

Le juge et la négociation*

Emmanuel DOCKÈS,

Professeur à l'Université Lyon 2, ERDS/CERCRID, directeur de l'IETL

PLAN

I. Le juge écarté par la négociation

A. Réorganisation du procès prud'homal

B. Modification des effets du reçu pour solde de tout compte

C. Réductions du contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement

II. La négociation soutenue par le juge

A. La négociation individuelle et le juge

B. La négociation collective et le juge

Le commun accord semble opposé, *a priori*, à l'idée de litige et donc de juge.

Le procès n'est-il pas réservé par nature aux hypothèses dans lesquelles les parties ne sont pas arrivées à s'accorder, aux cas dans lesquels les négociations n'ont pu aboutir, ou pire n'ont pu avoir lieu ? Le juge et la négociation pourraient ainsi apparaître comme les deux termes d'une alternative, comme s'excluant l'un l'autre.

Cette vision simpliste est vite contredite. L'un des rôles premiers du juge est d'assurer la force obligatoire des contrats, leur application. Sans lui, l'accord juridique n'est qu'une vaine parole et la négociation n'a plus d'objet.

Surtout, il n'est pas de négociation véritable sans un minimum d'équilibre des forces. En droit du travail, les déséquilibres sont tels que l'échange des consentements est plus souvent le signe d'une soumission que celui d'une négociation réussie. Le droit du travail et son juge ont pour fonction première de réduire ces déséquilibres. Leur action peut ainsi se lire non comme une alternative à la négociation, mais à l'inverse comme un soutien en vue d'aider les salariés et leurs syndicats à accéder à une position de négociation. Sans juge, dans les relations de travail, le pouvoir brut viendrait le plus souvent se substituer à toute négociation. C'est aussi en ce sens qu'il faut comprendre les efforts judiciaires d'organisation et de définition d'une procédure de négociation loyale et sérieuse. Le juge est donc l'indispensable soutien des négociations.

On aurait pu imaginer une réciprocité : une négociation collective visant à améliorer les conditions d'accès au juge. Le nombre de recours aux prud'hommes est en chute constante depuis 2002 (1), alors que la population active augmente et que les recours au juge sont, pour l'ensemble des juridictions, en hausse constante sur la période. Il y a de quoi s'inquiéter. Le juge prud'homal s'éloigne du justiciable (2). Et la réforme des Conseils de prud'hommes, avec sa réduction du temps de rédaction des décisions et sa suppression d'une bonne soixantaine de conseils, devrait aggraver la tendance. Dans un univers logique, la négociation, pleine de gratitude pour le soutien que lui apporte le juge, pourrait rechercher les moyens de favoriser l'accès au juge prud'homal.

On l'aura compris cet univers logique est un univers rêvé. Dans les faits, non seulement la négociation collective ne suit pas cette direction, mais elle emprunte avec résolution et rapidité la voie strictement inverse. La mode est à la négociation visant à éviter, voire à interdire l'accès au juge. Pendant qu'ainsi la négociation s'oppose au juge (I.), ce dernier continue à la permettre et à la soutenir (II.).

I. Le juge écarté par la négociation

Il semble devenu relativement habituel de découvrir des conventions collectives destructrices de protections sociales sans contreparties sérieuses. Le consentement des syndicats à de telles conventions peut s'expliquer. Parfois ce sera par la force de la menace que déploie l'employeur. Parfois ce sera par la faiblesse des syndicats

qui s'opposent à lui. Le plus souvent ces deux causes seront simultanément à l'œuvre. Quelques-unes de ces conventions collectives défavorables sont décrites avec précision par Monique Guédon (3). Dans l'entreprise, les exemples étaient nombreux. Dans certaines branches, l'inquiétude était présente. Mais au moins au niveau

* Le colloque "Juge et négociation : être (jugé) ou avoir (négocié)" s'est tenu le 8 décembre 2007 à l'Université de Paris-Dauphine.

(1) Nombre d'affaires portées devant les Conseils de prud'hommes : 225 987 en 2002 ; 213 907 en 2003 ; 207 804 en 2004 ;

202 065 en 2005 ; 198 694 en 2006 (sources : statistiques du ministère de la Justice).

(2) Cf. E. Serverin, « Négocier à l'ombre du tribunal », p. 3.

(3) Cf. p. 260.

interprofessionnel, un certain équilibre semblait devoir prévaloir. L'accord national interprofessionnel (ANI) de « modernisation » du marché du travail, signé le 21 janvier 2008, contredit cet optimisme (4).

Il est trois manières d'attaquer le droit du travail. La première, la destruction au fond, par abrogation ou réalisation d'exceptions est la plus simple techniquement. C'est aussi la plus visible, donc celle qui peut entraîner le plus de résistance. La deuxième est l'atteinte portée non au contenu des règles mais à leur force obligatoire. Il s'agira de réduire la force de la loi face à la convention collective, ou celle des conventions collectives de branche face aux conventions d'entreprise, voire d'accorder un jour, dans certains cas la primauté aux contrats individuels de travail. Cette technique qui porte atteinte non aux contenus des règles mais à leur force obligatoire est plus subtile que la précédente. Elle a déjà connu de grand succès. Elle est sans doute le biais par lequel le droit du travail a subi les plus grandes atteintes ces vingt dernières années. La troisième n'avait que peu été utilisée jusqu'ici, mais semble être aujourd'hui très à la mode. Il s'agit d'éviter le recours au juge. Les mesures se succèdent à un rythme rapide : réduction du délai de prescription, réduction du temps de rédaction accordé aux conseillers prud'homaux...

L'accord national interprofessionnel de « modernisation » du marché du travail avance résolument dans cette direction, avec au moins quatre dispositions ou série de dispositions.

A. Réorganisation du procès prud'homal (5)

L'article 11 de l'ANI du 11 janvier contient plusieurs dispositions, à la signification ambiguë relatives au procès prud'homal. Ces dispositions auraient pu servir de prétexte à d'importantes remises en cause de l'accès au juge. Le contexte social, syndical et politique qui a suivi l'accord a cependant convaincu le gouvernement d'adopter une lecture modérée de ces régressions potentielles.

Ainsi, une de ces dispositions de l'article 11 ANI du 11 janvier fait obligation au demandeur d'adresser au défendeur l'objet de sa réclamation, préalablement à la saisine du Conseil de prud'hommes. Ce redoublement d'une information qui a lieu normalement juste après la saisine du Conseil aurait pu s'interpréter comme un important obstacle pour le salarié qui essaie d'intenter un procès prud'homal.

L'avant-projet de décret de transposition de l'ANI en la matière laisse cependant entrevoir que le gouvernement n'entend pas transformer cette exigence nouvelle en

règlement. L'information préalable exigée restera donc une disposition conventionnelle et, comme telle, elle ne pourra être interprétée comme une condition à l'action en justice. Tout au plus sa violation pourrait-elle permettre une action en responsabilité civile de l'employeur, si tant est qu'il puisse démontrer un préjudice causé par l'absence d'information préalable (ce qui semble assez aléatoire). S'il doit en être ainsi, l'impact de la réduction du droit d'agir en justice prévue par l'ANI restera modérée.

L'ANI du 11 janvier 2008 vise encore la nécessité de restituer à la conciliation « son caractère d'origine de règlement amiable, global et préalable à l'ouverture de la phase contentieuse proprement dite ». Cette mention devrait, encore une fois, être sans influence. Elle aurait pu être le prétexte d'une réduction des pouvoirs de décision du bureau de conciliation et une atteinte portée à l'audience initiale, qui permet actuellement l'administration de la preuve, le versement de provisions, etc. Ce danger de l'ANI semble heureusement s'éloigner, si l'on en croit l'avant-projet de décret.

B. Modification des effets du reçu pour solde de tout compte

La réintroduction de l'effet libératoire du reçu pour solde de tout compte est stipulée à l'article 11 de l'ANI. Le texte précise que cet effet aura lieu, pour les obligations mentionnées dans le reçu, s'il n'est pas dénoncé par le salarié dans un délai de six mois. Ces dispositions sont actuellement en cours de transposition législative (v. projet de loi du 26 mars 2008, art. 4, art. L. 1234-20 futur du Code du travail). Cela revient à introduire l'équivalent d'un délai de prescription de six mois pour toute demande qui suivrait la rupture du contrat de travail par l'employeur, pour peu que celui-ci ait été convenablement conseillé et qu'il ait fait signer un tel reçu au salarié (6). Le salarié, assommé par la perte de son emploi, n'aura que six mois pour se ressaisir et faire valoir ses droits.

C. Réductions du contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement

Ce sont probablement ces dispositions qui apparaissent comme les plus inquiétantes. La convention n° 158 de l'OIT a interdit que l'on porte atteinte de manière déraisonnable au contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Faute de pouvoir s'attaquer de front à cette solution, l'ANI du 11 janvier 2008 tente de restreindre autant que possible le champ de ce contrôle. Cette volonté s'exprime dans l'accroissement de la durée des clauses

(4) V. E. Dockès, « Un accord donnant, donnant, donnant... », *Dr. soc.* mars 2008 p. 280.

(5) V. E. Serverin, p. 253 ; D. Boulmier « A propos de l'ANI du 11 janvier 2008 - Modernisation du marché du travail (art. 11 point 5) », *Dr. Ouv.* 2008 p. 54.

(6) Ce délai de six mois appartient à une histoire déjà assez ancienne, en droit du travail : avant la loi du 16 juillet 1971 qui institua la prescription quinquennale des salaires, le délai de prescription des créances salariales était de six mois, sauf avec de non paiement par l'employeur (art. 2271 ancien du Code civil).

d'essai (7). Elle s'exprime surtout dans l'organisation de la rupture conventionnelle du contrat de travail.

Cette rupture conventionnelle devra être homologuée par le directeur départemental du travail, sans que cela ne limite la compétence du juge prud'homal, lequel restera seul juge de la rupture et de son homologation (art. L. 1237-14 al. 4 C. trav. tel que prévu par l'art. 5 du projet de loi du 26 mars 2008).

Celui-ci pourra donc invalider, dans certains cas, la rupture d'un commun accord. Tel devrait être le cas, notamment, lorsque cette rupture masque une discrimination. L'article L. 1132-1 du Code du travail (L. 122-45 de l'ancien code) prohibe toute « mesure » discriminatoire et la proposition d'une rupture conventionnelle par l'employeur est certainement l'une de ces « mesures » possible. Sera encore nulle la rupture conventionnelle consentie sous l'emprise de la violence (8). En revanche, la requalification par le juge prud'homal d'une rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse sera plus difficile. Seule la preuve apportée par le salarié de pressions subies s'apparentant à une violence, voire la preuve de fautes graves commises par l'employeur préalablement à la proposition de rompre de manière conventionnelle, semble pouvoir conduire à une telle requalification.

Dans le cas le plus général, toutefois, la rupture conventionnelle devrait bloquer l'appréciation par le juge prud'homal des motifs de la rupture. Or, menacé de ne rien recevoir avant les longues années d'un procès à l'issue douteuse, sous le coup de l'émotion suscitée par l'annonce de la perte de son emploi et rassuré par la perspective de bénéficier de l'indemnisation du chômage, il est à craindre que le salarié acquiescera facilement à ce qui, sans sa signature, n'aurait été qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Comparativement au droit positif encore en vigueur, ceci conduit à deux dangers. Le droit actuel, qui va perdurer jusqu'à la transposition législative de l'accord, est étudié par David Métin et Yasmine Tarasewicz (9). Ce droit n'ignore pas les ruptures d'un commun accord. Mais les salariés ne sont guère portés à signer de telle ruptures, celles-ci ayant pour effet, en principe, de les priver d'indemnisation chômage. Les négociations qui peuvent avoir lieu autour de la rupture du contrat de travail ont donc, le plus souvent, pour objet non pas la rupture elle-même, mais les suites du licenciement. Et la conclusion de telles négociations par une transaction doit être postérieure

à la réception par le salarié de sa lettre de licenciement (10). Alors, la rupture *a déjà eu lieu et c'est un licenciement*.

Sa lettre de licenciement en main, le salarié sort de son état de subordination et surtout, il peut connaître ses droits, lesquels résultent de l'application du droit du licenciement. Cette situation rééquilibre un peu les débats et favorise la négociation. Après la transposition légale de l'accord de janvier 2008, la négociation sur la rupture elle-même (et non simplement sur ses conséquences) risque de prendre un nouvel essor. Le salarié ignorera alors, pendant la négociation, la teneur exacte du licenciement dont il est menacé. Il ne peut qu'imaginer, sans aucune certitude, les motifs qui seraient effectivement utilisés par l'employeur. Il ignore le cadre du possible litige à venir. Il ignore, en un mot, ses droits. La menace est dans le camp de l'employeur, lequel pourra toujours brandir le licenciement pour faute grave.

Surtout, la transaction sur les conséquences d'un licenciement peut être évaluée au vu des droits, déjà nés, du salarié. Si, par exemple, le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, il n'y a de concession de l'employeur que si celui-ci verse une indemnité prenant en compte les dommages-intérêts dûs pour absence de cause réelle et sérieuse (11). En un mot, le résultat de cette négociation doit réellement apporter quelque chose de plus pour le salarié. Faute de quoi la transaction est nulle pour absence de concessions réciproques.

Dans le droit qui sortira de la transposition de l'ANI du 11 janvier, la situation sera radicalement différente. La rupture n'est pas un licenciement, mais une rupture conventionnelle. Le droit du licenciement est donc inapplicable, et en particulier l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. Selon l'accord, peu importe que l'initiative de la rupture vienne du salarié ou de l'employeur, dans tous les cas, le salarié a droit à la même chose : une indemnité calculée selon les indemnités de licenciement. Cette indifférence à l'initiative de la rupture, dont la conformité au droit international est discutable (12), pourrait produire de graves conséquences si elle venait à s'appliquer. Si la rupture conventionnelle masque une démission, elle pourra ainsi apparaître excessivement coûteuse à l'employeur. Mais, si la rupture conventionnelle masque un licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire un licenciement nul, cette somme apparaîtra dérisoire. D'autant qu'une éventuelle action en requalification

(7) En cas de convention de branche étendue, cette durée peut aller jusqu'à quatre mois, renouvellement inclus pour les ouvriers et employés ; six mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et huit mois pour les cadres (art. 4 de l'ANI du 11 janvier, art. 4 du projet de loi modifiant l'art. L. 1221-20 du Code du travail).

(8) Pour la reconnaissance du vice de violence en cas de harcèlement subi par un salarié ayant consenti à une rupture amiable, cf. Soc. 30 novembre 2004, *Bull. V*, n° 303

(9) V. p. 266 et 275.

(10) Soc. 14 juin 2006 n° 04-43.123 Sté Novoferm France c Choulier

(11) Soc. 27 févr. 1996, CSB 1996. 175, A 40

(12) La convention n° 158 de l'OIT, qui fixe les grands principes juridiques applicables en cas de licenciement, définit ainsi son champ d'application (art. 3) : « Aux fins de la présente convention, le terme licenciement signifie la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur ». Le contournement généralisé du droit du licenciement qu'organise l'ANI du 11 janvier pourrait ainsi être contraire au droit international.

intentée par le salarié ne pourra qu'être très aléatoire. Le danger est alors clair. Il est à craindre que de très nombreux salariés signeront une rupture conventionnelle, sans discuter, *sans négocier*. Sous couvert de « privilégié

les solutions *négociées* », l'article 12 sur les ruptures conventionnelles devrait ainsi permettre aux employeurs *d'imposer* aux salariés de renoncer à certains de leurs droits.

II. La négociation soutenue par le juge

Le juge est conduit à soutenir tant la négociation individuelle (A.) que la négociation collective (B.).

A. La négociation individuelle et le juge

En droit du travail, en principe, le salarié n'est pas dans une position telle qu'il puisse véritablement négocier avec son employeur. Il faut inlassablement le rappeler tant cette évidence d'hier est aujourd'hui contestée : le chef d'entreprise détient l'emploi, le revenu, et même la position sociale du salarié. Ceci lui permet le plus souvent d'imposer sa volonté.

La situation est toutefois un peu moins déséquilibrée au moment de la rupture. La décision de rompre prise, l'employeur a usé et donc perdu sa principale menace. Il lui reste la menace de ne pas payer les indemnités dues et d'imposer ainsi au salarié la longue attente d'une décision de justice. Mais, face à cette menace, le salarié n'est pas totalement démuné. La décision du juge peut parfois inquiéter l'employeur, notamment si la nullité du licenciement est encourue. De plus, le procès est une épreuve difficile à vivre y compris pour le chef d'entreprise, notamment dans les petites entreprises. Ainsi, la crainte du juge par l'employeur peut permettre, parfois, au salarié de se hisser jusqu'à une position de négociation.

On comprend mieux alors la qualité des négociations qui peuvent avoir lieu au contact du juge, au cours de l'instance prud'homale elle-même. Il n'est pas rare que l'assignation en justice soit faite par le salarié dans l'objectif d'amener l'employeur à négocier sérieusement les conséquences d'un licenciement. Plus du quart des actions en justice devant les Conseils de prud'hommes finissent par un accord des parties, sous une forme ou sous une autre (13). Arriver à la conciliation des parties est, au demeurant, une des missions du juge prud'homal.

Cette négociation « à l'ombre du juge », pour reprendre le mot d'Evelyne Serverin (14), « au soleil du juge », selon celui de Philippe Masson (14 bis), est particulièrement bien encadrée lorsqu'elle se tient devant le Bureau de conciliation. L'arrêt *Durafröid*, du 28 mars 2000 (15) a exigé du Bureau de conciliation qu'il informe les parties de leurs droits respectifs. Et le procès-verbal de conciliation n'est valable qu'une fois cette exigence satisfaite. Ici, avant de partager la poire en deux, il convient de dire à qui appartient la poire.

Ces garanties expliquent que, lors des négociations sur la « modernisation » du marché du travail, les organisations syndicales aient souhaité jusqu'au bout que la rupture conventionnelle soit passée devant le Bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes. La très ambiguë homologation par le directeur départemental du travail, finalement retenue, n'apportera, elle, aucune garantie.

B. La négociation collective et le juge

L'objectif d'une procédure de négociation bien conçue est d'organiser un débat loyal, sérieux, aussi équilibré que possible, entre des intérêts divergents. Le juge, maître du procès, est particulièrement légitime lorsqu'il se penche sur les règles nécessaires pour garantir cette qualité de la négociation. Sa légitimité vient d'abord de la loi et des négociations obligatoires qu'elle ordonne. C'est en interprète du droit que le juge doit faire respecter une procédure de négociation collective « loyale et sérieuse », pour reprendre les termes de la loi du 23 mars 2006 (art. L. 2242-10 C. trav., L. 132-27-2 de l'ancien code). La légitimité du juge en la matière vient aussi de son savoir particulier, de son expérience. Le procès est un débat dont le juge doit assurer le sérieux, l'équilibre, la loyauté. Interprète du droit, le juge est donc aussi le praticien d'une procédure riche d'expériences plurisécularisées. Ce qui ne peut qu'accroître la légitimité de son intervention en vue de préciser les procédures de négociation collective.

C'est avec de plus en plus de résolution que les juges s'investissent dans cette définition d'une négociation collective effective, loyale et sérieuse. Cette évolution et ses résultats actuels sont excellemment explicités par Marie-France Mazars (16) et Agnès Martinel (17).

Ainsi, alors même que la négociation s'efforce d'écarter le justiciable du juge, le juge continue à tout faire pour améliorer les négociations. En soutenant ainsi ce qui l'attaque, la justice serait-elle emprunte de pulsions masochistes ? La réalité est exactement inverse. L'œuvre du juge défend la *qualité* des négociations. Et tenter d'améliorer cette qualité, n'est-ce pas aussi œuvrer pour que s'éloignent ces négociations déséquilibrées, ces négociations de soumission, dont l'objet est d'attaquer le droit et son juge.

Emmanuel Dockès

(13) V. B. Munoz-Perrez et E. Serverin, *Le droit du travail en perspective contentieuse*, ministère de la Justice, DACF 2005.2, nov. 2005, p. 54.

(14) V. p. 253.

(14 bis) V. p. 279.

(15) *Bull. V*, n° 135, pourvoi n° 97-42419, Dr. Ouv. 2000 p. 392 n. P. Moussy, rapp. C. Cass. 2000, Dr. Ouv. 2001 p. 349.

(16) V. p. 282.

(17) V. p. 286.