

L'évitement du juge social

Fleur Laronze¹

L'évitement du juge est une pratique volontaire tantôt *contra legem*, tantôt *praeter legem*. Quel juge ? D'abord le juge étatique. Il peut d'ailleurs paraître surprenant de constater l'existence de mécanismes instaurés par la loi elle-même en vue d'éviter le juge. Cependant, en posant des conditions à l'évitement du juge, le droit étatique encadre le recours aux modes juridictionnels et contractuels de règlement des litiges, de substitution. L'évitement n'est pas l'éviction puisque le juge étatique pourra *in fine* être saisi en cas de désaccord des parties sur la solution alternative à laquelle elles sont parvenues. L'évitement n'est pas non plus assimilable à la pratique du *forum shopping* qui consiste à choisir le juge étatique en fonction de la règle susceptible d'être appliquée par le juge (la *lex fori*). Le *forum shopping* résulte parfois d'un mécanisme de *shopping law* permettant aux parties à un contrat de déterminer la règle applicable à leur relation juridique au regard de leurs intérêts. Mais, le *forum shopping* comme le *shopping law* au niveau international peuvent être caractérisés sur le plan interne et apparaître sous un nouveau jour. Ainsi, les différents mécanismes de contournement de la règle normalement applicable - comme une règle de droit du travail en recourant à un mécanisme de droit des affaires² - et de détournement de la règle appliquée - en attribuant à la règle une finalité autre que celle prévue par la loi³ - participent d'un phénomène interne de *shopping law* dans l'intention d'échapper à la compétence d'un juge spécifique. Le juge social, juge compétent à l'occasion de litiges portant sur le contrat de travail, est particulièrement « craint ». Son évitement, plus que celui d'un autre, sera recherché. Les décisions du conseil de prud'hommes statuant parfois plus en

¹ Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, UMR 7354 DRES, Université de Strasbourg.

² Il en est ainsi de l'entreprise qui choisit de solliciter un prestataire de services établi en France ou à l'étranger et qui ne se verra pas attribuer la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs détachés par l'entreprise prestataire.

³ Par exemple, la constitution interne d'une SAS qui, peut, dans les statuts, exclure la prise de décisions collectives en assemblée et faire échec aux droits du comité d'entreprise exercés en Assemblée générale et au sein du Conseil d'administration ou de surveillance. V. notre thèse : *Les conflits de normes dans les relations de travail, Contribution à l'étude des organisations*, préf. C. Neau-Leduc, PUAM, 2012.

REPOUDRE DEVANT QUI ?

opportunité qu'en droit, ainsi que celles des cours d'appel ou de la Chambre sociale de la Cour de cassation illustrent la créativité normative du juge et génèrent une forme d'insécurité juridique critiquée par les entreprises. Dès lors, le plus efficace moyen de contourner la compétence du juge social consiste à conclure un contrat d'entreprise ou un contrat de prestation de service afin que le prétendu salarié se voit reconnaître la qualité d'entrepreneur ou que la qualité d'employeur soit attribuée au prestataire de service qui fournit la main d'œuvre. La compétence du juge social est donc ici écartée.

Mais la question de l'évitement du juge social interroge une autre situation. Elle suppose de prime abord que le juge social soit par principe reconnu compétent. Il faut donc par hypothèse que l'on se situe dans une relation de travail subordonnée. Comment caractériser un mécanisme d'évitement du juge alors que le conseil de prud'hommes dispose dans cette situation d'une compétence d'attribution, exclusive et d'ordre public ? L'employeur a pu procéder pendant longtemps à des ruptures selon les règles du droit civil, afin d'échapper à la réglementation contraignante entourant les modes de rupture propres au droit du travail. La résiliation judiciaire ou l'accord de rupture amiable étaient alors volontairement choisis par l'employeur à cette fin⁴. En revanche, s'agissant des salariés protégés, il a été rapidement exclu pour l'employeur de rompre leur contrat de travail de manière amiable⁵. La Cour de cassation avait consacré une solution ferme afin de protéger les salariés titulaires d'un mandat. Ces derniers disposent d'une « protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée au profit de ces salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent », ce qui interdit « par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail »⁶.

En outre, bien qu'il existe un contrat de travail, les parties peuvent organiser, de manière licite ou illicite, le recours à un autre juge, un tiers arbitre disposant de la *juris dictio*. L'arbitrage est une modalité admise par la loi. Il peut obéir, selon le choix opéré par les parties, aux règles étatiques. La procédure d'arbitrage apparaît également de plus en plus fondée sur des principes relevant de la justice étatique. L'arbitrage s'institutionnalise et se

⁴ La Cour de cassation exigeait cependant que les accords de rupture soient conclus en cours d'exécution du contrat en considérant que les clause de rupture automatique conditionnée à la réalisation d'un événement sont nulles (Cass. soc., 18 nov. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p. 192), et en l'absence de litige entre les parties (Cass. soc., 26 oct. 1999, « Nayach », *Dr. soc.*, 2000, p. 183, obs. C. Radé. Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 08-40095).

⁵ Cass. crim., 26 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 379. Cass. soc., 2 déc. 1992, *Bull. civ.*, V, n° 578 ; *RJS*, 1993, n° 53.

⁶ Cass., ch. mixte, 21 juin 1974, *Bull. ch. mixte* n° 3 ; *D.*, 1974. 593, concl. Touffait ; *GADT*, 4^e éd., 2008, Dalloz, n° 145 ; H. Sinay, « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D.*, 1974, Chron. 235.

L'ÉVITEMENT DU JUGE SOCIAL

« juridictionnalise » selon un auteur⁷. L'arbitrage contractuel se différencie de l'arbitrage juridictionnel⁸. Le premier tente d'affirmer une logique relevant de l'autorégulation alors que le second dispose d'une nature plus hybride. Seul l'arbitrage juridictionnel est fondé sur un acte de volonté des parties, la sentence prononcée s'analysera en un acte juridictionnel qui est doté de l'autorité de la chose jugée. Seul l'arbitrage juridictionnel résulte d'une « juridictionnalisation » ou plutôt d'une « étatisation » au point que la justice étatique et l'arbitrage sont envisagés sous l'angle de la coopération après le temps du soupçon⁹. En revanche, certains considèrent comme étant peu pertinente la distinction entre arbitrage contractuel et arbitrage juridictionnel dont les régimes se rapprochent, de plus en plus, l'un de l'autre¹⁰.

L'arbitrage se rapprochant sur la forme comme sur le fond de la justice étatique, ne peut occulter les modes alternatifs de règlement des conflits¹¹ (MARC) relevant d'une autre logique.

En droit du travail, la cohabitation entre la justice étatique, l'arbitrage et les MARC peut sembler hérétique. Elle peut pourtant être organisée par les parties dans les limites fixées par la loi. L'évitement du juge social se profilera dans la mise en œuvre de mécanismes contractuels qui ne remettent pas directement en cause la compétence du conseil de prud'hommes (1.). De déguisé, l'évitement se manifestera de manière flagrante s'il procède d'un contournement illicite de la loi. Mais, l'évitement flagrant du juge social affleure aujourd'hui comme un objectif affiché du législateur qui adopte de nombreuses dispositions sur les MARC (2.).

1. L'évitement déguisé du juge social

L'évitement du juge social peut être déguisé ou indirect en ce que les parties ont privilégié soit par le mode de rupture du contrat de travail (1.1), soit par une clause expresse du contrat de travail ou de la convention collective (1.2.), l'éviction du juge ou le recours à un tiers dans le cadre d'une méthode de règlement des litiges non contentieuse. Dans les deux cas, il s'agit d'un évitement parcellaire puisque les parties ont organisé, par la voie contractuelle, le recours à un mode spécifique de traitement du conflit sans remettre en cause de manière expresse, la compétence du juge social.

⁷ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit éthique société, 1998, p. 117.

⁸ *Idem*, p. 72.

⁹ P. Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de P. Kahn*, Litec, Université de Bourgogne, 2000, p. 95, spéc. p. 97 et s.

¹⁰ A. Wald, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 715, spéc. p. 725.

¹¹ V. terme thésaurus « modes alternatifs de règlement des litiges » : www.rse.cnrs.fr.