

Négociateur à l'ombre du tribunal*

Evelyne SERVERIN,

Directeur de recherche au CNRS, IRERP, Université Paris X Nanterre

PLAN

Introduction : un tribunal pour négociateur ?

I. Pouvoir agir pour pouvoir négociateur

- A. Intérêt à agir, intérêt à l'action
- B. Des Conseils de prud'hommes en danger d'éloignement

II. Le temps gagné de la négociation devant le Bureau de conciliation

- A. Des abandons de procédure diversifiés
- B. La temporalité différenciée des fins de procédure sans jugement

III. Des transactions sous le regard du juge prud'homal

- A. La conciliation prud'homale, acte judiciaire
- B. Etendre le contrôle des accords conclus devant le juge prud'homal

Conclusion provisoire : le bel avenir de la négociation devant les Conseils de prud'hommes

Introduction : un tribunal pour négociateur ?

Si la négociation dans les litiges individuels du travail est à la mode, le rôle joué par les Conseils de prud'hommes dans ce processus fait l'objet d'appréciations contrastées. Certains y sont favorables et n'ont cessé de rappeler la fonction « d'audience initiale » de la conciliation prud'homale (1), d'autres voient dans les accords en cours d'instance des abandons de droits (2), alors que d'autres à l'inverse voudraient « externaliser » la négociation, que ce soit par le jeu de clauses de médiation/conciliation préalables à la saisine (3), ou en cours d'instance par la désignation d'un médiateur dans les conditions de l'article 131-1 du NCPC (4), avec les risques corrélatifs d'instrumentalisation des juges (5).

Ces divergences d'appréciation tiennent au modèle sous-jacent des analyses : un modèle *alternatif* pour ceux qui sont hostiles à l'intervention du tribunal, un modèle *intégré* pour ceux, dont nous sommes, qui se préoccupent de préciser la fonction du tribunal dans la négociation. En matière de litiges du travail, comme dans d'autres domaines du droit, le judiciaire et le transactionnel sont étroitement imbriqués, les actes relevant de l'un ou l'autre des registres alternant, sans s'exclure. De manière générale, on peut dire que toute négociation se situe à l'ombre du tribunal, soit que le juge y soit associé, soit que les parties la mènent de manière indépendante, mais avec la perspective de pouvoir obtenir la garantie judiciaire des accords (6). Cependant, ce sont les négociations auxquelles le juge prud'homal est associé qui soulèvent le plus de questions, dans la mesure où elles le sollicitent sur ses deux missions, celle de juger conformément aux règles de droit applicables (art. 12 al. 1 du NCPC) et celle de concilier (art. L. 511-1, alinéa 1^{er} CT et 21 du NCPC). Pour que la négociation puisse prospérer sous cette ombre tutélaire, trois conditions doivent être réunies : la première condition, paradoxale

* Le colloque "Juge et négociation : être (jugé) ou avoir (négocié)" s'est tenu le 8 décembre 2007 à l'Université de Paris-Dauphine. Le texte de cette communication a été mis à jour le 1^{er} février 2008.

- (1) Tiennot Grumbach, « De l'audience initiale devant les Conseils de prud'hommes. Un rappel à l'ordre public social pour le déroulement régulier de l'audience initiale incluant le Bureau de conciliation », Dr. Ouv. 05/2006, 23.
- (2) Cette réticence se manifeste parfois chez les défenseurs de l'institution prud'homale. Ainsi madame Brigitte Gonthier-Maurin (CRC) adressait une question à la Garde des sceaux, relative à la carte judiciaire, et imputait aux délais de procédure « l'abandon d'un cas sur deux ou réglé par des accords qui, au final, se révèlent défavorables aux salariés ». Séance du 6 novembre 2007, JO Sénat, 7 novembre 2007, p. 4278.
- (3) Tentative restée vaine jusqu'à présent, même si le barrage semble parfois fragile. Ainsi dans un arrêt du 7 mars 2007, la Chambre sociale a écarté sur le fondement de l'article 1134 du Code civil le jeu d'une clause de conciliation insérée dans le contrat d'un médecin salarié, considérant qu'en l'espèce, la clause visait les difficultés soulevées par l'exécution ou l'interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture (Soc., 7 mars 2007, n° 05-45.157). Pour une critique générale de ces clauses, v. Daniel Boulmier, « Médiation et Conseils de prud'hommes : quels

risques ? », in *Le Conseil de prud'hommes au présent - Le Conseil de prud'hommes autrement*, actes du colloque Université Nancy 2, 8 octobre 2002, 2003, Editto. com, p. 79 s.

- (4) Pratique favorisée par Béatrice Blohorn-Brenneur lorsqu'elle était présidente de Chambre sociale à la Cour d'appel de Grenoble. Pour l'expression de cette faveur, v. sa chronique « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *Dalloz chr.* 2001, p. 251.
- (5) Avec le risque de fraude que cela entraîne. V. sur ce point, Soc. 25 janvier 2006, pourvoi n° 03-45.444, Bulletin civil, Bulletin d'information, Rapport de la Cour de cassation, note critique Evelyne Serverin, "L'opposabilité à l'AGS d'une transaction homologuée après médiation judiciaire", *RDT* n° 2, juillet 2006, p. 120. V. également Daniel Boulmier, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? », Dr. Ouv. 2002 n° 645, p.185.
- (6) En matière d'accident corporel de la circulation, nous avons parlé d'alternance pour caractériser ce processus, récusant l'image de l'alternative. Evelyne Serverin, « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des accidents corporels de la circulation », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, coll. Etudes juridiques, janvier 2001, p. 93-113.

seulement en apparence, est que les salariés puissent efficacement *agir en justice*, ce qui implique qu'ils aient un intérêt à l'action et que le tribunal soit accessible ; la deuxième est que *la négociation conduite à un gain de temps* dans le règlement des litiges, pour donner un intérêt à la renonciation au jugement ; la troisième est que *la sûreté juridique des accords*, impliquant un *contrôle des juges*, de sorte que la distance soit la moins grande possible entre la transaction conclue et le résultat attendu du jugement. De ces trois conditions, la première se voit aujourd'hui menacée par l'érosion du contentieux et l'éloignement programmé des Conseils de prud'hommes (I) ; la seconde est assurée pour les actes passés devant le Bureau de conciliation (II) ; la troisième est garantie par la Cour de cassation pour les accords auxquels le juge est associé (III). Quant aux projets de réforme du contrat de travail, ils pourraient avoir pour effet de donner un nouvel élan à la négociation devant le tribunal (conclusion provisoire).

I. Pouvoir agir pour pouvoir négocier

En cas de litige sur l'exécution ou la rupture d'un contrat de travail, tout salarié dispose d'un intérêt à agir, en ce sens qu'il dispose d'un droit d'action, fondé sur les textes qui lui allouent certains droits. Pour passer à l'action, encore faut-il que cet intérêt à agir recouvre un intérêt économique à l'action ; et que le salarié puisse compter sur un tribunal accessible.

A. Intérêt à agir, intérêt à l'action

La question théorique du droit d'action doit être confrontée à l'observation empirique de ses usages. Contre les affirmations récurrentes, mais jamais justifiées, qui veulent que le contentieux explose (7), nous avons mis en évidence une réduction de 7,3 % du nombre total des demandes nouvelles de 1993 à 2004 (8). Exprimée en *taux de recours* (9), la tendance est également à la baisse pour les licenciements pour motif personnel (10). L'érosion du nombre de demandes s'est accentuée au cours des deux dernières années, portant à 11 % la

baisse totale de 1993 à 2006 (11). Il ne s'agit certes pas d'une chute radicale, mais la tendance est là, qui incite à poser la question iconoclaste des motifs de cette baisse. Nous avons fait l'hypothèse récemment que cette tendance pourrait être l'indice d'une *baisse de la valeur de ces droits*, résultat conjugué de la réduction des droits dans certains contrats, et de l'augmentation de la proportion des salariés licenciés qui ne disposent pas de l'ancienneté requise pour bénéficier de droits d'une valeur significative (12).

L'exemple du contentieux du CNE confirme la première branche de l'hypothèse (13). Ce contrat cumule les critères négatifs en termes de droits, au regard de la taille de l'entreprise (moins de 21), de l'ancienneté (la période de consolidation est de deux ans), et de conditions de la rupture (absence de motivation), ces restrictions ayant du reste été condamnées par le Conseil d'administration de l'OIT le 14 novembre 2007 (14). L'observation empirique

(7) Si les parties peuvent se dispenser de penser « juridiquement » leurs relations contractuelles, c'est précisément parce qu'elles peuvent compter sur des garanties de droit, assurées par les tribunaux de l'Etat. C'est cette « perspective du recours » que visait Max Weber dans sa réflexion sur la portée empirique du droit. D'un côté, *« En effet, dans la majorité des transactions d'affaires, il ne vient à l'esprit de personne de penser que l'affaire en cours pourrait être justiciable des tribunaux (...), et il n'arrive pratiquement jamais que la transaction soit contestée »*. De l'autre, *« il va de soi, cependant, qu'une garantie juridique appuyée sur la force, et spécialement celle de l'Etat, n'est pas indifférente (...) ». La presque totalité du mouvement des échanges est aujourd'hui garantie par la contrainte juridique »*. Max Weber, *Economie et société, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Plon Pocket, 1995, p. 37.

(8) Voir sur ce point Evelyne Serverin (2006), « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT*, n° 1, p. 44-47.

(9) Brigitte Munoz Perez, Evelyne Serverin (2005), *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, La Documentation française. De 1993 à 2004, les demandes nouvelles ont accusé une baisse de 4,7 % au fond, et de 15,7 % en référé soit une baisse totale sur la période de 7,3 %.

(10) Les taux ont été calculés à partir des motifs d'inscription à l'ANPE, rapportés aux demandes nouvelles formées devant le Conseil de prud'hommes après rupture du contrat de travail.

(11) Toutes demandes confondues, le taux de recours après licenciement, très élevé en début de période (jusqu'à 41 % en 1998), fléchit très nettement à partir de 1999, et l'année 2004 connaît le taux le plus bas de la série (25,8 %). La seule hausse relevée concerne le taux de recours sur les licenciements pour motif économique. Mais les demandes sont en faible nombre, et la progression des taux, infime (de 1 % en 1993 à 2,5 % en 2004).

(12) La baisse a été de 3 % au fond et 3,6 % en référé en 2005 par rapport à 2004. Cette baisse s'est poursuivie au fond en 2006 par rapport à 2005 (-2,6 %), tandis que le référé connaissait un léger redressement (+ 3,2 %). Sur l'ensemble de la période, on est passé de 172 002 demandes nouvelles au fond et 53 497 en référé en 1993, à 154 928 demandes nouvelles au fond et 43 766 en référé en 2006.

(13) Ces hypothèses ont été développées dans le cadre d'une recherche menée par plusieurs équipes en réponse à l'appel d'offres de la DARES, « L'analyse économique du droit du travail ». Dans le rapport final, elles forment un chapitre distinct intitulé « Evaluer le droit du travail à la lumière de son contentieux : comparaison des droits et des procédures, mesure des actions » (février 2008). L'étude a été menée par une équipe d'universitaires et de chercheurs (Evelyne Serverin, Julie Valentin, Thierry Kirat, Damien Sauze et Raphaël Dalmasso), et doit faire l'objet d'une prochaine publication.

(14) Frédéric Guiomard, Evelyne Serverin « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT* 2007, n° 9, 502.

montre que cette situation s'est traduite par un *taux infime* de recours judiciaire après licenciement en CNE (autour de 0,48 % sur dix-huit mois), traduisant un décalage considérable entre l'ampleur des débats juridiques suscités par ce contrat et la réalité de la défense contentieuse des droits. Et pourtant, comme l'a montré notre étude, les *potentialités de ce contentieux* sont grandes, tant en raison du large pouvoir d'appréciation des fautes de l'employeur donné au juge, que des niveaux de réparation alloués, qui se sont révélés supérieurs à ceux du droit commun du licenciement. C'est donc la faiblesse de l'exercice des actions qui ralentit la dynamique de ces droits, notamment en ce qu'elle réduit l'accès à l'espace de discussion contradictoire sur les droits. Hors tribunal en effet, on peut craindre que la liquidation de la relation contractuelle se fasse de manière unilatérale, dans la méconnaissance des rares droits ouverts aux salariés, comme le montre une récente étude sur ce point (15).

B. Des Conseils de prud'hommes en danger d'éloignement

Autre obstacle à l'exercice contentieux des droits, l'éloignement des Conseils de prud'hommes, programmé depuis l'avis du 22 novembre 2007 annonçant la suppression de 63 Conseils de prud'hommes sur les 270 que comptent la France métropolitaine et les départements d'outre-mer (16). Si le calendrier et la présentation de l'avis s'inscrivent dans le format habituel des opérations prévues pour toute modification touchant aux Conseils de prud'hommes, la portée des suppressions annoncées ne peut qu'inquiéter quant à l'accessibilité des Conseils de prud'hommes dans certains bassins d'emploi.

La configuration actuelle de la carte prud'homale a été façonnée par la loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 généralisant les Conseils de prud'hommes (17), laquelle insérait dans le Code du travail un article L. 511-3 posant un certain nombre de principes pour leur implantation : procéder par voie de décrets en Conseil d'Etat, pour toute mesure concernant les conseils ; créer au moins un Conseil de prud'hommes dans le ressort de chaque Tribunal de grande instance ; étendre le ressort du

conseil unique à l'ensemble de cette circonscription ; ouvrir la possibilité de créer plusieurs Conseils de prud'hommes dans le ressort d'un Tribunal de grande instance, « *pour des raisons d'ordre géographique, économique ou social* ». La simple application de ces principes administratifs permet de déterminer un minimum de 181 Conseils de prud'hommes, l'opportunité des autres implantations étant renvoyée à la prise en considération des facteurs locaux d'ordre économique et social, dont la connaissance est assurée par la très large procédure de consultation locale requise par le dernier alinéa de l'article L. 511-3.

Depuis le décret 79-892 du 17 octobre 1979, qui a fait passer le nombre de conseils de 270 à 293, et en dehors des ajustements ponctuels sur tel ou tel conseil (18), ce sont les cycles électoraux qui ont modelé la carte prud'homale, en la soumettant à intervalle quinquennal (19) à l'examen de ces diverses instances, sans bouleversement majeur de la carte. Le nombre de conseils est passé de 293 en 1979, à 270 en 1994, effectif inchangé depuis cette date. De 1979 à aujourd'hui, les élections ont été l'occasion de trois modifications, qui a permis de maintenir au sein de la carte prud'homale un grand nombre de petites juridictions. En 2002, plus de la moitié des Conseils de prud'hommes (145 sur 270), regroupant le tiers des conseillers (5 162 sur 14 610), présentent un effectif de conseillers par collège et par section inférieur ou égal à quarante (20). La liste publiée en annexe de l'avis de 2007 montre à l'évidence que cette forte présence locale n'est plus souhaitée. Pour la première fois depuis 1979, l'implantation des conseils semble obéir à une pure logique d'inscription administrative à la ville siège du Tribunal de grande instance, sans considération ni des bassins d'emploi, ni de la nature de ces emplois, ni du nombre des affaires traitées. Les conséquences de ces choix sont extrêmement défavorables à l'action des salariés, et ce sous plusieurs aspects.

D'une part, la suppression des conseils à activité moyenne, au profit de juridictions plus éloignées, rend plus difficile l'accès au tribunal pour nombre de salariés de petites entreprises locales. D'autre part, le transfert des conseils supprimés au profit de juridictions de taille plus

(15) Evelyne Serverin, Frédéric Guiomard, « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *RDT* 2007, n° 12, 692.

(16) V. sur ce point Bernard Gomel, Dominique Meda, Nicolas Schmidt, Raphaël Dalmasso, « Le CNE, retour sur une tentative de flexicurité », *Connaissance de l'emploi* n° 49, décembre 2007. L'enquête qualitative menée auprès d'un échantillon de salariés montre que l'indemnité de 8 % n'était pas toujours mentionnée dans les contrats, et qu'elle n'a été versée qu'une seule fois.

(17) Voir notre commentaire sur ce projet de réforme, « Le projet de refonte de la carte des prud'hommes, au mépris de son histoire », *RDT* n°1, janvier 2008, 49.

(18) La compétence des tribunaux d'instance en matière de litiges individuels était supprimée à compter du 16 juillet 1980.

L'Alsace-Moselle conservait un régime particulier, qui sera lui-même supprimé à compter du 15 janvier 1983 par le décret n° 82-1073 du 15 déc. 1982.

(19) Par exemple, augmentation du nombre de conseillers prud'hommes d'Annemasse à la suite du transfert des affaires de Thonon les bains par le Décret n° 2006-1644 du 20 décembre 2006, transfert du conseil de prud'hommes de Corbeil-Essonnes à Evry (Essonne) par le décret n° 97-98 du 5 février 1997, modification du ressort des Conseils de prud'hommes de Créteil et de Villeneuve-Saint-Georges par le décret n° 87-686 du 20 août 1987.

(20) L'article L512-5 du Code du travail prévoit que les conseillers prud'hommes sont élus pour cinq ans.

grande, qui traitent beaucoup d'affaires, qui risquent de se traduire par un allongement des durées de procédure. Enfin, à ressort inchangé, l'augmentation des effectifs des conseillers dans les tribunaux déjà surchargés va poser des problèmes d'accueil et d'aménagement des audiences. Ces conseils accusent déjà des durées d'affaires plus élevées que la moyenne nationale. Faute de pouvoir organiser des audiences supplémentaires en nombre suffisant, il ne semble pas que ces délais puissent s'améliorer.

II. Le temps gagné de la négociation devant le Bureau de conciliation

Une fois franchi l'obstacle de la mise en mouvement de l'action en justice, s'ouvre le temps de la conciliation (21). La conciliation prud'homale est une espèce d'un genre plus général de la participation du juge à la conclusion d'accords sur les litiges dont il est saisi (22). En-dehors des actes auxquels le juge prête la main, il en est d'autres qui résultent de négociations auxquelles le juge n'a pas participé, et qui conduisent à un abandon de l'instance (A), le gain de temps n'étant pas le même dans les deux situations (B).

A. Des abandons de procédure diversifiés

Différents actes de procédure permettent de dessaisir le juge avant qu'il statue sur le fond des prétentions (23). Certains impliquent la rédaction d'une convention, ou au moins une acceptation formalisée (désistement, procès-verbal de conciliation, transaction, homologation d'un accord, acquiescement à la demande). D'autres, comme la radiation et la caducité de la demande, sont ambivalents et peuvent recouvrir aussi bien une transaction qu'une renonciation du demandeur à son action sans contrepartie. En matière prud'homale, la proportion d'abandons de procédure est traditionnellement élevée, au fond comme en référé (24).

Au fond, et hors jonction, les affaires se terminent sans jugement au principal dans une proportion qui est toujours supérieure à 40 % (48 % en 2003, 44,8 % en

L'effet sur la durée des affaires va se faire sentir dès la formation de conciliation, dont le rythme d'audience va souffrir de l'allongement de la file d'attente et du manque de salles d'audience. Les conséquences ne peuvent être que négatives pour les salariés. Le report dans le temps de l'instauration d'une *négociation contradictoire* aura pour effet de renvoyer le salarié à ses seules capacités de discussion, qui ne sont pas égales selon les emplois.

2004, 43,7 % en 2005), ces dernières proportions étant proches de celles qui s'observent depuis 1988 (25). En 2004, l'acte de fin de procédure sans jugement le plus fréquent est la radiation (30,2 %) (26), suivi du désistement (23,5 %). On trouve ensuite un ensemble composite d'actes divers (22,3 % au total), impliquant la rédaction d'un accord en bonne et due forme, parmi lesquels domine le procès-verbal de conciliation (19,8 %). Le retrait du rôle sur demande conjointe (art. 382 NCPC), indice de l'ouverture d'une période de négociation hors du temps de l'instance, ne représente que 9,1 % de ces fins d'affaire.

En référé, la part des demandes qui se terminent sans ordonnance est élevée (55,5 % en 2004), dont 44,5 % correspondent à des abandons de procédure. Parmi ces actes, la radiation (29,2 %) et le désistement (27,3 %), se retrouvent dans des proportions comparables à celles du fond. Mais les actes impliquant la formalisation d'un accord (tels que définis plus haut), sont beaucoup plus rares (8,6 %), ce qui s'explique par la fréquente défaillance des défendeurs dans ces procédures.

Au fond comme en référé, les conseillers prud'hommes ne sont donc que rarement associés aux accords. Pour les affaires traitées au fond, la conséquence est que le Bureau de conciliation a rarement l'occasion d'exercer son devoir de contrôle de

(21) Cinq conseils comportent 28 conseillers, cinquante-quatre en ont 32, sept en ont 34, huit en ont 36, trente-six en ont 38, trente-cinq en ont 38, et trente-cinq en ont 40, ces derniers comportant la plupart du temps cinq sections.

(22) Pour les affaires, les plus nombreuses, qui ne sont pas dispensées du préliminaire de conciliation.

(23) V. sur cette expression mon rapport au Comité d'experts sur l'efficacité de la justice du Conseil de l'Europe (CJ-EJ (2000) 6 REV), « Quels lieux pour la médiation civile en Europe ? », publié in *Revue Nationale des Barreaux*, n° 66-67, janvier-juin 2002, p. 9-51.

(24) L'article R. 516-0 code trav. énonce que « La procédure devant les juridictions statuant en matière prud'homale est régie par les dispositions du livre 1^{er} du nouveau Code de procédure civile sous réserve des dispositions du présent code ». L'article 384 al. 1 NCPC prévoit que « En dehors des cas où cet effet résulte

du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ». L'article 385 ajoute que « L'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation ». L'effet extinctif s'attache donc aux procès-verbaux de conciliation totale, qui constituent des transactions au sens de l'alinéa 1 de l'article 384 NCPC.

(25) V. *Le droit du travail en perspective contentieuse*, op. cit., tableau 22. Également, Brigitte Muñoz-Perez, Evelyne Serverin, « Le sort des demandes prud'homales en 2004 », *Infostat Justice*, n° 87, avril 2006.

(26) Ces taux ont fluctué au cours de la période 1988-2004, le point le plus bas ayant été atteint en 1997 avec 36,5 %, le plus élevé en 2003 avec 48,8 %. Source : *Annuaire statistique de la justice 2007*, La documentation française., tableau p. 41

la réciprocité des concessions, ce qui ne l'empêche pas d'exercer « activement » son rôle de conciliateur (27).

B. La temporalité différenciée des fins de procédure sans jugement

Les actes non juridictionnels de fin de procédure conduisent à réduire le temps de la procédure, ce qui peut être vu comme un avantage pour le salarié demandeur.

- Le premier facteur d'accélération est la formation devant laquelle intervient l'acte. Au fond, la durée moyenne des affaires terminées sans jugement est beaucoup plus courte que celle des affaires jugées (9,6 mois en 2004, au lieu de 13,8 mois). Mais ces durées sont différentes selon la formation qui reçoit l'acte de fin de procédure. Si l'acte de fin de procédure est passé devant le Bureau de jugement, il faut 13,4 mois pour terminer la procédure, alors qu'un jugement requiert en moyenne 12,7 mois. C'est seulement si l'abandon a eu lieu devant le Bureau de conciliation que la durée est significativement réduite : il ne faut plus alors que 2,3 mois pour terminer une affaire.

- Un autre facteur de réduction de la durée est l'absence de risque d'appel contre les actes non

juridictionnels (29). L'avantage n'est pas mince, puisque le taux d'appel est très élevé au fond : 63,8 % des décisions rendues au fond en premier ressort par les Conseils de prud'hommes en 2002 ont fait l'objet d'un appel, 60,6 % en 2003, 61 % en 2004 (30).

- Certains actes de procédure qui ont pour effet de suspendre l'instance (radiation), ou qui autorisent sous certaines conditions le ré-enrôlement (caducité) peuvent donner lieu à reprise de l'instance. L'observation montre que le cas n'est pas si fréquent. Au fond, à peine un quart des affaires terminées après le prononcé d'une radiation ou caducité reviendra devant la juridiction. Les retraits du rôle présentent un risque de retour encore moins élevé : 13,8 % en 2004.

Les actes qui accomplissent un abandon de procédure ne donnent pas tous lieu à une transaction contrôlée par le juge prud'homal. En effet, nombre de ces actes (notamment la radiation et le désistement), ne nécessitent pas la communication d'une information sur les accords éventuellement conclus, lesquels auront seulement la force obligatoire des engagements privés. Le juge ne peut intervenir dans la négociation qu'au moment de la conciliation, ou si les parties l'y invitent en lui demandant de constater leur accord.

III. Des transactions sous le regard du juge prud'homal

Depuis l'arrêt fondateur du 28 mars 2000, les accords conclus sous les yeux du juge conciliateur ont fait l'objet d'un contrôle de plus en plus serré (A). Non seulement ce contrôle doit être maintenu, mais il devrait s'étendre au-delà de l'audience de conciliation (B).

A. La conciliation prud'homale, acte judiciaire

Alors que la conciliation comme activité judiciaire décline devant les autres juridictions, la conciliation prud'homale est aujourd'hui traitée comme un acte judiciaire autonome, entraînant l'obligation pour le juge conciliateur de contrôler l'accord intervenu.

1. L'arrêt du 28 mars 2000 (31) a admis la recevabilité d'une action en nullité contre un procès-verbal de conciliation, dans une affaire où le salarié, licencié en cours de procédure, avait signé un procès-verbal qui ne

comportait aucune indemnité au titre du licenciement. L'attendu de principe de cet arrêt est maintenant bien connu : « *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* ». 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* ». Faute pour la formation de conciliation d'avoir procédé à ces vérifications, le procès-verbal est annulable, ce qui emporte la conséquence procédurale intéressante de permettre le réexamen des prétentions du demandeur postérieurement à l'extinction de l'instance et de l'action. Réitérée depuis, et encore tout récemment (32), cette formule ouvre la voie à un contrôle accru de l'activité conciliatoire, qui tranche par rapport au

(27) Acte simplement suspensif d'instance selon l'article 381 du NCP, la radiation est considérée par convention statistique comme une fin de procédure.

(28) Soc., 28 mars 2000, *Bull.* 2000 V n° 135 p. 103, *Dalloz Rec.* 2000, note Jean Savatier, *Jurisprudence* p. 537, *Droit Social* n° 6 juin 2000, note Marianne Keller, p. 663, *Dr. Ouv.* 2000 p. 392 n. P. Moussy ; add. D. Boulmier "Le Bureau de conciliation" *Dr. Ouv.* 2004 p. 98 in n° spec. *Les bonnes pratiques prud'homales*, C. Rodriguez "Le rôle actif du juge prud'homal au regard des pouvoirs du Bureau de conciliation", *Dr. Ouv.* 2004 p. 267 in n° spec. *Contentieux de l'urgence et droit du travail*.

(29) Même si l'appel nullité n'est pas exclu, notamment contre un procès-verbal de conciliation, comme on va le voir.

(30) Pour le détail des appels sur l'année 2002, v. *Le droit du travail en perspective contentieuse*, op. cit., tableau 35. La série est rapportée dans *l'Annuaire statistique de la justice 2007*, La documentation française, tableau p. 29.

(31) Soc. 28 mars 2000, préc.

(32) Soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-40.634, inédit au Bulletin, reproduit ci-après p. 295.

régime d'autres conciliations judiciaires, considérées avec peu de rigueur par la Cour de cassation (33).

2. L'arrêt du 28 mars 2000 emporte une autre conséquence, celle d'étendre les exigences du contrôle du contrat de transaction au cœur même de l'espace de conciliation. Ainsi, un procès-verbal de conciliation qui contient un accord sur le motif d'un licenciement à venir n'empêche pas la saisine ultérieure du CPH pour contester ce motif, *les parties ne pouvant renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles en matière de licenciement (l'article L. 122-14-7, alinéa 3, du Code du travail)* (34). De même, l'assistance d'une partie ne dispense pas le juge conciliateur de procéder à l'information sur les droits. La Chambre sociale a ainsi cassé un arrêt qui relevait que *« l'intéressée était assistée d'un délégué syndical et que ses affirmations selon lesquelles elle n'avait pu faire valoir ses droits étaient sans fondement (...), en reprenant mot pour mot l'attendu de l'arrêt du 28 mars 2000* (35).

3. L'exigence accrue pesant sur le juge conciliateur a conduit à ouvrir de nouvelles voies de recours. A été déclaré recevable l'appel nullité pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'un procès-verbal de conciliation qui laissait apparaître que les parties n'avaient pas été informées de leurs droits respectifs (36). Cette preuve résulte non d'une simple mention formelle du fait que cette information a été donnée, mais de l'accord lui-même, qui doit être analysé au regard des droits engagés dans le litige. Dans l'arrêt rapporté, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir constaté *« que le salarié remplissait les conditions légales pour rompre avant terme son contrat de travail », et d'en avoir « déduit que la transaction ne comportait pas de concessions réciproques », ce qui faisait « ressortir que le Bureau de conciliation n'avait pas vérifié si les parties étaient informées de leurs droits respectifs ».*

4. Enfin, la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes pour connaître de toute demande en nullité d'un procès-verbal de conciliation a été réaffirmée (37) par un arrêt du 28 février 2007, sur un fondement renouvelé par cette jurisprudence. La Cour d'appel avait déclaré le Conseil de prud'hommes incompétent pour connaître de la demande de nullité, en considérant que *« le procès-verbal de conciliation, qui constitue un*

contrat judiciaire dressé en la forme authentique, relève, en conséquence, de la compétence du Tribunal de grande instance pour les litiges relatifs à sa validité, sauf l'hypothèse où les conseillers prud'hommes n'ont pas vérifié que les parties ont été informées de leurs droits respectifs ». Sous le visa de l'article L. 511-1 du Code du travail, la Cour de cassation relève que *« dès lors que l'action tendait à faire prononcer la nullité d'une transaction conclue à l'occasion de la rupture d'un contrat à durée déterminée de la salariée et, par voie de conséquence, à faire déclarer recevable sa demande en requalification de ses contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le différend était la suite directe de la cessation du contrat de travail », et conclut que « que le Conseil de prud'hommes était compétent pour en connaître ».*

L'ensemble de ces arrêts offre aujourd'hui un cadre solide à l'activité de conciliation, qui devrait être étendu à l'ensemble des interventions du juge dans les accords.

B. Etendre le contrôle des accords conclus devant le juge prud'homal

1. Cette construction jurisprudentielle doit être étendue pour la préserver des tentatives de contournement. En effet, comme devant toutes les juridictions, les parties peuvent transiger en cours d'instance (art. 384 al. 1 du NCPC), et demander au juge de donner force exécutoire à leur accord, *« qu'il ait été ou non conclu en sa présence »* (al. 3 du même article). S'il est attendu du Bureau de conciliation un contrôle actif de l'élaboration de l'accord, on ne voit pas pourquoi cette exigence serait moindre lorsqu'un accord lui est présenté hors Bureau de conciliation. On peut tirer argument en ce sens de la formule de l'article 384 al. 3, qui met sur le même plan les accords conclus devant ou en dehors de la présence du juge, ce qui implique qu'aucune différence ne doit être faite dans le devoir du juge. Cette exigence de contrôle serait d'ailleurs un moyen de sécuriser ces accords. Une transaction rendue exécutoire par un juge qui ne procéderait à aucune vérification peut toujours faire l'objet d'une demande en nullité pour défaut de concession réciproque.

2. Dans quelle mesure l'accord du 11 janvier 2008 (37 bis) dit de *« modernisation du marché du travail »*

(33) La deuxième Chambre civile a jugé *« qu'aucun texte n'exige que le jugement statuant sur la demande constate que la tentative de conciliation préalable a eu lieu », formule identique pour le juge de proximité (Civ. 2, 7 juin 2006 n° de pourvoi : 05-11467), et le Tribunal d'instance statuant sur saisie arrêt de rémunération (Civ. 2, 16 décembre 2004, n° de pourvoi : 03-11803, Bull. 2004 II n° 535 p. 456). On ne saurait mieux dire qu'aucun effort de conciliation n'est attendu de ces juges.*

(34) Soc 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.473, Evelyne Serverin, *« Un licenciement pris en exécution d'un procès-verbal de conciliation prud'homale peut être ultérieurement contesté par le salarié », RDT, n° 3, mars 2007, 191.*

(35) Soc. 5 décembre 2007, *supra* note 32.

(36) Soc 24 mai 2006, Bull.V n° 189 p. 182, Evelyne Serverin, *« Une nouvelle voie de nullité contre les procès-verbaux de conciliation prud'homale », RDT 2006, p. 192.*

(37) La compétence des Conseils de prud'hommes pour connaître de la nullité des transactions conclues en conciliation a été fixée il y a près de vingt ans par Soc. 9 février 1989, Bull. V n° 118 p. 71.

(37 bis) Cet accord a été signé le 23 janvier 2008.

peut-il perturber cet édifice de la négociation devant les Conseils de prud'hommes (38)? Dans son article 11, al. 5, dont l'objet revendiqué est d'« encadrer et sécuriser les ruptures de contrat de travail », l'accord vise la conciliation prud'homale, curieuse référence dont Tiennot Grumbach se demandait à juste titre ce qu'elle venait faire dans cette « galère de la modernisation du marché du travail » (39). Il s'agirait en effet de « réhabiliter la conciliation prud'homale en lui restituant son caractère d'origine de règlement amiable, global et préalable à l'ouverture de la phase contentieuse proprement dite devant le Bureau de jugement ». Sans nous attarder ici sur la proposition de faire de la conciliation une phase préalable à l'instance, on retiendra la formule du « règlement amiable global ». Cette formulation vise la nature de l'opération d'évaluation, et pas seulement son ampleur, puisque l'article 11, dernier alinéa, précise que « la conciliation partielle ouvre le droit de saisir le Bureau de jugement ». Il s'agit ici d'introduire une logique du forfait, consistant à considérer le litige comme un tout, et non comme une collection de demandes évaluables individuellement. C'est précisément à ce genre d'indemnité « globale et forfaitaire » (40) que s'oppose la Cour de cassation lorsqu'elle exige du juge prud'homal qu'il procède à une vérification des droits.

Conclusion provisoire : le bel avenir de la négociation devant les Conseils de prud'hommes

Sur le front de la négociation, les évolutions promises du régime de la rupture du contrat de travail pourraient avoir l'effet paradoxal de donner un nouvel élan aux discussions menées devant les Conseils de prud'hommes.

Sous l'intitulé évocateur, « Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail », l'article 12 de l'accord du 11 janvier prévoit dans un paragraphe a) un mécanisme de rupture conventionnelle, visant à « sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de rupture du contrat de travail

qui les lie ». L'attaque porte cette fois directement sur la qualification de transaction qui s'attache aux accords post-licenciement. Dans l'état de la jurisprudence, l'employeur qui veut rompre le contrat ne pourra transiger qu'après avoir prononcé le licenciement. Or sans licenciement, pas de revendication des droits qui y sont attachés, et donc pas de transaction sur ces droits, avec son cortège de concessions à apprécier. Il n'y a plus rien à négocier sur les fronts des droits ouverts par le licenciement. Tel est bien l'objectif de l'instauration de ce mode de rupture, qui prolonge sur ce point la jurisprudence sur la rupture d'un commun accord (41).

Pendant, le recours au tribunal peut modifier le paysage. Que se passera-t-il si le salarié vient demander au juge prud'homal la requalification de l'accord de rupture? Le simple fait de saisir un juge fera preuve de l'existence d'un litige, et on sait que dès lors qu'existe un différend entre les parties sur l'imputation de la rupture, la qualification de « rupture amiable » ne saurait être retenue (42). Autrement dit, pour reconstituer un « espace transactionnel », il suffira au salarié de contester la qualification de séparation amiable devant le juge. Le litige né de cette saisine permettra au juge conciliateur de procéder à une négociation, et le procès-verbal qui s'en suivra conservera sa qualification transactionnelle...avec le contrôle des concessions réciproques qu'elle implique.

La conclusion provisoire de cette réflexion sur le juge et la négociation pourrait bien être paradoxale. En voulant éradiquer le contentieux, l'accord du 11 janvier (43) conduit à affaiblir la négociation *extra judiciaire*. Dans ce contexte, seul le recours au tribunal est à même de réintroduire cet espace de négociation, en redonnant aux droits leur dimension litigieuse, et à la transaction sa force d'acte juridique pour les résoudre. Pour redonner une substance à la négociation, il faut donc à la fois préserver l'accessibilité de la juridiction du travail, maintenir le « bloc de jurisprudence » élaboré par la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de conciliation, et développer le contrôle des accords présentés au juge.

Evelyne Serverin

(38) D. Boulmier, « A propos de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 Modernisation du marché du travail (art. 11 point 5). Premières réactions aux mesures concernant la conciliation prud'homale », Dr. Ouv. 2008 p. 54.

(39) Tiennot Grumbach, « Conciliation prud'homale, une architecture processuelle bouleversée », *Semaine sociale Lamy*, 21 janvier 2008, n° 1337, p. 14-15.

(40) Formule figurant dans l'arrêt d'appel cassé par l'arrêt du 5 décembre 2007.

(41) Cette jurisprudence a été saluée en son temps par le rapport de la Commission Michel de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 15 janvier 2004. Ce dernier, se réfère notamment à l'arrêt fondateur du 2 décembre 2003 (Soc., n° 01-46176, Bull. V, Dr. Ouv. 2004 p. 237 n. F. Héas).

(42) Pour des exemples récents, v. Soc., 23 mai 2007, n° 05-45077, inédit au Bulletin, et Soc., 31 octobre 2007, n° 06-43570, inédit au Bulletin.

(43) Voir note 37 bis.