

Le rôle actif du juge prud'homal au regard des pouvoirs du bureau de conciliation

par *Carlos RODRIGUEZ*, Conseiller prud'homme

PLAN

Rappel historique

A – Le rôle et les pouvoirs du bureau de conciliation

B – Le déroulement de la phase de conciliation

C – L'audience de conciliation

1. Sur la présence des parties

2. L'audience non publique (article R. 516-13)

3. L'audience publique

Conclusion

RAPPEL HISTORIQUE A PROPOS DE LA CONCILIATION PRUD'HOMALE

Au moment de la création des Conseils de prud'hommes, la phase de conciliation occupait l'essentiel de l'activité prud'homale. En l'absence de loi ou de convention, c'était la coutume et l'usage qui réglaient les relations contractuelles entre employeurs et salariés. En conséquence, on s'en remettait au "bon sens" des prud'hommes (*hommes sages* ?).

À cette époque, le Conseil de prud'hommes était une institution corporatiste, où siégeaient les employeurs et les chefs d'atelier et où les conciliations étaient de l'ordre de 90 %. Il faut dire que toutes les conditions étaient réunies pour que le salarié vienne prendre sa leçon et l'on peut vraiment douter de la qualité de ces conciliations.

Il a fallu que les organisations syndicales de salariés "investissent" les Conseils de prud'hommes pour que ces derniers deviennent un lieu actif du syndicalisme, où s'exerce également le rapport de force entre les salariés et les employeurs.

En 1902, les conciliations, sont en très nette diminution avec un chiffre de 52 %. C'est bien la démonstration que jusque-là elles se faisaient essentiellement dans l'intérêt patronal. Ce chiffre est encore en baisse, aujourd'hui moins de 10 %, en raison de la construction et du développement de la législation du travail et de l'information que reçoivent les salariés par l'intermédiaire de leurs Conseils, notamment de leurs organisations syndicales.

Ainsi, à titre d'illustration, au Conseil de prud'hommes de Paris, dans les années 1960, le bureau de conciliation (alors appelé bureau particulier, le bureau de jugement étant appelé bureau général) était saisi, par audience, d'une centaine d'affaires.

Dans 8 % des cas le demandeur était absent et les affaires étaient "rayées", dans 42 % des affaires le défendeur était absent, dans ces conditions elles étaient envoyées au bureau de jugement. Dans 15 % des affaires restantes (50 % des saisines) il y avait conciliation (1). Bien entendu, en raison de la surcharge de l'enrôlement, les conseillers ne consacraient que quelques minutes par dossier. Il faut dire qu'à cette époque, le bureau de conciliation n'avait aucun pouvoir de mise en état et ne pouvait pas prendre de mesures juridictionnelles, les conseillers prenant un peu plus de temps en fonction des affaires, au regard de leur expérience ou au "feeling".

C'est par un décret du 12 septembre 1974, que le bureau de conciliation va se voir attribuer des pouvoirs juridictionnels. C'est aussi à cette occasion que l'instance devant le Conseil de prud'hommes devient continue. En effet, dans l'ancien système, l'instance était introduite, après la conciliation, par la citation du défendeur devant le bureau de jugement. Ce même décret laisse la possibilité aux Conseils de prud'hommes de créer leur formation de référé, cette création sera généralisée et rendue obligatoire en 1979 (2).

Le décret de 1974 comporte donc une innovation importante, il s'agit des pouvoirs juridictionnels du Bureau de conciliation. Il n'y a pas double emploi avec l'existence d'une formation de référé. En effet, ce même décret prévoit désormais la

(1) William H. McPherson "Les Conseils de prud'hommes : une analyse de leur fonctionnement" (deuxième partie), Droit social janv. 1962.

(2) Jean Buffet "La nouvelle procédure prud'homale", Droit social avril 1975 ; M. Boitel "Compétence et procédure en matière prud'homale", Dr. Ouv. 1974 p. 379 ; P. Vaschalde "Rôle et pouvoir du conseiller prud'homme", Dr. Ouv. 1975 p. 357.

continuité de l'instance prud'homale. Ainsi le rôle d'instruction qui lui est désormais conféré impose une mise en état des affaires en vue du bureau de jugement et le conseil reste ainsi saisi sans discontinuité.

En raison des pouvoirs que détient désormais le bureau de conciliation cette séance est dès lors une phase déterminante.

A – Le rôle et les pouvoirs du bureau de conciliation

À l'occasion de la phase de conciliation, il entre dans la mission des conseillers prud'hommes de tenter de concilier les parties "les Conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail..." (article L. 511-1 du Code du travail) (2 bis).

L'article R. 516-13 du Code du travail, donne déjà le ton en précisant le rôle actif du juge "le bureau de conciliation entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier".

Nous avons donc un premier texte qui fait de la phase de conciliation un impératif de la procédure prud'homale, qui toutefois connaît quelques dispenses (3) et exceptions ; le second texte indique qu'il s'agit d'une tentative de conciliation à laquelle le juge prend sa part, et ce, notamment, en informant les parties de leurs droits respectifs.

En tout état de cause, nous sommes dans un processus contentieux, qui pourrait prendre fin par un rapprochement des parties en se concluant par une conciliation.

Par ailleurs la formation de conciliation détient des pouvoirs juridictionnels, lui permettant de prendre un certain nombre de mesures et de mettre l'affaire en état d'être jugé (articles R. 516-18 à R. 516-20 du Code du travail).

(2 bis) v. également D. Boulmier "Le Bureau de conciliation" Dr. Ouv. 2004 p.98 in num. spec. *Les bonnes pratiques prud'homales* ; K. Derouvroy "L'audience de conciliation", RPDS 2002 p. 279.

(3) **Les dispenses** : La requalification d'un CDD ou d'une mission de travail temporaire en CDI est examinée directement en bureau de jugement (article L. 12 2-3-13 al. 2 du Code du travail). C'est également le cas pour un certain nombre de congés et de formations. Création d'entreprises (L. 122-32-13 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés, quinze jours pour agir* (L. 122-32-23 al. 2 du Code du travail). Sabbatique (L. 122-32-18 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés, quinze jours pour agir* (L. 122-32-23 al. 2 du Code du travail). Participation aux réunions d'une association ou d'une mutuelle (L. 225-8 du Code du travail). Solidarité internationale (L. 225-9 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés* (L. 225-10 al.2 du Code du travail). Formation économique, sociale et syndicale (L. 451-1 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés* (L. 451-3 al. 3 du Code du travail). Formation CHSCT (L. 236-10 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés* (L. 451-3 al. 3 du Code du travail). Formation comité d'entreprise (L. 434-10 du Code du travail). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés* (L. 451-3 al. 3 du Code du travail). Le licenciement d'un administrateur salarié (97-7, ordonnance du 21 octobre 1986). *En dernier ressort et en la forme applicable aux référés*. Contestation d'un relevé de créances (article 123 al.2, loi du 25 janvier 1985). *2 mois pour agir après relevé de forclusion d'un an*. Action à l'encontre de L'AGS qui conteste une créance (article 125 al. 1 et 2, loi du 25 janvier 1985). Intervention des syndicats à l'instance (article L. 411-11 du Code du travail).

B – Le déroulement de la phase de conciliation

Au-delà des dispenses, prévues par la loi, il y a un certain nombre d'exceptions (4) relatives à la phase de conciliation.

Dans le domaine de la conciliation, le Code du travail comporte des textes relativement précis qui octroient des pouvoirs et imposent des obligations au juge prud'homal.

Dans la pratique, ils sont rarement mis en œuvre, ceci étant le résultat d'un certain nombre de facteurs, notamment, quelquefois, la surcharge des audiences, le vécu de certaines pratiques, la résistance des conseillers prud'hommes employeurs qui, "profitant" du paritarisme, peuvent conduire à bloquer la situation et ce au détriment des intérêts du demandeur salarié, qui ferait ainsi les frais du désaccord des juges conciliateurs.

Mais dans la réalité, le plus grand obstacle à un fonctionnement normal du Bureau de conciliation, c'est la méconnaissance par le juge prud'homal des pouvoirs qu'il détient et des obligations qui s'imposent à lui. Cette méconnaissance ouvre la porte et facilite les manœuvres visant à réduire à sa plus simple expression la phase de conciliation, c'est-à-dire la prise des renseignements administratifs, la récapitulation des chefs de demandes et la tentative de rapprochement des parties, sans prendre le temps de vérifier les droits de chacune d'entre elles.

A défaut de conciliation, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement, sans réelle vérification de l'état du dossier.

Contentieux relatif aux atteintes aux droits des personnes ou aux libertés individuelles (L. 422-1-1 al. 1 du Code du travail). Opposition, par un employeur à une condamnation, en application du deuxième alinéa de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, le condamnant au remboursement des allocations chômage (article D. 122-20 al. 3 du Code du travail). Le référé prud'homal est une instance distincte et autonome qui comporte ses propres règles de procédure et pour lequel la tentative de conciliation n'est pas prévue.

(4) **Les exceptions** : L'absence du défendeur à la tentative de conciliation, n'empêche pas la poursuite de la procédure, en effet en application du troisième alinéa de l'article R. 516-20 du Code du travail lorsque le défendeur n'a pas comparu et que le recours à une mesure d'instruction n'apparaît pas préalablement nécessaire, le bureau de conciliation renvoi l'affaire au bureau de jugement. La caducité prononcée par le bureau de jugement, entraîne le renouvellement de la demande qui, si elle est reprise, est portée, à nouveau, directement devant le même bureau de jugement (article R. 516-26-1 du Code du travail). En application de l'article R. 516-2 du Code du travail, les demandes nouvelles dérivants du même contrat de travail sont recevables en tout état de cause, même en appel, sans que puisse être opposé l'absence de tentative de conciliation. Il en va de même pour les demandes reconventionnelles, ainsi que pour les moyens et exceptions mises en œuvre, par les parties au cours du procès. En cas de renvoi devant une juridiction limitrophe, en application de l'article 47 du NCPC ou de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'affaire est reprise au niveau de procédures où elles se trouvaient devant la juridiction précédente. Si la phase de conciliation a eu lieu elle n'est pas réitérée.

Beaucoup de Conseils de prud'hommes doivent se reconnaître dans cette pratique.

Le juge conciliateur en analysant l'affaire et en prenant les mesures pour la mettre en état en vue de l'éventuel bureau de jugement, fait un travail de fond. Pour analyser les prétentions qui lui sont présentées, en vérifier la pertinence, il doit examiner le fondement ces prétentions.

Le conseiller prud'homme qui remplit son office en Bureau de conciliation est un juge du fond. Simplement, comme le juge des référés, il statue provisoirement "sous toutes réserves au fond". Ainsi, il n'est pas contestable, qu'il est un juge qui décide provisoirement au fond.

C – L'audience de conciliation

1. Sur la présence des parties

En application des dispositions de l'article R. 515-1 du Code du travail, les audiences de conciliation *ne sont pas publiques*.

En application des dispositions de l'article R. 516-4 du Code du travail, *les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent se faire assister.*

Cette obligation de comparution concerne toutes les phases de la procédure prud'homale, la formation de référé, le bureau de jugement, la formation de départage et bien entendu le bureau de conciliation.

Si le demandeur ne comparaît pas, au jour fixé pour la tentative de conciliation, et qu'il ne justifie pas en temps utile d'un motif légitime, en application des dispositions de l'article R. 516-16 du Code du travail, la demande et la citation sont déclarées caduques.

En conséquence, la demande ne peut être réitérée qu'une seule fois, sauf si le bureau de conciliation, saisi sans forme, ne constate que le demandeur n'a pu comparaître sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit.

En cas de non-comparution du défendeur, régulièrement appelé, le bureau de conciliation remplit son office (article R. 516-17 du Code du travail) en usant des pouvoirs qu'il détient.

En application de la règle du respect du contradictoire, ces pouvoirs ne pourront être mis en œuvre qu'au regard des demandes initiales, puisque seules ces dernières, figurant sur la convocation faite par le greffe, sont connues du défendeur. Cependant, si en temps utile le défendeur justifie d'un motif légitime, il est convoqué à une prochaine séance du bureau de conciliation par lettre simple (4 bis).

2. L'audience non publique (article R. 516-13)

Après avoir recueilli les renseignements administratifs permettant de mettre en forme le dossier, à noter que dans la pratique c'est quelquefois le secrétaire de la juridiction (le greffier) qui se charge de recueillir ces renseignements (date d'embauche, de rupture, type de contrat de travail, moyenne des salaires, effectif de l'entreprise, convention collective applicable, etc.), le bureau de conciliation, prend connaissance des demandes formulées par les parties et leur demande de s'en expliquer.

Au vu des éléments amenés par les parties dans le cadre de leurs explications, la formation de conciliation doit informer le

demandeur et le défendeur de leurs droits respectifs. C'est quand ces conditions sont réunies que "l'effort" de conciliation doit être amené et impulsé par le juge. En agissant de manière active, la formation de conciliation ne se comporte pas comme une "simple chambre d'enregistrement" (5).

Il n'entre pas dans le rôle du juge conciliateur de se comporter en spectateur, sous prétexte d'avoir informé chaque protagoniste de leurs droits respectifs (quand cela est fait), il n'est pas déchargé de sa responsabilité de juge.

Ainsi, si les parties sont d'accord pour concilier, il doit vérifier que cette conciliation n'est pas faite en dessous des droits du salarié.

La condition de validité d'un procès-verbal de conciliation, qui met fin au litige et empêche la poursuite du contentieux, est soumise à la nécessité de concessions réciproques, comme c'est le cas pour la transaction. Faute de ces concessions, le procès-verbal n'empêchera pas la poursuite de la procédure contentieuse.

Si toutes ces conditions sont réunies, il peut y avoir conciliation, totale ou partielle, celle-ci fait l'objet d'un procès-verbal qui mentionne la teneur de l'accord intervenu (article R. 516-14 du Code du travail). Si la conciliation n'intervient pas, les prétentions qui restent en litige et les déclarations faites par les parties doivent être notées au dossier d'audience par le greffier.

Cette prise de notes doit se faire spontanément, le greffier ne doit pas attendre qu'elles lui soient dictées par le président du bureau de conciliation, même si la prise de notes s'effectue sous le contrôle du président du bureau de conciliation (article R. 516-15 du Code du travail); ce contrôle doit s'entendre comme s'effectuant *a posteriori*.

Le président a la faculté de demander au greffier de donner lecture des notes qui ont été prises. En cas de contestation provenant soit des parties, du président ou de l'assesseur, le président peut faire apporter par le greffier les compléments ou les modifications qu'il juge utiles.

En cours de rédaction, le greffier doit faire part au président d'hésitations qu'il pourrait rencontrer concernant les explications fournies par les parties qu'il lui semblerait avoir mal comprises ou entendues.

Il appartient au président du bureau de conciliation de trancher les difficultés pouvant survenir pendant la consignation des déclarations.

Si à l'issue de cette phase l'affaire apparaît en état d'être jugée, elle est renvoyée devant le bureau de jugement en application des dispositions de l'article R. 516-20 du Code du travail.

En application de l'article R. 516-20-1 du Code du travail, *le bureau de conciliation peut fixer le délai de communication des pièces ou des notes que les parties comptent produire à l'appui de leurs prétentions*. Ce texte ne prévoit pas un ordre obligatoire dans l'échange des pièces, ainsi cet ordre peut être fixé en fonction de la charge de la preuve.

À titre d'exemple, dans le cas d'un licenciement où l'employeur allègue une faute grave ou lourde, il semble parfaitement logique que ce soit l'employeur qui produise les pièces et éventuelles notes en premier, car il supporte exclusivement la charge de la preuve et faute, pour lui, de produire les éléments nécessaires, il succombera à l'instance.

(4 bis) K. Derouvroy "La caducité prud'homale", Dr. Ouv. 2004 p. 138.

(5) Cass. Soc. 28 mars 2000, *Duraïroid*, Dr. Ouv. 2000 p.392, rapp. C.Cass. 2000 Dr. Ouv. 2001 p.349.

3. L'audience publique

Si, au vu des déclarations faites par les parties à l'appui de leurs prétentions et de la discussion qui s'est engagée avec les juges, notamment dans le cadre de l'information des droits respectifs de chaque partie, l'affaire n'est pas en état d'être jugée, le bureau de conciliation est tenu, en application de l'article R. 516-20 du Code du travail, de prendre une mesure d'instruction ou de nommer un ou deux conseillers rapporteurs, en vu de la mise en état de l'affaire.

En tout état de cause, qu'il y ait ou non une mesure d'instruction, le bureau de conciliation doit se prononcer sur les ordonnances qui lui sont demandées et en toute logique motiver sa décision même s'il rejette la demande d'ordonnance.

L'article R. 516-18 du Code du travail.

En application de l'article R. 516-18 du Code du travail le bureau de conciliation peut, nonobstant toute exception de procédure et même si le défendeur ne se présente pas, ordonner, la délivrance, éventuellement sous astreinte, d'un certain nombre de documents et lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le versement de provision, notamment sur les salaires et accessoires de salaire.

Il peut, même d'office, prendre toutes mesures d'instruction.

Il peut prendre toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.

Le bureau de conciliation peut liquider, à titre provisoire, les astreintes qu'il a ordonnées.

Les exceptions d'incompétence.

Le juge prud'homal peut, dans le cadre de la phase de conciliation, mettre en œuvre les pouvoirs qu'il détient de l'article R. 516-18 du Code du travail quelles que soient les exceptions d'incompétence qui puissent être soulevées.

Ainsi, si une incompétence de section est soulevée dès le début de l'audience de conciliation, le bureau remplit son office en appliquant si besoin une mesure d'instruction et/ou en octroyant une ordonnance, ce n'est qu'à l'issue de la séance que le dossier sera transmis au président du Conseil, qui tranchera sans recours, quelle est la section compétente, après avis du vice-président.

Le président renverra, par ordonnance, directement devant le bureau de jugement de la section qu'il estime compétente.

Les ordonnances.

À la lecture de ce texte, il apparaît que seules les mesures d'instruction puissent être prononcées d'office et que cela ne concerne pas les ordonnances.

Toutefois, si les parties doivent faire connaître leurs prétentions (demandes), elles ne sont pas spécialement au fait de la procédure prud'homale et des pouvoirs que détient le juge.

La question doit donc s'analyser avec bon sens et avec ce que la raison commande.

À titre d'exemple, si le salarié réclame un certificat de travail et une indemnité compensatrice de préavis, sans faire de manière expresse une demande d'ordonnance, le juge ne peut pas ignorer cette demande et en conséquence il lui appartient de vérifier si la demande émise par le salarié entre dans ses pouvoirs juridictionnels, qu'il détient de l'article R. 516-18 du

Code du travail, et si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

Prendre une ordonnance dans ces conditions, répond à une demande ; il ne s'agit donc pas d'un acte "d'office" mise en œuvre par le juge. Le bureau de conciliation est toujours dans cette situation lorsqu'il répond à une demande qui lui est faite spontanément ou à l'issue de l'information, par le juge, des droits respectifs de chaque partie (y compris, d'ailleurs, de celui de demander une ordonnance). En tout état de cause, le texte ne prévoit pas que la demande d'ordonnance doit être expresse.

Une ordonnance ne peut être prise qu'à l'encontre de l'employeur (6). En effet, les dispositions liées aux pouvoirs de l'article R. 516-18 du Code du travail visent à permettre une intervention rapide en faveur du salarié, quand sa démarche est justifiée. Il s'agit d'un moyen correctif à l'encontre du contrat de travail qui est inégalitaire, inégalité subie par le salarié.

Les documents visés expressément par l'article R. 516-18 du Code du travail, sont le certificat de travail et les bulletins de paie, ainsi que les autres pièces que l'employeur est tenu légalement de délivrer, comme un certificat de la caisse de congés payés, une attestation de salaire destinée à la Sécurité sociale, etc.

Faut-il que le juge prud'homal ait une lecture restrictive des pouvoirs qu'il détient par les dispositions de l'article R. 516-18 du Code du travail ? Le conseiller prud'homme, juge du droit, mais aussi de terrain, doit pouvoir prendre en compte la situation réelle du salarié qui présente sa demande devant lui.

Certes, la simple lecture des pouvoirs du juge conciliateur ne semble pas permettre l'octroi de dommages-intérêts ou la réintégration du salarié. L'insuffisance des textes, ne devrait pas être un obstacle à la mise en œuvre d'une mesure de justice, mais pour cela il faut une conception offensive de la justice prud'homale.

Ainsi, un bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes de Paris a décidé, par une ordonnance du 10 septembre 1999 (7), une exécution par provision en réintégrant une salariée à son poste antérieur. L'employeur ainsi condamné, a fait appel de cette décision auprès du Premier président de la Cour d'appel de Paris, afin de voir suspendre l'exécution provisoire ordonnée par le Conseil de prud'hommes. Par une ordonnance du 24 novembre 1999 (8), la Cour d'appel a déclaré recevable l'employeur en sa demande, mais il a été débouté de celle-ci.

En effet, la décision des premiers juges peut être suspendue, si elle n'est pas de droit, mais ordonnée, dès lors qu'il est établi l'existence de conséquences manifestement excessives (9).

En l'espèce, la Cour d'appel, constatant que l'employeur n'apportait aucun élément objectif et déterminant concernant la nécessité de la mesure de réorganisation du service, auquel appartenait la salariée, relative au changement de poste de celle-ci, et remarquant, de surcroît, que l'employeur n'établissait pas l'existence d'un préjudice irréparable ou d'une situation irréversible, il ne pouvait se prévaloir de conséquences manifestement excessives.

Dans cette affaire, l'employeur a commis une erreur de procédure, il ne devait pas saisir le Premier président en vu de la suspension de l'ordonnance du bureau de conciliation, mais faire un appel "classique" en excès de pouvoir. Il n'en reste pas

(6) Cass. Soc. 6 mai 1997 Dr. Ouv. 1997 p.471 n. A. de Senga.

(7) Dr. Ouv. 2000 p. 164 n. P.M.

(8) Dr. Ouv. 2000 p. 349 n. P.M.

(9) Cass. Soc. 16 déc. 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 302 n. A. de Senga.

moins, que le Premier président de la Cour d'appel n'a pas paru choqué par la décision du bureau de conciliation.

En tout état cause, le bureau de conciliation avait le pouvoir d'informer la salariée de la possibilité de réintégration, dans le cadre de son devoir d'information, et de l'orienter, éventuellement, vers la formation de référé.

Il aurait pu également, au regard des pouvoirs qu'il détient de l'article R. 516-20 du Code du travail, renvoyer à un bureau de jugement, pouvant se tenir très rapidement en fonction des nécessités du dossier.

Les mesures d'instructions.

Avant le renvoi devant le bureau de jugement, la formation de conciliation est tenue de vérifier si l'état de l'affaire va permettre au bureau de jugement de trancher le litige au principal. Ces pouvoirs sont peu mis en œuvre et cela ne signifie pas que les affaires sont souvent en état, mais, malheureusement, que l'office du bureau de conciliation n'est que rarement rempli (10).

Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause et à tous les stades de la procédure, elles peuvent l'être, évidemment, par le bureau de conciliation, comme le prévoient les dispositions légales. Les parties peuvent être à l'origine de la demande d'une mesure d'instruction.

Au vu du dossier, le bureau de conciliation peut décider de mesures d'instructions, même d'office. Une telle mesure, ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve (article 146 du NCPC).

Ainsi, par exemple, dans le cas d'un contentieux concernant un licenciement pour lequel l'employeur a considéré qu'il s'agissait d'une faute grave, une mesure d'instruction ne peut être envisagée, en ce qui concerne la demande faite par le salarié au sujet de la rupture. En effet, dans ce cas de figure l'employeur doit supporter l'intégralité de la charge de la preuve et assumer le risque de celle-ci.

1) *Les vérifications personnelles du juge (articles 179 et 183 du nouveau Code procédure civile).*

Le juge, en l'occurrence le bureau conciliation, peut en tout état de cause et en toutes matières procéder à toutes constatations, évaluations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, si besoin est, il peut se transporter sur les lieux. C'est en présence des parties que s'effectuent ces vérifications. Cette mesure d'instruction, si les parties sont présentes, peut avoir lieu immédiatement.

2) *La comparution personnelle des parties (articles 184 à 198 du nouveau code procédure civile).*

Le Conseil de prud'hommes ne devrait pas avoir besoin de recourir à cette mesure d'instruction puisque, nous l'avons vu la règle est la comparution personnelle des parties. Mais si une des parties ne comparait pas (avec, bien entendu, un motif légitime reconnu par le juge) le recours à cette mesure peut être nécessaire.

3) *Les mesures d'instruction exécutées par un technicien (articles 232 à 284 du nouveau Code de procédure civile).*

Le juge peut désigner une personne de son choix, pour l'éclairer sur une question de fait. Cette intervention se fait par l'intermédiaire de constatations, d'une consultation ou d'une expertise (à noter, que la liste des experts dressée par la Cour d'appel n'est qu'indicative).

a) *les constatations.*

Il s'agit de mesures d'instruction qui peuvent être prescrites à tout moment, le juge indique, de manière précise, dans la décision désignant le technicien, la mission de ce dernier. Le délai dans lequel le constat sera déposé doit également être indiqué.

b) *la consultation.*

Il s'agit de vérifier une question de fait qui ne requiert pas d'investigations complexes. Là encore, la décision doit comporter l'objet précis de la consultation.

c) *l'expertise.*

Une expertise ne peut avoir lieu que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge. Il s'agit d'une mesure d'instruction beaucoup plus coûteuse qui se doit d'être réservée aux affaires particulièrement complexes.

La décision du juge ordonnant l'expertise indique la mission, le montant d'une provision sur la rémunération de l'expert et la ou les parties qui devront verser la provision (idem pour les constatations et la consultation), et le délai dans lequel l'expert devra déposer son rapport.

Une particularité à noter : la décision qui ordonne l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond.

d) *le ou les conseillers rapporteurs (article L. 516-2 du Code du travail).*

Sauf exception cette mesure spécifique à la procédure prud'homale, se doit d'être la plus utilisée.

Elle n'est pas coûteuse pour les parties et le conseiller rapporteur, dans le respect du principe du contradictoire, possède une grande liberté d'action pour remplir sa mission, ainsi il a le pouvoir, en application des dispositions de l'article R. 516-23 du Code du travail :

- d'entendre toute personne dont l'audition paraît utile dans le cadre de sa mission ; il peut s'agir d'une véritable enquête ou d'une audition (11) (s'il entend des témoins il doit leur faire prêter serment) ;

- entendre les parties elles-mêmes et les inviter à fournir les explications qu'il juge nécessaires à la solution du litige ; demander, dans un délai qu'il détermine, la production de tous documents ou justifications permettant d'apporter un éclairage au juge. Il a le pouvoir de procéder lui-même ou de faire procéder à toutes mesures d'instruction (y compris un expert) ;

- il peut ordonner les mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.

Le texte donne la possibilité de ne désigner qu'un seul conseiller, qui sera choisi par la formation du Bureau de conciliation, il peut être l'un d'eux (la seule condition est d'être conseiller prud'homme). Mais le plus souvent, le caractère paritaire est maintenu et il est désigné deux conseillers rapporteurs, issus de chacun des collèges (employeur et salarié).

A l'issue de la mission du conseiller rapporteur, lorsque celui-ci a procédé à toutes les investigations qu'il a estimé nécessaires pour mettre l'affaire en état d'être jugée, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement.

La décision et la mise en œuvre des mesures d'instruction et d'ordonnance, font l'objet d'un "blocage" quasi systématique de

(10) M. Richevaux "Les mesures d'instruction", Dr. Ouv. 1987 p. 175.

(11) Cass. Soc. 7 mai 1987, Dr. Ouv. 1987 p. 403.

la part du collège employeur, qui sauf de rares exceptions rechigne à mettre en œuvre les pouvoirs que détient le bureau conciliation.

Cette situation devrait conduire à de nombreux partages de voix, ce n'est pas le cas et il faut bien constater que c'est le demandeur (salarié) qui fait les frais de cette situation. Si la formation de conciliation se met en départage, cela recule, de manière conséquente, la solution du litige. À ce propos, il faut noter qu'il est possible de se mettre en partage de voix sur une ordonnance tout en fixant une date de bureau de jugement, pour une mesure d'instruction la pertinence d'une telle démarche dépendra, évidemment, du délai pour le départage et celui entre le bureau de conciliation et le bureau de jugement.

C'est une des explications du nombre dérisoire des décisions juridictionnelles prises par le bureau de conciliation.

Les conseillers prud'hommes salariés, soucieux de l'intérêt du demandeur, préfèrent, bien souvent, renoncer à la mise en œuvre de leurs pouvoirs, contribuant, malgré eux, à rendre inopérante la phase juridictionnelle prévue par les textes.

Il s'agit là d'un renoncement qu'il faut combattre.

L'intérêt des salariés nécessite l'application du droit, on ne peut accepter que cette application se fasse à minima, ce serait vider de tous sens les dispositions légales, qui ont pour objet de tendre à rétablir l'égalité entre les parties au contrat de travail. En effet, dans les faits, l'employeur se fait justice lui-même, il n'est pas tenu de saisir la justice.

Le renvoi en bureau de jugement.

En application des dispositions de l'article R. 516-20 du Code du travail, le bureau de conciliation, s'il lui apparaît que l'affaire est en état d'être jugée sans qu'il soit nécessaire de désigner un ou deux conseillers rapporteurs ou de prendre une autre mesure d'instruction, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement, la convocation étant faite par simple émargement au dossier lorsque les parties ont comparu en personne ou ont été représentés.

Le bureau de jugement peut même se tenir immédiatement, si l'affaire est en état d'être jugé sur-le-champ, si l'organisation des audiences le permet et si les parties ne s'y oppose pas. Il s'agit d'un cas de figure fort peu courant.

Dans les Conseil de prud'hommes, il faut bien en faire le constat, l'office de conciliation s'arrête bien souvent la, sans que l'on se pose réellement la question de la mise en état, avec d'éventuelles mesures d'instruction et sans que les mesures juridictionnelles, qui entrent dans les pouvoirs du juge conciliateur, ne soient mises en œuvre.

Il est pourtant bien rare, que l'affaire "apparaisse" en état d'être jugée dès le bureau de conciliation, sans que les conseillers prud'hommes prennent une part active dans le cadre de leurs fonctions au bureau de conciliation.

En tout état de cause, à ce stade de la procédure nous entrons dans une phase juridictionnelle et dès lors l'audience est publique (dernier alinéa de l'article R. 516-18 du Code du travail).

4. Les recours sur les mesures juridictionnelles du bureau de conciliation.

En application des dispositions de l'article R. 516-19 du Code du travail, les décisions prises en application de l'article R. 516-18 du Code du travail sont toujours provisoires et ainsi, elles n'ont pas autorité de la chose jugée au principal.

Ces mesures sont exécutoires par provision. Elles ne sont pas susceptibles d'opposition et ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond.

En application des dispositions de l'article 272 du nouveau Code de procédure civile, la décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond, sur autorisation du Premier président de la Cour d'appel, s'il est justifié d'un motif grave et légitime. En conséquence, hors le cas de l'expertise, aucun recours ne peut être admis à l'encontre d'une mesure prise conformément aux dispositions de l'article R. 516-18 du Code du travail.

Un recours ne pourrait être envisagé, que lorsque les juges conciliateurs excèdent leurs pouvoirs. Peut-on envisager que le juge prenne des mesures qui ne soient pas expressément prévues par le texte ? (12) Cela semble possible, toutefois une telle mesure pourrait faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

Ce qui est certain, c'est que les progrès ne s'obtiennent pas par l'inaction.

En guise de conclusion.

La différence est énorme entre l'état des textes et l'état de leur application. Nous l'avons vu, dans les faits les pouvoirs que détient le bureau de conciliation ne sont que rarement mis en œuvre.

La surcharge des audiences de conciliation, l'attitude, bien souvent réfractaire, du collège employeur conduisent à une paralysie des pouvoirs du bureau de conciliation. Bien souvent, la bataille n'est pas menée pour contrecarrer cette inertie qui est le résultat d'un effet pervers du paritarisme.

Ces comportements ont pour résultat (et pour certains, pour objet) de rendre inopérants les pouvoirs que détient le bureau de conciliation. L'argument principal, chef de bataille du collège employeur, est que le bureau de conciliation ne peut pas aborder le fond.

Malheureusement, certains conseillers salariés reprennent à leur compte cet argument, on peut espérer, sans s'en satisfaire, qu'il s'agit là d'une insuffisance dans la connaissance de la procédure prud'homale.

Par la règle de l'alternance, de la présidence d'audience, il est possible de dynamiser la phase de conciliation et ainsi redonner toute leur portée aux textes relatifs aux ordonnances, aux mesures d'instruction et à la mise en état du dossier, ce qui nécessite une analyse du fond des prétentions des parties, en vue du bureau de jugement.

Le militant syndicaliste, qui exerce son rôle de conseiller prud'hommes, ne peut pas faire profil bas, en ne s'opposant pas à la "militance" patronale, qui a pour objectif, à peine voilé, de rendre inefficace la phase de conciliation. C'est bien dès le bureau de conciliation, que le salarié (si sa démarche est justifiée) doit voir le résultat d'une justice active. Il doit pouvoir être certain que les juges qu'il a saisis feront leur "boulot".

Il est de la responsabilité des conseillers prud'hommes d'effectuer, sans frilosité, leur activité prud'homale. Certes, le paritarisme complique singulièrement les choses. On ne peut accepter de renoncer à cette bataille essentielle qui est de faire vivre le droit des salariés dès le bureau de conciliation.

Carlos Rodriguez

(12) M. Henry "Les ordonnances du Bureau de conciliation sont-elles susceptibles de recours immédiat ?", Dr. Ouv. 1984 p. 443.