

Les conseillers du salarié, état des lieux en 2014 (extrait).

Lors d'un licenciement, le salarié est convoqué à un entretien préalable. Seuls les licenciements de dix salariés ou plus pour motif économique sur une période de trente jours ne sont pas soumis à l'obligation d'un entretien préalable. En cas d'absence d'institutions représentatives du personnel, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié dont le nom figure dans une liste dressée par l'autorité administrative.

Cette discrète institution, créée il y a près de vingt cinq ans, est relativement épargnée par les changements, alors que d'autres institutions du personnel ou syndicales ont été modifiées à la marge ou en profondeur ces dernières années.

Au moment où la modification des 'seuils sociaux' déterminant la mise en place des délégués du personnel et du comité d'entreprise est en jeu, quelles conséquences cela aura-t-il sur le champ d'action des conseillers ?

L'institution concerne dix mille conseillers, quatre fois plus de salariés faisant appel à eux chaque année.

Pour pouvoir faire le point sur les conseillers du salarié et leur action, nous ne pouvons nous contenter des informations quantitatives disponibles auprès de la Direction Générale du Travail. Cela n'aurait aucun intérêt du fait du peu d'informations disponibles. Une étude qualitative auprès d'intervenants légitimes à s'exprimer sur l'action des conseillers du salarié a été menée : des avocats spécialisés en droit du travail, des conseillers prud'hommes, des conseillers du salarié, des secrétaires de syndicat, des responsables des conseillers du salarié à la DIRECCTE et à la DGT, des magistrats. Soixante trois personnes ont été interrogées, les organisations d'employeurs qui ont été jointes, n'ont malheureusement pas donné suite.

La finalité recherchée par le législateur a-t-elle été atteinte par ceux à laquelle elle était destinée ? Existe-t-il une rencontre entre la théorie et la pratique ? L'Administration et les syndicats ont-ils su faire vivre cette institution ? Les conseillers du salarié se sont-ils emparés de cette mission ?

Réussite ou échec ?

Nous sommes, près de vingt cinq ans après la création de cette institution, dans une situation qui n'est plus en évolution mais en phase de stabilisation : le nombre de conseillers n'augmente plus comme depuis le début, mais se maintient à environ dix mille.

Au titre des réussites, il y a la longévité de cette institution, le nombre conséquent de conseillers et l'activité numériquement recensée et l'accomplissement de la mission légale d'assistance aux salariés lors de l'entretien préalable. Et, de moindre importance, l'assistance lors des ruptures conventionnelles, le sérieux de l'engagement des conseillers de par la préparation des dossiers, l'importance du mandat syndical avec la tenue d'entretiens

préparatoires, la prise de notes ainsi que la rédaction de comptes-rendus, que les juges estiment utiles. D'ailleurs, pas une voix ne s'élève pour demander leur suppression.

Mais parmi les dix mille conseillers, tous ne sont pas actifs. Entre 40 et 50 % au plus opèrent au moins une fois par an ; c'est peu. Il y a lieu de s'interroger sur cette inactivité repérée depuis longtemps. Est-elle due à leur absence de formation, à leur désignation quelque peu forcée par leur syndicat ou à une volonté individuelle de devenir salarié protégé sans passer par l'onction du scrutin professionnel ? Par peur ?

Il est vrai qu'au-delà de la mission, officielle, apparaît le mandat, officieux, avec son lot peu enviable de temps militant non payé ni indemnisé, de remboursements de frais tardifs. L'empiètement sur le temps personnel, familial, a ses limites. Cette situation peut rebuter certains conseillers au cours de leur mandat. Elle peut être à la source de la mauvaise volonté de certains conseillers d'accepter des missions, de rédiger un compte-rendu, ou de le faire avec application. Les salariés conseillers du salarié n'ont donc pas choisi de se cacher avec un mandat facile, ce sont des syndicalistes autonomes distribuant gratuitement du temps militant, le plus souvent à des salariés non syndiqués.

La formation, ou plutôt son absence, est un point crucial qu'une meilleure organisation devrait régler. En ce qui concerne les moyens en temps, l'autorisation d'absence est une réussite pour les conseillers retraités qui ne sont pas enserrés dans une limite de quinze heures, et un échec pour les conseillers en activité qui sont amenés à refuser des missions quand leur crédit d'heures est dépassé, laissant nombre de salariés isolés au moment de leur entretien préalable. Le report d'heures non utilisées d'un mois sur l'autre pourrait résoudre une partie de ce problème.

Au titre de son mandat, l'objectif assigné au conseiller par le syndicat de conserver l'emploi est un échec, comme la syndicalisation. Et quand le licenciement n'est pas la conséquence de la procédure engagée, faut-il y voir le talent de négociateur du conseiller ou la peur de l'employeur du contentieux prud'homal qui se profile ? Car le conseiller guide le salarié vers le syndicat ou l'avocat spécialisé, qui sauront utiliser, s'il le faut, le compte-rendu ou l'attestation.

Si le conseiller du salarié est peu présent lors des ruptures conventionnelles, c'est que la possibilité de se faire assister par lui n'est pas obligatoirement indiquée dans la lettre de convocation à l'entretien. L'on pouvait admettre cela en 2008 du fait que la rupture n'était pas, officiellement, subie. Mais depuis que la Cour de cassation a admis ce mode de rupture, même en présence d'un conflit, il faut reconnaître que la question de l'assistance mérite désormais d'être posée. D'autant qu'une enquête menée par le Centre d'Études de l'Emploi indique que des salariés ayant accepté une rupture conventionnelle ont estimé avoir été mis devant le fait accompli sans avoir la possibilité de négocier.

Enfin, sont-ils conseillers ou assistants ? Ils assistent pendant leur mission légale, et conseillent, quand ils le peuvent, lors de leur mandat.

Le bilan est donc mitigé.

Pourquoi ne pas profiter du débat qui va s'ouvrir sur le statut des défenseurs syndicaux et celui des seuils sociaux pour se pencher sur celui des conseillers du salarié, dans l'optique de leur octroyer les moyens manquants voire de redéfinir leur mission.

Chaque syndicat présentant des conseillers devrait être à même de les former, soit à l'aide structures internes, soit en déléguant à des entités spécialisées comme l'Institut Supérieur du Travail par exemple. À défaut, les unités territoriales pourraient refuser ces nouveaux candidats. Il faudra penser au financement de la formation. Si le ministère du Travail peinait à trouver de l'argent, les OPCA pourraient prendre le relais, au titre de la promotion du dialogue social. La formation des conseillers ne doit pas se cantonner au savoir-faire juridique, mais aussi sur le savoir humain, l'écoute, une approche psychologique, pour éviter de commettre des erreurs élémentaires, ou de pouvoir orienter utilement le cas échéant.

Les avocats ont souligné le faible niveau de connaissances des conseillers, parfois le côté néfaste de leur action lors de l'entretien, en voulant trop bien défendre le salarié. Il ne serait pas superflu qu'il puisse y avoir un échange constructif entre les avocats travaillistes et les conseillers, afin de pouvoir opérer efficacement.

Lors de l'élaboration des listes des conseillers par la DIRECCTE, celle-ci est tenue de consulter les organisations d'employeurs. Il est permis de s'interroger sur la légitimité de la présence des représentants d'employeurs lors de l'élaboration des listes, ne serait-ce que pour respecter le principe d'indépendance. Sur ce point, le Code du travail doit être revu, tout comme le fait de ne pas pouvoir cumuler le mandat de conseiller prud'hommes. Le principe du droit à un procès équitable peut être respecté du moment qu'un conseiller du salarié ne puisse ensuite juger un dossier dans lequel il apparaît. De plus, les listes devraient indiquer les langues parlées par le conseiller, permettant au salarié non ou peu francophone de bénéficier d'une assistance convenable.

La circulaire ministérielle DRT 91-16, qui encadre l'activité des conseillers devrait, elle, être revue entièrement ; elle est aujourd'hui totalement obsolète. La recodification de 2008 la rend peu intelligible, elle renvoie à certaines lois abrogées depuis des années et ignore les changements qu'ont pu apporter les nouvelles technologies. La nouvelle circulaire devra ajouter une nécessaire protection juridique aux conseillers, tels que peuvent en bénéficier les agents de l'État.

Lors d'une convocation à un entretien préalable, l'employeur doit actuellement indiquer l'adresse de la mairie ou de l'Inspection du travail du département du lieu de l'entretien préalable. Pourquoi ne pas envisager que l'employeur remette directement la liste des conseillers au salarié ? De même, et de manière permanente, toute entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel devrait afficher les coordonnées des syndicats représentatifs, afin d'assurer la promotion du dialogue social.

Une fois désigné, le conseiller devrait pouvoir intervenir dans les établissements dépourvus d'institutions représentatives, ainsi qu'auprès des salariés en contrat à durée déterminée, et des salariés des particuliers employeurs. Si ces derniers refusent d'accueillir un conseiller chez eux, ils devraient accepter que l'entretien se déroule, avec le conseiller, soit à la DIRECCTE, soit à la mairie.

Enfin, il est possible, dans l'optique de rendre cette institution plus attrayante ou moins rébarbative, de revaloriser le mandat et la mission :

Les conseillers devraient pouvoir se réserver, en accord avec leur syndicat, le droit de n'accorder la rédaction de l'attestation qu'à leurs seuls syndiqués. Il y aurait moins de travail pour les conseillers, mais ceux-ci pourraient se prévaloir, de par leur mandat, de participer activement à l'effort de syndicalisation.

La mission du conseiller du salarié a du potentiel, comme la possibilité d'avertir le CODAF en cas de travail dissimulé. Les meilleurs d'entre eux pourraient avoir un rôle d'aide et d'assistance aux représentants des salariés lors de procédure collective, par exemple.