

De nouvelles pratiques à l'audience initiale : le licenciement économique

par *Françoise Froment*, Présidente de la Chambre sociale à la Cour d'appel de Douai

Impartiale, je dois être. Mais passive, non, et c'est probablement parce que je ne suis pas un juge neutre, qui subit les événements, qu'il m'a été demandé d'intervenir ici. Comme le disait Maître Grumbach, le juge, qu'il soit ou non militant, à mes yeux, doit se saisir de la procédure pour faire avancer le fond du litige : il doit être un juge actif. N'oublions pas, que, dans le domaine du droit social, le juge doit, souvent, former sa conviction, je dirai, pour éviter toute ambiguïté, son jugement, au vu des pièces produites par les parties et après toutes mesures d'instruction qu'il estimera utiles.

Il m'a été demandé d'intervenir sur les nouvelles pratiques, plus particulièrement à travers le licenciement économique et leur incidence sur le fond du litige. Si la Cour de cassation a dit dans un arrêt du 12 juillet 2004 (p. n° 02-40312, arrêt non publié au Bulletin), que l'inobservation des formalités prévues par l'article R.516-45 du Code du travail, relatif au dépôt ou à l'envoi par l'employeur des éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel ou, à défaut à l'autorité administrative compétente, en cas de recours portant sur un licenciement économique, n'est susceptible que d'ouvrir droit à des dommages-intérêts si elle est la cause d'un préjudice, j'attends quant à moi avec impatience de connaître la position qu'elle prendra sur les arrêts rendus dans ma Cour, tirant toutes conséquences de la non-production aux débats par les parties, des pièces sollicitées par le magistrat instructeur.

Pour mémoire, je rappellerai en effet, que les dispositions des articles 939 et suivants du nouveau Code de procédure civile, créent, pour les procédures sans représentation obligatoire devant la Cour d'appel, un magistrat chargé de suivre l'instruction des affaires, qui est, hélas, bien méconnu, non seulement des avocats, et je vous invite à lire ces textes en rentrant chez vous et à en faire usage à l'avenir, mais également des magistrats concernés eux-mêmes, qui sont le président de la Chambre, ou son délégué.

Il y a donc possibilité, devant la Cour, comme devant les Conseils de prud'hommes en application pour ces derniers de l'article R.516-18 du Code du travail, de procéder, *par décision juridictionnelle*, à une instruction des affaires, avant qu'elle n'arrive devant la formation de jugement et cela me paraît primordial dans la conception dynamique qui est la vôtre, et aussi la mienne, du procès prud'homal.

Cela me paraît primordial, en particulier dans le domaine du licenciement économique, puisque selon l'article L.122-14-3 du Code du travail, le juge, en cas de litige, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties *et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles*.

Pourquoi donc devrions nous attendre passivement le jour, parfois fort lointain, de l'audience pour nous apercevoir que des documents, que nous estimons indispensables pour la solution du litige, ne sont pas produits et prendre alors une mesure avant dire droit qui ne fera que retarder la solution du litige et engendrer des coûts et des pertes de temps inutiles ? Il est de l'intérêt de tous que tel ne soit pas le cas (rapp. les obs. de S. Guinchard *supra* p. XXX à propos de la décision *Gozalvo* de la CEDH).

Contrairement au droit commun, le procès en matière prud'homale, n'est pas, c'est ma conviction profonde, uniquement la chose des parties et le juge doit avoir, à chaque fois qu'il doit former sa conviction après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles, un rôle actif.

Nous parlons, ce matin, et j'adhère complètement à cette règle, de la loyauté des débats : rien, pour moi, et pour un juge en général, n'est pire, que d'avoir le sentiment que si telle ou telle pièce avait été demandée, ou produite, la solution du litige aurait pu être différente. Pour limiter ce risque, il a été donc mis en place, dans deux sections de la Cour, en matière économique, comme en d'autres domaines, des règles, dont l'observation ou l'inobservation par les parties auront des conséquences sur le fond du litige. N'oublions pas en effet que, depuis quelques décennies, le législateur a établi un contrôle *a posteriori* des licenciements économiques individuels, ce qui implique que le juge ait les éléments nécessaires pour exercer ce contrôle.

En matière de licenciement économique, il est demandé systématiquement la production d'un certain nombre de pièces aux débats par l'employeur, dans une ordonnance prise, sans débat contradictoire, puisque le juge peut d'office procéder à des mesures d'instruction, et qui est notifiée aux parties en même temps que leur convocation devant la Cour.

C'est ainsi qu'est demandée la production :

- des comptes d'exploitation et de résultats, et de leurs annexes, de l'année du licenciement, de celle qui précède et de celle qui suit, ainsi que, s'il s'agit d'un groupe, des comptes consolidés du groupe, ceci afin de vérifier s'il existe effectivement des difficultés durables et si la réponse s'avère positive, d'analyser, ces difficultés apparentes pouvant avoir plusieurs causes, les différents chapitres, dont les dotations aux amortissements ou autres avances sur provisions, qui peuvent déséquilibrer fictivement une trésorerie ;

- s'il y a lieu, le plan de sauvegarde de l'emploi et les procès-verbaux de consultation des représentants du personnel, dont on peut s'étonner qu'ils ne soient pas systématiquement dans les dossiers, lorsqu'il s'agit de licenciements collectifs, tous documents nécessaires pour apprécier, a minima, la situation de l'entreprise et du groupe ;

mais aussi :

– le registre unique du personnel de l'entreprise qui a licencié et le cas échéant des sociétés du groupe, documents qui ne sont que rarement versés aux débats spontanément et qui pourtant sont déterminants pour vérifier :

- si le poste a réellement été supprimé ;
- s'il y avait ou non possibilité de reclassement ;
- s'il y a eu des embauches dans l'année qui a suivi ;
- le cas échéant, en cas de contestation des critères, la situation du salarié licencié au regard de son ancienneté.

Sauf exceptions, il n'est pas demandé d'office d'autres pièces en matière de licenciement économique. Mais il vous appartient, vous, les conseils des parties, de solliciter du juge, qu'il soit celui du bureau de conciliation ou celui de la Cour d'appel, toutes pièces complémentaires que l'entretien avec votre client aura mises en évidence comme de nature à apporter des renseignements utiles à sa défense. Il vous appartient aussi d'analyser les documents produits afin, le cas échéant, de mettre en évidence les véritables causes de la situation et de demander la production de toutes pièces complémentaires qui vous apparaîtraient utiles.

Je ne suis pas en train de vous dire que vous devez saisir le magistrat chargé d'instruire l'affaire, dès qu'une pièce apparaît nécessaire à la solution du litige : non, il vous faut d'abord sommer votre adversaire de la produire et ce n'est que faute pour ce dernier de satisfaire à cette sommation, que vous pourrez alors saisir le juge.

Certains me diront, et me disent, que je ne demande rien, au stade de l'instruction préparatoire, en matière économique, au salarié : c'est vrai, et ce n'est pas le désir qui me manque, vu en particulier l'indigence des dossiers en matière de préjudice, mais les textes ne me permettent pas, de la même manière de procéder d'office en ce domaine où je n'ai pas de conviction à me former mais à regarder les pièces justificatives qui sont produites.

Par contre, en matière d'heures supplémentaires, où de la même manière le juge forme sa conviction après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles, un récapitulatif précis des demandes est exigé ainsi que la production de tous les bulletins de salaire de la période concernée. Et je pourrai multiplier les exemples.

D'autres me diront : mais le contradictoire, dans tout cela : vous avez en effet bien compris que l'ordonnance qui est rendue, et qui est l'exercice, par avance, par le juge des mesures d'instruction qu'il peut ordonner d'office, n'est pas rendue à l'issue d'un débat contradictoire. Il va de soi, qu'en cas de difficulté, les parties peuvent saisir le magistrat qui a rendu l'ordonnance. Et, à ce moment-là, mais seulement à ce moment-là, les parties et leurs conseils seront convoqués pour un débat contradictoire devant le magistrat chargé d'instruire l'affaire qui pourra maintenir, ou non, sa décision. Il se peut que l'ordonnance de ce magistrat soit prononcée sur requête d'une partie. L'autre partie peut évidemment le saisir d'une demande de rétractation qui sera, de la même manière, examinée contradictoirement.

Ces documents étant demandés, ils ne sont pas toujours produits : si les pièces ne sont pas, sans motif légitime,

produites, il en est tiré toutes conséquences sur le fond même du litige : nous visons l'ordonnance ayant prescrit la production et l'absence de motif légitime pour en déduire que rien ne permet de constater le motif économique invoqué, ou la suppression du poste ou l'impossibilité de reclassement. C'est sur ce point que j'attends avec intérêt les décisions de la Cour de cassation car nous avons rendu plusieurs arrêts en ce sens.

Les Conseils de prud'hommes quant à eux pourraient parfaitement faire usage, d'office, des mêmes mesures d'instruction dans le cadre d'une ordonnance qui serait prise, par le bureau de conciliation, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction et qui serait notifiée aux parties : cela permettrait évidemment d'avoir vraiment un double degré de juridiction car nous statuerions sur les mêmes pièces, ce qui est loin à l'heure actuelle d'être le cas, et j'incite donc fortement les conseillers prud'hommes présents à oeuvrer dans ce sens.

Ces quelques propos rapides vous inciteront, je l'espère, à faire usage, à l'avenir des possibilités offertes, par les articles 939 et suivants du nouveau Code de procédure civile, que, je vous rassure, de plus en plus de présidents de Chambre connaissent, même s'ils n'en font pas usage. Nous avons besoin de votre aide pour que nous puissions juger en nous approchant le plus possible de la réalité des dossiers et le débat qui va suivre me permettra de mieux cerner encore vos attentes, comme je l'espère, vous avez cerné les nôtres.

J'indiquerai seulement pour finir que cette instruction de l'affaire, ne s'arrête pas avec l'ordonnance rendue : elle doit, à mes yeux, se poursuivre à l'audience où il me paraît fondamental que les deux parties comparaissent (un représentant de l'employeur, connaissant bien le dossier pourrait, si l'employeur est indisponible, venir à l'audience), afin que le juge qui, à la Cour d'appel de Douai, a, grâce à la collaboration des conseils, les dossiers en sa possession avant l'audience et en a examiné les pièces, et plus spécialement celles dont il a demandé la communication, puisse poser toutes les questions utiles ou se faire expliquer une pièce dont la lisibilité n'est pas toujours évidente, que ce soit des comptes d'exploitation ou des registres du personnel.

Certes, beaucoup de collègues ne donnent pas la parole aux parties : quel sentiment de frustration doit être le leur quand elles se sont données la peine de prendre sur leur emploi du temps pour se présenter devant nous alors que le licenciement est, pour les uns et les autres, un traumatisme important. Il vous faut "bousculer" les juges. C'est, pour reprendre l'expression de M. le professeur Guinchard, une partie de votre rôle politique, de faire changer les pratiques d'audience.

Nous avons donc, tous, du travail à faire, et il est de longue haleine : il vous appartient de faire en sorte que des pratiques différentes se mettent en place et perdurent. C'est, comme le disait un autre intervenant, un combat de tous les jours, un combat permanent.

Françoise Froment