de prud'hommes.

- **Délai pour agir.**

Le recours doit être initié dans le **délai de 12 mois** qui suit la date de l'homologation de la rupture conventionnelle par l'administration.

Toutefois, en cas de fraude de l'employeur (exemple : lorsque celui-ci a recours à la rupture conventionnelle afin d'éviter d'avoir à mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi), le point de départ du délai d'un an est fixé au jour où le salarié a eu connaissance de cette fraude.

En pratique, les contentieux liés aux ruptures conventionnelles restent toutefois très rares (0,1% des ruptures selon le Centre d'études de l'emploi).

- **Indemnité insuffisante.**

Si l'indemnité de rupture conventionnelle versée au salarié est d'un montant inférieur au minimum légal, le salarié peut agir aux prud'hommes (voir les formalités à suivre) afin de demander le paiement d'un complément d'indemnité. Toutefois, la Cour de Cassation considère que le salarié ne peut pas aller jusqu'à demander l'annulation de la rupture conventionnelle pour cette seule raison, seules la fraude ou le vice de consentement pouvant justifier cette annulation.

(Cass. soc., arrêt n° 14-10139 du 8 juillet 2015)

- **Harcèlement.**

En pratique, beaucoup d'employeurs proposent une rupture conventionnelle lorsqu'ils souhaitent se séparer du salarié mais qu'ils ne peuvent pas le licencier. Si le salarié refuse de rompre son contrat (il en a le droit), certains employeurs peuvent alors avoir recours à des intimidations ou à des pressions afin de contraindre le salarié à signer une convention de rupture conventionnelle. Ces méthodes peuvent prendre de nombreuses formes, telles que des remarques déplacées à répétitions, un dénigrement régulier, une mise au "placard", voire même des humiliations ou des menaces...

Si le salarié cède et signe finalement une rupture conventionnelle, celle-ci peut être annulée si ces pratiques ont eu pour effet de vicier le consentement du salarié lorsque ce dernier a signé la convention. Les tribunaux considèrent notamment comme nulle une convention signée alors que le salarié est victime d'un harcèlement moral.

Cela étant, en l'absence de vice de consentement, l'existence d'un différend ou de tensions entre l'employeur et le salarié au moment de la signature de la rupture conventionnelle ne remet pas en cause, à elle seule, la validité de celle-ci. La Cour de Cassation a ainsi considéré valable une rupture conventionnelle signée après la réception par le salarié de deux avertissements puis le passage de deux entretiens en vue d'évoquer l'éventualité d'une rupture conventionnelle.

(Cass. soc., arrêt n°12-23942 du 15 janvier 2014)

1.2. Rupture collective conventionnelle, RCC.⁷

1.2.1. Définition juridique.

Avant l'ordonnance de 2017, ce type de rupture des contrats de travail n'était pas possible. Seuls existait la rupture conventionnelle individuelle d'une part, née de l'ANI du 11 janvier 2008, et la mise en place d'un Plan de Départ Volontaire, PDV, d'autre part, constituant une offre collective de l'employeur aux salariés d'une entreprise pour rompre leurs contrats de travail.

Après l'ordonnance de 2017, un nouveau mode de rupture du contrat de travail est mis en place. Il s'agit de la " **rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif**".

(Code du Travail, art. L. 1237-17)

Ce mode de rupture est pleinement opérationnel depuis le 23 décembre 2017, date d'entrée en vigueur des décrets d'application.

L'ordonnance opère une sorte de fusion entre d'une part, la rupture conventionnelle qui est une procédure individuelle, et d'autre part, les plans de départ volontaires (PDV) qui relèvent eux, des procédures collectives.

1.2.2. Mise en place.

L'objectif recherché est de sécuriser les départs volontaires à l'aide de la négociation d'un accord collectif. Cette négociation sera basée sur les départs volontaires exclusivement. Ces ruptures, exclusives du licenciement ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties.

(Code du Travail, art. L. 1237-18 et L. 1237-19)

La rupture interviendra ainsi d'un commun accord. En conséquence :

- l'employeur n'a pas à justifier d'un motif économique,
- le salarié ne bénéficie pas de droits en matière de reclassement interne, congé de reclassement, contrat de sécurisation professionnelle, priorité de réembauche.

L'accord devra comporter des clauses obligatoires. Elles varient suivant qu'il s'agit d'un congé mobilité ou bien d'une rupture conventionnelle. L'accord est transmis à l'Administration pour validation, délai 15 jours, le silence de l'Administration valant

⁷ Il aurait peut-être mieux valu l'appeler rupture par adhésion.

acceptation, et homologation, le délai d'homologation étant de 2 mois. En cas de refus, l'Administration devra motiver ce dernier.

(Code du Travail, art. L. 1237-19-4)

Le décret n° 2017-1723 du 20 décembre 2017 donne compétence au Directeur de la Direccte pour valider l'accord collectif de mise en place de la Rupture Conventionnelle Collective.

(Code du Travail, art. R. 1237-6)

Toute contestation devra être portée devant le Tribunal Administratif dans un délai de 12 mois, le Tribunal disposera alors d'un délai de 3 mois pour statuer.

Des sanctions sont prévues :

- en cas de non respect du PSE le licenciement est nul et donne lieu à une indemnité de **6 mois** et non plus de 12 mois comme auparavant,
- en cas de non respect de la priorité de réembauche donne lieu à une indemnité de **1 mois** au lieu de 2 mois.

Délais d'application :

Sont d'application immédiate les mesures relatives :

- au licenciement économique, article 15 à 20, de l'ordonnance,
- la favorisation de la reprise d'entités économiques autonomes, (article 19),
- l'indemnité de licenciement dès huit mois d'ancienneté, article 39, pour les licenciements postérieurs au 24 septembre 2017.

1.2.3. Utilisation pratique.

- **Etape n° 1 : Mise en place de l'accord collectif.**

Négociation de l'accord collectif.

C'est à un accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou de l'établissement que revient le soin de déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement. L'accord fixe également les objectifs à atteindre en termes de suppression d'emplois.

(Code du Travail, art. L. 1237-17)

Cet accord doit, pour être applicable :

- répondre aux **conditions de validité des accords collectifs majoritaires**,

- et faire l'objet d'une validation ou d'une acceptation tacite par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE).

Contenu obligatoire de l'accord collectif.

L'accord portant rupture conventionnelle collective détermine :

(Code du Travail, art. L. 1237-19-1)

- les **modalités et conditions d'information du Comité Social et Economique, CSE**, (voir précisions ci-dessous),
- le **nombre maximal de départs** envisagés, de suppressions d'emplois associées, et la durée de mise en œuvre de la rupture conventionnelle collective,
- les **conditions que doit remplir le salarié** pour en bénéficier (par exemple, une condition d'ancienneté),
- les **modalités de présentation et d'examen des candidatures** au départ des salariés, comprenant les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif prévu par l'accord collectif,
- les **critères de départage** entre les potentiels candidats au départ,
- les **modalités de calcul des indemnités de rupture** garanties au salarié, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement,
- les **modalités de conclusion d'une convention individuelle de rupture** entre l'employeur et le salarié et **d'exercice du droit de rétractation** des parties,⁸
- des mesures visant à faciliter **l'accompagnement** et le **reclassement** externe des salariés sur des emplois équivalents, telles que des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience (VAE) ou de reconversion ou des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés,
- les **modalités de suivi de la mise en œuvre effective de l'accord** portant rupture conventionnelle collective (par exemple, mise en place d'un comité de suivi réuni selon la périodicité fixée par l'accord).

Information du Comité Social et Economique, CSE.

L'accord portant rupture conventionnelle collective fixe les modalités et conditions d'information du Comité Social et Economique, CSE, sur le projet envisagé. Dans l'attente de la mise en place du CSE, les attributions de cette instance sont exercées par le Comité d'Entreprise ou, le cas échéant, par les Délégués du Personnel.

⁸ Mesures introduites par la loi de ratification.

- **Etape n° 2 : Homologation par le Direccte.**

En premier lieu, le Direccte doit être informé préalablement à l'**ouverture de la négociation** de l'accord de RCC. Il doit ensuite examiner et **valider l'accord** lui-même. Enfin, il en contrôle la mise en œuvre.

Autorité compétente.

L'autorité administrative compétente en matière d'accord de RCC est le Direccte dont relève l'établissement en cause, c'est-à-dire celui du lieu où l'entreprise (ou l'établissement) concernée par le projet de plan de départ volontaire est établie.

(Code du Travail, art. L. 1237-19-5 et R. 1237-6)

Si le projet concerne plusieurs établissements relevant de la compétence de différents Direccte, l'employeur doit informer celui du siège de l'entreprise. Ce dernier doit saisir sans délai le ministre chargé de l'Emploi, qui désigne alors le Direccte compétent. Cette décision de désignation doit être communiquée à l'entreprise dans un délai de 10 jours à compter de la notification par l'employeur de son intention d'ouvrir une négociation. A défaut de décision expresse, le Direccte compétent est celui du siège de l'entreprise.

Le Direccte dispose d'un **délai de 15 jours** pour traiter le dossier. Le **silence** gardé par l'Administration vaut décision d'**acceptation**.

(Code du Travail, art. L. 1237-19-4)

La décision du Direccte est notifiée à l'employeur et aux organisations signataires de l'accord également dans un délai de 15 jours. Quelle qu'elle soit, la décision doit être motivée.

(Code du Travail, art. L. 1237-10)

La décision de validation par le Direccte ou, à défaut, les documents transmis par l'employeur au CSE et aux syndicats en cas de validation tacite, ainsi que les voies et délais de recours doivent être portés à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur leurs lieux de travail ou par tout autre moyen permettant de conférer date certaine à cette information

(Code du Travail, art. L. 1237-19-4)

- **Etape n° 3 : Adhésion des salariés.**

Cas général.

Les ruptures dans le cadre d'un accord de RCC sont exclusives du licenciement ou de la démission.

(Code du Travail, art. L. 1237-19)

Les ruptures intervenant en application d'un accord de RCC ne peuvent pas être imposées par l'une ou l'autre des parties.

(Code du Travail, art. L. 1237-17, al. 2)

Il s'agit au contraire d'une rupture du contrat de travail d'un **commun accord des parties**, provoqué par l'acceptation par l'employeur de la candidature du salarié au départ volontaire.

(Code du Travail, art. L. 1237-19-2)

En d'autres termes, le contrat n'est rompu que si le salarié, répondant aux critères définis par l'accord, a demandé à bénéficier dispositif et que l'employeur a accepté.

L'accord portant rupture conventionnelle collective détermine notamment les modalités de présentation et d'examen des candidatures au départ des salariés, comprenant les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif prévu par l'accord collectif ainsi que les critères de départage entre les potentiels candidats au départ. L'acceptation par l'employeur de la candidature du salarié dans le cadre de la rupture conventionnelle collective emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties.

En pratique, l'employeur va conclure, avec chaque salarié concerné, une convention individuelle de rupture. A la différence des ruptures conventionnelles individuelles, **les ruptures conventionnelles collectives n'ont pas à être homologuées** par le Direccte.

Situation des salariés protégés.

Les salariés bénéficiant d'une protection spécifique à l'occasion de la rupture de leur contrat de travail (délégués syndicaux, délégués du personnel, membres élus du CE ou du CSE...) peuvent, s'ils en font la demande, bénéficier des dispositions de l'accord portant rupture conventionnelle collective. Dans ce cas, la rupture d'un commun accord dans le cadre de la rupture conventionnelle collective est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un licenciement. Une autorisation de l'inspection du travail sera donc nécessaire. Si elle est accordée, la rupture du contrat de travail ne pourra intervenir que le lendemain du jour de cette autorisation.

Situation des médecins du travail.

Pour les médecins du travail, la rupture du contrat est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail, après avis du médecin inspecteur du travail.

De manière pratique, une fois le salarié déclaré éligible, et l'employeur d'accord, la rupture collective se déroule de manière identique à la rupture collective individuelle.

Contestations.

Les conventions individuelles de rupture peuvent être contestées. Elles relèvent de la **compétence du Conseil des Prud'hommes**.

Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de **12 mois** à compter de la date de rupture du contrat de travail.

(Code du Travail, art. L. 1237-19-8)

la retraite

Titre 3, section 2

2. Rupture à l'initiative du salarié.

Le salarié peut être à l'initiative de la rupture du contrat de travail. Il dispose alors de trois modes de rupture possibles, démission, résiliation judiciaire du contrat ou prise d'acte de la rupture.⁹ Dans la première hypothèse, le salarié n'aura aucune justification à fournir, il devra simplement respecter différentes conditions de rupture. Dans les deux autres hypothèses, le salarié devra justifier sa décision et respecter une procédure fixée par la législation.

Ces trois possibilités permettent au salarié de mener à son terme le processus de rupture du contrat sans que l'employeur ne puisse s'y opposer.

La stratégie de rupture retenue est du seul ressort du salarié. Ni l'employeur (**Cass. soc. 21 mars 2007, n° 05-45392**), ni le juge (**Cass. soc. 22 fév. 2006, n° 03-47639**) ne peuvent convertir une résiliation en prise d'acte et vice versa. Le juge a toutefois le pouvoir de :

- qualifier des intentions confuses du salarié, à son employeur, (**Cass. soc. 6 janv. 2010, n° 08-42502**)
- ou directement au Conseil de Prud'hommes. (**Cass. soc. 19 juin 2013, n° 12-20973**)

Fondements juridiques de la rupture.

Ces modes de rupture du contrat de travail se fondent sur le Code Civil et la faculté ouverte à chacune des parties de mettre un terme à une relation contractuelle lorsqu'elle estime que l'autre partie ne respecte pas ses engagements (voir supra).

(Code Civil, art. 1217 et suivants)

Le contrat de travail est en effet un contrat de droit commun synallagmatique, c'est-à-dire bilatéral, qui engage l'employeur et le salarié et par lequel " *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ".

(Code Civil, art. 1106)

Enfin, le contrat est réputé " exécuté de bonne foi ".

(Code Civil, art. 1104, Code du Travail, art. L. 1222-1)

⁹ Le salarié peut également être à l'initiative d'une rupture conventionnelle, mais dans ce cas la rupture ne pourra prospérer qu'avec l'accord de l'employeur.

Depuis mars 2015, la législation impose, sauf motif légitime, une tentative de règlement du litige à l'amiable avant de saisir la justice (même si aucune sanction n'est prévue).

(Code de Procédure Civile, art. 58)

Il est donc fortement conseillé de faire part de ses griefs, par écrit, et en recommandé, à son employeur avant d'entamer une procédure.

Depuis le 1^{er} octobre 2016, les contrats en cours à cette date n'étant pas concernés, la résolution du contrat doit être précédée d'une mise en demeure.

(Code Civil, art. 1226)

Nota, l'absence de tentative de conciliation serait de toute façon un argument pour la partie adverse.

2.1. Démission.

La démission se traduit par la rupture volontaire du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié. Cette décision doit lui venir de plein gré, sans aucune pression de la part de son employeur, et dans un climat reflétant sa pleine présence d'esprit. Les conditions et procédures liées à cet acte font qu'il se distingue de plusieurs autres situations connexes.

2.1.1. Définition.

Le Code du Travail catégorise la démission dans les sections qui relatent les modes de rupture de contrat émanant du salarié.

(Code du Travail, art. L. 1237-1)

La jurisprudence de son côté a donné cette définition : *“ C'est est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ”*. En principe, ce mode de rupture du contrat n'est ouvert que pour le départ volontaire d'un salarié dans le cadre d'un Contrat de travail à Durée Indéterminée.

Pour les autres types de contrat de travail, en particulier pour un Contrat à Durée Déterminée, CDD, on parlera plutôt de *“ rupture anticipée ”* du contrat.

(Code du travail, art. L. 1243-1 à L. 1243-4)

Toutes les autres tentatives de définition reprennent quasiment les mêmes conditions énoncées par la jurisprudence avec les critères suivants :

- décision unilatérale et exclusive du travailleur,
- rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée,
- manifestation non équivoque de la volonté du travailleur de rompre le contrat,
- décision prise selon les convenances personnelles du démissionnaire.

Ainsi, **toute autre situation** connexe, qui omet ou modifie l'une de ces conditions, conduit à la **requalification de la démission**.

2.1.2. Salariés concernés.

Ce mode de rupture du contrat de travail **ne concerne que les salariés en CDI**, Contrat à Durée Indéterminée.

Des dispositions spécifiques de rupture du contrat de travail existent pour les autres salariés, en particulier pour les :

- salarié en période d'essai, quelle que soit le type de contrat,
- salariés en Contrat de travail à Durée Déterminée, CDD,
- salariés en contrat de travail temporaire.

2.1.3. Procédure.

Un salarié peut démissionner à tout moment sans devoir justifier de sa décision. Le Code du Travail ne lui impose par ailleurs aucune formalité particulière, car il peut l'effectuer à l'oral comme à l'écrit. Il est toutefois conseillé de manifester cette décision de manière non équivoque et conférant une date certaine, ¹⁰ par exemple une lettre recommandée avec accusé de réception, ne serait-ce que pour définir la date de rupture du contrat et celle du début du préavis. Cela permet également d'exclure toute ambiguïté vis-à-vis de l'intention de démissionner. Il se peut aussi que la convention collective qui régit l'entreprise exige la rédaction d'une lettre.

Dans la pratique, l'acceptation définitive de la démission dépend en grande partie des conditions de fond liées aux circonstances auxquelles la décision a été prise.

2.1.4. Situations de requalifications.

En règle générale, un salarié n'est démissionnaire que s'il renonce de manière sérieuse, unilatérale et non équivoque au rapport juridique de dépendance qui le lie à son employeur. Toute ambiguïté ramène ainsi à d'autres situations connexes également reconnues et régies par le Code du Travail.

La notion de démission se verra notamment écartée dans les cas suivants :

- **Influences négatives de l'employeur.**

Lorsque le salarié a été contraint de manière directe ou indirecte à rompre son contrat de travail, sa liberté de démissionner est alors remise en cause. En cas de **menace**, **d'empêchement**, ou de **harcèlement**, l'acte est **requalifié en une prise d'acte de la rupture à l'initiative de l'employeur**.

¹⁰ Des dispositions conventionnelles spécifiques peuvent imposer l'envoi d'un courrier recommandé.

Le licenciement sera notamment reconnu par la jurisprudence lorsque la décision de l'employé fait suite au non-paiement d'une partie ou de la totalité de son salaire, à un changement non concerté du contrat de travail ou encore à l'obligation de mettre le salarié en situations dangereuses au travail.

Le travailleur percevra alors les indemnités de préavis, de licenciement et de congés payés, ainsi que les dommages-intérêts qu'il aurait pu percevoir s'il était licencié sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-43476, BICC n°724 du 15 juin 2010)

- **Absence injustifiée.**

Si le salarié est absent après un arrêt maladie ou un congé payé, la démission ne sera effective qu'après une mise en demeure de l'employeur de reprendre son poste, mise en demeure n'ayant pas été répondue par l'intéressé. L'employeur peut également demander une requalification de ce comportement pour arriver à un licenciement pour faute.

- **Volonté équivoque.**

Cette situation englobe toutes les formes de décision de rupture qui résultent d'intenses émotions (déception, colère, changement d'humeur...). Dans ce cas, la démission ne s'apprécie pas immédiatement sur le comportement du salarié. Lorsqu'un abandon de poste fait par exemple suite à une modification de son contrat, il sera licencié et bénéficiera de toutes les indemnités de droit commun. En revanche, lorsque son acte découle d'un simple changement de ses conditions de travail (sans danger), l'employeur peut demander un licenciement pour faute, sans indemnités à payer.

Par ailleurs, lorsque l'employé a changé d'avis après sa décision de rupture, les tribunaux lui permettent d'appliquer cette rétractation et celle-ci s'imposera à son employeur sous peine d'une requalification en licenciement avec indemnités compensatrices. En revanche, un abandon de poste suivi d'une absence injustifiée de 15 jours et plus est considéré par les juges comme une démission prise selon une volonté non équivoque. Enfin, un démissionnaire qui décide de reprendre son poste après l'expiration du délai des congés payés et celui du préavis annule automatiquement son départ.

2.1.5. Préavis à respecter.

- **Principe.**

Un salarié démissionnaire doit toujours respecter un délai de préavis, sauf dans des cas bien particuliers. Cette période n'est fixée de manière légale que pour les journalistes professionnels, les VRP (voyageurs, représentants et placiers), les assistant(e)s maternel(le)s... Pour les autres, elle est fixée par la convention collective, les usages pratiqués dans la localité ou la profession, ou par le contrat du travail lorsque celui-ci en propose une plus favorable que les autres.

(Code du Travail, art. L. 1237-1)

Le non-respect du préavis ouvre droit à des dommages-intérêts au profit de l'employeur lorsqu'il en fait la demande auprès du Conseil de Prud'hommes. Le salarié peut toutefois simplement demander à son employeur de supprimer le préavis et par la même occasion de renoncer aux indemnités de préavis. L'employeur peut également décider de dispenser le travailleur du préavis, mais alors il devra toujours verser les indemnités inhérentes.

- **Cas de dispense du préavis.**

Par ailleurs, il existe d'autres cas de dispense de préavis auxquels un salarié démissionnaire peut se référer :

- cas d'une femme enceinte avec une grossesse apparente,
- démission pour élever un enfant,
- démission à l'issue d'un congé pour création d'entreprise,
- non-respect de ses obligations par l'employeur notamment en cas de non-paiement de salaire, de modification unilatérale du contrat de travail, d'exposition expresse de l'employé au danger...,
- démission durant la période d'essai.

- **Report ou suspension du préavis.**

En plus de l'accord entre le salarié démissionnaire et son employeur, le délai de préavis peut être reporté ou suspendu dans différentes circonstances :

- par les jours de congés payés dont la date a été fixée avant la notification de la rupture,
- arrêt de travail survenant en cours de préavis et lié à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

En revanche, l'arrêt maladie survenu avant la rupture, la maternité ou la grève ne peuvent pas reporter ou suspendre la démission.

2.1.6. Conséquences de la démission.

Lorsqu'une démission est reconnue dans toutes ses conditions de fond et de forme, le salarié n'est plus lié à aucun rapport juridique de dépendance avec son employeur à l'issue de son préavis. Pendant son préavis, il peut, par usage ou convention collective, disposer de deux heures non rémunérées pour la recherche d'un nouvel emploi.¹¹ A l'issue de son préavis, il perçoit normalement tous les éléments de sa rémunération incluant les indemnités de congés payés, les primes, le 13^{ème} mois ainsi que la participation aux bénéfices.¹²

Hormis les compensations financières, l'employeur doit remettre à son salarié :

- un **certificat de travail**,
- un **solde de tous comptes**, dernier bulletin de salaire,
- et une **attestation " Pôle emploi "** (attestation ASSEDIC) lui permettant de percevoir les allocations d'assurance chômage si le salarié y a droit,
- document de portabilité de la Protection Sociale Complémentaire.

A la fin de son contrat et bien que libre de tout engagement, un démissionnaire doit toutefois respecter certaines conditions qu'il devait accepter dès la signature de son contrat. Ce dernier peut notamment mentionner une clause de non-concurrence¹³ ou une clause de dédit-formation. Concrètement, la première clause sert à limiter le droit d'exercice de fonctions similaires après avoir résilié le contrat de travail, pour son propre compte ou chez un concurrent. La seconde stipule en revanche d'honorer une durée minimum de services au sein de l'entreprise en contrepartie d'une formation à la charge du propriétaire.

¹¹ Aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit l'octroi de jours de recherche d'emploi.

¹² La participation et l'intéressement, s'il en existe, sont versés en même temps que pour les autres salariés de l'entreprise.

¹³ Pour être valide, la clause de non concurrence doit :

- être limitée dans l'espace et dans le temps,
- faire l'objet d'une contrepartie financière versée par l'employeur au salarié démissionnaire,
- ne pas avoir fait l'objet d'une dénonciation de la part de l'employeur.

2.1.7. Droits au chômage.

En règle générale, la démission ne permet pas au travailleur de bénéficier d'allocations au titre de l'assurance chômage, ¹⁴ sauf s'il s'agit d'une " démission légitime ". Cette situation, particulière, ne peut être reconnue exclusivement que par Pôle emploi.

Ainsi, les cas suivants permettent entre autres à un démissionnaire de percevoir une indemnisation en assurance chômage :

- démission pendant une période d'essai de 91 jours maximum et pour un emploi qui a été repris suite à un licenciement ou après le terme d'un CDD,
- rupture pour cause de création de sa propre entreprise : cela doit s'accompagner d'une immatriculation au répertoire des métiers, d'une déclaration au centre des formalités d'entreprises et bien d'autres formalités de publicité,
- départ volontaire d'un journaliste dont la publication a été censurée ou a fait l'objet d'un changement notable d'orientation,
- démission pour cause de déménagement dû à un mariage ou un PACS, mais la rupture doit être demandée au moins deux mois avant l'union. La légitimité est également reconnue en cas de déménagement des parents pour un employé de moins de 18 ans, de déménagement dû à des violences conjugales ou de déménagement suite à un changement d'emploi ou de poste (mutation) d'un conjoint,
- rupture pour cause de non-paiement de salaire avec une ordonnance de référé liée aux arriérés de salaires comme justificatif,
- départ volontaire suite à une menace, une discrimination ou une violence au sein de l'entreprise, suivi d'une plainte auprès du procureur de la République,
- rupture d'un contrat aidé (CAE, CA, CIE, CIRMA, contrat emploi-solidarité...) pour occuper un poste CDD de 6 mois et plus, ou un CDI ou pour suivre une formation qualifiante.

Il faut toutefois noter que même si une démission n'est pas considérée comme " légitime ", un salarié démissionnaire peut toujours percevoir une indemnisation d'assurance chômage 4 mois après la fin de son contrat de travail. Cette possibilité est offerte à ceux qui justifient une recherche active d'emploi durant cette période et qui saisissent l'instance paritaire régionale de Pôle emploi pour demander le bénéfice de ces allocations.

¹⁴ Cette situation devrait connaître prochainement une évolution législative pour permettre à un salarié démissionnaire de bénéficier, sous certaines conditions, d'une allocation de recherche d'emploi.

2.1.8. Rupture abusive.

En cas de rupture abusive d'un CDI, le salarié démissionnaire peut être redevable de dommages et intérêts au profit de l'employeur, qui doit cependant démontrer l'abus de la part du salarié.

(Code du Travail, art. L. 1237-2)

Cela peut concerner un non-respect du préavis conventionnel ou une brusque rupture initiée avec intention de nuire ou un abus manifeste. Il appartient au juge prud'homal de régler l'éventuel litige qui en découle selon les dispositions de l'article L. 1235-1 du Code du Travail.

L'employeur qui embauche un salarié auteur d'une rupture abusive de CDI peut être tenu solidairement responsable du préjudice causé à l'ancien employeur.

(Code du Travail, art. L. 1237-3)

C'est notamment le cas lorsqu'on a constaté que le nouvel employeur a participé à la démission abusive. Il en est de même lorsqu'il embauche le salarié tout en sachant que celui-ci est déjà lié par un contrat de travail, sauf si :

- ce dernier est arrivé à son expiration,
- le préavis conventionnel est expiré,
- ou si la rupture du contrat a déjà été effectuée depuis 15 jours.

2.2. Résiliation judiciaire du contrat de travail.

Un autre mode de rupture possible pour le salarié consiste à, lorsqu'il reproche à son employeur des manquements graves à ses obligations contractuelles demander au Conseil des Prud'hommes de prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Ce mode de rupture est souvent retenu par un salarié qui souhaite ne pas avoir de rupture de revenus entre sa période travaillée et sa période de recherche d'un nouvel emploi, qui pourra être indemnisée par Pôle Emploi.

En cas de résiliation, la rupture est considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou nul si le salarié était représentant du personnel). A défaut, le salarié continue de travailler dans les conditions habituelles.

Attention, dans ce cas la rupture du contrat ne prend pas effet immédiatement.

2.2.1. Définition de la résiliation judiciaire.

La résiliation judiciaire du contrat du travail permet de rompre le contrat de travail, par la voie judiciaire, **aux torts de l'employeur**, si le juge considère que l'employeur manque gravement à ses obligations contractuelles.

Ce mode de rupture est fondé non sur le Code du Travail, mais principalement sur le Code Civil. Aux termes de celui-ci, l'une des deux parties d'un contrat synallagmatique ¹⁵ peut demander la résiliation judiciaire du rapport juridique qui les lie en cas de manquements aux obligations contractuelles par l'autre partie.

(Code Civil, art. 1217 et suivants)

Le manquement grave de l'employeur à ses obligations contractuelles est retenu par le juge dans certains cas, notamment :

- **non-paiement du salaire**,
(Cass. soc. 10 mai 2006, n° 05-42210)
- **discrédit jeté sur un salarié**, l'affectant personnellement et portant atteinte à son image, sa fonction et son autorité,
(Cass. soc. 7 juil. 2009, n° 08-40034)
- **suppression d'un avantage professionnel**, tel un véhicule professionnel, mettant le salarié dans l'impossibilité de travailler,
(Cass. soc. 10 mai 2006, n° 05-42210)

¹⁵ C'est-à-dire avec une obligation réciproque entre les parties signataires.

- **propos dégradants** tenus à l'encontre d'un salarié et portant atteinte à sa dignité, **discrimination**,
(Cass. soc. 7 juil. 2009, n° 08-40034)
- etc.

2.2.2. Salariés concernés.

La résiliation judiciaire du contrat de travail s'adresse essentiellement aux salariés en CDI, Contrat à Durée Indéterminée. Cependant, ce mode de rupture étant basé sur la non-exécution de bonne foi du contrat de travail, les salariés ayant une autre type de contrat peuvent tenter d'y recourir.

A noter :

L'employeur n'est pas autorisé à obtenir une résiliation judiciaire, sauf faute grave d'un apprenti dans le cadre d'un contrat d'apprentissage.

2.2.3. Procédure.

Pour demander la résiliation judiciaire du contrat de travail, le salarié doit saisir le Conseil de Prud'hommes. Il demande au Conseil de rompre le contrat de travail, en raison des graves manquements commis par son employeur, et qui rendent impossible, selon le salarié demandeur, la poursuite du contrat de travail. Une procédure classique aura alors lieu, avec notamment une tentative de conciliation préalable devant le Bureau de Conciliation et d'Orientation, puis en cas d'échec de cette tentative, une audience de plaidoirie devant le Bureau de Jugement du Conseil de Prud'hommes.

Il appartient en principe au salarié de :

- **prouver la gravité des manquements aux obligations contractuelles par l'employeur**,
(Cass. soc. 28 nov. 2006, n° 05-43901)
- et l'existence d'un doute profitera à l'employeur.
(Cass. soc. 19 déc. 2007, n° 06-44754)

En revanche, il incombe à l'employeur d'apporter :

- les preuves nécessaires de ses actions si on lui a reproché de manquer aux obligations de sécurité,
(Cass. soc. 12 janv. 2011, n° 09-70838)

- ou les preuves d'adaptation du poste de travail suite à une inaptitude de l'employé.
(Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 08-42878)

Les manquements d'un ancien employeur en cas de transfert d'entreprise, (**Code du Travail, art. L. 1224-1**) peuvent toujours être reprochés dans le cadre de la gestion du nouvel employeur pour une procédure de demande de résiliation judiciaire.

A noter que, pendant toute la durée de la procédure, le salarié dispose de la possibilité d'utiliser son droit de rétractation pour mettre fin à l'instance.

Pendant toute la procédure judiciaire, le salarié continue de travailler dans les conditions habituelles, ce n'est pas, dans certains cas, sans poser difficulté. Toutefois, le contrat peut être rompu (démission, licenciement, rupture conventionnelle, prise d'acte) pendant la procédure prud'homale.

La procédure de résiliation judiciaire du contrat est en principe réservée à un salarié. En effet, l'employeur dispose déjà de la faculté à entamer unilatéralement une rupture via le licenciement.

(Cass. soc. 13 mars 2001, n° 98-46411)

Toutefois, la loi permet à une entreprise d'emprunter cette procédure en cas d'inaptitude, de faute grave ou de manquements répétés à ses obligations par un apprenti.

L'appréciation de la gravité de ces manquements est exclusivement de l'essor du " pouvoir souverain des juges du fond ", tant concernant les faits que leur ancienneté.

(Arrêté n° 03-42070 du 15 mars 2005)

2.2.4. Conséquences de la résiliation judiciaire.

Le juge prud'homal, après avoir examiné les arguments et les pièces de chacune des parties, n'a le choix qu'entre deux décisions possibles :

- soit il constate des manquements graves de la part de l'employeur, et il accepte la demande,
- soit il estime qu'il n'y a pas de manquement grave commis par l'employeur au moment où il statue, et il rejette la demande.

- **Le Conseil de Prud'hommes prononce la résiliation judiciaire.**

Le juge décide que la demande est fondée et il y fait droit. La résiliation du contrat de travail prend alors effet :

- à la date du jugement,
(Cass. soc. 11 janvier 2007, n° 05-40626)
- ou, si le salarié a été licencié pendant la procédure, à la date où le contrat de travail a été rompu (date d'envoi de la lettre de licenciement).

Elle produit les effets :

- d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse,
(Cass. soc. 17 mars 1998, n° 96-41884)
- d'un licenciement nul si le salarié est protégé.
(Cass. soc. 26 sept. 2006, n° 05-41890)

Dans ce cas, l'employeur doit verser au salarié :

- une indemnité de licenciement,
- une indemnité compensatrice de congés payés et de préavis, même s'il n'a pas pu l'effectuer,
(Cass. soc. 13 mai 2015, n° 13-28792)
- une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou licenciement nul.

Lorsque le contrat a prévu une clause de non-concurrence, le délai de renonciation y afférent court à compter de la date de jugement. Enfin, une rupture du contrat imputable à l'employeur rend caduque toute clause de dédit formation.

(Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-15481)

L'employeur doit également remettre au salarié les documents de fin de contrat auxquels il a droit.

- **Le Conseil de Prud'hommes refuse la résiliation judiciaire.**

Le juge ne fait pas droit à la demande du salarié. Le contrat de travail doit alors se poursuivre normalement et aucune indemnité n'est due par l'employeur au salarié. Le simple fait que le salarié ait demandé une résiliation judiciaire ne peut pas constituer un motif de licenciement.

(Cass. soc. 21 mars 2007, n° 05-45392)

Si l'employeur a licencié le salarié en cours de procédure, le juge se prononce sur la validité de ce licenciement après avoir rejeté la demande de résiliation du salarié.

2.2.5. Licenciement postérieur.

Un licenciement peut être engagé par un employeur, postérieurement à une demande de résiliation judiciaire formée d'un salarié, que ce soit pour :

- un motif économique,
(Cass. soc. 21 juin 2006, n° 05-44020)
- ou personnel.
(Cass. soc. 16 fév. 2005, n° 02-46649)

Dans ce cas, les juges apprécieront d'abord la légitimité de la résiliation judiciaire avant de trancher sur les motifs du licenciement.

(Cass. soc. 7 fév. 2007, n° 06-40250)

En revanche, une résiliation judiciaire entamée après un licenciement est considérée comme sans objet.

Il faut savoir qu'un licenciement ne peut pas être motivé par une simple action en justice de l'employé pour demander une résiliation judiciaire. Cela se maintient même si :

- **les procédures de renvoi sont entamées** " *ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat* ",
(Cass. Soc. 26 avr. 2006, n° 05-43591)
- **le contrat est rompu par l'acceptation du CSP** dans le cadre d'une procédure économique,
(Cass. Soc. 12 juin 2012, n° 11-19641)
- **le contrat a fait l'objet d'un transfert lors d'une vente**, une succession ou une fusion.
(Cass. Soc. 7 décembre 2011, n° 07-45689)

Par ailleurs, un employé peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail même si une démarche de résiliation judiciaire a déjà été entamée. Dans ce cas, le contrat est rompu immédiatement " en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant ".

(Cass. soc. 31 oct. 2006, n° 04-46280 ; 04-48234 ; 05-42158)

Les manquements reprochés à l'employeur lors de la demande de résiliation serviront tout de même à appuyer la décision des juges sur la prise d'acte.

(Cass. soc. 31 oct. 2006, n° 04-46280 ; 04-48234 ; 05-42158)

2.3. Prise d'acte.

2.3.1. Définition de la prise d'acte.

La Loi pose le principe de l'exécution de bonne foi des contrats (voir supra). Le Code Civil précise la nature de cette disposition. Il pose que "*les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*".

(Code Civil, art. 1104)

Ces dispositions sont d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles ne souffrent aucune dérogation de quelque manière que cela soit. Cette obligation d'exécution de bonne foi du contrat est tout naturellement reprise par le Code du Travail, en particulier pour les contrats de travail. Le code pose que "*le contrat de travail est exécuté de bonne foi*".

(Code du Travail, art. L. 1222-1)

Cette obligation s'applique tout naturellement aux deux parties, employeur et salarié. Elle recouvre les règles de formation, d'exécution et de rupture du contrat de travail. Si l'employeur ne respecte pas ses obligations, le salarié a la possibilité de prendre l'initiative de rompre le contrat de travail en imputant la responsabilité de cette rupture à son employeur.

Dans la plus part des cas, lorsque le salarié aura le souhait de quitter son emploi, il le fera par l'intermédiaire d'une lettre de démission, en se basant sur un modèle de courrier très facile à trouver sur Internet.

Mais si le salarié souhaite rompre son contrat de travail en raison d'une faute commise par son employeur, ce mode de rupture est à proscrire impérativement. Dans un tel cas, il appartient au salarié d'envoyer non pas une lettre de démission, mais une **lettre de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail**.

La prise d'acte de la rupture du contrat caractérise une modalité particulière de rupture du Contrat de travail à Durée Indéterminée. Elle se définit comme une démarche par laquelle le salarié décide de rompre son contrat de travail, en considérant que cette rupture est entièrement imputable à l'employeur, suite à des manquements graves, qui rendent impossible la poursuite du contrat de travail. La jurisprudence a admis ce mode de rupture du contrat de travail, qui ne figure pas dans le Code du Travail, mais a été de facto érigé comme mode de rupture du contrat, tel le licenciement et la démission.

(Cass. soc., 25 juin 2003 n° 01-43578 ; Cass. soc. 30 mars 2010, n° 08-44236)

2.3.2. Salariés concernés.

En principe, ce mode de rupture du contrat de travail n'est ouvert qu'aux salariés en Contrat à Durée Indéterminée.

Toutefois, la rupture ayant pour fondement la non-exécution de bonne foi du contrat de travail, les salariés liés à leur employeur par d'autres types de contrat peuvent tenter de s'en prévaloir.

2.3.3. Modalités de la prise d'acte.

- **Procédure à utiliser par le salarié.**

Là également, la procédure se fonde sur les dispositions du droit des obligations posées par le Code Civil.

(Code Civil, art. 1217 et suivants)

En présence de **violations graves** par l'employeur du droit du travail, le salarié peut prendre l'initiative de **prendre acte** de la rupture du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur.

Le salarié va adresser à son employeur un courrier de prise d'acte. Dans ce courrier, le salarié va indiquer à son employeur qu'il n'exécute pas le contrat de travail de bonne foi, en lui précisant de manière détaillée les raisons de cette non-exécution. Il lui indiquera également, qu'en conséquence, il convient donc de mettre fin au contrat aux torts de l'employeur.

Le salarié saisit la justice pour que les preuves qu'il aura apportées lui permettent de bénéficier des indemnités d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pas des désavantages de la démission.

(Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-43578)

La décision finale sur le bien-fondé de cette procédure reviendra alors au Conseil des Prud'hommes.

La décision sur la qualification de la rupture étant soumise à la décision du juge, le législateur, avec la loi n° 2014-743 du 1^{er} juillet 2014 ¹⁶ est venu accélérer la procédure

¹⁶ LOI n° 2014-743 du 1er juillet 2014 relative à la procédure applicable devant le conseil de prud'hommes dans le cadre d'une prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié. NOR : ETSX1405214L

devant le CPH en faisant en sorte que le contentieux soit porté directement devant le Bureau de Jugement.

(Code du Travail, art. L. 1451-1)

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme particulier.

(Cass. soc. 4 avril 2007, n° 05-42.847)

Dans sa rédaction, le courrier de prise d'acte diffère peu du courrier de démission. Il suffit d'écrire les termes de "**prise d'acte de la rupture du contrat de travail**", et d'expliquer dans le courrier les manquements reprochés à l'employeur, manquements qui doivent être suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat.

La prise d'acte peut valablement être présentée par :

- le **salarié directement**,
- un **représentant dûment mandaté du salarié**, soit par l'avocat du salarié en son nom,
(Cass. soc., 4 avril 2007)
- un **avocat**, agissant en tant que conseil du salarié. La Haute Cour a précisé que, dans un tel cas, le conseil doit adresser la prise d'acte directement à l'employeur
(Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-15238)

En pratique, il s'agit d'un **courrier recommandé** avec accusé de réception, ou d'un courrier remis en main propre contre décharge, listant les **griefs** reprochés à l'employeur et notifiant la prise d'acte de la rupture. Bien évidemment, le salarié devra conserver précieusement une copie de la lettre (lettre + pièces jointes) ainsi que de l'accusé de réception.

La notification de la prise d'acte doit être directement adressée par le salarié à l'employeur.

(Cass. soc. 16 mai 2012 n° 10-15.238)

Un courrier adressé par le salarié directement au Conseil de Prud'hommes s'analyse en effet comme une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail.

(Cass. soc. 1^{er} février 2012 n° 10-20.732)

Ce n'est qu'après notification à l'employeur que le Conseil de Prud'hommes compétent est saisi et que le constat de la prise d'acte sera porté directement devant le bureau de jugement, sans passer par celui de la conciliation

Mais la lettre de prise d'acte :

- ne fixe pas non plus les limites du litige,
(Cass. soc. 29 juin 2005, n° 03-42804 ; Cass. soc. 5 juil. 2006, n° 04-40134)

- est susceptible d'être complétée par le soutien d'autres arguments ou éléments devant les juges.
(Cass. soc. 10 fév. 2010, n° 08-43138)

Enfin, le recours à la prise d'acte n'est pas ouvert :

- au salarié en période d'essai,
(Cass. soc. 7 fév. 2012, n° 10-27525)
- aux apprentis.
- à l'employeur, car il dispose déjà de la possibilité de procéder à un licenciement pour sanctionner d'éventuels manquements de son employé.
(Cass. soc. 11 fév. 2004, n° 01-45220 ; Cass. soc. 23 mars 2011, n° 09-42122)

- **Effets de la prise d'acte.**

Le contrat de travail prend **fin** à la date de **présentation** du courrier recommandé adressé par le salarié. Ce dernier n'est donc pas obligé d'exécuter son préavis.

La prise d'acte a donc pour effet de **mettre fin immédiatement** au contrat de travail, sans préavis (même si le salarié peut proposer dans son courrier d'effectuer son préavis). Il s'agit, pour le salarié, du mode de rupture du contrat de travail le plus combatif.

Attention, puisqu'il est mis fin au contrat de travail, le salarié ne peut plus se rétracter.

- **Obligations et droits de l'employeur.**

A réception du courrier du salarié, l'employeur, comme pour toute rupture de contrat de travail, devra en accuser réception.

La prise d'acte vaut rupture immédiate et sans préavis du contrat de travail.
(Cass. soc. 19 janvier 2005, n° 03-45018)

L'employeur est lié par les motifs de la prise d'acte tels qu'ils ont été présentés par le salarié, peu important qu'il réfute ou non les arguments opposés. Il doit donc impérativement remettre au salarié les documents suivants :

- **certificat de travail,**
- **attestation Pôle Emploi**, sur laquelle il indique comme motif de rupture du contrat de travail : "*prise d'acte de la rupture*", dans la case - autres motifs -,
(Cass. Soc., 27 septembre 2006 et Cass. Soc., 4 juin 2008)
- **solde de tout compte,**
- document de portabilité de la Protection Sociale Complémentaire,

- état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre des dispositifs de participation, d'intéressement et des plans d'épargne salariale.

2.3.4. Conséquences de la prise d'acte.

Tant que la prise d'acte n'a pas été portée par le salarié devant le Conseil de Prud'hommes, elle produit les effets d'une démission.

Le salarié qui prend acte de la rupture du contrat se retrouve immédiatement **sans emploi**, et donc **sans salaire**. L'indemnisation de Pôle Emploi dans ce cas est également reportée dans le temps et incertaine, dans la mesure où le caractère volontaire ou non de la rupture reste encore à vérifier. Le risque de précarité est donc maximal durant la période située entre la date de saisine du Conseil des Prud'hommes et celle de la prononciation du jugement.

Le salarié ne bénéficiera d'aucune indemnité lors de son départ, et notamment pas de l'indemnité de licenciement. Il ne pourra pas non plus percevoir d'indemnisation chômage.
(Règlement général Pôle Emploi annexé à la convention du 14 mai 2014)

En pratique, il sera donc dans la même situation qu'un salarié démissionnaire.

2.3.5. Requalification de la prise d'acte.

Le salarié dispose cependant de la possibilité d'attirer ensuite l'employeur en justice pour demander la requalification de la rupture du contrat en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le courrier de prise d'acte lui permettra donc de **saisir ensuite le Conseil de Prud'hommes** afin de contester les conditions dans lesquelles la rupture du contrat est intervenue. Il appartiendra alors au juge prud'homal d'apprécier les manquements reprochés à l'employeur. C'est donc **a posteriori** que le Conseil de Prud'hommes se prononcera sur le bien-fondé ou non de cette prise d'acte. Le juge :

- soit requalifiera la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, **avec tous les effets qui y sont attachés**,
- soit le estime que les faits invoqués ne sont pas suffisamment grave, et la rupture du contrat de travail produit les effets d'une démission.
(Cass. soc., 30 mars 2010 n° 08-44236)

A noter que :

- en cas de **harcèlement moral** ou de **discrimination** de la part de l'employeur, la prise d'acte produira les mêmes effets qu'un licenciement nul,
- une **démission** pourra être **assimilée** à une prise d'acte, avec les effets afférents, lorsqu'elle énumère des manquements de l'employeur ou qu'elle est donnée immédiatement après un courrier énonçant des griefs à l'encontre de l'employeur.

Attention, devant le tribunal, **ce sera au salarié d'apporter la preuve** de la réalité et de la gravité des faits reprochés à son employeur.

(Cass. soc. 19 décembre 2007 n° 06-44754)

S'agissant de ces manquements, par principe, c'est au juge qu'il appartiendra d'apprécier leur gravité. Il faut rappeler qu'aucune règle de formalisme particulière ne s'impose dans la rédaction du courrier de prise d'acte, ce qui signifie que le juge devra analyser l'ensemble des manquements qui seront évoqués plus tard lors de l'audience, et qu'il ne peut pas se limiter aux faits qui sont mentionnés dans la lettre de rupture.

(Cass. soc. 9 avril 2008, n° 07-40668)

- **Prise d'acte justifiée.**

Si le juge estime que les manquements reprochés à l'employeur sont suffisamment graves, il pourra requalifier la rupture du contrat de travail en licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou en licenciement nul. La rupture en produira alors les mêmes effets, et permettra au salarié de percevoir les différentes indemnités correspondantes : ¹⁷

(Cass. soc. 25 juin 2003 n° 01-43578)

- indemnité compensatrice de préavis, si non effectué,
(Cass. soc. 4 avril 2007, n° 05-43406)
- indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
(Cass. soc. 28 septembre 2011, n° 09-67510)
- dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur sera par ailleurs condamné à transmettre une nouvelle attestation Pôle Emploi, mentionnant comme motif de rupture un " licenciement ", ce qui permettra au salarié de bénéficier d'un rappel d'allocations d'aide au retour à l'emploi auprès de Pôle Emploi, au titre de l'indemnisation chômage à laquelle il a droit.

La prise d'acte est requalifiée en " licenciement nul pour violation du statut protecteur " dans le cas d'un employé " titulaire d'un mandat électif ou de représentation ".

(Cass. soc. 5 juillet 2006, n° 04-46009)

¹⁷ Les indemnités compensatrices de congés payés sont versées par l'employeur au moment de la rupture du contrat.

Le salarié bénéficiera ainsi à une indemnité forfaitaire égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours.

(Cass. soc. 12 mars 2014, n° 12-20108)

Exemples de motifs susceptibles d'entraîner les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

Les manquements doivent être suffisamment graves pour **empêcher** la poursuite du contrat.

La jurisprudence donne plusieurs **exemples de manquements graves** :

- atteinte à l'**intégrité** physique ou morale du salarié,
- abus dans l'**exercice du pouvoir disciplinaire** par l'employeur,
(Cass. soc. 23 novembre 2010 n° 09-42748)
- manquement à l'obligation de **sécurité**,
(Cass. soc. 3 février 2010 n° 08-40144)
- le fait d'avoir laissé le salarié revenir travailler **sans organiser la visite de reprise** qui était pourtant obligatoire,
(Cass. soc. 16 juin 2009 n° 08-4179),
- le fait pour la salariée de **retour de congé maternité de ne pas retrouver le poste** qu'elle occupait précédemment,
(Cass. soc. 3 novembre 2010 n° 09-67928)
- **Harcèlement** moral ou sexuel,
- modification du **contrat** de travail imposée au salarié,
(Cass. soc. 7 décembre 2010 n° 09-67652)
- absence de versement du **salaire**,
- absence de **fixation des objectifs** alors que le salarié percevait des primes d'objectifs,
(Cass. soc. 9 novembre 2011 n° 10-11658)
- non versement de **primes** dues,
- le fait d'avoir **refusé de transmettre au salarié** les éléments servant de base de calcul de la rémunération variable,
(Cass. soc. 18 juin 2008 n° 07-41910)
- refus de respecter le salaire **minimum** conventionnel.

Mais certains manquements seront automatiquement considérés comme graves, sans que le juge n'ait à les apprécier. Il en va ainsi dès lors que l'employeur porte atteinte à la rémunération, dans son montant, ou dans sa structure, c'est-à-dire dans le mode de calcul du salaire.

(par exemple, Cass. soc. 13 juillet 2005 n° 03-45247)

Et ce, même si cette modification est faite dans un sens plus favorable au salarié.

(Cass. soc. 5 mai 2010 n° 07-45409)

- **Prise d'acte injustifiée.**

Si le juge estime que les manquements invoqués envers l'employeur ne sont finalement pas assez graves, ou non établis, ou infondés, ou bien encore lorsqu'ils n'entravent pas à la poursuite de la relation contractuelle, le juge requalifiera la prise d'acte du salarié sera en démission.

Le salarié est ainsi redevable :

- d'une indemnité pour non-respect du préavis,
(Cass. soc. 4 février 2009, n° 07-44142 ; Cass. soc. 23 juin 2010, n° 08-40581)
- même si aucun préjudice ne lui a été reproché par l'employeur.
(Cass. soc. 8 juin 2011 n° 09-43208)

Le salarié peut cependant échapper à ce versement s'il s'est retrouvé dans l'impossibilité d'exécuter le préavis, notamment en cas d'arrêt maladie.

(Cass. soc. 15 janvier 2014, n° 11-21907)

Enfin, le salarié court le risque éventuel que l'employeur lui réclame des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat.

A noter enfin, qu'une prise d'acte non suivie d'un recours au Conseil de Prud'hommes revient automatiquement à une simple démission.

2.3.6. Une vraie prise de risques.

Prendre acte de la rupture du contrat de travail constitue une vraie prise de risques puisque, celle-ci ne pouvant être rétractée, elle met un **terme immédiatement** à la relation de travail. Le salarié se retrouve donc du jour au lendemain **sans salaire**.

L'indemnisation par **Pôle Emploi** n'est en outre **pas automatique** tant que le Conseil de Prud'hommes n'a pas statué au fond. Deux situations permettent cependant à la prise d'acte d'être jugée légitime par Pôle Emploi sans attendre la décision du Conseil de Prud'hommes (accord Unedic n° 14 du 6 mai 2011) :

- *“ non-paiement des salaires pour des périodes de travail effectuées, à condition que l'intéressé justifie d'une ordonnance de référé lui allouant une provision de sommes correspondant à des arriérés de salaires ”,*

- “ rupture intervenue à la suite d’un acte susceptible d’être délictueux dont le salarié déclare avoir été victime à l’occasion de l’exécution de son contrat de travail et pour lequel il justifie avoir déposé une plainte auprès du procureur de la République ”.

Selon les cas, en fournissant l’ordonnance de référé ou la justification du dépôt de plainte vous pourrez donc percevoir les allocations chômage à la suite de votre prise d’acte de la rupture de votre contrat de travail.

A noter, si jamais le Conseil de Prud’hommes considère que la prise d’acte produit les effets d’une **démission**, il peut condamner le **salarié** à verser à l’employeur une indemnité pour non-respect du **préavis** (voir supra).

Toute décision de l’employeur qui entraîne une modification de la rémunération peut constituer un manquement. Par exemple :

- la modification du secteur géographique dans lequel le salarié effectue ses missions, laquelle va entraîner une modification de la rémunération variable,
(Cass. soc., 15 février 2012 n° 09-70632)
- l’absence de paiement du complément de salaire pendant un arrêt de travail consécutif à un accident du travail, alors que la convention collective obligeait à payer ce complément.
(Cass. soc., 12 décembre 2012 n° 10-26324)

Bien entendu, l’absence de paiement d’heures de travail, par exemple d’heures supplémentaires, constitue un manquement grave dès lors qu’il est démontré.
(Cass. soc., 24 octobre 2012 n° 11-30387)

Le paiement du salaire est en effet une obligation fondamentale de l’employeur. Tout comme le fait de donner un travail à exécuter. Ainsi, l’employeur commet un manquement grave lorsqu’il ne donne aucun travail à faire à son salarié, et la Cour de cassation précise en outre que c’est à l’employeur qu’il appartient de prouver qu’il a rempli son obligation, et qu’il a donné un travail à effectuer.
(Cass. soc., 15 mai 2012 n° 10-25721)

Il faut préciser par ailleurs que le juge dispose également d’un pouvoir pour apprécier les conditions dans lesquelles une démission a été donnée. Si le salarié a employé des termes de “ démission ” et n’a pas mentionné dans son courrier de reproches particuliers à l’encontre de son employeur, cette démission peut tout de même être considérée comme une prise acte de la rupture du contrat de travail, en fonction du contexte et des circonstances. La démission sera alors considérée comme étant équivoque.

Tel sera le cas, par exemple, lorsque :

- le salarié avait réclamé par courrier recommandé le paiement d’heures supplémentaires quelques jours auparavant,

- (Cass. soc. 26 septembre 2012 n° 11-17134)
- la démission est donnée dans une période pendant laquelle l'employeur n'a pas payé les salaires,
(Cass. soc. 7 novembre 2011 n°09-71651)
- le salarié avait, avant de démissionner, saisi le juge prud'homal pour solliciter par exemple des rappels de salaires.
(Cass. soc. 18 janvier 2011 n° 09-41073)

Mais il faut également préciser que ces règles, même si elles ont été posées par la Cour de Cassation, ne sont pas nécessairement appliquées par le Conseil de Prud'hommes ou par la Cour d'Appel. Régulièrement, le juge auquel l'affaire est soumise va décider de ne pas remettre en cause la démission dès lors que la lettre de démission ne mentionne aucun reproche fait à l'employeur.

2.3.7. Prise d'acte, alternative au licenciement.

Dans la pratique, certains employeurs pourraient être tentés de licencier les salariés qui leur notifient une prise d'acte pour faute grave, reprochant par exemple l'insubordination ou la non-reprise du travail après un congé maladie. Néanmoins, la Cour de Cassation impose le respect d'une chronologie exacte des ruptures. Ainsi, un contrat de travail rompu immédiatement par une prise d'acte ne peut plus faire l'objet d'un licenciement subséquent. Ainsi :

- le juge ne va statuer que sur les griefs invoqués dans la prise d'acte,
(Cass. soc. 16 novembre 2005, n° 03-45392)
- la tentative de licenciement par l'employeur :
 - o ne sera pas examinée,
(Cass. soc. 4 fév. 2009, n° 07-44250)
 - o et sera considérée comme non avenue
(Cass. soc. 8 juin 2005, n° 03-43321)

Cela se maintient même si :

- l'entretien préalable de licenciement survient avant la prise d'acte,
(Cass. soc. 16 nov. 2005, n° 03-45392 ; Cass. soc. 28 juin 2006, n° 04-43431)
En effet, cet entretien doit permettre au salarié de se justifier face aux griefs invoqués à son encontre et seule la réception de la lettre de licenciement confirme son renvoi
(Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 05-40239)
- le mandataire liquidateur procède à un licenciement économique dû aux difficultés financières de l'entreprise alors que l'employé a déjà pris acte de la rupture en reprochant le non-paiement de salaire,
(Cass. soc. 30 juin 2010, n° 09-41456)

- la prise d'acte est injustifiée.
(Cass. soc. 19 janv. 2005, n° 03-45018)

Lorsqu'un employé prend acte de la rupture du contrat de travail après avoir été licencié, son action, par respect de la chronologie des ruptures, devient caduque. Toutefois, les juges considéreront tout de même les griefs qu'il aura invoqués dans sa prise d'acte. C'est le cas notamment pour une résiliation judiciaire entamée postérieurement à un licenciement.
(Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 05-42539 ; Cass. soc. 7 mars 2012, n° 10-17090)

2.3.8. En pratique.

S'agissant d'une prise d'acte, la législation précise que *“ Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine ”*.

(Code du Travail, art. L. 1451-1)

Mais, dans la pratique, le délai prévu par la loi n'est que très rarement respecté. En effet, chacune des parties au procès doit disposer d'un délai suffisant pour prendre connaissance et analyser les pièces et les arguments de son adversaire, il est fait là référence au principe du contradictoire, qui est essentiel pour toute procédure. Or ce délai d'un mois est bien souvent insuffisant pour permettre le respect de ce principe. Ce d'autant plus lorsque l'affaire en question est complexe, au regard du nombre de manquements reprochés à l'employeur et au regard de leur gravité.

Il conviendra dans le courrier de prise d'acte d'exposer **en quoi** le(s) manquement(s) de l'employeur rendent **impossible** la poursuite du contrat de travail. Contrairement à la lettre de licenciement, le contenu de ce courrier ne **fixe pas** les limites du litige : il est possible d'invoquer des griefs **supplémentaires** dans le cadre de l'instance prud'homale. Le salarié aura cependant intérêt à être exhaustif afin de préserver sa crédibilité.

En cas de **violations répétées** de l'employeur, il est plus prudent de **prendre acte** de la rupture **après** avoir **demandé par écrit** en vain à l'employeur de mettre fin à ces agissements. Une prise d'acte intervenant sans aucune demande antérieure risquera d'être **diversement interprétée** par certains conseillers prud'homaux.

La rédaction du courrier de prise d'acte est **cruciale** puisqu'elle constituera la pièce maîtresse du dossier prud'homal qui s'ouvrira ensuite.

C'est au salarié de rapporter la preuve, devant le juge, des manquements qu'il invoque. Le salarié devra donc s'assurer qu'il dispose de **preuves assez solides** car c'est uniquement sur ces éléments que le Conseil de prud'hommes statuera. Pour cette raison, il existe en effet

une profonde différence entre le litige tel que le salarié l'a vécu et tel qu'il apparaîtra aux yeux des conseillers prud'homaux.

Attention, lorsqu'un **doute** subsiste sur la réalité des faits allégués, il profite à **l'employeur**.

2.4. Conclusion.

La **démission** constitue le moyen “ amiable ” dont dispose le salarié pour mettre fin à la relation de travail avec son employeur, sans avoir à apporter de justificatif quelconque, et sans aller vers un conflit. Malgré cela, la démission peut, dans certains cas, devenir porteuse de contentieux sur la fin de l’exécution du contrat de travail.

La demande de **résiliation judiciaire**, peut constituer une stratégie, destinée à “ forcer ” l’employeur à modifier son comportement afin que les manquements reprochés par le salarié n’existent plus lorsque le juge statuera. Mais bien entendu, ce résultat dépend de la bonne volonté de l’employeur et peut rendre la poursuite de la relation de travail difficile.

Par ailleurs, c’est également un moyen de ne pas avoir de rupture de revenus entre salaire et indemnisation comme demandeur d’emploi.

Quant à la **prise d’acte** de la rupture du contrat de travail, elle constitue un moyen très efficace de rupture du contrat de travail à l’initiative du seul salarié. Dans l’immédiat, après avoir envoyé son courrier, celui-ci se retrouve exactement dans la même situation que s’il avait envoyé une lettre de démission : pas de paiement d’indemnité de départ, pas de droit, en principe, à l’indemnisation chômage, etc. Mais cependant, la prise d’acte de la rupture du contrat de travail va permettre au salarié de contester, par la suite, devant le Conseil de Prud’hommes, les conditions dans lesquelles la rupture du contrat de travail est intervenue. Si le salarié a pris sa décision en raison de manquements graves de l’employeur, il pourra obtenir des indemnités importantes, qui répareront son préjudice.

Au final, lorsqu’elles sont couronnées de succès, les deux dernières procédures aboutissent au même résultat, la requalification de la rupture du contrat de travail en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il est cependant conseillé de bien choisir entre ces deux dispositifs compte tenu des risques que chacun présente. Lorsque la prise d’acte est la solution préférée, il est plus judicieux de recourir préalablement à l’inspection du travail pour faire constater les manquements reprochés à l’employeur et les faire régulariser par ce dernier. La demande de validation de la prise d’acte aura ainsi plus de chance de réussir en argumentant sur le fait que l’employeur ait décliné les injonctions de l’inspection de travail.



Université de Versailles – Saint Quentin en Y.
Master Droit des Ressources Humaines et de la Protection Sociale

Titre 3, section 3

3. Rupture à l'initiative de l'employeur.

En application des dispositions figurant dans le Code Civil (voir supra), dispositions reprises dans le Code du Travail, et au même titre que le salarié, l'employeur peut être à l'origine de la rupture du contrat de travail. Il devra, bien évidemment respecter les dispositions prévues contractuellement, tant au plan de la forme que du fond.

Si le salarié estime que ces dispositions ne sont pas respectées, il devra saisir le Conseil de Prud'hommes pour en obtenir le respect, ainsi qu'une éventuelle compensation du préjudice qu'il estime avoir subi.

3.1. Procédure de rupture.

3.1.1. Origine de la procédure.

La procédure de rupture du contrat de travail imposée à l'employeur est née de la volonté de mettre le salarié à l'abri de décisions arbitraires de l'employeur, ou plus simplement de mesures économiques justifiées mais aux conséquences sociales mal maîtrisées. Les partenaires sociaux et le législateur ont choisi de soumettre tout licenciement au-delà de la période d'essai au respect d'une procédure qui constitue une première étape pour contrôler le bien-fondé de la mesure envisagée.

Avant la réforme de 1973, seule la théorie de l'abus de droit pouvait constituer un instrument de contrôle des mesures de licenciement décidées par l'employeur. Sa mise en œuvre était rendue difficile par le pouvoir discrétionnaire reconnu au chef d'entreprise de procéder à des réorganisations justifiées par des motifs techniques ou économiques.

La réforme du Code du Travail de 1973, et en particulier la Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, suivie de la Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986, ont profondément modifié le droit du licenciement en permettant au salarié de :

- demander à l'employeur **communication par écrit des motifs du licenciement**,
- s'expliquer avec l'employeur lors d'un **entretien préalable à licenciement**.

Ces dispositions s'appliquent :

- dans toute entreprise,¹⁸ quelle que soit sa forme juridique, la nature de son activité, l'ampleur de ses effectifs,
- à tout salarié, dès lors qu'a pris fin sa période d'essai, quels que soient son ancienneté, son niveau hiérarchique, ses liens de parenté avec l'employeur, l'existence d'une clause d'indivisibilité dans le contrat de travail, peu importe qu'il s'agisse d'un salarié ordinaire ou investi d'une protection particulière,¹⁹
- à tout licenciement pour motif personnel, qu'il soit prononcé pour incompétence, ou suite à une procédure disciplinaire antérieure, ou bien encore en raison d'un comportement fautif du salarié.

3.1.2. Enjeux de l'entretien préalable.

L'entretien préalable est désormais l'un des droits du salarié qu'un employeur doit respecter dans le cadre d'une procédure de licenciement. Il est né du principe que nul ne peut être privé de son emploi, sans en être informé des raisons et s'en défendre.

Le manquement à cette obligation est passible de sanctions sévères,²⁰ au-delà du simple fait de défaut de procédure, même si le licenciement est motivé par une cause réelle et sérieuse. Dans la pratique, l'entretien consiste pour l'employeur à partager son intention de licencier et ses motivations avec le salarié. Pour ce dernier, il consiste à s'expliquer et se défendre. Au-delà de l'information et des échanges, l'objectif est de trouver un terrain d'entente, éventuellement une conciliation afin d'éviter la rupture du contrat.

L'entretien préalable est **impératif dans tous les cas de licenciement individuel**, que le motif soit personnel (**Code du Travail, art. L. 1232-2 à 4**) ou économique (**Code du Travail, art. L. 1233-38 et L. 1233-11 à 13**). Il en est de même concernant le licenciement économique collectif de 1 à 9 salariés sur une période de 30 jours et de 10 salariés et plus lorsque l'entreprise ne dispose pas d'un Comité Social et Economique. L'entretien préalable est également obligatoire avant l'application de certaines sanctions disciplinaires.

Cette obligation légale s'applique indépendamment de la taille de l'entreprise, de ses effectifs ou de son chiffre d'affaires, et ce, même en cas de suspension du contrat de travail.

¹⁸ Si le salarié est simultanément lié à plusieurs entreprises par autant de contrats distincts, et que plusieurs de ses employeurs veulent le licencier, chacun doit respecter la procédure de licenciement pour rompre le contrat de travail l'unissant au salarié.

¹⁹ Dans cette situation, il y a lieu de procéder au cumul de la procédure standard avec la procédure spéciale liée à la protection du salarié.

²⁰ L'ordonnance du 22 septembre 2017 les a considérablement réduites.

3.1.3. Déroulé de la procédure de licenciement.

- **Convocation par lettre.**

Avant de prendre sa décision, l'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable au licenciement par l'un des moyens suivants :

- lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR),
- lettre remise en main propre contre décharge,
- ou tout moyen permettant de justifier des dates d'expédition et de réception de la lettre (par exemple, par un système de transport rapide de courrier ou par l'intermédiaire d'un huissier de justice).

- **Contenu de la lettre de convocation à entretien préalable.**

La lettre de convocation doit comporter, à minima, les informations obligatoires suivantes :
(Code du Travail, art. R. 1232-1)

- **objet de l'entretien** entre le salarié et l'employeur, c'est-à-dire envisager, de manière " non équivoque " le licenciement du salarié, ²¹
- **date, heure et lieu** de cet entretien, ²²
- **possibilité** pour le salarié **de se faire assister** durant l'entretien par une personne de l'entreprise,
- et, s'il n'y a pas de représentants du personnel dans l'entreprise, possibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié. La lettre mentionne alors les coordonnées de la mairie ou de l'inspection du travail afin que le salarié puisse s'y procurer la liste des conseillers.

(Code du Travail, art. L. 1232-4 et R. 1232-2)

L'absence de l'une de ces mentions obligatoires entache le licenciement d'un vice de forme que le juge prud'homal pourra retenir.

Est considéré comme fautif l'employeur qui met volontairement l'employé dans l'impossibilité de se présenter à l'entretien préalable. Lorsque l'employé " *malade n'est pas en mesure de se rendre personnellement à la convocation, l'employeur doit fixer l'entretien pour que l'intéressé puisse se faire représenter. Cela lui permettra également de prendre*

²¹ Les juges ne retiennent en aucun cas une convocation qui indique seulement qu'une sanction est envisagée, sans évoquer le congédiement.

²² Ces mentions semblent évidentes, mais il faut savoir que dans certains cas, cette notion d'évidence peut être reprochée à l'employeur. En effet, le fait de mentionner seulement " que l'entretien aurait lieu dès le retour de l'employé dans l'entreprise " ne respecte pas la procédure légale, même si la date et l'heure de l'entretien dans ce cas précis sont facilement " déterminables ".

connaissance des motifs de son licenciement et d'être mis en mesure de faire part de ses observations. Les modalités à adopter seront évidemment fonction de chaque cas d'espèce".
(Lettre DGTE : Bull. Doc. TE n° 66-1974)

Le salarié qui souhaite se faire assister par un conseiller du salarié communique à celui-ci la date, l'heure et le lieu de l'entretien et informe l'employeur de sa démarche.

- **Tenue de l'entretien préalable.**

La date de l'entretien doit être prévue **au moins 5 jours ouvrables après** la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation.
(Code du Travail, art. L. 1232-2 et R. 1232-1)

Lorsque l'employeur ne respecte pas le délai, y compris avec l'accord du salarié, il est sanctionné pour une irrégularité de procédure qui entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié.

La date et l'heure de l'entretien ne doivent pas nécessairement tomber sur les heures de travail, mais le temps passé pour la réunion est tout de même rémunéré.
(Lettre DGTE : Bull. Doc. TE n° 66-1974)

Lors du déroulement de l'entretien, l'employeur " *indique les motifs de la décision envisagée, et recueille les explications du salarié* ".
(Code du Travail, art. L. 1232-3)

L'employeur ne doit en aucun cas annoncer sa décision de licencier le salarié durant l'entretien.

Lors de l'entretien, l'employeur peut se faire représenter par un membre du personnel qui en a mandat. Autrement dit, il s'agit de celui qui a le pouvoir de s'occuper de l'embauche et du licenciement. " La faculté de représenter l'employeur à l'entretien préalable n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement ". Le représentant peut notamment être un DRH, un chef d'établissement ou même un employé qui remplace temporairement le DRH.

Le Code du Travail ne prévoit pas de textes qui régissent l'assistance de l'employeur lors de l'entretien préalable. Néanmoins, la jurisprudence a spécifié quelques règles à respecter, notamment le fait que **seule une personne appartenant à l'entreprise peut assister l'employeur**. Il faut également que cela ne détourne pas l'entretien de son objet, notamment les échanges, la conciliation et la recherche d'une alternative au licenciement.²³

²³ Les cas suivants relatent notamment les défauts d'assistance de l'employeur qui rendent la procédure irrégulière :

Ni un avocat ni un huissier ne peuvent pas non plus se présenter à l'entretien pour quelque raison que ce soit, même s'ils ne participent pas au débat et restent muets. Lorsque l'employeur est assisté par une personne qui n'appartient pas à l'entreprise, il est sanctionné pour irrégularité de procédure.

Le salarié n'est pas tenu de se présenter à l'entretien préalable. Son absence ne peut pas lui être reprochée. Toutefois, cette absence ne remet pas en cause les étapes suivantes de la procédure (sauf en cas de convocation irrégulière) et l'employeur peut par la suite adresser au salarié une lettre de licenciement.

- **Lettre de licenciement.**

Le licenciement doit être notifié au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR) **au moins 2 jours ouvrables après** la date de l'entretien préalable.

(Code du Travail, art. L. 1232-6)

Un délai légal maximal pour l'envoi de la lettre est prévu uniquement en cas de licenciement pour motif disciplinaire. Il est fixé à **1 mois maximum après** la date de l'entretien préalable. Toutefois, des dispositions conventionnelles peuvent prévoir des délais différents.

La lettre, signée par l'employeur (ou, à défaut, par une personne habilitée à prononcer le licenciement du salarié) doit, de manière claire et précise, **énoncer chaque motif** justifiant le licenciement et rappeler les droits et obligations de chaque partie.

Les motifs du licenciement peuvent être précisés par l'employeur, après la notification du licenciement, de sa propre initiative, ou à la demande du salarié.

C'est la lettre de licenciement, éventuellement précisée par l'employeur, qui fixe les limites du litige à naître en ce qui concerne les motifs de licenciement.

(Code du Travail, art. L. 1235-2)

L'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne rend pas, à elle seule, le licenciement sans cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut pas dépasser un mois de salaire.

-
- l'employeur est assisté par plusieurs personnes : même si ces dernières font partie de l'entreprise, cette pratique détourne l'objet de l'entretien qui est ainsi transformé en enquête ;
 - même cas que précédemment, mais l'assistance du salarié a témoigné un entretien sans intimidation ni détournement d'objet ;
 - l'employeur se fait assister par un membre du personnel qui ne s'entend pas avec l'employé. Celui-ci dernier sera moins libre de s'exprimer ;
 - l'employeur est assisté par une personne dont la présence n'est pas si nécessaire : le caractère confidentiel de l'entretien s'en trouve ainsi lésé.

En revanche, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, constituée par un vice de motivation de la lettre de rupture, ouvre droit à une indemnité par le juge prud'homal.

- **Notification du licenciement.**

Avant l'ordonnance de septembre 2017, le courrier de licenciement devait être suffisamment motivé pour permettre au salarié de se défendre. L'absence de motivation dispensait le juge de regarder le dossier au fond, le licenciement pouvait se voir requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec les conséquences judiciaires associées.

Nouveauté introduite par l'ordonnance de septembre 2017, les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent, après la notification de celle-ci, **être précisés ou complétés**, soit par l'employeur, soit à la demande du salarié, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

(Code du Travail, art. L. 1235-2)

Cette mesure concerne les lettres de licenciement relatives à des :

- motifs personnels,
(Code du Travail, art. L. 1232-6)
- motifs économiques.
(Code du Travail, art. L. 1233-16 et L. 1233-42)

Le décret n° 2017-1702, dans son article 1^{er}, vient définir les modalités requises pour préciser, ou compléter, les motifs énoncés dans la lettre de licenciement :

(Code du Travail, art. R. 1232-13 et R. 1233-2-2)

- le salarié dispose d'un **délai de 15 jours** pour demander des précisions à l'employeur,
- l'employeur dispose d'un **délai de 15 jours** pour :
 - apporter des précisions après l'envoi de la lettre de licenciement,
 - ou répondre suite à la demande du salarié.

Rappelons que c'est dorénavant la **lettre de licenciement, complétée** éventuellement des **précisions apportées par l'employeur** qui " *fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement* ". L'ordonnance a précisément pour ambition de casser l'amalgame " *qui peut rapporter gros* " entre irrégularité de forme ²⁴ et défaut de cause réelle et sérieuse :

(Code du Travail, art. L. 1235-2)

" A défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de

²⁴ Voir supra pour l'irrégularité de forme.

licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire.

En l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l'indemnité allouée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3."

Soulignons que le décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017 enferme dans un délai très court, **15 jours suivant la notification du licenciement**, la possibilité pour le salarié de demander des précisions à l'employeur sur les motifs énoncés comme pour l'employeur de le faire à son initiative.

Par ailleurs, l'employeur peut désormais utiliser un modèle de lettre de licenciement qui a été déterminé par décret en Conseil d'Etat.

(Code du Travail, art. L. 1232-6)

Le décret ° 2017-1820 du 29 décembre 2017 est venu proposer des modèles types de lettres pouvant être utilisés par l'employeur pour notifier le licenciement. ²⁵

C'est une faculté mais pas une obligation.

A noter que l'éventualité de mise en place d'un formulaire Cerfa a finalement été abandonnée.

- **Procédures spécifiques.**

D'autres obligations spécifiques peuvent s'imposer à l'employeur, elles peuvent avoir pour source :

- l'accord collectif applicable à l'entreprise,
- le règlement intérieur,
- le licenciement envisagé d'un salarié protégé.

- **Préavis.**

Le contrat n'est pas interrompu dès la notification du licenciement. Le salarié reste tenu d'exécuter un préavis, sauf s'il se trouve dans l'une des situations suivantes :

- dispense du préavis par l'employeur,
- licenciement pour faute grave ou faute lourde,
- licenciement pour inaptitude.

²⁵ Cf. notre document spécifique sur l'analyse de ces modèles de lettre de licenciement.

- **Fin du contrat.**

Au terme du préavis, le contrat de travail prend fin. À la date de fin du contrat, le salarié perçoit, en complément de son dernier salaire et s'il y a droit, les sommes suivantes :

- l'indemnité de licenciement,
- les indemnités compensatrices de préavis et de congés payés,
- la contrepartie financière prévue en cas de clause de non-concurrence.

L'employeur doit remettre au salarié les documents suivants :

- certificat de travail,
- attestation Pôle emploi,
- solde de tout compte,
- document de portabilité de la Protection Sociale Complémentaire,
- état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre des dispositifs de participation, d'intéressement et des plans d'épargne salariale.

3.1.4. Contestation de la procédure de licenciement.

Avant l'ordonnance de 2017, le salarié disposait d'un délai de recours de 24 mois pour contester le bien-fondé de la rupture de son contrat de travail.

Après l'ordonnance de 2017, et sauf dérogation, les délais de contestation de la rupture, licenciement ou non, sont raccourcis. Ils sont réduits à **12 mois**.

(Code du Travail, art. L. 1235-7 et L. 1471-1)

L'alignement concerne également leur point de départ, le délai de 12 mois courant à compter de la notification de ladite rupture. Cette harmonisation des délais de recours concerne la majorité des ruptures, ce qui englobe la prise d'acte " au tort de l'employeur ", licenciement pour motif économique ou pour motif personnel.

Attention, désormais, en cas de licenciement économique, le délai de 12 mois est opposable au salarié même s'il n'en est pas fait mention dans la lettre de licenciement économique.

(Code du Travail, art. L. 1235-7)

L'ordonnance " balai ", ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, modifie en effet la rédaction de l'article L. 1235-7 du Code du Travail. Désormais, le délai de contestation de 12 mois court à compter de la dernière réunion du CSE ou de la notification du licenciement. Il

s'impose à tous les salariés, y compris à ceux à qui il n'aurait pas été rappelé dans la lettre de licenciement.

Aucune exigence similaire n'est posée pour les licenciements pour un autre motif.

(Code du Travail, art. L. 1471-1)

En ce sens, l'ordonnance aligne le délai de recours en cas de rupture du contrat de travail par l'employeur sur celui de la rupture conventionnelle.

Attention, ne sont pas concernés les actions en :

- **reçu pour solde de tout compte**, délai de recours **6 mois**,
- **mauvaise exécution du contrat de travail**, délai de recours **24 mois**,
- **discrimination et harcèlement**, délai de recours **5 ans**,
- **réparation d'un dommage corporel**, délai de recours **10 ans**.

Délai d'application.

La mesure relative au raccourcissement du délai de recours est applicable dès la parution de l'ordonnance, c'est-à-dire à compter du 24 septembre 2017.

En revanche, il est inapplicable aux instances introduites avant la publication de la présente ordonnance. L'action est poursuivie et jugée conformément à l'ancienne loi (14 juin 2013), y compris en appel et en cassation.

3.1.5. Irrégularité de forme dans la procédure.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, et les décrets associés sont venue modifier les dispositions applicables aux irrégularités de forme dans le licenciement.

Avant d'ordonnance de 2017, l'irrégularité dans la forme du licenciement, en particulier l'insuffisance ou l'imprécision dans la motivation du licenciement, suffisait à entraîner la requalification de ce dernier en licenciement sans cause réelle et sérieuse, LSCRS, avec toutes les conséquences qui y étaient attachées.

(Cass. ass. plén. 27 novembre 1998, n° 97-40.423, n° 96-40.199 et n° 96-44.358)

Après l'ordonnance de 2017, pour limiter la peur d'être condamné pour une erreur de forme, celles-ci ne seront plus sanctionnées que par **1 mois de salaire maximum** de dommages et intérêts.

(Code du Travail, art. L. 1235-2)

Un employeur ne pourra donc plus être condamné par le juge simplement sur la forme, dès lors que le Conseil des Prud'hommes lui donne raison sur le fond.

Cette indemnité pour vice de forme s'applique sans considération d'effectif ou d'ancienneté et intègre l'inobservation d'une procédure spéciale d'ordre conventionnel.

Il est donc exclu à présent qu'un tel manquement de forme soit analysé en un licenciement injustifié et indemnisé à ce titre, comme le déclarait encore récemment la Cour de Cassation. (Cass. soc., 13 juillet 2017, n° 16-15.772)

La Cour estimait en effet que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle, de donner son avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constituait pour le salarié une garantie de fond et que le licenciement, prononcé sans que le salarié ait été avisé qu'il pouvait saisir cet organisme, ne pouvait avoir de cause réelle et sérieuse.

La règle selon laquelle l'indemnité pour irrégularité de forme est allouée uniquement si le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse maintenue, ce qui exclut un cumul d'indemnités en cas de double faute. L'inobservation de la forme n'induit pas une indemnité s'ajoutant à celle octroyée au titre du défaut de cause.

Délai d'application

Ce mécanisme est applicable aux licenciements prononcés après la publication de l'ordonnance le 23 septembre 2017.

Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure mais que le licenciement est prononcé pour une cause réelle et sérieuse, le salarié peut demander au juge une indemnité qui ne peut pas être supérieure à un mois de salaire.

3.1.6. Conséquences de l'insuffisance de motivation.

De manière pratique, au moins trois cas vont pouvoir se présenter :

- **cas n° 1 : le salarié n'a pas formulé de demande de précision.** Dans ces conditions, l'insuffisance de motivation ne privera pas le licenciement de cause réelle et sérieuse. L'indemnité ouverte au salarié est alors plafonnée à 1 mois de salaire,
- **cas n° 2 : le salarié a formulé une demande de précision, mais l'employeur n'a pas répondu.** Dans ces conditions, le juge exercera son pouvoir d'appréciation pour rechercher si le licenciement est bien justifié. Il pourra décider que l'insuffisance de motivation entraîne un licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec les indemnités qui y sont attachées,

- **cas n° 3 : le salarié a formulé une demande de précision, et l'employeur y a répondu, ou bien l'employeur a précisé les motifs de lui-même.** Dans ce cas également, le juge exercera son pouvoir d'appréciation pour rechercher si le licenciement est bien justifié.

A la lecture des modèles de lettre de licenciement présentés dans le décret n° 2107-1820 du 29 décembre 2017, il apparaît que l'employeur devrait indiquer explicitement au salarié qu'il dispose d'un délai de 15 jours pour demander, s'il le souhaite, des précisions sur le motif de son licenciement.

Il y a là une nouvelle source de contentieux sur le fond, à savoir, l'employeur a-t-il simplement précisé la motivation du licenciement, ou bien a-t-il apporté des arguments nouveaux, qui, eux, demeurent toujours irrecevables ? ²⁶

Délai d'application.

Ces mesures entrent en application pour des licenciements postérieurs au décret n° 2017-1702, soit pour des licenciements prononcés à compter du **16 décembre 2017**.

²⁶ Il appartiendra aux juges prud'homaux de trancher le débat, au cas par cas, ce qui constitue une nouvelle source d'insécurité juridique là où la réforme voulait au contraire sécuriser la relation de travail.

3.2. Notion de cause réelle et sérieuse.

Pour être valable, **la cause du licenciement doit être à la fois réelle et sérieuse**. A défaut, le licenciement est qualifié d'injustifié ou d'abusif.

Passée la période d'essai, la règle est de portée générale. Elle s'applique quelle que soit la nature de la rupture du contrat opéré par l'employeur, qu'elle soit fondée sur des raisons personnelles ou économiques, que le licenciement soit individuel ou collectif. Elle s'applique également quelle que soit l'ancienneté du salarié licencié ainsi que la taille de l'entreprise.

Cette règle est d'ordre public. Elle ne souffre donc aucune dérogation, qu'elle soit de nature contractuelle, conventionnelle ou coutumière, dans un sens défavorable au salarié.

Lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, il est considéré comme abusif. Il ouvre alors droit pour le salarié à différentes indemnités.

Les ordonnances de fin 2017, en particulier celle n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et les décrets d'application associés sont venus modifier en profondeur les dispositions relatives au licenciement abusif.

3.2.1. Définition de la cause réelle et sérieuse.

Tout licenciement pour motif personnel doit être motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse :

- **réelle**, c'est-à-dire qui repose sur des faits objectifs, précis, vérifiables et non sur une impression ou un jugement subjectif,
- **sérieuse**, c'est-à-dire suffisamment grave pour rendre impossible le maintien du lien contractuel entre l'employeur et le salarié et donc rendre inévitable le licenciement.

Une cause réelle sérieuse est donc une cause revêtant une gravité telle qu'elle rende impossible, sans dommages pour l'entreprise, la continuation de la relation de travail, ce qui a pour effet de rendre nécessaire le licenciement du salarié.²⁷

Cette clause peut être inhérente à la personne du salarié ou tenir à la situation de l'entreprise.

Qui plus est, la cause de licenciement doit aussi être **licite**.

²⁷ JO débats Assemblée Nationale, 30 mai 1973, p. 1699.

Ces conditions sont cumulatives, c'est-à-dire qu'elles doivent être remplies simultanément pour que le licenciement pour motifs personnels soit justifié par une cause réelle et sérieuse.

3.2.2. Cause réelle.

- **Réalité des motifs.**

L'exigence d'un motif objectif de licenciement rend nécessaire l'invocation de motifs réels, donc vérifiables. Des motifs vagues, dont les juges ne sont pas en mesure de contrôler l'existence réelle, conduisent, en droit, à une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il en est de même lorsque de simples soupçons sont invoqués comme motif de rupture du contrat.

Quelques motifs, telle la perte de confiance, avaient néanmoins donné lieu à des évolutions jurisprudentielles. Progressivement, la Cour de Cassation est revenue sur ces jurisprudences, par exemple, la perte de confiance ne peut jamais constituer, à elle seule, une cause de licenciement. Ce sont les éléments objectifs sur lesquels elle repose qui constituent la cause de licenciement.

L'exigence d'une raison objective n'empêche en aucune manière l'employeur d'invoquer un motif ayant trait au caractère du salarié, ou bien à ses aptitudes, dès lors que la vérification de sa réalité est possible. Par exemple, invoquer le mauvais caractère du salarié, ou bien une incompatibilité d'humeur, sans aucune autre précision est insuffisant. En revanche, l'employeur dispose de la faculté de faire référence à des incidents précis imputables au salarié.

- **Précision des motifs.**

La réalité des motifs suppose qu'ils soient suffisamment précis.

L'employeur ne peut pas se contenter d'invoquer des motifs généraux, tels l'incompétence professionnelle, l'indiscipline, ou bien encore des difficultés économiques auxquelles il serait confronté. Il doit avancer des faits précis, tirés d'erreurs observées, de refus d'obéissance constatés, sans jamais oublier que la jurisprudence constante de la Cour de Cassation assimile l'imprécision à une " absence de motifs ".

Des motifs vagues, imprécis, que les juges ne sont pas en mesure de contrôler de manière exacte, conduisent, en droit, à une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

3.2.3. Cause sérieuse.

Les motifs invoqués doivent être suffisamment sérieux pour rendre impossible le maintien sans dommages de la relation de travail entre le salarié et l'entreprise.

C'est à l'employeur de préciser les motifs invoqués et d'apporter les éléments de preuve nécessaires à la justification de sa décision de licenciement.

En cas de défaut de motivation du licenciement, l'employeur risque de voir le licenciement auquel il a procédé requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse, LSCRS, avec toutes les conséquences judiciaires que cela comporte.

3.2.4. Cause licite.

La licéité de la cause doit également être considérée. Il ne faut pas confondre la cause licite avec la cause réelle et sérieuse. Revêt un caractère illicite le licenciement : ²⁸

- prohibé en fonction de l'invocation d'une disposition légale. Entre notamment dans ce champ la rupture du contrat de travail prononcée à l'égard d'un salarié titulaire d'un mandat de représentant du personnel sans respecter la procédure spéciale, d'un salarié victime d'un accident de travail ou en congé de maternité, d'un salarié en période de suspension de son contrat,
- prononcé en violation d'une liberté fondamentale, discrimination, harcèlement moral ou sexuel, exercice du droit d'expression, du droit d'agir en justice ou encore du droit de témoigner

Le licenciement illicite est assorti d'une sanction plus radicale, construite progressivement par la Cour de Cassation, et incarnée par la nullité du licenciement prononcé ou, par extension, de la rupture du contrat. ²⁹ Une alternative est alors offerte au salarié. Il peut soit :

- solliciter sa réintégration dans son emploi,
- préférer une indemnisation

²⁸ Cass. Soc., 13 mars 2001, Dr. social 2001.1117, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Dr. ouvrier 2001, 300. obs. M-F. BIED-CHARRETON, Cass. soc., 30 octobre 2002, Dr. Social 2003. 134, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

²⁹ Cass. soc, 25 janvier 2006, JCPS 2006. 1619, note A. Martinon à propos de la nullité de la rupture opérée pendant la période d'essai d'un salarié victime d'un accident de travail.

3.3. Notion de faute.

3.3.1. Définition de la faute.

En cas de licenciement d'un salarié, le Code du Travail ne donne aucune définition précise de la notion de faute dans le cadre de l'exercice de sa profession.

Seule la jurisprudence vient établir les éléments constitutifs d'une faute professionnelle ainsi que son degré de gravité.

Pour les salariés du secteur privé, le Code du Travail prévoit cependant la faute disciplinaire, et la sanction associée :

“ Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. ”

(Code du Travail, art. L. 1331-1)

La Loi précise également que :

*“ Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites.
Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite. ”*

(Code du Travail, art. L. 1331-2)

*“ Le fait d'infliger une amende ou une sanction pécuniaire en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1331-2 est puni d'une amende de 3 750 euros. ”*³⁰

(Code du Travail, art. L. 1331-4)

Il y a lieu d'ajouter que, dans les entreprises de plus de 20 salariés, pour lesquels la mise en place d'un règlement intérieur est obligatoire,³¹ ce dernier peut fixer la nature de l'échelle des sanctions. Elle peut contenir, entre autres :

- l'avertissement,
- le blâme,

³⁰ Il s'agit là d'un trouble manifeste à l'ordre public, et le juge prud'homal, en tant qu'autorité constituée dans l'exercice de ses fonctions, *“ est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ”*.

(Code de Procédure Pénale, art. 40)

³¹ Rappelons que, juridiquement, le Règlement Intérieur est assimilé à une loi de police, dont l'employeur est garant de l'application, et que tout salarié est censé connaître.

- la mise à pied disciplinaire sans salaire,
- la mutation,
- la rétrogradation,
- la mise à pied conservatoire,
- le licenciement pour faute simple, grave ou lourde.

Enfin, il faut se souvenir qu'une lettre de " rappel à l'ordre " de l'employeur à un salarié, lui indiquant des reproches et l'invitant à changer de comportement, ne constitue pas une sanction disciplinaire.

(Cass. soc. 13.12.2011, n° 10-20135)

3.3.2. Gradation des fautes.

En matière de faute, il est possible de distinguer trois degrés qui n'entraînent pas les mêmes conséquences, tant pour le salarié que pour l'employeur :

- la faute simple,
- la faute grave,
- la faute lourde.

Afin de justifier la justesse et la proportionnalité de la sanction retenue, il est de la responsabilité de l'employeur de qualifier les faits fautifs commis par le salarié. Les conséquences du licenciement, selon le degré de la faute, ne sont pas les mêmes. C'est pour cela qu'il revient à l'employeur, lorsque le salarié a manqué à ses obligations, d'apprécier l'importance de la faute afin d'en qualifier le degré.

Dans ce but, l'employeur doit nécessairement apprécier la situation dans sa globalité en prenant notamment en compte :

- l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise,
- le comportement passé du salarié : a-t-il eu jusque-là un comportement exemplaire ou bien a-t-il déjà manqué à ses obligations ? A-t-il déjà fait l'objet de sanction pour des faits similaires ?
- le manque d'expérience du salarié, qui peut-il expliquer partiellement ou totalement les faits,
- l'élément déclencheur et le contexte autour duquel les faits sont survenus,
- les entretiens annuels d'évaluation du salarié,
- les formations du salarié mises en place par l'employeur, etc.

Il ne faut pas négliger cette étape décisive qui permet à l'employeur de prendre connaissance de la situation dans son ensemble, car c'est elle qui va permettre de qualifier les faits le plus justement possible et donc permettre de sécuriser au maximum le licenciement que pourrait être prononcé à l'encontre du salarié fautif.

Cela est primordial car, en cas de litige, c'est-à-dire si le salarié n'est pas en accord avec l'appréciation de la faute donnée par l'employeur, il peut saisir le juge prud'homal auquel il reviendra de déterminer si les faits constituent bel et bien une faute, et si oui, s'il s'agit d'une faute simple, grave ou lourde. Le Conseil de Prud'hommes peut tout à fait estimer que le licenciement pour faute grave est excessif et le requalifier en licenciement pour faute simple. Si tel est le cas, il reviendra à l'employeur d'en supporter le coût financier (paiement des indemnités correspondantes, dommages et intérêts, frais de justice et d'avocats, etc.).

Afin d'éviter une telle situation, voici tout ce qu'il faut savoir sur les fautes simple, grave et lourde.

- **Faute simple.**

La faute simple (ou sérieuse) est le premier degré de faute permettant de justifier un licenciement. Dans un tel cas, le manquement du salarié à ses obligations contractuelles doit constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Elle ne présente toutefois pas un caractère de gravité suffisant pour imposer la cessation immédiate du contrat, tout en justifiant malgré tout la rupture du contrat de travail.

Dans un tel cas, le salarié est tenu d'effectuer un préavis (sauf cas de dispense de l'employeur) et perçoit, s'il remplit les conditions d'acquisition, les indemnités suivantes :

- indemnité légale ou conventionnelle de licenciement,
(Code du Travail, art. L. 1234-9)
- indemnité compensatrice de préavis,
(Code du travail, art. L. 1234-5)
- indemnité compensatrice de congés payés.
(Code du travail, art. L. 3141-28)

Voici quelques exemples de faits pouvant constituer une faute simple :

- le salarié s'est absenté une journée, sans justificatifs mais en mesure de représailles,
- le fait pour l'un de un collaborateur de refuser de venir travailler exceptionnellement un samedi alors que cela relève de sa fonction et qu'il a été averti plusieurs mois à l'avance,
- le refus de suivre une formation que l'employeur a souhaité mettre en œuvre dans l'intérêt de votre entreprise,
- le refus répété de se rendre à la visite médicale obligatoire,
- ...

- **Faute grave.**

Peut être qualifié de faute grave, un fait ou un ensemble de faits, imputable au salarié et constituant une violation de ses obligations dont l'importance et la gravité sont telles, qu'elles rendent impossible le maintien de ce salarié, même temporaire, au sein de l'entreprise.

Si l'employeur décide de retenir la faute grave à l'encontre de son collaborateur, le salarié licencié pour un tel motif :

- perçoit l'indemnité compensatrice de congés payés s'il n'a pas bénéficié de son droit total à congés,
- n'exécute pas de préavis et ne perçoit donc pas l'indemnité correspondante,
- ne perçoit pas l'indemnité de licenciement.

Attention

L'employeur doit impérativement consulter sa convention collective, se replonger dans le contrat de travail de son salarié, et consulter les usages de l'entreprise ou de la profession car ces documents peuvent contenir des dispositions plus favorables pour le salarié.

Les juges ont eu l'occasion d'estimer que les faits suivants constituaient bel et bien une faute grave du collaborateur :

- les absences injustifiées,
- un abandon de poste,
- l'indiscipline ou l'insubordination : refus du salarié d'exécuter une tâche ou une mission relevant de ses fonctions, refus répété de se soumettre aux instructions du supérieur, etc.,
- des violences, agressions, injures, insultes,
- le vol,
- des faits constitutifs de harcèlement moral ou sexuel,
- le non-respect des règles relatives à l'hygiène et la sécurité, non-respect de l'interdiction de fumer,
- l'état d'ébriété, etc.

- **Faute lourde.**

La faute lourde est la plus grave des fautes et est reconnue seulement dans certains cas exceptionnels car elle doit avoir été **commise dans l'intention de nuire**.

L'employeur peut considérer comme étant une faute lourde, des faits fautifs exceptionnellement graves commis par le salarié dans l'intention de nuire à l'entreprise, de

lui porter préjudice. Il revient à l'employeur, de prouver que son salarié a eu l'intention formelle de nuire aux intérêts de l'entreprise.

Le Code du Travail y fait en outre référence dans ses dispositions relatives à l'exercice du droit de grève, en prévoyant que cet exercice ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

(Code du Travail, art. L. 2511-1)

Les Hauts juges ont retenu la faute lourde dans les cas suivants :

- le salarié détourne la clientèle de son entreprise au profit d'un concurrent,
- la dégradation volontaire d'un outil de l'entreprise,
- la séquestration d'un ou plusieurs membres du personnel, etc.

Les différents exemples concrets donnés illustrent les 3 degrés de la faute. Ces listes ne sont bien entendu pas exhaustives. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'un même fait peut, selon les circonstances de sa survenance, être qualifié de manière différente. Il est donc important pour l'employeur de se rappeler impérativement la nécessité de procéder à l'analyse de la situation dans sa globalité.

Tableau récapitulatif des conséquences des 3 degrés de faute.

Indemnités de rupture	Faute simple	Faute grave	Faute lourde
Indemnité de licenciement	Oui s'il en remplit les conditions d'attribution	Non sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui , si le salarié a été dispensé de son exécution du fait de l'entreprise Non si c'est le salarié qui demande une dispense d'exécution	Non sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables	
Indemnité compensatrice de congés payés	Oui dès lors que le salarié n'a pas bénéficié de la totalité du congé auquel il avait droit		



Université de Versailles – Saint Quentin en Y.
Master Droit des Ressources Humaines et de la Protection Sociale

3.4. Licenciement pour motif personnel.

3.4.1. Cadre général.

Le licenciement pour motif personnel repose exclusivement sur la personne du salarié, c'est-à-dire soit une insuffisance professionnelle, soit un comportement fautif (voir infra).

Le licenciement pour motif personnel peut être fondé sur des motifs non disciplinaires. Il s'agit des faits " non fautifs " constatés par l'employeur et qui lui permettent de rompre le contrat de travail du salarié, seulement lorsqu'ils constituent une cause réelle et sérieuse selon l'appréciation des juges.

A l'issue de la rupture, l'employé, n'étant pas considéré comme fautif, a droit aux différentes indemnités légales prévues.

3.4.2. Motivation du licenciement.

L'employeur reste libre d'invoquer le ou les motifs qui lui paraissent de nature à conduire au licenciement du salarié. Il devra cependant les justifier et respecter la procédure de licenciement. Les principaux motifs invoqués par l'employeur sont abordés ci-dessous.

- **Insuffisance professionnelle.**

Cela relève des compétences de l'employé et le licenciement peut alors intervenir lorsque celui-ci ne remplit pas les missions qui lui ont été confiées à son poste de travail, faute d'inaptitude (voir supra). La procédure de licenciement doit alors reposer sur des faits objectivement précis, vérifiables et qui sont imputables à l'employé.

(Cass. Soc. 20 sept 2006, n° 04-48381)

En effet, la responsabilité est partagée avec l'employeur qui s'est occupé du recrutement et qui a le devoir d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi.

(Code du Travail, art. L. 6321-1)

- **Insuffisance de résultats.**

Ce motif n'est reconnu que s'il constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. La vérification des juges se penchera notamment sur les conditions de travail (sanctions

répétées, atteintes morales...), la conjoncture économique au moment de la baisse des résultats (situation du marché), les éventuelles responsabilités même partielles de l'employeur dans l'échec et essentiellement sur les objectifs s'ils sont réalisables.

Par ailleurs, *“ l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, ... la baisse de résultats ne peut justifier un licenciement que si cette baisse procède d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute imputable au salarié ”*.

(Cass. soc. 22 janvier 2003)

- **Mésentente et / ou la perte de confiance.**

Ce motif ne constitue pas en lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement. *“ Un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement ”*. Or ce motif a tendance à être constaté en toute subjectivité, dans la mesure où il peut s'agir de différence de point de vue sur la gestion des affaires ou de désaccords entre les employés eux-mêmes, entre salariés / employeur, entre un travailleur et un tiers à l'entreprise.

Les juges n'acceptent alors le licenciement comme ayant une cause réelle et sérieuse que si la mésentente nuit au bon fonctionnement de l'entreprise et que le salarié en est le responsable. Aussi, une perte de confiance doit être vérifiable par le tribunal, c'est-à-dire relever de faits objectifs constatés parallèlement par les juges et l'employeur.

- **Absence pour maladie.**

Il s'agit d'un licenciement initié par l'employeur lorsque le salarié est absent trop fréquemment ou trop longtemps en raison d'une maladie **et que le fonctionnement de l'entreprise s'en trouve désorganisé**. Cela ne concerne pas toutefois ceux qui sont victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Aussi, sauf s'il est déclaré inapte par le médecin du travail (voir infra), *“ aucun salarié ne peut être [...] licencié en raison de son état de santé ou de son handicap ”*.

(Code du Travail, art. L. 1132-1)

Dans cette optique, le motif d'absence pour maladie connaît de nombreuses subtilités que l'employeur doit scrupuleusement étudier avant sa décision. Il doit notamment fonder la nécessité du licenciement sur un motif autre que l'état de santé de l'employé. Il faut que cela relève d'une situation objective selon laquelle les absences répétées ou trop longues du travailleur malade **perturbent vraiment le fonctionnement de l'entreprise**.

(Cass. Soc., 16 juillet 1998, pourvoi n° 97-43.484, Bull. 1998, V, n° 394 ; Cass. Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.110, Bull. 2001, V, n° 84)

Cette hypothèse est par exemple fondée sur les conséquences de la maladie qui sont les absences et non pas la maladie elle-même.

Comme pour les autres motifs précédemment invoqués, la cause du licenciement en raison d'absences pour maladie doit être réelle et sérieuse. La procédure à suivre est celle du droit commun. Il appartient au Conseil des Prud'hommes de statuer souverainement sur les motifs invoqués par l'employeur. Cela se repose sur 4 conditions cumulatives :

- justification de la désorganisation objective de l'entreprise suite aux absences,
- preuve de la nécessité de remplacement définitif du salarié,
- preuve de la procédure de remplacement " total ",
- respect d'un " délai raisonnable " pour le remplacement par rapport à la date de licenciement.

Le salarié peut contester les motifs ou les procédures entamées par l'employeur. Cela est notamment valable lorsque celui-ci l'a juste remplacé par un CDD, un salarié à temps partiel, ou un intérimaire ou bien encore lorsque les tâches ont juste été sous-traitées.

- **En conclusion.**

Dans toutes les situations, il convient d'apprécier les événements au cas par cas, selon leur ampleur, leurs conséquences sur la bonne marche de l'entreprise, les " états de service " du salarié.

3.4.3. Contestation du licenciement.

Tout licenciement peut être contesté devant le Conseil de Prud'hommes. Le juge se détermine au vu des éléments fournis par les parties, l'employeur et le salarié, après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Si le juge estime qu'il n'existe pas de cause réelle et sérieuse, il peut :

- proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis,
- si l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est fixé dans les conditions mentionnées ci-dessous.

En cas de requalification en licenciement abusif, le salarié pourra toucher une indemnité qui équivaut à ses salaires des 6 derniers mois. Il en est de même lorsqu'il n'a pas bénéficié d'une formation professionnelle continue adaptée à son emploi.

(Code du Travail, art. L. 6321-1)

Le salarié peut même réclamer des dommages-intérêts pour irrespect de cet article. L'une des raisons suivantes peut être invoquée par l'employeur.

3.5. Licenciements pour faute.

3.5.1. Règles applicables.

L'employeur est responsable de la mise œuvre de toute éventuelle mesure disciplinaire à l'égard d'un salarié dans l'entreprise. Il tient cette prérogative du contrat de travail le liant au salarié, et plus précisément du lien de subordination et de son pouvoir de direction.

En premier lieu la législation pose le principe suivant, *“ aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de **deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance**, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ”*.

(Code du Travail, art. L. 1332-4)

Au-delà de ce délai de deux mois, les faits fautifs sont considérés comme étant prescrits.

Cependant, des poursuites pénales engagées dans les deux mois suspendent le délai de prescription. Enfin, il faut préciser que le délai de deux mois n'est ni interrompu ni suspendu même lorsque le salarié est en arrêt maladie ou en accident du travail par exemple. Ce qui signifie que durant ce temps d'absence le délai continue de courir.

Il faut donc être très vigilant lors d'un licenciement pour faute. A défaut pour l'employeur de respecter le principe de la prescription disciplinaire, que les juges appliquent strictement, le licenciement peut être déclaré sans cause réelle et sérieuse.

Toutefois, lorsque le comportement fautif du salarié se poursuit ou est réitéré (faits de même nature) pendant ce délai de 2 mois :

- le délai de prescription pourra être tenu en échec,
(Cass. Soc. 4 juillet 2012, n° 11-19540)
- l'employeur pourra faire état d'un fait fautif plus ancien dès lors que les deux fautes relèvent d'un comportement identique,
(Cass. Soc. 23 novembre 2011, n° 10-21740)
- ou que le salarié a persisté dans son comportement dans ce délai.
(Cass. Soc. 22 septembre 2011, n° 09-72876)

3.5.1. Licenciement pour faute simple.

- **Mise en œuvre.**

L'employeur, détenteur du pouvoir disciplinaire, y a recours lorsqu'il souhaite mettre fin au contrat de travail d'un salarié à la suite d'un comportement du salarié dans l'exercice de son contrat de travail que l'employeur juge comme fautif. Il s'estime alors autorisé à procéder au licenciement du salarié. Rappelons que cette rupture du contrat doit intervenir dans les deux mois qui suivent la faute. En cas de faute simple, le licenciement s'accompagnera d'un préavis, et d'une indemnité de licenciement.

Bien évidemment, l'employeur est tenu d'appliquer envers le salarié l'intégralité de la procédure de licenciement :

- convocation à l'entretien préalable,
- tenue de l'entretien préalable,
- notification du licenciement,
- remise des documents afférents à la fin du contrat.

- **Défense du salarié.**

Lorsque l'employeur engage une procédure de licenciement pour faute simple, le salarié ne peut s'y opposer; il peut se défendre lors de l'entretien préalable et tenter d'amener l'employeur à ne pas prendre la décision de licencier.

Cependant, un tel revirement est en pratique assez rare. Le seul moyen de se défendre est d'engager une procédure prud'homale pour faire juger que le licenciement est dénué de cause réelle (ou nul dans certaines situations) et obtenir des dommages et intérêts (voir infra).

De manière pratique, lorsque le salarié se rend compte que l'employeur va engager une procédure de licenciement à son encontre, il doit réunir toutes les preuves de la situation, et des attestations de témoins afin d'être en mesure de présenter un dossier solide lors de l'entretien préalable puis, si besoin, devant le Conseil de Prud'hommes.

- **Contestation.**

Bien évidemment, le salarié dispose de la possibilité de contester la validité de son licenciement devant le Conseil des Prud'hommes. C'est lui qui, au final, jugera s'il s'agissait ou non d'une faute.

Ce jugement peut faire l'objet d'un appel. La Cour d'Appel rejugera alors l'affaire et pourra soit confirmer soit réformer le jugement prud'homal.

C'est dire si l'appréciation de faits comme étant fautifs ou non est subjective. Elle appartient au premier chef à l'employeur, qui prend la décision de licencier, et ensuite au Conseil de Prud'hommes puis, éventuellement, à la Cour d'Appel. Ainsi, pour des faits similaires, le salarié peut obtenir gain de cause en justice, dans un cas et pas dans un autre, devant le Conseil de Prud'hommes ou devant la Cour d'Appel, qui peuvent se contredire.

- **Règles de preuve.**

En matière de faute simple, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, et au besoin par toute mesure d'instruction qu'il estime utile. **Si un doute subsiste il profite au salarié.**

(Code du Travail, art. L. 1235-1)

Cela signifie en théorie que la charge de preuve repose de façon équilibrée sur l'employeur et le salarié. En pratique, on remarque que le poids de la charge de la preuve est plus lourd sur l'employeur et qu'à preuves égales, le doute subsistant bénéficie au salarié.

3.5.2. Licenciement pour faute grave.

Le processus de licenciement pour faute grave est identique à celui mis en œuvre pour la faute simple. L'obligation de convocation à l'entretien préalable demeure, de même, les règles de notification du licenciement au salarié sont identiques, ainsi que les possibilités de contestation qui s'offrent à lui.

La qualification de la faute appartenant à l'employeur, il lui appartient, en cas de contestation d'en rapporter la preuve. Lorsque la faute est qualifiée de grave, cela emporte pour le salarié les conséquences suivantes :

- possibilité pour l'employeur de décider de ne pas maintenir le salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis,
- non-paiement du préavis et des indemnités de licenciement.

3.5.3. Licenciement pour faute lourde.

Le licenciement pour faute lourde est la sanction ultime dont dispose l'employeur. Elle implique chez le salarié une intention de nuire à son employeur et à l'entreprise de façon plus générale.

Le processus de licenciement pour faute lourde est identique à celui mis en œuvre pour les deux autres niveaux de faute. L'obligation de convocation à l'entretien préalable demeure, de même, les règles de notification du licenciement au salarié sont identiques, ainsi que les possibilités de contestation qui s'offrent à lui.

En revanche, **l'élément intentionnel est essentiel et doit être prouvé**. L'absence de preuve entraîne la requalification en faute grave.

En cas de faute lourde, cela justifie le **départ immédiat du salarié de l'entreprise**. Cela emporte pour le salarié les conséquences suivantes :

- absence de préavis,
- absence d'indemnité de licenciement,
- perte des droits à indemnité compensatrice de congés payés,
- perte du bénéfice du DIF - CPF.

Attention :

- si l'employeur décide de faire exécuter son préavis au salarié, il ne peut plus prononcer un licenciement pour faute lourde. Il devra alors obligatoirement requalifier la faute en faute grave,
- si le salarié fait déjà l'objet d'une procédure de licenciement pour un motif autre que disciplinaire et que durant l'exercice de son préavis il commet une faute lourde, alors il conserve l'ensemble de ses indemnités. Son employeur aura toutefois le droit de demander le versement de dommages et intérêts.

Le licenciement pour faute lourde se différencie des autres licenciements puisque dans ce contexte là, l'employeur peut engager la responsabilité civile du salarié. En recherchant sa responsabilité civile, l'employeur pourra, par exemple, demander au salarié le versement d'indemnités et de dommages et intérêts.

Bien entendu, la responsabilité civile du salarié se verra engagée seulement en cas de faute lourde et si la faute lourde a été caractérisée et prouvée.

Autrement dit, si le contrat de travail du salarié prévoit une clause de responsabilité personnelle, cette dernière ne pourra pas s'appliquer et produire ses effets en l'absence de faute lourde.

Enfin, puisque la faute lourde est d'une gravité telle que l'employeur ne peut pas conserver le salarié dans l'entreprise, dans la mesure où il a cherché à lui nuire, l'employeur peut être amené à prononcer une **mise à pied conservatoire**.³² Cette mesure, que l'employeur doit notifier au salarié par tout moyen certain, a pour effet de suspendre le contrat de travail du salarié et donc sa rémunération.³³

La mise à pied conservatoire est une mesure temporaire et facultative, elle est prononcée dans l'attente de la sanction définitive, le licenciement.

³² Il ne faut pas la confondre avec la mise à pied disciplinaire qui correspond à une sanction disciplinaire c'est à dire la sanction d'un comportement fautif. Aussi, l'employeur, pour un même fait, ne peut pas prononcer une mise à pied disciplinaire et ensuite licencier le salarié. Cela reviendrait à sanctionner deux fois le même fait fautif, ce qui est interdit.

³³ A noter que, si finalement un licenciement pour faute simple est décrété, le salarié pourra récupérer le manque à gagner dû à cette mise à pied à titre conservatoire.

3.6. Licenciement pour inaptitude physique.

3.6.1. Définition de l'inaptitude.

L'inaptitude médicale est une incapacité, physique ou mentale, à tenir son poste de travail. L'inaptitude peut être partielle ou totale, avoir une cause professionnelle ou non professionnelle, avoir pour cause la maladie ou l'accident.

L'inaptitude physique à la tenue de l'emploi peut devenir un motif de licenciement. Elle doit avoir impérativement été **constatée et déclarée par le médecin du travail**, parfois après les tentatives de prolongation de l'arrêt maladie effectuée par le médecin traitant.

Un accident, la maladie, ou la maternité peut donc avoir des conséquences sur la capacité physique ou mentale du salarié à continuer d'exercer, ou à reprendre, son emploi. Il appartient à l'employeur, après un arrêt maladie du salarié, d'organiser la visite médicale de reprise³⁴ effectuée auprès du médecin du travail. Le résultat peut révéler :

- une aptitude simple ou avec réserve,
- une inaptitude à l'emploi antérieur,
- ou une inaptitude durable à l'emploi.

(Code du Travail, art. R. 4624-21)

C'est le médecin du travail, **et lui seul**,³⁵ considérant l'emploi actuel du salarié dans son entreprise, qui peut prononcer l'inaptitude du salarié. Cette décision ne présente pas de caractère discriminatoire, la législation précise en effet que "*les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées*".

(Code du Travail, art. L. 1133-3)

³⁴ Le travailleur bénéficie d'un examen de reprise du travail par le médecin du travail :
1° Après un congé de maternité ;
2° Après une absence pour cause de maladie professionnelle ;
3° Après une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail, de maladie ou d'accident non professionnel.

(Code du Travail, art. R. 4624-31)

³⁵ Le médecin traitant n'est pas compétent en la matière.

3.6.2. Conséquences de l'inaptitude.

En principe, dans les deux premiers cas, aptitude simple ou avec réserve, l'employé peut retrouver son poste de travail, mais la " réserve " formulée implique l'organisation d'un second examen pour statuer sur la possibilité de reprise de l'emploi. Dans les deux derniers cas, l'employeur a l'obligation de " reclasser " le salarié vers un poste autre que le précédent qui est l'objet de l'inaptitude. Il doit pour cela se référer aux propositions du médecin du travail en termes de mutation ou de transformation de poste.

(Code du Travail, art. L. 4624-1 et suivants)

Cette obligation de reclassement s'impose à l'employeur. Cependant, le reclassement du salarié peut s'avérer impossible, ou le salarié peut refuser son reclassement.

Par ailleurs, il peut ne pas être souhaitable de reclasser le salarié. C'est pourquoi la loi travail du 8 août 2016, dite " loi El Khomri " a étendu la possibilité que les salariés inaptes puissent être licenciés pour inaptitude sans recherche de reclassement lorsque le médecin du travail se positionne expressément contre le maintien du salarié dans l'entreprise, au nom de sa santé.³⁶

L'inaptitude durable à l'emploi quant à elle suppose automatiquement le licenciement avec des droits à toutes les indemnités conventionnelles et/ou légales pour le salarié.

L'inaptitude ne peut être déclarée par le médecin du travail qu'à l'issue de deux visites médicales espacées de deux semaines. Le licenciement ne peut par ailleurs intervenir qu'en cas d'impossibilité de reclassement ou de refus du salarié à occuper le poste proposé. L'avis du médecin du travail est contestable par les deux parties au contrat dans les deux mois qui suivent la décision.

(Code du Travail, art. L. 4624-1 et R. 4624-35)

(Décision du Conseil d'Etat du 14.10.2011 n° 344 133)

3.6.3. Rupture du contrat de travail pour inaptitude.

Peu importe que l'inaptitude prononcée par le médecin du travail soit totale ou partielle, temporaire ou définitive, d'origine professionnelle ou non professionnelle. **C'est**

³⁶ La loi du 17 août 2015 avait prévu la possibilité que les salariés dont l'inaptitude professionnelle a été prononcée par le médecin du travail puissent être licenciés pour inaptitude sans recherche de reclassement, lorsque l'avis d'inaptitude porte expressément la contre-indication du reclassement du salarié. La loi travail du 8 août 2016, dite " loi El Khomri " a étendu cette possibilité en cas d'inaptitude non-professionnelle.

uniquement lorsque le reclassement est impossible, ou exclu par le médecin du travail, que l'employeur peut envisager le licenciement pour inaptitude.

- **Situations ouvrant la voie du licenciement pour inaptitude.**

Le licenciement d'un salarié déclaré inapte à exercer ou à reprendre son emploi par le médecin du travail est possible :

- lorsque son employeur n'a pas la possibilité de lui proposer un nouvel emploi adapté à ses capacités,
- ou lorsque le salarié refuse le ou les poste(s), que son employeur a pu lui proposer conformément aux exigences définies par le médecin du travail,
- ou lorsque le médecin du travail mentionne expressément sur l'avis d'inaptitude son opposition au reclassement pour des raisons médicales en utilisant la formule requise (voir infra).

- **Type de contrats concernés.**

Si le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail, l'employeur doit donc normalement le reclasser.

Lorsque le reclassement est impossible, ou exclu par le médecin du travail, la rupture du contrat de travail peut être prononcée par l'employeur. Elle va concerner aussi bien les **salariés en CDD**, que **ceux en CDI**. Pour les premiers on parlera d'une rupture du CDD pour inaptitude et pour les seconds du licenciement pour inaptitude.

Il s'agit d'un **licenciement pour motif personnel**, pour lequel aucune faute ni insuffisance professionnelle n'est reprochée au salarié.

Le licenciement pour inaptitude et l'inaptitude ne doivent pas être confondus avec d'autres licenciements et d'autres causes de licenciement. ³⁷

³⁷ Il ne faut pas confondre le licenciement pour inaptitude avec un licenciement pour maladie ou pour handicap, qui serait considéré comme discriminatoire (**Code du Travail, art. L. 1132-1**). Mais, la maladie ou un accident peut conduire à un licenciement pour inaptitude. Par ailleurs, le licenciement pour inaptitude est très différent du licenciement pour insuffisance dans son travail. En droit privé (contrairement à la fonction publique) l'inaptitude et l'invalidité sont indépendantes.

Le constat d'inaptitude du salarié ne doit pas, non plus, être confondu avec un avis médical quel qu'il soit, même émanant d'une commission médicale, laquelle ne remplace pas la décision du médecin du travail qui seule peut entraîner un licenciement pour inaptitude, si le reclassement n'est pas possible.

(**Cour de cassation, chambre sociale, 21 mai 2002, n° 00-41012 et 00-46790**)

Enfin, un simple arrêt maladie ou certificat médical délivré par le médecin traitant du salarié n'a aucun effet en termes de reconnaissance de l'aptitude ou de l'inaptitude du salarié et n'autorise pas un licenciement en cas de refus de reclassement par le salarié.

(**Cour de cassation, chambre sociale, 8 octobre 1987, n° 84-45449**)

- **Constat d'inaptitude.**

Avant le licenciement pour inaptitude : le constat de l'inaptitude.

Le constat d'inaptitude d'un salarié par le médecin du travail est un préalable obligatoire à un licenciement pour inaptitude. Il donne lieu à un avis d'inaptitude.

L'inaptitude d'un salarié peut être constatée par le médecin du travail après qu'il ait réalisé, ou fait réaliser, une étude du poste de ce salarié, ainsi que celle de ses conditions de travail dans l'entreprise. Le médecin du travail doit effectuer un examen médical et peut faire procéder à des examens complémentaires. Si le médecin du travail le juge nécessaire, il peut décider d'un second examen du salarié qui doit alors avoir lieu dans les quinze jours.³⁸

Le médecin du travail doit prendre en compte " tout risque manifeste d'atteinte à la sécurité des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail ".

Attention, **un avis d'aptitude prononcé avec des réserves ou des restrictions, même très importantes, n'est pas un avis d'inaptitude.** En conséquence, un licenciement pour inaptitude ne sera pas possible.

(Cour de cassation, chambre sociale, 28 janvier 2010, n° 08-42616)

- **Aménagement de poste.**

C'est la première option ouverte au médecin du travail lorsque le constat d'inaptitude le permet.

" Le médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur ".

(Code du Travail, art. L. 4624-3)

Ce n'est qu'après avoir effectué cette démarche que le médecin du travail pourra déclarer le salarié inapte à son poste de travail.

(Code du Travail, art. L. 4624-4)

³⁸ Avant 2017, le médecin du travail devait réaliser deux examens médicaux espacés de deux semaines. Des exceptions permettaient, toutefois, une décision en un seul examen par le médecin du travail :

- dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraînait un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité, ou pour celles d'autres personnes,
- et si un examen de pré-reprise datait seulement de trente jours au maximum.

- **Tentative de reclassement.**

Le salarié peut être déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives :

- à une maladie, que l'origine en soit professionnelle ou non professionnelle,
- à un accident du travail,
- ou un accident d'origine non professionnelle,

L'employeur a alors l'**obligation de rechercher** et, dans toute la mesure du possible, de proposer au salarié **un autre emploi dans l'entreprise**, qui doit être approprié à ses capacités.

(Code du Travail, art. L. 1226-2 et L. 1226-10)

Ces dispositions obligeant la recherche d'un reclassement sont applicables aussi bien pour les salariés en CDD que pour ceux en CDI.

(Cour de cassation, Chambre sociale, 8 juin 2005, n° 03-44913)

Sous réserve de l'exception prévue par la loi (voir infra) et dans les limites fixées par l'ordonnance du 22 septembre 2017,³⁹ **l'obligation de reclassement est impérative**, elle présente ce qu'on appelle un " caractère d'ordre public " en termes juridiques. L'employeur n'a pas le droit de sauter l'étape de la recherche du reclassement pour procéder plus rapidement au licenciement pour inaptitude. Un accord amiable ou une rupture conventionnelle entre l'employeur et le salarié ne peut être substitué ou couvrir un licenciement pour inaptitude sans recherche de reclassement.⁴⁰

La proposition de reclassement à présenter au salarié par l'employeur doit prendre en compte, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise.

³⁹ Selon l'ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail du 22 septembre 2017, la recherche d'un reclassement doit être réalisée " *au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* " (application à compter de la publication du décret d'application et au plus tard le 1^{er} janvier 2018).

⁴⁰ La Cour de cassation a précisé que les dispositions du Code du Travail " *qui prévoient, notamment, que si, après une déclaration d'inaptitude prononcée par le médecin du Travail à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois, ou s'il ne fait pas l'objet d'un licenciement pour inaptitude, l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire, excluent la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluider ces obligations* ".
(Cour de cassation, chambre sociale, 29 juin 1999, n° 96-44160).

L'emploi de reclassement proposé par l'employeur doit être le plus comparable possible à celui qu'occupait précédemment le salarié. Pour cela, l'employeur doit, si nécessaire, recourir à des mesures de mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail.

La recherche d'une possibilité de reclassement du salarié doit être réelle. En cas de licenciement pour inaptitude, le litige pourra porter sur la réalité de la recherche d'un reclassement et ce sera l'employeur qui devra prouver que le reclassement du salarié a été impossible. L'employeur est tenu de respecter son obligation de reclassement, même à l'issue du délai d'un mois, à partir duquel l'employeur reprend le versement de la rémunération.

(Cour de cassation, chambre sociale, 21 mars 2012, n° 10-12068)

Le salarié déclaré inapte à son poste est en droit de refuser un poste de reclassement qui lui est proposé. Si le salarié refuse une offre de reclassement, l'employeur peut alors procéder au licenciement pour inaptitude. Bien sûr, il peut aussi formuler d'autres propositions.

Pour que la légalité d'un licenciement pour inaptitude non professionnelle à la suite d'un seul refus de reclassement du salarié soit clairement établie, la loi précise que "*L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail.*"

(Code du Travail, art. L. 1226-2-1)

Pour l'inaptitude professionnelle, l'article L 1226-12 porte la même mention en référence à l'article L. 1226-10.

La loi prévoit :

- que préalablement le médecin du travail recevra le salarié pour échanger sur l'avis et les indications ou les propositions qu'il pourrait adresser à l'employeur,
(Code du Travail, art. L. 4624-5)
- et que le médecin du travail devra rechercher le consentement du salarié sur les propositions destinées à l'employeur et pourra proposer à l'employeur l'appui de l'équipe pluridisciplinaire ou d'un organisme compétent dans le domaine du maintien en emploi.
(Code du Travail, art. L. 4624-1)

L'employeur ne saurait être tenu d'imposer à un autre salarié une modification de son contrat de travail, pour libérer son poste afin de le proposer au salarié à reclasser.
(Cour de cassation, chambre sociale, 15 novembre 2006, n° 05-40408)

Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que

celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail, et ce, même s'il est inapte à tout emploi dans l'entreprise.

Ces dispositions s'appliquent aussi aux salariés en CDD.

(Code du Travail, art. L. 1226-11)

- **Exemption de recherche de reclassement.**

La recherche de reclassement avant de pouvoir aborder la phase licenciement pour inaptitude ne connaît que l'exception initialement prévue par la loi du 17 août 2015 pour l'inaptitude professionnelle, qu'a généralisée la loi travail du 8 août 2016, dite " loi El Khomri " en l'étendant à l'inaptitude non professionnelle.

Pour écarter toute recherche de reclassement, le médecin du travail doit expressément apposer la mention suivante dans son avis d'inaptitude :

- " **tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé** ", cas d'inaptitude non professionnelle,
(Code du Travail, art. L. 1226-2-1)
- ou " **l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi** ", cas d'inaptitude professionnelle.
(Code du Travail, art. L. 1226-12)

Avant d'apposer cette mention, le médecin du travail devra recevoir le salarié, afin d'échanger avec lui.

(Code du Travail, art. L. 4624-5)

- **Obligations de consultation et d'information.**

Deux obligations supplémentaires liées à l'obligation de reclassement doivent être mises en œuvre : ⁴¹

- **consultation du CSE**, le Comité Social et Economique (ou les délégués du personnel jusqu'à la mise en place du CSE) doit être consulté par l'employeur sur le poste qu'il envisage de proposer au salarié dès que le médecin du travail a définitivement prononcé l'inaptitude. Son avis doit être recueilli même si le reclassement est impossible et cela avant le licenciement pour inaptitude, si celui-ci ne peut être évité,
- **information du salarié**, l'employeur doit porter à la connaissance du salarié, par écrit, les motifs qui s'opposent à son reclassement avant d'envoyer au salarié la

⁴¹ C'était déjà le cas lorsque l'inaptitude est d'origine professionnelle, cela l'est devenu pour l'inaptitude non professionnelle depuis le 1er janvier 2017.

convocation pour l'entretien préalable au licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle, ou non professionnelle depuis le 1^{er} janvier 2017.
A défaut l'intéressé peut prétendre à des dommages-intérêts consécutifs en réparation du préjudice subi.

3.6.4. Procédure du licenciement pour inaptitude.

L'employeur doit appliquer la **procédure applicable au licenciement pour motif personnel** pour prononcer le licenciement pour inaptitude :

- soit d'origine professionnelle,
(Code du Travail, art. L .1226-12)
- soit d'origine non professionnelle.
(Code du Travail, art. L. 12226-4)

Il n'est pas possible de procéder à un licenciement pour faute grave d'un salarié en CDI pour refus de reprendre le travail sur un poste proposé en reclassement.
(Cour de cassation, chambre sociale, 25 mai 2011, n° 09-71543)

De même la rupture pour faute grave d'un CDD n'est pas possible pour ce motif.

La procédure de licenciement qui doit être appliquée pour les salariés en CDI comprend donc :

- une convocation à l'entretien préalable au licenciement pour inaptitude,
- l'entretien préalable au licenciement pour inaptitude,
- et enfin, l'envoi de la lettre de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

L'employeur devra donc rédiger une lettre de licenciement pour annoncer et notifier officiellement au salarié son licenciement pour inaptitude. La lettre de licenciement doit expressément mentionner non seulement l'inaptitude du salarié mais aussi l'impossibilité de reclassement dans un poste compatible avec les préconisations du médecin du travail.

Les délais légaux entre la convocation et l'entretien préalable et entre celui-ci et la notification du licenciement pour inaptitude doivent être impérativement respectés.

Pour les salariés en CDD, la législation prévoit que le contrat peut être rompu avant l'échéance du terme en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail.
(Code du Travail, art. L. 1243-1)

3.6.5. Contestations liées à l'inaptitude.

Avant l'ordonnance de 2017, en cas d'avis d'inaptitude :

- il pouvait faire l'objet d'une contestation devant le Conseil de Prud'hommes en la forme des référés,
- le **déla**i de recours du salarié ou de l'employeur qui souhaite contester l'avis ou la recommandation du médecin du travail était fixé à **15 jours** à compter de la notification du document contesté,
- l'obligation de reclassement s'étendait à l'ensemble des unités du groupe, qu'elles soient situées sur le territoire national ou à l'étranger.

Après l'ordonnance de 2017 :

- le **déla**i de recours reste fixé à **15 jours**,
- l'objet du recours devant le Conseil de Prud'hommes est élargi, ce sont désormais " les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale ", qui vont pouvoir être contestés,
(Code du Travail, art. L. 4624-7 et R. 4624-45)
- les recherches de reclassement se feront au sein du groupe, **uniquement sur le territoire national** et dans les unités dont l'activité, l'organisation ou le lieu permet la permutation du personnel.

A l'issue d'un avis d'inaptitude, deux types de contestations peuvent donc se faire jour, celles liées à l'avis lui-même et celles liées à ses conséquences.

- **Contestation de l'avis d'inaptitude.**

En cas de difficulté ou de désaccord avec le médecin du travail, l'employeur comme le salarié peuvent exercer un recours par la saisie en référé du Conseil de Prud'hommes.

(Code du Travail, art. L. 4624-7)

Une contestation auprès de l'inspecteur du travail n'est plus possible. ⁴² Les ordonnances de septembre 2017 sont venues compléter cette réforme.

⁴² Pour les avis d'inaptitude prononcé avant 2017, le recours devait être exercé auprès de l'inspecteur du travail. La loi travail du 8 août 2016 a remplacé ce mode de recours pour les avis d'inaptitude prononcés à compter du 1^{er} janvier 2017.

Contestation du recours contre l'avis du médecin du travail.

Rappel, le délai pour saisir le Conseil de Prud'hommes en la forme des référés reste fixé à **15 jours** à compter de la date de notification des contestations, ce qui reste un délai très court.

L'objet du recours est élargi. Ce sont désormais les éléments, propositions, conclusions ou indications **reposant sur des éléments de nature médicale** qui sont visés par les textes, et non plus les seuls éléments médicaux.

(Code du Travail, art. L. 4624-7)

Désormais, en plus des éléments déjà prévus, ceux tenant aux conditions relatives au poste de travail (aménagement, adaptation, mutation ou changement) vont pouvoir être contestés par cette procédure puisqu'ils reposent sur des éléments de nature médicale.

En revanche, pour ce qui est d'une contestation portant sur le non-respect de la procédure préalable aux avis ou recommandations du médecin du travail (par exemple, le non-respect de l'étude de poste avant une déclaration d'inaptitude), cette procédure de contestation n'est pas applicable.

Cette modification de la procédure de contestation a également une conséquence qui a été entérinée par l'ordonnance : **la décision du juge se substitue désormais à celle du médecin du travail.**

En effet, auparavant, seuls les éléments de nature médicale pouvaient être contestés. Le juge ne pouvait donc changer la décision du médecin du travail. S'il estimait que les éléments médicaux étaient erronés, il devait renvoyer l'affaire devant le médecin du travail qui était libre de confirmer ou non sa décision.

Les ordonnances donnent au juge le dernier mot, après une éventuelle instruction auprès du médecin inspecteur du travail, le juge décide si oui ou non l'avis d'aptitude ou d'inaptitude, ou les préconisations du médecin du travail, sont erronés. Sa décision se substitue alors à la décision contestée.

Enfin, la procédure de contestation s'appuiera sur le **médecin inspecteur du travail** et non plus, un médecin expert inscrit près d'une Cour d'Appel.⁴³

(Code du Travail, art. R. 4624-45 et R. 4624-45-2)

Ainsi, si c'est toujours le Conseil de Prud'homme dans sa formation de référé qui est compétent, sa saisine ne conduit plus automatiquement à celle d'un médecin expert. Désormais, en cas de contestation, le juge peut, s'il souhaite être éclairé, confier au

⁴³ Cette modification pose question. Il n'existe en effet qu'une trentaine de médecins inspecteur du travail dans toute la France. Leur action risque de demander du temps...

médecin-inspecteur du travail une demande d’instruction. L’ordonnance précise par ailleurs que le médecin-inspecteur du travail “ *peut s’adjoindre le concours de tiers* ”.

Attention, il se peut que le médecin du travail, dont l’avis est contesté, ait saisi auparavant le médecin inspecteur du travail territorialement compétent, afin de lui demander conseil dans l’élaboration de son avis. Dans ce cas, un autre médecin inspecteur que celui territorialement compétent pourra être saisi.

Enfin, l’employeur pourra désormais mandater un médecin à qui les éléments médicaux ayant fondé la décision contestée du médecin du travail, pourront être notifiés.

Cette mesure est la réponse apportée à la recherche d’équilibre entre le secret médical et le respect du principe du contradictoire.

En effet, lorsqu’une décision du médecin du travail le concernant est contestée, le principe du contradictoire voudrait que les parties, employeur et salarié, aient accès à l’ensemble des pièces ayant motivé la décision contestée, pour pouvoir se défendre. Cela inclut donc les informations de nature médicale qui ont fondé la décision d’aptitude, d’inaptitude, ou de préconisation. Il est cependant inconcevable que l’employeur puisse accéder à des informations médicales relatives à l’état de santé du salarié.

La solution trouvée à cette problématique reprend celle retenue par le Code de la Sécurité Sociale en cas de contestation des conditions de reconnaissance du caractère professionnel d’un accident ou d’une maladie : ce n’est pas l’employeur, mais un médecin désigné par l’employeur et mandaté à cet effet, qui pourra avoir connaissance de ces éléments.

- **Contestation des conséquences de l’avis d’inaptitude.**

La procédure à suivre est identique à celle mise en place à l’occasion d’un licenciement pour motif personnel.

Il s’agit là, non plus de contester l’inaptitude, mais d’un litige portant sur les conséquences que les parties, employeur et / ou salarié, ont tiré de cette inaptitude. Sont visées en particulier :

- l’obligation faite à l’employeur de reclasser le salarié. L’ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, est venue modifier la notion de périmètre de reclassement,
- le non-respect de l’étude de poste,
- les conséquences financières de l’inaptitude,
- le respect des procédures et ses conséquences.

Périmètre d’appréciation.

En cas d’inaptitude, l’obligation de reclassement demeure, mais son périmètre évolue.

Lorsque l'**inaptitude n'est pas d'origine professionnelle**, sont visées par la notion de groupe, l'entreprise auquel elle appartient, ou, le cas échéant les entreprises du groupe, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Pour l'application de ces dispositions, la notion de groupe est celle retenue par la Loi.
(Code du Travail, art. L. 2331-1)

En cas d'**inaptitude professionnelle**, le groupe est alors défini :

- lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au sens de la Loi,
(Code du travail, art. L. 2331-1)
- dans le cas contraire, la notion de groupe est définie comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.

La sanction en cas de non-respect de l'obligation de reclassement passe de 12 mois à **6 mois**,

Délai d'application.

A défaut de disposition spéciale, cette mesure a vocation à s'appliquer aux déclarations d'inaptitude notifiées à compter du 24 septembre 2017.

3.7. Licenciement pour motif économique.

Toute entreprise rencontrant des difficultés économiques peut, sous conditions, licencier un ou plusieurs salariés pour motif économique. L'entreprise doit cependant, au préalable, avoir respecté une procédure et mis en œuvre toutes les mesures permettant d'éviter le licenciement du, ou des, salarié(s), prévention, accompagnement et reclassement du salarié.

Attention !

Les modalités liées au licenciement économiques évoluent sans cesse. Au moment où ces lignes sont écrites, une ordonnance, portant le n° 2017-1387, du 30 novembre 2017 et les décrets associés de fin 2017, viennent encore de modifier les paramètres du licenciement économique. Il est donc de la plus grande importance pour les différents acteurs, employeurs, salariés et leurs représentants, mais aussi magistrat prud'homaux, de bien vérifier l'état des nombreux textes applicables.

Evolution des dispositions.

En cas de rupture du contrat de travail, et dans la mesure où le licenciement n'est pas dû à la personne du salarié, il s'agit normalement d'un licenciement économique,⁴⁴ avec tous les droits associés. Deux techniques permettaient d'éviter cet écueil :

- **jouer sur la qualification légale du licenciement.** Ce dernier n'est alors pas considéré comme une modification du contrat de travail. C'est ce qu'ont fait les Lois AUBRY II, 19 janvier 2000, réduction à 35 h, et WARSMAN, 22 mars 2012, répartition des horaires sur plus d'une semaine,
- **modifier les caractéristiques du licenciement et ses conséquences, même s'il s'agit d'une modification du contrat de travail.** C'est ce qu'a fait la même Lois AUBRY II lorsque la RTT s'accompagne d'autres changements, l'ANI du 11 janvier 2013, avec les accords de maintien dans l'emploi, la Loi travail du 8 août 2016 avec les accords de préservation ou de développement de l'emploi.

L'ordonnance n° 2017-1387, du 30 novembre 2017 et les décrets associés se proposent eux d'unifier les différents régimes juridiques de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications issues d'accord d'entreprises.

⁴⁴ Ce qui implique la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, PSE, lorsque, dans une entreprise d'au moins 50 salariés, il est pratiqué à au moins 10 licenciements dans une période 30 jours.

3.7.1. Définition du licenciement économique.

Aux termes de la législation, “ *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail,* ”

(Code du Travail, art. L. 1233-3)

Le licenciement économique est donc une rupture du contrat de travail non inhérente au salarié. C'est-à-dire qu'il n'aura pas commis de faute, que sa compétence ne sera pas remise en cause.⁴⁵ Son licenciement résultera soit :

- d'une suppression ou d'une transformation d'emploi,
- d'une modification d'un élément essentiel du contrat refusée par le salarié.

Ce type de licenciement peut être la conséquence de :

- difficultés économiques réelles et sérieuses constituant un motif économique légitime pour l'entreprise,
- mutations technologiques.

L'ordonnance n° 2017-1387, du 30 novembre 2017 est venue, dans son article 15, préciser le périmètre d'appréciation de la cause économique :

(Code du Travail, art. L. 1233-3)

“ Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun au sien et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national.

Pour l'application du présent article, le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

⁴⁵ Attention, lorsqu'un salarié conteste une mesure de licenciement individuel, il appartiendra au juge de bien vérifier que le motif invoqué pour le licenciement ne soit pas un motif économique déguisé, ou l'inverse.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au présent article, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants."

En conséquence :

- le champ d'application est élargi à tous les accords signés " afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ". Avec les " nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ", l'extension devient quasi-indéfinie, sauf contrôle des tribunaux,
- " les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise "
- en cas de refus par le salarié de la modification de son contrat de travail, " le licenciement ne constitue pas un licenciement pour motif économique et repose sur une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies et applicables aux licenciements individuels pour motif personnel ".

Cette situation montre un étonnant combat à front renversé. Pendant plus d'un siècle, les syndicats ont dénoncé la fiction juridique d'un contrat de travail prétendument négocié entre des parties libres et égales alors que les rapports individuels entre l'employeur et le salarié sont fondamentalement inégaux. Seul l'accord collectif pouvait, à leurs yeux, réduire ce déséquilibre dans le rapport des forces. Aujourd'hui, certains défendent le contrat de travail comme l'ultime protection des salariés face à des accords d'entreprise jugés déséquilibrés.

La position des syndicats de salariés est héritée d'un passé durant lequel l'accord collectif ne pouvait qu'améliorer la situation individuelle du salarié.⁴⁶ Avec l'arrivée des menaces sur l'emploi et des accords dérogatoires, cette tendance s'est inversée.

Faut-il alors privilégier une stratégie " civiliste " ⁴⁷ de repli défensif sur le contrat de travail comme ultime protection des salariés ? Faut-il plutôt s'assurer que les accords collectifs ont été conclus par des syndicats majoritaires au terme d'une négociation loyale ? Logiquement, les deux solutions ne sont pas incompatibles. Encore faut-il choisir laquelle doit être privilégiée.

⁴⁶ Stricte hiérarchie des normes et application du principe de faveur.

⁴⁷ Fondée sur les principes traditionnels du droit civil relatifs à l'inviolabilité des contrats supposés librement consentis.

3.7.2. Licenciement individuel ou collectif.

- **Licenciement économique individuel.**

Définition.

Pour pouvoir constituer un licenciement individuel d'ordre économique, il faut la réunion simultanée de trois critères :

- un ou plusieurs motifs **non inhérents à la personne du salarié**,
- le licenciement pour ce ou ces motifs d'**un seul salarié**,
- et ce pour une **période de trente jours** minimum entre deux licenciements.

Le licenciement d'un seul salarié pour des raisons économiques doit respecter une procédure individuelle spécifique : convocation à un entretien préalable, envoi d'une lettre de licenciement et notification à l'administration. La consultation des représentants du personnel n'est pas obligatoire pour un licenciement individuel, sauf si le licenciement est dû à une réorganisation de l'entreprise, notamment suppression d'une division, ou concerne un représentant du personnel.

- **Licenciement économique collectif.**

Dès que le licenciement concerne 2 salariés ou plus sur une période 30 jours pour des raisons économiques, il devient collectif. L'employeur se doit alors de mettre en place une procédure collective de consultation des Instances Représentatives du Personnel.⁴⁸ Cette procédure varie en fonction :

- du nombre de salariés concernés, de 2 à 9 ou bien 10 et plus,
- de l'importance des effectifs de l'entreprise, 11 à 49, ou bien 50 et plus,
- de l'existence ou non d'IRP.

Attention à la compétence du juge ! Le juge prud'homal n'est pas compétent en matière de procédure de licenciement collectif.⁴⁹ En revanche, il peut toujours être saisi individuellement par un salarié qui entend contester le bien-fondé de son licenciement propre.

⁴⁸ Pour une analyse détaillée de la procédure collective, voir le cours de M.A. MARCANTONI " *Droit des relations collectives dans l'entreprise* ".

⁴⁹ Sont compétents, la Direccte et le Tribunal de Grande Instance.

3.7.3. Obligations préalables de l'employeur.

- **Obligations procédurales.**

L'employeur qui doit procéder au licenciement de salariés pour des raisons économiques doit respecter différentes procédures, individuelles et collectives,⁵⁰ qui diffèrent selon le nombre de salariés concernés par le licenciement.

Les obligations de l'employeur dépendent de plusieurs critères, essentiellement :

- de la taille de l'entreprise, trois catégories existant, moins de 11 salariés, de 11 à 19 salariés, 50 salariés et plus,
- nombre de salariés licenciés, un seul salarié, de 2 à 9 salariés, 10 salariés et plus.

Mais, dans tous les cas, avant de procéder à un quelconque licenciement, l'employeur aura l'obligation de :

- porter à la connaissance du, ou des, salarié(s) concernés les motifs de licenciement, le plus souvent au moyen d'un entretien préalable,
- consulter les IRP lorsqu'il s'agit de licenciements collectifs,
- mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour tenter d'adapter et de reclasser le, ou les, salarié(s) avant de procéder au licenciement,
- respecter les différents délais auxquels il est tenu,
- notifier au(x) salarié(s) licencié(s) par le moyen d'une lettre de licenciement la rupture de leur contrat de travail,
- verser au(x) salarié(s) licencié(s), à la fin de leur(s) contrat(s) les différentes indemnités auxquelles ils ont droit,
- délivrer au(x) salarié(s) les documents de fin de contrat obligatoires.

- **Obligation d'adaptation.**

Avant d'envisager une procédure de licenciement économique d'un ou plusieurs salariés, l'employeur doit réaliser tous les efforts de formation et d'adaptation nécessaires à l'évolution de leur emploi.

L'employeur n'est cependant pas tenu de proposer une formation initiale au salarié. Il doit seulement proposer une formation complémentaire, de courte durée et permettant une adaptation rapide du salarié à un autre poste dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie.

⁵⁰ Pour une analyse détaillée de la procédure collective, voir le cours de M.A. MARCANTONI " *Droit des relations collectives dans l'entreprise* ".

Le non-respect de l'obligation d'adaptation ouvre droit pour le salarié, dans le cadre d'une procédure judiciaire, au paiement d'une indemnisation spécifique pour ce préjudice.

- **Obligation de reclassement.**

Portée de l'obligation de reclassement.

L'employeur ne pourra prononcer un licenciement économique que s'il se trouve dans l'incapacité de reclasser le salarié. Avant tout licenciement pour motif économique, l'employeur doit donc s'efforcer de reclasser le ou les salariés susceptibles d'être licenciés :

- si l'entreprise ne fait pas partie d'un groupe, la cause économique du licenciement est appréciée au niveau de cette entreprise,
- si l'entreprise fait partie d'un groupe, le motif économique du licenciement est apprécié au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises du groupe, mais uniquement parmi celles situées en France.

A noter :

Le non-respect de l'obligation de reclassement ouvre droit pour le salarié, dans le cadre d'une procédure judiciaire, au paiement d'une indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'ordonnance n° 2017-1387 revoit également l'obligation de reclassement telle qu'elle s'impose à l'employeur en cas de licenciement économique :

(Code du Travail, art. L. 1233-4)

“ Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Pour l'application du présent article, le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'art L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés, dans des conditions précisées par décret.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises. ”

Les modalités selon lesquelles l'employeur remplit cette obligation, sont précisées dans le décret n° 2017-1725 du 21 décembre 2017, notamment celles relatives aux conditions dans lesquelles l'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste de l'ensemble des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

Offre de reclassement.

Procédure

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

La liste indique le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature. **Ce délai doit être d'au moins 15 jours francs** à compter de la diffusion de la liste (ou d'au moins 4 jours francs dans les entreprises faisant l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire).

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précisent :

- l'intitulé du poste et son descriptif,
- le nom de l'employeur,
- la nature du contrat de travail,
- la localisation du poste,
- le niveau de rémunération,
- la classification du poste.

Réponse du salarié

Le salarié est libre d'accepter ou de refuser de donner suite aux propositions de reclassement qui lui sont faites. S'il les refuse, l'entreprise est en droit de le licencier pour motif économique.

L'absence de candidature écrite du salarié à l'issue du délai vaut refus de l'offre.

3.7.4. Ordre des licenciements.

Étape obligatoire à tout projet de licenciement - individuel ou collectif - pour motif économique : déterminer le ou les salariés susceptibles d'être licenciés. Pour ce faire, l'employeur établit un ordre des licenciements tenant compte de critères légaux ou conventionnels. Le salarié doit, à sa demande, en être informé.

- **Critères de sélection.**

C'est la convention ou l'accord collectif qui définit les critères à respecter par l'employeur. A défaut, lorsque ces textes ne prévoient aucune règle en la matière, il appartient à l'employeur de définir lui-même les critères après consultation du Comité d'Entreprise ou des Délégués du Personnel, Comité Social et Economique maintenant.

Le Code du travail prévoit une liste supplétive en l'absence de dispositions conventionnelles :
(Code du Travail, art. L. 1233-5)

“ Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique.

Ces critères prennent notamment en compte,

1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés,

2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise,

3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés,

4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article.”

Selon les tribunaux, cette liste légale n'est pas limitative. L'employeur est donc libre de définir d'autres critères (dès lors que ceux-ci ne sont pas discriminatoires). Il peut également privilégier certains critères de cette liste par rapport à d'autres, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères.

Quels que soient les critères retenus, ce n'est que le jour où les licenciements sont décidés et mis en œuvre que l'ordre des licenciements doit être dressé par l'employeur.

Charges familiales et enfants.

Sont pris en compte les charges de famille des salariés et particulièrement des salariés parents isolés.

Ancienneté.

L'ancienneté dans l'établissement ou l'entreprise du salarié est également un critère énoncé par le Code du Travail.

Handicap et salarié âgé.

Doivent également être prises en compte les difficultés rencontrées par certains salariés pour trouver un nouvel emploi, en particulier les salariés handicapés ou les seniors.

Aptitude et qualités.

Les qualités professionnelles des salariés sont également mentionnées dans la liste fixée par le Code du Travail. Elles doivent être appréciées par catégorie professionnelle.

- **Fixation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements**

Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif. En l'absence d'un tel accord, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi. Ces zones d'emploi sont actuellement celles référencées dans l'atlas des zones d'emploi établi par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, INSEE, et les services statistiques du ministre chargé de l'emploi.⁵¹

Nota :

Les dispositions mentionnées ci-dessus sont issues de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 citée en référence, et sont applicables aux procédures de licenciement économique engagées après le 23 septembre 2017.

Enfin, lorsque l'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il prend en compte, dans le choix du salarié concerné, les critères prévus à l'article L. 1233-5 du code du travail mentionné ci-dessus.

- **Information des salariés.**

Le salarié peut, dans un **délai de 10 jours** à compter de la date de son départ de l'entreprise, demander à l'employeur les critères retenus. La demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre

⁵¹ Cet atlas peut être consulté sur le site de l'Insee. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2534458>

décharge. L'employeur doit répondre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge dans les 10 jours suivant la présentation de la lettre du salarié ou la remise en main propre de celle-ci.

3.7.5. Entretien préalable.

- **Obligation d'entretien préalable.**

Dans pratiquement toutes les situations, l'employeur qui souhaite licencier un salarié pour motif économique sur une période de 30 jours doit le convoquer à un entretien préalable. Diverses procédures s'imposent à l'employeur, notamment en ce qui concerne la convocation et le déroulement de l'entretien.

Cependant, " lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours et qu'il existe un comité social et économique dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas. "

(Code du Travail, art. L. 1233-38)

- **Convocation du salarié.**

L'employeur est tenu d'adresser au salarié une convocation à un entretien préalable à licenciement par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge.

(Code du Travail, art. L. 1233-11)

La lettre de convocation doit indiquer :

- l'objet de l'entretien,
- les date, heure et lieu de l'entretien,
- la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (ou par un conseiller du salarié extérieur à l'entreprise s'il n'y a pas de représentants du personnel dans l'entreprise),
(Code du Travail, art. L. 1233-13)
- les coordonnées de la mairie ou de l'inspection du travail où l'on peut se procurer la liste départementale des conseillers du salarié.

- **Date et déroulement de l'entretien préalable.**

L'entretien préalable **ne peut avoir lieu moins de 5 jours ouvrables** après réception de la lettre.

(Code du Travail, art. L. 1233-11)

Pendant cet entretien, l'employeur doit indiquer aux salariés :

(Code du Travail, art. L. 1233-12)

- les motifs de la décision,
- la possibilité de bénéficier d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) : remise du document d'information accompagné du bulletin d'acceptation.

Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer au salarié le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir ses explications.

Le salarié doit être informé sur les conditions permettant de bénéficier :

- d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP)
- ou, si l'effectif de l'entreprise est d'au moins 1 000 salariés, du congé de reclassement.

3.7.6. Lettre de licenciement.

L'employeur notifie le licenciement d'un salarié pour motif économique en lui adressant une lettre de licenciement. Celle-ci doit comporter un certain nombre de précisions. Elle doit être notifiée dans des conditions qui varient en fonction du nombre de salariés licenciés sur une période de 30 jours.

- **Contenu.**

Le contenu de la lettre de licenciement pour motif économique varie selon que l'entreprise emploie plus ou moins de 1 000 salariés.

a) moins de 1000 salariés.

La lettre de licenciement doit mentionner :

- les motifs économiques invoqués par l'employeur,
- la possibilité de bénéficier d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) (si le salarié n'a pas encore donné sa réponse),

- la possibilité de bénéficier d'une priorité de réembauche pendant 1 an à dater de la rupture du contrat et les conditions de sa mise en œuvre.

b) 1000 salariés ou plus.

La lettre de licenciement doit mentionner :

- les motifs économiques invoqués par l'employeur,
- la possibilité de bénéficier d'un congé de reclassement,
- la possibilité de bénéficier d'une priorité de réembauche pendant 1 an à dater de la rupture du contrat et les conditions de sa mise en œuvre.

- **Notification au salarié.**

Après notification de la lettre de licenciement au salarié, l'employeur dispose de **15 jours** pour **préciser les motifs du licenciement** (par lettre recommandée avec avis de réception) à son initiative ou sur demande du salarié.

(Code du Travail, art. R. 1233-13)

De même, le salarié peut, dans les 15 jours suivant la notification du licenciement, par lettre recommandée avec avis de réception (LRAR) ou remise contre récépissé, demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement.

L'employeur dispose alors d'un délai de 15 jours après la réception de la demande du salarié pour apporter des précisions s'il le souhaite. Il communique ces précisions au salarié par lettre recommandée avec avis de réception (LRAR) ou remise contre récépissé.

A noter :

Les dispositions relatives à la notification sont applicables aux licenciements prononcés à compter du 18 décembre 2017.

- **Délai d'envoi.**

Licenciement individuel.

L'employeur doit envoyer une lettre de licenciement au salarié, par lettre recommandée avec avis de réception (LRAR), après un **délai minimum** suivant l'entretien de :

(Code du Travail, art. L. 1233-15)

- **7 jours ouvrables** pour l'ensemble des salariés non cadre,
- **15 jours ouvrables** uniquement en cas de **licenciement individuel d'un cadre.**

Licenciement collectif.

Le délai d'envoi de la lettre de licenciement varie en fonction du nombre de salariés licenciés pour motif économique sur une même période de 30 jours.

Lorsqu'une entreprise décide de licencier au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours, le délai d'envoi de la lettre de licenciement varie en fonction du nombre de salariés de l'entreprise.

(Code du Travail, art. L. 1233-39)

Notification à l'administration

L'employeur doit informer la Direccte du licenciement économique dans les **8 jours** de l'envoi de lettre de licenciement au salarié.

La décision de la Direccte peut faire l'objet d'un recours de l'employeur devant le tribunal administratif dans les 2 mois suivant sa notification

Délai d'envoi de la lettre en fonction du nombre de salariés licenciés pour motif économique	
Nombre de salariés licenciés sur une période de 30 jours	Délai d'envoi de la lettre de licenciement
Licenciement individuel	7 jours ouvrables minimum à partir de la date prévue de l'entretien préalable (ou 15 jours ouvrables si le salarié est cadre)
Entre 2 et 9 salariés	7 jours ouvrables minimum à partir de la date prévue de l'entretien préalable
Entre 10 et 49 salariés	30 jours minimum à partir de la notification du projet de licenciement par l'employeur à la Direccte
Au moins 50 salariés	Après : - soit la notification de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) par la Direccte, - soit l' expiration des délais de contrôle du PSE par la Direccte

3.7.7. Préavis de licenciement et fin du contrat de travail.

Après la notification d'un licenciement économique, le contrat de travail ne prend fin qu'après une période de préavis (sauf dans certains cas). Au terme de son contrat, le salarié perçoit, s'il en remplit les conditions, diverses indemnités en complément de son dernier salaire.

- **Préavis de licenciement.**

Le contrat n'est pas interrompu dès la notification du licenciement économique. Le salarié reste tenu d'exécuter un préavis, sauf :

- s'il est dispensé de l'effectuer,
- ou si le salarié a accepté un contrat de sécurisation professionnelle (CSP), un congé de reclassement ou un congé de mobilité.

- **Indemnisation du salarié.**

Au terme du préavis, le contrat de travail prend fin. À la date de fin du contrat, le salarié perçoit son dernier salaire, accompagné, lorsqu'il en remplit les droits, des sommes suivantes :

- indemnité de licenciement,
- indemnité compensatrice de préavis,
- indemnité compensatrice de congés payés,
- indemnité supra légale, s'il en existe une,
- contrepartie financière prévue en cas de clause de non-concurrence.

- **Remise des documents de fin de contrat.**

a) Salariés en CDI

L'employeur doit remettre au salarié les documents suivants :

- certificat de travail,
(Code du Travail, art. D. 1234-6)
- reçu pour solde de tout compte
(Code du Travail, art. D. 1234-7)

- attestation d'assurance chômage,
- **(Code du Travail, art. R. 1234-9)**
- état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre des dispositifs de participation, d'intéressement et des plans d'épargne salariale.

b) Salariés en CDD

L'employeur doit remettre au salarié les documents suivants :

- certificat de travail,
- attestation d'assurance chômage,
- reçu pour solde de tout compte,
- état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre des dispositifs de participation, d'intéressement et des plans d'épargne salariale,
- bordereau individuel d'accès à la formation (BIAF), sauf s'il a été remis lors de l'embauche.

3.7.8. Priorité de réembauche.

La priorité de réembauche permet à un salarié licencié pour motif économique d'être prioritaire en cas de poste disponible dans l'entreprise, à condition d'en faire la demande. Cette priorité est valable pendant une durée limitée. Le non-respect par l'employeur des conditions relatives à la priorité de réembauche entraîne un droit à indemnisation.

(Code du Travail, art. L. 1233-45)

- **Objet.**

La priorité de réembauche est un dispositif permettant au salarié licencié pour motif économique de bénéficier d'une priorité pour être réembauché dans son ancienne entreprise, si des postes correspondant à ses qualifications sont disponibles. Cette priorité de réembauche lui est accordé s'il en fait la demande à l'employeur.

- **Durée.**

Le salarié bénéficie de cette priorité **pendant 1 an** à compter de la date de rupture de son contrat de travail. Cette durée peut être plus longue si le Plan de Sauvegarde de l'emploi, PSE, ou des dispositions conventionnelles le prévoient.

- **Information du salarié.**

L'employeur est tenu de mentionner dans la lettre de licenciement pour motif économique du salarié que celui-ci bénéficie d'une priorité de réembauche. La lettre précise également ses conditions de mise en œuvre (délai pour informer l'employeur de son souhait d'en bénéficier, droit de refuser la priorité).

- **Réponse du salarié**

Si le salarié souhaite bénéficier de la priorité de réembauche, il doit prévenir l'employeur dans le délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat de travail.

Aucune condition de forme n'est imposée au salarié pour prévenir l'employeur. La demande peut être présentée de manière spontanée ou en réponse à une sollicitation de l'employeur, pourvu qu'elle soit explicite. Pour des raisons de preuve en cas de litige, il est préférable de pouvoir justifier de la date de la demande (envoi par lettre recommandée avec accusé de réception, par exemple).

- **Propositions de l'employeur**

- Salarié souhaitant bénéficier de la priorité de réembauche.

L'employeur doit informer le salarié de tous les emplois devenus disponibles et compatibles avec sa qualification. Il peut s'agir d'un CDI ou d'un CDD.

Si le salarié acquiert une nouvelle qualification, l'employeur lui propose les postes disponibles et compatibles avec cette nouvelle qualification, à condition que le salarié en informe l'employeur.

L'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles.

- Salarié ne souhaitant pas bénéficier de la priorité de réembauche

L'employeur n'est pas obligé d'informer le salarié des postes disponibles dans l'entreprise. Toutefois, si des dispositions conventionnelles contraaires l'imposent, l'employeur sera tenu de les respecter.

- **Conséquences du non-respect de la priorité de réembauche**

- Depuis le 24 septembre 2017

Pour un licenciement notifié après le 23 septembre 2017, si le salarié n'est pas réintégré, il a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à **un mois de salaire**.

(Code du Travail, art. L. 1235-14, nouvelle rédaction)

- Avant le 24 septembre 2017

Pour un licenciement notifié avant le 24 septembre 2017, si le salarié n'est pas réintégré, il a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à deux mois de salaire.

(Code du Travail, art. L. 1235-14, ancienne rédaction)

3.7.9. Contestation du licenciement.

- **Niveaux de contestation.**

La contestation du licenciement peut se faire à deux niveaux, collectifs lorsqu'il s'agit de plusieurs salariés, puis individuel, quel que soit le nombre de salariés concernés. Attention, les administrations et les juridictions à saisir ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit de collectif ou d'individuel.

L'administration compétente en cas de licenciement est la Direccte. La juridiction compétente en matière de contestation d'un licenciement collectif est le Tribunal de Grande Instance. Enfin, lorsqu'un salarié souhaite contester son licenciement à titre individuel, que celui-ci intervienne à la suite de celui de plusieurs salariés ou de lui seul, il doit saisir le Conseil des Prud'hommes, juridiction compétente en matière de contrat de travail individuel.

Pour contester un licenciement économique individuel, le salarié peut se fonder sur un des 3 motifs suivants :

- **non-respect de la procédure** par l'employeur, entretien préalable au licenciement, critères d'ordre du licenciement, non-respect de la priorité de réembauchage,
- **absence de motif économique**, absence de difficultés économiques ou de mutations technologiques.
- **insuffisance ou absence de PSE** (Plan de Sauvegarde de l'Emploi). L'employeur doit en effet mettre en place un PSE lorsqu'il procède au licenciement de plus de 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés.

- **Délai de recours.**

Le salarié est en droit de contester son licenciement **dans les 12 mois** qui suivent sa notification.

“ Toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci. ”

(Code du Travail, art. L. 1235-7)

Par un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, du 25 mars 2015, il a été précisé que la contestation du licenciement économique, que ce soit sur sa régularité ou sa validité, se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement, à compter de la notification de celui-ci.

Toutefois, la Cour de Cassation a considéré que ce délai n'était opposable au salarié que s'il en avait été fait mention dans la lettre de licenciement.

3.7.10. Conséquences de la remise en cause du licenciement économique.

La remise en cause de la validité d'un licenciement économique à la suite de la décision du juge, pour validité du motif économique ou de la régularité de la procédure, produit des conséquences différentes suivant les motivations de la décision.

- **Licenciement nul.**

- Conditions

Le licenciement économique est nul dans les cas suivants :

- soit lorsque le Plan de Sauvegarde de l'Emploi, PSE, validé ou homologué par la Direccte est annulé par le juge,
- soit lorsque le licenciement est notifié en l'absence de validation ou d'homologation du PSE,
- en cas de licenciement discriminatoire ou en liaison avec des actes de harcèlement moral ou sexuel,
- en cas de licenciement prononcé sans respecter la protection accordée à certains salariés.

- Réintégration du salarié dans l'entreprise.

Le salarié peut demander sa réintégration. L'employeur ne peut pas s'y opposer, sauf dans les cas suivants :

- si la réintégration est devenue impossible (notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible),
- ou si le PSE, qui avait été validé ou homologué par la Direccte, a été annulé par le juge pour un motif autre que son absence ou son insuffisance (irrégularité de procédure, par exemple).

Attention :

Le salarié peut être tenu de rembourser les sommes qu'il a perçues lors de son licenciement.

- Indemnisation du salarié.

Si le salarié n'est pas réintégré dans l'entreprise, il perçoit une indemnité. Son montant, déterminé par le juge, varie selon le motif d'annulation du licenciement :

- annulation du licenciement pour insuffisance des mesures prises dans le PSE,
- annulation du licenciement pour irrégularité de procédure

a) Cas d'insuffisance du PSE.

Depuis le 24 septembre 2017, il existe deux barèmes :

- pour les entreprises employant moins de 11 salariés : barème en annexe 1
- pour les entreprises employant 11 salariés et plus : barème en annexe 2

Avant le 24 septembre 2017 :

Si le salarié n'est pas réintégré, il a droit aux indemnités suivantes :

- indemnités de fin de contrat (indemnité de licenciement, indemnités compensatrices de préavis et de congés payés), s'il remplit les conditions y ouvrant droit ;
- indemnité à la charge de l'employeur dont le montant, déterminé par le juge, varie en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise, dans les conditions suivantes :

b) Cas d'irrégularité de procédure.

Le montant perçu correspond au minimum aux 6 derniers mois de salaire.

- **Licenciement injustifié.**

- Conditions

Le licenciement pour motif économique est injustifié (ou sans cause réelle et sérieuse) lorsque le motif économique à l'origine du licenciement est invalidé par le juge.

- Réintégration du salarié dans l'entreprise.

La réintégration dans l'entreprise est possible, sur proposition du juge, uniquement dans les conditions cumulatives suivantes :

- si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté ;
- l'entreprise emploie au moins 11 salariés ;
- ni l'employeur, ni le salarié ne s'oppose à la réintégration.

Le salarié réintégré conserve les avantages acquis avant son licenciement.

- Indemnisation du salarié.

Depuis le 24 septembre 2017 :

- Pour les entreprises employant moins de 11 salariés : barème en annexe 1
- Pour les entreprises employant 11 salariés et plus : barème en annexe 2

Avant le 24 septembre 2017

Si le salarié n'est pas réintégré, il a droit aux indemnités suivantes :

- indemnités de fin de contrat (indemnité de licenciement, indemnités compensatrices de préavis et de congés payés), s'il remplit les conditions y ouvrant droit ;
- indemnité à la charge de l'employeur dont le montant, déterminé par le juge, varie en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise, dans les conditions suivantes :

- **Licenciement irrégulier.**

- Conditions

Le licenciement pour motif économique est irrégulier lorsque la procédure n'a pas été respectée, mais que le manquement ne suffit pas à annuler ou à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

- Réintégration du salarié l'entreprise.

La loi ne prévoit pas la possibilité de réintégrer le salarié en cas de simple irrégularité de la procédure de licenciement économique.

- Indemnisation du salarié.

Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.

3.8. Dommages et Intérêts en cas de licenciement abusif.

Au-delà des trois indemnités prévues en cas de rupture du contrat de travail, indemnité de licenciement, indemnité compensatrice de préavis et indemnité compensatrice de congés payés, le salarié licencié peut demander au juge prud'homal de lui accorder différentes sommes, parmi lesquelles des Dommages et Intérêts correspondant au préjudice que la perte de son emploi lui fait subir lorsque le licenciement s'avère être sans cause réelle et sérieuse.

3.8.1. Situation actuelle.

Avant l'ordonnance de 2017.

La compensation allouée au plaignant en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse était laissée à la libre appréciation du juge. La réparation intégrale du préjudice, un des grands principes du droit de la responsabilité civile, s'appliquait sans réelle limite.

Le Code du Travail fixait un plancher de 6 mois de salaire pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse, LSCRS, d'un salarié ayant au moins **deux ans d'ancienneté** dans une **entreprise d'au moins 11 salariés**.

(Code du Travail, ancienne rédaction de l'art. L. 1235-3)

Il n'y avait pas de plancher si ces deux conditions n'étaient pas remplies. En particulier, échappaient à ce dispositif les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté et ceux travaillant dans des entreprises employant moins de 11 salariés.

Enfin, il existait aussi des planchers (6 ou 12 mois) en cas de nullité du licenciement pour atteinte à des droits ou libertés fondamentales.

L'ANI du 11 janvier 2013, transcrit par la loi du 14 juin 2013, avait créé un barème indicatif applicable lors de la phase de conciliation. La tentative de la Loi du 6 août 2015 pour imposer ce barème était demeurée sans résultat, le Conseil Constitutionnel ayant retoqué le dispositif.

Pourtant, dans certains cas extrêmes, les conséquences pour l'entreprise pouvaient donc être très importantes, allant même parfois jusqu'à compromettre la poursuite de l'activité.

Après l'ordonnance de 2017.

Le gouvernement part du constat que la juridiction prud'homale fonctionne bien, mais qu'il existe cependant :

- de grosses différences dans les montants alloués par les tribunaux en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- des dérives importantes sur les délais dans lesquels sont exercés les recours devant les juridictions.

Désormais, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge :

(Code du Travail, art. L. 1235-3)

- peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis,
- en cas de refus, octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur.

Indépendamment des dispositions de l'ordonnance, l'indemnité pour licenciement sera due à partir de " 8 mois d'ancienneté ininterrompus ".

(Code du Travail, art. L. 1234-9)

3.8.2. Montant des dommages et intérêts.

Les principes fondamentaux du droit obligent celui qui, par sa faute, a commis un préjudice à le réparer intégralement. Ces principes trouvent application en droit du travail, ainsi que l'indique Marie-Laure MORIN,⁵² " on peut s'assurer contre un risque, mais non pour couvrir une faute future ". La mise en place d'un barème est donc contestable en tant que tel, tout comme le peu de cas qu'elle fait du rôle du juge. Reste à attendre une éventuelle décision du Conseil Constitutionnel sur ces points.

Devant la peur du montant des condamnations prud'homales, l'ordonnance fixe désormais un plancher et un plafond pour les dommages intérêts alloués par les Conseils de Prud'hommes en cas de licenciement abusif :

(Code du Travail, art. L. 1235-3)

- **minimum d'un mois de salaire** pour un an d'ancienneté (avec un plancher à 15 jours dans les TPE, un mois dans les autres),
- **maximum de 20 mois de salaire** pour trente ans d'ancienneté.

⁵² Cf. Le blog de Marie-Laure MORIN, Mediapart.

Comme auparavant, le juge prud'homal aura à mentionner le montant du salaire servant de base au calcul de la somme allouée au salarié à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 4 juillet 2012, n^{os} 11-17621 et 11-17633)

Innovation, pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture. On pense en particulier aux indemnités de licenciement supra légales et conventionnelles. Rappelons que l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge en vertu de l'ancien article 1152, devenu 1231-5 du Code Civil, si elle présente un caractère manifestement excessif

(Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23861)

L'ordonnance précise que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est cumulable, le cas échéant et dans la limite des montants maximaux précités, avec les autres indemnités légales prévues, telle que l'indemnité en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration,

(Code du Travail, art. L. 1235-12)

Enfin, lorsqu'il s'agit d'un licenciement pour motif économique, (voir supra) l'indemnité de licenciement est cumulable, le cas échéant, mais toujours dans la limite des montants maximaux prévus par le barème avec les différentes autres indemnités légales prévues :

- indemnité en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'administration,
(Code du Travail, art. L. 1235-12)
- indemnité en cas de non-respect de la priorité de réembauche,
(Code du Travail, art. L. 1235-13)
- indemnité en cas d'absence de mise en place du CE ou des DP sans PV de carence ou bientôt du CSE.
(Code du Travail, art. L. 1235-15)

Délai d'application.

Attention, le barème impératif et l'indemnité de licenciement s'appliquent dès la parution de l'ordonnance mais les mesures n'entrent en vigueur que pour les licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017.

Les anciennes dispositions légales demeurent toujours applicables aux licenciements notifiés avant cette date, même en cas de saisine prud'homale postérieure à la publication de l'ordonnance.

3.8.3. Sortie du barème.

Le salarié peut-il sortir du barème ? Les plafonds prévus ont vocation à englober toute indemnisation pour licenciement injustifié, quel que soit l'intitulé des prétentions complémentaires que le demandeur formerait pour tenter de les dépasser. L'ordonnance précise toutefois que ce barème est **impératif** sauf en cas " d'atteinte aux libertés fondamentales ", discrimination, harcèlement sexuel, ou harcèlement moral. ⁵³

(Code du Travail, art. L. 1235-3-1)

Différents cas de nullité du licenciement hors barème restent donc encore possibles, comme par exemple :

- violation d'une **liberté fondamentale**,
- licenciement d'une **victime** ou d'un **témoin de harcèlement** moral ou sexuel, le délai de prescription restant alors celui du droit commun,
(Code du Travail, art. L. 1152-2 et L. 1153-4)
- licenciement **discriminatoire**,
(Code du Travail, art. 1134-4)
- **égalité professionnelle**,
- **lanceurs d'alerte, dénonciation de crimes et délits**,
- **syndicalistes et salariés protégés**,
- maternité et / ou paternité,
- accident du travail et maladie professionnelle,
- travail dissimulé.

Pour ces cas, dans l'hypothèse de la nullité du licenciement, l'indemnité reste au moins égale à 6 mois de salaire, elle s'applique quelle que soit la taille de l'entreprise, et n'est pas plafonnée. ⁵⁴

Autre préjudice que pourra faire valoir le salarié, le préjudice sur sa retraite, les cotisations de chômage pouvant ne pas couvrir totalement les cotisations retraites. Attention, dans le cas de certains salariés, ce préjudice peut porter sur des sommes très importantes.

Compte tenu de ces cas d'exception, nul doute que nous allons assister à la mise en place de stratégies d'évitement juridique du barème, à un développement du droit des libertés fondamentales et de la jurisprudence dans ce domaine. Le juge prud'homal devra donc rester vigilant.

⁵³ Pour le moment, la prudence recommande donc de ne rien changer aux habitudes et de partir sur quelque chose de réellement motivé.

⁵⁴ Ceci constitue une incertitude majeure pour les petites entreprises, exemple un licenciement après un retour maternité.

(Cass. soc., 6 octobre 2017, n° 16-11682)

3.8.4. Extension du plancher / plafond.

En cas de **résiliation judiciaire** ou de **requalification de la rupture au tort de l'employeur**, des mesures spécifiques sont également prévues par l'ordonnance. C'est là également une manière d'échapper au barème, mais, cette fois, uniquement :

- dans **deux cas précis**, la demande de requalification de la rupture au tort de l'employeur, c'est-à-dire la résiliation judiciaire et la prise d'acte,
- **et lorsqu'il s'agit d'une entreprise de moins de 11 salariés.**

Cela fait suite à une nouvelle disposition législative :

(Code du Travail, art. L. 1235-3-2)

“ Lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par le juge aux torts de l'employeur ou fait suite à une demande du salarié dans le cadre de la procédure mentionnée à l'art L. 1451-1, le montant de l'indemnité octroyée est déterminé selon les règles fixées à l'art L. 1235-3. ”

De manière pratique, ce nouvel article aligne le montant de l'indemnité octroyée sur celui du plancher / plafond applicable aux entreprises de plus de 11 salariés. Mais n'assimile pas expressément à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ces deux ruptures jugées au tort de l'employeur.

Précisons que :

- la **prise d'acte** de la rupture du contrat de travail emporte la **cessation immédiate** de la relation contractuelle du salarié qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail,
- tandis que la rupture en cas de **résiliation judiciaire** du contrat de travail aux torts de l'employeur, elle est prononcée en principe au **jour du prononcé de la décision du juge.**

Cette appréciation admet une importante réserve qui n'est pas sans incidence sur le calcul de l'ancienneté du salarié servant à déterminer l'indemnisation du salarié : il faut que le contrat soit toujours effectivement en cours au moment où le juge statue, sinon celui-ci va remonter à la date où le salarié a cessé d'être dans les faits au service de l'employeur.

(Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-10346)

3.8.5. Incidence de la pluralité de motifs.

On sait qu'aucune disposition légale n'interdit à l'employeur d'invoquer plusieurs motifs de rupture, en particulier inhérents à la personne du salarié.

Avant l'ordonnance de 2017, ce cas n'était pas explicitement prévu par la Loi. Il était donc laissé à la libre appréciation des juges.

Après l'ordonnance de 2017, le cas est explicitement prévu :

(Code du Travail, art. L. 1235-2-1)

“ En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'art L. 1235-3-1 ”.

Bien entendu ces cas doivent procéder de faits distincts et les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement s'imposent.

(Cass. soc., 31 mai 2017, n° 15-19425)



Université de Versailles – Saint Quentin en Y.
Master Droit des Ressources Humaines et de la Protection Sociale



Université de Versailles – Saint Quentin en Y.
Master Droit des Ressources Humaines et de la Protection Sociale