

CENTRE DE FORMATION PERMANENTE



UNIVERSITE  
PANTHEON-ASSAS  
PARIS II

MASTER 2 Professionnel Droit Social et Relations de Travail

## **Les conseillers du salarié**

État des lieux en 2014

Mémoire soutenu par Rémy POULAIN

Sous la direction de

Madame Françoise BOUSEZ,

Maître de conférences à l'université de Panthéon -

Assas, Paris II

Année 2014



## Remerciements

Je remercie tous ceux qui m'ont apporté leur concours dans la réalisation de ce mémoire, même s'il m'est impossible de les citer nommément, dans la mesure où ils sont nombreux.

Je pense notamment à tous ceux et celles qui ont accepté de répondre au questionnaire que je leur ai adressé (vingt-six avocats spécialisés en droit du travail, vingt et un conseillers du salarié, six conseillers prud'homaux, cinq fonctionnaires de la DIRECCTE, deux de la DGT, trois magistrats professionnels, deux responsables de syndicat).

Je tiens à remercier particulièrement :

M. Pascal Rennes, secrétaire de rédaction du mensuel Droit Ouvrier, mémoire vivante de la CGT, qui a accepté de mettre à ma disposition ses volumineuses archives ô combien précieuses et inédites,

Mme Ghislaine Hoareau, conseillère confédérale CGT, secteur Droits et libertés, pour son autorisation à publier en annexe le compte-rendu de la réunion de la journée de travail sur les conseillers du salarié,

M. Éric Jany, inspecteur du travail des Hauts de Seine, qui m'a permis la mise en relation avec la DGT,

Mme Agnès Zissmann, magistrate spécialisée en droit du travail, pour avoir relayé ma demande auprès de ses collègues.

Et ma directrice de mémoire : Mme Françoise Bousez, Maître de conférences à l'université de Panthéon - Assas, Paris II.

## **Abréviations :**

CA. : Cour d'appel

Cass. crim : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale

CEE : centre d'études de l'emploi

DARES : Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

DDTEFP : Directions départementales de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle

DGT : Direction Générale du Travail

DIRECCTE : Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

DRT : Direction de la Règlementation du Travail

FO : Force Ouvrière

CGT : Confédération Générale du Travail

CFDT : Confédération Française et Démocratique du Travail

CFTC : Confédération Française des Travailleurs Chrétiens

CGC : Confédération Générale de l'Encadrement

UNSA : Union Nationale des Syndicats Autonomes

Gaz. Pal. : La gazette du palais

INSEE Institut national de la statistique et des études économiques

IRP : Institutions Représentatives du Personnel

ISBN : International Standard Book Number

J.O. : Journal Officiel

SSL : Semaine Sociale Lamy

TGI : Tribunal de Grande Instance

VO : Vie Ouvrière

## Sommaire

<b>Introduction</b>	Page 6
La méthodologie de l'enquête	Page 8
Les modalités d'entretien	Page 9
<b>Ière partie</b>	
<b>De la mission au mandat</b>	Page 12
<u>A) La mission</u>	Page 12
a. Le nécessaire accompagnement du salarié	Page 12
b. La réponse du législateur	Page 14
<u>B) Le mandat</u>	Page 19
a. L'encadrement et les moyens de la mission	Page 19
b. L'apparition du mandat	Page 26
1. L'appropriation collective	Page 28
2. L'appropriation individuelle	Page 34
<b>IIème partie</b>	
<b>L'action du conseiller du salarié</b>	Page 40
<u>A) De la désignation à l'entretien</u>	Page 40
a. La préparation de l'entretien	Page 40
b. La tenue de l'entretien	Page 44
<u>B) Après l'entretien</u>	Page 47
a. Du débriefing au compte-rendu	Page 47
b. Les conséquences juridiques, sociales et syndicales	Page 50
1. Appréciation de la mission	Page 50
2. Conséquences du mandat	Page 51
Conclusion	Page 55
Bibliographie	Page 58

## INTRODUCTION

La population active de notre pays est victime d'un chômage important. Comme a pu le déclarer à ce sujet le ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, François Rebsamen : « Soyons honnêtes : nous sommes en échec »<sup>1</sup>. Le chômage en France se distingue, outre son volume, par la durée de chômage<sup>2</sup>. Retrouver un emploi à durée indéterminée et à temps plein est une mission quasi impossible pour bon nombre de personnes, surtout celles de plus de cinquante ans, pour les non diplômés, notamment dans des bassins d'emplois déjà en difficulté. La très grande majorité des embauches se fait alors en contrat à durée déterminée, à temps partiel ou en intérim<sup>3</sup>. Selon l'INSEE, les emplois stables et les emplois instables formeraient deux mondes séparés, les emplois instables tendant de moins en moins à constituer un tremplin vers l'emploi stable, mais plutôt une "trappe" pour ceux qui les occupent<sup>4</sup>.

Alors que la démission est souvent le signe d'un départ avec promotion à la clef, le licenciement est vécu comme un drame, l'annonciateur de vaches maigres, voire de pauvreté ou de dépression. Moins violente socialement paraît la rupture conventionnelle. Le résultat est le même, il s'agit d'une perte d'emploi. Mais le fait que le salarié signe le document de la rupture le rend coresponsable de ce qui lui arrive, même si, dans près de la moitié des cas, le salarié regrette sa décision après coup, estimant avoir été manipulé par l'employeur<sup>5</sup>.

Lors d'un licenciement, le salarié est convoqué à un entretien préalable<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. Lorsqu'il y a des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié convoqué peut se faire accompagner lors de cet entretien par une personne appartenant obligatoirement au personnel de l'entreprise. Cela peut être un salarié sans mandat, ou un membre d'une institution représentative du personnel<sup>8</sup>. En cas de carence<sup>9</sup> ou d'absence d'institutions représentatives du personnel, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son

---

<sup>1</sup> Entretien dans Le Parisien, 24 octobre 2014

<sup>2</sup> « Fin décembre, plus de 2 millions de demandeurs d'emplois étaient inscrits depuis plus d'un an à Pôle emploi (+13,3% en un an), un record. Parmi eux, 591.000 personnes étaient au chômage depuis plus de trois ans. La durée moyenne d'inscription à Pôle emploi est de 511 jours, soit 33 de plus que fin 2012. »  
[http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/10-mots-cles-pour-comprendre-la-bataille-du-chomage-en-2014\\_1495458.html](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/10-mots-cles-pour-comprendre-la-bataille-du-chomage-en-2014_1495458.html)

<sup>3</sup> Les embauches se font aujourd'hui à plus 90% en CDD, en intérim ou en apprentissage. Source : DARES Analyses, juillet 2014.

<sup>4</sup> Étude INSEE, Claude Picart, septembre 2014.

<sup>5</sup> <http://www.cee-recherche.fr/publications/connaissance-de-lemploi/les-raisons-de-rompre-un-cdi-par-rupture-conventionnelle>

<sup>6</sup> C'est le cas pour un licenciement pour motif personnel (article L1232-2 du Code du travail), pour un motif économique si cela ne concerne moins de 10 salariés dans une même période de trente jours (Article L1233-11 du Code du travail).

<sup>7</sup> Article L1233-38 du Code du travail.

<sup>8</sup> Délégués du personnel, membre du comité d'entreprise, membre du CHSCT.

<sup>9</sup> Article L2314-5 du Code du travail.

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<sup>10</sup>.

Ce mémoire abordera l'activité des conseillers du salarié en 2014, dont la mission est principalement d'assister des salariés lors d'entretiens préalables au licenciement. Le législateur a ajouté à cette mission celle d'assistance lors de la rupture conventionnelle, toujours dans le cas d'une entreprise dépourvue de représentant du personnel<sup>11</sup>.

**Le mémoire** porte sur l'état des lieux de cette discrète institution, créée il y a près de vingt cinq ans. Discrète<sup>12</sup> et 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 : la durée minimale du mandat de délégué du personnel est passée de deux à quatre ans<sup>13</sup>, de même pour les membres du comité d'établissement ou d'entreprise. Ces derniers résultats servent désormais de base pour le calcul de la représentativité des syndicats dans l'entreprise<sup>14</sup>, dont découle le mandat de délégué syndical. Ce dernier n'est plus nommé pour une durée indéterminée, mais voit son mandat remis en cause par les électeurs de son établissement ou de son entreprise à chaque élection du comité<sup>15</sup>. L'institution prud'homale vient de connaître l'abandon de l'élection, au profit de l'introduction de la désignation<sup>16</sup>, l'encadrement de la fonction par la forfaitisation du temps réservé à l'examen du dossier ou la rédaction d'un jugement<sup>17</sup>.

Le défenseur syndical se verra attribuer un statut, sans doute des droits et des devoirs, des contraintes. Il n'est pas prévu, lors de l'écriture de ces lignes, que lui soient attribués des moyens, seulement des obligations<sup>18</sup>.

Enfin, un autre projet concerne la suppression ou la modification des 'seuils sociaux' qui déterminent la mise en place des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

L'environnement juridique et législatif est donc assez mouvant et l'institution des conseillers du salarié apparaît comme un îlot de stabilité. Bien que la mission du conseiller soit d'assister les salariés lors d'entretien préalable au licenciement et lors de la rupture conventionnelle, nous ne traiterons pas ces dernières. En effet, il est apparu que la remontée d'informations lors de l'enquête que nous avons effectuée n'a pas donné suffisamment de matière sur cette activité mineure quantitativement, qui n'est pas pratiquée par tous les conseillers, et dont l'ancienneté de mise en œuvre ne permet pas un recul suffisant. Le fait est qu'une convocation à un entretien de rupture conventionnelle ne mentionne pas nécessairement la possibilité d'avoir recours à un conseiller du salarié le cas

---

<sup>10</sup> Article L1232-4 du Code du travail.

<sup>11</sup> Article L1237-12 §2 du Code du travail.

<sup>12</sup> Ce sujet n'est qu'à l'origine d'un seul livre, un mémoire, une étude et quatre articles (voir bibliographie page).

<sup>13</sup> Loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

<sup>14</sup> Article L2122-1 du Code du travail.

<sup>15</sup> Article L2143-3 du Code du travail.

<sup>16</sup> LOI n° 2014-1528 du 18 décembre 2014 relative à la désignation des conseillers prud'hommes.

<sup>17</sup> Circulaire du 31 juillet 2014 relative à l'indemnisation des conseillers prud'hommes.

<sup>18</sup> Comment le projet de loi Macron dissèque les prud'hommes, Gérard Filoche, [democratie-socialisme.org](http://democratie-socialisme.org), 17 janvier 2015.

échéant. Faut-il voir dans cette absence de mention la peur du patronat de voir le salarié accompagné par un intervenant extérieur indépendant ? L'étude portera sur les entretiens préalables au licenciement exclusivement.

**Le choix du sujet de ce mémoire** tient au fait que je suis conseiller du salarié depuis douze ans et que mon expérience est d'un apport conséquent pour la connaissance théorique, mais surtout pratique. Il est raisonnable de dresser le bilan d'une institution près de vingt cinq ans après sa création. Cela concerne dix mille conseillers<sup>19</sup>, quatre fois plus de salariés faisant appel à eux chaque année, donc quarante mille<sup>20</sup> actes juridiques de droit privé<sup>21</sup> et de droit public<sup>22</sup>. L'apport de ce mémoire sera d'autant plus utile que le sujet est peu traité. 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 eu aucun intérêt du fait du peu d'informations disponibles<sup>23</sup>. Nous avons donc choisi de tenter de mener une étude qualitative auprès d'intervenants légitimes à s'exprimer sur l'action des conseillers du salarié : 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, des salariés, des employeurs. Le premier enjeu de ce mémoire est de tenter d'obtenir le point de vue de ces personnes. Le deuxième, est de croiser les informations quantitatives et qualitatives obtenues. L'intérêt est de pouvoir en tirer des enseignements concrets, dans un but d'aide à la décision à destination tant des conseillers que de ceux qui en ont la gestion de près ou de loin : les syndicats, l'administration, le législateur. Il découle de l'enjeu du mémoire qu'il n'y aura pas une question, mais beaucoup. La problématique sera multiple.

Nous distinguerons deux types d'analyses : d'une part, l'analyse dynamique concernant la création de l'institution des conseillers du salarié (traité en première partie) et d'autre part une analyse statique centrée sur le conseiller, son action, les réactions que son action produit sur ceux qui le côtoient de manière directe ou indirecte.

**Une analyse dynamique** sera réalisée dans un premier temps, celle de la nécessité de la création de cette institution. Nous examinerons les motivations du législateur, ses interrogations, puis les ressources mises en œuvre, comme l'encadrement, le statut, les moyens techniques. Cela nous permettra de nous interroger pour savoir si cette création a été pensée, réfléchie, négociée, préparée, et avec qui. Nous explorerons les débats parlementaires pour nous enquérir du climat dans lequel il s'est déroulé lors de la création de cette institution. Nous verrons ainsi si la mission des conseillers du salarié a fait l'objet

---

<sup>19</sup> Voir annexe H10

<sup>20</sup> Voir annexe H5 page 146

<sup>21</sup> Sont concernés le Code du travail, le Code de procédure civile.

<sup>22</sup> Les conseillers du salarié sont désignés par le Préfet, il y a donc un acte administratif.

<sup>23</sup> Le dernier bilan d'activité des conseillers du salarié édité par la DGT tient en neuf pages (voir annexe H5)



d'une unanimité, d'une fluidité, de critiques, voire d'opposition. Nous pourrions nous interroger sur la part que tient la revendication syndicale dans la création des conseillers.

**L'analyse statique** sera réalisée dans un deuxième temps, et portera sur la situation actuelle. Une fois la dynamique ayant abouti à la création des conseillers du salarié, nous pourrions utiliser les données recueillies lors des entretiens avec des personnalités interrogées. Cela nous permettra de dresser une photographie juridique, sociale, syndicale, matérielle de la situation des conseillers durant l'année 2014. Nous pourrions nous demander si la finalité recherchée par le législateur a été atteinte par ceux à laquelle elle était destinée, et s'il existe une rencontre entre la théorie et la pratique. Nous étudierons le rôle de l'Administration du travail au travers des désignations et du fonctionnement pour nous interroger sur le suivi de cette institution. Il nous est apparu indispensable d'aborder l'aspect collectif au travers de l'action des syndicats. Il importera de savoir si l'Administration et les syndicats ont su faire vivre cette institution, et s'ils ont reçu de l'aide d'autres protagonistes. Enfin, l'aspect individuel sera étudié afin de savoir si les conseillers du salarié se sont emparés de cette mission, de connaître leur mode de fonctionnement, de découvrir les interactions avec les autres acteurs croisés au cours de leur mission. Nous examinerons aussi les conséquences de leur action. Nous serons amenés à nous demander, sachant que la mission légale du conseiller est d'assister les salariés, et que leur titre est celui de 'conseiller', laquelle de ces deux actions est le plus couramment effectuée par les intéressés. Nous nous interrogerons donc sur le rôle véritable tenu par les conseillers.

Enfin, si le législateur décide de se pencher sur le sort des conseillers, quel en sera l'objectif ? Mettre fin à cette institution ? Modifier son contenu ? Réformer ses moyens d'action ? Ou pour les fusionner avec les défenseurs syndicaux ?

## La méthodologie de l'enquête

Un des enjeux de cette étude a été le recueil d'informations.

Le choix a été entériné dès le début de ne pas entrer en contact avec des intervenants proches ou faisant partie de connaissances, ne serait-ce qu'épisodiquement. Il fallait éviter de tomber dans le piège de personnes se sentant obligées de répondre, pouvant ajuster leur réponse en fonction de l'intervieweur. Le fait d'être conseiller du salarié depuis douze ans, et de fréquenter bon nombre de répondants potentiels a donc généré un handicap : l'impératif d'objectivité nous a empêché de les contacter.

Les avocats ont été massivement contactés par mail à l'aide d'une base de données personnelle forte de plus de neuf cents contacts. Sept cent quarante envois auront été nécessaires pour avoir un taux de retour de 3% positifs, soit vingt six avocats.

Les conseillers du salarié ont aussi été contactés à l'aide d'une base de données personnelle de mails forte de près de mille huit cents contacts. Les syndicats ont ensuite retransmis de bonne grâce ma demande auprès des conseillers qui leur semblaient le plus à même de répondre. Un choix a donc été opéré par les syndicats. Il a fallu respecter la diversité syndicale, pour couvrir un spectre d'opinions le plus large possible. Vingt et un conseillers ont accepté. Il y a tout de même un biais : les syndicats ont évidemment demandé aux plus aguerris, aux plus réactifs de répondre. Les nouveaux, inexpérimentés, ceux qui ont arrêté le mandat en cours n'ont pas répondu ou n'ont pas été mis en avant par les syndicats.

Six conseillers prud'hommes ont aussi été contactés par ce même canal, ainsi que deux responsables de syndicats.

Les DIRECCTE ont été contactées par mail en récupérant leurs adresses sur leur site internet. Six ont accepté.

Les coordonnées du service des conseillers du salarié auprès de la DGT m'ont été communiquées par monsieur Éric Jany, inspecteur du travail, et intervenant lors de ce master.

Les coordonnées d'une magistrate ont été trouvées indirectement dans l'annuaire, et les deux autres par effet 'boule de neige'.

Soixante trois personnes ont été interrogées et deux témoignages indirects ont été intégrés à notre base de données.

Au chapitre des regrets, des sites internet de syndicats d'employeurs ont été joints, mais sans malheureusement obtenir de réponse. Ni la CGPME ni le MEDEF ni l'UPA n'ont donné suite à ma requête. Il aurait pourtant été constructif de recueillir l'avis de plusieurs chefs d'entreprise.

Enfin, les salariés ont été approchés par le biais de forums sur internet. Malgré de petites annonces laissées sur des forums de droit du travail ou site féminins d'échanges et d'écoute, aucune réponse n'a été obtenue. Seuls deux messages postés par des internautes sur ce sujet seront utilisés.

### **Les modalités d'entretien**

Les interviews ont été dans la très grande majorité des cas réalisés par téléphone, pouvant durer jusqu'à une heure un quart pour les plus longs. Les personnes avaient préalablement reçu les questions, afin de pouvoir préparer l'entretien. Quelques réponses ont été obtenues par retour de mail. Les conversations téléphoniques ont été retranscrites par écrit par mes soins, et renvoyées pour validation, ce qui a été le cas pour beaucoup d'entre elles. Quelques corrections ont eu lieu de la part des répondants. Certains n'ont pas donné suite, on peut considérer que c'est une validation implicite. Les interviews ont eu lieu de mi-avril à début novembre.

### **Les grilles d'entretien**

Elles sont disponibles en annexe H1.

### **Les annexes**

Toutes les interviews sont en annexe, dans un tome à part, facilitant la lecture. On peut lire le mémoire devant soi, et consulter les pages d'annexes sans perdre la page du mémoire en cours. La numérotation des annexes permet de savoir immédiatement si c'est un avocat dont il est question (Annexe A suivi d'un nombre), ou d'un conseiller du salarié (Annexe B suivi d'un nombre), d'un conseiller prud'homal (Annexe C suivi d'un nombre), d'un intervenant de la DIRECCTE (Annexe D suivi d'un nombre), d'un magistrat (Annexe E suivi d'un nombre), d'un responsable de syndicat (Annexe F suivi d'un nombre), d'un salarié (Annexe G suivi d'un nombre), ou de documents de support (Annexe H suivi d'un nombre).

Il est heureux de constater que la perception d'informations a permis de recueillir de la qualité en abondance et donc entièrement exploitable, de la pluralité de points de vue, nous octroyant la possibilité de réaliser des analyses objectives.

## LES CONSEILLERS DU SALARIÉ

État des lieux en 2014

### I<sup>ère</sup> partie

#### De la mission au mandat

Le conseiller du salarié, né officiellement en 1991, est intimement lié au licenciement. Dans un premier temps, nous étudierons d'abord rapidement l'historique du droit du licenciement, qui est l'environnement naturel du conseiller puis nous étudierons l'intention des créateurs de cette nouvelle institution. Dans un deuxième temps, nous aborderons les moyens et l'encadrement, et la façon dont les syndicats se sont emparés de cette mission pour lui adjoindre un mandat.

#### **A) La mission**

On ne peut comprendre l'apparition du conseiller du salarié sans aborder le champ de compétences de ce dernier. Bien avant de compléter sa mission par l'assistance du salarié lors d'une rupture conventionnelle en 2008, celle-ci a d'abord été, et reste toujours, on le verra ultérieurement, majoritairement cantonnée à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement. Nous allons nous pencher en premier lieu sur l'histoire de la rupture du contrat de travail, qui remonte à plus d'un siècle, pour aboutir, à la fin des années 1980, à la situation qui a conduit le législateur à prendre la décision de donner l'opportunité à tous les salariés convoqués à un entretien préalable de pouvoir se faire assister.

##### a. Le nécessaire accompagnement du salarié

Au lendemain de la Révolution française, le Code civil, dans son article 1780, pose le principe selon lequel le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

La tendance du droit moderne a donc été de réduire la portée de ce droit de résiliation unilatérale de l'employeur en soumettant son exercice à des contrôles judiciaires, et en s'efforçant de pallier les conséquences fâcheuses qu'il entraîne pour le salarié. Le juge est tout d'abord intervenu pour assurer un certain contrôle par la théorie de l'abus de droit. À l'article 1780 du Code civil, qui prévoit la résiliation du contrat par l'une des parties, le législateur, par la loi du 28 décembre 1890, a ajouté la disposition suivante : «Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts». Plus tard, la loi du 19 juillet 1928 exigea que le juge mentionne expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture et précisa que cette preuve peut résulter d'une enquête. La Cour de cassation n'avait rien trouvé dans ce texte qui soit de nature à modifier sa jurisprudence toujours fondée depuis 1872<sup>24</sup> sur le principe que celui à qui est reconnu le droit de résiliation unilatérale n'a pas à justifier l'exercice.

---

<sup>24</sup> Cour de cassation, 5 février 1872, Bull. Civ. N° 25, Chemins de fer de Lyon c/ Falcoz

À la lumière du droit du travail existant et des exemples étrangers, compte tenu également des revendications des diverses organisations syndicales de salariés, le gouvernement Messmer 1 a jugé en 1973 qu'il était opportun de réformer le droit du licenciement. Le Premier ministre a demandé l'avis du Conseil Économique et Social, qui l'a rendu le 21 mars 1973. Le projet de loi, adopté en conseil des ministres le 28 mars suivant, sous le nouveau gouvernement de M. Messmer, était déposé sur le bureau de l'Assemblée le 25 avril 1973. Le projet de loi a choisi un système qui n'impose ni au salarié ni à l'employeur le fardeau de la preuve. L'employeur et le salarié doivent seulement fournir au juge les éléments dont ils disposent en vue de former sa conviction<sup>25</sup>.

La loi de 1973 sur le droit du licenciement impose le respect d'une procédure et notamment la notification au salarié, des motifs de son licenciement, par lettre recommandée. Elle prévoit que, dans une entreprise employant au moins onze salariés, le salarié puisse se faire assister par un membre du personnel. Mais en ce qui concerne la possibilité donnée de se faire assister, la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales ayant traité ce projet de loi a estimé que l'intervention de représentants extérieurs à l'entreprise, en l'absence de délégué du personnel, risquait d'avoir essentiellement pour effet de cristalliser les antagonismes et, par conséquent, de faire échouer cette tentative de conciliation<sup>26</sup>.

Le député d'opposition Joseph Legrand s'était ému que les salariés d'entreprises dépourvues de représentants du personnel ne puissent se faire assister par un représentant syndical extérieur à l'entreprise<sup>27</sup>. Sentiment vite rejeté par son collègue Pierre Abelin, représentant de la majorité, pour qui cette situation n'était que pure spéculation, tout salarié trouvant forcément un collègue pour l'assister. Cette idée fut débattue quelques jours après toujours devant l'Assemblée Nationale. Un amendement en ce sens fut déposé au Sénat, mais il fut repoussé<sup>28</sup>, « députés et sénateurs avaient, dans un même élan, repoussé ces amendements en raison, notamment, du fait que, selon eux, déborder le cadre de l'entreprise risquait de cristalliser les antagonismes, notamment lors de l'intervention de personnes qui ne connaîtraient pas les problèmes internes et spécifiques à l'entreprise<sup>29</sup> ».

**La procédure de licenciement à l'étranger** Dans d'autres pays européens, la procédure de licenciement s'avérait être plus protectrice, et laissait plus de place aux représentants du personnel ou aux syndicats. Au Royaume-Uni, le *Trade Disputes Act* de 1906 octroyait des droits aux salariés, qui seront remis en cause par l'*Industrial Relations Act* de 1971. Le gouvernement de Margaret Thatcher mettra fin à nombre de droits collectifs la décennie suivante.

La situation actuelle outre-manche peut être mise à part, non seulement dans la mesure où les procédures sont variables selon les types de licenciement et selon des critères

---

<sup>25</sup> Compte rendu de la séance de l'Assemblée Nationale du 22 mai 1973, J.O., page 1440.

<sup>26</sup> Compte rendu de la séance de l'Assemblée Nationale du 22 mai 1973, J.O., page 1441.

<sup>27</sup> Compte rendu de la séance de l'Assemblée Nationale du 22 mai 1973, J.O., page 1450, J.O., débats du 30 mai 1973, page 1615.

<sup>28</sup> J.O., débats du 22 juin 1973, page 846.

<sup>29</sup> Cahiers sociaux du barreau de Paris, n°11, page 24.

d'ancienneté et d'effectif, mais aussi car les conditions de formes se révèlent quasi inexistantes en matière de licenciement. Un employeur a seulement le devoir de motiver par écrit le licenciement de tout salarié travaillant depuis plus de deux ans dans la même entreprise.<sup>30</sup> En Allemagne, le salarié semble bien moins protégé par des mesures de forme qu'il ne l'est en France. On constate entre autre, que le travailleur allemand n'est pas consulté au préalable pour pouvoir s'expliquer, il est seulement averti de ses fautes par lettre. Néanmoins, le comité d'entreprise joue dans ce pays un rôle bien plus décisif dans la procédure de licenciement. Il doit être consulté préalablement à toute rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Si cette condition n'est pas respectée par l'employeur, alors la notification de licenciement est sans effet et le licenciement est nul. L'employeur doit indiquer au comité d'entreprise les motivations du licenciement ainsi que sa date d'effet. Le comité d'entreprise dispose alors d'un délai d'une semaine pour faire connaître son avis sur le licenciement prévu.<sup>31</sup>

Force était de constater, comme l'indiquait en 1985 le Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, Michel Delebarre, en réponse à un parlementaire, que « l'assistance était le plus souvent fournie par un représentant du personnel en raison de l'immunité assurée à celui-ci et, d'autre part, du fait que la rémunération du temps de l'entretien lui est accordée au titre du crédit d'heures ». La conjoncture économique ne s'améliorant pas entre 1973 et 1974, le gouvernement Chirac 1 instaura le 3 janvier 1975 la loi relative aux licenciements pour cause économique qui organise la consultation des représentants du personnel sur les projets de licenciement, et instaure l'autorisation administrative préalable de licenciement<sup>32</sup>. Mesure qui sera supprimée le 3 juillet 1986 lors du gouvernement Chirac 2.

La montée ininterrompue du chômage incitera le gouvernement Rocard 2 à voter la loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

#### b. La réponse du législateur

C'est lors de l'examen du projet de loi sur la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion que Michel Coffineau, député du groupe socialiste et rapporteur de la Commission des affaires culturelles, a déposé un amendement portant sur la possibilité de faire appel à une personne extérieure à l'entreprise lors de l'entretien préalable au licenciement. L'origine est donc d'origine parlementaire.

L'idée du législateur était de faciliter le licenciement, d'assurer la sérénité du débat, d'éviter l'isolement du salarié et de lui garantir une meilleure information afin d'éviter un déséquilibre.

Jean Pierre Soisson, alors Ministre du travail, déclara devant le Sénat : « compte tenu de l'expérience, de la compétence, et de la disponibilité requises pour ces fonctions, elles

---

<sup>30</sup> Élisabeth Detrez, La protection du salarié face au licenciement, étude comparée des droits du travail français, allemand et britannique : Des garanties identiques ?, Mémoire de fin d'études, IEP LYON 2004/2005, page 33 et suivantes.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Loi 75-5 du 3 janvier 1975.

peuvent être notamment remplies par d'anciens magistrats, d'anciens fonctionnaires des services extérieurs du travail et en particulier des services d'Inspection du travail ou d'anciens conseillers prud'hommes ».

Ce texte a été adopté le 1<sup>er</sup> juillet 1989 par l'Assemblée Nationale. Le Conseil constitutionnel, saisi le 3 juillet par soixante sénateurs qui reprochaient à la loi de ne pas préciser les modalités d'intervention de celui qu'ils nommaient alors le « négociateur extérieur à l'entreprise », est venu délimiter le rôle de ce dernier. Il souligne qu'« il ressort des débats parlementaires que la personne qui, à la demande d'un salarié peut être présente à ses côtés, lors de l'entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement, n'est investie d'aucun pouvoir particulier à l'encontre de l'employeur ; qu'elle n'a d'autre mission que d'assister le salarié et de l'informer sur l'étendue de ses droits<sup>33</sup> ». Le décret<sup>34</sup> sur l'établissement de listes des personnes habilitées est pris le 27 novembre 1989 indique que les personnes seront choisies 'en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social'. La promulgation de la loi aura lieu le 2 août 1989<sup>35</sup>.

**Chronologie** Une guérilla parlementaire d'un an débute par une proposition de loi de M. Louis Mermaz (président du groupe socialiste à l'Assemblée Nationale) et plusieurs de ses collègues, relative au 'conseiller du salarié' qui fut déposée à l'Assemblée Nationale le 6 décembre 1989 et renvoyée à la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales. Le texte est adopté par l'Assemblée Nationale le 16 mai 1990, puis transmis au Sénat le 17 mai. La Commission des affaires sociales dépose son rapport le 26 septembre. Le Sénat adopte le texte le deux octobre en y apportant des modifications et transmet à l'Assemblée Nationale le 3 octobre. M. Thierry Mandon, rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale dépose son rapport le 4 octobre. Le texte est adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale le 8 octobre et transmis au Sénat le 9 octobre. La Commission des affaires sociales du Sénat réexamine le texte et dépose son rapport le 17 octobre. Le texte est adopté avec modifications par le Sénat le 31 octobre et transmis à l'Assemblée Nationale le jour même. Le rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, dépose son rapport le 15 novembre. Le texte est adopté par l'Assemblée Nationale le 28 novembre et transmis au Sénat. M. Louis Souvet, rapporteur de la Commission des affaires sociales dépose un nouveau rapport le 6 décembre. Le texte est de nouveau rejeté par le Sénat 12 décembre. Il le renvoie à l'Assemblée Nationale. Un nouveau rapport de M. Thierry Mandon est déposé le 13 décembre. Le texte est adopté définitivement par l'Assemblée Nationale le 18 décembre.

Le Conseil constitutionnel est saisi le 19 décembre par au moins soixante députés de l'opposition. Le Conseil constitutionnel déclare conforme le texte le 16 janvier 1991<sup>36</sup>. La loi relative au conseiller du salarié est promulguée le 18 janvier 1991<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Décision n° 89-257 du 25 juillet 1989.

<sup>34</sup> Décret n° 89-861 du 27 novembre 1989.

<sup>35</sup> Loi n° 89-549, parue au JO du 8 août 1989.

<sup>36</sup> Décision n° 284 du 16 janvier 1991.

**Naissance du conseiller du salarié** La naissance du conseiller du salarié a été retardée par le fait que la situation sur le terrain n'allait pas dans le sens qu'avait prévu les initiateurs de la loi du 2 août 1989. Ceux-ci souhaitaient que la personne assistant les salariés soit un ancien conseiller prud'hommes, un ancien magistrat ou un ancien fonctionnaire du travail. Les directeurs départementaux du travail eurent le plus grand mal à constituer des listes de personnes correspondant aux critères. Les anciens conseillers prud'hommes, anciens magistrats et anciens fonctionnaires du travail furent en nombre assez faible<sup>38 39</sup>. Il en ressortit des défaillances de présentation. D'où le fait que les Directions départementales demandèrent aux syndicats de présenter des volontaires<sup>40</sup>. La CGT pour sa part a reçu cette demande avec enthousiasme<sup>41</sup>.

Une attention particulière envers la CGT fut apportée par le groupe socialiste à l'Assemblée Nationale, qui se montra à l'écoute des remarques du syndicat, ainsi que l'on peut le constater dans la lettre que M. Louis Mermaz, président du groupe socialiste à l'Assemblée Nationale adresse au secrétaire général de la CGT en mars 1990<sup>42</sup>. La CGT tentera, en vain, d'empêcher que les services du travail demandent l'avis des employeurs lors de l'élaboration de la liste des conseillers. La CGT échouera aussi à obtenir l'élargissement du statut et des droits accordés aux conseillers du salarié aux défenseurs syndicaux, estimant que les futurs conseillers ne seront quasiment que les défenseurs syndicaux<sup>43</sup>.

**Description des conseillers du salarié** Loin d'être de paisibles retraités, les personnes désignées par les directeurs du travail étaient le plus souvent des syndicalistes en activité, et en majorité, des cégétistes. L'opposition s'est émue de cette situation. Leurs pires craintes s'avéraient dépassées par la réalité.

«Les listes établies par les préfets révèlent qu'elles comportent une nette majorité de personnes exerçant une activité salariée<sup>44</sup>.» Ainsi, le Sénat<sup>45</sup> se demande s'il est raisonnable «que les préfets aient systématiquement désigné sur les listes [des personnes habilitées] des salariés en activité présentés par les organisations syndicales». Selon lui, il eut mieux valu suivre « l'exemple des quelques départements dans lesquels ont été désignés, sans que cela pose de problème particulier, une majorité de retraités, compétents et disponibles.»

---

<sup>37</sup> Loi n° 91-72 du 18 janvier 1991, J.O. n° 18 du 20 janvier 1991.

<sup>38</sup> Rapport de la Commission des affaires sociales du Sénat du 26 septembre 1990, pages 23 et 24.

<sup>39</sup> «Après des appels (discrets) à candidatures, les directions départementales du travail durent constater que les « ex, comme on les appelait déjà, furent peu nombreux à se porter volontaires pour aller assister à cinquante kilomètres de leur domicile un salarié qu'ils n'avaient jamais vu, pour un entretien qui durait parfois moins de 5 minutes.» Jean Emmanuel Ray, Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié », revue Droit Social n°6 de juin 1991, page 477.

<sup>40</sup> « Les directions départementales ont généralement purement et simplement sous traité la constitution des listes aux organisations syndicales de salarié » Idem, page 482.

<sup>41</sup> . En revanche, certains syndicats saisirent cette occasion inespérée d'entrer dans les PME, et les inondèrent [les listes de conseillers] de candidatures (permanents, délégués syndicaux essentiellement).» Idem, page 477.

<sup>42</sup> Voir annexe H8.

<sup>43</sup> Voir annexe H9.

<sup>44</sup> Rapport n° 1324 de M. Thierry MANDON au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 3 mai 1990.

<sup>45</sup> Rapport n° 41 de la première session ordinaire de 1990-1991.



Le rapporteur M. Mandon reconnut que les syndicats étaient à même de présenter des personnes, car les DDTE<sup>46</sup> éprouvaient de grandes difficultés à élaborer les listes. Mis devant le fait accompli, il revenait au législateur de tirer les conséquences de la situation. Le fait crée le droit<sup>47</sup>, et ce fut dans ce cas, simultanément.

**Statut des conseillers du salarié** « Il est indispensable de préciser le statut de ce conseiller, en particulier son droit d'absence de son service ou de son entreprise, le défraiement du temps qu'il passera pour effectuer sa mission, la protection dont il jouira, notamment au regard du droit du licenciement dans sa propre entreprise. En effet, on conçoit mal que des salariés qui répondent aux critères de ce choix acceptent d'exercer cette mission :

- sans en avoir les moyens en temps pour se rendre et assister à cet entretien,
- sans que ce temps ne soit assimilé à une durée de travail effective et sans maintien de la rémunération,
- sans être protégés au regard du licenciement dans sa propre entreprise.

Ces conditions sont essentielles pour que le conseiller du salarié puisse remplir pleinement sa mission<sup>48</sup> ».

«Si, lors de son adoption, les organisations syndicales de salariés ont été dans l'ensemble assez réticentes, [...] elles paraissent aujourd'hui s'inquiéter surtout des difficultés de sa mise en œuvre. De fait, l'ensemble des informations disponibles à ce sujet semblent montrer que le dispositif législatif adopté l'an dernier et les textes d'application pris depuis lors par le Gouvernement ne permettent pas d'assurer -et loin s'en faut- l'exercice réel de la faculté qu'ils ont en principe instituée.<sup>49</sup> ».

La proposition de loi est vivement combattu par les députés Nicole Catala et Jean Paul Charié, représentant le RPR. Nicole Catala, se demande «quelles garanties de compétences offriraient ces conseillers, qui ne pourraient être des avocats, des conseils juridiques»<sup>50</sup>. Jean-Paul Fuchs, au nom de l'Union du centre, voyait « une certaine incohérence, d'un côté à prévoir une absence de trois semaines pour un «conseiller», autrement dit pour un homme choisi en fonction de sa compétence, chargé d'assister le salarié et de l'informer de l'étendue de ses droits, et de l'autre, à indiquer qu'il faut le former ? »<sup>51</sup>

En matière de formation, «expérience ne signifie pas compétences juridiques» répondit le Ministre du travail<sup>52</sup>. Ce dernier déduit du fait que les personnes devant exercer ce mandat sont «des personnes qualifiées ayant exercé par le passé des fonctions garantissant une expérience suffisante, soit des syndicalistes pouvant bénéficier de la formation économique, sociale et syndicale». Il laisse la porte ouverte à de la formation, deux semaines pendant le

---

<sup>46</sup> DDTE : Directions départementales du travail, ancêtres des unités territoriales des DIRECCTE

<sup>47</sup> Maxime de Loysel, reprise par Tiennot Grumbach.

<sup>48</sup> Rapport n° 1324 précité.

<sup>49</sup> Rapport n° 1324 précité.

<sup>50</sup> J.O. 1990, page 1404.

<sup>51</sup> J.O. 1990, page 1410.

<sup>52</sup> J.O. 1990, page 1434.

mandat de trois ans. Mais il refuse un amendement issu du groupe communiste, visant à doter les conseillers de salarié d'une formation<sup>53</sup>.

Pour sa part, la Commission du Sénat ne souhaite pas qualifier la personne assistant le salarié de 'conseiller', mais plutôt 'd'assistant', arguant que cette personne n'est pas conseiller juridique<sup>54</sup>. La Commission remet en cause également la possibilité de l'assistant à pouvoir à la fois conseiller et témoigner<sup>55</sup>.

Le ministre tient à conserver l'appellation de 'conseiller', car le conseil correspond à la mission visée et à l'esprit du texte. Selon le Ministre du travail, il s'agit bien d'une mission, et non d'une fonction<sup>56</sup>.

Le Sénat souhaite aussi que la loi indique l'incompatibilité entre la fonction 'd'assistant du salarié' avec celle de défenseur prud'homal. Or il faut rappeler que le conseiller du salarié (ou assistant, pour le Sénat) est désigné pour une mission, et non pour une fonction. De même, le Code du travail ne connaît que les missions de défenseur syndical, qui opère sans statut particulier. Le Sénat n'obtiendra pas gain de cause. Mais cela changera peut-être en 2015, un projet de loi est en préparation pour encadrer la mission de défenseur syndical<sup>57</sup>.

Le Ministre du travail s'engage devant l'Assemblée à ce que les préfets avertissent les employeurs de la nomination d'un de leur salarié comme conseiller.<sup>58</sup> Le rôle de l'intervenant extérieur est précisé : 'assister le salarié lors de l'entretien préalable et l'informer sur l'étendue de ses droits'.

La loi du 17 janvier 1991 ne prévoit pas que les salariés en contrat à durée déterminée puissent bénéficier de l'assistance du conseiller du salarié. La Cour de cassation a décidé, quelques mois après, s'agissant d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute disciplinaire, que l'employeur devait convoquer le salarié à un entretien préalable<sup>59</sup>. Et elle a choisi neuf ans plus tard d'écarter la possibilité pour le salarié en CDD de se faire assister, car 'la rupture anticipée d'un CDD étant soumise à la procédure disciplinaire, elle n'est pas concernée par le dispositif conseiller du salarié'<sup>60</sup>. À l'heure où le droit européen est de plus en plus sollicité par les justiciables, il n'est pas certain qu'aujourd'hui la Haute cour puisse continuer à tenir le même raisonnement. L'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme indique que tout justiciable doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. En quoi la différence de statut juridique entre les salariés en CDD et ceux en CDI doit-elle déboucher sur une

---

<sup>53</sup> J.O 1990, page 1409.

<sup>54</sup> « Le terme de conseiller est maladroit, car si le titre de 'conseil juridique' a été récemment absorbé par celui d'avocat, on est en droit d'attendre d'un conseiller des conseils, particulièrement d'ordre juridique. Ne pouvant plus être conseiller prud'hommes, le conseiller du salarié n'a pas toujours la formation lui permettant, dans un domaine aussi sensible que la rupture du contrat de travail, de donner des informations tout à fait exactes, sinon pertinentes. D'ores et déjà, des inspecteurs du travail ou des avocats ont du contredire les explications données par certains conseillers ayant pêché par action ou par omission. » Jean Emmanuel Ray, précité, pages 482.

<sup>55</sup> Rapport de la Commission des affaires sociales du Sénat du 26 septembre 1990, pages 23 et 24.

<sup>56</sup> J.O. 1990, page 1429.

<sup>57</sup> Communiqué de presse de François Rebsamen, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 6 novembre 2014, publié sur le site internet du ministère du Travail et de l'emploi.

<sup>58</sup> J.O. 1990, page 3459.

<sup>59</sup> Cass. soc. 20 novembre 1991, n°88-41265

<sup>60</sup> Cass. soc. 25 octobre 2000, n° 98-43760

différence de traitement en ce qui concerne le droit de pouvoir se faire assister lors de la rupture de son contrat de travail, sans tomber sous la censure de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>61</sup> ?

Une fois la loi votée, l'Administration du travail fut chargée de la mettre en application dans les départements de manière uniforme. Deux circulaires<sup>62</sup> viendront encadrer la mission des conseillers, et même les actions des conseillers allant au-delà de leur mission légale.

## **B) Le mandat**

Une loi doit être appliquée de manière uniforme sur tout le territoire. Elle est souvent suivie d'une circulaire ministérielle, qui est une consigne sur le fond, rédigée à l'attention des services déconcentrés qui auront à l'appliquer. En l'occurrence, les circulaires que nous étudierons dans la première sous-section sont à destination des directeurs départementaux du travail et des Inspecteurs du travail. Elles n'ont pas pour objet d'interpréter ou de recommander, mais bien d'introduire des précisions sur les règles de droit à appliquer, notamment sur les dispositions applicables aux conseillers, à la préparation et au déroulement de l'entretien préalable, ainsi qu'à la prise en charge de frais inhérents à la mission.

### **a. L'encadrement et les moyens de la mission**

Une circulaire ministérielle sur le fonctionnement de l'institution des conseillers du salarié fut publiée le 5 septembre 1991<sup>63</sup> soit huit mois après la promulgation de la loi.

Le champ d'action du conseiller du salarié fut circonscrit à l'assistance dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, qu'il s'agisse de représentants du personnel élus ou désignés (comité d'entreprise, délégués syndicaux, délégués du personnel, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail). La présence d'institutions représentatives du personnel devant s'apprécier au niveau de l'entreprise et non de l'établissement<sup>64</sup>. Les particuliers employeurs n'étant pas des entreprises, les conseillers ne peuvent (en théorie) intervenir. Dans sa plate-forme revendicative, la CGT exprime le souhait d'inclure le personnel de maison dans le dispositif. L'entretien pourrait se faire hors du domicile de l'employeur (lieu à déterminer : Pôle Emploi, Antenne de la DIRECCTE...)<sup>65</sup>.

L'assistance du salarié concerne l'entretien préalable au licenciement. En aucun cas, la mission du conseiller ne peut s'exercer à l'occasion d'un entretien préalable à une sanction disciplinaire autre que le licenciement.

Le conseiller du salarié a une mission d'assistance et de conseil du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement. Il peut donc intervenir, demander des explications à l'employeur,

---

<sup>61</sup> L'article n°14 prohibe la discrimination.

<sup>62</sup> Circulaire DRT 91-16 du 5 septembre 1991 et 92-15 du 4 août 1992.

<sup>63</sup> [http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir\\_2545.pdf](http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_2545.pdf).

<sup>64</sup> Ce qui exclut de fait les salariés privés d'institutions représentatives du personnel dans ces établissements. Un point que le législateur devrait revoir.

<sup>65</sup> Voir annexe H6, page 5

compléter celles du salarié et présenter des observations. Son rôle est strictement limité à cette seule fonction d'assistance et de conseil. Cette mission légale se double constamment d'une mission syndicale<sup>66</sup>.

La circulaire indique que l'adresse et le numéro de téléphone des organisations syndicales ne peuvent figurer sur la liste que pour les permanents syndicaux en cas d'accord de ces derniers. Pour les conseillers qui ne sont pas des permanents syndicaux, doit apparaître l'adresse personnelle et sous réserve de l'accord de l'intéressé, le numéro de téléphone du conseiller. La réalité du terrain a rendu cette disposition inappliquée. Les conseillers se voyaient appelés à tout moment, y compris le soir, la nuit, les week-ends ou pendant les congés. Ceux dont le nom était en haut de liste se voyaient littéralement harcelés. Cela n'a pas dû contribuer à donner une bonne image de cette mission parmi les militants syndicaux. L'Administration fera marche arrière un an plus tard<sup>67</sup>.

**La protection sociale du conseiller** Le conseiller du salarié bénéficie d'une protection sociale à l'occasion de tout accident susceptible d'intervenir dans le cadre de sa mission, en application de l'article L 412-8 du Code de la sécurité sociale, qui s'applique lors de tout accident pouvant survenir aux personnes concernées à l'occasion de leur mission. La CGT va plus loin et demande une protection juridique en cas d'agression, car cette éventualité se manifeste de temps à autre.

Le mandat de conseiller du salarié est incompatible avec celui de conseiller prud'hommes. En effet, dans l'hypothèse où le salarié contesterait les conditions de son licenciement devant le conseil de prud'hommes, le conseiller qui l'a assisté lors de l'entretien préalable pourrait avoir à connaître du litige en sa qualité de conseiller prud'hommes. Cependant, dès 1992, la CGT et FO<sup>68</sup> ne trouvent justifiée cette interdiction que dans l'hypothèse où le conseiller prud'hommes siège dans la section où est jugée l'affaire dont il a eu à connaître en qualité de conseiller du salarié. Cette demande d'interdiction fait toujours partie de la plateforme revendicative de la CGT<sup>69</sup>.

**Protection du conseiller du salarié contre le licenciement** La cessation des fonctions peut résulter de la démission du conseiller, du non-respect de son obligation de discrétion, de son décès ou de son refus définitif d'exercer sa mission. Cependant, ni la loi ni la circulaire n'obligent un conseiller à accepter toutes les requêtes qui lui sont adressées, dans la limite de son crédit d'heures. Cependant, un conseiller qui n'effectuerait aucune mission pendant trois ans ne se verrait sans doute pas reconduit au prochain renouvellement de la liste.

---

<sup>66</sup> Voir page 27

<sup>67</sup> circulaire DRT n° 92-15 du 4 août 1992, article 1.

<sup>68</sup> Annexe H11

<sup>69</sup> Annexe H6, page 5

**Licenciement du conseiller du salarié** Le licenciement du conseiller du salarié ne peut intervenir qu'après autorisation de l'Inspecteur du travail. La circulaire DRT 91-16 indique que la protection intervient dès lors qu'est publiée la liste des conseillers du salarié arrêtée par le préfet ou lorsque le salarié fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation comme conseiller, avant que le salarié ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement. Cette autorisation est également requise en cas de licenciement intervenant dans les douze mois qui suivent la cessation des fonctions de conseiller du salarié. La Cour de cassation a néanmoins restreint cette protection à la condition que les fonctions aient été exercées pendant au moins un an<sup>70</sup>. Il est arrivé que des conseillers du salarié aient tu à leur employeur leur statut de conseiller du salarié, et donc de salarié protégé, y compris lors de l'entretien préalable au licenciement. Des employeurs ont eu à en pâtir puisque, dans l'ignorance de l'existence du statut protecteur d'un salarié, certains ont, en toute bonne foi, mis fin à un contrat de travail sans requérir d'autorisation administrative de licenciement. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 14 septembre 2012<sup>71</sup>, le titulaire d'un mandat de conseiller du salarié ne peut se prévaloir du statut de salarié protégé que s'il a informé préalablement l'employeur de l'existence de ce mandat ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait connaissance. Le directeur de l'unité territoriale doit informer les employeurs des salariés après leur désignation comme conseillers. Il est impossible de savoir si cette obligation est systématiquement mise en pratique ou pas.

**L'autorisation d'absence du conseiller** L'autorisation de s'absenter de l'entreprise qui l'emploi, dont bénéficie le conseiller du salarié lui permet d'exercer sa mission. Ces absences sont rémunérées par l'employeur à qui l'État rembourse le montant des salaires maintenus pendant ces absences ainsi que les avantages et les cotisations sociales afférentes. Ces remboursements sont loin d'être systématiquement demandés par les employeurs.

Ces absences sont limitées à quinze heures par mois. Il y a lieu de préciser qu'il ne s'agit pas d'un forfait mais d'une limite que ne peut excéder le conseiller du salarié en activité. Par ailleurs, le nombre d'heures d'absence doit s'apprécier dans le cadre du mois civil : le conseiller salarié ne peut donc reporter d'un mois sur l'autre les heures qu'il n'aurait pas utilisées. Cette limite est critiquée par nombre de conseillers<sup>72</sup>. De plus, la CGT demande que le décompte des heures soit par bimestre ou qu'il y ait la possibilité de report d'un mois sur l'autre<sup>73</sup>. Les conseillers du salarié retraités ne subissent pas cette contrainte.

Compte tenu de l'importance attachée à ce que les salariés figurant sur les listes des conseillers acquièrent la compétence nécessaire à l'exercice de leur mission, la loi a prévu pour les intéressés, un accès à cette formation, dans la limite de deux semaines soit douze jours par période de trois ans suivant la publication de la liste départementale des

---

<sup>70</sup> Cass. soc. 27 janvier 2010 n° 08-44376

<sup>71</sup> Cass. soc. 14 septembre 2012 n° 11-28269

<sup>72</sup> Voir annexes B2, B9, B12, B14, B17 et B18.

<sup>73</sup> Voir annexe H6

conseillers du salarié<sup>74</sup>. Ce droit s'inscrit dans le cadre du congé de formation économique, sociale et syndicale. La formation initiale des conseillers et son financement font l'objet de débats et de revendications.

**Communication de la liste** La communication de la liste départementale au salarié convoqué à un entretien préalable par l'employeur n'est pas prévue. Afin de permettre au salarié de prendre plus rapidement connaissance de la liste départementale lors de sa convocation à l'entretien préalable, la question a été posée par l'Administration de savoir si l'employeur pourrait afficher cette liste dans l'entreprise ou l'adresser au salarié en même temps que la convocation à l'entretien préalable. Il en ressort qu'une telle obligation n'est pas prévue par les textes et ne saurait s'imposer à l'employeur<sup>75</sup>. Si une telle obligation n'est pas prévue par les textes, la question de la publicité de la liste ou les coordonnées des syndicats est aujourd'hui soulevée<sup>76</sup>.

Le délai de prévenance du conseiller par le salarié n'est pas prévu par les textes. Il appartient au salarié qui souhaite se faire assister lors de l'entretien préalable au licenciement de contacter dans les délais les plus brefs le conseiller pour l'informer de la date, de l'heure et du lieu de l'entretien. Ce délai peut parfois s'avérer très court.

Si la circulaire n'interdit, ni ne prescrit une possible rencontre entre le conseiller et le salarié avant l'entretien, ce contact ne peut avoir lieu, sauf accord de l'employeur, que dans un endroit extérieur à l'entreprise déterminé entre le conseiller et le salarié. Ces contacts quand ils s'organisent, se déroulent le plus souvent en face à face. Les rencontres se font alors soit dans les locaux du syndicat, soit dans un café, soit chez le conseiller, soit chez le salarié.

**Les prérogatives du conseiller** Il n'appartient pas à un conseiller qui constate, à l'occasion de sa mission dans l'entreprise, des situations non conformes aux dispositions relatives à la réglementation du travail ou aux règles concernant l'hygiène et la sécurité d'en référer à l'Inspection du travail compétente<sup>77</sup>. Cependant, la lutte contre le travail dissimulé, qui représente près des deux-tiers des procès verbaux dressés par l'Inspection du travail<sup>78</sup>, est épaulée depuis avril 2008 au niveau départemental par une institution qui se veut plus efficace : le CODAF (comité opérationnel départemental anti-fraude). La circulaire DRT 91-16 n'interdit pas au conseiller du salarié de contacter ce comité, puisqu'il a été créé ultérieurement. Le secret professionnel tel que défini à l'article L1232-13 du Code du travail ne peut faire échec à une quelconque remontée d'information au CODAF. Il appartiendra aux syndicats de soulever le débat pour savoir si le fait d'alerter le CODAF lorsqu'un conseiller se rend compte d'une pratique de travail dissimulé entre dans le cadre du mandat syndical qui lui est assigné. De même, un conseiller qui s'aperçoit d'une situation mettant en

---

<sup>74</sup> En application de l'article L1232-12 du Code du travail.

<sup>75</sup> Circulaire DRT 91-16, article 2.1.1

<sup>76</sup> Voir page 40

<sup>77</sup> Circulaire DRT 91-16, article 2.2.4

<sup>78</sup> L'Inspection du travail en France en 2009, rapport de la Direction générale du travail, 2009.

danger des salariés d'une entreprise pourrait faire application de l'article 223-1 du Code pénal<sup>79</sup> en s'adressant à l'Inspection du travail.

**Le compte-rendu de l'entretien** L'ensemble des parties en présence ont la possibilité de rédiger un compte-rendu, de le signer, permettant de constater le déroulement de l'entretien, les faits évoqués et les explications des parties. Si l'une des parties n'a pas apposé sa signature, les tribunaux refusent de reconnaître une force probante à un tel document. Mais la possibilité pour le conseiller de prendre des notes au cours de l'entretien est toutefois admise par les tribunaux<sup>80</sup>. Cette dernière pratique est quasi systématique<sup>81</sup>, alors que le compte rendu unanime est anecdotique.

**L'entrave et irrégularité de procédure** Le délit d'entrave à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié est décrit par l'article L. 1238-1 du Code du travail qui fixe les pénalités. Il est surtout appliqué à l'encontre des employeurs qui empêchent le conseiller du salarié d'exercer sa mission, en refusant, par exemple, sa présence lors de l'entretien préalable alors qu'il aurait fait état de sa qualité. La mission de conseiller n'est pas exempte de risques, y compris physiques<sup>82</sup>.

**Le remboursement de frais** La demande de remboursement de frais doit, selon la circulaire<sup>83</sup>, obligatoirement être accompagnée de l'attestation de chacun des salariés qui ont été assistés par ce conseiller lors de l'entretien préalable les concernant. Cette mesure a été édulcorée par la circulaire suivante qui a admis que la demande de remboursement des salaires pouvait être disjointe de l'envoi de l'attestation du salarié assisté<sup>84</sup>. Ce point participe peut-être au faible nombre de remboursement des salaires.

Le remboursement des frais de déplacement des conseillers du salarié engagés dans le cadre de sa mission d'assistance d'un salarié lors de l'entretien préalable au licenciement est basé sur les conditions prévues par la réglementation en vigueur pour les fonctionnaires de l'État. Le taux de l'indemnité kilométrique dont bénéficie dans cette situation les conseillers du salarié est fonction de la puissance fiscale du véhicule utilisé. Le ministère du Travail

---

<sup>79</sup> Article 223-1 du Code pénal : Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

<sup>80</sup> La possibilité pour le conseiller de prendre des notes au cours de l'entretien est toutefois admise par les tribunaux. Les juges ont en effet estimé que la procédure de licenciement n'était pas respectée du fait que l'employeur avait refusé d'indiquer oralement les causes de la mesure envisagée et avait mis fin à l'entretien préalable au motif que le conseiller du salarié avait commencé à sténographier l'entretien (CA. Paris 22-12-1981), citée par la circulaire DRT 91-16.

<sup>81</sup> Voir page 46

<sup>82</sup> Voir page 45

<sup>83</sup> Circulaire DRT 91-16, article 3.1.1.

<sup>84</sup> Si la circulaire exige que ce justificatif accompagne la demande de remboursement des rémunérations maintenues adressée par l'employeur, elle n'impose pas que la remise de ce document soit effectuée par ce dernier. En conséquence, ce justificatif peut être adressé directement à la Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle par le conseiller lui-même. Circulaire DRT 92-15, article 4.

souhaite que le traitement de ces demandes soit effectué selon une périodicité mensuelle<sup>85</sup>. Comme pour le maintien du salaire, le conseiller du salarié ne peut prétendre en aucun cas au remboursement des frais de déplacement qu'il aurait engagés en dehors de l'entretien préalable au licenciement lui-même, même si ceux-ci sont liés à cet entretien, notamment pour des contacts entre le conseiller et le salarié. Cette disposition irrite les conseillers<sup>86</sup>. La première conséquence est que le conseiller doit se faire rembourser ses frais de mission, et faire rembourser ses heures de mission payées par son employeur, si ce dernier pense à en demander le remboursement à la DIRECCTE. Tous les conseillers ne se font pas rembourser leurs frais<sup>87</sup>. Soit parce qu'ils prennent les transports en commun, soit leur voiture de service<sup>88</sup>, soit qu'ils rechignent à remplir ce qu'ils nomment de la paperasse<sup>89</sup>. Quand ils se font rembourser, beaucoup se plaignent du temps de traitement ou du prix du kilomètre<sup>90</sup>. Cela peut conduire des conseillers à refuser des missions qui leur occasionneraient des frais importants<sup>91</sup>. D'autres ne se plaignent pas de cette situation<sup>92</sup>. Les conseillers interrogés ne font pas obstacle au remboursement de leur salaire quand leur employeur le leur demande<sup>93</sup>.

**Le suivi des conseillers** Le ministère du Travail a décidé de mettre en place dès 1991 un suivi statistique annuel des interventions des conseillers du salarié à compter du 1er juillet 1990, la période de référence s'étendant chaque année du 1er juillet au 30 juin. Elles se basent sur les désignations de conseillers par chaque Direction départementale, et par les remontées effectuées par les conseillers, chaque année, sous forme de récapitulatif<sup>94</sup>. En dehors des statistiques annuelles prévues par la circulaire 91-16, nous ne nous trouvons pas en présence d'un suivi ou d'une attention soutenue.

**De nouvelles précisions sur la mission** Des précisions complémentaires de la mission de conseiller du salarié ont été rendues nécessaires de par la multiplicité des difficultés rencontrées tant par les conseillers que par les Directions départementales du travail. Une nouvelle circulaire ministérielle, apportant un complément d'explications et d'améliorations fut publiée le 4 août 1992. Ainsi, la désignation devait tenir compte de la répartition géographique et professionnelle des conseillers, que la liste devait mentionner. Les indications retenues en plus des mentions obligatoires peuvent donc être différentes en fonction de la situation de chaque département. En outre, en ce qui concerne la domiciliation des conseillers présentés par une organisation syndicale qui ne sont pas permanents syndicaux, c'est-à-dire la quasi-totalité, il y a lieu de préciser que les intéressés

---

<sup>85</sup> Circulaire DRT 91-16, article 3.2

<sup>86</sup> Voir page 35

<sup>87</sup> Voir annexe B3, B5 et D1

<sup>88</sup> Voir annexe D1

<sup>89</sup> Voir annexe B8

<sup>90</sup> Voir annexes B2, B6, B9, B10, B11, B14, B15, C2, C4, D1, D7, F1, F2, Circulaire DRT 96-9 du 21 août 1996.

<sup>91</sup> Voir annexe B9

<sup>92</sup> Voir annexe B1, B3, B4, B8, B13, B16, B18, B19 et D4.

<sup>93</sup> Voir annexe B5, B8, B9 et B18

<sup>94</sup> Voir annexe H10



peuvent être domiciliés auprès de leur syndicat sous réserve de l'accord de ce dernier et du conseiller concerné. Bon nombre de conseillers ont désormais le numéro de téléphone de leur syndicat sur la liste. La CFDT a généralisé cette méthode, dans un but d'efficacité<sup>95</sup>.

De même, si la loi et la circulaire ne mentionnaient pas que le salarié et le conseiller puissent se rencontrer avant l'entretien dans le but de préparer celui-ci, cette pratique était devenue la règle. Tant les syndicats que les conseillers se plaignaient que ce temps ne fut pas indemnisé. Le ministère du Travail accepta que lorsqu'un travail préparatoire pour organiser l'entretien s'avérait nécessaire, sa durée pouvait s'imputer sur la durée des autorisations d'absence, dès lors qu'elle intervenait immédiatement avant la tenue de l'entretien. Mais bien que positive, cette avancée n'est pas suffisante pour bien des conseillers.

Les deux circulaires ont bien circonscrit le champ d'intervention et précisé les moyens dévolus aux conseillers du salarié. Malgré cela, des difficultés perdurèrent, du fait de la pleine expansion de l'activité des conseillers. Ainsi, dès novembre 1992, trois mois après la parution de la deuxième circulaire ministérielle, Michel Coffineau, député de la majorité, qui avait déposé l'amendement ayant abouti au vote, le 2 août 1989, à la création de la mission d'assistance au salarié dans une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel, déclarait, lors d'une séance à l'Assemblée nationale, que les conseillers du salarié manquaient de moyens et que le mode de remboursement des frais décourageait certains conseillers. Il reconnaissait l'utilité de cette mission en pleine croissance en s'interrogeant aussi sur le financement de la formation<sup>96</sup>. Cette dernière question sera aussi soulevée par FO et la CGT lors d'une réunion avec la DGT en 1992<sup>97</sup>. Martine Aubry, Ministre du travail, corrobora que la pratique avait révélé l'utilité des conseillers et qu'il fallait leur attribuer les moyens de leur mission<sup>98</sup>. Les premiers moyens concrets mettront cinq ans à parvenir aux conseillers avec la création d'un forfait annuel de deux cent cinquante francs pour ceux

---

<sup>95</sup> Voir page 41

<sup>96</sup> « Le conseiller du salarié apporte un véritable soutien moral aux salariés. Il est un facteur d'apaisement au sein de l'entreprise, car il aide aussi le chef d'entreprise à mieux motiver le licenciement. Il facilite le dialogue, après examen des droits des salariés, et, souvent, permet d'éviter le recours à la procédure. Si celle-ci devient indispensable, la défense du salarié est plus solide car ses droits sont mieux exprimés. Il arrive d'ailleurs que des intentions de licenciement ne soient pas maintenues. Le bilan est donc positif. Cette institution très utile monte en charge et est appelée à se développer. Pourtant on nous signale, de différents endroits, que les conseillers rencontrent des difficultés dans la perception de l'aide financière qui leur est destinée. Certains sont débordés. Il faudrait sans doute en trouver davantage dans les départements, ce qui, évidemment, coûterait plus cher. Il faut aussi savoir que les démarches administratives sont encore complexes, malgré les circulaires, au point qu'en de nombreux endroits les conseillers se découragent. Souvent, même, ils ne demandent pas tous les remboursements auxquels ils ont droit. En outre, un minimum de formation serait utile à certains conseillers. Qui la financera ? Actuellement, ce sont les organisations syndicales qui la prennent en charge. » Assemblée Nationale, séance du 6 novembre 1992, J.O. page 4971.

<sup>97</sup> « FO demande, ainsi que la CGT, que la formation des conseillers ne soit assurée que par les syndicats et non l'administration ». Annexe H11

<sup>98</sup> « La synthèse des résultats obtenus montre que sa mise en place n'a guère suscité de difficultés avec les entreprises. Les conseillers répondent à un vrai besoin puisque du 1er juillet 1990 au 30 juin 1991 - période du premier bilan d'activité que nous avons dressé : ils sont intervenus dans 15 000 cas. Ce nombre très important montre que le dispositif a atteint son objectif. En effet, la présence du conseiller sécurise le salarié, suscite et facilite les échanges lors de l'entretien préalable qui, dès lors, n'est plus une simple formalité. Elle permet aussi très certainement un meilleur respect de la législation et des droits des salariés. Enfin, certains licenciements ont même été évités, l'employeur préférant renoncer à la procédure engagée lorsque le motif du licenciement ne se révélait pas suffisamment sérieux. Compte tenu de son action très positive, il faut donner à cette institution les moyens nécessaires de fonctionner pleinement. » Assemblée Nationale, séance du 6 novembre 1992, J.O. page 4971.

effectuant au moins quatre missions durant l'année. Cette somme sera arrondie à quarante euros en 2002 lors du changement de monnaie<sup>99</sup>. Un autre moyen mis à la disposition des conseillers en 1999 par les Directions départementales est l'attribution d'une carte établissant leur qualité, afin de mieux les identifier. L'attribution de cette carte a pu contribuer à l'institutionnalisation des conseillers<sup>100 101</sup>. De fait, certains employeurs ont pu, au début, faire l'amalgame entre les conseillers et l'Inspection du travail. Cette carte sera mise en place, mais sans modèle normé, chaque DDTEFP, puis chaque DIRECCTE, depuis 2008, l'imprimant sous la forme qu'elle souhaite.

**La rupture conventionnelle 2008** est aussi l'année où le législateur a étendu la mission du conseiller du salarié aux ruptures conventionnelles. Ces ruptures se déroulent la plupart du temps en l'absence de conseiller extérieur, et prennent la place d'un certain nombre de licenciements, réduisant d'autant les interventions des conseillers. Les ruptures conventionnelles représentent environ 15% de l'activité des conseillers<sup>102</sup>.

Les dispositions légales et administratives ont été rendues nécessaires du fait d'une situation assez inédite. Entre le vote de la loi instaurant la possibilité pour les salariés de se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise, dans le cas où celle-ci était dépourvue d'institutions représentatives du personnel, c'est-à-dire le 2 août 1989, et la publication de la seconde circulaire du 4 août 1992, il s'était écoulé trois années. Le syndicalisme n'a pas attendu aussi longtemps avant de se saisir de l'opportunité, et dont il a compris tout le bénéfice qu'il pouvait en tirer.

Nous verrons pourquoi et comment s'est organisé le mouvement syndical pour s'emparer la mission dévolue par la loi du 2 août 1989 pour la transformer en mandat syndical.

#### b. L'apparition du mandat

Le conseiller du salarié n'est pas issu d'un mouvement de revendication sociale, tels qu'ont pu l'être les délégués du personnel, les délégués syndicaux, au travers des événements de 1936 ou 1968. Il est une création de pur droit et n'avait fait l'objet d'aucune revendication syndicale. Il n'a aucun antécédent sur lequel il aurait pu s'appuyer. Sa création est apparue inéluctable au bout de quelques mois, quand les personnes choisies par les préfets se sont avérées être bien différentes de ce qu'avait envisagé le ministre<sup>103</sup>. En 1989 et en 1991, deux lois ajoutent un acteur supplémentaire au dispositif légal existant de défense et de représentation des salariés : les conseillers du salarié, chargés d'assister les salariés durant

---

<sup>99</sup> Décret n° 97-1034 du 13 novembre 1997 relatif à l'indemnisation forfaitaire des conseillers du salarié.

<sup>100</sup> «Il est difficile de ne pas voir dans cette forme de syndicalisme un service 'semi-public', chargé de gérer la représentation d'un certain groupe de salariés à un moment donné.» Ludovic Roche, 'le conseiller du salarié : une institution complexe', Droit Social n°1, janvier 1994, page 14.

<sup>101</sup> Jean Ferrette, Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié, Travail et Emploi n° 122 Avril-juin 2010, page 53.

<sup>102</sup> Annexe H5.

<sup>103</sup> Ludovic Roche, 'le conseiller du salarié : une institution complexe', précité, page 14.

l'entretien préalable à leur licenciement. Ceux-ci doivent largement leur existence et leurs caractères aux conditions de leur création : un chômage élevé et un fort déficit budgétaire, alors que la gauche revenue au pouvoir veut marquer, symboliquement, son ancrage et sa fidélité à ses électeurs<sup>104</sup>.

**Réticences syndicales** Les réticences des organisations syndicales à l'instauration d'une personne extérieure virent le jour<sup>105</sup>. En particulier la CFDT et FO<sup>106</sup>. Les organisations syndicales CFDT et CGT n'avaient pas apprécié la présence des conseillers mouture 1989, c'est-à-dire des retraités. « La création des conseillers du salarié en 1989 n'a pas fait l'unanimité », constate par exemple Jean René Masson, l'un des secrétaires nationaux de la CFDT en charge des questions juridiques, dans la revue 'syndicalisme' de septembre 1994<sup>107</sup>. « À l'époque, notre organisation exprima de sérieuses réserves : elle y voyait une mauvaise réponse au vrai besoin de représentation collective organisée dans les petites entreprises ». Même son de cloche à la CGT qui, face aux tentatives des directeurs départementaux du travail et des préfets de nommer comme conseillers diverses personnalités « neutres et conciliatrices », réaffirmait un principe fondamental partagé d'ailleurs par les autres confédérations : « défendre les salariés, c'est un rôle exclusif des organisations syndicales représentatives ». L'attribution des syndicats, et en particulier la CGT, dans l'élaboration des listes des personnes chargées d'assister les salariés, est devenue manifeste dès septembre 1989, soit quelques semaines après le vote de la loi du 2 août 1989, avant le décret d'application. Par exemple, la CGT, par l'intermédiaire de Denis Troupenat, responsable du secteur Libertés, Droits, et Action Juridiques de la CGT, interpella le ministère du Travail en lui rappelant que le rôle de la personne est d'assister le salarié et non les deux parties<sup>108</sup>. Le rôle de médiation ou de conciliation est donc exclu. De même que la consultation des organisations patronales sur le choix des conseillers. La CGT insista sur le fait qu'il ne fallait pas tenter d'exclure à priori les agents de la Direction départementale du travail. Denis Troupenat revendiquait déjà, dès le 7 septembre 1989, de meilleurs remboursements de frais, qualifiés d'insuffisants. La conclusion de la CGT était que les listes ne devaient pas comporter d'autres personnes que des militants syndicaux. Il y eut peu de désignations en 1989, ainsi qu'au début de 1990. Seuls vingt huit départements firent l'objet d'un arrêté préfectoral sur la publication de listes de personnes habilitées à assister les salariés, au 31 mars 1990<sup>109</sup>. La CGT fit le forcing et présenta un grand nombre de volontaires, en parallèle avec le débat parlementaire en cours.

Nous verrons dans un premier temps comment a eu lieu l'appropriation collective de la mission de conseiller du salarié. Dans un second temps, nous analyserons l'appropriation individuelle de cette mission par les conseillers eux-mêmes.

---

<sup>104</sup> Jean Ferrette, 'Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié', précité, page 53

<sup>105</sup> J.O. 1990, page 1403.

<sup>106</sup> J.O. 1990, page 3463.

<sup>107</sup> Yonnel Liégeois, Voyage au pays de l'arbitraire, la justice au travail, VO éditions, 1996, page 163.

<sup>108</sup> Ce qui repose la question de la présence des organisations d'employeurs dans le processus de désignation des conseillers du salarié, prévue à l'article D1232-4 du Code du Travail.

<sup>109</sup> J.O. 1990, page 1401.

## 1) L'appropriation collective

Dès 1989, certains syndicats ont présenté aux DDTEFP des personnes pouvant effectuer la mission d'assistance au salarié lors d'entretiens préalables au licenciement. Un syndicat, la CGT, s'est trouvé surreprésenté, du fait notamment des réticences d'autres syndicats. Le secteur en charge des questions juridiques de ce syndicat avait vu dans cette nouvelle institution un moyen de pouvoir entrer dans les petites entreprises, dépourvues d'institutions représentatives du personnel. C'est donc dans un objectif de syndicalisation que ce syndicat s'est engagé avec force dans la présentation de candidats. Les autres ont fini par suivre le mouvement, afin de ne pas laisser le champ libre à la centrale de Montreuil.

Certains petits syndicats ont ainsi saisi l'opportunité qui s'offrait à eux pour à la fois se faire connaître auprès de salariés faisant appel à eux, mais aussi pour nommer des militants dans le but non avoué de pouvoir monter une section syndicale dans leur entreprise d'origine, grâce à la protection ainsi obtenue. Cette pratique a été utilisée dans le département des Yvelines par un micro-syndicat ayant réussi à nommer vingt cinq conseillers en 2011<sup>110</sup>. L'unité territoriale des Yvelines n'a pas reconduit ces conseillers en 2014. Toutes les unités territoriales ou DIRECCTE n'ont pas ce regard, et il arrive que la nomination de conseillers inactifs à des vues d'implantation 'interne' à l'entreprise du conseiller soit admise pour le prix d'une certaine « paix sociale »<sup>111</sup>. La question de la nature de la fonction des conseillers du salarié renvoie en effet à celle de l'investissement, c'est-à-dire de l'usage pratique que les syndicats en font<sup>112</sup>. Pourtant, les retombées sous forme de syndicalisation ont toujours été faibles<sup>113</sup>.

Désormais, des syndicats forment leurs futurs conseillers, parfois avec une formation de trois à cinq jours, avec de nombreux documents à l'appui, sous la supervision de la confédération, quand d'autres laissent les unions départementales s'assurer de cette mission. Il arrive qu'un avocat soit mis à contribution quand les militants du service juridique viennent à manquer<sup>114</sup>.

**Une formation indispensable** La formation est un sujet essentiel à propos du conseiller du salarié. Les propos du ministre du Travail indiquaient que cette personne devrait être choisie « en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social ». Les premiers conseillers furent donc en quasi-totalité des délégués syndicaux, répondant aux critères retenus. C'est souvent encore le cas aujourd'hui : nombreux sont les

---

<sup>110</sup> Didier Schneider, les conseillers du salarié servent-ils plus leur syndicat qu'aux salariés qu'ils sont censés défendre ? Miroir Social, 2 septembre 2013

<sup>111</sup> « Ces conseillers « inactifs » mais présents en entreprise, permettent d'assurer une présence syndicale ou de la dynamiser. » Voir annexe D5

<sup>112</sup> Jean Ferrette, 'Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié', précité, page 9.

<sup>113</sup> Même si cela peut parfois susciter des vocations (Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, mémoire de DEA, institut de gestion sociale de Paris, année 2006/2007). À l'inverse, Ludovic Roche et Yonnel Liégeois (précités) ont cru percevoir des retombées positives en termes de syndicalisation.

<sup>114</sup> La CFDT collabore avec 73 avocats du réseau AVEC (Avocats, Études, Conseils). Maître Laurent Pâté, du barreau de Metz, a ainsi rédigé un document de 42 pages pour une journée de formation des conseillers du salarié le 12 novembre 2013 à l'Union départementale CFDT de Meurthe-et-Moselle.

conseillers à avoir d'autres mandats<sup>115</sup> ou d'autres missions comme celle de défenseur syndical<sup>116</sup>. Le projet de loi sur le statut du défenseur syndical aura peut-être des conséquences sur ce cumul.

Il est d'autant plus facile de choisir les futurs conseillers parmi les militants déjà mandatés : ceux-ci ont déjà fait leurs preuves. Et ils sont déjà protégés. La proposition de candidats non mandatés est un casse-tête : comment les former avant leur désignation, étant non protégés ? Toute demande de formation laisserait apparaître leur qualité de syndiqué en phase de devenir un acteur syndical. Or il n'est pas possible, en l'état actuel du droit, de protéger<sup>117</sup> un salarié demandant une formation syndicale. Mais si le législateur, conscient de ce fait, accordait à tout salarié demandant une formation syndicale, une protection requérant l'autorisation de l'Inspection du travail pour une modification ne serait-ce que des conditions de travail, les syndicats pourraient former préalablement les futurs conseillers<sup>118</sup>. Si l'expérience des futurs conseillers est présente du fait de leurs précédents engagements syndicaux en tant que délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise, une formation de base s'avère indispensable. Pourtant, nos entretiens avec les personnes interrogées démontrent qu'il y a loin de la coupe aux lèvres. Six conseillers<sup>119</sup> sur vingt et un interrogés ont admis ne pas avoir été formés<sup>120</sup>, six autres<sup>121</sup> déclarent avoir été formés mais de manière insuffisante, cinq<sup>122</sup> se voyaient formés convenablement. Les avocats interrogés se montrent sévères en mettant en doute l'existence de leur formation<sup>123</sup> ou la qualité de celle-ci, en n'oubliant pas de pointer du doigt le caractère inexploitable d'un compte-rendu retranscrit phonétiquement<sup>124</sup>. Pour les conseillers prud'hommes le constat est mitigé<sup>125</sup>, les DIRECCTE s'étant exprimées à ce sujet s'estiment satisfaites<sup>126</sup>, même si certains conseillers un peu perdus n'hésitent pas à se tourner vers la DIRECCTE plutôt que vers leur syndicat : « Les syndicats sont sensés présenter des personnes formées et bénéficiant de l'expérience requise. C'est loin d'être le cas de tous. Certains conseillers nommés, un peu perdus, m'appellent pour obtenir des informations de base. D'autres donnent des conseils erronés<sup>127</sup> ». Les syndicats ont-ils les moyens de nommer des conseillers ayant le niveau de compétence nécessaire et sinon ont-ils les ressources de rapidement le leur faire acquérir

---

<sup>115</sup> C'est le cas de 12 conseillers sur les 21 interrogés (annexes B2,B3,B5,B8,B9,B10,B13,B15,B16,B17,B18,B19).

<sup>116</sup> 3 sont aussi défenseurs syndicaux (annexes B1, B2, B19). Défenseur syndical n'est pas un mandat électif ni permanent, ni même reconnu par le Code du travail.

<sup>117</sup> La protection est toute relative : elle n'empêche pas un licenciement, mais requiert l'autorisation de l'Inspection du travail. L'enquête de l'Administration ne préserve que du licenciement arbitraire.

<sup>118</sup> Comme cela a été demandé par un responsable départemental des conseillers du salarié du syndicat CGT lors d'une réunion nationale dont le sujet était les conseillers du salarié. Voir annexe H6.

<sup>119</sup> Annexes B1, B2, B3, B8, B10, B18.

<sup>120</sup> « Contrairement aux conseillers prud'hommes, dont la formation est subventionnée par l'État, et dont le suivi est assuré par les confédérations syndicales en fonction des évolutions de la loi et de la jurisprudence, les conseillers du salarié ne bénéficient pas toujours d'une formation de base et encore moins d'un suivi », Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, précité.

<sup>121</sup> Annexes B6, B10, B12, B13, B14, B15.

<sup>122</sup> Annexes B4, B5, B11, B19 et B20.

<sup>123</sup> Annexes A8, A9, A15, A23, A26.

<sup>124</sup> Annexe A13.

<sup>125</sup> Annexe C3 et C4.

<sup>126</sup> Annexes D3 et D6.

<sup>127</sup> Annexe D5.

?<sup>128</sup> Les syndicats qui désignent les conseillers engagent leur responsabilité<sup>129</sup>. Certes. Mais les organisations syndicales ne reçoivent pas les moyens financiers pour faire face à cette responsabilité, que la DRT leur a attribuée, du fait de l'impossibilité pour elles d'y satisfaire. Les formations dispensées sont financées directement par les syndicats.

**Les savoirs** Ces formations portent sur le savoir-faire juridique et syndical. Si cette matière est essentielle, elle ne peut englober les autres savoirs indispensables à leur mission : le savoir-être<sup>130</sup>, le savoir paraître, l'écoute<sup>131</sup>. Car au-delà des connaissances en droit, le jeu comportemental a aussi une part capitale. D'ailleurs, la quasi-totalité des avocats et conseillers du salarié ayant répondu ont reconnu que le rôle du conseiller était d'apaiser l'entretien préalable au licenciement, que l'aspect psychologique était essentiel<sup>132</sup>. Le relationnel argumentaire est aussi à étudier par les centrales syndicales : aucun conseiller n'a de lui-même indiqué qu'il remettait au salarié qu'il assistait, un document, un dépliant, expliquant son rôle, et celui du syndicat<sup>133</sup>. Concernant le savoir-faire, il est toutefois une retombée positive pour les syndicats et ceux qui les animent. Désormais, les syndicats organisent des sessions de formation juridique spécifiques, et invitent les conseillers à celles qu'ils organisent pour leurs conseillers prud'homaux, augmentant ainsi leur volume de juristes de fait et les échanges d'expériences et de compétences<sup>134</sup>.

**Le rôle du conseiller** Une fois formés (ou pas), les conseillers sont appelés à battre la campagne pour assumer leur mission. Si Philippe Levavasseur<sup>135</sup> répond négativement à la question de savoir si le conseiller du salarié a pour objectif de faire rester le salarié à son poste, il se trouve un syndicat pour affirmer que si, se basant sur le principe d'être contre toutes les formes de rupture du contrat de travail<sup>136</sup>. Ce point de vue est également partagé par deux conseillers du salarié<sup>137</sup> et un conseiller prud'hommes<sup>138</sup>. C'est aussi le point de vue de Pascal Rennes<sup>139</sup>, qui voit le conseiller du salarié centré autour de l'union locale<sup>140</sup> : « Le

---

<sup>128</sup> Daniel Boulmier, Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ?, SSL n° 817 du 2 décembre 1996.

<sup>129</sup> Idem

<sup>130</sup> Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, précité, page 76.

<sup>131</sup> L'aspect 'psy' de la mission a été soulevée par un responsable départemental des conseillers du salarié du syndicat CGT lors d'une réunion nationale dont le sujet était les conseillers du salarié. Une formation en ce sens a aussi été évoquée (Voir annexe H6)

<sup>132</sup> Annexes A3, A4, A5, A6, A7, A8, A10, A11, A12, A14, A15, A16, A17, A18, A19, A20, A23, A24, A26, B1, B2, B5, B6, B7, B8, B9, B10, B11, B13, B15, B16, B17, B20, , B21, C5, D2, D4, F1 et Note 46.

<sup>133</sup> L'auteur de ce mémoire, conseiller du salarié d'un syndicat majeur depuis 12 ans, n'a jamais reçu de document à remettre aux salariés. Il n'est pas étonnant que les retombées syndicales soient faibles. L'approche syndicale est faite ensuite à la permanence juridique de l'Union locale, une fois le licenciement notifié, à un moment où l'attention du salarié est plus proche de considérations alimentaires immédiates et d'un prud'homme prochain, que d'un engagement syndical dont il n'a que faire.

<sup>134</sup> Jean Ferrette, 'Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié', précité, page 9.

<sup>135</sup> Philippe Levavasseur, Guide juridique de l'assistance du salarié, éditions Edilaix, avril 2004.

<sup>136</sup> Involontaire, s'entend.

<sup>137</sup> Annexes B1 et B2

<sup>138</sup> Annexe C1

<sup>139</sup> Ancien inspecteur du travail, juriste et formateur syndical, animateur de la revue Le Droit Ouvrier, auteur de 's'organiser dans l'entreprise', éditions de l'Atelier.

<sup>140</sup> Regroupement des syndicats et sections syndicales d'une même localité, ou d'un ensemble de localités proches.

rôle du conseiller est de défendre l'emploi, et de construire la défense du salarié avec lui ». Il ressort des entretiens qu'environ un quart seulement des salariés souhaite rester dans l'entreprise<sup>141</sup>, quand les trois quarts ne demandent qu'à partir<sup>142</sup> <sup>143</sup>. L'aspect schizophrénique de la situation d'un conseiller du salarié qui a pour mission de sauver l'emploi qui fait face à des salariés qui ne veulent pas le conserver<sup>144</sup> est peut-être un élément qui décourage certains conseillers.

Les syndicats encouragent les conseillers à prendre des notes pendant l'entretien, ce qu'ils font tous : pas un des vingt et un conseillers interrogés n'a répondu ne pas prendre de notes. Ces dernières pourront servir lors d'une éventuelle procédure prud'homale. Car les syndicats, au niveau local ou départemental, se servent de ce lien entre le conseiller et le salarié pour pouvoir défendre celui-ci par l'intermédiaire de défenseurs syndicaux. Dix avocats sur vingt six<sup>145</sup> interrogés soutiennent que les conseillers du salarié orientent les salariés vers leur syndicat, incitent au contentieux prud'homal, dix huit conseillers du salarié sur vingt et un<sup>146</sup>, ainsi qu'un dirigeant de syndicat<sup>147</sup>. Les défenseurs syndicaux sont d'ailleurs dans la ligne de mire du bâtonnier de Paris, qui demandent leur suppression<sup>148</sup>.

**Le recrutement** Si des syndicats trouvent facilement des candidats dans certains départements<sup>149</sup>, d'autres ont du mal<sup>150</sup>. Ce dernier point est corroboré par la DIRECCTE Ile de France lors d'une réunion des conseillers du salarié des Hauts de Seine le 6 novembre 2014, à Nanterre, à laquelle l'auteur de ce mémoire a été convié<sup>151</sup>.

La mission de conseiller du salarié est pour un certain nombre de personnes interrogées, affublée d'une image peu gratifiante<sup>152</sup>. Certains n'y voient, d'ailleurs, qu'un tremplin pour des fonctions jugées plus nobles ou moins contraignantes<sup>153</sup>.

---

<sup>141</sup> Annexes A9, B3 et B8.

<sup>142</sup> Annexes A5, B2, B3, B6, B8, B9, B10, B13, B16, et B17.

<sup>143</sup> « Le conseiller n'est plus dans le rôle du conciliateur, tel que pouvait l'imaginer le Ministre du travail en 1989. Le salarié, dans beaucoup de cas lors des ruptures pour motif personnel, ne souhaite pas rester dans l'entreprise, conscient qu'il est que son maintien entraînerait une dégradation de ses conditions de travail, déjà loin d'être florissantes au jour de l'entretien. Le conseiller devient un facilitateur de sortie de l'entreprise, et un témoin pour l'action prud'homale future ». Ludovic Roche, 'le conseiller du salarié : une institution complexe', précité, page 14.

<sup>144</sup> Non pas que ces salariés soient heureux de perdre leur gagne-pain, mais l'idée de rester dans des conditions de travail pénibles les fait accepter voire souhaiter ce départ.

<sup>145</sup> Annexes A4, A5, A8, A9, A10, A11, A16, A17, A22 et A24.

<sup>146</sup> Annexes B1, B2, B3, B5, B6, B7, B8, B9, B11, B12, B13, B14, B15, B16, B17, B18, B19 et B20.

<sup>147</sup> Annexe F2.

<sup>148</sup> « Mais il faut continuer notre travail de lobbying pour obtenir de meilleures garanties, refuser la création d'un défenseur syndical en appel des décisions prud'homales », <http://www.avocatparis.org/actualites-2014/2875-macron.html>.

<sup>149</sup> Annexes C1 et C4.

<sup>150</sup> Annexes B1, B19 et F2.

<sup>151</sup> « Il s'avère que certains syndicats ont peiné à trouver autant de candidats que leur audience leur permettait de présenter. »

<sup>152</sup> Annexes A15, B2, B5, B15 et H7.

<sup>153</sup> Annexes B1, B8, B9, B10, B11, B17, B18, C1 et C5.

**Le manque de connaissances** La dite réunion de la DIRECCTE a été l'occasion de mesurer, au travers des questions posées par les conseillers, nouvellement nommés et anciens renouvelés, le degré de connaissances, et par incidence, leur niveau de formation. Il y avait environ quatre vingt présents sur cent quatre vingt douze conseillers<sup>154</sup> :

- On est parfois appelés le soir pour le lendemain, ou l'avant-veille. Cela ne respecte pas les cinq jours. Est-on obligé d'y aller ?
- L'entretien préparatoire est-il décompté du forfait de quinze heures ? Car parfois, l'entretien a lieu tôt le matin, ou le salarié travaille et on ne peut le voir avant.
- Est-ce que j'ai le droit de recevoir le salarié dans le local syndical que j'occupe dans mon entreprise ?
- Je vais assister des salariés en dehors des heures de travail. Comment cela se passe-t-il pour le paiement des heures ?
- Lorsque l'employeur est représenté par le DRH du groupe, mais n'est pas membre de l'entreprise, sa présence est-elle légale ?
- Un conseiller du salarié peut-il orienter un salarié qui se dit victime de harcèlement vers l'Inspection du travail ou un autre organisme ?
- Faut-il faire signer un document à l'employeur à la fin de l'entretien ? Ou quelques jours après ?
- Une demande porte sur le remboursement des frais de stationnement.

Bon nombre de ces questions simples auraient du trouver une réponse auprès de leurs formateurs, s'ils avaient au moins bénéficié d'une formation, ce qui nous l'avons vu, n'est pas toujours le cas.

La DIRECCTE a fait le point sur le bilan de la désignation 2011/2014. Il ressort qu'il y a eu renouvellement de cent quatre vingt douze conseillers, très majoritairement des hommes (cent quarante quatre), que le bilan de 2013 indique mille huit cent cinquante cinq interventions dont la DIRECCTE a été informée via le récapitulatif annuel, ce qui fait presque une douzaine d'interventions par conseiller.

La DIRECCTE a organisé le renouvellement en tenant compte de deux critères :

- Il faut un lien avec le département (y habiter ou y travailler)
- Il faut, pour les sortants, avoir rendu le récapitulatif annuel de l'activité en décembre 2013.

Les chômeurs ou les retraités ne sont pas écartés du renouvellement.

---

<sup>154</sup> Ce qui donne environ 40 %, chiffre habituel de conseillers actifs.



Outre un point sur le bilan d'activité sur 2013, la DIRECCTE a procédé à une présentation sur les droits des salariés victimes de harcèlement et de discrimination. Un support de neuf pages et sept pages de jurisprudences ont été fournis aux conseillers présents.

La DIRECCTE a choisi de privilégier les syndicats interprofessionnels dans le but de qualité et pour pouvoir répondre à tous types de demandes. Les non syndiqués et les micro-syndicats incapables de former leurs conseillers n'ont pas été repris. Le nombre de conseillers reste quand même identique. À noter que l'unité territoriale de Seine Saint Denis avait réduit d'un tiers le nombre de conseillers en 2012, au motif qu'ils ne réalisaient qu'un seul entretien par an, en moyenne, ce qui avait fait réagir les syndicats<sup>155</sup>. De même, dans les Yvelines, le nombre de conseillers est passé en 2013 de cent quatre vingt dix neuf à cent quarante, soit une baisse d'un tiers également. Les conseillers du Syndicat Anti-Précarité ont tous disparu de la liste<sup>156</sup>.

**La responsabilité de la formation** La réunion de la DIRECCTE ne peut être considérée comme une formation en tant que telle. Cette responsabilité repose sur les épaules des syndicats. Certains d'entre eux peuvent répondre à cette exigence, disposant de militants expérimentés, de locaux, de formateurs, de documentations. Les conseillers disposent d'un droit d'absence pour se former, avec maintien du salaire. Le problème majeur qui est alors posé est celui du financement de ces sessions, intégralement supporté par les syndicats, en l'absence de financement sur fonds public. En d'autres termes, les syndicats estiment qu'ils sont en première ligne dans le dispositif mais que l'État ne reconnaît pas pleinement leur rôle, en ne leur donnant pas les moyens financiers correspondant à leur implication. Il ne faut donc pas s'étonner outre mesure des carences relevées plus haut par bon nombre de praticiens. Pourquoi ne pas calquer le système sur celui des conseillers prud'hommes ?<sup>157</sup> Pour ceux-ci, la formation dispensée dans les organismes agréés est entièrement à la charge de l'État, et le financement comprend aussi bien les dépenses d'enseignement et d'organisation matérielle que les frais de déplacement et de séjour des stagiaires<sup>158</sup>. La reconnaissance de la mission d'intérêt général du conseiller du salarié ne devrait-elle pas impliquer l'engagement financier de l'État dans la formation d'un assistant ?<sup>159</sup> Si le ministère du Travail se déclare impécunieux, les OPCA, jamais à court de dotation, pourraient être mis à contribution au titre de la promotion du dialogue social.

Nous avons vu que les syndicats s'étaient emparés tôt de la mission de conseiller du salarié pour y adjoindre des fonctions de lutte contre les licenciements, pour sensibiliser les salariés licenciés à saisir le juge prud'homal, le plus souvent avec l'aide du syndicat, et parfois pour leur proposer de se syndiquer.

---

<sup>155</sup> Article du Parisien du 14 mai 2012.

<sup>156</sup> Voir note 110

<sup>157</sup> Articles L. 1442-2 et D. 1442-1 à D. 1442-10 du Code du travail.

<sup>158</sup> Mais cela n'est pas suffisant, selon le constat dressé par Alain Lacabarats, président de chambre à la Cour de cassation, dans son rapport rendu en juillet 2014, 'L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle'.

<sup>159</sup> Ludovic Roche, 'le conseiller du salarié : une institution complexe', précité, page 14

On peut qualifier cette excroissance de la mission comme un mandat syndical. Car c'est le syndicat qui demande aux conseillers du salarié qu'il a présentés à la DIRECCTE, de s'emparer de ces fonctions. Les conseillers du salarié se retrouvent donc à effectuer une mission, légale, et un mandat, syndical. Nous verrons dans la sous-section suivante que ce mandat peut être la source de leur inactivité, de leur renoncement en cours de mandat ou d'un épanouissement syndical, professionnel, personnel. Des limites peuvent être atteintes pour un certain nombre de conseillers, si ces derniers s'emparent de la mission et du mandat de façon inadaptée.

## 2) L'appropriation individuelle

Nous avons vu que parfois, certaines unités territoriales de la DIRECCTE choisissaient de ne pas reconduire les conseillers 'inactifs'. Chaque année, les conseillers doivent remplir un récapitulatif de leur activité, qu'ils doivent transmettre à l'unité territoriale qui les a désignés. Chaque unité territoriale fait remonter ces informations à la DGT. Cette dernière traduit ensuite ces informations sous forme de statistiques.

**Une désaffectation du mandat** Il ressort des statistiques que le taux d'activité réel des conseillers a toujours été globalement le même, entre 40 et 50 %<sup>160</sup>. Bien que le nombre de conseillers vient juste de cesser d'augmenter, pour se stabiliser autour des dix mille, les derniers chiffres de la DGT<sup>161</sup> reflètent un taux identique d'activité : quatre sur dix. Le nombre d'interventions est globalement de quatre par an par conseiller, ce qui donne entre huit et douze par conseiller actif. Ce qui est une moyenne car il existe de très grandes disparités, un conseiller pouvant en effectuer jusqu'à cent une, alors que d'autres n'en feront aucune<sup>162</sup>. Mais la situation du conseiller en retraite n'est évidemment pas la même que celle du conseiller en activité, ayant une vie familiale. Des conseillers du salarié eux-mêmes reconnaissent l'inactivité de certains de leurs collègues<sup>163</sup>, des conseillers prud'hommes<sup>164</sup>, et parfois la DIRECCTE<sup>165</sup>. Les conseillers inactifs n'ayant pas répondu aux demandes d'entretiens, il n'est pas possible de déterminer précisément les causes de leur inaction, ou de leur cessation d'activité réelle avant la fin de la durée de leur désignation. Il ressort tout de même que le simple désir de protection a été évoqué par de nombreux répondants, surtout des avocats<sup>166</sup>, un conseiller du salarié<sup>167</sup>, un conseiller prud'homal<sup>168</sup>, et dans le mémoire d'Alain Leblay<sup>169</sup>. Seul un avocat prétend que tel n'est pas le cas<sup>170</sup>. Il

---

<sup>160</sup> Ces chiffres sont apparus dans les circulaires DRT 98-6 du 23 juillet 1998, DRT 99-11 du 29 novembre 1999, bilan d'activité des conseillers du salarié 2000-2004 par la DRT, annexe D7.

<sup>161</sup> Voir annexe H5

<sup>162</sup> Circulaire DRT 98-6, précitée.

<sup>163</sup> Annexes B1, B8, B13 et B18.

<sup>164</sup> Annexes C2 et C4.

<sup>165</sup> Annexe D5.

<sup>166</sup> Annexes A5, A8, A9, A15, A22 et A26.

<sup>167</sup> Annexe B11.

<sup>168</sup> Annexe C4.

<sup>169</sup> Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, précité, page 39.

<sup>170</sup> Annexe A11.

n'est pas exclu non plus que le fait de ne pas avoir été formé, ou très succinctement fige de peur certains conseillers, persuadés de ne pas être à la hauteur. Le fait de devoir intervenir dans des lieux différents, ou des secteurs d'activité différents, seul face à l'employeur doit aussi être à prendre en compte. Cela ne devrait pas être, en théorie, un problème pour des militants aguerris (ce qui suppose donc le cumul de fonctions à un moment donné). À cela s'ajoute une image moins valorisante que celle de conseiller prud'homme<sup>171</sup>.

Le cumul de mandats, fréquents, laisse moins de possibilité à certains conseillers de pouvoir répondre positivement à toutes les demandes, d'autant plus que crédit d'heures est rapidement atteint : quinze heures seulement. Il peut y avoir aussi une peur de déplaire à son employeur, en désorganisant le service ou l'entreprise de par les absences répétées<sup>172</sup>. Les conseillers doivent de plus composer avec des remboursements de frais tardifs<sup>173</sup>, et du temps passé à préparer les dossiers et la rédaction de comptes-rendus non pris en compte dans le décompte des heures de mission. Car les conseillers ne comptent pas leurs heures pour aider les salariés. Ceux qui ont répondu à cette étude disent aimer leur mandat<sup>174</sup>. Mais ils le considèrent en majorité comme envahissant, prenant sur leur temps personnel. Le temps passé à l'étude du dossier passe d'abord par l'écoute du salarié en face à face, parfois par téléphone. Le conseiller du salarié doit faire preuve d'empathie et appréhender la situation tant sur le plan juridique qu'émotionnel<sup>175</sup>. Mais le taux de désaffection de ce mandat doit pouvoir être comparé à celui qui touche les autres mandats, internes, comme les délégués du personnel ou membre du comité d'entreprise, ou externe, comme les conseillers prud'hommes.

**Une possible source d'épanouissement personnel** Lorsque des conseillers s'expriment dans la presse, sur internet ou à la télévision, c'est moins pour aborder l'aspect juridique que les relations humaines. Richard Bloch, conseiller du salarié sur Paris, témoigne sur le site internet Rue89 de la souffrance au travail qu'il perçoit au cours de ses nombreuses interventions<sup>176</sup>. Tino Fortunat, ancien conseiller du salarié de Paris, a rencontré des salariés désemparés voire choqués<sup>177</sup>. Quant à Raphaël Jornet, décédé en avril 2014, il se définissait comme un voyeur de licenciement<sup>178</sup>. Un conseiller du salarié a dressé, dans un article de son syndicat départemental, le panorama de son mandat, le décrivant plus comme humain

---

<sup>171</sup> Annexe A15 notamment.

<sup>172</sup> Annexe B13.

<sup>173</sup> « Quant aux indemnités de déplacement, elles sont calculées au plus juste, remboursées de six mois à plus d'un an après. L'avance est donc consentie par le conseiller : tout se passe comme si celui-ci payait pour accomplir sa fonction. » Jean Ferrette, Au delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié, précité, page 9

<sup>174</sup> Annexes B1, B4, B5, B6, B8, B9, B11, B12, B13, B15, B16, B18, B19, B20 et B21.

<sup>175</sup> « Les conseillers se considèrent souvent comme des assistantes sociales. », Ludovic Roche, 'le conseiller du salarié : une institution complexe', précité, page 14.

<sup>176</sup> <http://rue89.nouvelobs.com/rue89-eco/2012/09/02/rupture-conventionnelle-si-vous-nacceptez-pas-je-vous-licencie-234976>

<sup>177</sup> <http://www.chronique-ouvriere.fr/spip.php?article93>

<sup>178</sup> <http://vimeo.com/3080419>

que juridique<sup>179</sup>. Nous reconnaissons que l'aspect émotionnel touche à la fois les salariés<sup>180</sup>, le conseiller<sup>181</sup>, voire même l'employeur<sup>182</sup>.

Il faut donc avoir la foi quand on réalise cette mission, et croire en l'utilité du mandat. Malgré tout, ce mandat permet à des conseillers d'accéder à d'autres responsabilités comme conseiller prud'homal<sup>183</sup>, responsable juridique d'un syndicat, responsable départemental d'un syndicat.

Salariés souvent « sortis du rang », autodidactes, les conseillers acquièrent un véritable niveau d'expertise juridique<sup>184</sup>. Le statut de conseiller du salarié peut même ouvrir la voie à une nouvelle forme de promotion sociale pour les classes populaires, pourvu que ces compétences, bien réelles, leur soient reconnues dans un emploi, ou par une validation des acquis par la voie universitaire<sup>185</sup>.

Les connaissances acquises, l'aisance issue de l'expérience peut pousser certains conseillers à faire connaître leurs talents au-delà des salariés qu'ils assistent. Raphaël Jornet tenait un site internet personnel dépassant les cent soixante dix mille vues<sup>186</sup>, Karim Lakjâa également, mais dans une présentation plus sobre<sup>187</sup>, l'auteur de ce mémoire a ouvert un site internet d'informations sur le licenciement<sup>188</sup>, et est l'auteur d'un livre sur les entretiens préalables au licenciement<sup>189</sup>. La reconnaissance, l'objectif de légitimation, ou l'ambition des conseillers du salarié peuvent donc se manifester sous plusieurs formes, y compris sous la forme du pouvoir que peut ressentir un conseiller vis à vis d'un employeur<sup>190</sup>.

**Dévolement de la fonction** Mais il ne faut pas que la saine ambition transforme le conseiller en un être aux actions incontrôlables. D'autant qu'il n'existe aucune évaluation des conseillers<sup>191</sup>, en dehors des statistiques peu fiables de la DGT<sup>192</sup>.

Dès 1992, la Direction du travail se rendait compte que selon elle, certains conseillers excédaient leur mission. Sans doute faut-il y avoir une trace de l'apparition du mandat, car les excès pointés du doigt n'étaient autre que la préparation de l'entretien, ou la rédaction de compte rendu. Ces deux pratiques étaient tellement répandues (à l'inverse de ce que peuvent penser les avocats) que la circulaire 92-15 tirait les conséquences en accordant la

---

<sup>179</sup> Annexe B2.

<sup>180</sup> L'auteur a vu deux salariées pleurer, l'une avant l'entretien, une autre pendant.

<sup>181</sup> L'auteur a appris le suicide d'un salarié qu'il avait accompagné quelques années plus tôt, en revenant assister une salariée dans cette même entreprise. Cela a eu lieu 6 mois après le licenciement.

<sup>182</sup> L'auteur a constaté que nombre d'employeurs avaient les mains qui tremblaient lors de l'entretien.

<sup>183</sup> Le remplacement de l'élection des conseillers prud'hommes par leur désignation ne changera rien à ce sujet.

<sup>184</sup> Jean Ferrette, « Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié », précité page 61.

<sup>185</sup> Trois universités parisiennes permettent ainsi à des militants aguerris, entre autres, de pouvoir valider leurs connaissances avec un Master 2 en droit du travail : Paris II, Paris XI et Paris XIII.

<sup>186</sup> <http://raphaeljornet.free.fr>

<sup>187</sup> <http://www.conseillerdusalarie51.fr>

<sup>188</sup> <http://lelicenciement.fr>

<sup>189</sup> '100 licenciements', n° ISBN 9782953145403.

<sup>190</sup> « Il y a peut être un sentiment de revanche sociale ». Annexe B2

<sup>191</sup> Jean Ferrette, « Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié », précité, page 59.

<sup>192</sup> La DGT reconnaît que le nombre d'interventions déclaré est inférieur aux demandes de remboursement, d'environ un tiers. La DGT pourrait y remédier en identifiant chaque conseiller avec le numéro de Sécurité sociale. L'activité réelle serait alors connue à l'unité près.

prise en charge du temps passé à la préparation de l'entretien si celui-ci avait lieu juste avant l'entretien préalable au licenciement.

Autre dérapage possible est la mauvaise interprétation que pourrait faire le conseiller du salarié de sa mission. Il arrive qu'il se range du côté des employeurs, ce qui est pointé du doigt par de nombreux répondants avocats<sup>193</sup>, une seule fois par un conseiller<sup>194</sup>. Mais il ne faut pas généraliser cette dérive comportementale dont la faute ne repose pas sur l'essence même de la mission, comme le proclame Daniel Boulmier : « L'action du conseiller du salarié recadrant l'employeur lors de l'entretien préalable afin de faire respecter les règles en ferait 'un conseiller de l'employeur', payé par l'état et formé par les syndicats»<sup>195</sup>. Or il n'en est rien : les conseillers laissent, pour la très grande majorité d'entre eux, l'employeur commettre des irrégularités<sup>196</sup> pour que le salarié en tire une compensation supplémentaire. Seul un conseiller a répondu qu'il s'était permis de recadrer un employeur, non dans le but d'étaler son savoir, mais dans celui de défendre les droits du salarié<sup>197</sup>.

**Finalité de la mission** Daniel Boulmier dit qu'il observe parfois qu'un conseiller du salarié fasse remarquer avant l'entretien préalable au licenciement, que la lettre de convocation ne mentionne pas la possibilité de faire appel à un conseiller, il demande un report de l'entretien préalable pour pouvoir venir. Il répare ce faisant l'irrégularité, sauvant l'employeur d'une condamnation pour irrégularité de procédure. Cela a pu arriver, et cela n'est pas préjudiciable au salarié, surtout si c'est le salarié qui en fait la demande auprès du conseiller. L'idée d'aller à l'entretien seul peut paniquer un salarié, plus que de pouvoir espérer, après des années de procédure prud'homale et de Cour d'appel, toucher un mois de salaire pour un défaut de procédure, en ayant avancé des frais de défense conséquents. De plus, au-delà de la présence rassurante du conseiller, l'action de ce dernier peut aboutir à la requalification de la faute<sup>198</sup>, voire à son éviction.

À la question posée par Daniel Boulmier « est-il toujours judicieux de faire requalifier une faute grave, nécessairement suivie d'un licenciement, en une faute de moindre importance, si le licenciement demeure néanmoins la sanction finale ? », il s'avère que le salarié qui n'est licencié que pour faute simple perçoit son préavis et l'indemnité de licenciement, a le bénéfice d'avoir du temps pour tenter de trouver un emploi au plus vite. Il y a aussi une charge psychologique moins lourde à porter, l'image de faute grave étant parfois stigmatisante auprès d'un futur employeur, de Pôle Emploi, ou de l'entourage du salarié. De plus, un licenciement pour faute simple n'empêchera pas le salarié de saisir le conseil des prud'hommes. Et ne rien dire pendant l'entretien préalable au licenciement revient à miser sur l'espoir que les juges considéreront le licenciement comme sans cause réelle et sérieuse. C'est risqué : « En matière de licenciement, les salariés ne se contentent plus de demander

---

<sup>193</sup> Annexes A2, A3, A5, A8, A12, A15, A20, A22, A23, A24 et A26.

<sup>194</sup> Annexe B1.

<sup>195</sup> Daniel Boulmier, 'Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ?', précité.

<sup>196</sup> Annexes B1, B7, B9 et B21.

<sup>197</sup> Annexe B2.

<sup>198</sup> Bilan de la DRT 1995.

une indemnité de départ, ils remettent en question le motif même de leur renvoi. Il est vrai que les employeurs ont tendance à charger la barque, sachant que les salariés feront des recours pour obtenir, par exemple, la requalification d'une " faute grave " en " cause réelle et sérieuse ". Ce qui leur permet de récupérer leur indemnité de licenciement (mais sans dommages et intérêts)<sup>199</sup>». Le salarié touchera éventuellement, et tardivement réparation. Cette façon de voir est celle d'un non-praticien ne côtoyant pas les faits, ne percevant pas la réalité de la détresse psychologique et financière du salarié qui fait appel à un conseiller. Daniel Boulmier exige des conseillers qu'ils sacrifient les demandes présentes, concrètes et légitimes des salariés, au profit d'une lutte de libération abstraite et absolue. Les conseillers, personnes de terrain, accomplissant leur mission avec un investissement personnel en ont décidé autrement : la DRT a bien remarqué que « l'activité des conseillers permet parfois d'éviter ou de retarder des licenciements ou dans de nombreux cas, d'atténuer la sanction envisagée<sup>200</sup> ».

**Rupture anticipée de contrat à durée déterminée** Les conseillers ne peuvent légalement intervenir pendant une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée<sup>201</sup>. Daniel Boulmier voit dans la présence éventuelle des conseillers du salarié pendant l'entretien préalable à une rupture anticipée une menace de préjudice des droits des salariés, si le conseiller se mettait, cette fois-ci, à entraver la volonté patronale de licencier, au motif que le salarié perdrait certes son emploi, mais gagnerait, au bout d'une longue procédure prud'homale suivie d'appel, le salaire correspondant au temps restant à courir jusqu'à la fin du contrat. À croire cet auteur, un quelconque souhait du salarié, comme celui de conserver son emploi, devrait être écarté au profit d'une quérulence, que l'auteur considère comme inéluctable. Or, tous les salariés licenciés ne vont pas aux prud'hommes, loin de là : « Chaque année, près d'un quart des salariés licenciés engagent une action contre leur ancien employeur devant les tribunaux du travail. Toutefois le taux de recours est très différent selon le type de licenciement : 1,5 % en cas de licenciement pour motif économique ; 22 à 23 % en cas de licenciement pour motif personnel<sup>202</sup>».

Nous savons à présent que les syndicats et les conseillers ont désormais intégré un mandat à la mission légale de conseiller, et ce, dès la promulgation de la loi. La fonction de conseiller du salarié existe toujours, et le nombre de conseillers vient d'atteindre la stabilité, signe de maturité. Malgré tout, les syndicats, au niveau local, déplorent le manque de moyens matériels et de formation, et pointent du doigt les retards de remboursement de frais. Les résultats de l'objectif de syndicalisation se sont montrés en deçà des espérances. De la

---

<sup>199</sup> Édouard Lederer, Aux prud'hommes, ça se durcit, l'Express le 28/11/2008.

<sup>200</sup> Circulaire DRT 96-9 précitée.

<sup>201</sup> La jurisprudence oblige désormais l'employeur à convoquer un salarié lors d'une procédure disciplinaire (Cass. soc. du 20 novembre 1991, n° 88-41265, Cass. Soc. du 27 juin 2001, n°99-42216)

<sup>202</sup> Données 2000 à 2004 citées par Bobbio, M., De la difficulté de licencier... in Le contrat de travail, CEE, collection Repères n° 505, (2008), La Découverte, p. 43.

mission légale de faciliter le dialogue lors de l'entretien au mandat syndical de maintenir l'emploi, seule la première a tenu ses promesses.

Dans quelles conditions les conseillers mettent-ils en pratique leur mission et leur mandat ? Préparent-ils l'entretien ? Avec quels moyens et dans quel but ? Les conseillers et les salariés se rencontrent-ils avant ? Les conseillers agissent-ils tous de manière homogène ou existe-t-il des différences par syndicat ? Y a-t-il des spécificités inattendues ? Nous tenterons de répondre à cette question dans la seconde partie.

## 2<sup>ème</sup> partie

### L'action du conseiller du salarié

Nous avons étudié dans la première partie la création du régime de la mission, légale et administrative du conseiller du salarié, qui est la réponse du législateur au nécessaire accompagnement du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement. Nous avons vu qu'à la mission légale, les syndicats ont ajouté un mandat syndical. Ce mandat est virtuel, car il n'est codifié nulle part. Il est pourtant le moteur principal du conseiller. Rappelons-nous que les directeurs départementaux du travail avaient eu des difficultés à trouver des volontaires en nombre suffisant.

La seconde partie de ce mémoire sera consacrée à la mise en œuvre de la mission et du mandat. Nous verrons l'action du conseiller du salarié en 2014 que nous comparerons avec le régime légal et la volonté syndicale.

#### **A De la désignation à l'entretien**

Une fois nommé, le conseiller du salarié effectuera ses missions. Bien que les dispositions légales ne le prévoient pas, certains conseillers préparent l'entretien préalable. Quasiment tous les conseillers interrogés pratiquent ainsi.

Nous étudierons dans un premier temps la préparation de l'entretien préalable par le conseiller, puis dans un second temps le déroulement de l'entretien préalable au licenciement.

##### **a. La préparation de l'entretien**

Lorsqu'un salarié d'une entreprise est convoqué à un entretien préalable au licenciement, dans une entreprise dépourvue de représentants du personnel, la convocation indique, si la loi est respectée, la possibilité de se faire assister par un membre du personnel ou par un conseiller du salarié<sup>203</sup>. Ni le Code du travail ni les circulaires ne prévoient que l'employeur fournisse la liste des conseillers. Mais si c'était le cas, ce serait une mesure qui ne coûterait rien à l'État et quasiment rien à l'employeur. Elle aurait pour effet d'inciter les salariés à se faire assister. Car tous n'ont pas ce réflexe<sup>204</sup>. Les listes sont disponibles en mairie ou à l'Inspection du travail. Aucun intervenant interrogé lors de ce mémoire ne fait état de blocage venant des mairies. Mais elles ne détiennent pas forcément les listes à jour. La plupart des listes se trouvent aussi sur les sites internet des DIRECCTE ; encore faut-il le savoir. Ces listes ne mentionnent pas les langues étrangères parlées par les conseillers. Cette mention pourrait être utile lorsque des salariés peu francophones sont convoqués.

Lorsque le salarié décide de se faire assister par un conseiller du salarié, commence alors pour lui un douloureux chemin de croix. Car la difficulté de trouver un conseiller disponible

---

<sup>203</sup> Article L1232-4 du Code du travail

<sup>204</sup> Voir annexe A3



est connue de la majorité des avocats<sup>205</sup>, des conseillers eux-mêmes<sup>206</sup>, des conseillers prud'hommes<sup>207</sup>, des DIRECCTE<sup>208</sup> et des syndicats<sup>209</sup>. Il n'y a que certains avocats pour ne pas consentir à cette assertion<sup>210</sup>.

Les causes de cette difficulté résident dans plusieurs raisons déjà citées plus haut : le crédit d'heures d'absence limité, le cumul des mandats, le manque de formation, l'inactivité volontaire, la volonté de ne pas apporter de gêne à leur employeur par de multiples absences<sup>211</sup>, l'abandon de la mission en cours de mandat pour divers motifs, comme le fait de s'être trompé sur le contenu de la mission, de devoir attendre des mois les remboursements de frais, ou de s'apercevoir de l'aspect chronophage du mandat. Le crédit d'heures peut faire l'objet de débats, tant il existe un écart important entre l'activité de certains conseillers, et l'inactivité de près de la moitié. Près de la moitié des conseillers ayant participé à l'étude déclare avoir un nombre d'heures suffisant<sup>212</sup>, quand l'autre moitié en voudrait plus, ou trouvent que l'activité leur prend beaucoup de temps<sup>213</sup>. Ce dernier point de vue est partagé par des conseillers prud'hommes<sup>214</sup>, des DIRECCTE<sup>215</sup>, des responsables de syndicat<sup>216</sup>. Les coordonnées présentes sur les listes peuvent être celles du conseiller<sup>217</sup> ou du syndicat<sup>218</sup>, cette dernière méthode étant mise en avant par la CFDT. Du fait du manque de conseillers disponibles, des salariés appellent la liste entière, qui peut comprendre plusieurs centaines de noms, par exemple quatre cent quatre vingt trois conseillers sur Paris en 2013<sup>219</sup>. Certains conseillers sont donc appelés à la dernière minute et s'en plaignent<sup>220</sup>. Il est possible que l'urgence de ces situations répugne à la poursuite de l'effectivité du mandat.

Lorsque salarié et conseiller sont enfin en contact, ce dernier s'efforce de donner tout son sens à la dénomination de sa mission. La quasi-totalité des conseillers<sup>221</sup> ayant répondu s'estiment utiles, comme certains conseillers prud'hommes<sup>222</sup>, des avocats<sup>223</sup>, deux

---

<sup>205</sup> Voir annexes A2, A3, A5, A6, A8, A9, A13, A15, A18, A22, A23, A24, A25 et A26.

<sup>206</sup> Voir annexes B1, B4, B8, B11, B13, B16 et B17

<sup>207</sup> Voir annexes C2 et C6

<sup>208</sup> Voir annexes D5 et D7

<sup>209</sup> Voir annexe F2

<sup>210</sup> Voir annexes A4, A10, A11, A14, A16, A19 et A21

<sup>211</sup> Des conseillers ont eu des problèmes avec leur employeur (annexes B9, B13 et B18), alors que d'autres non (annexes B1, B12 et B19)

<sup>212</sup> Voir annexes B1, B8, B9, B10, B11, B15, B16, B20 et B21

<sup>213</sup> Voir annexes B2, B4, B5, B9, B10, B11, B12, B14, B17 et B18

<sup>214</sup> Voir annexe C2

<sup>215</sup> Voir annexes D1 et D7, Circulaires DRT 96-9 et DRT 99-11 précitées.

<sup>216</sup> Voir annexes F1 et F2

<sup>217</sup> Voir annexes B2, B5, B8, B13, B14, B15, B16, B21 et F2.

<sup>218</sup> Voir annexes B3, B4, B6, B10, B12, B15, B18 et B20

<sup>219</sup> Didier Schneider, 10000 conseillers du salarié, Miroir Social, 28 juillet 2014

<sup>220</sup> Voir annexe B1

<sup>221</sup> Voir annexes B2, B3, B4, B5, B6, B8, B9, B10, B12, B13, B15, B16, B19, B20 et B21

<sup>222</sup> Voir annexe C3

<sup>223</sup> Voir annexes A3, A4, A11, A12, A13, A15 et A26

DIRECTE<sup>224</sup>, un responsable de syndicat<sup>225</sup>, tout comme Michel Coffineau<sup>226</sup> et Martine Aubry<sup>227</sup>.

**L'organisation de la rencontre** Le Code du travail n'indique pas précisément qu'une préparation de l'entretien s'avère nécessaire ou même éventuelle. L'article L1232-8<sup>228</sup> n'indique que l'employeur doit laisser au conseiller le temps imparti à sa mission. Ce dernier est donc autonome dans la gestion du temps de celle-ci. Le ministère du Travail<sup>229</sup> a circonscrit le temps de mission du conseiller en limitant l'autorisation d'absence au strict cadre de l'entretien préalable. Ce dernier comprend, selon le ministère, outre la durée de l'entretien lui-même, le temps nécessaire au conseiller pour se rendre sur les lieux de l'entretien et regagner soit son domicile ou son lieu de travail, et ne peut, en conséquence, être utilisée à l'occasion d'autres activités, par exemple, lors des éventuelles rencontres qui pourraient avoir lieu entre le conseiller et le salarié pour préparer l'entretien<sup>230</sup>. Il a ensuite reconnu<sup>231</sup> qu'un travail préparatoire à l'entretien s'avérait presque toujours nécessaire, et qu'il convenait de considérer que, lorsqu'une rencontre préalable avait lieu entre le conseiller et le salarié pour préparer l'entretien, sa durée pouvait s'imputer sur la durée des autorisations d'absence, dès lors qu'elle intervenait immédiatement avant la tenue de l'entretien.

**Étude du dossier** La quasi-totalité des conseillers ayant répondu à cette étude assurent étudier le dossier des salariés qu'ils vont assister<sup>232</sup>. Soit par un entretien téléphonique seul ou suivi d'un entretien en face à face, soit par ce dernier cas seulement. Plus tôt se déroule cette étude de dossier, plus le conseiller et le salarié auront pu récupérer les informations utiles, et construire la défense. Nous verrons plus loin que nombre d'avocats mettent en doute le fait que les conseillers étudient les dossiers avant l'entretien. Sans doute faut-il voir dans ces disparités de point de vues le fait que les conseillers ayant répondu sont les plus proactifs, et que ceux qui n'ont pas pris la peine de répondre ou que les syndicats n'ont pas fait participer à cette étude ne sont pas les plus impliqués.

Le conseiller demande au salarié d'expliquer la situation et de lister les causes possibles du licenciement. En effet, à part pour les motifs économiques, qui peuvent se reconnaître à la première lecture de la lettre de convocation à l'entretien préalable en raison de la présence de l'article L1233-11 du Code du travail, l'entretien préalable à licenciement pour un autre motif n'est guère explicite. La Cour de cassation a jugé que l'énonciation de l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation adressée au salarié par un employeur qui veut

---

<sup>224</sup> Voir annexes D2 et D7

<sup>225</sup> Voir annexe F1

<sup>226</sup> Voir note 96

<sup>227</sup> Voir note 98

<sup>228</sup> Voir annexe H12

<sup>229</sup> Circulaire DRT 91-16 précitée, article 1.2.2

<sup>230</sup> Idem

<sup>231</sup> Circulaire DRT 92-15, précitée, article 3

<sup>232</sup> Voir annexes B1, B2, B3, B4, B5, B6, B8, B9, B10, B11, B12, B13, B14, B15, B16, B17, B18 et B21

procéder à son licenciement et la tenue d'un entretien préalable au cours duquel le salarié qui a la faculté d'être assisté peut se défendre contre les griefs formulés par son employeur, satisfait à l'exigence de loyauté et du respect des droits du salarié<sup>233</sup>. Cependant, la cour d'appel de Paris a jugé le contraire récemment<sup>234</sup>, en s'appuyant sur l'article 7 de la Convention OIT n°158 qui énonce qu'un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées. Voilà un combat syndical que les conseillers du salarié les plus pointus pourront aider à mener, aidés par la doctrine<sup>235</sup>. Car l'effet de surprise lors de l'entretien est un piège tant pour le salarié que pour le conseiller.

L'on pourra opposer que la décision est de toute façon déjà prise, comme l'ont reconnu presque tous les avocats<sup>236</sup> et les conseillers du salarié<sup>237</sup>, un conseiller prud'homal<sup>238</sup>, le ministère du Travail<sup>239</sup>, et l'étude de Jean Ferrette<sup>240</sup>.

**Le souhait du salarié** De plus, bien souvent, le salarié ne souhaite pas rester dans l'entreprise, estimant que s'il échappait temporairement au licenciement, ce serait pour y subir des conditions de travail plus stressantes. Les représailles patronales sont présentes dans les esprits des salariés, qui craignent aussi que l'employeur mettrait le temps du répit pour préparer un licenciement sans faille ni aucune porte de sortie. En fonction du souhait du salarié de vouloir rester ou de se laisser licencier sans trop combattre, la stratégie du conseiller sera différente.

À l'inverse, alors que le Code du travail les y contraint<sup>241</sup>, les salariés assistés ne préviennent pas forcément l'employeur de la présence du conseiller. L'employeur pourra à juste titre refuser la présence du conseiller, rendant la tenue de l'entretien plus angoissante pour le salarié<sup>242</sup>. Si certains conseillers pratiquent ainsi en pleine connaissance de cause pour réaliser un effet de surprise<sup>243</sup>, d'autres se font piéger par leur ignorance. Pour lutter contre cette dernière, et rassurer les nouveaux conseillers, certaines organisations syndicales départementales proposent aux anciens de les accompagner une ou deux fois<sup>244</sup>.

Une fois l'entretien préparé, le salarié et le conseiller se retrouvent à l'entretien préalable. Nous verrons dans la section suivante comment se déroule celui-ci, avec l'action du conseiller.

---

<sup>233</sup> Cass. Soc. 19 décembre 2007 n° 06-44592

<sup>234</sup> CA Paris, 7/5/2014, S 12/02642

<sup>235</sup> Alain Hinot, Chronique Ouvrière, 26/12/2011

<sup>236</sup> Voir annexes A3, A5, A6, A7, A8, A11, A13, A15, A16, A17, A18, A19, A21 et A25

<sup>237</sup> Voir annexes B1, B2, B3, B5, B8, B9, B10, B11, B12, B13, B14, B15, B20 et B21

<sup>238</sup> Voir annexe C4

<sup>239</sup> Circulaires DRT 96-9 et DRT 99-11 précitées.

<sup>240</sup> Jean Ferrette, 'Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié', précitée, page 8

<sup>241</sup> Article R 1232-2

<sup>242</sup> Voir annexe G1

<sup>243</sup> Voir annexes B3 et B8

<sup>244</sup> Voir annexes B9 et C4

### b. la tenue de l'entretien préalable

Nous avons vu que le conseiller prépare l'entretien préalable au licenciement, conjointement avec le salarié. Nous entrons dans l'aboutissement de la mission, l'action la plus attendue du conseiller : sa pratique lors de l'entretien préalable.

Lors de l'entretien préalable, il y a le plus souvent deux situations : soit le salarié travaille toujours, n'est donc pas en situation de mise à pied, et l'heure du rendez-vous est située au milieu des heures de travail. Lorsque le conseiller arrive dans l'entreprise, c'est le salarié qui a fait appel à lui qui vient l'ouvrir.

Dans le cas de mise à pied, qui n'est pas rare, ou dans le cas où l'entretien se déroule à l'heure d'ouverture de l'entreprise, le salarié et le conseiller arrivent ensemble à l'entreprise. Seulement dans ce cas l'entretien préparatoire a pu se tenir immédiatement avant.

**Information de l'employeur** Dans un certain nombre de cas, peu chiffrables, rares, les conseillers ne peuvent pénétrer dans l'entreprise<sup>245</sup>. Ce sont des cas où l'employeur méconnaît le rôle du conseiller. Mais il arrive parfois que le conseiller soit en tort, soit par ce que la convocation ne mentionne pas la possibilité de sa présence, soit par ce que le salarié n'a pas averti l'employeur de la présence du conseiller<sup>246</sup>. Il appartient au conseiller d'informer le salarié sur ce sujet. Si aucun délai ne vient encadrer ce délai de prévenance, celui-ci ne doit pas apparaître nul ou ridicule<sup>247</sup>. Nous estimons qu'il convient que le conseiller demande à chaque salarié de prévenir une demi-heure avant l'heure de convocation. Prévenir plus tôt permettrait à l'employeur de mieux préparer l'entretien, et le conseiller peut être absent le jour dit pour cause d'accident ou de maladie. Le salarié peut prévenir l'employeur quand il sait pertinemment que le conseiller sera présent, c'est-à-dire juste un peu avant l'entretien. Le conseiller du salarié n'oubliera pas de rappeler au salarié la situation d'infériorité qui consiste à priver le salarié de l'information sur les griefs reprochés. Il est permis de faire le parallèle entre l'effet de surprise sur les griefs reprochés, et celui sur la présence du conseiller.

Chaque conseiller est doté d'une carte que lui envoie<sup>248</sup> ou lui remet<sup>249</sup> l'unité territoriale de la DIRECCTE qui l'a désigné. Un certain nombre d'employeurs souhaitent photocopier la carte. Certains conseillers acceptent<sup>250</sup>, d'autres refusent<sup>251</sup>. Bien qu'aucune indication précise ne se trouve dans les circulaires à ce sujet, les unités territoriales semblent réticentes<sup>252</sup> voire hostiles<sup>253</sup> à une photocopie d'un document officiel. Ce refus de photocopie a été intégré dans la plate-forme revendicative de la CGT à la suite d'une intervention d'un conseiller du salarié du VAR lors d'une journée de travail sur le thème des

---

<sup>245</sup> Voir annexes B1 et B13

<sup>246</sup> Voir annexe G1

<sup>247</sup> Dix secondes avant par exemple.

<sup>248</sup> Cas le plus fréquent

<sup>249</sup> Cas moins fréquent, obligeant les conseillers à se rendre au siège de l'unité territoriale, voir annexe D3

<sup>250</sup> Voir annexe B8 et B13

<sup>251</sup> Voir annexe B2, B3, B5 et B21.

<sup>252</sup> Voir annexe D1

<sup>253</sup> Voir annexe D4

conseillers du salarié<sup>254</sup>, qui avait fait la remarque que des photocopies de cartes de conseillers du salarié se retrouvaient dans les dossiers de rupture conventionnelle, alors que ces conseillers n'étaient pas intervenus. Les employeurs indécents qui se livraient à ce genre de manœuvre espéraient que ces demandes de rupture passeraient sans encombre le contrôle administratif. Mais la présence des photocopies de cartes de conseillers du salarié dans les dossiers de rupture conventionnelle ne semble pas être très fréquente<sup>255</sup>.

**Déroulement de l'entretien** Lors de l'entretien, l'employeur peut se faire assister par une personne de l'entreprise, sauf si cette procédure porte atteinte ou fasse grief aux intérêts du salarié<sup>256</sup>. La préparation de l'entretien sert entre autres à informer le salarié que si l'assistant de l'employeur ne lui est clairement pas favorable, il est possible d'exclure cette personne. Le conseiller, dès son arrivée, demandera au salarié si la présence de l'assistant lui cause grief. Dans la quasi-totalité de cas, l'assistant sort, et l'employeur se retrouve seul<sup>257</sup>. L'auteur n'a été confronté qu'à un seul refus d'exclure l'assistant, sur deux cent soixante dix entretiens.

L'endroit où se déroule l'entretien est aussi révélateur de la façon dont est traité le salarié, et ses collègues quand il en a. Le plus souvent dans une pièce aux portes closes, mais cela peut être debout devant le magasin<sup>258</sup>, ou dans une pièce de deux mètres carrés. Quand c'est un magasin, l'entretien peut devenir humiliant s'il se déroule en présence de clients<sup>259</sup>. Le conseiller du salarié a une mission d'assistance et de conseil lors de l'entretien préalable au licenciement. Il peut donc intervenir, demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter des observations. S'il arrive que le conseiller se tienne coi lors de l'entretien, par peur, par ignorance, ou par volonté de neutralité<sup>260</sup>, certains employeurs n'hésitent pas à ordonner au conseiller de se taire<sup>261</sup>.

**Risques physiques** Mais que ce dernier s'exprime ou non ne gêne pas plusieurs employeurs qui abordent l'entretien comme un conflit<sup>262</sup>. Au point que la mission de conseiller du salarié soit considérée comme 'à risque'. Accompagnant un salarié à un entretien préalable à un licenciement, un conseiller CGT de la Somme a été agressé par le patron<sup>263</sup>. Venue soutenir un salarié menacé de licenciement à Saint-Lys dans la Haute-Garonne, une conseillère est agressée<sup>264</sup>. Les suites judiciaires peuvent aboutir à une condamnation de l'employeur pour atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié<sup>265</sup>. L'application de la

---

<sup>254</sup> Voir annexe H6

<sup>255</sup> Voir annexe D3

<sup>256</sup> Cass. soc. 12-03-1986, n° 83-41908

<sup>257</sup> '100 licenciements', précité, page 241

<sup>258</sup> '100 licenciements', précité, pages 191, 329

<sup>259</sup> '100 licenciements', précité, page 87

<sup>260</sup> Voir annexe G2

<sup>261</sup> '100 licenciements', précité, page 46

<sup>262</sup> Voir annexes B1, B4, B6, B12, B13, B14, B15 et B21

<sup>263</sup> <http://www.humanite.fr/node/332045>

<sup>264</sup> <http://www.ladepeche.fr/article/2008/07/12/463811-saint-lys-un-patron-frappe-une-delegee-syndicale.html>

<sup>265</sup> Jugement n° 9929290736 du 23 février 2001, du tribunal de grande instance de Paris. Une altercation a opposé le conseiller du salarié à l'employeur dès le début de l'entretien, mettant fin prématurément à l'entretien. L'Inspection

sanction ne se manifeste pas par l'exagération<sup>266 267</sup>. Les plaintes sont parfois classées sans suite<sup>268</sup>. Les DIRECCTE ne réagissent pas toujours en cas d'agression<sup>269</sup>. Les syndicats peuvent faire défaut surtout quand il faut payer un avocat pour une affaire correctionnelle. Ainsi, un conseiller de l'Indre<sup>270</sup> s'est fait agresser lors d'un entretien en février 2011. Le conseiller a déposé plainte, l'employeur aussi car le conseiller s'était défendu en pulvérisant l'employeur avec une bombe au poivre. Les deux ont été condamnés<sup>271</sup>. Le conseiller a du payer les frais d'avocats et la constitution de partie civile, pour mille sept cent euros. L'union départementale du syndicat n'a pas avancé les fonds, ni remboursé le conseiller du salarié. Le syndicat n'était pas présent à l'audience, mais l'Inspection du travail, oui. Le conseiller, ayant été condamné, a été convoqué à la gendarmerie pour un prélèvement salivaire, comme tout délinquant. Ce conseiller revendique l'obtention de l'aide juridictionnelle d'État pour les conseillers en mission<sup>272</sup>.

**Droit social et de relations de travail** Mais dans la plupart des cas, l'entretien se déroule sans accrocs majeurs. Chacun jouant son rôle tel qu'il l'a préparé<sup>273 274</sup>. Droit social et relations de travail sont imbriqués. D'où la nécessité d'une formation des conseillers, ne serait-ce que rudimentaire, sur ce point. Il arrive parfois que le conseiller défende la thèse de l'employeur et fasse la leçon au salarié<sup>275</sup>. Le conseiller peut prendre des notes lors de l'entretien.

La composition d'un entretien peut se résumer à la présentation du motif de licenciement, de la réponse du salarié, éventuellement des interventions du conseiller. Une conversation se noue entre les différents intervenants<sup>276</sup>.

**Négociateur** Bien que le conseiller ait pu être présenté comme un négociateur<sup>277</sup>, c'est loin d'être le cas. Tout d'abord, pour pouvoir négocier, il faut avoir de quoi échanger, troquer. Au mieux, la venue du conseiller changera-t-elle un licenciement prévu pour faute grave en faute simple, non par la grâce des arguments développés, mais par la grande probabilité de

---

du travail relevait procès verbal de ce qui lui a paru comme une infraction. Le procureur a procédé à la citation du prévenu.

<sup>266</sup> Le conseiller, partie civile, reçoit 1000 francs. L'employeur est condamné à 5000 francs.

<sup>267</sup> Une amende contraventionnelle de trois cent euros à titre de peine principale pour 'menaces réitérées de violences'. 31 mars 2009, jugement n° : 00920517090770020, tribunal de proximité de Châteauroux

<sup>268</sup> Voir annexe B4

<sup>269</sup> Voir annexe B15

<sup>270</sup> Voir annexe B14

<sup>271</sup> TGI Châteauroux 20/6/2014, minute 905/2014, violence aggravée par deux circonstances suivie d'incapacité n'excédant pas 8 jours.

<sup>272</sup> La circulaire DRT 91-16 ne prévoit que l'assurance du véhicule. Cette circulaire et la suivante, 92-15, ne sont plus à jour depuis des années. Outre la recodification du Code du travail intervenue en 2008, ces circulaires renvoient parfois à des textes abrogés ou sont rendues désuètes depuis l'arrivée des technologies de l'information. Une nouvelle circulaire devrait être rédigée (en ce sens, voir annexe A14)

<sup>273</sup> Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, précité, page 29.

<sup>274</sup> Didier Schneider, '100 licenciements', précité, quatrième de couverture.

<sup>275</sup> Voir notes 193, 194 et annexe B1

<sup>276</sup> Pour aller plus en détail sur ce sujet, il est indiqué de lire en détail les annexes B1 à B21, et le livre '100 licenciements', récit d'entretiens préalables au licenciement.

<sup>277</sup> Alain Leblay, La légitimité du conseiller du salarié, précité, page 29.

suite prud'homale. N'oublions pas que la décision est déjà prise, et les décisions de ne pas licencier sont rares. De plus, dans de nombreux cas, le salarié ne souhaite pas s'agripper à son emploi actuel. Le travail de deuil a déjà été consommé.

Le temps moyen d'une intervention est de trois heures et demi, en additionnant le déplacement aller et retour, la préparation, la réunion<sup>278</sup>. C'est une moyenne, car un entretien peut ne durer en lui-même que trois minutes. C'est rare, mais ça arrive.

Une fois l'entretien terminé, il arrive très souvent que le conseiller invite le salarié à un débriefing, soit immédiatement après l'entretien, surtout lorsque le salarié est en mise à pied, ou un peu plus tard.

Lorsqu'un salarié ne peut se faire assister par un conseiller lors de l'entretien préalable au licenciement, parce que la lettre de convocation ne prévoit pas la faculté pour le salarié de se faire assister, le salarié concerné pourra invoquer devant le conseil de prud'hommes le non-respect de la procédure légale de licenciement par l'employeur. La base de données du site internet Legifrance ne fait état que de soixante dix sept arrêts de la Cour de cassation sur ce sujet, depuis 1995, il n'est pas possible d'en tirer une quelconque statistique quant au respect de la procédure.

## **B Après l'entretien**

Si l'on applique littéralement le Code du travail, la fin de l'entretien préalable au licenciement clôt la mission du conseiller du salarié. Pourtant, nous verrons dans le dernier chapitre que le conseiller est souvent présent de manière directe lors d'un débriefing après l'entretien, de manière semi-directe en rédigeant parfois un compte-rendu, et de manière indirecte lors d'une éventuelle procédure prud'homale.

### **a. Du débriefing au compte-rendu**

La fin de l'entretien met un terme à la mission du conseiller. Celui-ci peut alors proposer au salarié de faire le point sur la situation<sup>279</sup>. Le mandat reprend alors tout son sens. Cela peut être immédiatement après, ou quelques jours plus tard. Le conseiller du salarié ayant une activité préférera le faire immédiatement après, soit au local du syndicat s'il n'est pas trop éloigné, soit dans un café à côté du lieu de l'entretien. En effet, le crédit d'heures d'autorisation d'absence est limité à quinze heures par mois. Le conseiller retraité n'aura pas cette contrainte.

**Le débriefing** L'entrevue post-entretien peut s'effectuer avec le conseiller, ce dernier officiant alors sous son mandat syndical. Cette même personne peut alors aussi revêtir d'autres mandats, celui de permanencier juridique<sup>280</sup>, de défenseur syndical<sup>281</sup>, le tout

---

<sup>278</sup> Circulaire DRT 99-11 précitée.

<sup>279</sup> Voir annexes B1, B6, B7, B12, B15, B18, B19, F1 et F2

<sup>280</sup> L'accueil des salariés non syndiqués licenciés au sein d'un syndicat est courant. La dénomination de cet accueil va plus loin que la simple querelle sémantique. Une 'permanence juridique' ou un 'accueil juridique' vient concurrencer les juristes et les avocats, professions réglementées. Une 'permanence syndicale' permet de faire passer le message auprès des salariés que le syndicat utilise tous les outils que la loi lui octroie, via l'article L2131-1 du Code du travail.

pouvant se cumuler, sans que le salarié ait vraiment perçu la différence. Cet entretien de débriefing dure bien moins longtemps que l'entretien préparatoire. Il permet de passer en revue ce qui a été dit, de comparer ce qui était prévu lors de l'entretien préparatoire à ce qui s'est dit lors de l'entretien préalable, d'analyser les comportements de chacun des protagonistes, de vérifier si les éléments de défense mis au point ont été utilisés et s'ils ont été efficaces. Bien que le salarié n'ait pas reçu de lettre de licenciement, le conseiller pourra donner un point de vue sur la suite de la procédure, et ainsi que son aboutissement. C'est lors du débriefing que l'opportunité d'une saisine prud'homale commence à prendre corps<sup>282</sup>. L'aspect émotionnel vécu par le salarié pèse dans un projet de saisine prud'homale lorsque le licenciement est considéré comme disproportionné ou injustifié. Le conseiller peut appuyer son analyse avec les notes qu'il a prises et qui serviront éventuellement à rédiger un compte-rendu.

**Le compte-rendu** Le conseiller pourra alors, s'il le souhaite, s'il s'est engagé à la faire, s'il a le temps, rédiger un compte-rendu<sup>283</sup>. Il s'aidera des notes qu'il a prises lors de l'entretien. Quasiment tous les conseillers ayant répondu aux questions ont assuré en prendre. La plupart des conseillers rédigent un compte-rendu<sup>284</sup>, qu'ils signent, pour être produite en justice. Peu établissent une attestation suivant scrupuleusement les règles énoncées à l'article 202 du Code de procédure civile.

Certains ne voient l'utilité du conseiller que dans l'établissement de ce document<sup>285</sup>. Si le ministère du Travail a rapidement observé que les conseillers rédigeaient des comptes-rendus, il a pris le soin de préciser que cela excédait la mission qui leur était impartie<sup>286</sup>. Certains avaient cru bon, dès la création du conseiller de mettre en doute la valeur de ses écrits, du fait de leur origine unilatérale<sup>287 288</sup>, l'intrinsèque partialité du syndicaliste parachevant la décrédibilisation de l'ensemble<sup>289</sup>. Nous verrons dans la section suivante

---

Utiliser les outils juridiques n'est pas une fin en soi, et l'expérience a prouvé que d'autres moyens, en particulier collectifs, pouvaient s'avérer très efficaces et beaucoup plus rapides.

<sup>281</sup> Notre entretien a permis de constater que 3 conseillers du salarié sont aussi défenseurs syndicaux. Le volume de réponses est toutefois trop étroit pour pouvoir en tirer des pourcentages significatifs.

<sup>282</sup> Le conseiller prodigue donc ses conseils avant l'entretien et après. Pendant l'entretien, il assiste le salarié. La mission légale fait donc de lui un assistant, son mandat syndical, un conseiller.

<sup>283</sup> Il faut distinguer le compte rendu rédigé à la fin de l'entretien, et signé par toutes les parties, du compte rendu rédigé par le conseiller, et signé par lui-même uniquement. C'est de ce document dont il est question dans ce mémoire.

<sup>284</sup> Voir annexes B3, B8, B9, B13 et B17

<sup>285</sup> « Toutefois, il reste que l'essentiel de leur action réside dans la délivrance d'un témoignage sur les conditions de l'entretien et les propos qui y ont été tenus, la plupart des conseillers rédigeant un compte rendu à l'issue de celui-ci. » 'Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié', précité, page 8.

<sup>286</sup> Circulaire DRT 96-9 précitée

<sup>287</sup> « Les juges du fond refusent en revanche toute force probante à un compte rendu signé par une d'entre elles [les parties]. » Jean Emmanuel Ray, 'Une fausse bonne idée : le conseiller du salarié', précité, page 483.

<sup>288</sup> "à partir du moment où la volonté du législateur a été clairement de transformer l'assistant en un véritable conseiller, prenant parti pour le salarié lors de l'entretien, ses déclarations ultérieures ne pourront pas avoir la valeur d'un témoignage car il n'est pas dans une position de tiers au litige" Cantegrel Ch., Les différentes casquettes du conseiller du salarié, Gaz. Pal. 1992, page 464

<sup>289</sup> « En raison de l'origine syndicale des nouveaux conseillers, il semble exclu que le chef d'entreprise puisse obtenir, le cas échéant, leur témoignage si celui-ci doit s'avérer défavorable aux intérêts du salarié » Jean Emmanuel Ray, Une fausse bonne idée : le conseiller du salarié, précité, page 483.



qu'au contraire, les juges du travail en tiennent compte, et pas uniquement dans le sens du salarié.

Le temps passé à la rédaction du compte-rendu ou de l'attestation n'est pas inclus dans les autorisations d'absence. Le temps passé sera donc effectué bénévolement, ou de manière militante. Il faut donc avoir la foi en ce qu'on défend pour effectuer une telle mission, les conseillers quittant leur syndicat, leur base militante, pour aller secourir un salarié qu'ils n'ont jamais vu et qu'ils ne recroiseront jamais font figure de moine-soldat du syndicalisme. Les conseillers apprécient de ce fait de ne pas être considérés comme n'étant là que comme un service public. Le comportement des salariés est réparti entre ceux qui montrent de la reconnaissance envers le conseiller, l'informent ensuite de l'avancement de leur affaire<sup>290</sup>, et ceux qui se comportent en consommateurs<sup>291</sup>, donnant un arrière-goût d'ingratitude.

Un conseiller<sup>292</sup> s'était permis de ne rédiger les comptes-rendus que pour les adhérents de son syndicat. Un salarié s'en était plaint à la DIRECCTE qui a ordonné au conseiller de rédiger un compte rendu même si le salarié n'est pas adhérent. L'unité territoriale d'Ille et Vilaine a donc considéré que la rédaction d'un compte rendu par le conseiller du salarié faisait partie de sa mission. Nous avons vu supra que la DRT<sup>293</sup> avait considéré que la rédaction d'un compte rendu excédait la mission du conseiller. La rédaction d'un témoignage est tellement entrée dans les habitudes que pour certains elle fait intégralement partie de leur mission. L'amalgame entre la mission et le mandat est total. Mais l'administration qui impose ou tente d'imposer une telle chose est dans son tort. Ni la loi ni les circulaires n'obligent le conseiller à rédiger un compte-rendu ni une attestation. Si la mission d'assister le salarié peut s'analyser comme un service public, le mandat de conseil, issu de l'engagement syndical, ne peut être considéré comme tel, sauf à considérer que les syndicats sont des institutions de service public.

Alexandre Fabre<sup>294</sup> se posait la question : quel est l'intérêt de se syndiquer, en France, aujourd'hui ? Tous les avantages obtenus par les syndicats, leurs adhérents, leurs militants, leurs délégués, vont à tous, y compris à ceux qui médisent les organisations syndicales.

Ces dernières et les conseillers du salarié pourraient s'interroger collectivement en scrutant de plus près l'action du conseiller du salarié. Légalement, administrativement, rien n'interdit qu'un syndicat ne donne comme consigne à ses conseillers de ne rédiger un compte-rendu qu'à ses adhérents. Quitte à ce que l'adhésion soit rétroactive. Rédiger un compte-rendu prend du temps, qui n'est pas indemnisé<sup>295</sup>. C'est du temps militant, l'administration ne peut en disposer à sa guise. On pourra objecter que cette manière de faire rapprocherait les organisations syndicales françaises de celles des pays du Nord, et leur syndicalisme de

---

<sup>290</sup> Voir annexes B5, B8, B15, B17, B18 et F1

<sup>291</sup> Voir annexes B2, B3, B4, B8, B9, B13, B14, B20 et B21

<sup>292</sup> Voir annexe B4

<sup>293</sup> Ancien nom de la DGT, Direction Générale du Travail

<sup>294</sup> Professeur à la Faculté de droit de Douai

<sup>295</sup> Alors que le délégué du personnel qui rédigera le compte rendu pendant les heures de délégation ne sera pas indemnisé, mais payé, les heures de délégation étant assimilées à du temps de travail effectif.

services. La CFDT a mis sur pied il y a quelques années une structure, la CNAS<sup>296</sup>, dont une des activités est de proposer une 'assistance juridique' pour les adhérents d'au moins six mois d'ancienneté. La CNAS est alimentée financièrement par les cotisations. Ce service a peut être séduit un certain nombre de salariés, qui ont choisi d'adhérer à ce syndicat pour cette raison. Peut-on en déduire que la CFDT est un syndicat de services ? L'assistance juridique n'est qu'une offre ponctuelle, une aide liée à la conjoncture qui frappe l'adhérent à un moment donné<sup>297</sup>. Ce n'est pas un ensemble de droits sociaux ou d'acquis sociaux pérennes.

De même, le fait de ne réserver le compte-rendu d'une réunion d'entretien préalable au licenciement aux seuls adhérents d'un syndicat ne peut être assimilé à du service, comme peuvent l'être les avantages liés à l'adhésion à certains syndicats étrangers<sup>298</sup>. Enfin, même la CGT propose ses services de défense prud'homale dans ses unions locales ou départementales, y compris (et surtout) aux non-adhérents, et ce, moyennant une somme de départ, et parfois un pourcentage des sommes obtenues.

Une fois le compte-rendu rédigé et envoyé soit au salarié, soit à son défenseur (avocat, syndicat<sup>299</sup>), il servira, ou non, dans le procès prud'homal dans lequel le salarié défendra ses droits. Ce compte rendu sera lu par le défenseur, le défendeur, qui est le plus souvent un avocat, les conseillers prud'hommes, éventuellement un juge départiteur voire de cour d'appel. C'est donc une grande responsabilité qui pèse sur une personne, et nous devons nous interroger sur la manière dont est perçue cette trace écrite de la mission du conseiller du salarié.

## b. Les conséquences juridiques, sociales et syndicales

Le conseiller du salarié opérant deux actions juridiquement distinctes, sa mission et son mandat, nous allons voir successivement les conséquences de ces deux actions.

### **1) Appréciation de la mission**

Les intervenants gravitant autour des conseillers sont à même de pouvoir juger leur mission, au travers de leur utilité, leurs connaissances, leur partialité. Alors que les conseillers s'estimaient utiles avec unanimité, des avocats sont plus critiques<sup>300</sup>, pointant du doigt leur méconnaissance de l'entreprise dans laquelle ils vont assister le salarié<sup>301</sup>, ou réduisant leur fonction à un rôle compassionnel ou psychologique<sup>302</sup>. Quantitativement, avec près de quarante mille interventions par an, sur environ cinq cent cinquante mille licenciements par an en France<sup>303</sup>, toutes tailles d'entreprises confondues<sup>304</sup>, l'utilité est flagrante. Ce chiffre

---

<sup>296</sup> [http://www.cfdt-lcl.org/images/cnas\\_documentation.pdf](http://www.cfdt-lcl.org/images/cnas_documentation.pdf)

<sup>297</sup> Selon l'article L2131-1 du Code du travail, l'objet exclusif d'un syndicat est l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts.

<sup>298</sup> L'UGTE espagnole, la Histadrout israélienne, CGT et UGT portugaises, FTQ et CSN québécoises, ...

<sup>299</sup> En application de l'article R1453-2 du Code du travail

<sup>300</sup> Voir annexe A23

<sup>301</sup> Voir annexe A1

<sup>302</sup> Voir annexe B5 et B6

<sup>303</sup> Dares-analyses, octobre 2014

pourrait même augmenter si toutes les demandes étaient satisfaites, ce qui est loin d'être le cas. Concernant leurs connaissances, les avis des avocats sont partagés. Si trois d'entre eux déclarent qu'ils ne connaissent pas leur mission<sup>305</sup>, cinq autres affirment le contraire<sup>306</sup>, ainsi que trois représentants des DIRECCTE<sup>307</sup>. On retrouve ici les conséquences de l'absence de formation en droit ou de la légèreté de celle-ci le cas échéant. Concernant leur impartialité, le sujet a déjà été évoqué dès la création de la mission. Trois avocats les jugent impartiaux<sup>308</sup>, quand le double les qualifie de partiaux<sup>309</sup>. Il est tout de même évident que ces conseillers ont été destinés à assister et épauler les salariés et non l'employeur. On n'exige pas d'eux de prêter serment comme le font les conseillers prud'hommes<sup>310</sup>. Il a été signalé des conseillers s'étant rangé du côté des employeurs<sup>311</sup>.

## 2) Les conséquences du mandat

Nombre de conseillers invitent les salariés à la permanence juridique tenue par les syndicats. C'est ainsi qu'un certain nombre d'affaires prud'homales se retrouvent défendues par des syndicalistes<sup>312</sup>. Certains avocats ont alors du mal à obtenir le compte-rendu de l'entretien préalable rédigé par le conseiller<sup>313</sup>, point confirmé par un conseiller prud'homal<sup>314</sup> et un répondant de la DIRECCTE<sup>315</sup>. Rares<sup>316</sup> sont ceux qui parviennent à les avoir, peut-être opèrent-ils souvent en bonne intelligence avec le ou les syndicats ou les conseillers. Il convient de rappeler que l'obligation de la rédaction d'un compte-rendu ou d'une attestation n'est prévue par le Code du travail ni par une quelconque circulaire. Avant même la création des conseillers du salarié, la jurisprudence<sup>317</sup> acceptait que les délégués du personnel puissent témoigner de ce qui s'était dit lors de l'entretien. La même solution avait fini par être adoptée pour les conseillers du salarié par la Cour de cassation le 27 mars 2001<sup>318</sup> et le 12 février 2002<sup>319</sup>. De plus, nous avons vu supra que la rédaction de compte-

---

<sup>304</sup> Plus d'1 million d'entreprises de 1 à 9 salariés emploient 3 millions de salariés, soit près de 20 % des salariés du secteur concurrentiel, 63% des entreprises de 11 à 19 salariés, 35 % des entreprises de 20 à 49 salariés et 6 % des entreprises de plus de 49 salariés sont dépourvues d'IRP (Dares-analyses, février 2014)

<sup>305</sup> Voir annexes A5, A8 et A26

<sup>306</sup> Voir annexes A2, A7, A17, A19 et A21

<sup>307</sup> Voir annexes D2, D3 et D4

<sup>308</sup> Voir annexes A2, A4 et A24

<sup>309</sup> Voir annexes A8, A9, A11, A14, A21 et A25, B7

<sup>310</sup> Articles D1442-11, D1442-12 et D1442-13 du Code du travail

<sup>311</sup> Voir notes 193 et 194

<sup>312</sup> Aux alentours de 20%, plus de la moitié des affaires sont défendues par les avocats (Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004, par B. Munoz Perez et E. Serverin)

<sup>313</sup> Voir annexes A1, A3, A5, A6, A8, A9, A10, A12, A13, A15, A22 et A26

<sup>314</sup> Voir annexe C6

<sup>315</sup> Voir annexe D1

<sup>316</sup> Voir annexe A2, A4, A17, A24 et A25

<sup>317</sup> CA Nancy 02-03-1977, 17-05-1977, 08-02-1978, 31-10-1984 et CA Pau 31-05-1983, Circulaire DRT 91-16.

<sup>318</sup> Cass. soc. 27 mars 2001, n° 98-44666 « en matière prud'homale, la preuve est libre ; que rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'a assisté pendant l'entretien préalable et en apprécie librement la valeur et la portée »

<sup>319</sup> Cass. soc. n° 99-45634, 12 février 2002, « aucun texte n'interdit à un conseiller ayant assisté le salarié lors de l'entretien préalable d'établir une attestation contenant la relation de faits auxquels il avait assisté ou qu'il avait personnellement constaté et qu'il appartient seulement au juge d'apprécier souverainement l'objectivité du témoignage ainsi rapporté par cette attestation »

rendu ou d'attestation est chronophage et que ce temps n'est pas indemnisé. Il est possible que certains conseillers ne s'en tiennent qu'à leur mission sans s'emparer du mandat syndical. Ce dernier peut être vécu comme une corvée dont ils s'affranchissent.

Quand les avocats obtiennent les comptes-rendus, leurs points de vue sont mitigés : ils sont presque autant à les trouver de piètre qualité et inutiles<sup>320</sup> que le contraire<sup>321</sup>. Ils s'attendent donc à tout, tant le niveau est inégal, jusqu'à se trouver face à un écrit retranscrit phonétiquement<sup>322</sup>.

**Les comptes-rendus devant les juges** Heureusement pour les salariés, mandat syndical oblige, les comptes-rendus leur sont favorables, ce que des avocats assimilent à de la partialité<sup>323</sup>. Nous avons déjà vu que ces comptes-rendus ou attestations étaient admissibles par les juges, tout comme ceux des délégués du personnel, en se basant sur le témoignage que tout citoyen peut rédiger. L'article 202 du Code de procédure civile oblige tout témoin à indiquer son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. La Cour de cassation a déjà jugé que les conseillers du salarié ne formaient pas par nature une communauté d'intérêts avec les salariés qu'ils assistaient<sup>324</sup>. La qualité de la personne qui témoigne en faveur du salarié importe donc peu : c'est aux juges du fond qu'il appartient de déterminer la valeur probante de ce témoignage. Ainsi, la qualité de conseiller du salarié n'emporte pas de façon automatique le rejet du témoignage ou de l'attestation<sup>325</sup>.

Mais les comptes-rendus ou attestations ne sont pas si fréquents devant les tribunaux<sup>326</sup>. Tous les conseillers n'en rédigent pas, tous les avocats ou défenseurs syndicaux ne les produisent pas toujours pour plusieurs raisons. Soit par ce que la qualité du document, notamment la forme, n'est pas satisfaisante. Soit la forme est correcte, ainsi que le fond, mais n'est pas utile à la défense des salariés. Il arrive aussi que le compte-rendu soit en défaveur du salarié<sup>327</sup>. Mais quand ils sont produits, les conseillers prud'hommes<sup>328</sup> et les juges professionnels<sup>329</sup> en tiennent compte. La quasi-totalité des avocats en est convaincue<sup>330</sup>, seule une poignée reste persuadée du contraire<sup>331</sup>.

---

<sup>320</sup> Voir annexes A5, A7, A17 et A20. Un conseiller prud'hommes aussi : annexe C6

<sup>321</sup> Voir annexe A3, A14, A17, A21, A24 et A25. Ainsi qu'un conseiller prud'hommes (voir annexe C5) et un responsable de syndicat : annexe E1

<sup>322</sup> Voir annexe A26

<sup>323</sup> Voir annexes A1, A14, A17, A19, A20, A23 et A24. Aussi annexe C3

<sup>324</sup> Cass. soc. n° 99-45634 précité

<sup>325</sup> Magdalena Tekely, Le particularisme des modes de preuve en droit du travail, mémoire de master, Université Nancy II, année universitaire 2001/2002., pages 35 à 39

<sup>326</sup> Voir annexes A1, C5 et C6

<sup>327</sup> Voir annexe E1

<sup>328</sup> Voir annexes C1, C3, C5 et C6

<sup>329</sup> Voir annexes E1, E2 et E3

<sup>330</sup> Voir annexe A2, A4, A7, A8, A9, A10, A13, A15, A16, A18, A21, A24 et A25

<sup>331</sup> Voir annexes A5, A6, A11 et A22

**Risque pénal et civil** Dernière conséquence et très lourde responsabilité du conseiller, liée à son mandat : le risque pénal en cas d'attestation mensongère. Il peut être tentant, pour un conseiller, de rédiger un compte-rendu ou une attestation à sa convenance. Que ce soit à l'initiative du conseiller, soit sur demande du salarié. Ce risque est réel, un conseiller a déjà été condamné pour ce fait à deux mois d'emprisonnement avec sursis et les intérêts civils<sup>332</sup>. Le législateur a qualifié de conseiller une personne dont on méconnaît le niveau de connaissances avant même sa désignation, et dont le suivi n'est pas réalisé. Nous avons vu supra que certains avocats s'étaient aperçus que certains conseillers pouvaient induire des salariés en erreur par omission ou fourvoiement. Nous n'avons pas relevé de condamnation d'un conseiller du salarié pour faute ou négligence. Mais que se passerait-il le cas échéant ? La responsabilité du syndicat l'ayant présenté pourrait-elle être engagée ? Celle de la DIRECCTE ? Du conseiller lui-même ?

Il ressort de ces éléments que de la mission ou du mandat, le conseiller du salarié est plus un assistant garant de la bonne tenue de l'entretien<sup>333</sup> et un témoin rédigeant un compte-rendu qu'un conseiller. Le terme peut-il encore être conservé ?<sup>334</sup>

**Extension dans le champ de la procédure collective** Enfin, il a été proposé à toutes les personnes interrogées de se positionner sur l'idée que le représentant des salariés lors d'une procédure collective<sup>335</sup> puisse se faire assister par un conseiller du salarié, lors d'une absence d'institutions représentatives du personnel. Son rôle serait réduit à l'aide à la compréhension de la procédure et expliquer le rôle des intervenants. D'une manière générale, tant les avocats<sup>336</sup>, que des conseillers du salarié<sup>337</sup>, un conseiller prud'homal<sup>338</sup>, une DIRECCTE<sup>339</sup> et un responsable de syndicat<sup>340</sup> sont d'accord avec cette proposition. Ils s'appuient sur le fait que le représentant des salariés désigné n'est pas motivé<sup>341</sup>, qu'il est démuné<sup>342</sup> et dépassé<sup>343</sup>, comme une 'potiche'<sup>344</sup> qui ne fait que de la figuration au tribunal de commerce<sup>345</sup>. Une alliance avec le conseiller du salarié, plus efficace<sup>346</sup>, en ferait un tandem complémentaire<sup>347</sup>, l'un connaissant le secteur d'activité en général et l'entreprise en particulier et l'autre le droit en général et la procédure collective

---

<sup>332</sup> Cass. Crim. 26 mars 2002, n° 01-84215

<sup>333</sup> Comme le suggère un conseiller (voir annexe B1)

<sup>334</sup> Non pour deux avocats, pour qui le conseiller n'est qu'un témoin (annexe A10), et surtout pas un conseiller, car l'ambiguïté de le confondre avec un conseiller juridique existe.

<sup>335</sup> En application de l'article L621-4 du Code du commerce

<sup>336</sup> Voir annexes A2, A4, A5, A6, A7, A9, A10, A12, A13, A15, A17, A18, A19, A22, A23, A24 et A26

<sup>337</sup> Voir annexes B1, B3, B6, B8, B9, B14, B15 et B18

<sup>338</sup> Voir annexe C1

<sup>339</sup> Voir annexe D1

<sup>340</sup> Voir annexe F2

<sup>341</sup> Voir annexe A2 et A12

<sup>342</sup> Voir annexe A17

<sup>343</sup> Voir annexe A10

<sup>344</sup> Voir annexe A9

<sup>345</sup> Voir annexes A6 et A17

<sup>346</sup> Voir annexe A12

<sup>347</sup> Voir annexe A4 et A7

en particulier. Cela éviterait les éventuels dérapages entre employeur et représentant des salariés, le premier pouvant maltraiter le deuxième<sup>348</sup>, le deuxième pouvant profiter de l'occasion pour régler des comptes personnels avec le premier<sup>349</sup>. Mais cela ne pourrait se faire que si le conseiller était spécialement formé à cette procédure<sup>350</sup>, ce qui n'est pas du tout le cas, et ne l'est pas toujours pour leur mission première.

À l'inverse, certains font remarquer que le conseiller est spécialisé sur l'individuel et non le collectif,<sup>351</sup> que le mandataire connaît son travail<sup>352</sup>, que cela alourdirait la procédure<sup>353</sup>, qu'il y aurait un risque au niveau de la confidentialité des informations financières<sup>354</sup>, du parasitage entre le conseiller et les autres intervenants<sup>355</sup>, et évidemment, le fait que le conseiller n'a ni la formation juridique requise, mais non plus la formation comptable et financière.

À défaut de conseiller du salarié, l'hypothèse du défenseur syndical<sup>356</sup>, dont le statut est actuellement à l'étude, ou d'un responsable juridique de syndicat<sup>357</sup>, permettrait de garantir le niveau de formation juridique nécessaire. Bien entendu, certains avocats plaident pour que le représentant des salariés se fasse accompagner dans sa mission par un avocat.

---

<sup>348</sup> Voir annexe A18

<sup>349</sup> Didier Schneider, Redressement et liquidation judiciaire, le représentant des salariés est-il utile ?, Miroir Social, 6 avril 2011

<sup>350</sup> Voir annexes A5, A8, A10, A15, A17, A19, A21, A23, A24, A26, B3, B8, B9, B15, B19, C1 et F2

<sup>351</sup> Voir annexes A11 et A22

<sup>352</sup> Voir annexe A3

<sup>353</sup> « Redressement et liquidation judiciaire, le représentant des salariés est-il utile ? », précité

<sup>354</sup> Voir annexe A21 et D1

<sup>355</sup> Voir annexe A24

<sup>356</sup> Voir annexe A25

<sup>357</sup> Voir annexes B10 et B17

## CONCLUSION

L'institution des conseillers du salarié est-elle un échec ou une réussite ?

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 les conseillers guident 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 l'existence d'un conflit, il faut reconnaître que la question de l'assistance mérite désormais d'être posée. D'autant qu'une étude<sup>358</sup> 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 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 former ces futurs conseillers, 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. 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

---

<sup>358</sup> <http://www.cce-recherche.fr/publications/connaissance-de-lemploi/les-raisons-de-rompre-un-cdi-par-rupture-conventionnelle>



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<sup>359</sup>.

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.

---

<sup>359</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

## **Bibliographie :**

### **I - OUVRAGES GÉNÉRAUX (ou MANUELS)**

-Voyage au pays de l'arbitraire, la justice au travail de Yonel Liégeois, VO éditions, 1996.

-Guide juridique de l'assistance du salarié de Philippe Levavasseur, éditions EDILAI, avril 2004.

-100 licenciements, de Didier Schneider, éditions Négatif, 2008.

-De la difficulté de licencier... in Le contrat de travail, ouvrage collectif, chapitre de Myriam Bobbio, CEE, collection Repères n° 505, (2008), éditions La Découverte.

### **II - MÉMOIRES**

-Le particularisme des modes de preuve en droit du travail, Mémoire de DEA présenté par Magdalena Tekely, Université Nancy II, année universitaire 2001/2002.

-La légitimité du conseiller du salarié d'Alain Leblay, mémoire de DEA, institut de gestion sociale de Paris, année 2006/2007

- La protection du salarié face au licenciement, étude comparée des droits du travail français, allemand et britannique : Des garanties identiques ?, Élisabeth Detrez, IEP LYON 2004/2005

### **III – ÉTUDES / RAPPORTS**

- Au-delà de l'action directe, et de l'institutionnalisation, les conseillers du salarié, de Jean Ferrette, Travail et Emploi n° 122, Avril-juin 2010.

-Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004, par B. Muñoz Perez et E. Serverin

- L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle, Alain Lacabarats, rapport, juillet 2014.

- DARES-Analyses, février, juillet et octobre 2014.

### **IV - ARTICLES**

-Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié » (loi du 18 janvier 1991) par Jean-Emmanuel Ray, revue Droit Social n°6 de juin 1991, pages 476 à 484.

-Le conseiller du salarié : une institution complexe, Ludovic Roche, Revue Droit Social, n°1, janvier 1994, page 10 à 18.

- Les différentes casquettes du conseiller du salarié, Cantegrel Ch., Gaz. Pal. 1992

- Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ?, Daniel Boulmier, SSL n° 817

## V - JURISPRUDENCES

### **Conseil Constitutionnel :**

Décision n° 89-257 du 25 juillet 1989.

Décision n° 284 du 16 janvier 1991.

### **Cour de cassation :**

#### Chambre criminelle :

26 mars 2002, n° 01-84215

#### Chambre sociale :

12 mars 1986, n° 83-41908

20 novembre 1991, n°88-41265

25 octobre 2000, n° 98-43760

27 mars 2001 n° 98-44666

12 février 2002 n° 99-45634

19 décembre 2007 n° 06-44592

27 janvier 2010 n° 08-44376

14 septembre 2012 n° 11-28269

### **Cour d'appel :**

Nancy 02-03-1977, 17-05-1977, 08-02-1978, 31-10-1984

Paris 22-12-1981

Paris 7/5/2014, S 12/02642

Pau 31-05-1983

### **Tribunal de Grande Instance :**

Châteauroux : minute 905/2014 du 20 juin 2014

Paris : n° 9929290736 du 23 février 2001

### **Tribunal de proximité :**

Châteauroux : 00920517090770020, 31 mars 2009

## VI - SITES INTERNET

[avocatparis.org](http://avocatparis.org)

[cfdt-lcl.org](http://cfdt-lcl.org)  
[chronique-ouvriere.fr](http://chronique-ouvriere.fr)  
[conseillerdusalarie51.fr](http://conseillerdusalarie51.fr)  
[democratie-socialisme.org](http://democratie-socialisme.org)  
[humanite.fr](http://humanite.fr)  
[ladepeche.fr](http://ladepeche.fr)  
[legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr)  
[lelicenciemment.fr](http://lelicenciemment.fr)  
[miroirsocial.com](http://miroirsocial.com)  
[raphaeljornet.free.fr](http://raphaeljornet.free.fr)  
[rue89.nouvelobs.com](http://rue89.nouvelobs.com)  
[vimeo.com](http://vimeo.com)