

Journée d'études

« La conciliation dans le ressort de la Cour d'appel de Toulouse – Acte 2 »

20 octobre 2017

La conciliation prud'homale

Carole Dupouey-Dehan, Mcf. UT Capitole

Le préliminaire obligatoire de conciliation prud'homale fait partie, à côté d'autres (je pense à la parité), des symboles de la justice du travail, tant ce préliminaire est substantiel :

- Substantiel aux yeux du législateur qui en fait la mission première des CPH : le code du travail indique que les CPH « règle (je cite) par voie de conciliation les différends » qui s'élèvent devant lui et « juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti »¹.
- Substantiel pour la jurisprudence également de la Cour de cassation qui en rappelle l'importance en décidant que son omission entraîne la nullité de la procédure.

Il entre donc dans la mission des conseillers prud'hommes d'entendre les explications des employeurs et salariés en conflits et de les amener à un accord malgré leurs opinions contraires. On pourrait croire qu'il s'agit-là d'une simple illustration de l'article 21 du code de procédure civile, intégrant la conciliation dans les missions de tout juge, quel qu'il soit.

Ce serait vite oublier que dès leur création au début du 19^{ème} siècle, les conseils de prud'hommes étaient des lieux de résolution amiable des conflits du travail, où les juges professionnels étaient mis à distance. La devise des CPH continue de nous le rappeler : servir et concilier !

A ce titre, deux remarques peuvent être faites, en guise de mise en perspective avec le passé et afin de mieux éclairer les propos qui seront tenus lors de cette table ronde :

- D'une part, pendant plus de 150 ans, la conciliation était un véritable préalable à la phase juridictionnelle, elle était indépendante de celle-ci. C'est à compter de 1974 que les missions du bureau de conciliation ont été élargies, lui permettant également de prendre des mesures d'instruction et des mesures provisoires. A cette date-là, et cela fait écho au fil conducteur de cette matinée, la conciliation est devenue une audience intégrée à l'instance prud'homale et non plus distincte de celle-ci.

¹ Art. L.1411-1 C. trav.

- D'autre part, au début du 19^{ème} siècle, le taux de conciliation était de l'ordre de 80 %. Cette réussite contraste évidemment avec le taux actuel de conciliation, particulièrement faible. 5.5% en 2013 à en croire le rapport Lacabarats (*L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, p. 94). Comme tous les chiffres il convient de les analyser avec précautions. Et malgré un certain nombre d'éléments qui permettent de relativiser ce faible taux, le constat d'échec est patent.

Pourtant depuis deux ans, des bouleversements forts affectent l'organisation des CPH et la procédure prud'homale. De profondes transformations s'opèrent.

En un laps de temps relativement court, je ne peux pas dresser un état des lieux exhaustif de l'actualité sur la conciliation prud'homale. D'une part, je présenterai les mesures essentielles qui ont été prises en sa faveur ; d'autre part, je dirai quelques mots de la place de la conciliation prud'homale parmi les modes amiables de règlement des différends qui se développent par ailleurs.

I - Les mesures récentes en faveur de la conciliation prud'homale

Deux séries de mesures ont été adoptées ces dernières années, visant à promouvoir la conciliation, même si on pourra souvent douter de leur efficacité : certaines dispositions tentent en effet de rendre la conciliation plus attractive pour les justiciables ; d'autres tentent d'octroyer davantage de moyens aux conseillers prud'hommes.

A – Tentative de rendre la conciliation plus attractive pour les justiciables

C'est à 2013 que remonte la tentative de rendre la conciliation plus attrayante pour les justiciables. Tout au moins en matière de contentieux relatif au licenciement (mais dont on sait qu'il est le plus important en volume).

Loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi introduit à l'article L. 1235-1 C. trav. la faculté pour le bureau de conciliation de proposer aux parties de mettre fin à leur litige par le versement d'une indemnité forfaitaire calculée selon un barème réglementaire (D. 1235-21).

Ce texte a été vivement critiqué. D'une part parce que la conciliation suivant le barème reposait uniquement sur le critère de l'ancienneté, sans aucun examen du dossier ; d'autre part

parce que les montants proposés, bien que seulement indicatifs, étaient relativement faibles (notamment à l'égard des salariés âgés ou ayant une certaine ancienneté).

La pratique a révélé l'échec de cette mesure. Quid à Toulouse ?

Néanmoins, l'objectif d'attractivité de la conciliation qu'elle poursuivait pourrait bien être réactivé :

- D'abord en raison de la revalorisation des montants du barème par un décret du 23 novembre 2016.
- Ensuite en raison du plafonnement des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance du 22 septembre dernier relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail. La comparaison entre le forfait de conciliation indicatif et les maximas indemnitaires en cas de jugement pourrait inciter à accepter la conciliation.

B – Tentative de renforcer les moyens accordés aux conseillers prud'hommes conciliateurs

D'autres mesures adoptées récemment ont pour objet de renforcer les moyens accordés aux conseillers prud'hommes dans leur mission de conciliation.

Deux mesures sont issues de la loi du 6 août 2015 relative à la croissance, l'activité et l'égalité des chances.

- La première autorise le BCO (nouvelle appellation du BC) à « entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité » (L.1454-1).

Ce texte s'inspire à n'en pas douter de la médiation et des modes amiables de règlement des conflits.

Idée intéressante car elle permet au juge conciliateur de mieux comprendre les véritables positions de chacune des parties, leurs demandes réelles, au-delà de ce qui est inscrit dans la requête. Elle permet de tisser les liens nécessaires à la confiance que les justiciables doivent avoir dans les conciliateurs.

L'exigence de confidentialité est précisée, cela était indispensable.

Mais il est dommage que ne soit pas indiquée l'obligation d'organiser cette séance avec chacune des deux parties pour garantir toute neutralité des juges à leur égard.

De plus le texte interroge car il n'y a pas de garantie que les juges conciliateurs ne soient pas ceux qui trancheront ensuite l'affaire en cas d'échec. Ni que la parité sera bien respectée lors de ces auditions.

La pratique des CPH veillera peut-être à ces garanties mais il aurait été préférable de les inscrire dans les textes.

Enfin, louable dans son principe, cette disposition se heurte à la difficulté du manque de temps dont dispose les conseillers. Il s'agit d'une faculté qui ajoute au travail des conciliateurs et qui sera nécessairement chronophage (au minimum 3 rdv : un avec chaque partie, un troisième ensuite pour réunir tout le monde, discuter et s'arrêter sur un accord) et qui pourtant est proposée à moyens constants.

- La seconde mesure est celle contenue à l'art. L. 1454-1-3 selon lequel, sauf motif légitime, lorsqu'une partie ne comparait pas, personnellement ou représentée, le BCO peut juger l'affaire, en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués. Dans ce cas, le BCO statue en tant que bureau de jugement dans sa composition restreinte.

Cette mesure a pour objectif d'inciter les parties à comparaître lors de l'audience de conciliation. Il a en effet été constaté (mais peut-être les praticiens ici présents nous en dirons davantage) que la conciliation est bien plus efficace en présence des deux parties : constat déjà ancien fait par Alain Supiot en 1985 et plus récemment par Alain Lacabarats dans son rapport.

L'objectif affiché n'est toutefois pas en adéquation avec les moyens mis en œuvre puisque la représentation est possible : le jugement « sanction » de l'affaire en l'état étant envisagé à défaut de comparution personnelle ou à défaut de représentation, et encore à condition que cette absence ne soit pas dûment justifiée. En conséquence, il n'est pas incité à comparaître personnellement, condition sine qua non pour une conciliation facilitée.

Décret d'application de la loi Macron prévoit également la possibilité pour le RI du CPH de prévoir que certains conseillers seront affectés prioritairement au BCO (R.1454-7). Va de pair avec la formation renforcée désormais proposée aux conseillers, notamment en matière de conciliation.

II - La place de la conciliation prud'homale parmi les modes amiables

Le préalable de conciliation obligatoire devant le conseil de prud'hommes a longtemps constitué un argument pour chasser toute tentative de développement des modes amiables en matière de conflits du travail.

L'état du droit a cependant évolué, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de son décret d'application du 20 mai 2016.

Le code du travail affirme désormais l'applicabilité aux conflits du travail des dispositions du livre 5 du code de procédure civile, relatifs aux modes amiables conventionnels de règlement des différends. Sont aujourd'hui autorisés expressément en la matière la médiation conventionnelle ou la procédure participative.

Au-delà des modes conventionnels, la médiation judiciaire est également admise et promue. L'article R.1471-2 invite en effet le BCO, de même que le bureau de jugement, quel que soit le stade de la procédure, soit à orienter l'affaire vers une médiation judiciaire et dans ce cas il désignera le médiateur, soit à enjoindre les parties à rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure. Dans le premier cas, le juge propose et les parties disposent, comme ce qui est prévu par le CPC en matière de médiation judiciaire. Dans le second cas, le juge a un véritable pouvoir d'injonction : ce n'est pas la médiation en tant que telle qu'il peut imposer aux parties mais simplement une rencontre avec un médiateur à titre informatif.

Le BCO s'avère être désormais un prescripteur de modes amiables : il est désormais en capacité de proposer aux parties un panel de modes de résolution du conflit et entériner les accords qu'elles ont passés en dehors de lui. Les conseillers ici présents pourront peut-être nous éclairer sur la pratique du cph toulousain à cet égard.

Cet état du droit positif donne lieu à des avis divergents : certains s'en offusquent, d'autres s'en réjouissent ; certains parlent de concurrence faite à la conciliation prud'homale, voire de sous-traitance, avec ce que ce terme emporte de péjoratif, tandis que d'autres parlent de complémentarité.

Sans rentrer dans ce débat, je voudrais poser deux questions qui concernent l'articulation entre la conciliation prud'homale, la conciliation conventionnelle et la conciliation déléguée par le juge, ces deux dernières étant réalisées sous l'égide d'un conciliateur de justice :

- Tout d'abord, le juge prud'homal, notamment le BCO, peut-il déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice, comme le prévoit l'article 129-1 CPC ?

Selon cette disposition, « Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder deux mois. Elle peut être renouvelée ».

A la lecture de ce texte il semble, et on peut le regretter, que la délégation par le CPH à un conciliateur de justice ne soit pas possible. Est en effet exigée une disposition expresse en vertu de laquelle un juge peut procéder à la délégation. Rien de tel dans le code du travail ! Une telle option pourrait pourtant utilement décharger le BCO, tout au moins dans des litiges de faible valeur. Le projet de décret de mai 2016 prévoyait pourtant une telle faculté de délégation, finalement retirée suite aux avis défavorables du conseil supérieur de la prud'homie, des syndicats de travailleurs et du syndicat de la magistrature.

- Ensuite, la conciliation conventionnelle par un conciliateur de justice est-elle possible pour régler les conflits du travail. Je crois que les conciliateurs eux-mêmes répondraient par la négative, notamment en raison du caractère d'OP du préliminaire de conciliation et de la compétence prud'homale. Cependant, la loi du travail affirme expressément que les modes conventionnels prévus par le livre 5 du CPC sont applicables aux différends du travail. J'ajouterai, pour ceux qui la refuseraient, que la conciliation conventionnelle par un conciliateur de justice ne présente pas plus de risque que la médiation conventionnelle.

En conclusion, l'analyse des réformes récentes qui affectent la conciliation prud'homale, et plus largement la procédure prud'homale ou encore l'ensemble des modes amiables de résolution des différends, montre l'ambivalence des textes et des objectifs.

Il y a en effet un paradoxe à ne pas donner suffisamment de moyens à la conciliation prud'homale alors que dans le même temps est constaté son échec, échec dont les causes reposent certainement, au moins en partie, sur le manque de moyens.

Il y a également un paradoxe à ne pas donner suffisamment de moyens à la conciliation prud'homale alors qu'est réaffirmée sa place essentielle. En réalité, les mesures qui touchent au BCO ont tendance non à lui octroyer les moyens nécessaires et suffisants à la réalisation de sa mission première mais à élargir ses missions : mise en état notamment en plus des mesures conservatoires, d'instruction, de provisions... Ses fonctions juridictionnelles en sortent renforcées, pas sa fonction de conciliation. Autrement dit on a réformé le BCO, pas la conciliation en tant que telle.

Paradoxe enfin à recentrer le juge prud'homal sur ses missions juridictionnelles sans lui donner pleinement les moyens de déléguer sa mission de conciliation, sans aller jusqu'au bout de la logique des réformes de procédure civile. L'ambition affichée de la réforme de la justice du 21^{ème} siècle est en effet d'inciter les citoyens à se diriger vers des modes amiables et à ne solliciter le juge qu'en dernier recours ou pour des affaires dans lesquelles une décision de justice est nécessairement attendue. Les dernières réformes en matière prud'homale semblent aller en ce sens, sans le dire réellement et à moitié seulement.

Au final, c'est une réflexion profonde sur le rôle des CPH dans la justice du travail qui est questionnée, sur le modèle de justice du travail que l'on souhaite pour demain, débat qui est un vieux serpent de mer.