

FO
la force syndicale



GUIDE DU CONSEILLER
du salarié



GUIDE DU CONSEILLER du salarié

GUIDE DU CONSEILLER du salarié

Le conseiller du salarié a été créé pour pallier l'absence d'institutions représentatives du personnel dans certaines entreprises.

En fait, en 1989, le législateur a donné, au salarié faisant l'objet d'une procédure de licenciement, la possibilité de se faire assister lors de l'entretien préalable par une personne de son choix appartenant à l'entreprise.

Très vite ce système a montré ses limites dans les entreprises dépourvues de représentants du personnel. Pressions patronales, abattement sur salaire pour la durée de l'entretien, absence de protection accordée aux salariés qui se dévouaient pour aider leur collègue, autant de mesures qui rendaient, en fait, impossible le libre exercice de cette fonction d'assistance.

Deux réponses étaient dès lors envisageables pour permettre que le salarié soit tout de même assisté lors de son entretien préalable. La première, portée par la CGT-FO, consistait à supprimer le seuil des 50 salariés nécessaires pour la désignation d'un délégué syndical, et qui aurait permis, pour le salarié, de bénéficier d'une aide « locale », naturellement au fait des problématiques de l'entreprise et, pour son défenseur, d'être placé dans une situation moins contraignante. Mais à cette solution, qui aurait par ailleurs permis d'étendre la présence des syndicats aux petites et moyennes entreprises, a été préférée une seconde réponse, consistant à autoriser la présence d'une personne extérieure à l'entreprise, dénommée « conseiller » du salarié.



Le conseiller du salarié a alors été doté, dès le début, d'un statut et de moyens spécifiques. Puis, petit à petit, l'institution a un peu été laissée de côté, surtout par les pouvoirs publics. Pourtant, de nombreuses difficultés et lacunes ont été mises à jour, mais jamais comblées !

Or, désormais, son rôle reprend de l'importance, non seulement à cause de la crise que nous traversons et des multiples ruptures de contrats qu'elle entraîne, mais également en raison de la montée en puissance de la rupture conventionnelle dont le conseiller du salarié devient un acteur privilégié. Son champ de compétence a été élargi alors que ses moyens sont restés les mêmes !

Il est donc impératif de renforcer cette institution, de mieux la faire connaître et de former les conseillers du salarié afin qu'ils soient tout à fait réactifs face à cette évolution.

Ce guide est destiné à donner aux camarades conseillers du salarié une vision globale de leur fonction, des conditions dans lesquelles elle s'exerce et des améliorations que la Confédération entend revendiquer.

Il ne saurait être utilisé sans la « boîte à outils : l'entretien préalable pas à pas », que vous trouverez en annexe, document pratique mis à leur disposition pour les aider à répondre aux questions les plus fréquentes qui peuvent se poser lors de l'entretien préalable et à leur conseiller l'attitude à adopter.

p4 QUI PEUT ETRE CONSEILLER DU SALARIE ?

- 1 - Devenir conseiller du salarié
- 2 - La perte du statut de conseiller du salarié

p6 CHAMP D'INTERVENTION DU CONSEILLER DU SALARIE

- 1 - Les entreprises visées
- 2 - La répartition selon la taille de l'entreprise / quelques chiffres
- 3 - Appréciation de l'existence d'institutions représentatives du personnel
- 4 - Les situations ouvrant droit à assistance

p8 MOMENT ET MODALITES D'INTERVENTION
DU CONSEILLER DU SALARIE

- 1 - Le pré-entretien
- 2 - L'entretien préalable
 - La représentation de l'employeur
 - L'assistance de l'employeur
- 3 - Les suites de l'entretien

p18 LES MOYENS DU CONSEILLER DU SALARIE

- 1 - Les autorisations d'absence
- 2 - La rémunération
- 3 - Le remboursement des frais de déplacement
- 4 - L'indemnisation forfaitaire annuelle
- 5 - Le droit à la formation
- 6 - La protection sociale
- 7 - La protection contre le licenciement

p24 ANNEXE :

« La boîte à outils »
l'entretien préalable pas à pas



QUI PEUT ÊTRE CONSEILLER DU SALARIÉ?

Ce sont des personnes en activité ou à la retraite, issues de toutes catégories socio-professionnelles dont la candidature a été retenue en raison de leur expérience des relations professionnelles et de leur connaissance du droit du travail (art. D 1232-4 du code du travail).

1 - DEVENIR CONSEILLER DU SALARIÉ

Devenir conseiller est un acte militant. C'est en partie ce qui explique que la majorité des conseillers soit d'origine syndicale. Il s'agit de s'engager à se tenir à la disposition des salariés. La liste des conseillers, établie par le DDTE après consultation et sur proposition des syndicats représentatifs au plan national, est arrêtée par le préfet pour chaque département. Elle est révisée tous les trois ans et peut être complétée à toute époque en cas de besoin et au moins tous les ans.

Attention, les salariés exerçant des fonctions de conseiller prud'homme sont exclus du dispositif.

La liste, sous forme d'un arrêté préfectoral, est publiée au Recueil des actes administratifs du département concerné. Les salariés peuvent la consulter dans chaque section d'inspection du travail ou dans chaque mairie.

Cette liste comporte notamment le nom, l'adresse, la profession ainsi que l'appartenance syndicale éventuelle du conseiller (art. L 1232-7 du code du travail). A noter que l'adresse et le numéro de téléphone de l'entreprise où exerce le conseiller ne peuvent figurer sur la liste que si l'employeur ne s'y oppose pas. Les conseillers ont une compétence départementale et leur action est limitée à cette zone géographique.

C'est un mandat bénévole qui s'exerce donc à titre gratuit (pour les frais occasionnés, voir ci-après « les moyens du conseiller »).

2 - LA PERTE DU STATUT DE CONSEILLER DU SALARIÉ

Le conseiller est libre, à tout moment, de renoncer à l'exercice de sa fonction. Cette liberté s'exprime aussi dans l'exercice de son mandat puisqu'il lui sera possible, ponctuellement, pour des raisons personnelles, de refuser de prêter assistance à un salarié. Il sera cependant tenu de l'en avertir (art. R 1232-3 du code du travail) et de lui apporter tous conseils utiles pour se faire assister par quelqu'un d'autre.

Mais le conseiller peut aussi être déchu de sa fonction, suite à une sortie du cadre fixé par les textes lors de sa mission d'assistance (non-respect de l'article L 1232-13). Il appartient dans ce cas à la DDTE, après convocation du conseiller, de proposer au préfet de radier le conseiller de la liste. L'acte de radiation, comme tout acte administratif, est contestable devant le juge administratif.



CHAMP D'INTERVENTION DU CONSEILLER DU SALARIÉ

Le conseiller du salarié est appelé à n'intervenir que dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel. Le salarié a le choix de se faire assister, soit par quelqu'un appartenant au personnel de l'entreprise, soit par le conseiller du salarié.

1 - LES ENTREPRISES VISÉES

Sont visées :

- les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en place des IRP : principalement les entreprises de moins de 11 salariés ;
- les entreprises qui dépassent les seuils mais qui ne disposent pas d'IRP, soit du fait d'une carence, faute de candidats, soit parce que l'employeur n'a pas organisé les élections.

N.B. Pour un entretien préalable au licenciement d'un employé de maison, l'assistance du salarié n'est pas envisagée par la loi.

2 - LA RÉPARTITION SELON LA TAILLE DE L'ENTREPRISE/ QUELQUES CHIFFRES

D'après les quelques chiffres que l'on a pu réunir sur le plan national, il semblerait que l'activité des conseiller du salarié se concentre essentiellement sur les entreprises de moins de 20 salariés (+ de 90 %) et principalement sur celles de moins de 11 salariés (70 %) ; ces chiffres étant constants au regard des années précédentes.

Les secteurs les plus concernés sont le commerce (50%) et les activités diverses (40%).

3 - L'APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE D'IRP

La présence d'institutions s'apprécie au niveau de l'entreprise, voire de l'unité économique et sociale et non de l'établissement. Le salarié travaillant dans un établissement dépourvu d'IRP devra faire appel à un délégué provenant d'un autre

établissement de l'entreprise, ce qui peut occasionner des difficultés en raison de l'éloignement et des frais que cela peut engendrer.

C'est pourquoi nous revendiquons que le conseiller du salarié puisse intervenir dans tous les établissements ne disposant pas localement d'IRP.

4 - LES SITUATIONS OUVRANT DROIT À ASSISTANCE

L'intervention du conseiller du salarié n'est légalement prévue que :

- dans le cadre d'une procédure de licenciement, donc seulement pour les salariés sous CDI ;
- dans le cadre d'une rupture conventionnelle homologuée (depuis l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 ; voir circulaire confédérale n°168/2009 du 28-9-09).



MOMENT ET MODALITES D'INTERVENTION DU CONSEILLER DU SALARIE

Le conseiller du salarié est principalement appelé à intervenir lors de l'entretien préalable. C'est en tous cas le seul moment visé par les textes.

 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEILS 1 ET 2

En réalité, son intervention peut se situer à trois moments.

1 - LE PRÉ-ENTRETIEN

Tout d'abord lors d'un pré-entretien qui se situera, le plus tôt possible, avant l'entretien préalable.

Ce pré-entretien doit, dans la mesure du possible, avoir lieu dans un local FO (UD ou UL). A défaut, il peut se faire par téléphone. Il sera alors nécessaire de rencontrer le salarié juste avant la rencontre avec l'employeur.

A l'occasion de cette rencontre le conseiller du salarié prendra connaissance du dossier et des circonstances particulières entourant cette procédure.

La première démarche du conseiller du salarié, dans ce cadre là est de s'assurer tout d'abord, s'il ne l'a pas fait au préalable :

- qu'il a bien en face de lui la personne concernée et non un tiers agissant en son nom,
- qu'il s'agit bien d'une situation dans laquelle il est autorisé à intervenir. Il y a lieu de s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit bien d'une procédure de licenciement ou d'une rupture conventionnelle et si l'entreprise est bien dépourvue de représentants du personnel. Il ne suffit pas que l'employeur ait donné au salarié la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié ; encore faut-il, selon la Cour de cassation, que l'on soit dans un cas prévu par la loi pour que la procédure

soit jugée régulière (Cass. Soc. 19-11-08 n°07-43.191).
Il faut également procéder à une lecture attentive de la lettre de convocation à l'entretien préalable (certaines irrégularités de procédure pouvant d'ores et déjà être constatées), afin de s'assurer notamment :

- ➔ de l'indication de la possibilité de se faire assister et des adresses où se procurer la liste ;
- ➔ du respect des délais de procédure ; rappelons que l'entretien préalable au licenciement ne peut intervenir moins de 5 jours ouvrables après présentation de la lettre de convocation (ou de la remise en main propre), ce délai étant destiné à permettre au salarié de se rapprocher d'un conseiller et d'élaborer avec lui une stratégie. Les dates indiquées dans la lettre et sur l'enveloppe sont donc très importantes.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 3

Nous considérons que ce délai entre la convocation à l'entretien préalable et l'entretien lui-même est trop court ; c'est pourquoi nous en réclamons l'allongement afin que le salarié puisse efficacement prendre connaissance de la liste et optimiser le choix du conseiller.

- ➔ **Autre point à vérifier** : l'heure de l'entretien. Rien n'est prévu dans les textes. Il s'agit-là d'une lacune, volontaire ou non, des dispositions du Code du travail qui n'apportent aucune indication sur le moment durant lequel peut se dérouler l'entretien préalable.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 4

Dès lors, l'employeur est-il en mesure de convoquer le salarié en dehors des horaires de travail, sans que cela soit considéré comme une irrégularité de procédure ?



La Cour de cassation, dans un arrêt du 07 avril 2004 (n°02-40.359) a clairement tranché la question en affirmant que : « ...la convocation du salarié à l'entretien préalable en dehors des temps de travail ne constitue pas une irrégularité de procédure ». Un nouvel arrêt du 24 septembre 2008 (n°07-42.551) est venu confirmer cette position en précisant que l'intéressé peut prétendre au paiement comme temps de travail du temps passé à l'entretien et à la réparation du préjudice subi. Dès lors, aucune précision légale n'étant donnée quant au moment de l'entretien, celui-ci peut se tenir en dehors des horaires de travail, soit un jour de repos ou, a fortiori, au début ou à la fin de la journée d'activité.

Toutefois, les juges sont souvent conscients du caractère contraignant d'un tel entretien et peuvent admettre que le salarié subit un préjudice.

Dans le cas ci-dessus, ce préjudice a été réparé du fait que le temps passé en entretien avait donné lieu à rémunération.

Mais il ne s'agit pas forcément que de salaire. Imaginons que, pour se rendre à cet entretien, le salarié doive déboursier des frais de déplacement, organiser la garde de son enfant ou encore annuler un voyage d'agrément. Voilà des situations qui, selon la jurisprudence, peuvent aussi donner lieu à réparation.

➔ **Autre point à vérifier** : le lieu de l'entretien préalable ; il s'agit là d'une seconde lacune du législateur qui ne fixe pas davantage d'obligation quant au lieu de l'entretien.

Comme pour l'heure de l'entretien, il revient alors aux juges d'apprécier au cas par cas, le caractère abusif ou non du lieu de l'entretien.

Le lieu de l'entretien préalable est donc en principe celui où s'exécute le travail ou celui du siège social de l'entreprise.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :

L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 4

Dès lors que rien ne le justifie, la fixation de l'entretien en un autre lieu constitue une irrégularité de procédure (Tours au lieu

de Vincennes ; Cassation sociale, 9 mai 2000 n°97-45.294).
Si le choix du lieu entraîne un déplacement pour le salarié, l'employeur doit prendre à sa charge les frais occasionnés par le déplacement, à condition cependant que le salarié apporte la preuve de la réalité des frais (Cassation sociale 24 janvier 1996 n°92-45.287).

➔ il faut enfin s'assurer que le conseiller du salarié concerné est bien habilité à intervenir, son champ d'intervention correspondant au département pour lequel il a été désigné.

Dans un deuxième temps, il faudra expliquer au salarié ce qui va se passer, obtenir les informations nécessaires au bon déroulement de l'entretien, préparer une stratégie d'assistance, prodiguer quelques conseils tels que l'attitude à adopter lors de l'entretien, les réponses à apporter, les sujets à éviter...et veiller à ce que le salarié ne commette pas, par mégarde, quelques erreurs exploitables par son employeur.

Ce pré-entretien est une phase importante de la procédure puisqu'il permet de préparer l'entretien préalable et d'établir un contact avec le salarié.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEILS 5 À 7

En principe, sauf accord de l'employeur, le pré-entretien ne peut se tenir dans les locaux de l'entreprise.

Certaines Unions départementales préconisent de l'organiser dans les locaux de l'Union départementale ou de l'Union locale afin d'établir un premier contact avec F.O, le salarié devant être conscient de la fonction syndicale de son interlocuteur.

Le conseiller du salarié est en effet avant tout un représentant de l'organisation syndicale sous le nom de laquelle il exerce sa fonction. En tout état de cause, il est important que le salarié sache qu'il est venu voir un conseiller du salarié Force Ouvrière.



Ce pré-entretien revêt une réelle importance.

2 – L'ENTRETIEN PRÉALABLE

L'entretien préalable à proprement parler est le moment clef de l'intervention du conseiller du salarié. L'entretien doit se dérouler dans un local garantissant un minimum de confidentialité des échanges.

☞ VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 9

C'est à ce moment-là qu'il va exercer pleinement la mission de conseil et d'assistance qui lui est dévolue par la loi. A ce stade plusieurs questions peuvent se poser.

➔ l'employeur peut-il demander au conseiller du salarié de justifier de sa qualité ?

En principe, le salarié doit avoir averti l'employeur de la présence d'un conseiller du salarié.

☞ VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 8

L'employeur ne peut alors s'y opposer, sous peine de délit d'entrave. Il peut cependant lui demander de justifier de sa qualité. Il faut donc veiller à garder sur soi l'attestation individuelle sur laquelle figure sa photo ou, à défaut, copie de l'arrêté préfectoral.

☞ VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 11

➔ Une autre question se pose à l'occasion de l'entretien préalable. Elle concerne la possibilité pour l'employeur de se faire d'une part représenter et d'autre part assister.

☞ VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 10

• La représentation de l'employeur

C'est l'employeur lui-même qui doit, en principe, être présent à l'entretien. Il peut cependant se faire remplacer par un « représentant ».

La Cour de cassation a en effet jugé que « la faculté de représenter l'employeur à l'entretien n'est pas réservé au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement » (Cassation sociale, 14 mai 1987 bull. V n°322).

Dans ces conditions, on peut légitimement s'interroger sur l'intérêt de l'entretien préalable ; en effet, l'esprit de la procédure paraît être que l'interlocuteur du salarié doit être celui qui, tenant compte des éléments ressortant de l'entretien, prendra en définitive la responsabilité de la rupture en signant la lettre de licenciement.

Sans doute consciente des abus qu'une telle position pourrait entraîner, la Cour de cassation se réserve le droit « d'exercer son contrôle sur la délégation de pouvoir invoquée par la personne qui a conduit l'entretien, les juges du fond devant préalablement rechercher quelles étaient les fonctions exercées par elle au sein de l'entreprise » (Cassation sociale, 18 février 1988 n°85-46.169).

Enfin convient-il de noter qu'aucune disposition légale n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit (Cassation sociale, 18 novembre 2003 n°01-43.608).

• L'assistance de l'employeur

Bien que la loi ne le mentionne pas, l'employeur a la possibilité, au cours de l'entretien, de faire appel à toute personne appartenant à l'entreprise susceptible d'apporter des éléments de fait dans la discussion.

Ainsi, le chef d'entreprise peut se faire assister du supérieur hiérarchique de l'intéressé, à condition, précise la Cour de cassation, que celui-ci ne fasse pas « grief aux intérêts du salarié » (Cassation sociale, 12 mars 1986 n°83-41.908).

Que faut-il déduire de cette restriction apportée par la Haute juridiction ?

Sans doute l'exigence que certaines garanties soient respectées afin d'éviter que l'entretien ne se transforme en manœuvre



d'intimidation, mais garde au contraire son caractère propre, proche d'une procédure de conciliation.

Dans un récent arrêt du 17 septembre 2008 (n°06-42.195), la Cour de cassation a réaffirmé que l'employeur ne pouvait pas se faire assister par plusieurs personnes, détournant ainsi l'entretien de son objet en le transformant en enquête.

Les juridictions ont mis en évidence les garanties suivantes :

- l'assistance doit être limitée à une seule personne ; la présence de quatre personnes transformerait en enquête l'entretien préalable, le détournant de son objet (Cassation sociale, 10 janvier 1991 n°88-41.404).
- l'assistant(e) doit limiter son intervention à la simple information des interlocuteurs et n'intervenir que sur leur demande ;
- l'assistant(e) doit être à même, par son rapport avec le salarié, d'éclairer utilement l'entretien
- Enfin, la Cour de cassation pose le principe général de la non-assistance de l'employeur par une personne extérieure, sans faire référence au parallélisme des formes avec l'assistance du salarié (Cassation sociale, 20 juin 1990 n° 87-41.118 - 27 mai 1998 n°96-40.741).

S'agissant de la rupture conventionnelle, l'assistance de l'employeur est expressément prévue, dès lors que le salarié est lui-même assisté. Il peut s'agir d'une personne appartenant à l'entreprise, mais non d'un avocat.

➔ Se pose enfin la question du rôle du conseiller du salarié pendant cet entretien.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :

L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEILS 12 À 16

L'entretien préalable est l'étape où le rôle du conseiller du salarié est le plus important. Il est chargé d'une mission de conseil et d'assistance. Il doit toujours garder présent à l'esprit que l'entretien préalable est une phase de conciliation qui doit permettre qu'un véritable dialogue puisse s'instaurer, afin de

conduire à la résolution du problème sans aboutir automatiquement au licenciement. La pratique prouve que dans certains cas, certes peu nombreux, le licenciement est évité.

Concrètement, l'entretien préalable doit se dérouler selon l'article L 1232-3 du code du travail selon 3 phases successives :

- En tout premier lieu, exposé des motifs qui conduisent l'employeur à envisager le licenciement ; à défaut, ce dernier commet une irrégularité de procédure ;
- Puis, explications et observations du salarié ;
- Enfin, une discussion peut éventuellement s'engager.

👉 Pour éviter les pièges, VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEILS 13, 14 ET 15

Cet entretien doit être mené dans une langue compréhensible par les parties. Le cas échéant, il devra être fait appel à un interprète (Cass. Soc. 8-1-97 bull V n°4).

Lors de cet entretien, le conseiller n'est investi d'aucun pouvoir particulier à l'encontre de l'employeur. Sa mission se limite à assister et à conseiller le salarié menacé de licenciement, et à l'informer de l'étendue de ses droits.

Pour ce faire, il peut donc intervenir, demander des explications à l'employeur, compléter celles du salarié et présenter des observations.

Il n'est donc pas question de borner le rôle du conseiller à celui d'une présence muette. Selon le cas, il donnera son avis sur des faits objectifs, pourra témoigner des circonstances à l'origine de la mesure envisagée et présenter la défense du salarié. En aucun cas il ne doit donner de conseils à l'employeur, ni évoquer des éléments que l'employeur pourrait utiliser contre le salarié !

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 6

Au cours de l'entretien, face à l'employeur, le conseiller n'agit pas en tant que représentant de l'organisation qui l'a désigné. Il n'est donc pas forcément opportun qu'il précise son appartenance syndicale.



Toutefois, étant rattaché à FO, le conseiller n'est pas qu'une simple personne extérieure ; il porte avec lui le savoir-faire syndical en matière de défense du salarié. Derrière le conseiller, c'est le syndicat lui-même qui vient au renfort du salarié et qui veille au respect du droit dans son entreprise.

Attention ! Le conseiller du salarié ne doit pas outrepasser ces fonctions de conseil et d'assistance. Une circulaire ministérielle du 05 septembre 1991 est venue expliciter le rôle et les principes retenus en matière d'assistance du salarié :

- le conseiller n'est pas un représentant de la DIRECCTE⁽¹⁾;
- il ne peut signaler à l'inspecteur du travail des situations non conformes à la réglementation du travail. Ce rôle ne lui incombe pas ;
- Il ne lui appartient pas non plus d'exiger de l'employeur de produire des documents, ni a fortiori d'aller les chercher.

3 – LES SUITES DE L'ENTRETIEN

Le conseiller du salarié a encore un rôle à jouer, même après l'entretien préalable, dans la mesure où il occupe une place de choix en sa qualité de témoin de cette phase de procédure.

En prévision d'un éventuel contentieux, il peut lui être demandé de rédiger un compte-rendu de l'entretien. Il s'agit d'un exercice parfois difficile, dans la mesure où un tel compte rendu doit être objectif et refléter la réalité des échanges.

Le conseiller du salarié peut également être appelé à rédiger une attestation en faveur du salarié qui sera produite en justice.

👉 VOIR LA « BOITE À OUTILS :
L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS », CONSEIL 17 ET 18

(1) Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

Attention ! deux stratégies s'affrontent :

- un compte rendu contresigné par l'employeur ;
- une attestation à produire en faveur du salarié. Cette dernière solution est à privilégier dans la plupart des cas.

Toutefois, il faut savoir que le juge ne sera pas lié par cette attestation dont il appréciera librement la force et la portée.

Comme on l'a rappelé précédemment, le rôle du conseiller du salarié s'arrêtera à ce stade. Il n'existe pas d'incompatibilité entre le mandat de conseiller du salarié et celui de défenseur syndical si bien que le militant pourra abandonner sa casquette de conseiller du salarié pour en coiffer une autre et assurer la défense du salarié devant le conseil de prud'hommes. Mais ce rôle n'aura plus rien à voir avec le précédent et d'ailleurs, cette option ne sera pas souvent opportune (l'attestation perdant alors une bonne partie de sa valeur) !



LES MOYENS DU CONSEILLER DU SALARIÉ

Pour exercer efficacement sa mission, le conseiller du salarié dispose d'un certain nombre de moyens qui s'avèrent cependant largement insuffisants.

1 – LES AUTORISATIONS D'ABSENCE

L'employeur, dans les établissements où sont occupés au moins 11 salariés, est tenu de laisser au salarié investi d'une mission de conseiller le temps nécessaire à l'exercice de sa fonction, dans la limite d'une durée maximale de 15 heures par mois. Le temps de l'entretien, du pré-entretien - si bien sûr celui-ci a lieu juste avant l'entretien -, des trajets aller et retour (retour vers le domicile ou vers le lieu de travail, selon les cas) s'imputeront sur ce contingent. Les heures attribuées au conseiller pourront se cumuler avec celles dont il bénéficie du fait d'éventuels autres mandats.

A contrario, le « salarié-conseiller » exerçant son activité dans un établissement de moins de 11 salariés ne pourra donc pas, sauf accord de son employeur, s'absenter durant son temps de travail ce qui est particulièrement regrettable. Cela signifie que si son employeur s'oppose à son absence, il ne pourra exercer son mandat qu'en dehors des heures de travail. Cette restriction crée un obstacle certain à l'exercice du mandat, dans la mesure où la plupart des entretiens préalables ont lieu pendant le temps de travail. Ceci explique peut être en partie le fait qu'autant de salariés (plus de 50% nationalement) n'exercent jamais ou que très rarement leur mandat.

Par contre, si en dehors de toute obligation légale (établissements de moins de 11), l'employeur accepte d'accorder une autorisation d'absence, le conseiller du salarié bénéficiera du maintien du salaire dans les conditions indiquées ci-après. En effet, l'article L. 1232-9 traitant de la rémunération de l'absence et de son remboursement par l'État ne fait aucune référence à l'effectif de l'établissement ou de l'entreprise.

Nous revendiquons la généralisation des autorisations d'absence à tous les établissements, quel que soit leur effectif, d'autant plus que l'employeur n'en supporte pas la charge financière.

D'autre part, ce nombre d'heures est manifestement insuffisant, au regard de l'ampleur de la tâche qui pèse sur certains conseillers du salarié, d'autant plus que cette charge peut se trouver alourdie par la mise en œuvre du dispositif de la rupture conventionnelle qui implique souvent plusieurs entretiens. Sans compter également le temps passé à rédiger éventuellement des comptes rendus d'entretien ou attestations, ce qui se fait actuellement, sur leur temps personnel.

C'est pourquoi nous réclamons :

- l'augmentation du nombre d'heures ;
- la généralisation des autorisations d'absence à tous les conseillers, quel que soit l'effectif de leur entreprise ;
- la possibilité de dépasser le crédit ou d'autoriser le report d'un mois sur l'autre des heures non utilisées.

En outre, contrairement à ce qui existe pour les représentants du personnel, il n'y a pas de présomption de bonne utilisation du crédit d'heures par les conseillers du salarié. En conséquence, il apparaît que l'employeur est en droit d'exercer un contrôle a posteriori de l'utilisation des heures d'absence (art. D 1232-9).

Il serait donc nécessaire d'obtenir une véritable présomption de bonne utilisation.

2 - LA RÉMUNÉRATION

Le temps passé hors de l'entreprise pendant les heures de travail par le conseiller du salarié pour l'exercice de sa mission est assimilé à une durée de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi qu'au regard de tous les droits que le salarié tient du fait de son ancienneté.

Ces absences sont rémunérées par l'employeur et n'entraînent donc aucune diminution des rémunérations et avantages y afférents.



Les employeurs sont remboursés par l'Etat des salaires maintenus pendant ces absences ainsi que des avantages et des charges sociales.

Comme nous l'avons déjà évoqué s'agissant du maintien du salaire, il n'existe aucune condition d'effectif. Il suffit que la mission s'exerce sur le temps de travail.

Le remboursement des salaires maintenus par l'État est total pour les heures de travail correspondant à la durée légale du travail. Pour les heures supplémentaires, la charge des majorations est répartie entre l'État et les employeurs proportionnellement au temps passé par le conseiller du salarié respectivement auprès de l'entreprise et dans l'exercice de la fonction de conseiller.

En tout état de cause, l'Etat ne prend en charge que les salaires versés par l'employeur. Il ne prend donc en charge aucune des heures prises en dehors du temps de travail.

3 - REMBOURSEMENT DES FRAIS DE DÉPLACEMENT

Les frais de déplacement engagés par le conseiller sont remboursés par l'Etat sur la base de l'indemnisation fixée par le barème des frais de déplacements des fonctionnaires civils. Ce remboursement est effectué par la direction départementale du travail et de l'emploi⁽¹⁾ à partir d'une attestation du salarié établissant la présence du conseiller à l'entretien préalable au licenciement. Il est conseillé de remplir cette attestation au stylo bleu et d'envoyer l'exemplaire original (les photocopies ne sont parfois pas acceptées par l'administration !) selon l'échéance fixée par la DIRECCTE

Ce remboursement comprend les frais de transport et les frais de repas, s'il y a lieu.

Pour l'utilisation du véhicule personnel, le remboursement est conditionné par la délivrance préalable d'une autorisation par la direction départementale du travail et de l'emploi.

Les frais de déplacements du conseiller du salarié sont limités au département pour lequel il a été désigné. De ce fait, le conseiller qui se déplace pour assister un salarié dans un autre département que le sien ne pourra en principe obtenir le remboursement de ses frais.

(1) nouvellement dénommée DIRECCTE (voir p.16)

Ce système de remboursement est à la fois contraignant et insuffisant.

Nous réclamons donc une amélioration des modalités et un élargissement de l'assiette du remboursement.

4 - L'INDEMNISATION FORFAITAIRE ANNUELLE

Les conseillers du salarié qui ont effectué au moins quatre interventions au cours de l'année civile peuvent bénéficier d'une indemnité forfaitaire annuelle (art. D. 1232-8 du code du travail). Cette indemnité est destinée à couvrir certaines dépenses occasionnées par l'exercice de la fonction de conseiller du salarié telles que l'acquisition d'une documentation en droit du travail, les frais d'affranchissement de courriers, les frais de téléphone et de photocopies, de stationnement, etc.

Actuellement, il ressort d'études menées auprès de certains conseillers que leur mission occasionne des frais d'un montant bien supérieur à celui qui leur est alloué au titre de l'indemnité forfaitaire de 40 € et qu'il serait nécessaire d'améliorer la prise en charge des frais engagés par les conseillers. Nous réclamons donc une revalorisation de ce montant, afin que les frais engendrés par l'exercice de leur mission soient intégralement pris en charge.

L'indemnité se cumule avec les remboursements de frais de déplacement ainsi qu'avec la prise en charge par l'État de la rémunération maintenue au conseiller du salarié par son employeur en application de l'article L. 122-14-5 (nouvel art. L. 1235-5) du code du travail. (Rép. min. n° 9232 : JOAN Q, 20 avr. 1998, p. 2254).

5 - LE DROIT À LA FORMATION

Les conseillers en exercice bénéficient d'un droit à formation qui se caractérise par l'octroi d'autorisations d'absence dans la limite de deux semaines par période de 3 ans. Ne sont concernés que les conseillers qui sont salariés.

Il est primordial que les conseillers du salarié qui ne sont pas salariés du privé (les fonctionnaires et les retraités en particulier) puissent bénéficier d'une formation à la charge des pouvoirs publics...



La Confédération met en place une formation de 2 jours exclusivement réservée aux conseillers du salarié, dispensée dans les Unions départementales.

6 – LA PROTECTION SOCIALE

La protection sociale du conseiller du salarié est assurée à l'occasion de tout accident susceptible de se produire dans le cadre de sa mission, c'est-à-dire lors de la convocation à l'entretien préalable du salarié qu'il est chargé d'assister.

Le conseiller du salarié est en effet considéré comme bénévole et c'est à ce titre qu'il bénéficie de la couverture sociale en cas d'accident de trajet pour se rendre dans l'entreprise ou d'accident dans l'entreprise même.

En vue de bénéficier de cette protection sociale, le conseiller du salarié devra faire procéder à son affiliation en tant que bénévole auprès de la caisse primaire d'assurance maladie de son lieu de résidence habituelle.

En cas d'accident, la demande de prise en charge devra être adressée par l'intéressé à la direction départementale du travail et de l'emploi compétente qui transmettra les documents dûment remplis à la caisse primaire de sécurité sociale du lieu de résidence habituelle du conseiller.

7 – LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT

Par principe, la loi du 18 janvier 1991 accorde au conseiller une protection dans sa propre entreprise par des garanties équivalentes à celles dont bénéficient les salariés investis d'un mandat représentatif.

Ainsi le conseiller du salarié est protégé contre le licenciement. D'une part, l'exercice de sa mission ne peut être une cause de rupture par l'employeur du contrat de travail. D'autre part, le licenciement du conseiller du salarié inscrit sur une liste départementale est soumis à l'autorisation préalable de l'inspection du travail, comme pour les délégués syndicaux.

Cette procédure spéciale de licenciement s'applique aux anciens conseillers du salarié pendant les douze mois suivant la cessation de leurs fonctions, lorsque celles-ci ont été exercées pendant au moins un an.

La protection contre le licenciement 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.

Attention, le dispositif tel que nous le connaissons ne s'applique pas aux conseillers du salarié « fonctionnaires ».

Nous revendiquons donc la mise en place d'un statut spécifique pour ces conseillers visant à leur accorder les mêmes droits qu'aux salariés du « privé», en particulier des autorisations d'absence, leur permettant d'exercer efficacement leur mandat.



« BOÎTE À OUTILS » L'ENTRETIEN PRÉALABLE PAS À PAS PRÉCISIONS ET ASTUCES

Le premier contact (téléphonique)

① Si possible, je propose au salarié un pré-entretien le plus tôt possible.

☞ *Cela permet au salarié d'être plus réceptif aux recommandations.*

② Pour cette entrevue dans un local Force Ouvrière (UD ou UL), je demande au salarié de se munir de la convocation à l'entretien, de son contrat de travail, d'une feuille de paie récente et de tout autre document utile (avertissement, courriers échangés avec son employeur, etc.).

☞ *C'est peut-être le premier contact du salarié avec une organisation syndicale, profiter de l'occasion, du lieu et de la documentation disponible pour présenter notre organisation.*

Le pré-entretien

③ Je vérifie que la lettre de convocation mentionne la possibilité d'assistance par un conseiller extérieur (s'il n'existe pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise) et le délai de 5 jours ouvrables entre la réception de la lettre et l'entretien.

☞ *Le jour de réception de la lettre ou de la remise en main propre ne compte pas, les dimanches et les jours fériés ne comptent pas. Ce point est déterminant pour le non respect de procédure.*

④ Je contrôle l'heure (en général pendant les heures de travail) et le lieu de l'entretien (en principe le lieu de travail).

☞ La contestation de ces éléments (peu déterminants pour un non respect de procédure) pourrait conduire à une convocation ultérieure stressante pour le salarié. Si le salarié est convoqué au siège social différent de son lieu de travail, les frais de transport doivent être pris en charge par l'employeur.

5 J'informe le salarié du cadre juridique de l'entretien.

☞ Le salarié ne peut pas être sanctionné pour absence à l'entretien. L'employeur doit exposer ses griefs et recueillir les observations du salarié.

6 Je recueille les informations spécifiques du contexte et des faits ainsi que le souhait du salarié qui peut avoir une nécessité impérieuse de conserver son emploi.

☞ Les éléments avancés pour « sauver » l'emploi d'un salarié ne doivent pas guider l'employeur qui pourrait abandonner une procédure mal engagée pour la reprendre quelques temps plus tard sur de nouvelles bases juridiques plus solides.

7 J'informe le salarié des enjeux et conséquences des différentes options possibles et nous élaborons ensemble la stratégie que nous allons appliquer lors de l'entretien.

☞ Outre les éléments de droit, cette stratégie doit inclure la personnalité de tous les intervenants. Ne pas perdre de vue que l'employeur reste maître de la procédure et que seule la lettre de licenciement « fixera les limites du litige ».

Si possible, je fixe rendez-vous au salarié aux abords du lieu de la convocation 10 minutes avant l'heure de l'entretien pour une dernière mise au point.

L'entretien proprement dit

8 Je fais entrer le salarié le premier qui me présente « M. ..., conseiller du salarié ».

☞ Permet de se conformer à peu près au souhait du législateur « l'employeur doit être averti de l'assistance du salarié ».



9 Je vérifie que l'entretien est prévu dans un endroit assurant la confidentialité des échanges.

☞ Prendre en compte les possibilités des locaux de l'entreprise.

10 Je vérifie avec le salarié que la personne qui envisage de mener l'entretien est l'employeur ou son représentant et, éventuellement, que la personne qui l'assiste appartient bien à l'entreprise.

☞ En général, l'avis du salarié suffit. En cas de problème, interroger l'employeur et noter ses explications. Selon la gravité des anomalies, évaluer l'intérêt du salarié à poursuivre l'entretien si l'employeur refuse de faire sortir « l'intrus ».

11 Si je suis sollicité par l'employeur, je justifie de ma qualité : Je présente l'attestation de la DIRECCTE à l'exclusion de tout autre document.

☞ Je m'oppose fermement à la réalisation d'une photocopie. L'arrêté préfectoral de désignation est de droit commun donc l'employeur est sensé le connaître. Je peux néanmoins le produire pour dénouer la situation mais le rapport de force avec l'employeur en est altéré.

12 Je m'oppose fermement à ce que l'employeur sollicite des explications préalables du salarié en début d'entretien.

☞ Ce point est formel et ne doit pas être transgressé. En cas d'insistance de l'employeur l'entretien doit être interrompu.

13 Je laisse d'abord l'employeur évoquer tous ses griefs à l'encontre du salarié ou les motifs qui le conduisent à envisager un licenciement économique et je prends des notes.

☞ Insister pour que l'employeur expose l'ensemble des griefs ou motifs avant que le salarié ne s'exprime pour éviter une sorte de partie de « ping-pong » entre le salarié et l'employeur : l'entretien risquerait de se prolonger.

14 Je laisse s'exprimer le salarié selon la stratégie convenue (défense point par point ou contestation sans commentaire) et je prends des notes).

☞ Un salarié qui ne souhaite pas discuter pendant l'entretien peut utiliser la formule lapidaire : « Je conteste l'ensemble de ce qui m'est reproché ».

15 En cas de projet de licenciement économique, je suis attentif à la remise de la « Convention de reclassement personnalisé ».

☞ En cas de non remise par l'employeur, évaluer l'intérêt du salarié à la demander ou non et, le cas échéant, noter son absence (non respect de la procédure).

16 En absence de volonté de rapprochement des participants, j'insiste pour clore l'entretien dès lors que chacun s'est exprimé

☞ Lorsque les positions sont affirmées, toute discussion supplémentaire, nonobstant le risque d'énerverment, est pénalisante pour les autres salariés (je ne dispose que de 15 h par mois)

Je demande à être accompagné par le salarié. Je lui fais signer l'attestation pour le remboursement de mes frais. conseiller au salarié de ne pas rediscuter de cet entretien avec son employeur ultérieurement.

Après l'entretien

17 A la demande du salarié, après communication de la lettre de licenciement et une entrevue avec un défenseur syndical, je rédige - sans en négocier les termes avec le salarié - une attestation selon la forme requise par le Code de procédure civile.

☞ Vérifier que la lettre de licenciement s'appuie sur des motifs évoqués pendant l'entretien. Il est prudent d'annoter la photocopie de la pièce d'identité jointe à l'attestation : « Document joint à l'attestation du conseiller du salarié en assistance de M ... ».



13 Dans un local Force Ouvrière, je remets l'attestation au salarié en lui faisant signer une copie portant la mention « Attestation conforme au déroulement de l'entretien ».

☞ Permet d'éviter une procédure de l'employeur en faux témoignage en cas de revirement du salarié (malheureusement déjà intentée : Le conseiller a été condamné !).

REMERCIEMENTS À :

*Didier Crusson UD 94,
Alain Martin UD 06,
Denis Pelletier UD 78,*

*Service juridique confédéral :
- Catherine Maillard
- Véronique Lopez-Rivoire*



FO
la force syndicale



Confédération Générale du Travail Force Ouvrière
Secteur Juridique

141, avenue du Maine - 75680 PARIS CEDEX 14
Tél. : 01 40 52 82 00
www.force-ouvriere.fr