

Contentieux prud'homal : la nouvelle donne

De nouvelles dispositions légales visent à favoriser la conciliation devant les prud'hommes en cas de litige relatif à la rupture du contrat de travail. Conséquences attendues...

Au-delà de la statistique⁽¹⁾, désormais tristement célèbre, selon laquelle seulement 7 % des litiges introduits devant les juridictions prud'homales seraient résolus en bureau de conciliation, il ne fait aucun doute que la règle de conciliation fait figure d'exception.

Les autres indicateurs affichés par les 210 conseils de prud'hommes de l'Hexagone ne sont guère plus flatteurs. La durée moyenne d'un jugement serait de 14 mois. Ces délais, jugés excessifs, ont récemment entraîné la condamnation de l'État pour faute lourde⁽²⁾. Et 12 % des affaires seraient finalement renvoyées en départage. En outre, près de 61 % des jugements donneraient lieu à appel⁽³⁾.

Largement commentées ces derniers mois, ces données sont éloquentes et appellent un constat unanimement partagé, même s'il n'est pas officiellement affiché par toutes les parties prenantes. La justice prud'homale ne donne plus suffisamment satisfaction !

L'origine de ce mécontentement est en revanche très discutée, ce qui trahit par là-même l'ensemble des crispations et des

passions (parfois irraisonnées) qu'observera tout justiciable ou professionnel de justice amené à intervenir devant cette « *juridiction formidable* »⁽⁴⁾ et unique en Europe, parce que paritaire et élective.

Face aux nombreuses critiques dont les conseils de prud'hommes sont parfois injustement l'objet (lenteurs des procédures, qualité des jugements que d'aucuns décriraient comme étant pour le moins inégale, insécurité juridique), le législateur n'avait guère le choix. Soit il procédait à une dénaturation totale de la juridiction en instaurant de l'échevinage et en supprimant le bureau de conciliation. Soit il lui redonnait, au contraire, tous les moyens de sa vocation première et renforçait ainsi « *la conciliation prud'homale afin d'éteindre plus fréquemment qu'aujourd'hui les contentieux relatifs aux licenciements* »⁽⁵⁾.

Nouvelles dispositions

C'est l'option du renforcement de la conciliation que la loi relative à la sécurisation de l'emploi⁽⁶⁾ a entendu privilégier. Les deux axes, poursuivis par les partenaires ■■■



Par Jean-Marc Albiol
Avocat associé



et Christophe Cougnaud
Avocat
Cabinet Hogan Lovells

(1) Projet de loi – Étude d'impact du 5 mars 2013, n° 12/04402. (2) TGI Paris, 5 juin 2013. (3) Ministère de la Justice, les chiffres clés de la justice, 2012. (4) E. Bataille, « *La procédure prud'homale – Guide pratique* », Ed. Sofiac. (5) Rapport du ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social. (6) L. n° 2013-504, 14 juin 2013.

sociaux et transposés dans le Code du travail par le législateur, visent à favoriser les compromis et à rendre plus lisibles la motivation des jugements prud'homaux. En particulier, le nouveau texte vise à rationaliser la procédure de conciliation par l'instauration d'un barème forfaitaire dans certaines situations.

Les améliorations voulues par les partenaires sociaux en la matière ont été transposées au chapitre IV de la loi précitée, sous l'intitulé « dispositions diverses » dont l'article 21 met en œuvre la rationalisation annoncée de la procédure prud'homale.

Avec un objectif affiché de permettre à la « justice prud'homale de mieux fonctionner, de donner plus rapidement, dès la phase de conciliation, des réponses aux uns et aux autres et tout particulièrement aux salariés »⁽⁷⁾, le législateur a complété les dispositions du Code du travail⁽⁸⁾ par les termes suivants :

« En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, 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. »

« 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. »

Ce texte appelle de nombreux commentaires et soulève de multiples questions d'interprétation. Les réponses ne viendront que de sa pratique éprouvée.

Champ d'application

Il convient, à titre préalable, de préciser que les modifications de la procédure de conciliation s'insèrent sous l'article visant les contestations et sanctions des irrégularités du licenciement⁽⁹⁾. La réforme s'attache donc à proposer une procédure de conciliation propre à ces situations. Il ne s'agit en aucun cas d'une réforme globale de la procédure de conciliation, comme certains commentaires ou une lecture trop rapide du texte pourraient le laisser penser.

En conséquence, bien que son intention soit louable, la réforme risque de conduire à un effet non attendu en instaurant un double régime de la conciliation. Un régime normal appliqué à tous les cas ne relevant pas d'une contestation des irrégularités du licenciement, « les différends ». Et un régime d'exception afférent à la contestation des irrégularités du licenciement, « les litiges ».

Ce texte ajoute même de la complexité dans la mesure où, si la portée de cette conciliation « d'exception » est limitée à la rupture du contrat de travail, elle laisse la possibilité aux parties de continuer le litige devant le bureau de jugement sur un autre point non couvert par cette procédure spécifique. L'application d'un double régime de conciliation pourrait, à l'épreuve des faits, conduire à une dénaturation pure et simple des effets « globaux » de la conciliation et réduire encore les pourcentages de recours à cette forme.

Des contours incertains

La procédure de conciliation spécifique a été conçue par les négociateurs de l'ANI du

⁽⁷⁾ Michel Sapin, Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, débat AN, 8 avr. 2013. ⁽⁸⁾ C. trav., art. L. 1235-1. ⁽⁹⁾ C. trav., art. L. 1235-1.

11 janvier 2013 pour s'appliquer aux litiges afférents à un licenciement.

Il ressort toutefois très clairement de la rédaction du nouvel article du Code du travail que, contrairement au texte originel de l'ANI, le législateur n'a pas entendu restreindre le champ d'application de l'indemnité forfaitaire de conciliation au seul cas du licenciement⁽¹⁰⁾, en lui préférant le terme générique de « *rupture du contrat de travail* ».

Il est permis de penser, sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux, que sont également couverts par cette indemnité les contentieux résultant d'une résiliation judiciaire, d'une prise d'acte ou encore d'une rupture conventionnelle. Ces trois modes de rupture du contrat de travail, pouvant produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁽¹¹⁾, donnent lieu à un contentieux ne cessant de croître.

Un nouveau régime de conciliation-jugement ?

L'insertion de deux nouveaux alinéas dans l'article L. 1235-1 du Code du travail, par préférence à l'article L. 1411-1, si singulière soit-elle, n'est peut-être pas anodine. Seule la pratique à venir le démontrera.

En effet, s'il eut été attendu que l'indemnité forfaitaire de conciliation soit « *logiquement* » insérée dans l'article L. 1411-1, propre à la conciliation des simples « *différends* », l'article L. 1235-1, ouvrant le chapitre V « *Contestations et sanctions des irrégularités du licenciement* », permet en réalité au législateur d'étendre l'indemnisation forfaitaire de conciliation aux « *litiges* ». Cette analyse est d'ailleurs confirmée par l'ajout, au projet de loi, de la mention « *sans*

préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles ».

En d'autres termes, l'indemnité forfaitaire de conciliation s'analyse, à la lettre du texte, en une attribution, à l'avance et avant tout débat au fond, d'une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (certes minorée pour les salariés ayant entre 3 et 8 ans d'ancienneté), au stade du bureau de conciliation, dont le procès-verbal vaut renonciation « *à toutes réclamations et indemnités* » relatives à la rupture.

Ce déplacement incident et discret du curseur de l'absence de cause réelle et sérieuse au stade de la conciliation est cependant fortement critiquable s'il doit conduire à produire les effets inverses de ceux escomptés par la réforme. L'appât d'une indemnisation (ou du gain) rapide pourrait bien conduire à une recrudescence des saisines du conseil de prud'hommes dans l'espoir de voir appliquer le barème forfaitaire en bureau de conciliation. À cette occasion, les parties seront naturellement tentées d'aborder le fond du dossier, mission pourtant dévolue au seul bureau de jugement, ce qui ne contribuera pas à apaiser cette phase de la procédure.

Le législateur a sans doute escompté satisfaire les salariés et les employeurs (c'est l'esprit de la loi entière de sécurisation de l'emploi) en affichant une volonté de renforcer le stade de la conciliation, tout en ayant conscience que ce barème « *deviendra la référence implicite mais incontournable devant les bureaux de jugement lorsqu'il s'agira de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder au salarié abusivement licencié* »⁽¹²⁾, apportant ■■■

(10) L'article 25 de l'ANI du 11 janvier 2013 était rédigé ainsi : « *En cas de contentieux judiciaire portant sur la contestation du licenciement...* ».

(11) Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 95-43.350 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679 ; Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865. (12) Débats AN, 2^e séance, 8 avr. 2013, M. Dolez.

par là-même la prévisibilité si chère aux entreprises.

Initiative de la conciliation

L'initiative de la conciliation peut être prise par le conseil de prud'hommes ou par les parties. Cette précision textuelle n'est pas en soi révolutionnaire, car elle correspond éminemment à la pratique usuelle de la conciliation. Cependant, cette inscription dans les textes brouille un peu plus la frontière existant entre la conciliation et la solution transactionnelle. Les effets de cette conciliation « *d'exception* » seront somme toute beaucoup plus limités par rapport à la conciliation « *ante* » loi de sécurisation de l'emploi et à une transaction classique. Dès lors, on voit mal quel serait l'intérêt des parties à la proposer aux conseils de prud'hommes.

Barème de la conciliation

Critère d'ancienneté

Le décret⁽¹³⁾ reprend exactement le barème fixé par l'ANI du 11 janvier 2013.

Ancienneté du salarié chez l'employeur	Indemnisation
< 2 ans	2 mois de salaire
≥ 2 ans et < 8 ans	4 mois de salaire
≥ 8 ans et < 15 ans	8 mois de salaire
≥ 15 ans et ≤ 25 ans	10 mois de salaire
> 25 ans	14 mois de salaire

Ce barème, retenu par le législateur, est donc exclusivement fixé en fonction de l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise.

Il conduit, par un raccourci rapide, à créer une confusion regrettable⁽¹⁴⁾ avec l'indemnité de licenciement, déjà évaluée sur le seul critère de l'ancienneté⁽¹⁵⁾ et dont l'objet n'est pourtant pas le même. Rappelons que l'indemnité de licenciement vise uniquement à compenser la rupture du contrat de travail, alors que les dommages-intérêts sanctionnent son irrégularité ou son absence de justification, réparant ainsi le préjudice subi par le salarié.

Par ailleurs, la prise en compte d'un seul et unique critère, *a fortiori* celui de l'ancienneté, semble tout à fait inadaptée pour évaluer l'entier préjudice subi par le salarié. Un trentenaire licencié après trois ans d'ancienneté n'aura évidemment pas le même préjudice que son collègue de 59 ans à ancienneté égale.

Si la proposition d'un barème en conciliation peut apparaître louable, sa grille « *monocritère* » semble en revanche assez réductrice. Il n'est pas certain que les salariés y trouvent une réelle équité tant il dépossède les parties d'une fixation du montant de conciliation sur une base négociée.

Possibilité d'un barème conventionnel ?

La fixation de ce barème par décret interdit-il d'en adopter un autre ?

Sans doute pas. En effet, l'article 21 de la loi de sécurisation de l'emploi indique expressément que le montant de ce barème est déterminé « *par référence* » à un barème fixé par décret.

(13) D. n° 2013-721, 2 août 2013. (14) Notons que, lors de la séance du 8 avril 2013, le rapporteur déclarait qu'« un barème ne peut pas prendre en compte tout ce qui peut être prévu par les conventions collectives ». (15) Plusieurs conventions collectives y adjoignent d'ailleurs le critère de l'âge au-delà de 50 ans.

Il serait donc possible aux parties ou au bureau de conciliation de discuter d'un barème révisé, notamment à la hausse.

En effet, à la lettre du texte, si rien n'empêche les parties de convenir d'une conciliation sur une base plus faible que celle prévue par le décret, on peut penser que peu de salariés accepteraient une révision à la baisse de ce montant. Si tel était le cas, il n'est pas impossible qu'un contentieux spécifique apparaisse visant à contester *a posteriori* l'application d'un barème « *a minima* ».

À l'inverse, la conciliation sur des bases plus élevées que le barème du décret semble évidemment possible.

Sans doute aurait-il été préférable d'adjoindre d'autres paramètres dans le décret lui-même, tels que l'âge du salarié, la prise en compte de son état de santé, ses charges de famille ou encore les années le séparant de la liquidation de ses droits à retraite. En d'autres termes, il eut été possible de tendre vers une réparation plus juste et cohérente par l'instauration d'un barème indicatif plus élaboré, en s'inspirant notamment de ce qui peut être réalisé en matière de réparation de préjudices corporels.

L'analyse des arrêts rendus par les chambres sociales des 36 cours d'appel françaises permettait d'élaborer une formule⁽¹⁶⁾ qui, par un jeu de coefficients multiplicateurs, donnerait l'opportunité aux auxiliaires de justice de proposer une conciliation sur des bases communément admises.

L'instauration d'un tel barème indicatif pourrait faire l'objet de critiques, en ce qu'elle déroge au principe de la réparation intégrale du préjudice. Elle risquerait de dissuader le

juge d'exercer son pouvoir d'appréciation sur l'étendue du préjudice réellement subi par le salarié⁽¹⁷⁾. Il n'est cependant pas interdit de penser que cette solution pragmatique puisse également être étendue en bureau de jugement.

Rappelons qu'à l'origine le concept d'indemnisation forfaitaire, tel qu'initialement pensé par les organisations patronales, consistait à renforcer la prévisibilité du risque contentieux en instaurant un barème des indemnités de rupture allouées en bureau de jugement. Ce projet s'est avéré complexe, notamment au regard de l'exigence de la Convention OIT n° 158 et de la Charte sociale européenne d'allouer au salarié « *une indemnité adéquate ou une réparation appropriée* ». Les organisations patronales se sont finalement « *rabattu[e]s sur une "barémisation" au moment de la conciliation* »⁽¹⁸⁾.

Cependant, il faut rappeler que la Cour de cassation⁽¹⁹⁾ n'interdit nullement aux juges du fond de se référer à un barème indicatif d'évaluation, sous réserve toutefois qu'ils tiennent compte des données de l'espèce (les arrêts de règlements étant évidemment prohibés).

Cette approche permettrait d'uniformiser les jugements rendus par les 210 juridictions prud'homales.

À titre pratique, il n'est toutefois pas inconcevable de faire évoluer ce barème, au sein des branches professionnelles, en élaborant une formule de calcul en cas de litige, prenant en compte un ensemble de critères liés certes à l'ancienneté, mais aussi à l'âge, aux charges de famille, au préjudice économique... ■■■

(16) Comme l'ont fait nos voisins belges pour élaborer la formule Claeys permettant de déterminer les indemnités de rupture allouées aux salariés.

(17) Communiqué du syndicat de la magistrature du 15 janvier 2013. (18) Rapport sur le projet de loi, n° 847 – Tome II, M^{me} la vice-présidente de la CGPME. (19) Cass. crim., 26 juin 1984, n° 83-94.581.

Effets de la conciliation forfaitaire

Le second alinéa de l'article L. 1235-1 du Code du travail prévoit que « *le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail au présent chapitre* ». Sont donc visées les indemnités pour licenciement abusif ou irrégulier « *sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles* ».

Articulation de la conciliation avec le paiement des indemnités de rupture

Le paiement de l'indemnité de conciliation est exclusif du paiement des indemnités de rupture.

Cela paraît tout à fait naturel dans le cas d'un licenciement, sauf à considérer que les cas de rupture visés par le législateur sont plus larges que les cas de licenciements, puisqu'ils peuvent viser notamment les cas de prise d'acte et de résiliation judiciaire du contrat.

Dès lors, le premier effet dangereux de cette nouvelle conciliation est qu'elle ne permet pas de régler « *globalement* » le litige portant sur la rupture du contrat de travail. La maladresse textuelle permettrait-elle à un salarié ayant pris acte de d'abord concilier sur un montant en référence au barème et de réclamer ensuite les indemnités de préavis et de rupture ? Nul doute que certains tenteront cette argumentation et cette stratégie.

Articulation de la nouvelle conciliation avec l'ancienne

Les parties ne doivent pas non plus se méprendre sur la portée de leur accord,

puisque, si l'ancienne formule de conciliation s'analyse en un désistement d'instance et d'action, la nouvelle procédure n'a, selon les travaux parlementaires, que la valeur d'une transaction qui a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort sur les litiges qui en sont l'objet⁽²⁰⁾. Au surplus, il est bien précisé⁽²¹⁾ qu'il n'emporte renonciation des parties qu'aux indemnités relatives à la rupture et non à l'ensemble des demandes faites par le salarié.

L'intérêt de la conciliation forfaitaire est donc fortement limité pour l'employeur, puisque strictement cantonné à la réparation du « *préjudice lié à la rupture du contrat de travail, il n'inclut pas les indemnités de licenciement dues par l'employeur, ni les indemnités liées à des contentieux spécifiques. Ne sont ainsi pas concernés les cas de discrimination, de harcèlement ou d'inaptitude* »⁽²²⁾.

Or, l'immense majorité (si ce n'est l'ensemble) des contentieux prud'homaux comprennent aujourd'hui un volet incident à la rupture du contrat de travail (stress, harcèlement moral, rappels de salaires, heures supplémentaires, etc.).

Ainsi, en l'absence de désistement d'instance et d'action, l'employeur n'a donc aucun intérêt, si ce n'est encore plus qu'avant, à entrer dans la voie d'une conciliation incomplète qui ne lui apportera aucune garantie juridique.

À nos yeux, l'insécurité juridique issue de cette réforme et de ce curieux régime spécifique de conciliation est loin d'être négligeable. L'ajout de ce nouveau mécanisme à l'ancien, dont on comprend implicitement qu'il est facultatif, sera sans nul doute source d'erreurs et d'innombrables complications.

(20) C. civ., art. 2052. (21) C. trav., art. L. 1235-1. (22) Projet de loi – Étude d'impact précitée.

Il convient également de s'interroger sur la chronologie entre l'ancien mécanisme « *global* » de conciliation, qui survit, et le nouveau mécanisme, « *limité* » aux cas de rupture. Est-ce à dire que les parties doivent d'abord envisager une conciliation globale, celle du « *différend* », qui en cas de succès permettrait un règlement global et définitif du cas entraînant un désistement d'instance et d'action, et qui en cas d'échec permettrait le règlement du différend devenu soudainement « *litige* » de la rupture du contrat de travail sur ce seul point ? À l'inverse, sommes-nous sûrs que le législateur n'a pas créé, sans le savoir, un double régime « *étanche* »⁽²³⁾ de conciliation complexifiant de manière inquiétante, pour ne pas dire, osons le mot, terrifiant le processus de conciliation ?

Régime fiscal et social de l'indemnité forfaitaire de conciliation

L'indemnité forfaitaire de conciliation est totalement exonérée d'impôts, l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts ayant été modifié en ce sens.

Parallèlement, par renvoi au Code de la sécurité sociale⁽²⁴⁾, l'indemnité forfaitaire de conciliation sera également exonérée de cotisations de sécurité sociale si, cumulée avec l'indemnité de licenciement, son montant reste inférieur à deux plafonds de la sécurité sociale (soit 74 064 € en 2013).

L'indemnité forfaitaire de conciliation sera en revanche intégralement soumise si le total des indemnités dépasse dix fois le plafond.

L'indemnité sera soumise à CSG et CRDS, dès lors qu'elle conduit à excéder le montant de l'indemnité conventionnelle (ou légale) de licenciement⁽²⁵⁾. Notons qu'en pratique cette hypothèse représentera la majorité des cas de figure, puisque la loi prévoit que l'indemnité forfaitaire de conciliation est réglée « *sans pré-judice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles* ».

Renforcement de la motivation des jugements

Nous ne pouvons pas conclure cet article sans mentionner le fait que l'article 21 de la loi du 14 juin 2013 apporte également un second volet à la rationalisation annoncée de la procédure contentieuse par l'ajout d'un 4^e alinéa à l'article L. 1235-1 du Code du travail. Selon ce texte, le juge « *justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie* ».

Si cette mention ne constitue, en soi, qu'un rappel de l'obligation générale de motivation de l'article 455 du Code de procédure civile, elle nous semble néanmoins tout à fait opportune en ce qu'elle permettra, peut-être, de mettre un terme à certaines dérives indemnitaires.

Toutefois, il est tout à fait étonnant qu'au sein d'un même texte une même juridiction puisse proposer de manière forfaitaire, d'une main en conciliation, une indemnisation dont le barème est simplement fondé sur l'ancienneté (et donc avec un lien ténu avec le préjudice subi) et doive justifier, de l'autre main en bureau de jugement, de l'attribution des indemnités par essence basées ■■■

(23) A. Bugada, « *Conciliation(s), prescription(s) et plus encore...* », JCP S, n° 28, 9 juill. 2013. (24) CSS, art. L. 242-1-12. (25) Rapp. AN n° 847.

sur l'âge, les charges de famille, la perte de revenu !

Encore une fois, il eut été préférable, par souci de cohérence élémentaire, de prévoir un barème de conciliation élargi à l'ensemble des critères permettant de déterminer le préjudice, ce même barème pouvant être utilisé en bureau de jugement.

On risque à l'inverse de voir apparaître des jugements s'inspirant du barème forfaitaire de conciliation prévu par le décret, sur une base incomplète. Or, voilà qui ne permet pas d'appréhender sérieusement le préjudice subi, sauf à considérer encore une fois que l'ancienneté est le seul critère permettant de l'évaluer, ce qui est par trop réducteur. ♦