

La portée du risque judiciaire

L'anticipation du risque judiciaire doit être vécue par l'entreprise comme un réflexe préventif indispensable si elle entend le gérer au meilleur bénéfice de ses intérêts, qu'elle soit en position de partie défenderesse ou de partie demanderesse. En pratique, c'est en qualité de partie défenderesse que l'entreprise se présente le plus souvent, pour ne pas dire quasi systématiquement, citée à comparaître devant les juridictions du travail à l'initiative de leurs salariés ou ex-salariés, ou des organisations syndicales représentatives qui s'y trouvent implantées, ou encore de leurs instances représentatives élues du personnel, voire de l'inspecteur du travail. Beaucoup plus rares en effet sont les actions judiciaires ouvertes par les entreprises à l'encontre de salariés ou d'anciens salariés, et il est aisé de le comprendre.

Le risque judiciaire est donc particulièrement présent dans le cadre de la gestion de la relation individuelle de travail établie sur la base du contrat de travail, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, et sa concrétisation trouve donc essentiellement son origine dans l'ouverture d'actions judiciaires portées à l'initiative des salariés devant le conseil de prud'hommes. Ce risque est en quelque sorte en état de veille permanente dans la mesure où il a vocation à retrouver très rapidement un visage menaçant dès qu'une dégradation suffisamment sérieuse vient atteindre le cours normal de la relation de travail, soit pendant son exécution, soit à la suite de la décision de l'employeur d'y mettre fin, cette dernière situation cristallisant à elle seule la très grande majorité de l'origine des conflits.

La première alternative est en effet relativement peu fréquente car elle expose naturellement le salarié à voir sa situation se dégrader davantage et à subir à court ou moyen terme les retombées de la mise en place par son employeur d'une stratégie de représailles en réponse.

La seconde alternative est en revanche une réalité bien concrète et les statistiques qui s'en font l'écho montrent que c'est à la suite de la rupture de son contrat de travail que le salarié, fermement décidé à ne pas en rester là, projette de saisir la justice¹.

Les relations collectives de travail, quant à elles, sont moins touchées par le risque judiciaire et cela s'explique principalement pour une triple raison :

- le côté passionnel n'a pas du tout le même niveau d'intensité, ce qui conduit le demandeur à l'instance à plus de prudence et de raison ;
- les opérations et/ou situations qui sont susceptibles de le générer sont plus rares parce que plus épisodiques ;
- enfin, leur nature même font qu'elles sont généralement conduites et gérées par l'entreprise avec une précaution et une rigueur nettement plus affirmées (ex. : établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; mise en œuvre de la négociation annuelle obligatoire ; préparation du processus électoral conduisant à la mise en place ou au renouvellement des instances du personnel, etc.).

Ceci étant, et à la différence de ce qui est observé au plan de la relation individuelle de travail, l'employeur ne se trouve pas quasi exclusivement en position de partie défenderesse au procès. L'entreprise qui entend se montrer vigilante ou qui est soucieuse à son tour de la bonne application du droit du travail, n'hésitera pas à prendre l'initiative d'une action judiciaire pour demander par exemple l'annulation de la désignation d'un délégué syndical dont elle constate qu'elle n'a pas eu lieu selon les exigences légales ou jurisprudentielles, ou le retrait d'un affichage syndical qui serait estimé non conforme à l'objet de l'action syndicale, ou encore la remise en cause de la régularité du processus électoral lors du renouvellement du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, ou encore l'infirmité de la décision de l'autorité administrative reconnaissant l'existence d'un établissement distinct pour ce qui concerne l'élection des délégués du personnel ou du comité d'entreprise.

Nombreuses sont les juridictions appelées à intervenir en droit du travail.

L'ordre **civil** retient au premier degré le tribunal de grande instance, tribunal de droit commun appelé à connaître de tous les conflits, à l'exception de ceux expressément attribués à d'autres juridictions, en l'occurrence le tribunal d'instance et le conseil de prud'hommes. La cour d'appel est juridiction du second degré.

L'ordre **pénal** retient, d'une part, le juge de proximité pour les quatre premières catégories de contraventions et le tribunal de simple police pour les contraventions

¹ Le contentieux prud'homal est essentiellement alimenté par les licenciements pour motif personnel, le licenciement pour motif économique donnant lieu pour sa part à un taux de recours beaucoup plus faible.

Pour ce qui concerne les employeurs, deux situations donnent souvent lieu à l'ouverture d'une action judiciaire de leur part : le non-respect par le salarié d'une clause de non-concurrence ou sa brusque démission.

Sur la physionomie générale du contentieux prud'homal, voir le rapport intitulé « Le droit du travail en perspective contentieuse » réalisé par Brigitte Muñoz-Perez et Évelyne Serverin en novembre 2005.

de 5^e classe, et d'autre part, le tribunal correctionnel qui trouve compétence en matière de délits¹. La cour d'appel est juridiction du second degré.

L'ordre **administratif** retient le tribunal administratif en sa qualité de juge du recours contentieux à l'encontre des décisions de l'autorité administrative, en l'occurrence du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ou de l'inspecteur du travail.

Au sommet de la hiérarchie judiciaire, se trouvent la Cour de cassation (ordre civil et pénal) et le Conseil d'État (ordre administratif). Cet ouvrage retiendra en majeure partie la jurisprudence rendue par la **chambre sociale** de la Cour de cassation.

Le positionnement du présent chapitre conduit à retenir le risque judiciaire né dans le cadre de la relation individuelle du travail puisque c'est là que se situe en pratique l'essentiel du contentieux pour lequel le conseil de prud'hommes trouve **exclusivement** compétence².

1. LES PRINCIPAUX FACTEURS EXPLICATIFS

D'UNE « JUDICIARISATION » SOUTENUE DES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

Nous en relèverons trois.

1.1. L'extension du champ de contrôle judiciaire

Elle s'est faite au fil des ans sous une double impulsion : législative et jurisprudentielle.

1.1.1. L'impulsion législative

Le législateur est lui-même à l'origine du développement de la « judiciarisation » en ayant donné progressivement au juge un large pouvoir de contrôle sur le bon déroulement et la bonne exécution des relations individuelles de travail.

Prenons comme premier exemple l'exercice du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise. Depuis la loi n° 82-689 « relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise » du 4 août 1982, le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise (C.trav., art. L.122-43 ; **art. L.1333-2**)³.

1 Le droit du travail s'est pénalisé au fil du temps et très nombreuses sont les obligations mises à la charge de l'employeur dont la violation constitue selon les cas une contravention ou un délit.

2 Sur une photographie résumée du contentieux prud'homal, voir Semaine Sociale LAMY du 18 avril 2006, « Le contentieux prud'homal se radicalise ». Concernant les juridictions de l'ordre civil, il est relevé une distorsion entre le contentieux prud'homal (97 % des affaires) et le contentieux devant les tribunaux d'instance et de grande instance (3 %).

3 Voir chapitre 5.

Prenons comme autre exemple le domaine particulièrement sensible du licenciement. Le juge s'est trouvé investi par le législateur d'une très large mission puisqu'il lui revient de vérifier le caractère réel et sérieux des motifs avancés par l'employeur pour justifier sa décision de mettre fin au contrat de travail de son salarié. L'employeur s'expose donc au risque de voir prononcer à son encontre une condamnation pour licenciement abusif s'il n'apporte pas au juge tous les éléments utiles de preuve pour lui permettre de confirmer le bien-fondé de la décision qu'il a prise¹.

L'article L.122-3-13 (**L.1245-2**) du Code du travail fournit un troisième exemple : il met en place une procédure judiciaire accélérée au profit du salarié en l'autorisant à saisir directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes de sa demande de requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée².

1.1.2. L'impulsion jurisprudentielle

La Cour de cassation contribue de son côté à élargir le champ d'intervention du contrôle judiciaire au fil des arrêts rendus en particulier par sa chambre sociale. Il convient ici d'attirer l'attention sur l'importance et la nécessité qu'il y a de prendre bonne connaissance de la jurisprudence de la Cour suprême, vécue de plus en plus dans les faits comme un « Parlement bis ».

Ce n'est pas faire violence à la réalité, puisqu'elle est malheureusement ainsi, que de souligner que le foisonnement législatif a donné lieu à des textes dont les liens ou la cohérence est de plus en plus illisible et/ou dont la rédaction souvent imprécise, maladroite, confuse ou ambiguë donne lieu à diverses interprétations possibles. C'est un mal français : il faut que le législateur intervienne partout, souvent dans les moindres détails et de façon parfois précipitée pour répondre au moindre événement médiatique ou à des « pressions politiques » de dernière minute. Au surplus, la pratique du vote de lois dites « portant diverses dispositions d'ordre économique, ou financier, ou social » qui s'assimilent à des lois « fourre-tout » a été également dénoncée avec raison comme regrettable. Comme on se plaît souvent à le faire remarquer, si le législateur était conduit à devoir appliquer lui-même les textes qu'il adopte, il serait sans doute dans un autre état d'esprit.

Que résulte-t-il de tout cela ? Des contentieux et c'est au juge *in fine* qu'il revient de « dire le droit », celui qui en fin de compte devra s'appliquer en vertu de l'appréciation qu'il donnera de tel ou tel texte de loi en cause dans le conflit soumis à son examen.

Mais l'édifice jurisprudentiel ne se construit pas que sur la base de la seule appréciation de la portée des lois et règlements. La Cour fait également œuvre créatrice de droit au quotidien sur la base d'une jurisprudence créée « *ex nihilo*³ ».

1 Voir en particulier chapitre 6.

2 Voir chapitre 2, 1.4.

3 Les décisions rendues par la Cour de cassation sur des questions telles que par exemple la modification du contrat de travail, la validité de la clause de non-concurrence ou encore la délégation de pouvoir illustrent parfaitement cette création jurisprudentielle.

Qu'elle soit d'appréciation ou créatrice, la jurisprudence apporte aussi sa contribution dans la « judiciarisation » des relations de travail.

Décider par exemple que la lettre de licenciement doit être **précisément** motivée, c'est donner au juge un pouvoir de vérification sur la formulation de l'énoncé du ou des motifs de licenciement. Ou encore décider qu'entre autres conditions, la clause de non-concurrence ne peut être déclarée valable que s'il est rapporté qu'elle est justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, c'est donner au juge le pouvoir de vérifier qu'il en est bien ainsi. Ou bien encore, décider que l'employeur ne peut modifier unilatéralement le socle contractuel en application du principe énoncé à l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » mais qu'il peut en revanche modifier les conditions de travail qui relèvent de sa seule autorité et de son pouvoir de direction, c'est conduire le juge à arbitrer les conflits nés de contestations possibles, au regard des particularités de la situation d'espèce, entre ce qui ressort de la sphère contractuelle d'une part et ce qui est lié aux conditions de travail d'autre part.

Une connaissance imparfaite ou non actualisée de la jurisprudence accroît donc considérablement le risque d'erreur ou de méprise dans la gestion de la relation de travail, puisque l'ignorance constatée ne peut que contribuer à alimenter le foyer conflictuel.

1.2. Le changement d'état d'esprit des salariés

Oui, l'état d'esprit des salariés a changé et le procès ne fait plus peur aujourd'hui à la très grande majorité des salariés. À meilleure preuve, un salarié n'hésitera plus à introduire une action, même pour des montants relativement faibles, pour de simples raisons de principe ou pour « laver un honneur » considéré comme avoir été atteint.

Illustration : *M. X..., salarié, avait signé un contrat de travail en vertu duquel ses frais d'hôtel ne devaient pas dépasser par nuitée un montant défini. En raison d'un sommet international tenu à Paris, tous les hôtels de la capitale ou presque étaient complets et le salarié a alors pris l'initiative de dormir durant trois nuits consécutives dans un hôtel d'une catégorie supérieure. L'employeur ayant fait la sourde oreille pour procéder au remboursement de la différence, M. X... n'a pas hésité à saisir la juridiction prud'homale. On peut aussi s'interroger sur l'état d'esprit de cet employeur...*

En outre, certains salariés (la plupart du temps, il s'agit de cadres) se sentent capables de se présenter seuls et de plaider eux-mêmes leur dossier devant le juge sans solliciter l'assistance d'un avocat¹.

¹ Notre expérience de la pratique judiciaire nous laisse cependant interrogatif quant à la pertinence des dossiers ainsi plaidés. Au fond, la modeste commande de laisser à chacun le métier pour lequel il est fait...

L'image de la prud'homie aux yeux des justiciables s'est au demeurant transformée au fil du temps et en particulier depuis la réforme opérée par la loi du 18 juin 1979 qui a généralisé l'institution prud'homale sur tout le territoire. Avant cette réforme, les tribunaux d'instance trouvaient compétence pour juger les litiges individuels nés du contrat de travail en l'absence de juridiction prud'homale dans le ressort concerné. Désormais, il y a au moins un conseil de prud'hommes dans le ressort de chaque tribunal de grande instance¹.

Le renouvellement général des conseillers prud'hommes tous les 5 ans mis en œuvre par la loi du 6 mai 1982 n'est pas étrangère non plus à cette « banalisation » judiciaire. Tous les 5 ans en effet, les murs de nos villes et les panneaux électoraux se recouvrent d'affiches syndicales invitant les électeurs et les électrices à voter pour les listes de candidats présentées par les organisations syndicales.

La justice prud'homale est apparue ainsi progressivement comme une justice de proximité aisément accessible au plaideur. Celui-ci a pris conscience qu'il va se retrouver certes devant des juges qui vont décider du bien-fondé de sa ou de ses demandes, mais devant des juges élus, qui travaillent ou ont travaillé² comme lui dans une entreprise et qui de ce fait connaissent bien la réalité sociale qui est la sienne au quotidien ou du moins peuvent continuer à se la représenter sur la base de leur propre vécu et expérience. L'image du magistrat professionnel, qui conduit souvent à plus de prudence avant de « s'embarquer » dans une action judiciaire, est évacuée lorsqu'il s'agit du conseiller prud'homme parce que le justiciable salarié voit d'abord et avant tout en lui quelqu'un plus enclin à l'écouter et à faire droit à ses prétentions.

Et c'est là aussi une explication de « judiciarisation » soutenue liée à une vision psychologique d'un tribunal protecteur. À nos yeux, elle est le produit d'une réaction qui s'inspire davantage de la croyance implicite ou du sentiment que de la raison. N'oublions pas en effet en premier lieu que le paritarisme est une caractéristique fondamentale de la prud'homie, en conséquence de quoi siègent ensemble conseillers employeurs et conseillers salariés. Même si l'objectivité doit être à la source de l'intime conviction du juge, il n'est pas déraisonnable de penser que les conseillers employeurs examineront aussi le dossier en considérant dans un penchant naturel que l'entreprise attrait devant eux n'est pas aussi fautive que ce que l'on cherche à le faire accréditer de l'autre côté de la barre. En second lieu, la divergence d'appréciation constatée entre conseillers employeurs et conseillers salariés débouche sur une audience de départage présidée par un magistrat professionnel³.

L'intervention du magistrat professionnel ne peut de toute façon être écartée, puisqu'à défaut de départage, elle se manifesterait dans toute sa plénitude au second degré, si appel est interjeté à l'encontre de la décision prud'homale rendue. Mais au départ la vision du justiciable qui décide de saisir la justice s'arrête principalement à la formation prud'homale composée des seuls juges élus. Le départage, situation

1 Il existe en France pour l'instant 271 conseils de prud'hommes.

2 Nombreux sont les conseillers en retraite qui ont décidé de mettre leurs compétences et une partie de leur temps disponible au service de la République.

3 Voir *infra* 4.2.2.

peu connue ou mal identifiée, même si l'avocat s'emploie à en donner toutes explications utiles à son client, est vécu comme une situation à laquelle il faudra bien se soumettre, mais ce n'est pas le problème de l'heure. Quant à l'appel, il ne semble pas freiner l'élan judiciaire du justiciable « toujours » convaincu de son bon droit. Le demandeur part gagnant et voit l'appel comme une situation qui retardera sans nul doute l'issue du procès engagé mais qu'il conviendra seulement de prendre en compte le moment venu. Et au plan psychologique, partir gagnant signifie pour le demandeur gagner tant devant le conseil de prud'hommes que devant la cour d'appel, surtout si son avocat lui fait part de sa relative confiance dans les chances de succès du procès engagé.

1.3. L'espoir de gain

L'inexécution par les employeurs des obligations légales qui pèsent sur eux étant le plus souvent sanctionnée par des dommages et intérêts, il est tentant pour les salariés se prétendant lésés et bafoués dans leurs droits légitimes de rechercher auprès du juge le prononcé à leur profit des condamnations financières prévues par la loi dans l'espoir d'obtenir le maximum d'argent.

Ainsi, en matière de licenciement le constat d'une simple irrégularité formelle peut donner lieu à une sanction pouvant aller jusqu'à un mois de salaire brut, tout du moins pour les salariés justifiant de deux ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés (C.trav., art L.122-14-4 al. 1 ; **art. L.1235-2**).

Ainsi, le fait pour l'employeur, dont l'entreprise est dépourvue d'instance représentative du personnel, d'omettre dans la lettre de convocation à l'entretien préalable la possibilité pour le salarié concerné de se faire assister par un conseiller extérieur de son choix inscrit sur la liste départementale, est susceptible de donner lieu à des dommages et intérêts à hauteur d'un mois de salaire au plus, et ce, quelles que soient l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise (C.trav., art. L.122-14-5 ; **L.1235-5 dernier alinéa**).

Ainsi, dans le cadre d'un licenciement pour cause économique, le non-respect de la priorité de réembauchage demandée par le salarié est sanctionné par l'octroi au salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés, d'une indemnité qui ne peut être inférieure à 2 mois de salaire, et qui peut donc être plus élevée s'il justifie d'un préjudice particulier (C.trav., art. L.122-14-4 dernier alinéa ; **L.1235-13**).

Ainsi, le constat d'un licenciement dénué de toute cause réelle et sérieuse ouvre droit au profit du salarié concerné ayant au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés, à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois (C.trav., art. L.122-14-4 al. 1 ; **L.1235-3 al. 2**).

Ainsi, le licenciement d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail suite à un accident du travail, prononcé en violation des dispositions relatives à son reclassement expose l'employeur à des dommages et intérêts dont le montant ne peut être inférieur à 12 mois de salaire (C.trav., art. L.122-32-7 al. 4 ; **L.1226-15 al. 2**).

De son côté, la jurisprudence, dans son travail déjà relevé d'appréciation et d'interprétation de la portée des textes, contribue indirectement à élargir le champ d'application des sanctions légales. Ainsi, en matière de licenciement, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que la motivation de la lettre de licenciement soit suffisamment **précise** pour permettre aux juges d'en apprécier le caractère réel et sérieux. Il en résulte que l'énoncé d'un motif imprécis ou trop général (ex. : perte de confiance sans préciser les faits exacts l'ayant entraînée ; incompatibilité d'humeur ; suppression de poste sans préciser les raisons de celle-ci) équivaut à une absence de motif, ce qui débouche sur un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ouvrant au salarié le bénéfice de l'indemnité de 6 mois de salaire brut minimum de l'article L.122-14-4 alinéa 1 (**L.1235-3 al. 2**) susvisé (Cass.soc., 8 nov. 1994, n° 93-41309).

Ainsi, dans le domaine du licenciement pour cause économique, le fait que la priorité de réembauchage ne soit pas mentionnée dans la lettre de licenciement, ainsi que le requiert l'article L.122-14-2 (**L.1233-16 al. 2**) du Code du travail, ouvre droit au profit du salarié à des dommages et intérêts, cette omission entraînant nécessairement un préjudice dont le juge évalue le montant pour l'intéressé (Cass. soc., 1^{er} juin 1994, n° 92-40373).

Si le salarié démontre que l'omission de mentionner cette priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement l'a empêché d'en bénéficier, l'indemnité spéciale susvisée de deux mois de salaires prévu par l'article L.122-14-4 (**L.1235-13**) *in fine* est due (Cass.soc., 16 déc. 1997, n° 54-42089).

2. L'ATMOSPHÈRE CONTENTIEUSE

2.1. Le contentieux devant le conseil de prud'hommes

En la matière, le terrain offre souvent une réalité différente de celle à laquelle le justiciable salarié s'attendait, soit par son inexpérience des pratiques judiciaires, soit parce qu'il se berçait d'illusions. Il est assez fréquent en effet de voir des salariés, au moment où ils projettent d'ouvrir une action judiciaire, ne plus avoir les pieds sur terre et confondre tribunal et casino... en rêvant d'un gain démesuré, et donc totalement irréaliste !

Cette façon pour le salarié demandeur de voir les choses n'est pas loin d'un fantasme qui se manifeste précisément lorsqu'il s'engage dans une demande en dommages et intérêts soumise à l'appréciation des juges. L'espoir ou la plupart du temps l'illusion qui l'anime naît au moment du chiffrage de la demande, le justiciable croyant bien naïvement que ce qu'il demande lui sera accordé ! Une forme de réflexe automatique ou de croyance de sa part en un lien obligatoire entre sa demande et la condamnation de l'employeur ! Oui, c'est là que la raison se perd car une chose est la demande, autre chose est le montant retenu par le juge lorsqu'il entre en voie de condamnation ! La déception est alors cruelle et le doux rêve se brise au rocher des « dures » réalités ». Illustrons notre propos.