



Conseiller du salarié, syndiqué ou non

Lors des travaux préparatoires de la loi n°89-549 du 2 août 1989 (1), la question de la qualité des personnes extérieures à l'entreprise qui seraient habilitées à assister le salarié au cours de l'entretien préalable au licenciement a été débattue (se reporter à l'article «20 ans déjà», numéro spécial - juin 2011 - Bulletin des conseillers du salarié de Haute Normandie).

A la question de savoir à qui pourrait être confié cette mission d'assistance, le ministre du travail de l'époque répondait qu'il pourrait s'agir «par exemple, (d') un fonctionnaire en retraite ou un cadre retiré des affaires qui accepte bénévolement d'apporter son assistance à tel ou tel salarié licencié [...]» (2).

Aux termes du décret d'application (3) de l'article 30 de la loi du 2 août 1989, la sélection des «assistants» devant figurer sur la liste départementale arrêtée par le préfet doit se porter sur des personnes choisies «en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social».

Il peut être souligné que ces dispositions réglementaires sont toujours en vigueur et sont contenues dans l'actuel article D.1232-4 du Code du travail.

L'instruction DRT n°89/13 du 1er décembre 1989 qui interviendra

quelques mois après la promulgation de la loi du 2 août 1989 précisera que «*compte tenu de l'expérience, de la compétence et de la disponibilité requises par ces fonctions, elles pourront être remplies notamment 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*». Cette même instruction ajoute que la liste des «assistants extérieurs» doit néanmoins revêtir un «*caractère interprofessionnel*» et que sa composition doit refléter «*la diversité des organisations syndicales représentatives des salariés*».

En pratique, les listes dressées en 1990 comportaient dans la plupart des départements une large majorité de personnes en activité et ayant un engagement syndical, alors même qu'une telle hypothèse n'était pas évoquée lors des travaux préparatoires ou dans les textes d'application.

Dans le cadre de l'examen de la proposition de loi relative au conseiller du salarié, le ministre du travail aura l'occasion, à propos de l'évolution du dispositif d'assistance, de déclarer que «*la part prépondérante des*

Aucun monopole des organisations syndicales représentatives des salariés n'a été introduit dans la loi du 18 janvier 1991 en ce qui concerne la présentation de candidats aux fonctions de conseiller du salarié

salariés syndiqués ne doit pas modifier la mission des conseillers du salarié [...] le recours à d'anciens magistrats, d'anciens fonctionnaires ou d'anciens conseillers prud'hommes restera possible» (4).

C'est ainsi qu'aucun monopole des organisations syndicales représentatives des salariés n'a été introduit dans la loi du 18 janvier 1991 en ce qui concerne la présentation de candidats aux fonctions de conseiller du salarié.

D'ailleurs, bien que des candidatures puissent être proposées ou soutenues par un syndicat professionnel, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de candidatures individuelles et personnelles. Le mandat de conseiller du salarié est confié *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération des aptitudes, capacités et compétences de la personne nommée. La désignation porte ainsi sur cette personne là, parce que c'est elle et pas une autre ; elle n'est pas chargée de la mission de conseiller du salarié à titre de représentant d'une organisation syndicale, mais en raison des qualités personnelles qui lui sont reconnues et qui peuvent évidemment être, le cas échéant, attestées par le syndicat dont elle serait membre.

(1) Loi qui a introduit dans le Code du travail la possibilité pour le salarié, dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel, de se faire assister au cours de l'entretien préalable au licenciement par une personne extérieure à l'entreprise et choisie sur une liste dressée par le préfet de département

(2) cf. JO Sénat, séance du 13 juin 1989, page 1509

(3) Décret n°89-861 du 27 novembre 1989

(4) Audition le 19 septembre 1990 devant la commission des affaires sociales du Sénat



Il en résulte que toute personne, en activité ou en retraite, quelle que soit la catégorie socio-professionnelle à laquelle elle appartient, peut briguer un mandat de conseiller du salarié et être désignée comme tel si elle justifie d'une «*expérience des relations professionnelles*» et de «*connaissances du droit social*» suffisantes. Il n'existe donc aucune obligation légale d'être adhérent à une organisation syndicale pour pouvoir être investi de la mission de conseiller du salarié.

L'autorité administrative n'est pas, par conséquent, fondée à rejeter une candidature au seul motif que le candidat n'est pas syndiqué.

Reste que le législateur a institué une incompatibilité légale entre les fonctions de conseiller du salarié et

celles de conseiller prud'homme en activité (5). Cette incompatibilité a pour objet d'éviter que le conseiller du salarié puisse être à la fois juge et partie dans un litige prud'homal. Cette règle est, en l'état actuel du droit, absolue et ne souffre donc d'aucune exception. Elle s'impose ainsi à tout candidat ou conseiller du salarié en exercice dès l'instant qu'il est élu comme conseiller prud'homme, y compris s'il est installé dans un conseil situé dans un autre département que celui où sont ou seraient exercées les fonctions de conseiller du salarié.

L'autorité administrative n'est pas, par conséquent, fondée à rejeter une candidature au seul motif que le candidat n'est pas syndiqué

Par ailleurs, la Direction générale du travail [services centraux du ministère du travail] considère que, si un fonctionnaire d'État, territorial ou hospitalier (6) peut se voir confier la mission de conseiller du salarié, il existe une «*réelle incompatibilité entre la fonction de conseiller du salarié et l'exercice des missions de l'inspection du travail*». Il

s'ensuit que les agents en charge de l'application de la législation du travail (inspecteurs et contrôleurs du travail) ne peuvent être autorisés à figurer sur les listes départementales de conseillers du salarié. ■

(5) Article L.1232-7 du Code du travail

(6) S'agissant des conseillers du salarié sous statut de fonctionnaire (ou agent contractuel de la Fonction publique), ils sont soumis, en cette qualité, aux règles du statut général et ne peuvent donc bénéficier des dispositions du Code du travail qui organisent, pour les conseillers du salarié employés par un établissement d'au moins 11 salariés, des autorisations d'absence qui sont assimilées à du temps de travail effectif. Seule la disposition relative aux modalités de remboursement des frais de déplacement des conseillers du salarié en activité peut lui être appliquée. Aucune disposition du statut général ne prévoit un droit à autorisation d'absence pour l'exercice de la mission de conseiller du salarié. En conséquence, les fonctionnaires et agents de la fonction publique ne peuvent assister un salarié lors de l'entretien préalable au licenciement qu'en dehors de leur temps de travail. Il n'est donc pas juridiquement possible de procéder au remboursement du traitement d'un fonctionnaire ayant exercé sa mission de conseiller du salarié durant son temps de travail.