Dernière mise à jour le 29 septembre 2017

Le préavis sera-t-il à effectuer en cas de licenciement ?

La gestion du préavis en cas de licenciement peut parfois poser des soucis d'interprétation « doit-on verser une indemnité compensatrice ? », « le préavis doit-il être effectué ? », etc. Nous vous proposons ...

Sommaire

- Le préavis n'est pas effectué à la demande du salarié (avec l'accord de l'employeur)
- Le préavis n'est pas effectué à la demande de l'employeur
- Le préavis n'est pas effectué, compte tenu de la faute
- Le préavis n'est pas effectué, compte tenu de l'incapacité du salarié
- Le préavis est effectué par le salarié

La gestion du préavis en cas de licenciement peut parfois poser des soucis d'interprétation « doit-on verser une indemnité compensatrice ? », « le préavis doit-il être effectué ? », etc.

Nous vous proposons de prendre connaissance des différentes situations qui peuvent se présenter et des conséquences qui en découlent...

Le préavis n'est pas effectué à la demande du salarié (avec l'accord de l'employeur)

Dans ce cas précis, le salarié demande à être dispensé d'effectuer son préavis et l'employeur donne son accord.

Les conséquences sont alors les suivantes :

- Le salarié ne peut pas prétendre au versement d'une indemnité compensatrice de préavis ;
- La durée du préavis non effectué sera néanmoins prise en compte par Pôle emploi afin de calculer la carence qui sera appliquée pour le versement des allocations chômage ;
- Le salarié quitte l'entreprise à la date prévue fixant le début du préavis, soit la 1^{ère} présentation de la notification du licenciement ;
- C'est à cette date que le RUP (Registre Unique du Personnel) doit être mis à jour et que le solde de tout compte doit être réalisé ;
- L'indemnité de licenciement est calculée en tenant compte de l'ancienneté acquise à la notification du licenciement.

Le préavis n'est pas effectué à la demande de l'employeur

- L'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis ;
- L'indemnité compensatrice de préavis doit strictement correspondre à la rémunération qu'aurait perçu le salarié s'il avait été présent dans l'entreprise ;
- C'est la fin du préavis (qui aurait dû être effectué) qui marque la date de départ du salarié de l'effectif de l'entreprise ;
- C'est à cette date que le RUP (Registre Unique du Personnel) doit être mis à jour ;
- C'est aussi à cette date que le solde de tout compte doit être établi ;
- L'indemnité de licenciement doit tenir compte de l'ancienneté acquise à la fin du préavis (même non effectué)

Article L1234-5

Lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité

compensatrice.

L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.

L'indemnité compensatrice de préavis se cumule avec l'indemnité de licenciement et avec l'indemnité prévue à l'article L. 1235-2.

Le préavis n'est pas effectué, compte tenu de la faute

- Le licenciement prononcé pour une faute grave ou lourde ne permet pas le maintien du salarié dans l'entreprise ;
- Le préavis n'est donc pas effectué ;
- Le salarié ne peut prétendre au versement d'une indemnité compensatrice de préavis sauf si une convention collective en prévoit le versement en cas de licenciement pour faute grave (ou lourde) ;
- La première présentation de la notification du licenciement marque donc le départ du salarié de l'entreprise.

Article L1234-1

Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit :

1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;

2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ;

3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois.

Toutefois, les dispositions des 2° et 3° ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié.

Notre conseil

L'employeur qui laisse un salarié licencié pour faute grave (ou lourde) exécuter un préavis prend un risque.

En cas de litige, les juges peuvent alors ne pas retenir la faute grave (ou lourde).

Le préavis n'est pas effectué, compte tenu de l'incapacité du salarié

Compte tenu de l'incapacité du salarié et de l'impossibilité de reclassement (ou de refus) aucun préavis n'est à effectuer par le salarié MAIS il peut prétendre au versement d'une indemnité compensatrice.

Inaptitude résultant d'une maladie professionnelle ou consécutive à un accident du travail

Dans ce cas précis, le salarié ne doit pas effectuer de préavis, mais doit percevoir :

- Une indemnité d'un montant égal à l'indemnité légale de préavis (article L 1226-14) ;
- Cette indemnité n'a pas la nature d'une indemnité compensatrice de préavis (Cour de cassation du 15/06/1999 arrêt 97-15328) ;

De ce fait, le salarié n'est pas en droit de demander le paiement de l'indemnité compensatrice de préavis prévue par la Convention collective ;

- L'indemnité versée n'étant pas une indemnité compensatrice de préavis légale (même si la valeur est identique), la date de

rupture du contrat de travail n'est pas repoussée ;

- L'indemnité de licenciement sera donc calculée sur l'ancienneté acquise à la notification ;
- L'indemnité d'une valeur égale à l'indemnité compensatrice de préavis sera calculée sur la base des 3 derniers mois de salaire (article L 1226-16 du Code du travail) ;
- Le montant de cette indemnité ne doit pas être pris en compte dans le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés.

Cas particulier :

Les seuls cas pour lesquels le salarié pourrait bénéficier d'une indemnité compensatrice de préavis (et pas d'une indemnité dont le montant est égal au montant de l'indemnité légale de préavis) sont :

- L'employeur n'a pas satisfait à son obligation de reclassement ;
- L'employeur n'a pas repris le paiement du salaire alors que le délai d'un mois est écoulé.

Inaptitude après une maladie ou un accident non professionnel

De nouvelles conditions sont applicables depuis le 24/03/2012.

LOI no 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JO 23 mars 2012

Ainsi, lorsqu'un salarié fait l'objet d'un licenciement pour une inaptitude qui n'a pas d'origine professionnelle, le Code du travail indique que :

- Le préavis n'est pas exécuté ;
- Le contrat de travail est donc rompu à la notification du licenciement ;
- Le préavis est néanmoins pris en compte pour le calcul de l'indemnité ;
- Aucune indemnité compensatrice de préavis n'est versée.

Article L1226-4

Modifié par LOI n°2012-387 du 22 mars 2012 - art. 47

Lorsque, à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.

Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.

En cas de licenciement, le préavis n'est pas exécuté et le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. Le préavis est néanmoins pris en compte pour le calcul de l'indemnité mentionnée à l'article L. 1234-9. Par dérogation à l'article L. 1234-5, l'inexécution du préavis ne donne pas lieu au versement d'une indemnité compensatrice.

Le préavis est effectué par le salarié

Dans ce cas, il convient de respecter les conditions suivantes :

- C'est la fin du préavis qui marque la date de départ du salarié de l'effectif de l'entreprise ;
- C'est à cette date que le RUP (Registre Unique du Personnel) doit être mis à jour ;
- C'est aussi à cette date que le solde de tout compte doit être établi ;
- L'indemnité de licenciement doit tenir compte de l'ancienneté acquise à la fin du préavis ;
- Le préavis doit correspondre au salaire auquel le salarié peut prétendre lorsqu'il est présent au travail.

Les différentes durées légales minimales

Selon le Code du travail et en l'absence de dispositions conventionnelles ou prévues par un accord collectif, la durée du préavis est fixée à :

- Moins de 6 mois d'ancienneté : pas de durée légale, voir convention collective ;
- De 6 mois à 2 ans d'ancienneté:1 mois de préavis ;
- Plus de 2 ans d'ancienneté : 2 mois de préavis.

Circonstances particulières

- Faute grave pendant le préavis

Une faute grave découverte ou commise en cours de préavis permet seulement d'interrompre le préavis pour la période restante (Cour de cassation du 05/10/1995)

- Maladie et préavis

La maladie ne repousse pas le préavis.

A noter, un arrêt important de la Cour de cassation concernant un salarié licencié pendant son arrêt maladie, et qui a été dispensé d'exécuter son préavis.

Le salarié doit alors percevoir l'intégralité de son indemnité compensatrice de préavis, qu'il pourra par ailleurs cumuler avec les IJSS versées par la Sécurité sociale au titre de l'arrêt de maladie.

Cour de cassation chambre sociale Audience publique du 31 octobre 2012

N° de pourvoi: 11-12810 Publié au bulletin

- Congés payés et préavis

Le préavis est pris en compte pour l'acquisition des congés payés (effectué ou dont la dispense est octroyée par l'employeur).