

Les moyens d'agir en justice du salarié : une constante dégradation au profit de l'employeur (1)

(simple note d'humeur en marge de CE 6 avril 2006, n° 273311)

par *Daniel Boulmier*, Maître de conférences à l'Université de Nancy 2

PLAN

I. La dégradation de l'accès au juge : des mesures externes à la Cour de cassation

- A. La production des preuves
- B. La question de la prescription

II. La dégradation de l'accès au juge : des mesures propres à la Cour de cassation

- A. La procédure de non-admission des pourvois
- B. Suppression de la procédure sans représentation obligatoire

III. Conclusion et pistes de réflexions

- A. Un renforcement des contrôles
- B. Pour finir, trois propositions

Ce ne sont pas tant les avantages acquis ou les 35 heures qui plombent l'efficacité des entreprises, mais bel et bien le comportement des entreprises dans leur recherche du toujours plus de rentabilité, du toujours plus d'enrichissement pour l'actionariat et, parfois, l'enrichissement des dirigeants eux-mêmes, le tout au mépris de la considération des salariés et au détriment des coûts sociaux largement entendus en résultant par l'ensemble des effets induits. Le gouvernement du moment donnant plus ou moins son aval à ces comportements et ne cherchant jamais vraiment à les vaincre.

Cette note d'humeur n'est pas uniquement commandée par le rejet par le Conseil d'Etat du recours introduit contre la disposition phare du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 ayant modifié, en matière prud'homale, les règles de représentation devant la Cour de cassation. Cette note entend surtout poser l'exaspération qui ne peut que s'amplifier suite aux attaques permanentes contre les droits d'agir des parties au procès prud'homal, attaques dont tout le monde convient qu'elles ne gênent essentiellement que la partie salariée au procès, ce dont il ne faut pas s'étonner puisqu'elles sont précisément décidées dans ce but. Nous évoquerons rapidement, une première vague des difficultés existantes, concernant les freins à l'intervention des salariés, devant les juridictions du fond (2) (I). Nous aborderons ensuite une seconde vague de difficultés récentes, concernant les barrières à l'accès devant la Cour de cassation (II). L'ensemble de ces difficultés nous conduira à quelques réflexions et propositions complémentaires (III).

I. La dégradation de l'accès au juge : des mesures externes à la Cour de cassation

Au-delà de la difficulté certaine d'atteindre désormais la Chambre sociale de la Cour de cassation (v. II), il faut signaler la difficulté pour les salariés d'apporter la preuve devant la juridiction prud'homale (A) et évoquer également la question de la prescription qui pourrait (qui

va), dans un avenir proche, être encore plus défavorable aux salariés qu'elle ne l'est actuellement (B).

Nous ne traiterons pas ici de la question de l'unicité d'instance qui est aussi une règle dangereuse pour le salarié et pour laquelle il serait temps que le juge de cassation décide d'une évolution (3).

(1) Titre clin d'œil à un auteur : B. Chauvet, « La charge de la preuve en droit du travail : Une constante évolution en faveur du salarié », *Gaz. Pal.*, 1994, 1^{er} sem., doct., p. 792. S'il y a eu une telle évolution dans ce domaine, dans la dernière période c'est plutôt la régression qui est devenu la règle. V. en dernier lieu l'affirmation de la présomption de bonne foi contractuelle de l'employeur quant à ses décisions à l'égard du salarié ; cette solution fait désormais peser sur le salarié, l'administration de la preuve que la décision n'est pas prise dans l'intérêt de l'entreprise, ce qui est extrêmement difficile principalement pour les raisons expliquées *infra* I A (v. Cass. soc. 23 février 2005, n° 04-45.463, PBRI & n° 03-42.018 PBRI ; *JSL* 22 mars 2005, n° 164-4, note M.-C. Haller ; S. S. Lamy n° 1205, 7 mars 2005, p. 12, note F. C. ; *Dr. Ouv.* 2005, p. 213, note P. Moussy).

(2) Il n'est pas question ici d'être exhaustif sur les entraves rencontrées par les salariés dans l'accès à la justice ou pour faire valoir leurs droits, mais de pointer celles qui nous paraissent les plus criantes.

(3) V. Cass. soc., 12 novembre 2003, n° 01-41.901, *Bull. civ. V.*, n° 279 ; *Dr. soc.* 2004, p. 100, avis P. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 2004, p. 104, obs. M. Keller qui a maintenu, contre l'avis de l'Avocat général, une analyse on ne peut plus stricte de l'unicité d'instance. V. en dernier lieu un arrêt qui, on l'espère, annonce une évolution de la position de la Chambre sociale, Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.774 P (arrêt qui sera commenté dans cette revue dans une prochaine chronique de jurisprudence prud'homale). Sur l'ensemble de l'unicité d'instance, v. Lamy prud'hommes et notre étude 415.

A. La production des preuves

Nous nous sommes élevé contre les difficultés que rencontraient les salariés produisant des documents de l'entreprise à titre de preuves dans un procès prud'homal, l'employeur ayant parfois le réflexe de porter l'affaire sur le terrain pénal pour vol de documents (4). Plus récemment nous avons réagi (5) lorsque la jurisprudence de la Chambre criminelle s'est assouplie (si peu...) (6) tandis que celle de la Chambre sociale se durcissait (7).

Désormais, selon la formulation adoptée par les deux chambres, le prévenu, pour l'une, ou le salarié, pour l'autre, peut produire en justice « *les documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* » dès lors que ces documents sont « *strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense* ».

On voit toute l'inégalité des parties au litige, l'employeur pouvant, lui, présenter ou ne pas présenter toute pièce à sa convenance ; on voit encore toute l'inégalité entre les salariés eux-mêmes pour un litige reposant sur un fondement identique, les uns pouvant s'appuyer sur des documents dont ils auront eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, les autres ne pouvant rien prouver sauf à prendre le risque, s'ils sont en possession des documents utiles, de voir rejeter lesdits documents, voire à faire l'objet d'une action pénale pour vol.

Faute d'un sérieux assouplissement, visant l'accès des salariés aux preuves existantes dans l'entreprise, un grand nombre de litiges laisse le salarié sans armes, avec *in fine* l'impunité assurée de l'employeur (8). On peut citer pour exemple cette affaire dans laquelle le salarié a pu prouver que la rupture intervenue le dernier jour de l'essai était abusive, en présentant au juge prud'homal une note interne rédigée dès son embauche (note dont il n'avait pas eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions) et indiquant le caractère normalement temporaire de sa présence dans l'entreprise (9).

Il faut donc admettre largement en matière prud'homale la production des preuves de l'entreprise aux deux parties et, dans le même temps, tout faire pour que le juge prud'homal soit plus dynamique dans la recherche des preuves et plus offensif pour prononcer des mesures d'instruction.

B. La question de la prescription

« *Les auteurs d'ancien droit jugeaient unanimement que la prescription avait été établie pour le bien public, afin que les possesseurs de toute sorte ne fussent pas indéfiniment troublés dans la jouissance de leur bien* » (10). Rapportées au droit du travail, les règles de prescription en vigueur ont toujours cet effet, ne pas troubler indéfiniment l'employeur qui ne remplit pas les salariés dans leurs droits, alors qu'elles ont corrélativement pour effet de fixer durablement la violation de ces droits lorsque le salarié tarde à introduire une instance.

En droit du travail (11), les règles de prescription reposent pour l'essentiel, dans les relations individuelles de travail, sur deux durées : une prescription de cinq ans pour le paiement des salaires (12) et une prescription de trente ans pour les dommages et intérêts (13). Les frontières entre ces deux prescriptions ont, ces dernières années, évolué au bénéfice de la prescription quinquennale, et par contre coup, au détriment du salarié qui se trouve plus rapidement forclus dans ses droits (14). Selon le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation il s'agit d'une évolution conforme au droit européen qui conduit à tenir compte de « *l'évolution globalisante des diverses contreparties d'un travail salarié, dont finalement le salaire stricto sensu n'est qu'un élément parmi d'autres* » (15). Néanmoins, la Chambre sociale préserve la prescription trentenaire en matière de dommages et intérêts en réparation de mesures discriminatoires relatives à l'évolution de carrière des salariés investis d'un mandat représentatif (16).

(4) V. notre ouvrage, *Preuve et instance prud'homale - À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit social », 2002, 679 p., préf. S. Hennion-Moreau, spéc. § 98.

(5) Notre chronique « Vol de documents, mais Hold-up sur les droits d'agir. À propos des arrêts consensuels de la Chambre criminelle et de la Chambre sociale et de la Cour de cassation », *JSL* 7 décembre 2004, n° 157, p. 4.

(6) Cass. crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254 & n° 03-85.521 ; *Juris. Hebdo*, n° 873, 5 juillet 2004, p. 1 ; *JSL* 20 juillet 2004, n° 149-2, note M. Hautefort ; J.-M. Miglietti, « Le vol de documents en vue d'une instance prud'homale », *S.S. Lamy* n° 1173, 14 juin 2004, p. 6 ; *JCP* 2004 éd G, II, 10124 & *JCP* 2004, éd. E, 1345, note C. Girault ; *D.* 2004, p. 2326, note H. Kobina Gaba ; *Dr. Ouv.* 2004, p.558 n. R. Marié ; *RJS* 8-9/04, n° 887.

(7) Cass. soc. 30 juin 2004, n° 02-41.720, *PBRI* ; *Juris. Hebdo*, n° 873, 5 juillet 2004, p. 3 ; *JCP* 2004, préc., note C. Girault ; *Dr. Ouv.* 2004, p.558 préc. ; *RJS* 10/04, n° 1009.

(8) Nous avons précisé, entre autres, dans notre chronique précitée que « l'entreprise ne doit plus être une sphère partielle », le litige naît dans l'entreprise l'accès aux preuves doit être égal aux deux parties au litige.

(9) Cass. soc., 5 octobre 1993, n° 90-43.780, *Bull. civ. V*, n° 223 ; *D.* 1994, *Somm.*, p. 304, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 11/93, n° 1068.

(10) G. Leyte, « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français (XVI^e et XVII^e siècle) », *Droits*, 2000, n° 31, p. 3.

(11) V. F. Dumont, « Les prescriptions en droit du travail : éléments de réflexion sur l'analyse de la prescription », *JCP S*, 2006, 1747.

(12) Art. 2277 C. civ. et art. L. 143-14 C. trav.

(13) Art. 2262 C. civ.

(14) V. Cass. soc., 13 janvier 2004, n° 01-47.128 *Bull. civ. V*, n° 2 qui précise que la prescription quinquennale s'applique à toute action engagée à raison des sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail et donc aux sommes dues en compensation de l'absence de prise de jours de repos.

(15) P. Sargos, « Étendue et limites de la prescription quinquennale », *S. S. Lamy* n° 1208, 29 mars 2005, p. 5. V. Cass. soc., 15 mars 2005, n° 01-44.379 *PBRI*, *S.S. Lamy* préc. p. 11. Plus récemment v. Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-48.687 P (pour des indemnités kilométriques et de repas), *JCP S*, 2006, 1693, note P.-Y. Verkindt.

(16) La Cour s'appuie pour ce faire sur le quatrième alinéa de l'article L. 412-2 C. trav. : Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.560, *PBRI*, *S. S. Lamy* préc., p. 11 ; *JCP E*, 2006, 1222, note H. Duval. En 2003, une proposition de loi visait à fixer au cas

Par touche successive, le législateur a, dans la dernière période, incorporé quelques dérogations à cette distinction duale de la prescription. Il l'a fait tout d'abord, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement pour motif économique, en ramenant le délai de prescription à un an à compter de la notification de la rupture (17). Il l'a fait ensuite, pour toute contestation portant sur la rupture du contrat nouvelles embauches, en adoptant le même délai de prescription d'un an à compter de l'envoi de la lettre recommandée (18). Dans ces deux cas, prenant en compte l'exception à la règle générale, le législateur a précisé que ce délai de prescription d'un an n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement.

Face à la réticence des juges à bousculer trop fortement la distinction salaires et dommages et intérêts, « c'est donc par la voie législative que certains représentants patronaux tentent désormais d'obtenir la modification des règles de prescription afin de limiter le montant des réparations indemnitaires » (19). Le rapport de Virville s'est clairement montré, sur ce point, comme un relais efficace de ces demandes patronales, puisque dans sa neuvième proposition, le rapport recommande « de généraliser la règle de prescription de cinq ans applicable aux demandes de salaires et assimilés, à toutes les actions visant au paiement de sommes dues en contrepartie de l'exécution de la prestation de travail » et pour les actions indemnitaires de substituer à la prescription trentenaire « un délai de prescription intermédiaire de dix ans » (20).

Un projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription a été présenté au garde des sceaux le 22 septembre 2005 (21). Ce rapport préconise, d'une part, de fixer la prescription générale à trois ans (22) et, d'autre part, de fixer une prescription décennale pour la réparation de préjudices corporels ou causés par des actes de barbarie (23). Un projet de loi de simplification du droit présenté en Conseil des ministres le 12 juillet 2006 vise à autoriser le gouvernement à modifier les règles de prescription du Code civil (24). Ce projet revient quelque

peu sur les préconisations du rapport de septembre 2005. Ainsi, pour ce qui touche au droit du travail, d'une prescription trentenaire on passerait à une prescription décennale, et serait unifié à cinq ans le délai de prescription des actions en paiement des salaires et des actions en répétition correspondantes. Faut-il comprendre que le projet de loi de simplification du droit, maintiendrait la prescription de cinq ans dans l'attente de présenter la réforme spécifique du Code civil qui ferait passer cette prescription à trois ans, ou faut-il comprendre qu'il est dans l'intention du législateur d'enterrer le projet de 2005 et de maintenir la prescription à cinq ans en matière de salaire ?

En matière sociale, des auteurs avançaient il y a déjà vingt ans, pour justifier un délai de prescription réduit, que « l'accumulation de salaires arriérés, surtout s'ils concernent un groupe important de travailleurs, peut être redoutable pour l'entreprise » (25). Si le délai de prescription des salaires devait être réduit à trois ans cela deviendrait alors redoutable pour les salariés, créant un véritable naufrage sans précédent pour leurs droits. Ces projets qui ne font pas l'objet d'une publicité débordante dans la sphère sociale, sont fort heureusement portés sur la place publique par quelques auteurs (26). Il serait urgent que les organisations syndicales représentatives ne s'expriment pas seulement en coulisses et portent la protestation haut et fort.

Suite au discours sur la modernisation du dialogue social, prononcé par le Président de la République devant le Conseil économique et social le 10 octobre 2006, ces projets de réforme de la prescription devraient logiquement être portés devant les partenaires sociaux avant toute décision. En effet, le Président a fait part d'une règle nouvelle qui a été comprise comme ayant valeur d'engagement à effet immédiat ; selon le Président « il ne sera plus possible de modifier le Code du travail sans que les partenaires sociaux aient été mis en mesure de négocier sur le contenu de la réforme engagée. Et aucun projet de loi ne sera présenté au parlement sans que les partenaires sociaux soient consultés sur son contenu » (26 bis). Si les deux projets de réforme de la prescription

précis de cette discrimination le délai de prescription à cinq ans (proposition de loi n° 1140, Assemblée nationale). V. P.-Y. Verkindt, « Regards sur la discrimination syndicale », *JSL* 2 septembre 2005, n° 173, p. 2.

(17) Art. L. 321-16 C. trav. L'action en dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse reste prescrite par trente ans.

(18) Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » *JO* n° 179 du 3 août 2005 page 12689. La même disposition était prévue dans feu le CPE (v. art. 8 II annulé de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances).

(19) M. Grévy, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. Ouv.* 2006, p. 114., spéc. p. 115.

(20) Rapport de Virville, *Pour un Code du travail efficace*, 15 janvier 2004. Sur ce rapport v. MF. Bied-Charreton et P. Rennes, *Dr. Ouv.* 2004, p. 161.

(21) Rapport présenté par P. Catala ;

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf>

(22) Art. 2274 C. civ. nouv., rapp. p. 206.

(23) Art. 2275 C. civ. nouv., rapp. p. 206.

(24) Projet de loi de simplification du droit, n° 462, <http://www.senat.fr/leg/pjl05-462.html>, *Liaisons soc.* 4 septembre 2006, doc. V n° 799.

(25) J. Rivero & J. Savatier, *Droit du travail*, 9^e éd., PUF « Coll. Thémis », Paris, 700 p, spéc. p. 686.

(26) V. M. Grévy préc. ; v. en dernier lieu, Y. Saint-Jours, « Quid des salaires dans l'avant projet de réforme du droit de la prescription », *Dr. Ouv.* 2006, p. 518.

(26 bis) Le 26 octobre 2006, le gouvernement a transmis aux partenaires sociaux *Le projet de loi de modernisation du dialogue social* (Bref soc. n° 14736, 30 octobre 2006 ; *S.S. Lamy* n° 1281, p. 2).

concernent au premier chef le Code civil, il n'en reste pas moins que par contrecoup ils ont une incidence directe sur l'article L. 143-14 du Code du travail et, à ce titre, la négociation sociale préalable, promise au plus haut niveau de l'Etat, s'impose.

Il n'est nullement contesté que le salarié prend un risque important à faire valoir ses droits en cours de contrat de travail, dès lors que le droit d'agir en justice est loin d'être protégé, si ce n'est en matière de discrimination (27) ; ceci explique que l'action prud'homale soit essentiellement une action post-rupture. Si, de plus, la prescription sur les salaires est abaissée à trois ans il n'y aura plus grand chose à réclamer devant le juge. Partant du constat de la difficulté pour le salarié d'agir, difficulté que l'on peut assimiler à une impossibilité morale d'agir, nous avons eu l'occasion de préconiser, relativement à la prescription en matière salariale, un doublement de ce délai, soit dix ans (28). Les salariés changeant plusieurs fois d'employeur au cours de leur carrière, un tel délai améliorerait les chances d'avoir encore quelque chose à réclamer après la rupture. Il nous semblait donc que « plus

le délai de prescription sera long, moins les salariés seront pénalisés par le retard à agir que le lien de subordination leur impose » (29).

Cependant, la proposition d'Yves Saint-Jours en réaction au projet de réforme du Code civil sur la réduction de la prescription générale à trois ans, emporte notre totale adhésion. Selon cet auteur une réduction du délai de prescription devrait s'accompagner d'une neutralisation de ce délai tant que le salarié resterait dans un état de subordination juridique à l'égard de son employeur débiteur (30). Admettre cette solution aurait pour effet de faire courir les délais de prescription à compter de la rupture et non plus à compter du moment où l'obligation réclamée était due. Dans le même temps, cette solution aurait pour effet salutaire de contrer les stratégies des employeurs qui, sciemment, violent leurs obligations à l'égard des salariés, en comptant à la fois sur leur inaction judiciaire en cours de contrat de travail et sur l'écoulement bienfaiteur du temps. En définitive ce n'est donc pas tant le délai de prescription qui importe que son point de départ.

II. La dégradation de l'accès au juge : des mesures propres à la Cour de cassation

Deux mesures ont successivement atteint le droit du justiciable social à voir son affaire soumise à la Chambre sociale de la Cour de cassation. La charge a été initiée tout d'abord par une loi du 25 juin 2001, loi ayant introduit la procédure de non-admission des pourvois (31) (A). Puis elle a été amplifiée par une volte face concernant la dispense de représentation obligatoire devant la Chambre sociale pour les affaires relevant de litiges prud'homaux (B).

Nous n'aborderons pas ici la question de la détestable méthode d'une cassation sans renvoi (32) visée à l'article 627 NCPC, et qui, dans une certaine mesure, atteint les droits d'agir après cassation en privant la partie

perdante du droit de faire réexaminer son affaire sous un autre angle (33).

A. La procédure de non-admission des pourvois

La loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 (34) a, par son article 27, modifié l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire (35) en posant une procédure de non-admission des pourvois en cassation. Selon cette procédure, la formation de trois magistrats de la chambre ayant reçu l'affaire « déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation ». Dans un premier bilan, présenté six mois après la mise en place de la mesure, le premier président de la

(27) V. M. Grévy, préc., p. 114.

(28) V. notre ouvrage, *Preuve et instance prud'homale*, préc., § 720.

(29) *Op. cit.*, § 784.

(30) Y. Saint-Jours, *Dr. Ouv. préc.*, p. 520.

(31) Certes, cette procédure concerne les affaires présentées devant toutes les chambres de la Cour de cassation, mais compte tenu de la masse du contentieux social, le justiciable social se retrouve au premier plan pour pâtir de cette mesure.

(32) Selon l'expression de A. de Senga, *Dr. Ouv.* 2006, p. 492, note sous Cass. soc., 18 janvier 2006, Sogara (Carrefour) c/Aguion et a.

(33) V. P. Darves-Bornoz, « En marge des arrêts "Pages Jaunes" », *Dr. Ouv.* 2006, p. 387, spéc. II *Les dommages collatéraux* p. 389. L'auteur aborde cette question de la procédure de cassation sans renvoi. Pour cet auteur, que nous approuvons, l'augmentation du recours à cette technique, montre une « volonté d'évacuer le contentieux, de solutionner définitivement les litiges et de gagner du temps », ce qui ne peut

se faire « qu'au détriment de la qualité » (*op. cit.*, p. 390). Pour un autre auteur, cette procédure est « susceptible d'engendrer des inégalités [...] qui pourraient être sanctionnées par la Cour de Strasbourg sur le fondement du principe de l'égalité des armes », F. Luxembourg, « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, chr., p. 2358. Sur cette procédure v. aussi M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP G*, 2001, I, 347. Adde, M. Keller, « Licenciement économique, cassation sans renvoi, unicité de l'instance prud'homale : une mauvaise rencontre », *Dr. soc.*, 2006, p. 1010.

(34) Loi relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *JO* du 26 juin 2006, p. 10119. A. Perdriau, « La non-admission des pourvois », *JCP G*, 2002, I, 181 – Tricot, *JCP G*, 2004, I, 108.

(35) Suite à l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 (*JO* du 9 juin 2006, p. 8710) ayant refondu la partie législative du Code de l'organisation judiciaire, cet article L. 131-6 fait partie de ceux qui restent en vigueur dans l'attente de la partie réglementaire.

Cour de cassation entendait, en conclusion, montrer que « la Cour de cassation entend faire un usage prudent, rationnel, contrôlé et progressif de la procédure d'admission » (36). Il tentait ensuite de rassurer en précisant que « la sélection instaurée par la mesure nouvelle ne vise ni à une élimination massive des pourvois, ni à une transformation radicale de la Cour de cassation mais à une utilisation optimale des moyens de la justice à des fins correspondant exactement à la fonction d'une juridiction du droit ».

Dans cette conclusion on peut relever qu'y est clairement annoncé « un usage progressif de la procédure d'admission » ainsi qu'une utilisation de la procédure visant à préserver « une utilisation normale des moyens de la justice ». Cette conclusion ne montre donc qu'un souci pour la juridiction, en négligeant le souci de ceux pour qui se justifie la juridiction. Pour ce qui est de « l'usage progressif », il apparaît à la lecture des statistiques sur les pourvois non-admis, publiées dans le dernier rapport de la Cour de cassation, que la progressivité dont il s'agit soit plutôt synonyme de productivité (37) ; ceci n'a d'ailleurs pas échappé au journal satirique national de référence qui a épinglé sur ce point la prestigieuse Cour (38).

Quoi qu'il en soit des critiques sur cette procédure de non-admission devant la Cour de cassation, la Cour de Strasbourg avait déjà eu l'occasion de préciser, au sujet de la procédure de non-admission en vigueur devant le Conseil d'Etat depuis 1987, qu'un filtrage des pourvois en cassation, ne présente aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors que les mesures prises « doivent poursuivre un but légitime et ne doivent pas restreindre ni réduire l'accès ouvert à un individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même » (39). La CEDH a eu, depuis, l'occasion de réaffirmer que la

procédure de non-admission était conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à propos de critiques portant sur la question du défaut de motivation des décisions de non-admission (40). Mais, au vu des statistiques rapportées par le rapport précité, la donne n'aurait-elle pas changé ? Ces statistiques montrent une élimination massive des pourvois ce qui a bien pour effet de restreindre l'accès à la Chambre sociale à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (41).

Admettons maintenant, que la procédure de non-admission des pourvois ne soit pas qu'une question de régulation du flux des pourvois sous un enrobage juridique convenu, et supposons que tout plaideur a la capacité financière pour accéder à un avocat aux Conseils (42). Il y a fort à parier que la procédure de non-admission suivra son bonhomme de chemin sans décroître ; et si, dans cette même hypothèse, le recours à un avocat aux Conseils venait vraiment à faire chuter le taux de non-admission, gageons que le flux des affaires se maintenant, voire augmentant, il serait rapidement recherché d'autres moyens de procédure pour entraver les citoyens salariés dans leur accès au juge (43).

Abordons cette question sous un autre angle : les tenants de la représentation obligatoire (44), suivis en cela par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'avril 2006 (44 bis), soutiennent que les garanties de compétences offertes par l'auxiliaire de justice renforcent le caractère effectif du droit au recours ; dans ces conditions aucun pourvoi présenté par un avocat aux Conseils ne devrait se voir frappé d'une procédure de non-admission, sauf à imputer, après coup, la faute à son client qui ne l'a pas écouté... ou imputer la faute à la Cour de cassation qui déclare abusivement des non-admissions de pourvois. Quoiqu'il en soit des arguments qui seront développés, il

(36) G. Canivet, « Bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire », *D.* 2002, Chr., p. 2195. Alors que la loi envisage une procédure de « non-admission », il est troublant que le premier président évoque quant à lui une « procédure d'admission ». Il nous semble que cela n'est pas tout à fait la même chose quant à l'objectif : dans le premier cas c'est la non-admission qui est l'exception, dans le second cas ce serait l'admission qui deviendrait l'exception... Espérons qu'il ne s'agisse pas ici d'un lapsus révélateur du véritable objectif de la procédure de non-admission.

(37) En 2005, le taux de cassation est de 23%, le taux de rejet est de 32% et le taux de non-admission s'élève à 45%. Selon le commentaire, ce chiffre élevé « peut ainsi être rapproché du nombre des affaires sans représentation obligatoire et des mémoires personnels élaborés par des non spécialistes de la technique de cassation, plus exposés au risque du prononcé d'une décision de non-admission ou de rejet » (Cour de cassation, Rapport annuel 2005, La Documentation française, 2006, 538 p., spéc. p. 447).

(38) V. « Les poubelles de la Cour de cass' », *Le Canard Enchaîné*, n° 4464, 17 mai 2006, p. 4.

(39) CEDH, 9 mars 1999, Req. 38748/97, SA Immeuble Groupe Kossier c/France. V. A. Perdriau, La loi organique du 25 juin 2001 et la Cour de cassation », *JCP E*, 2001, act., p. 1658 *in fine* ; v.

aussi G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP G*, 2001, I, 361, spéc. § 8.

(40) CEDH, 28 janvier 2003, Burg c/ France, Req. n° 34763/02 ; CEDH, 24 juin 2003, Stepinska c/ France, Req. 1814/02.

(41) Sur cette question v. encore P. Darves-Bornoz, préc., spéc. p. 389.

(42) Nous abordons la question de la représentation obligatoire *infra*.

(43) Sans aller jusqu'à proposer un tirage au sort, nous pouvons proposer quelques pistes : moduler l'accès à la Cour de cassation selon l'enjeu financier de l'affaire, en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, en fonction de la taille de l'entreprise, etc.

(44) Il faut se féliciter de ce qu'un avocat aux Conseils ait affirmé dans le dernier numéro de la présente revue que son cabinet « n'a jamais été favorable à l'instauration d'un monopole des avocats à la Cour de cassation en matière prud'homale, cette mesure étant ouvertement destinée à restreindre l'accès au juge de cassation », *Dr. Ouv.* 2006, p. 521. D'autres avocats aux Conseils font savoir, ici ou là, qu'ils n'ont surtout pas été demandeurs à la réforme, néanmoins il ne semble pas qu'ils se soient manifestés pour s'opposer au moment où le projet était dans le débat...

(44 bis) Reproduit p. 572.

nous semble que, dès lors qu'un avocat aux Conseils accepte une affaire, c'est qu'il est en mesure, non pas de gagner l'affaire, mais pour le moins de présenter un pourvoi recevable. Le pourvoi frappé de non-admission dans cette condition de représentation, devrait alors permettre d'envisager une action en responsabilité contre le professionnel (45).

B. Suppression de la procédure sans représentation obligatoire

L'article 35 de la loi des 27-28 mars 1907 (46), reproduction littérale de l'article 4 de la loi du 15 juillet 1905 (47), pose les conditions de recours en cassation en matière prud'homale. Depuis, le recours en cassation selon la procédure sans représentation obligatoire était la règle. En avant dernier lieu, c'est l'article R. 517-10 du Code du travail qui régissait les règles de représentation à l'occasion d'un pourvoi : « en matière prud'homale le pourvoi en cassation est formé, instruit et jugé suivant la procédure sans ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation » (48). Chaque partie pouvait donc comparaître en personne ou se faire représenter selon les dispositions de l'article R. 516-5 du Code du travail.

Mais de fortes pressions ont progressivement envahi l'espace judiciaire pour que soit abandonnée cette particularité prud'homale. Ainsi, une partie des commentateurs appelait à une réforme de la représentation devant la Cour de cassation (49). Le premier président de la Cour de cassation lui-même appelait à « généraliser à toutes les matières le principe de la représentation obligatoire par un avocat aux Conseils » (50), au motif que les statistiques prouvaient que les chances de gagner un procès devant la Cour de cassation étaient bien moindres si l'on n'était pas représenté par un spécialiste. À ce raisonnement, il faut rétorquer, sans impertinence aucune, que, d'une part, la probabilité de gagner un procès est toujours d'une chance sur deux quelles que soient la juridiction et le mode de

représentation et que, d'autre part, les chances de gagner un procès deviennent irrémédiablement nulles dès lors que la partie dépourvue de l'argent nécessaire pour l'exercice du recours, est confrontée à un obstacle infranchissable pour saisir la Cour de cassation.

Dans son rapport annuel au titre de 1999, la Cour de cassation, en osmose avec la préoccupation de son président, soulevait le manque de pertinence de certains pourvois formés devant elle et qui, de fait, encombrant inutilement la juridiction. Elle suggérait, dans ce rapport, d'améliorer l'information des justiciables, pour qui la Cour est considérée comme un troisième degré de juridiction : « Il est suggéré d'ajouter à l'article 680 du nouveau Code de procédure civile un paragraphe 2 précisant, lorsqu'il s'agit de la notification d'un jugement rendu en dernier ressort : que le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire, qui n'a pas pour but de faire rejurer l'affaire au fond, mais seulement de faire sanctionner la violation des règles de droit et de procédure ; que le pourvoi ne dispense pas d'exécuter la décision attaquée, l'affaire pouvant même être retirée du rôle de la Cour de cassation en cas d'inexécution, dans les conditions prévues à l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile » (51).

Finalement, le pouvoir réglementaire n'a pas choisi la voie du conseil et de l'information, mais celle d'une réforme radicale. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, a conduit à la suppression de la procédure sans représentation obligatoire en matière prud'homale, suppression tant redoutée dans les milieux prud'homaux (52). L'article R. 517-10 du Code du travail précité a été tout simplement abrogé. Le pourvoi en cassation d'une décision du juge du fond prud'homal passe désormais par le droit commun du nouveau Code de procédure civile (53) : le recours au ministère d'un avocat aux Conseils est dès lors obligatoire (54).

Saisi d'un recours de la CGT, le Conseil d'Etat a rejeté la requête en annulation des articles 39 à 43 du décret

(45) V. CE 5 juillet 2006, n° 275637, Hudelot, R. Pour le Conseil d'Etat la perte d'une chance sérieuse d'obtenir satisfaction est un préjudice suffisamment certain. En serait-il ainsi d'une non-admission d'un pourvoi rédigé par un professionnel ?

(46) DP 1907, 4, p. 89.

(47) DP 1905, 4, p. 79.

(48) Art. issu du décret n° 74-783 du 12 septembre 1974.

(49) A. Perdriau, « La "duperie" que constituent les facilités données pour accéder à la Cour de cassation », JCP G 1997, I, 4063.

(50) P. Truche, « Le pourvoi en cassation doit demeurer une voie de recours extraordinaire », *Petites affiches*, 31 mars 1999, n° 64, p. 3.

(51) *Cour de cassation, Rapport annuel 1999*, La documentation française, 2000.

(52) Le Conseil supérieur de la prud'homie a protesté à l'unanimité le 1^{er} mars 2004 contre ce projet.

(53) Art. 973 s. NCPC.

(54) Pour une critique de cette réforme, voir Y. Saint-Jours, « Haro sur la représentation et l'assistance syndicales en matière prud'homale », *Dr. Ouv.* 2004, p. 349 ; P. Tillie « Le "décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile" et ses effets sur la procédure prud'homale et l'accès à la justice », *Dr. Ouv.* 2005, p. 13 ; adde M. Cohen, « Derniers projets Raffarin pour freiner l'accès à la justice », *RPDS* 2004, p. 219. Il faut rappeler que le même décret a permis à la partie condamnée en première instance de contester devant le président de la Cour d'appel l'exécution provisoire de droit (art. 524 NCPC), mesure allégrement sollicitée par l'employeur succombant et trop facilement acceptée par le juge ; v. notre chronique : « L'exécution provisoire de plein droit en matière prud'homale : une mort par ordonnances (en illustration CA Nancy 3 novembre 2005) », *JSL* 2006, n° 185, p. 4. Cette mesure a été prise en contradiction avec les préconisations du Rapport Magendie (Célérité et qualité de la justice, 15 juin 2004, p. 201), qui au contraire appelait une exécution de plein droit pour la totalité des jugements de première instance.

incriminé, articles relatifs à la représentation obligatoire en cassation (55). Le Conseil d'Etat décide, d'une part, que le gouvernement compétent pour édicter les règles fixant la procédure devant les juridictions civiles dans l'exercice de sa compétence, doit se conformer tout à la fois aux règles et principes de valeur constitutionnelle, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux introduits dans l'ordre juridique interne ; il décide, d'autre part, que les dispositions contestées, qui mettent fin à des dispenses de ministère d'avocat devant la Cour de cassation, ont pour objet tant d'assurer aux justiciables la qualité de leur défense que de concourir à une bonne administration de la justice en imposant le recours à des mandataires professionnels offrant des garanties de compétence ; qu'eu égard à l'institution par le législateur d'un dispositif d'aide juridictionnelle, l'obligation du ministère d'avocat ne saurait être regardée comme portant atteinte au droit constitutionnel des justiciables d'exercer un recours effectif devant une juridiction ; qu'elles ne sont pas davantage contraires à un principe de libre choix du mode de défense en matière prud'homale.

Deux brèves observations sur cette motivation.

Observation, en premier lieu, sur la compétence pour fixer les règles de procédure civile.

Dans son recours, la CGT réfutait la compétence du pouvoir réglementaire à modifier de la sorte la représentation devant la Cour de cassation, en faisant valoir que, au fil des réformes, c'est toujours la loi qui a posé en matière prud'homale la représentation devant la Cour de cassation (56). Mais le Conseil d'Etat balaye cette argumentation, et reconnaît la compétence au pouvoir réglementaire pour substituer aux modes de représentation alternatifs, la seule représentation par un avocat aux Conseils. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement précisait que « *la seule lecture de l'article 34 de la Constitution montre que les règles de procédure contentieuse relèvent du pouvoir réglementaire à la seule exception de la procédure pénale* ».

Soit, mais alors nous ne pouvons, à ce stade, éviter d'évoquer un autre arrêt du Conseil d'Etat datant de 2001, arrêt qui conduit à pointer un paradoxe dans les règles de compétence pour déterminer les modes de représentation devant les juridictions. On se souvient qu'en 1998, un

décret portant réforme de la procédure civile (57) avait modifié la liste des personnes pouvant représenter et assister une partie au litige devant le juge d'instance et devant le juge de l'exécution en étendant cette faculté au concubin (58). Or, le barreau du Mans voyant certainement poindre un risque d'effritement des chiffres d'affaires était monté au créneau, argumentant que seul le pouvoir législatif pouvait intervenir dans le domaine de la représentation devant les juridictions visées par le décret. Le Conseil d'Etat, saisi du recours en annulation, donna gain de cause au barreau du Mans en annulant la disposition litigieuse (59). Pour ce faire, le Conseil d'Etat, s'appuyant sur l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, décide que la modification des modes de représentations en cause relevait du pouvoir législatif.

A la lecture des deux arrêts, on serait donc tenté de conclure que lorsqu'il s'agit d'assouplir les règles de représentation pour faciliter l'accès au juge, seul le législateur peut en décider, et que lorsqu'il s'agit de renforcer le monopole corporatiste entravant l'accès au juge, le pouvoir réglementaire a toute autonomie. Il y aurait à l'évidence nécessité de rendre cohérente les règles de compétence, car le justiciable salarié pourrait bien avoir le sentiment que ces règles agissent systématiquement à son détriment.

Observations, en second lieu, sur l'aide juridictionnelle et le filtrage de la demande de cette aide.

Pour que l'obligation de représentation par avocat devant la Cour de cassation ne pénalise pas outre mesure les salariés, une réorganisation de l'aide juridictionnelle serait pour le moins la bienvenue, même si dans son arrêt du 6 avril 2006 le Conseil d'Etat semble trouver le dispositif actuel satisfaisant. Le Conseil d'Etat énonce en effet « *qu'eu égard à l'institution par le législateur d'un dispositif d'aide juridictionnelle, l'obligation du ministère d'avocat ne saurait être regardée comme portant atteinte au droit constitutionnel des justiciables d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

Cette motivation est en complet décalage avec la réalité. En effet, la réalité est que nombre de salariés sont désormais contraints, pour raison financière, d'abandonner tout projet de recours en cassation. Ceci

(55) CE, 6 avril 2006, 6^e et 1^{re} sous-sect., n° 273311, CGT, reproduit ci-après p. 572.

(56) V. le mémoire sur ce recours, *Dr. Ouv.* 2005, p. 387.

(57) Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile, *JO* 30 décembre 1998.

(58) V. notre chronique : « Procédure prud'homale et concubin : une mise en ménage difficile », *JCP E*, 1999, p. 755.

(59) CE, 6^e et 4^e sous-sect., 6 avril 2001, n° 205136, *ASH* 31 août 2001, n° 2226, p. 17 ; *Gaz. Pal.*, 14 avril 2001, p. 43 ; *Procédures*, mai 2001, p. 3, obs. H. Croze ; R. Martin, *JCP* 2001, éd. G. I, 348, § 11 ; *JCP E*, 2001, p. 2059, notre note. Hasard troublant du calendrier l'arrêt qui rejette le recours de la CGT est rendu à la date anniversaire de cet arrêt de 2001... V. *JO* du 12 juillet 2001, p. 11141 qui en tire toutes les conséquences.

n'est pas sans faire des heureux, tout d'abord la Cour de cassation elle-même, dès lors que l'effet direct sera d'entamer le « flux de dossiers indignes » (60) et bien évidemment les employeurs : s'ils ont gagné devant le juge du fond ils ont moins à craindre d'un pourvoi et s'ils ont perdu devant le juge du fond, le salarié est tout autant paralysé pour répliquer au pourvoi qu'on lui opposerait (61).

L'interdit, de fait, de la possibilité d'introduire son pourvoi, ou de contrer celui introduit par l'employeur, soi-même ou grâce à l'appui d'une organisation syndicale ou d'un avocat ordinaire, ne permet donc plus aux salariés d'obtenir la cassation de leur arrêt d'appel comme cela arrivait dans des cas plus nombreux que ceux qui prônaient la réforme voulaient bien l'admettre. En outre, ceux qui sollicitent l'aide juridictionnelle se voient imposer préalablement à la décision un premier filtrage par l'analyse du sérieux de leurs moyens. Or, ce filtrage apparaît parfois d'un niveau de qualité moyen, manquant

lui-même de sérieux ; nous ne développerons pas ici plus avant ces situations, il suffit, pour des cas ordinaires, de se reporter aux exemples parus au *Droit Ouvrier* et référencés en note (62).

Si beaucoup s'accordaient à convenir que la réforme de la représentation en matière sociale devait pour le moins s'accompagner, en contrepartie, de la réforme du régime d'aide juridictionnelle afin qu'il ne puisse pas être soutenu que l'accès au juge de cassation serait soumis à des considérations d'ordre financier, force est de constater que cette réforme fait aujourd'hui défaut et conduit à conclure que la suppression de l'article R. 517-10 du Code du travail ne portait pas sur l'amélioration de la technique des pourvois, mais bien sur le traitement comptable du nombre de pourvois (63).

Il faut maintenant attendre l'issue des recours devant la CEDH. En effet des requêtes ont été déposées fin septembre 2006 devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation du droit à l'accès au juge (64).

III. Conclusion et pistes de réflexions

A. Un renforcement des contrôles

En 2001, un magistrat estimait que « *De sérail de juristes distingués (sic), la Cour de cassation s'est transformée en usine de production d'arrêts* » (65). Si la progression des pourvois est incontestable, est-ce une raison suffisante, sous couvert de procédures juridiquement (in)correctes, pour freiner à outrance l'accès à la juridiction chargée de dire le droit ? S'attaquer aux dysfonctionnements (66) constatés en fin de la chaîne judiciaire ne résoudra pas les dysfonctionnements qui sont la cause même de la saisine des juridictions en début de chaîne.

En effet, et en plagiant l'expression précitée, si de sérail d'entrepreneurs distingués, les entreprises n'étaient pas devenues des usines à produire du non-droit, il n'y aurait pas autant d'afflux, tant devant les juges du fait que devant le juge du droit (67). En fait, ce n'est pas tant les moyens de la justice qui sont en cause (68) que le manque de moyens des organes de contrôle en amont, organes qui mériteraient une plus grande attention de la part des pouvoirs publics. Au contraire, l'on constate plutôt l'adoption de mesures ne permettant pas l'éclosion de ces organes de contrôle ou de mesures entraînant la diminution de leurs moyens et/ou de leurs

(60) J.-F. Burgelin, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, Point de vue, p. 932.

(61) Le salarié défendeur a l'obligation de constituer avocat, art. 980 NCPC. Ce qui peut laisser place à des pourvois introduits par l'employeur dans le but de nuire au salarié, dès lors que c'est l'entreprise qui finance les frais de justice (v. *infra* nos propositions).

(62) V. « Représentation obligatoire des salariés devant la Cour de cassation par des avocats aux Conseils », *Dr. Ouv.* 2004, p. 553 ; v. note A. de Senga, sous Cass. soc., 22 février 2006, *Dr. Ouv.* 2006, p. 443, *adde* réaction à cette note de la SCP Didier-Parmentier, avocats à la Cour de cassation, *Dr. Ouv.* 2006, p. 521.

(63) Le Conseil national des barreaux a, dans un communiqué du 14 octobre 2006, prôné une réforme globale du système de l'aide juridictionnelle. Mais il faut craindre qu'il s'agisse ici plus d'une demande corporatiste visant à l'amélioration de leur propre rémunération, que d'une action visant à l'amélioration de l'accès des citoyens à la justice.

(64) Requête déposée tant à l'initiative de salariés (v. *L'Humanité*, 6 octobre 2006 ; S.S. Lamy n° 1279, p. 5.) que par la CGT (v. *Bulletin Le droit en Liberté*, octobre 2006).

(65) J.-F. Burgelin, préc.

(66) Si tant est qu'il faille qualifier de dysfonctionnement le fait que les citoyens puissent accéder en masse à la justice...

(67) Pour ne s'en tenir qu'à un nombre restreint d'exemples récents : v. la "séquestration" des salariés chez Leclerc à Montbéliard pour échapper au contrôle de l'Inspection du travail (*L'Humanité*, 29 septembre 2006) ; v. la précarité à Radio France (*Le Canard Enchaîné*, n° 4475, 2 août 2006, p. 4), v. encore en matière de recours abusifs aux CDD : La Poste qui a toutes les chances d'entrer au Guinness Book après une condamnation, le 28 septembre 2006, par le Conseil de prud'hommes d'Albi suite à 594 CDD en dix-neuf ans d'activité et la Sté d'autoroute Paris Rhin Rhône qui, en septembre 2006, fait l'objet de recours par cinq salariées pour des cumuls de 140 à 278 CDD (*L'Humanité*, 29 septembre 2006) ; v. aussi, toujours pour 104 CDD successifs dans la société des autoroutes du Sud de la France, Cass. soc., 26 janv. 2005, *Dr. Ouv.* 2005 p. 396 et 435, etc., etc. Sans compter la montée en puissance du harcèlement moral et/ou des atteintes à la dignité des salariés... V. un ouvrage récent qui aborde ce terrain : M. Miné et S. Allemand, *Siffler en travaillant ? Les droits de l'homme au travail : un état des lieux*, 2006, éd. Le cavalier bleu, Coll. « Libertés plurielles », préf. G. Fraisse.

(68) V. P. Darves-Bornoz, pour qui « Les chiffres relatifs à la gestion des stocks judiciaires sont toujours impressionnants. Les replacer dans le contexte social permet de les relativiser », *op. cit.*, p. 390, *in fine*.

prérogatives, quand ce ne sont pas des mesures portant atteintes au bon fonctionnement de la juridiction prud'homale elle-même (69).

Amélioration du contrôle, tout d'abord, en favorisant l'effectivité d'implantation des institutions représentatives du personnel. Les institutions représentatives du personnel jouent un rôle important dans le contrôle de l'application des normes collectives. Il faut donc chercher à favoriser leur implantation, ce qui est loin d'être le cas actuellement, dès lors que tout est bon pour minorer l'effectif réel des entreprises.

- On a vu dans toutes les politiques de l'emploi de ces dernières années des mesures visant à écarter du décompte de l'effectif les salariés qui se voient proposer un contrat de travail particulier (70).

- Il faut également évoquer la tentative de faire reculer l'arrivée des IRP dans les petites entreprises par l'éviction des jeunes de moins de 26 ans dans le décompte de l'effectif (71). Certes, cette mesure n'était envisagée que jusqu'au 31 décembre 2007, mais on sait tout le crédit qu'il faut porter à ce type d'engagement... Fort heureusement les recours à l'encontre de cette mesure ont eu pour effet d'amener le Conseil d'Etat à saisir la CJCE d'une question préjudicielle sur la compatibilité entre cette disposition et la directive 2002/14 CE du 11 mars 2002 (72), pour finalement en décider la suspension (73). On sait que, depuis, l'avocat général auprès de la CJCE, M. Mengozzi, a estimé, dans ses conclusions du 12 septembre 2006, que le dispositif applicable au moins de 26 ans est non conforme au droit

communautaire comme contraire à la directive sur l'information et la consultation des travailleurs et à la directive sur les licenciements collectifs, dont l'objectif précisément est d'assurer la mise en place des instances représentatives du personnel à partir d'un certain seuil (74).

- Enfin, pour ce qui est de l'effectif, il faut rappeler l'attaque dont fait l'objet la jurisprudence de la Chambre sociale sur la comptabilisation, dans l'effectif, des salariés mis à disposition lorsqu'ils « *participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice* » (75). En une première attaque, le législateur a posé la règle selon laquelle devaient être écartés du décompte des effectifs les « *salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance* » (76) ; le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au motif qu'elle « *est dépourvue de tout lien avec un projet de loi, intitulé "pour l'égalité des chances"* » (77).

Mais la mesure était aussitôt reprogrammée, avec encore plus de restrictions, à la faveur du projet de loi sur la participation (78), s'agissant cette fois-ci d'exclure du calcul des effectifs les « *salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services* ». Il aurait été fort paradoxal que l'exclusion de ces salariés du décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil, apparaisse précisément dans une loi sur la ...participation des salariés. On a pu croire que, par amendement au cours de la discussion de la loi devant l'Assemblée nationale, la disposition avait finalement été évincée (79). L'argumentation de

(69) Voir la réouverture en août 2006 du contrôle qui veut être opéré sur les conseillers prud'homaux relativement à leur temps de rédaction des jugements en établissant une forfaitisation de leurs activités. : Inscrites dans le projet de loi sur la participation des salariés, ces mesures exclues dans un premier temps par amendement de l'Assemblée nationale (v. *SS Lamy* n° 1279, p. 5), y ont été réintégrées par un amendement du Sénat (alors qu'elles devaient être abordées à la faveur de la loi de finances pour 2007).

(70) Contrat d'apprentissage (art. L. 117-11-1 C. trav.) ; Contrat initiative emploi (art. L. 322-4-8 C. trav. IV) ; Contrat d'accompagnement dans l'emploi (art. L. 322-4-7 C. trav. et L. 322-4-9 C. trav.) ; Contrat d'avenir (art. L. 322-4-10 C. trav. et L. 322-4-9 C. trav.) ; Contrat insertion-revenu minimum d'activité (art. L. 322-4-15 C. trav. et L. 322-4-9 C. trav.) ; Contrat de professionnalisation (art. L. 981-8 C. trav.) ; Contrats d'accès à l'emploi, dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon (art. L. 832-2 C. trav. V).

(71) Article 1^{er} ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 (*JO* du 3 août 2005, p. 12687) ajoutant un cinquième alinéa à l'article L. 620-10 C. trav. v. B. Gauriau, « Commentaire de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises », *JCP* 2005, éd. S, 1121. On sait gré au législateur d'avoir précisé que cette disposition ne pouvait cependant avoir pour effet la suppression d'une institution représentative du personnel ou d'un mandat d'un représentant du personnel...

(72) CE 19 octobre 2005, n° 283892, CGT et a. ; G. Koubi, *Dr. Ouv.* 2006, p. 75 ; P. Morvan, *JCP E* 2005, 1652 ; C. Devys *JCP S*

2005, 1321 ; Ch. Willmann, *Dr. soc.* 2005, p. 1142. Par une ordonnance du 21 novembre 2005, la CJCE a considéré que la procédure d'urgence ne s'imposait pas à cette affaire.

(73) CE 23 novembre 2005, n° 286440, CGT-FO ; B. Gauriau, *JCP S* 2005, 1403.

(74) Aff. n° C385/05. On peut supposer que la CJCE ira dans ce sens.

(75) Cass. soc. 27 novembre 2001, n° 00-60.252, *Bull. civ. V*, n° 290 ; Cass. soc. 29 mai 2002, n° 01-60.606, *Bull. civ. V*, n° 183. On ne peut donc pas retenir les seuls salariés dont l'activité relève de l'activité principale de l'établissement (Cass. soc. 26 mai 2004, n° 03-60.125 PBRI, *Bull. civ. V*, n° 140 ; Cass. soc. 26 mai 2004, n° 03-60.358 PBRI, *Bull. civ. V*, n° 141. V. également Cass. soc., 15 février 2006, n° 05-60.088 P et Cass. soc., 12 juillet 2006 n° 05-60.384 P qui précisent les arrêts de mai 2004. V. encore TI Péronne, 20 octobre 2005, CGT Airbus c. Airbus France et a., *Dr. Ouv.* 2006, p. 445, note P. Rennes.

(76) Art. 21 loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*JO* du 2 avril 2006, p. 4950). Mesure inspirée par la proposition 28 du Rapport de Virville préc.

(77) D. 2006-535 DC du 30 mars 2006, *JO* du 2 avril 2006, p. 4964, spéc. point 32.

(78) Art. 32 projet de loi n° 3175, pour le développement de la participation et l'actionnariat des salariés, Conseil des ministres du 21 juin 2006, *Liaisons soc.* 4 août 2006, doc. V n° 798. V. sur cette question, *Lettre de syndicats CGT aux députés et sénateurs*, *Dr. Ouv.* 2006, p. 440.

(79) V. amendement n° 33 du 26 septembre 2006 présenté par M. Ollier.

l'amendement repose, en premier lieu, sur la sécurité juridique pour les entreprises (80) ; cette expression fort à la mode, devenant passe-partout perd en fait de sa signification réelle et est à ranger au même plan que le discours sur l'indispensable réforme de n'importe quel domaine, l'une et l'autre des expressions n'ayant d'autres buts que l'atteinte aux droits et aux acquis des dominés. L'argumentation repose, en second lieu, sur des préoccupations de conditions de travail et de sécurité, ce qui est de bon ton mais qui cache en fait la réalité tant les atteintes en ce domaine sont de plus en plus ressenties par les salariés. Le parlementaire auteur de l'amendement n'en conclut pas moins que « *Par ailleurs, la mesure est sans rapport avec l'objet du projet de loi. Il est donc proposé de supprimer cet article* ». C'est ici à n'en pas douter la motivation essentielle du retrait de l'amendement, puisque les mêmes causes produisent les mêmes effets et que la sanction du Conseil constitutionnel était à craindre (v. *supra* note 77).

On ne sait si cela est dû à une frénésie malade de positionner des cavaliers à tout va et qui n'ont rien à voir avec la loi en cours de discussion (si ce n'est d'attaquer le Code du travail) ou à une action efficace de lobbying patronal, mais il n'en reste pas moins que le Sénat a réintroduit mot pour mot la disposition supprimée, à la faveur de la discussion devant sa vénérable assemblée (80 bis) pour se retrouver à l'article 32 de la loi adoptée le 9 novembre 2006. Pourtant, l'amendement de retrait de l'Assemblée nationale précisait que « *cette question particulièrement complexe mériterait d'être retravaillée* ». Le discours précité du président de la République sur le dialogue social pouvait faire penser que ce dialogue social, cette fois, s'instaurerait ; force est de constater que l'envie de dialogue social est tout aussi éphémère que l'a été l'envie du rejet de la fracture sociale (80 ter).

Amélioration des contrôles administratifs, ensuite, par le renforcement du contrôle des

entreprises. Ce ne sont pas tant les contrôles Urssaf qui posent problème (81), que ceux de l'inspection du travail. Si le spectre de la réforme radicale de l'inspection du travail a été écarté (82), il n'est pas certain que la réforme en cours (83) puisse par la spécialisation des inspecteurs du travail, aboutir à une réelle efficacité globale malgré l'augmentation annoncée du nombre d'inspecteurs (84). La spécialisation dans des domaines ciblés ne risque-t-elle pas de conduire à délaisser le contrôle de pans entiers du Code du travail (85), et par là même d'engendrer un accroissement des contentieux entre salariés et employeurs ?

Amélioration, par le législateur lui-même, des mesures pour rendre la loi effective et des mesures pour permettre un contrôle efficace.

Il faudrait en effet que le législateur soit moins frileux pour adopter des mesures contraignantes. Si l'on prend l'exemple de la discrimination, le titre d'un récent colloque ne manque pas de surprendre « *Diversité, non-discrimination. Pourquoi les entreprises n'ont plus le choix ?* » (86). Ce titre sous-entend clairement que jusqu'alors, compte tenu des lacunes textuelles et du laxisme ambiant, les entreprises pouvaient clairement choisir le camp de la discrimination sans être trop inquiétées et ce, en dépit des renforcements successifs de la réglementation. En matière d'égalité homme/femme le constat est similaire et ce n'est pas la dernière loi sur ce thème (87) qui emportera pleine efficacité puisqu'elle ne prévoit aucune sanction particulière à l'encontre des entreprises encore réfractaires ; les entreprises peuvent donc attendre le 31 octobre 2010 avant de se conformer à l'obligation d'égalité de traitement. Ce n'est pas par des incantations, qu'en matière sociale l'entreprise trouvera seule le droit chemin, c'est-à-dire le chemin du droit.

(80) Or ce qui est sécurité juridique pour l'entreprise ne l'est certainement pas pour les salariés. La sécurité juridique varie selon l'angle sous lequel on se place. V. pour exemple le cas des arrêts "Pages jaunes", M.-F. Bied-Charreton, « Au nom de la liberté d'entreprendre », *Dr. Ouv.* 2006, p. 369, spéc. B, p. 372.

(80 bis) V. amendement n° 72 rect. du 8 novembre 2006 présenté par Mme Debré.

(80 ter) Il a déjà été relevé que Le projet de loi de modernisation du dialogue social précité, apparaît comme étant "réduit à une peau de chagrin" (S. S. Lamy n° 1281, préc.).

(81) Dans l'entreprise l'Urssaf agit essentiellement sur la question de l'assiette des cotisations et du travail dissimulé. Son efficacité s'accroît, si l'on en croit l'augmentation des cotisations recouvrées à la suite des contrôles (rapport ACOSS sur l'activité des Urssaf en 2005 ; *Bref soc.* 14 septembre 2006, p. 2).

(82) Proposition de loi n° 914, visant à réformer le statut de l'inspection du travail et à en changer la dénomination, 13 juin 2003.

(83) V. *L'inspection du travail*, Rapport Jean Bessière janvier 2005 (La documentation française, 128 p.), rapport complété par les orientations de J. Rapoport. Cet ensemble a abouti au *Plan de modernisation et plan de développement de l'inspection du travail*, présenté par G. Larcher, 9 mars 2006. Adde, V. Tiano, « La réforme de l'inspection du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 662 ; V. Vieille, « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail ; une mission impossible ? », *Dr. soc.* 2006, p. 666.

(84) A l'annonce du plan Larcher, le MEDEF a vivement réagi à la hausse des inspecteurs du travail ; v. « L'inspection du travail dont rêve Laurence Parisot », *Le Canard Enchaîné*, 3 mai 2006, p. 4.

(85) C'est ce que redoutent les inspecteurs du travail, qui ont manifesté contre cette réforme le 25 octobre 2006.

(86) Les rencontres Liaisons sociales, 16 octobre 2006.

(87) Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, *JO* du 24 mars 2006 ; *Liaisons soc.* 11 avril 2006, doc. A1, n° 434.

B. Pour finir, trois propositions

Créer les conditions d'information pour favoriser l'implantation des IRP dans l'entreprise. Il nous semblerait nécessaire d'imposer, principalement dans les entreprises où l'employeur ne déclenche jamais la procédure électorale, l'affichage de l'évolution des effectifs sur trois ans (88). Compte tenu des salariés à temps partiel, des motifs de recours aux CDD ou aux intérimaires (remplacement ou non), des salariés exclus du décompte de l'effectif ou encore des salariés d'entreprises sous-traitantes, il est souvent impossible aux salariés de connaître l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement (89). L'information en temps réel aurait pour effet de rendre transparent le moment de l'obligation de déclenchement des opérations électorales lorsque l'entreprise aura atteint le seuil de onze ou le seuil de cinquante salariés (90). L'information étant ainsi diffusée, l'employeur se sentira le plus souvent incité à déclencher le processus électoral. S'il ne le fait pas les salariés pourront, fort de l'information sur l'effectif, solliciter une organisation syndicale pour formuler une demande d'élections auprès de l'employeur (91).

Mettre à la charge de l'entreprise le financement des actions en justice... pour les deux parties. Là encore en matière de financement du contentieux, l'inégalité des parties est criante. Le plus souvent c'est le comportement répréhensible de l'employeur qui est cause du contentieux. Or, l'entreprise finance ses frais de justice en prélevant sur la valeur ajoutée produite par les

salariés (92) alors que le salarié doit, lorsqu'il le peut, assumer la dépense sur ses deniers personnels. Pourquoi ne pas adopter une solution d'égalité en la matière (93) ; faute pour le salarié d'avoir obtenu l'aide juridictionnelle, l'entreprise doit financer les frais de justice, sauf abus du salarié de son droit d'agir (94).

Instaurer en matière prud'homale une procédure de type action de groupe. En matière de consommation, la question des actions de groupe (95) est d'actualité (96), même si les projets ne sont pas à la hauteur des attentes. Il devient urgent de penser en matière prud'homale, une procédure qui s'en inspirerait avec, en plus, une modification quant aux effets d'une décision devenue définitive. En cas de violation d'une règle collective, la décision faisant suite à une ou plusieurs actions individuelles devant le Conseil de prud'hommes, ou faisant suite à une action collective devant le TGI en application d'une convention collective ou d'un accord, vaudrait pour tous les salariés du collectif envers qui la règle a été violée et s'imposerait à l'employeur, sans que ces salariés ne soient obligés de saisir le juge à leur tour. Admettre une telle solution, aurait un impact sur la masse du contentieux à tous les stades de l'instance (y compris devant la Cour de cassation), et améliorerait donc la marche de la justice. Cette solution aurait par ailleurs un effet dissuasif pour l'employeur, qui ne pourrait plus miser sur l'action d'une seule minorité, pour rentabiliser ses atteintes aux droits des salariés (97).

Daniel Boulmier

(88) L'effectif doit avoir été atteint, pendant douze mois consécutifs ou non au cours des trois dernières années précédentes, art. L. 421-1 al. 2 et L. 431-1 al. 2 C. trav. Que l'on ne vienne pas arguer d'une contrainte supplémentaire pour les TPE et les PME, les logiciels bureautiques adaptés font ce travail tout seuls...

(89) Pour un TI ayant commandé un comptage des effectifs au cas d'une contestation de désignation d'un délégué syndical, v. Cass. soc., 10 mai 2006, 05-60.268 ; P.-Y. Verkindt, « La désignation du délégué syndical : question de méthode », *Dr. soc.* 2006, p. 877.

(90) L'information vaudrait également pour l'appréciation de tous les autres seuils pouvant intéresser tant les institutions représentatives du personnel que les salariés.

(91) Même si la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment décidé que demander l'élection valait être candidat (Cass. soc. 16 mars 2005, n° 02-45.293 PBRI), il nous semble que solliciter directement l'employeur demeure encore fort périlleux.

(92) Ce qui très souvent conduit à diminuer les masses de participation et d'intéressement. Les négociateurs pensent rarement à faire neutraliser ces sommes des bases de calcul.

(93) Égalité que nous réclamons déjà pour l'accès aux preuves, v. *supra*.

(94) Formule calquée sur la solution retenue par les tribunaux pour l'action en justice des CHSCT. Il vient d'être jugé que l'employeur est tenu de garantir les frais de défense du salarié poursuivi pénalement pour des faits relatifs à l'exercice de ses

fonctions (Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.612 PBRI) ; alors encore un effort pour aller plus loin...

(95) L'action de groupe est une procédure de poursuite collective en justice par des personnes subissant le même tort, dans divers domaines du droit. Elle permet notamment à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés, autorisant ainsi les plaignants à se défendre avec un seul dossier et un seul avocat.

(96) G. Cerutti, *Rapport sur l'action de groupe*, 16 décembre 2005. V. proposition de loi n° 322 (Sénat) et 3055 (Assemblée nationale) ; avis du Conseil de la concurrence, 21 septembre 2006. Après avoir été soumis au Conseil d'État le 2 novembre 2006, ce projet a été présenté en conseil des Ministres le 8 novembre 2006.

(97) Il faudrait bien évidemment s'attendre à une opposition du MEDEF aussi radicale que celle qu'il a formulée sur l'action de groupe en matière de consommation, lors de son conseil exécutif du 10 juillet 2006 (v. http://www.medef.fr/main/core.php?pag_id=1149&intprintObjId=98651). Mais le MEDEF devrait alors changer toute son argumentation. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples : l'argument selon lequel l'action de groupe en matière de consommation conduit à se défendre contre un demandeur dont on ignore l'identité, ne tiendrait plus pour l'action de groupe dans la relation de travail, les salariés de l'entreprise sont clairement identifiés ; l'argument selon lequel il y a un impact économique lourd à l'introduction d'un principe de class action, ne vaut pas davantage, les sommes à payer par l'entreprise n'étant en fait qu'un paiement différé de sommes dues, mais illégalement retenues.

TRIBUNAUX – Cour de cassation – Réforme de la procédure (décret 20 août 2004) – Suspension de l'exécution provisoire de droit – Atteinte à l'article 6 CEDH (non) - Représentation obligatoire – Compétence du pouvoir réglementaire – Absence de violation d'une norme supra décrétable.

CONSEIL D'ETAT (6^e et 1^{re} ss-sect.) 6 avril 2006
CGT

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 octobre 2004 et 15 février 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par la Confédération générale du travail, dont le siège est 263 rue de Paris à Montreuil Cedex (93516) ; la CGT demande au Conseil d'Etat :

1^o) d'annuler pour excès de pouvoir les articles 8, 24, 25, 28, 29, 39, 40, 41, 42 et 43 du décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile ; (...)

Considérant que la CGT demande au Conseil d'Etat d'annuler les articles 8, 24, 25, 28, 29 et 39 à 43 du décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile ;

En ce qui concerne l'article 8 relatif à l'arrêt de l'exécution provisoire :

Considérant que l'article 8 du décret attaqué ajoute à l'article 524 du nouveau Code de procédure civile, qui prévoit notamment les cas dans lesquels le premier président de la Cour d'appel statuant en référé peut, en cas d'appel, arrêter l'exécution provisoire lorsque celle-ci a été ordonnée, un sixième alinéa ainsi rédigé : « *Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* » ;

Considérant que la faculté ainsi ouverte au premier président est de nature à apporter aux justiciables des garanties supplémentaires, en cas de violation du principe du caractère contradictoire de la procédure par le jugement dont l'exécution est de plein droit ainsi que dans les cas où le juge a méconnu de façon manifeste les devoirs qui lui incombent en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; que le syndicat requérant n'est dès lors pas fondé à soutenir que la disposition attaquée méconnaîtrait le principe du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

En ce qui concerne les articles 24, 25, 28 et 29 relatifs à l'enregistrement de l'appel :

Considérant que les dispositions des articles 24, 25, 28 et 29 du décret attaqué étendent aux matières dans lesquelles la représentation n'est pas obligatoire, notamment en matière prud'homale, la règle fixée par l'article 902 du nouveau Code de

procédure civile selon laquelle la déclaration d'appel est remise au greffe de la Cour d'appel ; qu'en mettant ainsi fin à un dispositif dérogeant, le pouvoir réglementaire s'est borné à harmoniser les règles gouvernant la procédure civile ; qu'à supposer même qu'une telle mesure n'ait pas pour effet de simplifier la procédure, elle ne méconnaît nullement le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

En ce qui concerne les articles 39 à 43 relatifs à la représentation obligatoire en cassation :

Considérant que le gouvernement est compétent pour édicter les règles fixant la procédure devant les juridictions civiles ; que, dans l'exercice de sa compétence, il doit se conformer tout à la fois aux règles et principes de valeur constitutionnelle, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux introduits dans l'ordre juridique interne ;

Considérant que les dispositions contestées, qui mettent fin à des dispenses de ministère d'avocat devant la Cour de cassation, ont pour objet tant d'assurer aux justiciables la qualité de leur défense que de concourir à une bonne administration de la justice en imposant le recours à des mandataires professionnels offrant des garanties de compétence ; qu'eu égard à l'institution par le législateur d'un dispositif d'aide juridictionnelle, l'obligation du ministère d'avocat ne saurait être regardée comme portant atteinte au droit constitutionnel des justiciables d'exercer un recours effectif devant une juridiction ; qu'elles ne sont pas davantage contraires à un principe de libre choix du mode de défense en matière prud'homale, qui ne ressort d'aucun des principes ni des règles mentionnés plus haut ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CGT n'est pas fondée à demander l'annulation des dispositions attaquées et que doivent être rejetées, par voie de conséquence, ses conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la CGT est rejetée.

(M. Henrard, rapp. - M. Aguila, comm. gouv.)

ANALYSES & DOCUMENTS ÉCONOMIQUES (N° 103, octobre 2006)



Les lecteurs du *Droit Ouvrier* prendront connaissance avec intérêt du dernier numéro de nos confrères ; on signalera en particulier la table ronde autour de l'évolution du droit du travail après le retrait du CPE comprenant notamment François Gaudu et Pascal Rennes ainsi que l'article de Denis Meynent consacré aux comités d'entreprise européens et à la négociation collective transnationale en entreprise.

Pour se procurer *Analyses et Documents économiques* écrire à :

Centre fédéral d'études économiques et sociales
263 rue de Paris, 93516 Montreuil Cedex - Tél. : 01 48 18 84 93

Voir également les pages "publications économiques" de la rubrique "kiosque" sur le site www.cgt.fr