

Le Contentieux social Bilan et perspectives

Mot d'accueil

Jean-Pascal FICHERE

Président délégué du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables

J'ouvre cette réunion en vous priant de bien vouloir excuser Jean-Pierre Alix, qui nous rejoindra dans la matinée et m'a chargé de vous accueillir.

Monsieur le Directeur Général,
Monsieur le Doyen honoraire,
Monsieur le Professeur,
Messieurs les Présidents,
Maîtres,
Chères Consœurs,
Chers Confrères,
Chers amis,

Je vous souhaite, au nom de Jean-Pierre Alix, la bienvenue à cette réunion sur le contentieux social.

Je voudrais remercier tout particulièrement :

- Bernard Gauriau, Vice-doyen de la Faculté de Droit d'Angers et membre du Collège Scientifique du Comité Social, réputé dans la profession pour son analyse pertinente et de haut niveau ;
- Philippe Waquet, Conseiller doyen honoraire de la Cour de Cassation, anciennement avocat à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat, que les milieux économiques et sociaux ont redouté pour ses décisions historiques ;
- Jean-Denis Combrexelle, Directeur Général du Travail au Ministère de l'Emploi, que les hommes politiques de toutes tendances respectent pour sa compétence et sa hauteur de vue ;
- Maîtres Jacques Barthélémy et Laurent Beljean, avocats à la Cour d'Appel de Paris, qui font partie du Collège Scientifique du Comité Social.

A propos de l'association Experts-Comptables et Mandat Publics, que j'ai le plaisir de présider avec Jean-Pierre Alix, je précise que sa vocation est de réunir les experts-comptables impliqués dans la vie politique, sociale et civique en général. Je rappelle que, sur 7 000 experts-comptables, nous sommes 2 200 à avoir des mandats publics. Cette association a pour objet d'échanger sur les sujets qui nous sont chers, notamment au cours de conventions annuelles, la prochaine devant se tenir à la Chambre de Commerce de Lille autour de la question de l'immobilier commercial. Des

réunions en région nous aident également à entretenir le maillage entre les élus locaux et la profession d'expert-comptable.

Je laisse la parole à Pierre Faucher, Président de la Commission Sociale du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, qui mènera cette réunion.

Présentation du Conseil des Prud'hommes

Pierre FAUCHER
Président de la Commission Sociale
Juge Prud'homal

Chères Consœurs, Chers Confrères,

Cette réunion, certes un peu technique, autour du Conseil des Prud'hommes, a notamment pour but de vous exposer le rôle du juge prud'homal et le fonctionnement des juridictions sociales.

Je souhaite pour ma part vous apporter mon témoignage personnel en tant que juge prud'homal depuis un certain nombre d'années. Le Professeur Gauriau vous exposera ensuite sous un angle plus technique les différentes juridictions sociales.

Le Conseil des Prud'hommes présente cinq sections :

- la section Industrie ;
- la section Commerce ;
- la section Agriculture ;
- la section Activités diverses ;
- la section Encadrement.

Les experts-comptables peuvent intervenir dans la section Activités diverses comme dans la section Encadrement. Cette dernière est celle dans laquelle les litiges sont les plus importants du point de vue de leur chiffrage financier et de leur technicité. Les experts-comptables peuvent donc apporter beaucoup dans la résolution de ces conflits.

La composition du Conseil des Prud'hommes est paritaire entre les employeurs et les salariés. L'élection des juges est annuelle pour le président et le vice-président du Conseil et de la section, ainsi que pour les audiences. Les audiences sont ainsi présidées alternativement d'une année sur l'autre par un membre du collège Employeurs ou par un membre du collège Salariés, et inversement pour la vice-présidence.

Le Conseil des Prud'hommes comprend le Bureau de la conciliation, le Bureau de jugement et la Formation des référés. Un juge prud'homal est amené à siéger en conciliation et en jugement, la formation des référés étant optionnelle. De fait, le référé demande une grande disponibilité. Les conciliations et les jugements font en revanche l'objet d'un calendrier précis établi pour l'année.

Un conseiller de Prud'hommes est élu pour cinq ans, sauf pour l'actuelle mandature qui durera six ans, puisque le prochain renouvellement du Conseil des Prud'hommes aura lieu le 3 décembre 2008.

Cette date est importante car les personnes qui souhaitent devenir conseiller prud'hommes doivent y penser dès aujourd'hui, les listes électorales devant se constituer début 2008.

Les listes sont établies pour le collège Employeurs par les syndicats patronaux (MEDEF, CGPME, UNAPL, UPA) qui forment en général une liste commune présentant un équilibre selon le poids des différents syndicats. Il n'est pas nécessaire d'appartenir à un syndicat pour faire partie d'une liste. Il suffit d'être reconnu pour ses qualités professionnelles par une représentation syndicale.

Sur une liste, il est possible d'être inscrit en tant que titulaire ou suppléant. Un poste de suppléant peut être un bon moyen de démarrer dans l'activité prud'homale, voire de devenir titulaire en cours de mandat. Dans le conseil de prud'hommes dans lequel je siège, par exemple, tous les suppléants sont devenus titulaires.

D'autres listes Employeurs sont créées par l'Economie Sociale dans la section Activités diverses comme dans la section Encadrement. Mais les représentants de l'Economie Sociale sont souvent des employeurs ayant eux-mêmes un statut de salarié, agissant dans des secteurs à vocation sociale, ce qui les amène souvent à se ranger du côté des salariés.

De la salle

Les représentants de l'Economie Sociale prennent de l'importance. Dans les grandes villes, ils peuvent être plus nombreux que les représentants du MEDEF.

Pierre FAUCHER

C'est exact. C'est pourquoi il est important de s'investir dans l'activité prud'homale.

Malheureusement, qu'il s'agisse des employeurs ou des salariés, seuls 25 à 33 % des électeurs participent aux élections prud'homales.

Cette réunion a pour but de vous inciter à vous intéresser à cette activité.

De la salle

Siégeant dans la section Activités diverses, je peux témoigner que les représentants de l'Economie Sociale sont plus mobilisés que d'autres professions, telle que la nôtre ou la profession d'avocat par exemple. Si nous participions davantage lors du vote des élections prud'homales, leur poids serait certainement plus important.

Pierre FAUCHER

Les conseillers élus ont un véritable statut de magistrat, qui leur est également reconnu par les magistrats professionnels. Ils prêtent serment devant le Tribunal de Grande Instance.

En Bureau de jugement, ils ont l'obligation de porter leur médaille pour rendre un jugement au nom du peuple français.

Le Conseiller Prud'homme doit en permanence avoir à l'esprit trois principes :

- l'indépendance ;
- le respect du contradictoire ;
- le droit de chaque partie à se défendre.

Ces principes doivent s'appliquer en conciliation comme en jugement ou en délibéré.

Les experts-comptables sont respectueux de ses trois principes dans leur activité et peuvent les transposer dans les Conseils de Prud'hommes.

Par ailleurs, le Conseiller Prud'hommes doit se former et s'informer. Il doit tout d'abord se former pour participer ou pour savoir conduire en qualité de magistrat une audience, pour savoir analyser les documents qui lui sont transmis, pour faire la synthèse de toutes les pièces d'un dossier et pour rédiger un jugement. Il doit également en permanence mettre à jour ses connaissances en matière de droit, qu'il soit législatif, constitutionnel ou jurisprudentiel. Mais sur ce dernier point, les experts-comptables ont un avantage dû à leur pratique et à leur connaissance de l'évolution de la législation sociale. Il convient également de se former sur la procédure civile.

En conciliation, en jugement ou en référé, les magistrats siègent de façon paritaire et doivent juger en droit tout en étant conscients des enjeux des litiges et des répercussions des jugements pour les entreprises et pour les individus.

Le Conseiller Prud'hommes doit se garder d'être influencé par des éléments extérieurs au droit applicable et par la tentation de se mettre à la place du législateur ou des parties au litige. Ceci est valable au cours de l'audience comme lors du délibéré. Il ne doit notamment pas assurer la défense de l'une des parties, puisque c'est le rôle de l'avocat.

Lors des délibérés, le Conseiller Prud'hommes doit faire preuve d'une force de conviction, tout en respectant les valeurs énoncées précédemment. Les calculs nécessaires à la prise de décision ne doivent pas nécessairement être faits par les magistrats. Ceux-ci peuvent faire appel à des experts judiciaires pour l'instruction d'un dossier.

Le Bureau de jugement étant composé de façon paritaire, il peut très bien arriver que les magistrats ne parviennent pas à un accord. Le Juge départiteur, un magistrat du Tribunal d'Instance, organise alors une nouvelle audience. Pour ma part, je n'ai, au cours de mes trois mandats, jamais eu recours au Juge départiteur.

A mon sens, l'expert-comptable a toutes les qualités requises pour accomplir cette fonction de magistrat.

Cette fonction est rémunérée sous forme de vacations, certes modestes, mais elle a le mérite d'être rétribuée contrairement à celle des magistrats des tribunaux de commerce.

Les conditions de travail peuvent être spartiates et les supports tels que la documentation ou les outils informatiques manquent souvent. Néanmoins, en tant qu'expert-comptable, je m'appuie

personnellement beaucoup sur ma propre documentation, ce qui me permet de ne pas trop ressentir ces carences.

Du point de vue du temps de travail, j'évalue la charge de Conseiller Prud'hommes à :

- une à deux journées par an pour la formation ;
- une journée par an pour les élections et la rentrée solennelle ;
- deux jours par mois pour le Bureau de conciliation, le Bureau de jugement, les délibérés et la rédaction des jugements, et ce dix mois par an.

Il convient à cet égard de souligner qu'en volume de travail, les journées de Conseil de Prud'hommes ne sont pas les mêmes que les journées d'expert-comptable.

Ainsi, notre profession devrait être beaucoup plus présente dans les conseils prud'homaux, d'autant plus que les experts-comptables ont une compétence technique en matière de législation sociale qu'ils pourraient mettre au service des conseils de prud'hommes.

Par ailleurs, l'activité de Conseil de Prud'hommes est aussi un moyen d'acquérir une formation permanente, notamment par le contact avec les salariés, qui sont en général très bien formés.

Pour ma part, cela m'amène dans mon activité à davantage de prudence dans les décisions à caractère social.

Dans l'esprit d'indépendance, de respect du contradictoire et du droit de chacun à se défendre, je ne peux donc que vous inciter à devenir Conseiller Prud'hommes.

De la salle

Je souhaite préciser que les magistrats élus ne doivent avoir aucun préjugé vis-à-vis de l'autre collègue, qu'il soit employeur ou salarié. Il appartient au président de mener les débats sur le droit, et seulement le droit. Les sanctions doivent être mesurées soigneusement pour ne pas être trop lourdes de conséquences.

Jean-Pierre ALIX, Président du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables

Je tiens à remercier les intervenants à cette matinée de travail – avocats, universitaires, magistrats, fonctionnaires –, qui nous honorent de leur présence et vont enrichir de leurs réflexions vos questionnements sur le sujet du contentieux social.

Je suis sensible aux initiatives de Jean-Pascal Fichère, aux thèmes qu'il choisit en collaboration avec Elisabeth Bergé-Suet, et aux travaux de l'association Experts-comptables et Mandats publics qu'il a dû vous présenter.

J'ai le plaisir, l'honneur et la charge de représenter une profession sur laquelle j'ai un regard extrêmement positif. C'est une profession qui a su au fil des ans se rendre très utile dans la communauté économique, notamment auprès des entreprises qu'elle conseille. A leur contact, elle a acquis une culture de l'adaptation qui lui permet aujourd'hui de tenir un rôle d'accompagnant du chef d'entreprise. Nous avons une présence forte auprès du monde de l'entreprise, puisque 85 %

des entreprises font appel à nos services. Loin de s'en contenter, cette profession a résolument pris le parti de mettre une part de son énergie au service de l'intérêt général. Lorsqu'un nombre aussi conséquent d'acteurs économiques de premier plan fait confiance à une profession, celle-ci doit rendre à l'intérêt général ce que cette relation particulière lui apporte. Nous essayons de le faire en faisant la promotion de la dimension citoyenne et de la force de proposition de cette profession. Vous illustrez parfaitement cette profession, vous qui, malgré votre charge de travail, vous engagez dans une voie qui a ses servitudes, mais aussi ses grandeurs et son domaine d'épanouissement. Vous le faites dans un souci d'intérêt général. C'est ainsi, en donnant dans l'intérêt général, qu'une profession parvient à se départir de l'image d'une profession animée par le corporatisme. Mes prédécesseurs avant moi ont plaidé cette cause. J'essaie de la promouvoir depuis deux ans, avec votre aide. Je suis fier de ce que vous faites pour la crédibilité de notre profession. Je vous prie d'excuser ma présence momentanée dans cette réunion. Il est important pour moi de rencontrer des confrères qui savent prendre d'autres engagements que ceux susceptibles de leur apporter un revenu financier. Vous êtes nombreux dans ce cas, puisque l'association Experts-Comptables et Mandats publics recense aussi les confrères engagés auprès des juridictions, des organismes consulaires, des collectivités locales. Cet engagement sert grandement l'image de la profession qu'ils exercent.

Le pouvoir des juridictions sociales

Bernard GAURIAU
Vice-doyen de la Faculté de Droit d'Angers
Membre du Collège Scientifique du Comité Social

Pour préparer cette intervention sur le pouvoir des juridictions sociales, je me suis appuyé sur mon expérience personnelle en formation professionnelle :

- la formation auprès de magistrats dans le cadre de l'Ecole Nationale de la Magistrature, la formation de Juge départiteur ;
- la formation de Conseiller de Cour d'Appel ;
- la formation de Conseiller prud'homal.

J'ai également eu de longues conversations téléphoniques auprès d'acteurs de la procédure prud'homale.

Je développerai deux points au cours de mon intervention, le premier centré sur les Conseils de Prud'hommes et le second sur la Cour d'Appel.

I. Le Conseil des Prud'hommes

Concernant le Conseil de Prud'hommes, tout d'abord, et plus particulièrement leurs acteurs, hommes et femmes, il y a une distinction fondamentale entre les magistrats non professionnels élus et l'intervention épisodique d'un juge départiteur, magistrat professionnel sortant de l'Ecole de la Magistrature. Les témoignages varient selon la position des personnes interrogées.

S'agissant des conseillers prud'homaux, les conseillers salariés sont souvent mieux formés que les conseillers employeurs. Ceci tient à la différence de rythme de vie et d'activité professionnelle. Mais cette inégalité dans la connaissance du droit crée une première difficulté, qui se ressent lors de la conciliation et au bureau de jugement, ou au cours des désaccords provoquant l'intervention du Juge départiteur. La carence en formation concerne moins la législation sociale que les fondamentaux du droit. Certaines nuances s'expliquent également par les origines des conseillers prud'homaux : certains salariés ont une formation de juriste, qui leur est d'un grand secours dans leur activité prud'homale.

Quant aux Juges départiteurs, ils ne connaissent pas bien le droit du travail et sont d'ailleurs friands de formations en la matière. Cela se perçoit parfois dans les difficultés de rédaction de certains jugements. Ils avouent également très mal connaître le monde de l'entreprise.

A propos du rôle du Conseil des Prud'hommes, on constate tout d'abord que la conciliation n'a pas l'efficacité voulue et échoue dans beaucoup de conseils de prud'hommes. Il y a des variations selon les conseils de prud'hommes et selon l'énergie déployée par les conseillers pour parvenir à un accord. De surcroît, c'est souvent la première fois que les parties sont amenées à dialoguer sur le litige. Par ailleurs, le législateur lui-même court-circuite la conciliation, demandant la saisine directe du bureau de jugement, notamment pour les contentieux de requalification du contrat de travail.

Enfin, des entretiens avec des avocats m'ont permis d'appréhender les difficultés causées par l'absence de juge de la mise en l'état. Dans les procédures devant le Tribunal de Grande Instance par exemple, le juge de la mise en l'état veille au respect des délais et à la communication des pièces. Il peut faire intervenir un tiers, exiger certaines pièces ou prononcer des sanctions en cas de non-respect des délais.

Cette carence de mise en l'état, qui se retrouve souvent en Cour d'Appel, peut rendre difficile le respect du principe du contradictoire. Et la possibilité de recourir à un Conseiller rapporteur, qui pourrait faire office de juge de la mise en l'état, n'est que rarement utilisée par les conseils de prud'hommes.

II. La Cour d'Appel

On constate des disparités sur le territoire selon les Cours d'Appel. Tout d'abord, il n'y a pas de chambre sociale spécialisée dans toutes les Cours d'Appel. Dans les petites Cours d'Appel, une chambre traite à la fois des questions sociales et commerciales, ce qui crée une barrière supplémentaire à l'assimilation du droit du travail par ses conseillers.

De fait, la connaissance du droit du travail par les conseillers de Cour d'Appel est très variable selon les Cours d'Appel.

On retrouve également la difficulté due à l'absence de juge de la mise en l'état, certaines Cours d'Appel préférant renvoyer les affaires devant une chambre civile pour bénéficier d'un juge de la mise en l'état.

Enfin, on commence à mesurer l'incidence de la réforme du 1^{er} janvier 2005, qui oblige à passer par un avocat à la Cour de Cassation ou au Conseil d'Etat pour déposer un pourvoi en cassation. Les pourvois voient leur qualité s'améliorer et les arrêts de Cour d'Appel prennent plus d'importance. Les universitaires sont très sensibles à la lecture des arrêts de cour d'appel, qui révèlent leur interprétation des décisions de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation. Cela nous permet de distinguer les Cours d'Appel « rebelles » de celles qui suivent les avis de la Cour de Cassation. Parmi ces dernières néanmoins, certaines subissent des revirements de jurisprudence.

De la salle

Le Conseil des Prud'hommes d'Angers pratique la mise en l'état. Après avoir essayé cette procédure, le Conseil des Prud'hommes de Rennes l'a abandonnée à cause des délais s'en trouvaient fortement rallongés. C'est un effet pervers de la mise en l'état.

Le droit des justiciables face à l'institution prud'homale

Maître Jacques Barthélémy
Avocat à la Cour d'Appel de Paris
Membre du Collège Scientifique du Comité Social

Ce que vient de dire Bernard Gauriau suscite deux remarques de ma part. Tout d'abord, parmi les difficultés qui se posent pour mener à bien la procédure de conciliation, il eût fallu citer également le rôle négatif de ma profession dans ce domaine.

Bernard GAURIAU

J'ai dit que les avocats étaient en la matière à fois victimes et complices.

Jacques BARTHELEMY

Ma deuxième remarque est liée à la dernière intervention de Bernard Gauriau concernant les revirements de jurisprudence. C'est sur ce sujet que je vais concentrer mon exposé.

Le droit des justiciables face à l'institution prud'homale est un sujet qui nécessiterait beaucoup plus de temps que les quelques minutes qui nous sont imparties. Comme Maître Laurent Beljean et moi-même n'avons pas eu le temps de nous concerter, je vais, pour éviter les doublons, me cantonner à deux problèmes techniques importants eu égard à leur actualité. Je concentrerai mon propos sur le sujet de la rétroactivité tant sur une loi de validation que de jurisprudence consacrant un revirement de jurisprudence.

J'aurais également souhaité évoquer la question des appels et des désistements d'appels, qui connaît une actualité brûlante. Deux arrêts du 14 mars 2007 viennent de consacrer un revirement de jurisprudence d'une importance considérable.

Concernant tout d'abord le procès équitable au regard de l'application rétroactive de la loi, tout le monde connaît la saga de la Convention Collective du Secteur Sanitaire et Social à but non lucratif, et les différentes étapes qui ont ponctué son évolution. Ici, l'intervention du législateur se justifie par l'impact qu'est susceptible d'avoir l'accord des 35 heures dans ce secteur soit sur le budget de l'Etat soit sur celui des organismes de Sécurité Sociale. Dans ce type d'activité, il était difficile par une optimisation de l'organisation du temps de travail, en utilisant la technique de dérogation, de dégager suffisamment de valeur ajoutée pour compenser le coût du maintien du salaire en passant de 39 à 35 heures. Ce coût été singulièrement aggravé lorsque, interprétant l'article 212-4 du Code du Travail et surtout l'article 2 de la Directive du 23 novembre 1993, la Cour de Cassation a considéré comme illicite le régime d'équivalence. Des jurisprudences postérieures ont été encore plus importantes. Ici, le problème posé était de savoir si une convention collective ordinaire pouvait introduire des équivalences. La réponse était négative par un renvoi au troisième alinéa de l'article 212-2 du Code du Travail qui permet aux conventions collectives étendues et aux accords d'entreprises non frappés d'opposition seuls, de déroger aux modalités de répartition et d'aménagement des décrets de la loi du 21 juin 1936. La Cour de Cassation a donc considéré, à juste titre à mon avis, que l'agrément des conventions collectives de ce secteur ne pouvait pas être

assimilé à une extension, et que nous étions en dehors du champ des accords dérogatoires. C'est à la suite de cette décision que l'on a modifié les textes dans la perspective de préserver les finances publiques. Par son article 29, la loi Aubry II a entendu faire échec aux actions en rappels de salaires intentées par les personnels des établissements concernés. Non contestée par le Conseil Constitutionnel, cette disposition l'a été ensuite par les contentieux sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Portée devant l'assemblée plénière de la Cour de Cassation le 24 janvier 2003, la validité de l'article 29 avait été admise sur les fondements suivants.

- Sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général (selon l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme), la convention s'oppose à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige.
- Au cas précis, obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'aménagement des effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public, en l'occurrence celui de la santé et de la protection sociale.

Or la Cour de Strasbourg, dans une décision du 9 juin 2006, censure l'intervention du législateur qui a pour effet de d'organiser la rétroactivité de la loi. Pour contester l'argumentation de la Cour de Cassation, elle s'appuie sur les arguments suivants.

- Un motif financier ne permet pas, à lui seul, de justifier une telle intervention.
- Aucun élément de fait, dans la question soulevée pour le secteur social et médico-social, n'atteste de l'existence d'un impérieux motif d'intérêt général.

Ainsi, dans cette affaire, la responsabilité de l'Etat sera donc engagée par les plaignants qui, n'ayant pas engagé d'action devant la Cour de Strasbourg, n'ont pu faire directement réparer le préjudice.

Une avocate à la Cour de Cassation, qui avait déconseillé à ses clients d'engager des actions, n'a plus d'autre voie que d'engager la responsabilité de l'Etat.

L'autre aspect intéressant de cette question est l'application rétroactive de la jurisprudence à partir de la fameuse décision concernant les clauses de non-concurrence et les contreparties. Plusieurs arrêts de 2002 ont posé en principe la nullité de la clause de non-concurrence non assortie de compensation financière. Là encore, l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme a été sollicité. L'exigence d'ordre public du droit à un procès équitable a été le fondement d'une action destinée à s'opposer à ce qu'un juge applique rétroactivement un tel revirement de jurisprudence. La Cour de Cassation a rejeté cette argumentation, dans un arrêt du 17 décembre 2004, selon des attendus intéressants : l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle. C'est donc sur le terrain de l'ordre public au sens plein que l'on se situe. La Cour de Cassation ajoute que, de ce fait, loin de violer l'article 6, la Cour d'Appel en a fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate. Curieusement, cette motivation sert plutôt la thèse de l'application des revirements seulement dans le futur : par un raisonnement *a contrario* tiré des attendus de cet arrêt, on peut soutenir qu'en l'absence de motifs impérieux d'intérêt général, les revirements de

jurisprudence valent seulement pour l'avenir. Ainsi, la jurisprudence sur cette question n'est pas très claire dans sa motivation, même si le principe posé ne semble pas très contestable.

Le troisième problème, que je n'aborderai pas, est celui posé par les arrêts très récents du 14 mars 2007, qui sont relatifs aux désistements et aux effets des désistements. La Cour de Cassation vient de préciser les conditions du désistement d'appel : « Il résulte des articles 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, mais aussi de l'article 401 du Nouveau Code de Procédure Civile, que lorsqu'une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale, que le désistement soit accepté par l'auteur de la demande incidente. »

De ce qui précède, nous pouvons en conclusion tirer deux sortes de conséquences.

- Il est vain d'imaginer que le législateur français dispose d'une totale indépendance dans l'exercice qui est le sien de bâtir le droit interne au nom du peuple souverain. La saga du C.N.E., qui ne fait que commencer, en sera sans doute une illustration parfaite.
- Les principes fondamentaux tirés des Droits de l'Homme construisent peu à peu un socle dur que, quelle que soit la coloration politique, aucun gouvernement ne peut ignorer.

Un procès équitable

Maître Laurent Beljean
Avocat à la Cour d'Appel de Paris
Membre du Collège Scientifique du Comité Social

Je vais me pencher sur le fondement-même du procès équitable par rapport au droit du justiciable. Ce fondement trouve sa source dans deux textes :

- l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme, qui indique que « toute personne a droit en pleine égalité à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant qu'appartienne, qui décidera soit de ses droits et obligations soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ;
- les articles 6 et 6-1 que Maître Jacques Barthélemy a cités précédemment.

Le procès équitable est guidé par trois principes :

- la loyauté ;
- la publicité ;
- le délai raisonnable.

Ces trois principes trouvent des illustrations particulières en matière prud'homale, car la matière en tant que telle incite à ce particularisme.

La loyauté induit nécessairement le respect du principe du contradictoire. Les parties doivent communiquer préalablement les moyens de fait et de droit qui vont fonder leur argumentation. Ce principe, sans s'opposer fondamentalement au principe du contradictoire, est un peu biaisé par l'article 516-6 du Code du Travail qui indique qu'en matière prud'homale prévaut le respect du dossier du conseil. Ainsi la Cour de Cassation a retenu que des écritures déposées quatre jours voire la veille de l'audience satisfaisaient le principe du contradictoire.

Sur le plan pratique, il est évident qu'en ayant connaissance d'une argumentation la veille ou l'avant-veille de l'audience, quelle que soit la date de communication des pièces, on assiste à des surprises permanentes au cours de l'audience. Les conseillers prud'homaux en sont soit friands soit agacés.

Ainsi, pour reprendre les propos de Bernard Gauriau, il manque peut-être, dans le cadre du contentieux prud'homal, une sorte de mise en l'état, ou un délai pendant lequel les parties s'engageraient à communiquer non seulement les pièces mais aussi les éléments factuels et juridiques. Ceci permettrait aux juges de prendre connaissance des écritures au préalable et aux différents conseils de mener des débats dans un sens technique et synthétique, de façon à ce que l'audience y gagne en précision. L'administration judiciaire s'en trouverait également simplifiée.

Cette mise en l'état, utilisée par le Conseil des Prud'hommes d'Angers évoqué précédemment, est également répandue dans l'Est de la France : à Besançon et à Strasbourg, dans les Conseils de Prud'hommes, les audiences inscrites au rôle sont en l'état. Toutes les parties ont adressé non seulement leurs pièces mais aussi leurs écritures, voire les écritures en réplique, avant qu'une

affaire ne soit plaidée. Le Conseil de Prud'hommes de Besançon, dans sa section Encadrement, va jusqu'à ne prendre qu'une affaire par jour.

Certes cette mise en l'état allonge un peu la procédure, mais l'administration de la justice y gagne beaucoup, en évitant notamment les renvois qui pour certains peuvent entraîner des délais d'un an et demi ou plus.

A propos de la charge de la preuve en matière prud'homale, l'article R 516-0 du Code du Travail renvoie au Titre I du Nouveau Code de Procédure Civile : « la charge de la preuve d'une prétention incombe à celui qui l'invoque ».

Mais en matière prud'homale, la charge de la preuve est aménagée en raison du déséquilibre des forces entre employeur et salarié. L'entreprise, souvent défenderesse, a davantage de possibilités pour rapporter l'état factuel de l'environnement du litige que le salarié. C'est pourquoi le Code du Travail a aménagé un certain nombre de moyens probants et de fardeaux probatoires au regard de la matière exposée devant le conseil des Prud'hommes. En matière de classification conventionnelle ou d'existence d'un contrat de travail, c'est à celui qui invoque ces motifs d'en apporter la preuve.

Pour le licenciement, et seulement dans ce cas, on se réfère à l'article L 122-14-3 du Code du Travail, selon lequel le juge examine les prétentions respectives des parties au vu des éléments qui ont été recueillis. Quand un doute subsiste, il profite au salarié.

La présomption irréfragable s'applique dans le cas d'un contrat de travail à durée indéterminée sans support écrit, à moins que le salarié ne prouve qu'il était en contrat de travail à durée indéterminée. Le salarié, en général, ne revendique un contrat à durée déterminée que dans la mesure où celui-ci est susceptible de lui assurer un dédommagement financier plus important.

S'agissant des heures supplémentaires, la Cour de Cassation a affiné sa position en 2004. L'article L 212-1-1 du Code de Travail stipule qu'en matière d'heures supplémentaires, la charge de la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties. Ainsi, il était courant dans les Conseils de Prud'hommes d'accepter les décomptes établis par les salariés en l'absence d'éléments fournis par l'employeur, et de calculer le préjudice en fonction de ce décompte. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 25 février 2004, indique qu'il appartient au salarié d'amener des faits de nature à étayer sa position. Dans ce cas, le doute ne profite pas au salarié : il doit emporter la conviction des juges. A cet égard, un article du Code du Travail très peu utilisé par les conseils de salariés, serait susceptible de causer de grosses difficultés aux employeurs : l'article 619-11, qui stipule que l'Inspecteur du Travail doit se voir communiquer à première demande les horaires de travail de chacun des salariés au cours des douze derniers mois précédant sa visite. Un salarié pourrait demander la fourniture de cet état pour l'étude de son cas. L'employeur serait sûrement dans l'impossibilité de le fournir.

Le caractère public du procès est une composante essentielle du procès équitable. Le décret du 20 août 2004 n'exige plus que le Conseil de Prud'hommes prononce le délibéré le jour de l'audience. Le jugement peut en effet être mis à disposition au greffe. On peut regretter cette nouveauté, qui enlève une certaine officialité à la juridiction prud'homale en la privant de la solennité du prononcé du jugement.

Le délai raisonnable, enfin, est une des conditions d'un procès équitable. Ce délai est apprécié du jour de la saisie au jour où la Cour de Cassation rend son délibéré. On peut regretter le nombre important d'affaires soumises dans certaines juridictions prud'homales, qui ne permet pas de voir

une affaire se régler dans un délai de six ou huit mois. Cet engorgement est fonction de l'implantation des sièges sociaux d'entreprises dans chaque juridiction. C'est un réel problème pour le justiciable salarié.

De la salle

Chaque président de séance est libre de prononcer ou non un jugement. Le prononcé a une valeur pédagogique.

La qualité de la justice sociale

Philippe WAQUET
Conseiller doyen honoraire de la Cour de Cassation

J'aborderai trois points :

- la compétence des juridictions prud'homales, au sens juridictionnel et au sens de connaissance des sujets ;
- les problèmes de procédures ;
- les problèmes de fond.

I. La compétence des juridictions prud'homales

Je souhaite souligner que le problème de la méconnaissance de l'entreprise par les juges n'est pas soluble. La méconnaissance est un problème par essence rémanent. Il convient donc de faire confiance au système par lequel les juges, se trouvant confrontés à des questions très diverses, se trouvent toujours les mieux placés pour la résolution des litiges.

Je constate à cet égard que la compétence progresse incontestablement dans le domaine du contentieux prud'homal. Elle progresse à la fois au niveau des Prud'hommes, de la Cour d'Appel et de la Cour de Cassation. Auparavant, le contentieux prud'homal était considéré comme secondaire, mais la politique de formation mise en place a permis de lui donner toute son importance. Dans les Cours d'Appel et à la Cour de Cassation, les chambres sociales sont également mieux considérées. Certains conseillers de Cour d'Appel se spécialisent dans le droit social et évoluent ensuite vers la Cour de Cassation.

II. Les problèmes de procédures

Je suis favorable à la procédure orale devant les Conseils de Prud'hommes. Devant les Cours d'Appel, en revanche, je serais partisan d'établir, non pas une procédure avec représentation obligatoire, mais une procédure écrite. Le fait que les parties soient obligées par le greffe de

déposer leurs conclusions à une date donnée permettrait d'accélérer le traitement des affaires. En pratique, dans beaucoup de Cours d'Appel, des accords entre le barreau et la Chambre sociale permettent d'organiser des systèmes de délais qui régulent le traitement des affaires, et évitent les nombreux renvois courants dans le passé.

Rien n'empêche en effet de créer des pratiques conventionnelles, y compris dans les Conseils de Prud'hommes. S'agissant du dépôt des conclusions, je pense néanmoins qu'il n'y a pas de raison d'être dans le cadre d'une procédure orale. Les conclusions doivent être considérées comme des pièces et doivent alors être produites en temps utile.

Le jugement, enfin, doit avant tout consister en l'application de la loi. Le juge doit donc :

- déterminer les faits établis, selon les principes complexes de charge de la preuve ;
- qualifier les faits, et notamment se demander si les faits établis constituent des fautes ;
- appliquer la loi, selon l'article 12 du Nouveau Code de Procédure Civile et l'article 4 du Code Civil de 1804, ce dernier interdisant au juge de s'abriter derrière le silence ou l'opacité de la loi.

C'est notamment la Cour de Cassation qui applique l'article 4 du Code Civil, exerçant la mission difficile de réparer le silence de la loi ou de donner un sens à des textes obscurs.

Concernant l'application rétroactive de la jurisprudence, elle n'est pas raisonnablement envisageable. Il convient en revanche d'éviter les revirements de jurisprudence.

Le rôle de l'Etat dans les relations sociales

Jean-Denis COMBREXELLE
Directeur Général du Travail au Ministère de l'Emploi

Le rôle de l'Etat en France, dans les relations sociales, est souvent considéré comme trop important. J'évoquerai quatre points qui pourront vous intéresser dans votre activité d'expert-comptable ou de Conseiller prud'homal :

- l'élaboration de la norme ;
- la négociation ;
- l'ordre public social ;
- les rapports avec le juge.

I. L'élaboration de la norme

Une des missions de l'Etat est d'élaborer la norme législative et réglementaire et de faire en sorte que la règle soit « claire intelligible », selon le principe établi par le Conseil Constitutionnel. Un nouveau Code du Travail paru très récemment entrera en vigueur fin 2007 au moment de la sortie de la partie réglementaire. Ainsi dans votre double fonction d'expert-comptable et de juge prud'homal, vous aurez à faire application de ce nouveau code, qui a la vocation d'être plus clair et plus accessible, selon une logique utilisateur. En tant qu'ancien du Ministère de la Justice, j'insiste sur le fait que jamais un ministère n'a consacré autant de moyens à la rédaction d'un code. Ce nouveau code modifie de façon fondamentale les méthodes de travail grâce à une nouvelle numérotation. Je vous incite d'ailleurs à vous faire votre propre opinion sur le code en en prenant connaissance, plutôt que de lire les articles critiques écrits à son sujet. Vous pourrez vous le procurer auprès de Légifrance.

Maître Jacques BARTHELEMY

Dans la *Revue Française de Comptabilité*, je publie justement un article sur le Nouveau Code du Travail.

Jean-Denis COMBREXELLE

L'Etat a pour mission de fixer les règles du jeu, au nombre desquelles la question de la représentativité. Les élections du 3 décembre 2008 vont revêtir un caractère particulier, très politique, puisqu'elles auront lieu dans un contexte de redéfinition de la représentativité.

II. La négociation collective

Concernant la place de la négociation collective, les mouvements importants intervenus récemment dans le Droit du Travail tendent à renvoyer de plus en plus à la négociation collective, par exemple pour les licenciements collectifs. Par ailleurs, le centre de gravité de la négociation collective se

déplace du niveau national au niveau de l'entreprise. En tant que conseillers des entreprises, vous avez donc une mission très importante pour aider les entreprises, du côté à la fois patronal et syndical, à mener les travaux de négociation collective. De surcroît, la loi du 31 janvier 2007 contraint à une négociation paritaire préalable à toute réforme du Droit du Travail. Il sera certainement beaucoup question de cette loi dans le débat public après les élections.

III. L'ordre public social

Les questions de santé et de sécurité au travail sont primordiales, comme le montre l'introduction du Plan Santé Travail au niveau de l'Etat. De surcroît, les jurisprudences évoquant l'obligation de résultat traduisent l'avis de l'opinion publique.

Les conseillers prud'homaux et les experts-comptables doivent anticiper l'émergence des questions de santé et de sécurité au travail, et les problèmes de responsabilité qui s'ensuivront. Notamment dans le tissu des petites et moyennes entreprises, des investissements doivent être effectués en matière d'amélioration de la sécurité au travail. Du côté de l'Etat, un plan de modernisation de l'Inspection du Travail en cours et le Plan Santé au Travail doivent permettre de répondre aux nouvelles attentes en la matière.

IV. Les rapports avec le juge

S'agissant du juge et de ses rapports avec l'Etat, je soulignerai trois points :

Le rôle du juge ne peut être écarté dans les relations de travail.

La juridictionnalisation croissante amène le juge à intervenir de plus en plus souvent dans le champ de la négociation collective, et notamment des conventions collectives, lorsqu'il est saisi par une organisation syndicale. Pour ma part, je regrette cette évolution.

Juger est un métier. Je m'exprime à cet égard en tant que membre du Conseil d'Etat, juge et fonctionnaire. Le juge doit être compétent, impartial et respectueux de la stricte application du droit. L'Etat consacre d'importants moyens à la formation des conseillers prud'homaux, ce qui devait garantir leur compétence. Sur la question de l'impartialité, les débordements causés par des ententes entre les organisations syndicales et les représentants de l'Economie Sociale ne sont pas admissibles. L'Etat, le Ministre et le Directeur Général du Travail n'ont pas voulu porter à la connaissance du public les agissements en question, mais ils ont fait savoir aux responsables de l'Economie Sociale que leur attitude mettait en péril l'institution prud'homale qui repose sur une base paritaire. Le juge doit enfin respecter les textes, leur lettre et leur esprit. Sur ce dernier aspect, il est recommandé de prendre en compte les débats parlementaires, les travaux préparatoires. Je citerai l'exemple de la Gestion Provisionnelle de l'Emploi et des Compétences, voulue par le législateur pour la bonne gestion des ressources humaines, qui ne doit pas être liée juridiquement par le juge à un plan de sauvegarde de l'emploi.

Pierre FAUCHER

Le non-respect de la mise en l'état dans la juridiction prud'homale nous conduit parfois à prononcer la radiation de l'affaire. Que pensez-vous de cette attitude ?

Philippe WAQUET

La radiation est une mesure administrative. Elle peut être prise par les Conseils de Prud'hommes, avec prudence. C'est une mesure possible en présence d'une carence certaine d'un plaideur. Après la radiation, on réinscrit au rôle.

De la salle

La compétence des juges de prud'hommes ne pourrait-elle pas être améliorée grâce à des échanges plus fréquents avec la Cour d'Appel ?

A Rennes, par exemple, les juges de Prud'hommes doivent contresigner les arrêts de la Cour d'Appel qui confirment ou infirment leur jugement. La Présidente de la Chambre Sociale reçoit les juges pour leur expliquer sa position sur l'évolution des décisions des juges

Philippe WAQUET

Je suis entièrement d'accord avec ces initiatives.

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation reçoit en permanence des Conseillers Prud'hommes et des représentants de la Cour d'Appel. Pour ma part, je me déplace également très souvent en province pour rencontrer des Conseillers Prud'hommes et les Cours d'Appel. Les Présidents de Chambres Sociales sont incités à exercer une paternelle et affectueuse autorité sur les Prud'hommes pour les aider dans leur tâche.

Depuis le bureau d'aide juridictionnelle que je préside, je continue à voir beaucoup de jugements, et j'estime que certains jugements de Conseils de Prud'hommes sont bien meilleurs que les arrêts de Cour d'Appel qui les suivent.

De la salle

Que faire lorsqu'on n'est pas satisfait par un arrêt de Cour d'Appel, compte tenu de la difficulté du pourvoi en Cour de Cassation ?

Philippe WAQUET

Il faut s'armer de patience, attendre la retraite des intéressés...

De la salle

Le changement de numérotation du Nouveau Code du Travail permettra de s'exprimer davantage en contenu d'article qu'en numéro d'article, ce qui nous remémorera les principes de droit.

Jean-Denis COMBREXELLE

Il y aura deux fois plus d'articles dans le Nouveau Code du Travail, mais 170 000 caractères de moins, soit une diminution de 10 %. Un effort important a été fait pour faciliter la tâche des lecteurs, qui sont des Conseillers prud'homaux, des syndicalistes, des dirigeants de petites et moyennes entreprises, et qui n'ont pas nécessairement une formation initiale en droit.

De la salle

L'oralité de la première instance de la juridiction prud'homale n'exclut pas l'écrit : les avocats et les défenseurs syndicaux rédigent souvent des mémoires à l'attention des juges. La présence effective des parties est importante pour avoir la possibilité de les interroger et d'éclaircir certains points.

Concernant le jugement, il est important que celui-ci ait un impact pédagogique : les parties doivent comprendre les motivations de la décision des juges. A cet égard, les arrêts de Cour d'Appel et de Cour de Cassation sont souvent difficiles à comprendre pour les individus. En revanche, le prononcé du jugement prud'homal par un professionnel de l'entreprise facilite sa compréhension par la partie condamnée, et évite de ce fait la poursuite du procès ou la récidive.

C'est pourquoi le temps consacré à la rédaction du jugement ne doit pas être négligé, et peut difficilement être rationalisé.

Philippe WAQUET

Je suis d'accord sur l'impossibilité de rationaliser les temps de rédaction.

La présence des parties est, à mon sens, très importante. C'est un défaut de la juridiction prud'homale française. En Allemagne, par exemple, où l'assistance est obligatoire en première instance, en appel et en cassation, des transactions se font beaucoup plus fréquemment et facilement.

Jean-Denis COMBREXELLE

A propos de l'indemnisation des juges, il convient de rappeler que la juridiction prud'homale doit répondre aux contraintes budgétaires de l'Etat. Néanmoins, une mission sur le sujet a été confiée au Directeur des Services Judiciaires et à moi-même ; après réunion des partenaires sociaux, un nouveau texte est en cours d'élaboration.

De la salle

Je souhaite témoigner de mon expérience de deux mandats comme Conseiller de Prud'hommes. J'exprime mon admiration aux Conseillers de Prud'hommes qui sont intervenus car, pour ma part, j'avoue avoir été « usé » par la fonction prud'homale. La première raison à cela était la charge de travail : la rédaction des jugements pouvait me prendre quatre heures, plus généralement sept ou huit heures, et un jugement m'a même demandé trente-six heures de réflexion. Aucun de mes jugements, néanmoins, n'a été contredit par la Cour d'Appel.

L'autre raison de ma lassitude était la mauvaise foi systématique des représentants du collège Salariés, qui voulaient, selon leurs propres termes, « faire avancer la loi ». Or notre rôle était précisément d'appliquer la loi.

Il n'était pas aisé de discuter sereinement et objectivement des cas qui nous étaient soumis. Les horaires de travail, de 9 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures, étaient difficilement conciliables avec une activité professionnelle soutenue. Les membres du collège Salariés avaient, pour leur part, une plus grande disponibilité qui leur permettait de prolonger les discussions.

J'ai aussi été témoin de pratiques condamnables.

Il faut donc une grande motivation pour exercer cette fonction.

Philippe WAQUET

Certains Conseils de Prud'hommes sont difficiles à gérer en raison d'opposition irréductibles entre les conseillers patronaux et les conseillers salariés. On constate parfois des départitions sur des sujets absurdes, comme par exemple sur le renvoi d'une affaire à une autre audience.

Je rappelle que c'est le patronat chrétien de l'Ouest de la France qui a réclamé la création des Conseils de Prud'hommes à la fin du XIXe siècle. Lénine lui-même a fait l'éloge de la juridiction prud'homale.

Lors du 125^e anniversaire du Conseil des Prud'hommes en 1995 à Angers, le Président et le Vice-Président m'ont exposé leur méthode préalable à toute conciliation : un conseiller Employeur recevait l'employeur et un conseiller Salarié recevait le salarié ; chacun expliquait à son interlocuteur que son affaire était délicate et qu'il aurait certainement intérêt à négocier avec la partie adverse. Après une telle entrée en matière, les parties étaient beaucoup plus ouvertes à la discussion.

Jean-Pascal FICHERE

Cette note humoristique est une belle conclusion à notre réunion. Je remercie les intervenants pour la diversité et l'intérêt de leurs témoignages.