



CONCOURS D'ENTREE A L'ECOLE DE 2016

CONCOURS EXTERNE

4^{ème} épreuve d'admissibilité

Questions sociales

(durée : cinq heures – coefficient 4)

Une épreuve de questions sociales consistant en la rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier.

L'épreuve de questions sociales a pour objet, à partir d'une mise en situation au sein de l'administration, d'apprécier la maîtrise par le candidat des connaissances de base dans cette matière, sa compréhension des enjeux et sa capacité de relier les approches juridique, financière et institutionnelle pour construire une analyse et formuler des recommandations. Il ne s'agit pas d'une note de synthèse et la seule exploitation du dossier fourni ne permet pas de répondre à la question posée.

Cette épreuve n'est pas une épreuve de droit de la sécurité sociale ni de droit du travail mais suppose de disposer d'un socle de connaissances juridiques dans les deux grands domaines des politiques sociales :

- les politiques du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ;
- les politiques de protection sociale et de solidarité.

Elle doit permettre de mesurer la maîtrise par les candidats des principaux enjeux des politiques sociales (enjeux démographiques et sociétaux, financiers, de gouvernance, européens et d'efficacité). Le dossier fourni en appui, qui ne dépasse pas vingt-cinq pages, doit être utilisé par le candidat pour appuyer sa démonstration grâce à l'exploitation de documents de réflexion voire de données chiffrées. Le candidat doit faire preuve de cohérence et de clarté dans ses analyses et formuler des propositions argumentées et opérationnelles.

SUJET

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a modifié le fonctionnement de la juridiction prud'homale pour lui donner notamment une plus grande efficacité et célérité.

Cependant, ces modifications pourraient être encore insuffisantes, en particulier face aux risques de condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme pour dysfonctionnement de la juridiction prud'homale.

Le Premier ministre demande au ministre de la Justice et au ministre en charge du Travail et de l'Emploi de faire un bilan du fonctionnement des juridictions prud'homales en France et de proposer des voies d'amélioration et de modification de la justice du travail pouvant donner lieu à la formulation d'un nouveau projet de loi.

A ce titre, administrateur(trice) civil(e) à la Direction Générale du Travail, vous rédigerez une note présentant succinctement les réformes passées et proposant des pistes de refonte de la juridiction prud'homale.

	Documents joints	Pages
1.	<i>Discours de Robert Boulin, ministre du Travail</i> , Assemblée Nationale, séance du 2 octobre 1978 (extraits).	1 et 2
2.	<i>Arrêt CEDH, 3^{ème} section, Delgado/France</i> , 14 novembre 2000 (extraits).	3 et 4
3.	« <i>Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses</i> », M. Guillonnet, E. Serverin, août 2015, Infostat Justice n°135 (extraits).	5
4.	« <i>Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques</i> », octobre 2014, La lettre Trésor-éco, n°137 (extraits).	6
5.	« <i>L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle</i> », A. Lacabarats (direction), rapport à Madame la Garde des sceaux, Ministre de la Justice, juillet 2014 (extraits).	7 à 9
6.	« <i>Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ?</i> », V. Orif, Droit social 2015 p.819 (extraits).	10 à 16
7	« <i>Une justice alternative aux prud'hommes</i> », H. Flichy, Les cahiers du DRH, 2016, p. 230 (extraits).	17 à 19
8	« <i>Non à l'arbitrage comme alternative au juge prud'homal</i> », Syndicat des avocats de France, communiqué de presse, juillet 2014.	20

Discours de Robert Boulin, ministre du Travail, Assemblée Nationale, séance du 2 octobre 1978 (extraits).

C'est, en effet, de la justice qu'il est aujourd'hui question, sujet grave dont nous devons débattre en n'oubliant jamais qu'il s'agit d'une justice très particulière dont traitent les dispositions que vous êtes appelés à examiner : il s'agit de la justice du travail et, plus précisément, de la réforme des conseils de prud'hommes.

D'abord le progrès continu et, quoi qu'on en dise, spectaculaire du droit du travail, toujours renouvelé, apporte aux salariés des garanties qui se surajoutent les unes aux autres - et ce n'est que justice. Mais faut-il encore que ceux-ci puissent, en cas de besoin, faire reconnaître leurs droits. Car un droit sans sanction, aussi sophistiqué soit-il, n'est qu'une ombre vaine.

A quoi bon inscrire dans nos codes les règles les plus strictes si, au moment critique, ceux pour la meilleure protection desquels elles ont été aménagées sont hors d'état d'en exiger l'application et par conséquent d'en bénéficier ?

Or, en la matière, nous nous sommes installés dans une situation paradoxale. Il existe, en France, une juridiction spécialisée qui trouve d'ailleurs ses origines dans des siècles lointains.

Les spécialistes en découvrent la naissance dans un édit de Louis XI de 1464 reconnaissant « aux conseillers et échevins de la ville de Lyon le droit de nommer eux-mêmes des prud'hommes pour le jugement des différends entre marchands fréquentant les foires et aussi pour la visite des marchandises ».

On pourrait aussi citer ces prud'hommes pêcheurs qui font leur apparition à Marseille à la fin du XV^e siècle.

De siècle en siècle, notamment avec les réformes de Napoléon puis surtout avec celle de 1848, qui instaurera la parité et le suffrage universel d'un côté comme de l'autre et celles de 1905 et de 1907, l'institution prud'homale va s'intégrer très profondément dans notre patrimoine juridique national, donc dans notre patrimoine culturel le plus authentique. Je crois qu'il est vain de dire qu'employeurs et salariés y sont profondément attachés.

Cependant, chacun le sait, cette institution ne répond plus du tout à l'attente des travailleurs.

Pourquoi ?

D'abord, il n'y a pas partout des prud'hommes. Dans la carte des prud'hommes, des lacunes importantes subsistent. Par ailleurs, quand il existe un conseil de prud'hommes, celui-ci n'est pas forcément compétent. Il peut comporter une section du commerce, une section de l'industrie et les salariés des autres secteurs de l'économie demeurent démunis. Ainsi, en 1978, 60 % des salariés ne pourraient avoir accès à un conseil de prud'hommes pour obtenir sanction de leurs droits.

Enfin, nous constatons tous les jours, et je suis personnellement saisi de tels faits, des embouteillages catastrophiques au sein de ces juridictions : celles-ci n'examinent les affaires dont elles sont saisies que dans des délais qui varient d'un an à deux ans, parfois même à trois ans. Actuellement, dans la région parisienne, l'embouteillage est considérable.

Lorsqu'un salarié va trouver son défenseur pour lui demander ce qu'il doit faire afin de recouvrer ses droits, celui-ci lui répond : adressez-vous aux prud'hommes.

Mais quand la justice sera-t-elle rendue?

Vraisemblablement, et sûrement à Paris, dans plusieurs années.

Le Gouvernement est tout à fait conscient du tragique problème que pose pour celui qui réclame le fruit, souvent bien modeste, de son travail, le fait de ne pouvoir obtenir satisfaction.

Combien de justiciables renoncent-ils, alors, à toute action?

C'est une situation à laquelle, à l'évidence, il convenait de mettre fin.

[...]

Le principe qui figure dans le projet de loi, selon lequel il soit créé au moins un conseil par département et à Paris, ne doit pas être considéré comme la volonté d'instituer un conseil par département et un seul.

L'intention gouvernementale est tout autre. Il est question en effet non d'éloigner la justice du justiciable, mais au contraire de lui en faciliter l'accès.

Arrêt CEDH, 3^{ème} section, Delgado/France, 14 novembre 2000 (extraits).

EN DROIT SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION.

39. La requérante estime que la durée des procédures relatives à ses premier et troisième licenciements excède le délai raisonnable prévu par l'article 6 § 1 de la Convention, dont les dispositions pertinentes sont ainsi rédigées : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

1. Périodes à prendre en considération

40. La Cour constate que la première procédure a débuté le 2 décembre 1985, date de la saisine du conseil de prud'hommes de Dijon, et qu'elle est actuellement pendante devant la Cour de cassation. Elle a donc duré quatorze ans et plus de dix mois au jour de l'adoption du présent arrêt.

41. La troisième procédure a commencé le 14 septembre 1993, date à laquelle la requérante a saisi le conseil de prud'hommes, et a pris fin le 8 juillet 1997 par l'arrêt de la Cour de cassation, soit une durée de trois ans et plus de neuf mois.

2. Caractère raisonnable de la durée des procédures

42. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts Richard c. France du 22 avril 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II, p. 824, § 57, et Doustaly c. France du 23 avril 1998, Recueil 1998-II, p. 857, § 39).

a) Première procédure

43. Quant à la complexité de l'affaire, la requérante souligne que les divers recours sont causés par les licenciements illégaux dont elle a fait l'objet en violation des textes applicables et que, si les liquidateurs judiciaires et inspecteurs du travail avaient respecté le droit et les lois, elle n'aurait pas dû saisir le conseil de prud'hommes. Elle expose que, devant la cour d'appel de Dijon (arrêt du 27 mars 1990), toutes les parties étaient d'accord pour considérer que l'affaire n'était pas en état et qu'il fallait la renvoyer, d'une part pour mise en cause du nouvel employeur depuis le 8 septembre 1988 (société le Jardin de Paris) et, d'autre part, dans l'attente de l'arrêt du Conseil d'Etat chargé d'examiner la validité du licenciement intervenu le 12 janvier 1989, ce en vertu du principe de l'unicité de l'instance en matière prud'homale. Elle précise que, dès que le Conseil d'Etat a rendu son arrêt (le 2 juin 1993) et que l'affaire a ainsi été en état, elle a demandé sa réinscription au rôle. Elle estime que la durée de cette procédure excède le délai raisonnable.

44. De façon générale, le Gouvernement fait valoir que la procédure est devenue très complexe en raison de l'enchevêtrement des diverses instances et des questions juridiques soulevées. Pour ce qui est des autorités judiciaires, le Gouvernement estime qu'elles ont été diligentes et qu'elles ont statué dans des délais qui n'apparaissent pas déraisonnables : ainsi, le conseil de prud'hommes a statué en quatre mois, et si la procédure devant la cour d'appel de Dijon a duré cinq ans et quatre mois, déduction faite du temps pris par la requérante pour demander la réinscription de l'affaire, cela est dû au sursis à statuer en attendant les décisions des juridictions administratives. Enfin, l'affaire a également été examinée dans un délai raisonnable par la Cour de cassation (deux ans et sept mois) et par la cour d'appel de Besançon.

45. La Cour constate que l'affaire revêtait une certaine complexité. Elle observe également que, devant la cour d'appel de Dijon, la procédure a été suspendue pendant environ trois ans avant que la requérante demande sa réinscription. Cependant, la Cour considère que les explications de la requérante sur ce point sont convaincantes et qu'elle a pu estimer devoir attendre l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juin 1993 avant de demander la réinscription de l'affaire. Pour ce qui est du comportement des autorités judiciaires, si le conseil de prud'hommes a statué avec diligence, la Cour observe que, devant la cour d'appel de Dijon, la procédure était déjà pendante depuis quatre ans lorsqu'elle a été rayée (l'expert judiciaire ayant notamment mis un an pour établir son rapport) et qu'après sa réinscription au rôle, plus de quinze mois se sont écoulés avant que n'intervienne l'arrêt constatant la péremption de l'instance. Par ailleurs, si la Cour de cassation et la cour d'appel de Besançon ont rendu leurs décisions dans des délais acceptables s'agissant de juridictions de recours, la Cour considère toutefois que l'on ne saurait considérer comme « raisonnable » la durée globale de près de quinze ans que connaît déjà la procédure, qui n'est pas encore terminée.

46. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

b) Troisième procédure

47. La requérante réitère mutatis mutandis ses remarques quant à la durée de cette procédure.

48. Le Gouvernement estime que sa durée ne dépasse pas le délai raisonnable et que les autorités judiciaires l'ont conduite sans temps de latence.

49. La Cour observe que le conseil de prud'hommes et la cour d'appel ont mis un an pour statuer et la Cour de cassation dix-neuf mois. Si ces délais n'apparaissent pas de prime abord déraisonnables, la Cour considère toutefois qu'il faut tenir compte du contexte global de l'affaire, et notamment du fait que la requérante saisissait de nouveau la juridiction prud'homale afin de contester son troisième licenciement depuis 1985. Dès lors, la Cour estime qu'une diligence particulière s'imposait aux juridictions saisies. Elle observe notamment qu'un délai de près de sept mois s'est écoulé devant la Cour de cassation avant que le conseiller rapporteur soit désigné et qu'il a mis plus de deux mois à déposer son rapport ; en outre, quatre mois se sont encore écoulés entre la désignation de l'avocat général et l'audience. Dès lors, la Cour considère que, dans ces circonstances, le délai raisonnable n'a pas été respecté.

50. La Cour réaffirme qu'il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (arrêt *Vocaturro c. Italie* du 24 mai 1991, série A n° 206-C, p. 32, § 17). Tel est d'autant plus le cas en matière de conflits du travail, qui, portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité toute particulière (cf. arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, série A n° 179, p. 23, § 72 ; arrêt *Buchholz c. Allemagne* du 6 mai 1981, série A n° 42, p. 16, § 50 et 52 ; mutatis mutandis arrêt *X c. France* du 31 mars 1992, série A n° 234-C, p. 90, § 32 ; arrêt *Ruotolo c. Italie* du 27 février 1992, série A n° 230-D, p. 39, § 17).

51. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

« Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses », M. Guillonnet, E. Serverin, août 2015, Infostat Justice n°135 (extraits).

Au cours de la période 2004-2013 les conseils de prud'hommes ont reçu annuellement autour de 200 000 demandes au fond et en référé, effectif stable depuis vingt ans. A partir de 2009, avec la montée en charge de la rupture conventionnelle, l'évolution du nombre d'affaires n'est plus corrélée avec celle du nombre d'inscrits à Pôle emploi pour des fins de CDI (hors démission). Dans le détail, les tendances confirment le durcissement des affaires observé au cours de la décennie antérieure.

Les demandes se concentrent sur la contestation du motif personnel de licenciement, de 66 % en 2004 à 76 % en 2013. La proportion des demandeurs de 50 ans et plus est en hausse (21 % en 2004 contre 34 % en 2013) et le taux de recours des 50 - 64 ans qui ont fait l'objet d'un licenciement a très fortement augmenté (de 20 % en 2004 à 37 % en 2013). La part des décisions ne tranchant pas le litige marque un recul (de 45 % à 40 %), ainsi que la proportion des affaires qui se terminent devant le bureau de conciliation (de 16 % à 9 %). Le temps de la procédure prud'homale s'est allongé, de 12 mois en moyenne en 2004 à 16 mois en 2013, avec d'importantes variations, accentuées par la concentration des affaires dans un nombre de plus en plus réduit de conseils.

Le taux d'appel a fortement augmenté au fond (de 62 % à 67 %), donnant une place croissante aux affaires prud'homales dans les affaires traitées par les cours d'appel (de 24 % à 28 %). L'augmentation du nombre de décisions prud'homales déferées en appel de 2004 à 2013 a pesé plus fortement sur les deux cours d'appel qui traitent un quart des affaires (Paris et Aix-en-Provence), conduisant à un accroissement de leur durée moyenne de traitement des recours prud'homaux de 16 à 19 mois.

« Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques », octobre 2014, La lettre Trésor-éco, n°137, (extraits).

■ L'analyse économique a montré que l'existence de rigidités sur le marché du travail est susceptible d'avoir des effets défavorables sur la productivité en réduisant la capacité d'adaptation des entreprises au contexte macroéconomique. Par ailleurs, un droit social trop complexe et trop contraignant pourrait peser sur le taux d'emploi et favoriser la segmentation du marché du travail.

■ En comparaison internationale, la France se caractérise par des rigidités relativement fortes en matière de licenciements individuels selon l'indicateur de législation sur la protection de l'emploi (LPE) développé par l'OCDE. Cet indicateur se base sur le droit réglementaire et conventionnel du travail mais il tient très peu compte de l'application effective du droit (jurisprudence) et pas du tout du traitement des litiges par les juridictions du travail, facteurs qui peuvent également peser sur les coûts du licenciement, aussi bien pour le salarié que pour l'employeur.

■ En France, le conseil des prud'hommes (CPH) est compétent pour les litiges individuels nés de la relation de travail. De nombreux rapports ont pointé les dysfonctionnements affectant le processus de règlement de ces litiges. Ainsi, l'étape obligatoire de conciliation prud'homale n'a permis de résoudre le litige que dans 5,5 % des affaires en 2013. En outre, le taux d'appel des décisions rendues par les conseils des prudhommes (environ 60 %) apparaît excessivement important au regard des autres juridictions. Enfin, les délais dans lesquels s'inscrivent les procédures apparaissent particulièrement longs (plus de 15 mois en moyenne en 2012) et ont justifié des condamnations réitérées de la France sur la base de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

■ Ce constat suggère des modifications organisationnelles ou procédurales pour améliorer le traitement des litiges et en réduire les délais. En particulier, il apparaît souhaitable de rendre plus effective la phase de conciliation. Il pourrait également être envisagé de développer les modes alternatifs de règlement amiable, qu'ils soient intégrés ou non à la voie judiciaire. Au-delà, la mise en place de l'échevinage, système judiciaire composé simultanément de juges professionnels (magistrats) et de juges non professionnels qui existe dans d'autres pays européens, pourrait être expérimentée.

« L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle », A. Lacabarats (direction), rapport à Madame la Garde des sceaux, Ministre de la Justice, juillet 2014 (extraits).

Condammations de l'Etat pour le dysfonctionnement de la juridiction prud'homale

Le nombre de requêtes visant à la condamnation de l'Etat pour des dysfonctionnements de la juridiction prud'homale ne cesse d'augmenter : il a presque quintuplé entre 2011 et 2012. Le montant des condamnations augmente parallèlement de manière très importante et représente en 2013 plus des 2/3 des sommes versées par l'Etat au titre des dysfonctionnements du service public de la justice civile (plus de 95% si l'on restreint aux sommes versées par l'Etat au titre du déni de justice, les autres sommes concernant des fautes commises par les magistrats et étant essentiellement concentrées sur le domaine des tutelles).

[...] Montant des condamnations, incluant celles prononcées au titre de l'article 700 du code de procédure civile :

2010 : 70.000 euros

2011 : 75.700 euros

2012 : 448.500 euros

En 2012, l'Etat a été condamné 61 fois pour déni de justice, soit un montant total de condamnations de 542 500 euros à ce titre. **58 de ces condamnations concernent la juridiction prud'homale.**

2013 : 1.402.250 euros

En 2013, l'Etat a été condamné 66 fois pour dysfonctionnement de la justice civile, pour un montant total de 1 855 311 euros. **51 condamnations portent sur un déni de justice en matière prud'homale.**

Les condamnations, qui visent essentiellement certaines juridictions (Arles, Nanterre, Paris, Bobigny, Créteil, Bordeaux), sanctionnent le plus souvent les délais excessifs de procédure (jusqu'à 5 ans de procédure) ou le délai écoulé entre la date de prononcé du jugement et la date de sa notification, qui seule en permet l'exécution.

[...]

TROISIEME PARTIE : RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS

Proposition n° 1 :

Le conseil des prud'hommes devient le tribunal des prud'hommes, où siègent des juges prud'homaux.

Proposition n° 2 :

Intégrer dans le code de l'organisation judiciaire et dans le code de procédure civile les textes relatifs à l'organisation, à la procédure et au fonctionnement de la juridiction prud'homale.

Proposition n° 3 :

Clarifier les rôles respectifs des ministères de la justice et du travail : au premier l'organisation, le fonctionnement et les procédures ; au second l'élection ou la désignation des juges, les règles de fond et les relations avec les partenaires sociaux.

Proposition n° 4 :

Permettre un accès sécurisé aux ressources de l'intranet justice.

Proposition n° 5 :

Prévoir des rencontres régulières entre les juges prud'homaux et les juges départiteurs, le TGI et la cour d'appel.

Proposition n° 6 :

Renforcer le contrôle par les chefs de cour et le rôle du parquet.

Proposition n° 7 :

Revoir la carte des juridictions prud'homales sur la base des bassins de population et d'emploi.

Proposition n° 8 :

Fixer les effectifs de juges en rapport avec le nombre de décisions à rédiger.

Proposition n° 9 :

Introduire de la souplesse dans le fonctionnement des sections.

Proposition n° 10 :

Appliquer par principe aux juges prud'homaux les règles relatives aux droits et obligations des juges

Proposition n° 11:

Rendre obligatoire pour les juges prud'homaux une formation initiale et continue, pour partie commune, sous l'égide de l'ENM, avec le concours de l'ENG.

Proposition n° 12 :

Améliorer l'indemnisation pour le temps de préparation des audiences de conciliation.

Proposition n° 13 :

Fixer des principes déontologiques analogues à ceux des juges professionnels.

Proposition n° 14 :

Prévoir une procédure disciplinaire comparable à celle des juges professionnels.

Proposition n° 15 :

Faire du Conseil supérieur de la prud'homie l'organe statutaire des juges prud'homaux.

Proposition n° 16 :

Confier à un vice-président du TGI l'ensemble du contentieux du travail, en formation collégiale ou en juge unique selon les cas.

Proposition n° 17

Assurer aux juges du fond une spécialisation valorisée en droit du travail.

Proposition n° 18

Augmenter le nombre de conseillers en service extraordinaire susceptibles d'être affectés à la chambre sociale de la Cour de cassation.

Proposition n° 19

Revoir la répartition des compétences entre ordres juridictionnels sur certains sujets croisés.

Proposition n° 20

Instaurer une procédure de question préjudicielle entre les deux juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire.

Proposition n° 21 :

Créer la possibilité d'actions collectives devant le TGI.

Proposition n° 22 :

Permettre le regroupement des dossiers posant des questions similaires.

Proposition n° 23 :

Instaurer une demande d'avis à la chambre sociale de la Cour de cassation pour l'interprétation des conventions collectives.

Proposition n° 24 :

Réformer les conditions de saisine du tribunal des prud'hommes.

Proposition n° 25 :

Exiger du défendeur un effort de communication préalable à l'audience en cas de preuve partagée.

Proposition n° 26 :

Informar les parties sur le lien entre l'instance et les droits de Pôle emploi et permettre la délivrance lors de l'audience d'une attestation aux fins d'inscription à Pôle emploi.

Proposition n° 27:

Assurer aux justiciables une information de qualité.

Proposition n° 28 :

Transformer le bureau de conciliation en bureau de conciliation et d'orientation (BCO).

Proposition n° 29 :

Enrichir les pouvoirs du bureau de conciliation en matière de règlement amiable des litiges.

Proposition n° 30 :

Sécuriser la conciliation en établissant un document Cerfa à cet effet.

Proposition n° 31 :

Réaffirmer le pouvoir du BCO de prendre toute mesure d'injonction, de condamnation provisionnelle ou d'instruction.

Proposition n° 32 :

Donner le pouvoir au BCO de délivrer une décision valant attestation Pôle emploi.

Proposition n° 33 :

Permettre le renvoi immédiat au juge départiteur.

Proposition n° 34 :

Prévoir le jugement immédiat de l'affaire par le BCO en cas d'absence injustifiée du défendeur.

Proposition n° 35 :

Instaurer une véritable mise en état.

Proposition n° 36 :

Réaffirmer les obligations en matière d'audience et de délibéré.

Proposition n° 37 :

Réaffirmer le pouvoir des chefs de cour de surveiller le fonctionnement des tribunaux des prud'hommes.

Proposition n° 38 :

Limiter, lors de l'audience de départage, les causes de remplacement des juges prud'homaux aux cas d'empêchement légitime.

Proposition n° 39 :

Rendre obligatoire devant la cour d'appel la représentation par avocat ou par défenseur syndical.

Proposition n° 40 :

Créer un statut des défenseurs syndicaux.

Proposition n° 41 :

Adopter une procédure écrite devant la cour d'appel.

Proposition n° 42 :

Aménager l'unicité de l'instance.

Proposition n° 43 :

Supprimer les dispositions du code du travail relatives à la péremption d'instance pour aligner celle-ci sur le droit commun.

Proposition n° 44 :

Créer un circuit court simplifié pour certains litiges.

Proposition n° 45 :

Conclure des contrats d'objectifs dans les juridictions en difficulté.

« Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ? », V. Orif, Droit social 2015 p.819 (extraits).

Des enjeux sociétaux contradictoires et d'autres spécifiques à une amélioration du fonctionnement des juridictions prud'homales doivent être pris en considération. L'une des difficultés principales réside dans les délais de traitement par les juridictions prud'homales. Cette longueur de la procédure prud'homale, parfois excessive, a entraîné plusieurs condamnations en série de l'État car cette situation peut aboutir à un déni de justice. Ces condamnations sont l'un des facteurs ayant sensibilisé les pouvoirs publics sur la nécessité de moderniser la justice prud'homale. Le rallongement des durées repousse les solutions des litiges au détriment des droits des justiciables.

Toutefois, il convient de se méfier. Certes, améliorer les délais de traitement des litiges pour respecter les exigences du délai raisonnable est important. Cependant, les attentes du justiciable ne se limitent pas à cette question. Par exemple, il recherche une justice de qualité avec la volonté d'être entendu par le juge. De plus, en ne justifiant les évolutions de la justice prud'homale que sous le prisme des délais, le danger est de ne se concentrer que sur la gestion des stocks d'affaires. La tentation pourrait être grande de chercher à limiter le recours au juge. Il est loin d'être acquis que toutes les mesures actuellement élaborées auront les incidences recherchées sur les délais de traitement des litiges. Il convient donc d'avoir une vision d'ensemble de toutes les questions puisque chaque règle de procédure peut avoir des incidences sur les autres et modifier la philosophie générale du procès prud'homal. Ainsi, au regard des informations disponibles, il convient de s'interroger sur les principales règles susceptibles de répondre aux mieux aux difficultés des juridictions prud'homales. Plus spécialement, à partir des rapports sur la justice et de la loi Macron, il faut tenter d'identifier les Commandements qui devront être respectés tant par les justiciables que les juges dans le cadre de la nouvelle procédure prud'homale. L'opération peut sembler périlleuse. Parmi les différentes pistes envisageables, certaines se contredisent. Pour prendre en considération les spécificités du procès prud'homal, des solutions originales peuvent être envisagées. Ceci se vérifie particulièrement pour l'évolution des règles existantes. Les Commandements à moderniser doivent donc être analysés (I). En outre, de nouvelles règles ont été adoptées ou sont sur le point de l'être. Dès lors, les nouveaux Commandements de la procédure prud'homale doivent être examinés (II).

I. - Les Commandements à moderniser

La procédure prud'homale a plusieurs spécificités. Néanmoins, des modifications sont indispensables. À défaut, ces particularités peuvent éventuellement disparaître.

Tu chercheras une solution amiable

Les juridictions prud'homales sont marquées par leur histoire. À l'origine, la très grande majorité des litiges s'achevaient dès le stade de la conciliation. Puis, il y a eu un long déclin. Le taux de conciliation est passé de 80 % à 10 %. La tentative de conciliation est parfois perçue comme inutile et coûteuse. Cependant, sans pour autant dénier l'existence de difficultés à surmonter, cette approche purement statistique est à relativiser. Devant les juridictions prud'homales, un taux important de litiges s'achevant avant jugement reste important puisqu'en 2012 il était encore de 40 %. Dans ce contexte, une évolution de la procédure prud'homale est recherchée. Pour y parvenir, le législateur a effectué deux choix, qui paraissent contradictoires.

D'une part, il réaffirme la place centrale que devrait occuper la tentative obligatoire de conciliation. Pour l'instant, il se contente de rappeler que le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) doit procéder à une tentative de conciliation. Cette simple réaffirmation par la loi de dispositions réglementaires existantes devrait avoir une incidence minimale sur la situation actuelle. La loi ajoute que, désormais, les conseillers prud'hommes peuvent effectuer une audition séparée des parties pour

tenter de trouver un accord. L'idée de cette audition séparée peut sembler intéressante. Toutefois, elle nécessite du temps. Or, celui-ci fait actuellement défaut. La mise en oeuvre de cette mesure reste hypothétique. Par ailleurs, pour améliorer le taux de conciliation, il convient de chercher les raisons de sa faiblesse. Des explications résident, notamment, dans l'absence de communication des pièces avant l'audience du bureau de conciliation, la faible durée de cette audience ou le comportement de certains acteurs du procès. Ainsi, le non-respect de la comparution personnelle des parties, spécialement des défendeurs, devant le bureau de conciliation est un obstacle. Pourtant, les conseillers prud'hommes ne cessent de souligner qu'il est plus facile d'aboutir à une conciliation lorsque les deux parties comparaissent. Il est également important de chercher à sécuriser l'accord conclu devant le bureau de conciliation. Le procès-verbal doit spécialement être rédigé avec l'objet de la demande, ce qui permet de bien faire ressortir que la conciliation apporte une réponse au litige des parties. Concernant la communication préalable des pièces, il faut être plus exigeant envers les parties. Actuellement, il est simplement indiqué que les parties sont invitées par le greffe à se munir de toutes les pièces utiles pour procéder à la tentative de conciliation. Cependant, la conclusion d'un accord n'est possible que si chaque partie connaît l'étendue de ses droits car il est impossible de négocier sur des droits incertains. Une modification des conditions de saisine du conseil de prud'hommes est nécessaire. Ainsi, l'employeur, qui dispose le plus souvent des pièces, devrait les déposer au préalable au greffe. Ce dernier inviterait postérieurement le demandeur à venir les consulter ou à en prendre des copies. Cette obligation existe déjà pour les licenciements pour motif économique. Toute la difficulté réside dans l'identification d'une sanction adaptée permettant de faire respecter cette obligation. Il faut éviter de se contenter d'un simple renvoi.

D'autre part, en dépit de résistances passées, la loi Macron a fait le choix d'autoriser la médiation conventionnelle et la procédure de convention participative pour trouver une solution aux litiges individuels du travail. Potentiellement, l'extension des domaines de ces modes de résolution des conflits pourrait permettre de sortir d'une logique de conflit. De plus, la recherche d'une solution amiable est présentée comme une manière de responsabiliser les parties tout en favorisant un traitement rapide du conflit. Toutefois, cette évolution peut sembler paradoxale par rapport à l'objectif de la loi qui vise à renforcer la place de la conciliation menée par le bureau de conciliation. En outre, ces mesures semblent plus justifiées par une logique gestionnaire puisqu'elles évitent des saisines du juge. Pourtant, il n'est pas certain que l'objectif recherché soit atteint. En effet, la perception des promoteurs de la loi, fondée sur un faible taux de conciliation, paraît erronée car ils n'ont pas pris en considération l'évolution des litiges individuels du travail. En effet, le taux de solution amiable des litiges soumis au juge prud'homal reste élevé. De plus, avec la rupture conventionnelle du contrat de travail, il y a eu un durcissement des litiges soumis au conseil de prud'hommes. Ce nouveau mode de rupture a effectivement écarté des prud'hommes les ruptures pour lesquelles il était aisé de trouver une solution amiable.

Tu comparâtras personnellement

Traditionnellement, devant les juridictions prud'homales, les parties doivent comparaître personnellement. Elles peuvent se faire représenter si elles justifient d'un motif légitime. Cette exigence est plus difficilement respectée par les employeurs. D'ailleurs, il faut reconnaître que cette obligation est plus complexe à observer pour les grandes entreprises dans lesquelles les actes pris au nom du dirigeant ne le sont pas nécessairement par lui. La tendance est alors de faciliter la représentation des parties par un défenseur, spécialement un avocat. Ainsi, depuis le décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, une partie peut être représentée devant le BCO. Le mandataire doit alors être muni d'un mandat spécial pour concilier. En revanche, si le mandataire est un avocat, il dispose d'une dispense générale d'avoir à justifier d'un mandat spécial pour concilier. De même, les juges apprécient souplement l'existence d'un motif légitime de non-comparution. La loi Macron paraît redonner sa place à l'exigence de comparution personnelle des parties. En effet, elle permet au BCO de juger directement l'affaire si une partie ne comparaît pas et ne justifie d'un motif légitime. Cette évolution est positive car elle offre la possibilité de sanctionner le défaut de comparution du défendeur lors de la tentative de

conciliation. Toutefois, il ne s'agit que d'une faculté. En outre, il faudrait une évolution de la jurisprudence sur l'appréciation du motif légitime. Ces quelques observations invitent à se demander si l'obligation de comparution personnelle ne risque pas, au moins *de facto*, de disparaître. Ce serait regrettable. Outre son incidence sur la recherche d'une solution amiable, la comparution personnelle des parties donne à la justice un visage plus humain. Elle montre aussi l'importance du procès aux justiciables qui sont obligés de se déplacer. Des solutions sont à chercher pour simplifier la comparution personnelle des parties, particulièrement pour les employeurs. Il faudrait éventuellement identifier des personnes, autres que le dirigeant, pouvant représenter l'entreprise. Actuellement, ceci est possible par la remise d'un mandat. Néanmoins, cette remise dépend du bon vouloir de l'employeur. Il serait éventuellement possible de fixer dans la loi une liste de personnes susceptibles de représenter l'employeur devant les juridictions. Il doit s'agir de personnes avec un degré de responsabilité suffisant et qui sont susceptibles de connaître suffisamment les litiges. Cette exigence de la comparution personnelle doit être mise en perspective avec l'oralité de la procédure.

Tu suivras une procédure orale

Dans les litiges prud'homaux, la procédure orale a mauvaise réputation. Elle serait contraire au principe du contradictoire et elle serait à l'origine de la durée des procédures. Il faudrait alors envisager de passer une procédure écrite, au moins devant la cour d'appel. L'extension du domaine de la procédure écrite devrait également inciter à s'interroger sur le maintien de l'obligation de comparution des parties devant les juridictions prud'homales. Toutefois, il est possible de tempérer cette sévérité et de mieux identifier les causes des dysfonctionnements avant de sacrifier l'oralité de la procédure prud'homale. D'abord, l'oralité de la procédure n'implique pas nécessairement une durée excessive des procédures. Certes, devant les juridictions prud'homales, en 2012, la durée moyenne des affaires terminées était de 13,3 mois. Cependant, devant le tribunal d'instance et le tribunal de commerce, où la procédure est également orale, cette durée était respectivement de 5 et de 5,4 mois. La seule oralité de la procédure n'explique donc pas la durée de la procédure devant les conseils de prud'hommes. Il faut aussi prendre en considération la complexité des affaires, puisque les parties ont l'obligation de soumettre au juge toutes leurs demandes relatives à un même contrat de travail, ainsi que la passion du litige entre les parties. Ensuite, concernant l'atteinte au principe du contradictoire, la critique paraît plus sérieuse. En effet, certaines parties prennent prétexte de l'oralité de la procédure pour invoquer tardivement de nouveaux moyens ou produire de nouvelles pièces. Ces comportements dilatoires sont encouragés par la jurisprudence puisqu'elle considère qu'il existe une présomption du respect du principe du contradictoire. Plus précisément, il est jugé que les prétentions formées oralement au cours de l'audience sont présumées avoir été débattues contradictoirement. Cette solution est spécialement appliquée aux conclusions déposées le jour de l'audience. Il serait simple de lutter contre ces dérives. Il faudrait abandonner cette présomption qui affaiblit un principe directeur du procès essentiel. Il est également temps de réfléchir à l'instauration d'une véritable mise en état même si la procédure est orale.

Tu mettras l'affaire en état

Contrairement à certains préjugés, une procédure orale n'exclut pas une mise en état de l'affaire. D'ailleurs, pour la procédure devant le conseil de prud'hommes, il existe plusieurs textes qui permettent de procéder à une mise en état soit par le bureau de conciliation, soit par des conseillers rapporteurs. En théorie, l'affaire ne devrait être transmise devant le bureau de jugement que si elle est en état d'être jugée. Cependant, souvent les juges n'exercent pas leurs pouvoirs de mise en état. Même des conseillers de cour d'appel hésitent à écarter des pièces et écritures communiquées tardivement en application de l'article 135 du code de procédure civile. Dès lors, l'alternative est la suivante. Lorsqu'une partie, spécialement le défendeur, communique tardivement des pièces ou conclusions, le juge peut soit renvoyer l'affaire, soit considérer qu'il y a une présomption du respect du contradictoire. Puisqu'il n'y a pas de réelle sanction d'une communication tardive, il est tentant pour les parties de ne pas respecter les éventuels échanges de délais fixés ou d'être négligentes. Cette dérive de la procédure devant les

juridictions prud'homales entraîne des coûts inutiles tant pour les juridictions que les justiciables. En effet, cette situation implique un encombrement des rôles et des déplacements inutiles des parties et de leurs défenseurs. Un changement des comportements est indispensable. L'adoption de nouvelles règles ne sera pas suffisante. Pour le moment, la loi Macron se contente de reprendre des dispositions réglementaires existantes. Elle précise que le BCO assure la mise en état des affaires. Si l'affaire n'est pas en l'état d'être jugée, la mise en état est effectuée par le bureau de jugement. Éventuellement, un ou deux conseillers rapporteurs peuvent être désignés pour procéder à la mise en état de l'affaire en prescrivant toute mesure nécessaire. Pour que la réforme produise des effets utiles, des évolutions doivent être apportées tant à destination des parties que des juges.

D'abord, concernant les parties, elles sont très souvent assistées ou représentées devant les juridictions prud'homales. Il est alors possible d'être plus exigeant à leur encontre. Une conception trop rigide de la mise en état doit être évitée en raison de l'oralité de la procédure. Il est aussi important de prendre en considération la nécessaire évolution du litige. En effet, les parties doivent avoir la possibilité de soumettre des demandes nouvelles au cours du procès, ce qui implique de nouveaux moyens et de nouvelles pièces, en raison de la règle de l'unicité de l'instance. Pour autant, il est indispensable de lutter contre les pratiques qui aboutissent à des renvois inutiles des litiges. Il ne faut alors pas avoir peur de sanctionner les communications tardives qui ne respectent pas le principe du contradictoire. Il est possible de s'inspirer de l'article 446-2 du code de procédure civile qui permet au juge d'écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense. Toutefois, à la différence de cet article, l'accord des parties ne doit pas être requis pour la fixation des délais. Une autre possibilité serait d'indiquer que, sauf circonstance nouvelle, il ne peut plus y avoir d'échanges de conclusions et de pièces entre les parties un certain délai avant l'audience.

Ensuite, s'agissant des juges, ceux-ci ne doivent pas hésiter à utiliser leurs pouvoirs. Une interrogation est de savoir si la formation paritaire n'est pas un obstacle à la mise en état de l'affaire. Est-il utile d'avoir des renvois devant la formation de départage pour ces questions ? La simple menace d'un tel renvoi n'incite-t-elle pas à ne pas exercer ces pouvoirs ? La réponse envisagée est de soumettre le contrôle des délais au greffier du conseil de prud'hommes. Le greffier saisirait alors le président de chambre ou de section pour qu'il ordonne toute mesure utile. Cette solution originale pourrait permettre une évolution positive. Il est important que les décisions juridictionnelles restent prises par un juge. Néanmoins, il serait utile de s'assurer d'une harmonisation des décisions prises par les présidents de chambres ou de section. L'alternance des présidents ne devrait pas impliquer une modification profonde des solutions adoptées. Il est également indispensable que le BCO remplisse son office en matière de mise en état. Il ne faut pas attendre la première audience devant le bureau de jugement pour organiser l'éventuel échange de conclusions et pièces, surtout si les parties décident de recourir à des écritures.

Ainsi, les principales spécificités de la procédure prud'homale pourraient être maintenues. De simples évolutions, des textes et des comportements des différents acteurs du procès prud'homal, aboutiraient à une évolution notable. Il n'en demeure pas moins que de nouveaux Commandements peuvent également impliquer des changements importants.

II. - Les nouveaux Commandements

La quête de l'amélioration de la justice prud'homale passe par la proclamation de nouveaux Commandements. Une difficulté est que certains sont inconciliables entre eux. Un autre obstacle est que le contenu de certains de ces nouveaux Commandements reste débattu.

Tu orienteras l'affaire devant la formation de jugement la plus adaptée

C'est l'une des innovations importantes de la réforme actuelle. Le BCO acquiert de nouveaux pouvoirs d'orientation de l'affaire, ce qui explique l'évolution du nom du bureau de conciliation. En cas d'échec

de la tentative de conciliation, outre le renvoi devant la formation de jugement, le BCO dispose de deux nouvelles possibilités pour orienter l'affaire.

D'une part, le BCO a la faculté de renvoyer l'affaire devant la formation restreinte du bureau de jugement qui est censée statuer dans un délai de trois mois. Cette formation restreinte est composée d'un conseiller prud'homme employeur et d'un conseiller prud'homme salarié. Ce renvoi nécessite l'accord des deux parties. Cette faculté d'un circuit simplifié ne concerne que les litiges relatifs au licenciement ou à une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. Pour autant, ces litiges représentent la très grande majorité des contentieux prud'homaux. Il y a une volonté de gérer les masses d'affaires. Néanmoins, actuellement, il n'est pas acquis que la mesure produira des effets concrets. En effet, il est peu probable que les parties donnent leur accord puisque le respect du délai de trois mois est incertain. L'expérience montre que le plus souvent les délais imposés au juge prud'homal pour trancher le litige ne sont pas respectés.

D'autre part, en cas d'échec de la conciliation, les deux conseillers du BCO peuvent renvoyer directement l'affaire devant la formation présidée par le juge départiteur. Cette faculté est offerte dans deux hypothèses : soit les parties le demandent au BCO, soit ce dernier le décide d'office si la « nature du litige le justifie ». De plus, à la différence du renvoi devant cette formation en cas de partage des voix, le juge départiteur ne peut pas statuer seul si des conseillers prud'hommes sont absents. En dépit des termes utilisés, il n'y a pas de départage dans cette situation. Il s'agit en réalité d'une introduction, partielle, de l'échevinage devant les juridictions prud'homales. Celle-ci soulève plusieurs difficultés, particulièrement quant au critère de la « nature de l'affaire » qui permet au BCO d'user de cette faculté. Avant de l'étendre, le législateur semble vouloir vérifier si cette modalité sera utilisée par les juges et les justiciables. La technique utilisée ne semble pas des meilleures pour effectuer l'une des réformes qui est susceptible de modifier le plus en profondeur les juridictions prud'homales.

Tu seras jugé par une juridiction échevinée

L'instauration de l'échevinage devant les juridictions prud'homales est un vieux serpent de mer. Il ressurgit régulièrement avant de disparaître. Le rapport Marshall propose d'instaurer l'échevinage tant devant le conseil de prud'hommes que la cour d'appel. La loi Macron envisage d'y recourir dans certains litiges. Les hostilités sont nombreuses puisqu'il s'agit d'une remise en question du paritarisme des conseils de prud'hommes. Pris sous l'angle des exigences du délai raisonnable, il est tentant de l'instaurer. En effet, ceci implique la suppression d'au moins une étape devant le conseil de prud'hommes puisqu'il n'y aurait plus de procédure spécifique pour effectuer un renvoi devant la formation de départage. Cependant, l'argument temporel n'est pas l'argument principal pour instaurer l'échevinage. Il faut se demander si cette évolution peut améliorer la qualité de la justice pour les justiciables. L'utilité des conseillers prud'hommes concernant l'appréciation des faits est indéniable. En revanche, l'une des difficultés réside dans leur maîtrise des règles de droit et du raisonnement juridique. L'apport d'un juge professionnel pourrait être intéressant pour améliorer la maîtrise des règles juridiques et de la rédaction des jugements. Une formation de quelques semaines par mandat semble insuffisante pour maîtriser les règles aussi bien du droit du travail que de procédure. Toutefois, cet apport ne pourrait être bénéfique que si les magistrats professionnels sont spécialisés pour les questions du droit du travail. Ils devraient être rattachés de manière permanente aux juridictions du travail. Cette spécialisation serait d'autant plus nécessaire si la compétence des juridictions prud'homales est étendue aux litiges collectifs du travail. Par ailleurs, au regard du coût de la réforme, celle-ci ne paraît pas d'actualité. En définitive, il convient de bien mesurer les avantages et les risques de cette réforme avant d'y procéder. Il faut aussi discuter avec les partenaires sociaux. Si cette solution apparaît la meilleure pour améliorer la qualité de la justice du travail, il importe d'être volontaire pour l'instaurer.

Quoi qu'il en soit, si l'échevinage est un jour introduit, il faut essayer de trouver des solutions innovantes pour maintenir un investissement des conseillers prud'hommes dans leur mission. A *minima*, les conseillers prud'hommes doivent avoir une voix délibérative et rédiger des décisions.

Contrairement au modèle habituel, il est envisageable d'instaurer une présidence tournante entre les magistrats professionnels et les conseillers prud'hommes. Il faut éviter de donner le sentiment d'une hiérarchie entre les différents juges. Pour surmonter les difficultés actuelles du départage, l'intervention du magistrat professionnel ne doit plus être subie. L'échevinage sera d'autant plus intéressant que les conseillers prud'hommes et les magistrats professionnels collaboreront en toute confiance.

Tu seras assisté par un défenseur

Aujourd'hui, même si la procédure prud'homale est sans représentation obligatoire, les parties sont majoritairement assistées ou représentées par un défenseur. Il est alors proposé d'avoir une procédure d'appel avec représentation obligatoire. Cette proposition est discutable. En effet, le choix de la représentation implique la suppression de l'obligation de comparution personnelle des parties. Pour autant, la présence d'un défenseur systématiquement au côté des parties permettrait d'améliorer la situation des justiciables. Certes, ce n'est pas une garantie pour une amélioration des délais de traitement, puisque les dérives actuelles existent alors que les avocats et les défenseurs syndicaux assistent ou représentent très régulièrement les justiciables. En revanche, cette évolution pourrait être intéressante pour mieux garantir l'égalité des armes entre les justiciables. Une véritable nouveauté résiderait dans l'instauration d'une assistance obligatoire des parties. Ceci permettrait de concilier une défense de qualité des parties et l'obligation de comparution personnelle. Puisqu'il ne s'agit que d'une assistance, les juges ne devraient pas s'interdire d'échanger directement avec les parties s'ils souhaitent avoir des éclaircissements ou explications sur le litige. Par ailleurs, cette assistance obligatoire des parties ne devrait pas se limiter à la cour d'appel. Elle devrait aussi concerner la première instance. La seule exception pourrait être la procédure de référé où les justiciables viennent encore fréquemment seuls. Il est aussi important de s'assurer que le libre choix du défenseur par les justiciables ne soit trop réduit à l'issue de cette réforme.

Tu suivras la procédure d'appel de droit commun

Une réforme de la procédure prud'homale ne peut pas être complète si la question de l'appel n'est pas traitée. Deux points doivent être rapidement abordés.

D'abord, la question se pose de savoir s'il ne faut pas étendre à la matière prud'homale la procédure d'appel écrite avec représentation obligatoire. Ceci permettrait une certaine unité devant la cour d'appel. D'ailleurs, la procédure en matière commerciale ne connaît pas de dérogation en appel alors qu'il existe une procédure spécifique en première instance. De plus, en appel, il est soutenu que le litige devient plus technique, car il faut remettre en cause un jugement, et qu'il est tranché par des magistrats professionnels. Il ne serait donc pas nécessaire d'avoir des règles de représentation et de procédure aussi souples qu'en première instance. L'une des vertus serait alors d'avoir une procédure de mise en état mieux structurée. Néanmoins, la réforme de l'appel opérée en 2009 et les évolutions de jurisprudence adoptées pour assouplir le cadre, perçu comme trop rigide, ne permettent pas encore de mesurer si cette évolution serait utile. Par ailleurs, au regard des pratiques existantes, il est possible de chercher à instaurer une véritable mise en état tout en conservant une procédure orale. Ceci permettrait de garantir une unité du litige prud'homal. Ce choix pourrait s'avérer d'autant plus adapté si un jour l'échevinage est aussi instauré devant la cour d'appel. Les justiciables auraient ainsi le sentiment que la lecture du litige est identique entre la première instance et l'appel.

Ensuite, en matière prud'homale, le taux d'appel est élevé. En 2014, ce taux était de 67 %. En outre, le faible taux de confirmation totale des jugements prud'homaux est présenté comme un signe de défiance des justiciables envers les conseils de prud'hommes. La procédure menée devant le conseil de prud'hommes ne serait qu'un « simple tour de chauffe ». Il faut se méfier d'une approche trop caricaturale. Il apparaît effectivement qu'en matière prud'homale le taux d'appel a toujours été élevé. De plus, avec les évolutions relatives au taux de ressort, il y a eu une augmentation mécanique du nombre d'appels pouvant être interjetés par les justiciables. Il ne faut pas omettre, particulièrement en

raison de la règle de l'unicité de l'instance, que les parties doivent multiplier les chefs de demande. Il n'est donc pas surprenant que le taux d'infirmité partielle soit assez élevé. Chacune des parties a facilement intérêt à interjeter appel. Si le salarié est débouté, il a intérêt à soumettre une deuxième fois ses demandes. Inversement, lorsque l'employeur est condamné, l'effet suspensif de l'appel lui permet *a minima* de gagner du temps. L'une des pistes de réflexion pour diminuer le taux d'appel serait d'étendre le domaine de l'exécution provisoire. Ceci permettrait de lutter contre les pratiques visant à interjeter appel pour simplement gagner du temps dans l'exécution des condamnations. Cette évolution protégerait mieux les droits de la partie qui a obtenu gain de cause en première instance.

En définitive, la justice prud'homale n'est pas encore sauvée. Des choix doivent être effectués pour déterminer le contenu de la nouvelle procédure prud'homale susceptible de résoudre les difficultés actuelles. Il faut espérer que les textes réglementaires, permettant d'identifier les orientations retenues, seront adoptés prochainement.

« Une justice alternative aux prud'hommes », H. Flichy, *Les cahiers du DRH*, 2016, p. 230 (extraits).

Le fonctionnement non satisfaisant des juridictions prud'homales a été observé par nombre d'acteurs du droit du travail. Pour y remédier, certains préconisent le recours à l'arbitrage. Qui de mieux que le créateur du Cnat¹, *Hubert Flichy*, avocat, pour présenter les contours de cette nouvelle forme de justice appelée, qui sait, à prospérer ?

DU CONSEIL DES PRUD'HOMMES À L'ARBITRAGE

[...]

Qu'est-ce que l'arbitrage ?

Aux côtés des indispensables réformes de la procédure prud'homale, le recours à l'arbitrage est une solution immédiatement accessible au justiciable, rapide, légale et peu coûteuse. Elle n'a bien sûr aucunement vocation à concurrencer les conseils de prud'hommes. Elle n'en a ni les moyens, ni l'ambition. Elle offre simplement une alternative, subordonnée à l'accord des parties en litige, leur permettant de faire trancher leur différend, non par le juge d'État, mais par un juge qu'elles auront choisi.

Le recours à l'arbitrage en matière sociale est fréquent dans de nombreux États. Dans des pays de *Common Law*, comme aux États-Unis ou au Canada. Dans des pays de *Civil Law*, comme aux Pays-Bas ou en Suède. Et même dans des pays qui connaissent, aux côtés de l'arbitrage, une justice du travail d'État très semblable à la justice prud'homale française, comme par exemple Israël.

En France, le recours à l'arbitrage reste marginal.

D'une certaine manière, c'est un paradoxe, car la France, et singulièrement Paris, sont parmi les premières places mondiales en matière d'arbitrage, notamment grâce à une procédure civile particulièrement sécurisante pour la justice privée.

Jusqu'alors, en matière sociale, les pouvoirs publics et les praticiens ont semblé préférer à l'arbitrage d'autres modes alternatifs de règlement des litiges, comme la médiation.

Il faut malheureusement faire un constat. En matière commerciale, comme en matière familiale, la médiation fonctionne bien. Il est vrai que les parties ont un intérêt majeur à préserver leurs relations. Le fournisseur ne veut pas se fâcher définitivement avec un client avec qui il garde espoir de travailler. Les conjoints, quant à eux, même s'ils traversent une période difficile, souhaitent dans l'intérêt de l'enfant trouver une solution. La situation n'est pas tout à fait la même en matière sociale. La médiation intervient généralement trop tard, à un moment où le salarié est définitivement brouillé avec son employeur. Devant certaines cours d'appel, les magistrats proposent même d'avoir recours à la médiation au seuil de l'audience, voire après les plaidoiries ! On imagine mal comment, le couteau une ultime fois remué dans la plaie, chacune des parties pourrait avoir envie de s'asseoir à la table des négociations et « accoucher » d'un accord, puisque la médiation est une maïeutique !

Quoi qu'il en soit, il est des différends dans lesquels il faut qu'un juge tranche. Et, si le juge d'État ne s'avère pas assez disponible aux yeux des parties, celles-ci peuvent, même en droit du travail, s'adresser à un juge privé.

¹ Note du jury : Centre national d'arbitrage du travail.

VRAIS MÉRITES ET MAUVAISES CRITIQUES DE L'ARBITRAGE

Des atouts indéniables

Pour pallier le manque de juges d'État, professionnels ou non, le recours à l'arbitrage doit être encouragé. Il permet en effet un traitement non seulement **plus rapide**, mais aussi plus **approfondi** des dossiers.

Cette accélération est profitable au salarié, bien entendu, impatient de recevoir l'indemnisation à laquelle il aspire, mais aussi d'en terminer avec le conflit qui l'oppose à son employeur. Il a besoin, pour retrouver un emploi, d'être mentalement disponible. Il lui faut pour cela oublier la querelle qui l'occupait jusque-là. Il a besoin de passer à autre chose.

C'est aussi dans l'intérêt de l'entreprise. Les contentieux qui durent plusieurs années coûtent cher en avocat car, à chaque fois que l'intéressé se remet au dossier, il lui faut réapprendre. Celui qui a commencé à suivre une affaire n'est pas forcément celui qui, quelques années plus tard, la plaidera. À cela s'ajoute la perte naturelle de l'information. Il n'est pas rare pour nous, avocats d'entreprise, de ne plus avoir d'interlocuteurs ayant vécu les événements à l'origine du contentieux. Il faudra alors des heures pour reconstituer ce qui s'est passé, récupérer les pièces, sans succès garanti bien entendu.

Autrement dit, ceux qui expliquent que l'entreprise a tout intérêt à laisser traîner en longueur ses contentieux prud'homaux, ne serait-ce que pour passer des provisions pour risque et réduire ainsi le bénéfice imposable, sont très éloignés des véritables enjeux des entreprises et de leur pratique quotidienne.

Autre atout de l'arbitrage : la **confidentialité**. C'est là un avantage parfois décrié. On y voit une volonté trouble de dissimuler alors que, beaucoup plus simplement, les parties, y compris le salarié, peuvent souhaiter une certaine discrétion à un moment où ils pensent, souvent à tort, que des oreilles indécrites s'intéressent à leur dossier. Que l'on pense aux griefs, parfois peu flatteurs, qui ont motivé la rupture ; que l'on pense aux rumeurs scabreuses qui constituent parfois le contexte des dossiers ; que l'on pense aux montants des rémunérations ou des demandes en justice, qui donnent parfois le vertige. Voilà autant de raisons pour lesquels ce sont bien souvent les salariés qui souhaitent éviter la publicité des débats et de la décision.

Des critiques infondées

L'arbitrage est une **procédure coûteuse**, objecte-t-on encore. C'est sans compter deux éléments.

D'une part, une procédure rapide, comme nous l'avons vu, est moins coûteuse en avocat. D'autre part, un barème adapté peut limiter les coûts d'arbitre. C'est précisément l'ambition du barème du Centre national d'arbitrage du travail qui fait peser l'essentiel des frais d'arbitrage (c'est-à-dire la rémunération des tâches administratives réalisées par le centre d'arbitrage) et honoraires d'arbitres sur l'employeur, plutôt que sur le salarié.

Autre objection non pertinente : on craint la **partialité du tribunal** arbitral. Or, le principe même de l'arbitrage est que les parties choisissent leur juge, soit qu'elles s'accordent sur un nom, soit qu'elles désignent chacun un arbitre, ceux ainsi désignés choisissant, en accord, le troisième arbitre. Finalement, la situation n'est pas si différente de celle rencontrée devant les prud'hommes où les juges étaient élus et sont dorénavant désignés pour moitié par les organisations patronales, pour moitié par les syndicats de salariés. Au demeurant, de nombreux anciens magistrats, universitaires, personnalités juridiques, dont l'impartialité est au-dessus de tout soupçon nous ont rejoints. Ils pourront, si les parties les désignent, assurer des arbitrages de grande qualité.

Dernière critique récurrente et tout aussi dénuée de pertinence : l'arbitrage ne serait **pas légal en matière de droit du travail**. On avance à cet égard deux objections, la première étant que le salarié n'aurait pas la possibilité de compromettre.

Rappelons que l'arbitrage peut résulter soit d'une clause compromissoire insérée dans le contrat qui lie les parties, soit d'un compromis postérieur à la rupture du contrat.

Dans ce dernier cas, la validité du recours à l'arbitrage ne fait pas l'ombre d'un doute. S'il en était besoin, on se reportera à un arrêt du 14 décembre 1990 de la Cour d'appel de Paris affirmant, à juste titre, « *que si, en application de ce texte, la clause compromissoire soumettant à l'arbitrage un conflit individuel en droit du travail doit être réputée non écrite, cette disposition ne fait pas obstacle à la conclusion, entre les parties, d'un compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail* ».

La question de la validité de la clause compromissoire a pu sembler plus délicate. Pourtant, si la Cour de cassation juge très clairement que la clause compromissoire est inopposable au salarié qui ne souhaiterait pas sa mise en œuvre, elle se garde bien de dire que la clause est nulle. La solution, un temps différente en cas de contrat de travail international, est désormais identique que le contrat de travail comporte ou non des éléments d'extranéité.

Dans un arrêt « *Deloitte* », la Cour de cassation, après avoir constaté l'existence d'une charte à laquelle avaient adhéré les salariés du groupe de haut niveau, a affirmé que « *la cour d'appel en a déduit à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la charte constituait pour les stipulations concernées un avenant au contrat de travail et que, dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du Code du travail* ».

Le salarié peut donc, soit refuser l'arbitrage qui était prévu dans son contrat, soit au contraire l'accepter et s'y soumettre.

Dernière objection : le conseil de prud'hommes aurait une compétence exclusive, en vertu de l'article L. 1411-4 du Code du travail, aux termes duquel : « *Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite* ».

On ajoute qu'à une époque ancienne ce même article prévoyait la possibilité, à titre dérogatoire, de recourir à l'arbitrage, ce que le texte aujourd'hui ne mentionne plus. C'est le signe, a-t-on pu entendre, que si l'arbitrage fut légal en droit du travail, il ne l'est plus aujourd'hui.

Rien n'est plus faux.

L'article L. 1411-4 (anciennement L. 511-1) du Code du travail réservait en effet au conseil de prud'hommes une compétence exclusive, « [...] à l'exception du compromis d'arbitrage, postérieur à l'expiration du contrat de travail ».

En 1982, le texte de l'article L. 1411-4 du Code du travail a été modifié. Il n'a plus explicitement autorisé le compromis d'arbitrage. Mais, interrogé sur cette évolution du texte, le ministre *Jean Auroux* avait alors déclaré : « *Je tiens à préciser que le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent, [...] les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du Gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale* ».

L'arrêt de la Cour de cassation déjà cité, en ce qu'il déclare seulement inopposable et non pas nulle la clause compromissoire prévue dans un contrat de travail, conforte bien l'idée que le conseil de prud'hommes n'a pas une compétence exclusive.

En réalité, cette exclusivité du conseil de prud'hommes signifie simplement que, depuis la création de la section encadrement, les cadres n'ont plus la possibilité, comme ils l'avaient auparavant, de saisir le tribunal de commerce ou le tribunal d'instance.

Autrement dit, si un juge d'État doit être saisi, c'est le conseil de prud'hommes.

Mais cela n'interdit pas, conformément à l'article 2059 du Code civil, qui prévoit que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* », que les parties puissent préférer confier le règlement de leur litige à l'arbitrage.

« Non à l'arbitrage comme alternative au juge prud'homal »

SAF, syndicat des avocats de France, communiqué de presse, (extraits), juillet 2014.

Le 16 décembre 2011, le Syndicat des Avocats de France adoptait un communiqué pour saluer le succès de la mobilisation syndicale conduisant le Gouvernement à écarter les litiges prud'homaux du champ de la médiation conventionnelle.

Le SAF rappelait que la procédure prud'homale française donne lieu à un préalable de conciliation auquel il n'est pas souhaitable de porter atteinte : en plus de l'obligation générale pour le Juge de tenter, tout au long de la procédure, de concilier les parties, il a été instauré une audience initiale dont une des missions essentielles est d'aboutir à une conciliation.

En 2010, déjà, pour les mêmes raisons, la procédure prud'homale avait été spécifiquement écartée du texte aménageant la procédure participative.

La chambre sociale de la Cour de Cassation réaffirme sans cesse la nullité des clauses prétendant soumettre à un arbitrage obligatoire les litiges entre employeurs et salariés qui sont de la compétence exclusive et d'ordre public du juge prud'homal.

A rebours de ces recentrages salutaires, un communiqué de presse nous annonce, à l'initiative de notre Confrère Hubert Flichy, qui se présente comme président d'Avosial, syndicat des avocats d'entreprise en droit social, et candidat au vice-bâtonnat de Paris pour 2016, la création imminente d'un Centre d'Arbitrage du Travail, appelant les avocats désireux de prendre part à ce projet à se manifester.

Ce communiqué prêche les vertus de cet « appel à un juge privé » pour faire face à « l'allongement démesuré des procédures devant certains conseils des prud'hommes » et au « sentiment des justiciables qu'un temps insuffisant leur est consacré » devant ces juridictions.

Le SAF réaffirme son opposition la plus ferme à toute démarche ayant pour objet ou pour effet l'évitement du juge et de substituer une forme de justice privée à la justice prud'homale, d'ordre public.

Alternative à une audience trop lointaine, l'arbitrage repose sur une mécanique dans laquelle le salarié -seul à espérer un règlement rapide- pourrait être contraint de brader ses droits, prolongeant ainsi le déséquilibre de la relation de travail.

L'arbitrage réduit à néant le principe de gratuité de la justice dans une privatisation du procès inutile dès lors que les parties ont toujours la possibilité de se rapprocher à tout moment avec l'aide de leurs défenseurs.

L'urgence n'est pas de créer un centre d'arbitrage, qui plus est localement, au cœur d'une initiative parisienne de campagne.

En matière prud'homale, la Jurisprudence est en outre une source de droit essentielle. Prôner le développement de l'arbitrage, c'est aussi œuvrer pour le tarissement des décisions de justice, et de leur rôle de précédent

Une fois de plus, après avoir relevé les lenteurs inadmissibles des procédures prud'homales, au lieu de diagnostiquer le pourquoi de cette situation, il est recherché des réformes sans aucun lien avec le véritable problème à résoudre. La pauvreté de la justice prud'homale est l'unique cause des délais de traitement des affaires. Fournir à cette justice essentielle à la démocratie sociale les moyens humains et matériels de juger est le seul but à retenir.

