

Le bureau de conciliation

par *Daniel BOULMIER*, Maître de conférences à l'Institut régional du travail,
Université de Nancy II, Chercheur au CERIT-CDRDP

PLAN

- I. Le juge conciliateur et la connaissance préalable de l'affaire
 - A - L'invitation des parties à se munir de pièces
 - B - L'obligation ciblée de fournir des pièces
 - C - L'interdiction légale de connaissance préalable du dossier
- II. Les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation
 - A - L'étendue des pouvoirs du juge
 - B - Les limites à l'exercice des pouvoirs du juge
- III. Le devoir du juge dans l'information des parties
 - A - Le principe posé par la Cour de cassation
 - B - Les difficultés d'application invoquées
 - C - Les difficultés d'application subsistantes
- IV. La mise en état de l'affaire
 - A - Le rôle du juge pour la mise en état
 - B - La communication des pièces entre les parties
- V. Les remises en cause du juge conciliateur
 - A - La remise en cause par le juge
 - B - La remise en cause par la convention ou le contrat
 - C - La remise en cause envisagée par la loi

Selon la formule d'Aubry et Rau, placée en tête de leur Cours de droit civil, « le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique » (1). Cette formule, émise au milieu du XIX^e siècle, vaut pour le droit du travail et si à l'époque cette branche du droit n'existait pas encore, les Conseils de prud'hommes étaient déjà à l'œuvre. Au cas précis du droit du travail, c'est en effet au Conseil de prud'hommes (2) que revient la coercition favorisant l'astreinte aux règles présidant au statut des salariés – Code du travail, conventions et accords collectifs, usages, contrat de travail –, en sanctionnant *a posteriori* (3) leurs violations.

Aux premiers conseils de prud'hommes, qui ont été qualifiés de « *permanence associative* » (4) et dont l'objet était essentiellement de concilier l'ouvrier et le patron, a succédé dans le temps un Conseil de prud'hommes, « *juridiction du travail démocratique et pleinement paritaire* » (5) dont l'objet est, certes de juger les différends entre salariés et employeurs, mais **uniquement les différends pour lesquels la conciliation n'a pas abouti** (6).

La conciliation est donc toujours primordiale dans l'esprit de la juridiction prud'homale (7), pourtant, comme cela est régulièrement signalé (8), il faut bien constater que « *la conciliation prud'homale fonctionne mal* » (9), que la conciliation prud'homale est « *sinistrée* » (10). Ce constat s'appuie sur le faible taux de conciliation, faible taux que les plus optimistes relativisent, invoquant les nombreux accords qui interviennent en dehors du juge conciliateur à l'issue de l'audience de conciliation, ce que l'on peut appeler des « *transactions parking* ». Ce constat s'appuie encore sur la trop grande timidité du juge conciliateur quant aux recours à des mesures juridictionnelles. Ce constat s'appuie enfin sur le défaut chronique de

- (1) Aubry & Rau, *Droit civil Français*, tome premier, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4^{ème} éd., 1869, p. 1.
- (2) Désigné par un auteur sous l'expression de « justice de paix de l'atelier », J. Le Goff, *Du silence à la parole, droit du travail, société, État (1830-1985)*, Calligrammes/La Digitale, 1985, 374 p., spéc. p. 39.
- (3) Adde, F. Fortunet, « D'une république à l'autre : l'institution d'une justice de paix de l'industrie », in *Justice et République(s), colloque de Lille 09/92*, Espace juridique-éd. Ester, 382 p., spéc. pp. 325-335.
- (4) S'agissant d'une catégorie de contentieux subjectifs, (H. Motulsky, *Droit processuel*, 1973, par M. Capel, Montchrestien, 294 p., spéc., p. 12), la coercition ne vaut donc que pour le salarié qui a saisi le juge et ne peut avoir d'effet pour les autres qui seraient dans la même situation et qui n'auraient pas eux-mêmes saisi le juge.
- (5) L. Cadiet & S. Guinchard, « Du juste travail à la justice du travail », *Justices*, 1998, n° 8, p. VII, spéc. p. IX.
- (6) M. Kieffer, « La législation prud'homale de 1806 à 1907 », *Mouv. soc.*, 1987, n° 141, p. 9.
- (7) Art. L. 511-1 al. 1 C. trav.
- (8) La règle faisant de la conciliation un dispositif d'ordre public doit aujourd'hui être sérieusement tempérée. En effet, le défaut de conciliation peut être rattrapé tout au long de l'instance et la loi a introduit nombre de cas d'exemption de conciliation ; sur cette question v. D. Boulmier, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne : nid ou déni de justice ? », *Dr. Ouv.* 2002, p. 185, spéc. I. La jurisprudence vient préciser ces cas d'exemption, v. Cass. soc. 4 décembre 2002, n° 00-40.255, *JCP* 2003, éd. E, 496, note D. Boulmier.
- (9) V. A. Supiot, « Déclin de la conciliation prud'homale », *Dr. soc.*, 1985, p. 225.
- (10) Ph. Grangier, « Pour une nouvelle dynamique de la conciliation prud'homale », in *Le conseil de prud'hommes au présent - Le conseil de prud'hommes autrement (actes du colloque 8 octobre 2002, Université Nancy 2)*, dir. D. Boulmier, éd. edito.com, 2003, 100 p., spéc. p. 43 s.
- (11) V. T. Grumbach, « La mise en état devant la juridiction prud'homale », in *Le nouveau Code de procédure civile vingt ans après*, La documentation française, 1998, 332 p. (Actes du colloque organisé par la Cour de cassation les 11 et 12 décembre 1997), spéc. p. 193.

préoccupation relative à la mise en état de l'affaire pour être jugée (11). Pour présenter l'état des lieux de la conciliation prud'homale et montrer que le juge ne doit pas être le spectateur passif de l'audience de conciliation mais qu'il doit en être le « metteur en scène » (12) dynamique et innovant, nous articulerons notre propos en cinq tableaux.

Nous évoquerons en premier lieu la difficulté devant laquelle se trouve le juge conciliateur pour prendre la mesure de l'affaire avant de rencontrer les protagonistes, ce qui peut expliquer, pour partie, son manque d'implication (I). Nous rappellerons ensuite les pouvoirs juridictionnels dont dispose ce juge conciliateur et y associerons les motifs qui freinent leur mise en œuvre (II). Nous en viendrons alors aux devoirs du juge conciliateur pour que la conciliation qui intervient entre les parties, ne puisse être sujette à critiques ultérieures (III). Nous évoquerons, bien évidemment les dispositions qui permettent la mise en état de l'affaire avant qu'elle n'arrive devant de bureau de jugement (IV). Enfin, nous nous inquiéterons de la remise en cause ou des substitutions à l'instance prud'homale initiées ici et là, et au premier chef à ce qui touche directement à sa mission de conciliation, pour mieux montrer l'intérêt de redonner à la conciliation prud'homale toute sa place (V).

■ I. Le juge conciliateur et la connaissance préalable de l'affaire ■

Si, à l'audience de conciliation, les parties sont invitées à se munir de toutes pièces utiles (A), en cas de litiges portant sur un licenciement pour motif économique, l'employeur doit déposer au préalable des pièces précises (B). Cependant, dans tous les cas, la difficulté pour le juge conciliateur de s'imprégner du dossier dans ses grandes lignes, préalablement à l'audience de conciliation, pèse certainement sur l'efficacité de l'audience de conciliation (C).

A – L'invitation des parties à se munir de pièces

Le secrétariat-greffe avise le demandeur des lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation à laquelle l'affaire sera appelée et l'invite à se munir de toutes les pièces utiles (13). Dans la convocation adressée au défendeur, l'invitation à se munir de toutes les pièces utiles est pareillement formulée (14). Aucune obligation donc, pour les parties, de déposer préalablement à l'audience de conciliation les pièces à l'appui de leurs prétentions ou de leur défense, il en résulte que le juge découvre l'affaire au moment de l'audience. En outre, lorsque des pièces sont apportées à l'audience de conciliation, elles manquent parfois de consistance, ce qui est dommageable du point de vue de la partie qui souhaiterait solliciter le juge pour voir ordonner des mesures juridictionnelles.

B – L'obligation ciblée de fournir des pièces

Au cas précis d'un licenciement collectif pour motif économique, l'article R. 516-45 du Code du travail fait obligation à l'employeur de « déposer ou adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe du Conseil de prud'hommes les éléments mentionnés à

l'article L. 122-14-3 (15) pour qu'ils soient versés au dossier du Conseil » et ce, « dans les huit jours suivant la date à laquelle il reçoit la convocation devant le bureau de conciliation » (16). L'alinéa deuxième de ce même article met à la charge du greffe l'obligation d'aviser le salarié, lors de la présentation de sa demande, qu'il peut prendre connaissance ou copie au greffe des éléments communiqués. Mais est-ce pour autant que le juge conciliateur pourra également en prendre connaissance ? Il faut compter avec les restrictions d'information imposées aux juges.

C – L'interdiction légale de connaissance préalable du dossier

Si les documents précités sont à déposer au greffe c'est bien pour que le juge prud'homal puisse aussi en prendre connaissance dans le dossier. Si l'obligation de dépôt est respectée et, compte tenu des délais de conciliation devant le bureau de conciliation, les documents devraient être versés au dossier avant cette audience, favorisant ainsi leur consultation par le juge. Cela est-il toutefois possible ? Tout dépend des pratiques et/ou des tolérances de tel ou tel conseil.

Or, les pratiques semblent être remises en cause dans certains conseils. Ainsi le Conseil de prud'hommes de Nancy a voulu s'opposer à la décision de ne plus rémunérer le temps passé à l'étude préalable des dossiers. Dans un jugement du 11 février 2003, le Tribunal administratif de Nancy rejette la demande des conseillers nancéens. Il fait une application stricte de l'article L. 514-1 du Code du travail en considérant que seul le temps d'audience, à l'exclusion de tout autre temps, devait être indemnisé (17). Le Tribunal administratif valide donc la remise en cause de dispositions plus favorables, résultant d'un

(11) Nous n'aborderons pas ici la question de la comparution personnelle qui est bien évidemment une condition essentielle pour aboutir à une conciliation, mais qui rencontre l'indifférence du juge à s'enquérir du motif légitime d'absence (v. cependant Cass. soc., 20 novembre 2001, *Dr. Ouv.*, 2002, p. 445, note D. Boulmier).

(12) V. D. Boulmier, « Oralité de la procédure et mesure d'instruction : pour un juge prud'homal metteur en scène des affaires inscrites au rôle », *Dr. Ouv.* 1999, pp. 309-316.

(13) Art. R. 516.10 C. trav.

(14) Art. R. 516.11 C. trav.

(15) L'article L. 122-14-3 du Code du travail dispose que « En cas de recours portant sur un licenciement pour motif économique, l'employeur doit communiquer au juge tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel en application des articles L. 321-2 et L. 321-4 ou, à défaut de représentants du personnel dans l'entreprise, tous les éléments qu'il a fournis à l'autorité administrative compétente en application de l'article L. 321-7 du présent Code ».

(16) Ce texte n'est cependant pas applicable au cas d'un licenciement individuel pour motif économique, v. Cass. soc. 10 octobre 2000, n° 99-40.040, *D.* 2001, J, p. 1277, obs. D. Boulmier.

(17) TA Nancy, 11 février 2003, n° 02836-02842.

usage, rémunérant le temps d'étude préalable des dossiers. Mais la décision administrative, en s'en tenant aux dispositions de l'article L 514-1 du Code du travail semble écarter également les souplesses envisagées par les circulaires, telle celle du 28 janvier 1983, circulaire qui appréhende comme

temps payé aux conseillers celui passé tant aux délibérations qu'à la rédaction des jugements (18). Ne faut-il pas alors revenir sur une telle solution, et permettre au juge conciliateur d'étudier au préalable les pièces qui auraient été déposées, si l'on veut qu'il puisse pleinement exercer sa mission historique ? (19)

■ II. Les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation ■

L'article R. 516-18 du Code du travail attribue certains pouvoirs au juge conciliateur, la publicité des débats devenant alors une obligation lorsque le juge y recourt. Si le défendeur peut, par son absence, faire échec à la tentative de conciliation, il ne peut cependant empêcher ni le déroulement de l'audience de conciliation, ni le recours par le juge à ses pouvoirs juridictionnels. En effet, le défendeur est informé dans sa convocation que des décisions exécutoires à titre provisoire pourront, même en son absence, être prises contre lui par le bureau de conciliation, au vu des seuls éléments fournis par son adversaire (20). Une telle disposition devrait donc inciter les défendeurs à être présents lors de l'audience de conciliation et dans le même temps inciter les demandeurs à se munir de toutes les pièces utiles. Les pouvoirs juridictionnels du juge sont multiples (A), il faut cependant déplorer les limites rencontrées à leur mise en œuvre (B).

A – L'étendue des pouvoirs du juge

Un décret du 15 décembre 1982 a étendu le pouvoir juridictionnel du bureau de conciliation. La liste des mesures qu'il peut ordonner à ce titre est énoncée à l'article R. 516-18 du Code du travail. À l'exception des mesures d'instruction que le juge peut ordonner d'office, les autres mesures envisagées par cet article ne peuvent être ordonnées qu'à la demande d'une partie. Il faut encore préciser que la partie ne peut être qu'un salarié. En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le Conseil de prud'hommes avait commis un excès de pouvoir en condamnant, sur la base de l'article R. 516-18 précité, un salarié à verser à son employeur une indemnité correspondant à la partie du préavis qu'il s'était abstenu d'effectuer (21).

1 – La remise de documents

Les documents dont la délivrance peut être ordonnée par le bureau de conciliation sont : le certificat de travail (22) ; le bulletin de paie (23) ; toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer. Ce dernier point donne une marge d'appréciation pour les autres documents légaux à remettre au salarié : lettre de licenciement (24) ; certificat de congés payés des professions du bâtiment et des travaux

publics (25) ; attestation permettant au salarié de faire valoir ses droits auprès des ASSEDIC (26). Les documents dont le bureau de jugement a ordonné la remise doivent être alors adressés au salarié (27).

Le bureau de conciliation peut assortir ces mesures d'une astreinte, sanction fortement incitative pour la partie condamnée, mais qui n'est pas souvent prononcée par les Conseils de prud'hommes et qui, lorsqu'elle est prononcée, est liquidée à un niveau sans commune mesure avec le montant qu'elle avait atteint. Il y aurait beaucoup à dire sur l'astreinte mais ce n'est pas le lieu ici (28).

2 – Les provisions sur salaires et indemnités

Le versement de provisions (il ne s'agit pas d'un acompte mais d'une mesure provisoire) peut être ordonné par le bureau de conciliation lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (29). Le montant total des provisions, toutes catégories confondues, doit être chiffré par le bureau de conciliation et ne peut excéder six mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois. Ces provisions concernent : les salaires et accessoires de salaire ; les commissions ; les indemnités de congés payés ; les indemnités de préavis ; les indemnités de licenciement ; les indemnités de précarité (30) ; les indemnités mentionnées à l'article L. 122-32-6 du Code du travail (31). Cette liste est limitative, le Conseil de prud'hommes ne saurait l'étendre à d'autres situations, comme par exemple l'octroi d'une provision sur des frais professionnels (32).

Arrêtons-nous quelques instants sur la question d'une provision dans le cadre d'un litige portant sur une faute grave ou lourde, faute qui on le sait permet à l'employeur de s'affranchir du paiement d'indemnités de préavis et de rupture (33), voire de celle de congés payés (34). Un salarié licencié pour faute grave demandait au bureau de conciliation, en application de l'article R. 516-18 du Code du travail, de lui allouer une provision au titre de rappel de salaires correspondant à la mise à pied, l'indemnité compensatrice de préavis, ainsi qu'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La demande ayant conduit au partage de voix, l'affaire a été renvoyée devant le bureau de conciliation

(18) Circ. min. n° 83-5-A2, 28 janvier 1983, JONC 24 février 1983, p. 2099.

(19) Il semble que les partenaires sociaux aient entamé des discussions avec le ministère de la Justice sur cette question.

(20) Art. R. 516-11 al. 2, C. trav.

(21) Cass. soc., 6 mai 1997, n° 94-43.085, *Bull. civ. V*, n° 166 ; *Dr. Ouv.* 1997, p. 470, note A. de Senga.

(22) V. art. L. 122-16 C. trav.

(23) V. art. L. 143-3 al. 2, C. trav.

(24) Cass. soc., 4 décembre 1990, n° 84-44.824, *Bull. civ. V*, n° 612 ; art. L. 122-14-1 al. 1, C. trav.

(25) Art. D. 732-8 al. 1, C. trav.

(26) Art. R. 351-5 al. 1er, C. trav.

(27) Cass. soc., 17 janvier 1995, n° 91-43.908, *Bull. civ. V*, n° 26.

(28) V. notre commentaire sous CA Angers, 25 octobre 2001, JCP 2002, éd. E, 1119. V. aussi, Cons. prud'h Nancy, sect. ind., 30 mai 2002, *Dr. Ouv.* 2003 p. 153 note D. Boulmier.

(29) Art. R. 516-18, al. 3, C. trav.

(30) CDD art. L. 122-3-4 C. trav. ; travail temporaire art. L. 122-4-4 C. trav.

(31) Indemnités dues en cas de licenciement pour inaptitude suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

(32) CA Paris, 8 avril 1986, *Cah. prud'h.* 1986, p. 75.

(33) Art. L. 122-6 et L. 122-9 C. trav.

(34) Art. L. 122-14 al. 1 C. trav.

présidé par le juge départiteur (35). Cette formation a alors considéré qu'en se prévalant d'une faute grave l'employeur se devait de justifier des faits constitutifs de la faute grave, entraînant l'extinction de son obligation de payer les salaires et l'indemnité compensatrice de préavis (36). À défaut de l'avoir fait, le bureau de conciliation se devait d'allouer une provision. Ne peut-on considérer qu'il ne s'agit que de l'application de l'article R. 516-11 du Code du travail, qui « invite le défendeur à se munir de toutes les pièces utiles » lors de l'audience de conciliation ? Faute pour l'employeur de présenter des pièces laissant supposer la faute, la provision s'impose.

Dans un arrêt de 1995, la Cour de cassation avait, pour sa part, rejeté une telle solution en approuvant la Cour d'appel de Douai d'avoir annulé pour excès de pouvoir l'ordonnance du bureau de conciliation qui avait alloué une provision pour licenciement pour faute lourde. La Cour énonce que, selon l'arrêt attaqué, « le différend opposant les parties devant le bureau de conciliation quant à la réalité de la faute lourde du salarié constituait une contestation sérieuse sur l'existence de l'obligation de l'employeur à l'indemnisation de la mise à pied et du licenciement, impliquant l'absence des conditions d'application de l'article R. 516-18 du Code du travail » (37). Pourtant dans un arrêt de 1996, elle semble prendre le contrepied de cette solution en cassant un arrêt, également de la Cour d'appel de Douai, qui avait encore annulé pour excès de pouvoir une décision similaire du bureau de conciliation. La Cour énonce cette fois que « le bureau de conciliation répondant au moyen soulevé par le défendeur qui se prévalait du caractère sérieusement contestable de son obligation, a estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce, ce qui excluait l'appel immédiat contre sa décision » (38). Quoiqu'il en soit de l'incertitude de la jurisprudence, en cas de faute grave ou faute lourde, l'octroi d'une provision sera conditionné par les éléments soumis au juge dès l'audience de conciliation.

3 – Les mesures d'instruction

Le bureau de conciliation peut, soit d'office, soit à la demande d'une partie, ordonner toute mesure d'instruction qui pourrait se révéler nécessaire. Il peut s'agir : de la désignation de conseillers rapporteurs ; du recours à des experts ; de la remise de documents détenus par l'employeur, autres que ceux envisagés à l'alinéa 2 de l'article R. 516-18 du Code du travail, et qu'il est légalement tenu de remettre (39).

4 – La préservation des preuves

Le juge conciliateur peut ordonner toutes mesures destinées à la conservation des preuves ou des objets litigieux. Cela peut être le dépôt de pièces ou d'objet auprès du secrétariat-greffe ou des mesures de saisie ou de séquestre. Cela peut être également la nomination de conseillers rapporteurs pour effectuer une mission de préservation de preuves dans l'entreprise. Même si la précision n'est pas dans le texte, ces mesures peuvent être assorties d'une astreinte en

vertu de l'article 11 du nouveau Code de procédure civile (40).

On voit donc que ces pouvoirs attribués au juge conciliateur au début de la procédure prud'homale, font penser à ceux attribués au juge des référés pour la procédure d'urgence. L'utilisation par le juge conciliateur des pouvoirs qui lui sont conférés, permet d'éviter au demandeur de s'engager en parallèle dans une instance en référé.

B – Les limites à l'exercice des pouvoirs du juge

Les mesures d'instruction sont rarement ordonnées par l'institution prud'homale, toutes formations confondues. Celles qui le sont par le bureau de conciliation ne représentent que 10 % du total selon une étude datant déjà de 1989 (41). On peut avancer plusieurs raisons expliquant cette situation.

1 – Le manque d'information préalable du juge conciliateur

Si l'on a vu que le juge conciliateur ne pouvait prendre la mesure de l'affaire avant de rencontrer les parties, on a également vu que les parties étaient invitées à se munir de toutes les pièces utiles. Le juge devrait donc, en cours de conciliation, prendre le temps d'étudier les documents détenus par les parties pour décider de l'opportunité de recourir à une mesure d'instruction ou pour répondre favorablement à la demande d'une des parties sur la mise en œuvre de ses pouvoirs juridictionnels. En effet, il appartient au juge de statuer au vu des éléments en sa possession le jour de la séance de conciliation et d'apprécier si la demande est ou non sérieusement contestable.

Apprécier l'affaire au vu des éléments détenus par les parties ne doit pas se limiter aux seuls documents, mais doit s'étendre également au contenu des différents échanges que le juge aura su faire produire entre les parties. D'ailleurs, ceci est expressément inscrit à l'article R. 516-13 du Code du travail : « le bureau de conciliation entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier ». Encore faut-il que le juge se donne « les moyens de faire de l'audience de conciliation une phase active et dynamique » (42).

2 – Le statu quo découlant de la parité

Deux questions se posent donc à ce stade : le juge conciliateur a-t-il envie de s'investir dans une démarche active et dynamique ? Si oui, le juge conciliateur peut-il vraiment s'y investir ? Il ne fait pas de doute que le juge prud'homal méconnaît l'étendue des pouvoirs juridictionnels dont il dispose dès la phase de conciliation. Cependant, lorsqu'il connaît ses pouvoirs le caractère paritaire de l'institution est un frein à leur mise en œuvre. En effet, les divergences pouvant intervenir entre le juge employeur et le juge salarié sur l'opportunité « d'ordonner » à ce stade de l'instance, conduisent à l'abandon de tout recours à des mesures

(35) Cons. prud'h. Lyon, sect. ind., départage conciliation, 21 avril 1999 : *Dr. Ouv.*, 1999, p. 368, note B. Augier.

(36) Il est conforme à l'article R. 516-18 du Code du travail que la demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'ait pas été comprise dans cette provision.

(37) Cass. soc., 15 juin 1995, n° 94-40.524.

(38) Cass. soc., 14 mai 1996, *Dr. Ouv.* 1997, p. 443.

(39) Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-42.604, *Bull. civ.* V, n° 187, *Dr. soc.* 1995, p. 838, obs. Y. Desdevises (il s'agissait de fiches de pointages journaliers).

(40) En vertu de l'article R. 516-0 du Code du travail le livre 1er du NCPC est applicable.

(41) Desdevises Y. et Ducoin, *L'instruction du procès prud'homal*, La Documentation française, 1989. Les échos que l'on peut recueillir ici et là laissent penser que la situation n'a pas favorablement évolué.

(42) Ph. Grangier, préc. p. 46.

juridictionnelles, le départage étant généralement refusé à ce stade y compris par le juge qui souhaiterait voir ordonner une de ces mesures. Le fait que de telles mesures ne puissent être

prononcées qu'à l'encontre de l'employeur, pourrait expliquer la réticence du conseiller employeur à s'inscrire dans la démarche d'un recours aux pouvoirs juridictionnels.

■ III. Le devoir du juge dans l'information des parties ■

La doctrine avait eu l'occasion, en 1998, d'affirmer le principe d'un impératif, pour le juge conciliateur, d'informer le travailleur sur l'étendue éventuelle de ses droits (43). La Cour de cassation a rejoint une telle préconisation (A). Cependant le devoir d'information est quelque peu mis à mal par des difficultés d'application. Les unes sont surmontables (B), les autres sont plus difficiles à gommer (C).

A – Le principe posé par la Cour de cassation

Dans un arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation est venue rappeler que si l'accord de conciliation traduit l'accord des parties, cet accord ne saurait se faire à n'importe quel prix, ce qui présuppose l'intervention du juge (44). L'arrêt subordonne la validité de l'accord de conciliation à l'information préalable des parties sur leurs droits respectifs. Comme nous l'avons déjà indiqué dans notre introduction, le juge n'est pas le spectateur passif de l'audience de conciliation, il doit en être le « metteur en scène ». L'arrêt ne fait pas peser sur le juge une obligation de résultat mais une obligation de moyens. À partir des pièces et des échanges entre les parties le juge doit en tirer les droits de chacune d'elles et les leur préciser. C'est seulement alors qu'elles pourront préférer l'accord de conciliation au renvoi devant le bureau de jugement.

B – Les difficultés d'application invoquées

Si l'on tient comme règle de droit, devant s'imposer aux formations de conciliation, la solution posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 mars 2000, il faut admettre que les obstacles derrière lesquels on se réfugie généralement pour expliquer le faible taux de conciliation doivent être balayés.

- **Question de temps** : c'est un effort à faire pour initier la dynamique. Le temps supplémentaire passé par les conseillers conciliateurs pour véritablement mettre les parties face à un choix entre conciliation et jugement, en les informant le plus complètement sur leurs droits respectifs, sera compensé à terme par des gains de temps devant le bureau de jugement. Ce seront donc, moins d'audiences, moins de délibérés, moins de rédactions de jugement, etc.

- **Interdiction d'engager un débat sur le fond** : prendre connaissance des faits, leur associer les règles de droit applicables et informer les parties sur leurs droits respectifs n'est pas statuer sur le fond de l'affaire, mais seulement à ce stade éclairer ou rééclairer les enjeux.

- **La parité** : à moins d'ignorer que le Conseil de prud'hommes doit juger en droit, la parité ne devrait pas être ici source de blocage quant à l'information des parties sur leurs droits respectifs, sauf à être dans un état d'esprit d'opposition permanente.

- **La présence/absence des parties et le rôle de leur Conseil** : il arrive que le représentant des parties déclare ne pas avoir pouvoir de concilier. Est-ce une raison pour que le juge abandonne son rôle actif ? Au contraire, il devrait poursuivre la conciliation, l'information des droits respectifs pouvant être source d'inflexion des positions de principe quant au rejet de toute conciliation.

C – Les difficultés d'application subsistantes

Si les difficultés que nous venons d'évoquer peuvent être atténuées, il en reste d'autres qui subsistent.

- **L'information du juge** : la faible information préalable des juges, l'insuffisance des pièces détenues lors de l'audience de conciliation sont des facteurs aggravant du temps nécessaire pour conduire le plus sérieusement une conciliation.

- **La référence aux sources de droit applicables** : l'article 12 NCPC précise que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Les sources conventionnelles sont bien entendu visées par cet article. Si le juge conciliateur doit informer les parties de leurs droits respectifs c'est à n'en pas douter dans l'esprit de l'article 12 NCPC. Nous serons cependant ici plus réservés, car au stade de la conciliation il est difficile de pouvoir être assuré de l'applicabilité de telle ou telle source conventionnelle invoquée (45). On sait que les sources conventionnelles dépendent de la réalisation des obligations de dépôt et de publicité, à défaut elles ne sont pas opposables au salarié. On oublie trop souvent ces règles élémentaires pour se fier aux apparences, apparences qui peuvent donc être en opposition avec la réalité. Nous citerons pour exemple les accords d'entreprise qui auraient pu être conclus en dérogation à l'accord de branche dans les sociétés d'assurances sur la durée et l'organisation du travail, alors que le principe de faveur interdisait une telle dérogation (46).

La question de la norme conventionnelle applicable ne risque-t-elle pas de devenir plus ardue pour le juge prud'homal, dans le nouveau schéma de hiérarchisation des normes qui se profile dans le projet de loi sur la formation professionnelle tout au long de sa vie et le dialogue social ? Le principe de faveur pourra être mis à mal si l'accord de branche le prévoit, et l'opposabilité de l'accord dépendra des

(43) V. P. Moussy, « À propos de l'article R. 516-0 du Code du travail (existe-t-il une approche syndicale du procès prud'homal ?) », *Dr. Ouv.* 1998, p. 145, spéc. p. 148.

(44) Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ.* V, n° 135 ; S. S. Lamy n° 978, 25 avril 2000, note C. Goasguen ; *D.* 2000, J., p. 537, note J. Savatier ; *Dr. Ouv.*, 2000, p. 392, note P. Moussy ; Ph. Grangier, préc. ; rapp. ann. C. Cass., *Dr. Ouv.* 2001 p. 349.

(45) V. notre préoccupation de voir le juge « accéder à une banque de données des accords en tous genres » in D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale - À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, 2002, 679 p., préf. S. Hennion-Moreau, spéc. § 234 s.

(46) CA Paris, 24 septembre 2003, 2002/03717 ; *Bref. Soc.*, 27 octobre 2003, p. 1 confirmant TGI Paris 14 mai 2002, *Dr. Ouv.* 2002 p. 451 n. M. Bonnechère.

conditions de signatures, accord majoritaire ou accord sans opposition. Hormis la question du dépôt et des mesures de publicité, le juge prud'homal devra en outre vérifier

l'opposabilité des normes conventionnelles, au regard de son mode de conclusion, pour pouvoir affirmer les droits respectifs des salariés (47).

■ IV. La mise en état de l'affaire (48) ■

Lorsque la tentative de conciliation a échoué (totalement ou partiellement), le juge se voit confier la mission de vérifier si l'affaire est en état d'être jugée (A) et, si tel est le cas, il peut renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement et fixer un calendrier de communication des pièces (B).

A – Le rôle du juge pour la mise en état

Selon l'article R. 516-20 du Code du travail, lorsque le demandeur et le défendeur sont présents ou représentés et que l'affaire apparaît en état d'être jugée, sans que la désignation d'un ou deux conseillers rapporteurs ou le recours à une mesure d'instruction ne soient préalablement nécessaires, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement.

Il ressort de cet article :

- que le renvoi devant le bureau de jugement ne doit se faire que si l'affaire est en état d'être jugée ;

- que si l'affaire ne peut être en état d'être jugée, le juge doit désigner un ou deux conseillers rapporteurs ou recourir à une mesure d'instruction

Ceci a pu faire dire à un auteur que « *le bureau de conciliation devrait normalement renvoyer à une mesure d'instruction chaque fois que l'une des parties ne peut sur ses propres forces et avec ses propres moyens, rapporter la preuve des faits qu'elle allègue, et ce, en application des dispositions de l'article 1315 du Code civil, et notamment du deuxième alinéa* » (49).

B – La communication des pièces entre les parties

1 – La fixation d'un calendrier

L'affaire étant en état d'être jugée, c'est alors utilement que le juge conciliateur pourra fixer un calendrier de remise de pièces, comme le permet l'article R. 516-20-1 du Code du travail. Il ne s'agit cependant que d'une simple faculté pour le juge et non d'une obligation. Lorsque le calendrier est fixé sans que l'affaire ne soit mise en état d'être jugée, les difficultés surgissent inévitablement devant le bureau de

jugement. Ces difficultés proviennent du retard dans la communication des pièces (le plus souvent retard du à la partie défenderesse), voire de la non-remise de pièces, ce qui conduit à un renvoi de l'affaire (50). Il faut cependant regretter que le bureau de jugement n'apporte pas plus de crédit au calendrier fixé, en adoptant plus largement la sanction tirée de l'article 135 NCPCL lorsque les manœuvres dilatoires sont patentes, sanction qui consiste à écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile (51).

2 – La question de l'ordre de communication des pièces

Le juge n'a pas la faculté de décider comme il l'entend de l'ordre de communication des pièces. Le demandeur doit communiquer en premier et le défendeur en second, bien que la question de l'inversion de cet ordre se trouve posée au cas d'un litige portant sur une faute grave. On a déjà précisé que la charge de la preuve de la faute grave repose sur l'employeur. En application de cette règle, un bureau de conciliation en départage a inversé l'ordre de communication des pièces. Après avoir rappelé que « *la preuve de la gravité de la faute privative des indemnités de préavis et de licenciement incombe à l'employeur* », le juge départiteur renvoie l'affaire devant le bureau de jugement en fixant à l'employeur un délai de vingt jours pour produire et communiquer ses pièces à la partie adverse, un délai de vingt jours étant fixé au salarié pour y répondre (52).

C'est pourtant une solution inverse qui a été retenue dans une autre affaire en 2001, affaire également soumise au juge départiteur du même Conseil de prud'hommes (53). La décision a été confirmée par la Cour d'appel qui considère que si la preuve de la faute, grave ou lourde, incombe à l'employeur, il n'en résulte nullement que ce dernier doit communiquer ses pièces en premier (54).

Mais à bien y réfléchir, y a-t-il vraiment un enjeu à polémiquer sur cet ordre de communication des pièces ? Ne suffit-il pas au demandeur de conclure à l'absence de preuves de l'employeur relativement à la faute grave ou lourde, en lui redonnant ainsi la main pour qu'il se décide à les produire ?

(47) Si le rapport de Virville (*Pour un Code du travail plus efficace*, 15 janvier 2004, accessible sur le site Internet du ministère du Travail), en envisageant l'amélioration de l'information des normes conventionnelles (v. propositions n° 1 et 2), répond en partie à notre préoccupation, elle reste insuffisante pour l'efficacité auprès du juge, puisque la mise en ligne des accords ne concernerait que ceux dont le champ d'application excède le périmètre d'une entreprise ou d'un groupe.

(48) V. T. Grumbach, « La mise en état devant la juridiction prud'homale », préc. spéc. p. 192.

(49) T. Grumbach, op. cit., p. 193.

(50) Nous sommes étonnés qu'il existe ici ou là des engagements entre le Barreau et le Conseil de prud'hommes pour un comportement correct en matière de remise de pièces alors qu'un tel comportement

s'impose même en l'absence de ces « contrats de procédure » comme ils sont parfois désignés. Pour un partisan des contrats de procédures, v. T. Grumbach, préc., p. 183.

(51) Sur cette question, v. D. Boulmier, « "L'indiscipline" prud'homale dans la communication des pièces et conclusions », *RJS* 02/2002, p. 103, spéc. § 5.

(52) Cons. prud'h. Bordeaux, départage conciliation, 8 novembre 1999 : Dr. Ouv. 2000, p. 173, note K. Derouvroy.

(53) Cons. prud'h. Bordeaux, sect. ind. Départage conciliation, 25 juin 2001.

(54) CA Bordeaux, 8 avril 2002, n° 01/04266. La Cour d'appel considère également que les pouvoirs juridictionnels du juge conciliateur ne lui permettent pas d'ordonner la communication des pièces que les parties entendent produire à l'appui de leurs prétentions.

■ V. Les remises en cause du juge conciliateur ■

Est-il raisonnable de vouloir refaire en cause d'appel et en dehors du juge ce qui n'a pu se faire en conciliation prud'homale (A) ? Hors de ces cas, on voit également poindre des dispositions conventionnelles ou contractuelles pré-contentieuses (B) quand ce n'est pas par la loi que l'on cherche à les imposer (C).

A. La remise en cause par le juge

1 – La démission du juge en cause d'appel

On sait que la Cour d'appel de Grenoble s'est forgée la réputation d'être le chantre de la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne dans des affaires prud'homales. La principale critique de cette pratique est que l'on s'éloigne de la conciliation prud'homale, le juge n'étant plus présent dans le dispositif et l'accord qui intervient entre les parties, en dehors du juge, ne répond pas nécessairement au respect des droits respectifs des parties (55). Pour défendre cette pratique il est avancé le caractère facultatif de la proposition alors que l'on sait pertinemment que la médiation est acceptée « *parce que l'autorité et le pouvoir du juge ressentis par le salarié demandeur à l'instance lui font craindre, en cas de refus de l'offre, des conséquences directes sur la solution qui sera in fine donnée à son litige* » (56).

2 – La nouvelle injonction à surveiller

Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer, il faut encore s'inquiéter en matière de procédure de conciliation inscrite dans le NCPC, de la modification apportée à l'article 21 de la loi de 1995, par l'article 8 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 (57). Il a été ajouté un alinéa ainsi rédigé « *si le juge n'a pas recueilli l'accord des parties pour procéder aux tentatives de conciliation [...], il peut leur enjoindre de rencontrer une personne qu'il désignera à cet effet et remplissant les conditions fixées au premier alinéa. Celle-ci informera les parties sur l'objet et le déroulement de la mesure de la conciliation* ». Pour combien de temps encore cette injonction ne concernera-t-elle que la conciliation et ne sera pas étendue à la procédure de médiation judiciaire

déléguée à une tierce personne (58), privant ainsi les parties de toute résistance ?

B. La remise en cause par la convention ou le contrat

1 – La convention collective

Il arrive que les conventions envisagent des procédures disciplinaires sous le regard des organisations syndicales, comme c'est le cas lorsque sont créées des commissions de discipline. Ces commissions interviennent avant toute décision de l'employeur et donc avant que la cause d'un contentieux ne soit scellée. Mais, d'avantage, on a pu observer des clauses conventionnelles guidant le déroulement du contentieux individuel déclaré en envisageant des mesures internes de règlement des conflits individuels avant tout litige prud'homal (59) ou instaurant des procédures de médiation (60). Or, la loi envisage les procédures conventionnelles de conciliation uniquement pour régler les conflits collectifs de travail susceptibles de survenir entre les employeurs et les salariés liés par la convention (61), mais rien de tel pour les contentieux individuels. Il nous semble que les partenaires sociaux dépassent là les limites de leur pouvoir à forger le statut collectif, en restreignant la libre disposition du droit d'agir en justice (62). Dans le domaine disciplinaire, de telles clauses seraient encore plus choquantes si elles venaient en complément de procédures disciplinaires conventionnelles, car empiler de tels dispositifs revient à confisquer davantage au salarié son droit d'agir en justice.

2 – Le contrat de travail

Partant de l'exemple de la clause de conciliation conventionnelle, la présidente de la Cour d'appel de Grenoble avait appelé les DRH à inscrire dans les contrats individuels de travail des clauses de médiation avant toute action devant le Conseil de prud'hommes (63). Cela ne ferait qu'une clause privative de liberté de plus, dans les contrats qui sont actuellement imposés aux salariés (64).

3 – La validation des clauses de conciliation précontentieuses

La Chambre mixte de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 14 février 2003, décidé qu'une clause contractuelle instaurant une procédure de conciliation obligatoire préalable

(55) Pour nos critiques sur cette question, v. D. Boulmier, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne : nid ou déni de justice ? », *Dr. Ouv.*, 2002, p. 185.

(56) D. Boulmier, *op. cit.*, § 24.

(57) V. D. Boulmier, « Médiation et conseil de prud'hommes : quels risques ? », in *Le Conseil de prud'hommes au présent - Le Conseil de prud'hommes autrement*, préc., p. 79, spéc. § 28s.

(58) Pour une autre critique de ce texte sur la question du consentement, v. J. Joly-Hurard, « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *D.* 2003, *Chr.*, p. 928.

(59) V. la convention collective des industries métallurgiques, électriques, électroniques et connexes de l'Isère du 6 novembre 2001, *Bref soc.*, 12 novembre 2001, p. 1.

(60) V. accord sur le dialogue social au sein du groupe Cégetel, 13 juin 2002, *Liaisons soc.*, C3 n° 412 du 8 août 2002, spéc. p. 12.

(61) Art. L. 133-5 13°, C. trav. V. N. Moizard, « Le renouveau de la médiation dans les règlements des conflits collectifs de travail », in *La médiation*

en débat, préc., spéc. pp. 60-64. Adde A. Jeammaud, « Conciliation, médiation et arbitrage des conflits (collectifs) du travail », *Rapport Français*, 2000, www.europa.eu.int/comm/employment_social.

(62) Même si on ne peut, sous couvert d'une conciliation conventionnelle, porter l'affaire directement devant le bureau de jugement (Cass. soc., 26 janvier 1994, n° 91-40.464, *Bull. civ. V*, n° 32).

(63) V. B. Brenneuer, « La pratique grenobloise », in *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire* (colloque Valence 21 juin 2002), *S. S. Lamy* n° sup. n° 1100, 2 décembre 2002, 73 p., spéc. p. 55.

(64) Les contrats de travail envisagent très souvent, sans que toutes ces clauses ne soient nécessairement justifiées et/ou légales, la clause d'objectif, la clause de mobilité, la clause de non-concurrence, la clause de dédit-formation, ainsi qu'une liberté de modification des conditions de travail sous couvert d'emploi toutes fonctions et tous horaires.

à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent (65). Un auteur a relevé le danger de la solution en matière de consommation, pour « *des gens de condition simple* », qu'il dénomme « *petits consommateurs* ». Il faut également relever le danger pour les salariés si, comme il y a tout lieu de le penser s'agissant d'un arrêt de la Chambre mixte, la solution est applicable au contrat de travail, dès lors que le contrat de travail est quasi systématiquement un contrat d'adhésion, laissant rarement place à la résistance du futur salarié sur les clauses qui y sont insérées. On peut cependant émettre des réserves quant à l'application de la solution pour des clauses de conciliation envisagées par la seule convention collective, car si l'on ne peut plaider par procureur (66), il semblerait logique que l'on ne puisse pas davantage s'engager par procureur pour une conciliation pré-contentieuse.

C. La remise en cause envisagée par la loi

Tenterait-on d'éviter le recours au Conseil de prud'hommes en aménageant un arrangement préalable des différends ? C'est ce que l'on peut croire ou craindre à la lecture des propositions de Renaud Dutreil (67) pour moderniser l'apprentissage (68). Dans l'état actuel de la législation, la résiliation du contrat de travail d'un apprenti ne peut être prononcée, passé un délai de deux mois, que par le Conseil de prud'hommes (69). Sans plus de précision dans le texte, il s'agit alors de la procédure de droit commun et l'audience de conciliation prud'homale s'impose. Or, on est amené à s'interroger sur la motivation qui conduit le secrétaire d'État aux PME à prévoir une obligation de tentative de conciliation, devant une commission paritaire mise en place par le médiateur de l'apprentissage, avant toute saisine du Conseil de prud'hommes par l'apprenti pour tout litige relatif à l'exécution ou à la résiliation du contrat de travail (70). Cette proposition rejoint ici l'esprit des clauses conventionnelles ou contractuelles qui restreignent la liberté du salarié dans ses actions en justice. S'agit-il de *squeezer* le Conseil de prud'hommes ? S'agit-il de forcer des arrangements plus

favorables pour les employeurs, l'information des parties sur leurs droits respectifs ne s'imposant pas à ce stade (71) ? Une chose est certaine cette solution ne peut être bonne ni pour les apprentis, ni pour le Conseil de prud'hommes.

En conclusion

Il faut affirmer le rôle premier du juge prud'homal en matière de conciliation. Si les parties doivent rester libres de s'arranger en dehors du juge pour résoudre leur litige au moment ou il survient, il nous semble qu'il faille remettre en cause les clauses conventionnelles, contractuelles ou légales de conciliation pré-contentieuse en prévision d'un litige. Le Conseil de prud'hommes ne serait-il pas en passe de devenir une juridiction qu'il faudrait à tout prix éviter ? Le plus surprenant est que, dans le cas des dispositifs conventionnels, cela se fait avec la complicité d'organisations syndicales.

Si la question de la parité a été posée au cours de cette intervention comme pouvant être un frein à un déroulement de la conciliation dans l'esprit des textes, il nous semble que cela pourrait être surmonté par des échanges épisodiques entre les différentes composantes d'un Conseil de prud'hommes. Ainsi, nous avons eu en octobre 2003 l'heureuse expérience d'une formation prud'homale sur la conciliation, formation non pas pour des conseillers prud'hommes appartenant tous à la même famille, mais pour un Conseil de prud'hommes en son entier — celui de Remiremont —, conseillers salariés et conseillers employeurs.

Certes, d'autres difficultés doivent être résolues : temps nécessaire préalable à la consultation des dossiers, effectivité de la comparution personnelle des parties, temps nécessaire en cours d'audience, etc. Pour un meilleur succès de la conciliation mais également pour la survie du Conseil de prud'hommes il faut que, dans les meilleurs délais, le juge prud'homal se réapproprie ses droits et retrouve le rôle actif qui lui fait défaut (72). C'est la conciliation prud'homale — garante de l'information des parties sur leurs droits respectifs et détentrice de pouvoirs juridictionnels —, qui doit se substituer aux modes alternatifs de règlement des conflits, ignorant les droits respectifs des parties, et non l'inverse.

Daniel Boulmier

(65) Ch. Mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423 & 00-19.424, *Petites affiches*, 13 mars 2003, n° 51, p. 13, note L. Bernheim ; *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 349, note R. Perrot ; *D.* 2003, J., p. 1386, note P. Ancel ; *JCP éd. E.*, 2003, 707, note H. Croze & D. Gautier.

(66) Sauf exception. En droit du travail il s'agit de la faculté pour les syndicats de se substituer, dans certains litiges, aux salariés : v. notre étude *in Lamy Prud'homme*, n° 412 s. ainsi que l'article de M.L. Dufresne-Castets ci-après p. 122.

(67) Secrétaire d'État aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation.

(68) V. Livre blanc, Moderniser l'apprentissage, 50 propositions pour former plus et mieux, *Bref. Soc.*, 20 octobre 2003, p. 20. Dossier à consulter sur : <http://www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr>.

(69) Art. L. 117-17 C. trav.

(70) Livre blanc préc. proposition 11-1 p. 75. Le thème 11 du document s'intitule « Améliorer le fonctionnement du triptyque entreprise-

jeune-CFA ». Nous nous interrogeons sur l'amélioration du respect des droits du jeune.

(71) Par exemple, en cas de violation de la procédure de résiliation du contrat d'apprentissage, l'employeur est actuellement redevable des salaires jusqu'au jour où le juge statue sur la résiliation (Cass. soc., 4 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 183 ; *D.* 1999, IR, p. 147 ; *Dr. soc.*, 1999, p. 1096, obs. Cl. Roy-Loustaunau ; *RJS* 1999, n° 513 ; *TPS* 1999, comm. n° 253). Une procédure pré-contentieuse favoriserait à l'évidence la pression sur l'apprenti pour qu'il abandonne ses droits.

(72) On a vu que l'arrêt du 28 mars 2000 préc. mettait en avant la question de la nécessaire information des parties quant à leurs droits respectifs. Un auteur met récemment en évidence le nécessaire élargissement du rôle du juge en conciliation, il doit également s'attacher à se préoccuper des règles de procédure les plus appropriées pour sauvegarder les droits des salariés : v. M. Keller, obs. sous Cass. Soc., 12 novembre 2003, n° 01-41.901, *Dr. Soc.* 2004, p. 104, spéc. p. 105.