

La fin du juge conciliateur ?

Steve Doudet, Avocat au barreau de Marseille

L'examen de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi devra se poursuivre jusqu'à l'article 21 pour qu'apparaisse, aux yeux du lecteur attentif, l'institution d'un barème d'indemnisation lors de l'audience de conciliation devant le conseil de prud'hommes. Contenue dans le Chapitre IV de la loi nommé « *Dispositions diverses* », la création d'un référentiel de dommages-intérêts à ce stade de la procédure prud'homale n'a pas eu les faveurs d'un titre péremptoirement flatteur. Il est vrai qu'il était difficile, sinon impossible, d'entrevoir dans cette nouvelle disposition la « *création d'un nouveau droit pour les salariés* »¹, un moyen de « *lutter contre la précarité dans l'emploi et dans l'accès à l'emploi* »² ou, encore, une voie pour « *favoriser l'anticipation négociée des mutations économiques pour développer les compétences, maintenir l'emploi et encadrer les licenciements économiques* »³.

Pour autant, nul ne se laissera tenter par le survol de cette disposition « *diverse* » tant elle emporte une modification majeure de l'article L. 1235-1 du Code du travail relatif aux dispositions communes dans le cadre des contestations et sanctions des irrégularités du licenciement. Plus précisément, la révision consiste à ajouter deux alinéas à l'article susmentionné ainsi rédigés : « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1 du Code du travail, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié* » avant de préciser que « *le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre* »⁴.

À travers l'institution d'un barème d'indemnité à hauteur du bureau de conciliation, les partenaires sociaux puis le législateur ont entendu faciliter la conciliation prud'homale. Si l'objectif poursuivi est souhaitable pour plusieurs raisons, le moyen choisi pour l'accomplir semble contestable à bien des égards.

1 UN BARÈME D'INDEMNISATION POUR FACILITER LA CONCILIATION

► La conciliation, première mission du juge prud'homal

En premier lieu, rappelons que la conciliation constitue la première mission légale du juge prud'homal. Si concilier les parties entre dans la mission de chaque juge civil⁵, ce rôle donne lieu à une « *accentuation en matière sociale* », selon la formule du Professeur Alain Supiot⁶. C'est la raison pour laquelle l'article L. 1411-1 du Code du travail précise d'abord que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...]* » avant de prévoir qu'« *il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* ». En deuxième lieu, l'histoire nous rappelle que « *le préliminaire de conciliation en matière prud'homale tient à l'essence même de l'institution* »⁷. Ainsi, la loi du 18 mars 1806 portant établissement d'un Conseil de prud'hommes à Lyon prévoyait déjà la tenue chaque jour d'un « *bureau de conciliation composé d'un prud'homme fabricant et d'un prud'homme chef d'atelier [...]* »⁸. Un siècle plus tard, la loi du 27 mars 1907 le confirmait : « *les conseils de prud'hommes sont institués pour terminer par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever [...]* »⁹. En troisième lieu, au-delà de nos frontières, si le conseil de prud'hommes français, en sa forme paritaire et élective, fait figure d'exception, il existe généralement au sein des juridictions du travail un préalable de la conciliation présentant un taux de réussite satisfaisant.

Ce n'est plus le cas en France. Avant 1939, la conciliation permettait de terminer 80 %¹⁰ des litiges. Aujourd'hui, le taux de conciliation est inférieur à 7 %¹¹.

► Un barème d'indemnisation de référence

L'article 21 de la loi constitue une transposition de l'article 25 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, lequel prévoit le référentiel d'indemnité suivant : « *entre 0 et 2 ans d'ancienneté : 2 mois de salaire/entre 2 et 8 ans d'ancienneté : 4 mois de salaire/entre 8 et 15 ans d'ancienneté : 8 mois de salaire/entre 15 et 25 ans d'ancienneté : 10 mois de salaire/au-delà de 25 ans d'ancienneté : 14 mois de salaire* ». Un décret reprenant fidèlement le montant du barème établi par les partenaires sociaux signataires de l'ANI devrait être publié très prochainement. Ce texte devrait préciser que « *toute demande portée devant les prud'hommes est inscrite au rôle du bureau de conciliation dans les 2 mois de son dépôt au greffe* », conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ANI. Si la fixation d'un délai rapide d'audience en conciliation mérite d'être saluée, il est cependant à craindre que cette disposition relève davantage de l'incantation commune des partenaires sociaux et du législateur que du fonctionnement effectif des conseils de prud'hommes. Sans l'attribution aux juridictions du travail de moyens humains et matériels supplémentaires, pourtant maintes fois réclamée, ce nouveau délai demeurerait une simple déclaration de principe, à l'instar du délai de reprise de l'affaire d'un mois en cas de partage de voix¹² ou du délai d'un mois pour statuer au fond sur une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée¹³.

Au risque de décevoir les zélés de l'une démocratie sociale devant laisser sans voix un Parlement devenu chambre d'enregistrement, le législateur s'est autorisé à s'affranchir de l'ANI pour préciser que le montant de l'indemnité for-

faitaire devait être déterminé en référence à un barème mais cela, sans préjudice des « indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles »¹⁴. Il y a donc lieu de considérer qu'au dispositif du barème s'ajoute le versement des indemnités de rupture, notamment en cas de contestation d'un licenciement pour faute grave (indemnité compensatrice de préavis et indemnité de licenciement). Cet ajout purement législatif était nécessaire, sauf à souhaiter qu'un salarié ayant un an et demi d'ancienneté, licencié pour faute grave, soit invité à concilier à hauteur d'un montant se rapprochant de son solde de tout compte. Enfin, il doit être rappelé que selon l'exposé des motifs du projet de loi, ne sont pas concernées par le barème « les indemnités liées à des contentieux spécifiques (discrimination, harcèlement, inaptitude) ». S'il est vrai que ces contentieux ne relèvent pas à proprement parler des dispositions de l'article L. 1235-1 du Code du travail, une exclusion explicite visée dans la loi aurait permis davantage de clarté.

2 UN CHOIX TRÈS CONTESTABLE

Le choix de créer un barème d'indemnité au stade de l'audience de conciliation n'est pas exempt de critiques.

► Le risque d'un nivellement par le bas

D'abord, le principe du barème conduit à écarter la référence naturelle et pertinente à l'évaluation du préjudice que constituait hier la jurisprudence. Celle-ci est pourtant dotée de nombreuses vertus. Rendue publiquement au nom du peuple français, ce qui permet à chacun d'en attester, la jurisprudence se construit avec la patience de la dentellière, au fil des décisions rendues, se nourrissant de la confrontation du Droit et du Fait de chaque espèce et se fondant exclusivement sur la base d'éléments débattus contradictoirement. Fort de la connaissance de la jurisprudence, les parties au procès prud'homal pouvaient alors évaluer aussi bien leur chance de succès que leur risque de condamnation. Une fois cette appréciation réalisée, le salarié et l'employeur étaient en mesure de déterminer facilement leur intérêt à concilier. Or, désormais, il est substitué à la jurisprudence un barème arithmétique, une

table des calculs, un répertoire des tarifs dont les montants (2 mois, 4 mois, 8 mois, etc.) ont été déterminés soudainement, arbitrairement et dans le secret des négociations collectives et des cabinets ministériels. Cela est d'autant plus critiquable que la faiblesse des montants prévus opérera un nivellement par le bas, faisant du barème le point de départ de la conciliation. Dans nombre de litiges, nul doute qu'il sera aussi le point d'arrivée.

► L'ancienneté, un critère inadapté

Par ailleurs, le barème d'indemnité est établi en fonction de la seule ancienneté du salarié. Ce critère apparaît d'emblée inadapté puisque l'ancienneté est, par nature, la référence de calcul de l'indemnité de licenciement, censée récompenser d'une certaine manière la fidélité à l'entreprise. Déjà contestable lorsqu'elle sert à franchir le seuil du bénéfice de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail, l'ancienneté ne permet pas d'évaluer l'entier préjudice subi par le salarié ayant fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. D'autres éléments, tels que l'âge, l'état de santé, le nombre d'enfants à charge ou encore la situation professionnelle du conjoint doivent être pris en considération pour apprécier l'étendue du préjudice subi. En ne retenant qu'un critère, au demeurant inopportun, les partenaires sociaux signataires, le gouvernement et le législateur ont tous fait preuve de légèreté. Le critère de l'âge, *a minima*, aurait pu être ajouté lors de l'établissement du barème.

► L'effacement du juge conciliateur

Enfin, l'institution d'un barème d'indemnité lors de l'audience de conciliation conduit à l'effacement du juge prud'homal. L'accès au juge n'est pas atteint ici puisque ce dernier est présent physiquement lors de l'audience de conciliation. Mais le conseiller prud'hommes est désormais en retrait, relégué au rang d'ouvreur de salle. En ce sens, le rapporteur du projet de loi, Monsieur Jean-Marc Germain, déclarait lors des débats parlementaires : « la conciliation permet de ne pas ouvrir le dossier. Dans ce cas, on peut parvenir à un accord : le salarié bénéficiera alors des indemnités légales et conventionnelles,

plus le montant du barème. Le seul critère que l'on peut alors retenir est l'ancienneté. Si la procédure dépasse le stade de la conciliation, le dossier du salarié est pris en considération : on va alors considérer le préjudice, et d'ailleurs le projet de loi répète que le juge des prud'hommes doit réparer le préjudice subi ». C'est désormais entendu, les conseillers prud'hommes ne devront pas ouvrir le dossier des parties lors de l'audience de conciliation. Une telle approche du rôle du juge est, pour l'heure, en totale contradiction avec les dispositions de l'article R. 1454-10 du Code du travail, lesquelles prescrivent que « le bureau de conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier [...] ». L'emploi du verbe pronominal « s'efforcer », que le Dictionnaire Petit Robert définit comme « faire tous ses efforts, employer toute sa force, son adresse ou son intelligence pour atteindre un but, vaincre une résistance », laisse clairement entendre que le bureau de conciliation doit avoir un rôle actif devant le conduire à ouvrir le dossier afin de lire, par exemple, la lettre de rupture du contrat de travail. Par arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation confirmait également la place prédominante du juge dans la recherche d'un accord : « la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie »¹⁵. Cependant, il n'est pas exclu que le décret précisant le montant du barème d'indemnité à hauteur de l'audience de conciliation modifie les dispositions réglementaires. Aussi, en pareille hypothèse, il conviendra de se fonder sur les dispositions légales, et non modifiées, de l'article L. 1411-1 du Code du travail selon lesquelles « le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail ». Compte tenu d'une part de la qualité de sujet grammatical du conseil de prud'hommes dans le texte de loi, entendu comme celui qui accomplit ●●●

●●● l'action verbale et d'autre part de l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative¹⁶, cette disposition légale devrait suffire à voir confirmer le rôle actif incombant au juge prud'homal dans la recherche de la conciliation.

En résumé, faciliter la conciliation prud'homale à travers la création d'un barème s'apparente déjà à un vœu pieux ou pire, aboutira à des accords préjudiciables aux droits du salarié. L'occasion est, une nouvelle fois, manquée. Cela est d'autant plus regrettable que d'autres mesures, connues de chacun, auraient pu être envisagées pour faciliter la conciliation prud'homale. L'amélioration de la formation des conseillers prud'hommes pour favoriser

leur participation active dans la recherche d'un accord ainsi que la mise en place d'une communication d'un minimum de pièces avant l'audience de conciliation sont autant de pistes de réflexion. Cependant, et quitte à s'époumoner une énième fois, il doit être rappelé que la volonté de favoriser les conciliations prud'homales nécessitera, en tout état de cause, une augmentation substantielle des moyens matériels et humains alloués par l'État en vue d'assurer un fonctionnement satisfaisant des conseils de prud'hommes. Il s'agit là d'un préalable indispensable car rares sont les conciliations qui peuvent aboutir lorsque plus de dix affaires sont inscrites au rôle d'une seule audience. ■

1. Titre des dispositions du chapitre I de la loi de sécurisation de l'emploi.
2. Titre des dispositions du chapitre II de la loi de sécurisation de l'emploi.
3. Titre des dispositions du chapitre III de la loi de sécurisation de l'emploi.
4. Art. 21 de la loi de sécurisation de l'emploi.
5. CPC, art. 21.
6. Alain Supiot, *Les juridictions du travail*, Tome 9 du *Traité de droit du travail* publié sous la direction de G.H. Camerlynk, Dalloz, 1987.
7. *Cass. civ. Section Sociale*, 28 nov. 1947.
8. Art. 6 de la Loi du 18 mars 1806 portant établissement d'un Conseil de prud'hommes à Lyon.
9. Art. 1 de la Loi du 27 mars 1907 concernant les conseils de prud'hommes.
10. Alain Supiot, *préc.*
11. *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi* n° 847, p. 389.
12. *C. trav.*, art. L. 1454-2.
13. *C. trav.*, art. L. 1245-2.
14. *C. trav.*, art. L. 1235-1, al. 1 nouv.
15. *Cass. soc.*, 28 mars 2000, n° 97-42.419; voir également *Cass. soc.*, 5 déc. 2007, n° 06-40.634.
16. *Cons. constit.*, 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative)*.