

De “l’audience initiale” devant les Conseils de prud’hommes

Un rappel à l’ordre public social pour le déroulement régulier de l’audience initiale, incluant le Bureau de conciliation,

par *Tiennot Grumbach*, Avocat honoraire du Barreau de Versailles,
ancien Président du Syndicat des Avocats de France, ancien Directeur de l’ISST - Paris I

PLAN

I. La fonction de la justice prud’homale commande la tenue d’une véritable audience initiale

- I.1 Des statistiques qui font sens
- I.2 L’engagement des militants, défenseurs, avocats et juges, dans la pratique active de l’audience initiale : une nécessité que commande le fonctionnement de la juridiction paritaire

II. “L’audience initiale” : Une première phase qui se déroule en quatre étapes distinctes

- II.1 Contrôler, vérifier
- II.2 Entendre, s’informer et vérifier les faits énoncés... puis s’efforcer de concilier
- II.3 La phase de mise en état et de préparation de l’audience de fond
- II.4 Décider, statuer

Un détour nécessaire : Le contentieux prud’homal à l’aune du nouveau “principe directeur” du procès civil : la loyauté des débats dès “l’audience initiale”

Le principe de loyauté et de contradiction des débats pose la question de l’accès au droit et de l’égalité des citoyens devant leurs juges. Les conditions d’un accès moins inégalitaire à l’examen des causes individuelles et collectives (1) que rencontrent les demandeurs salariés pour faire valoir leurs droits sont aussi d’ordre financier. Il en est ainsi de l’accès au juge prud’homal, puis des Cours d’appel et enfin, désormais, devant la Cour de cassation. Les propos de Jean de La Fontaine restent une indication précieuse sur la différence de traitement judiciaire que subissent les moins égaux que les autres face aux puissants.



Si je n’entends pas participer ici au débat sur l’accès à la Cour de cassation (2), je voudrais dire que ceux qui partagent nos valeurs et y défendent nos dossiers méritent toute notre fraternelle considération. Je voudrais ajouter que le nombre de rejets de pourvois exposés en raison de l’insuffisance des écritures, d’absence de bordereau de communication de pièces, ou de pourvois laxistes ou téméraires, etc., nous posent des questions qui méritent la poursuite du débat.

Par contre, les apports de l’arrêt du 7 juin 2005 (3) doivent être soulignés. Ils consacrent, à mes yeux, les principes directeurs du procès civil dans le domaine de l’accès économique au juge. Le développement de l’aide juridictionnelle en est le nécessaire prolongement en raison du bouleversement des règles et usages de procédure en vigueur au sein de la Cour de cassation. M. le Doyen Philippe Waquet a développé de façon remarquable ce point de vue dans un article qu’il a donné au recueil Dalloz (4) et, depuis, la Chambre sociale vient de publier un arrêt qui unifie sa jurisprudence à celle des autres chambres sur ce point (5). L’aide juridictionnelle entre donc bien dans le domaine des libertés fondamentales et participe du nouveau principe directeur du procès civil. Il convient désormais de reprendre ce combat devant les juges

(1) Les Conseils de prud’hommes traitent désormais nombre de contentieux collectifs au travers de l’ensemble des droits de substitution qui se sont accumulés, au fil des années, dans le Code du travail. L’article L 122-45-1 du Code du travail dans le domaine des discriminations, l’article L 321-15 dans le domaine des licenciements économiques, dans le domaine des requalifications des CDD et des contrats d’intérim en contrats à durée indéterminée, notamment, en ont été des illustrations. Il en va de même pour la saisine du Conseil des prud’hommes par les délégués du personnel en cas “d’atteinte aux droits des personnes à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l’entreprise qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir proportionnée au but recherché (...)” et en cas de carence de l’employeur dans les réponses apportées et, “si le salarié concerné, averti par écrit ne s’y oppose pas, de saisir le Bureau de jugement du Conseil des prud’hommes qui statue selon les formes applicables au référé” (article L 422-1-1 du Code du travail).

(2) Sur ce point V. Patrick Tillie “Le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile et ses effets sur la procédure prud’homale et l’accès à la justice” Dr. Ouv., janvier 2005, p. 12.

Si il est indispensable de faire la critique du fonctionnement de la haute juridiction il est nécessaire que cette critique soit faite de façon globale. C’est l’ensemble du fonctionnement de l’institution judiciaire qui pose problème et doit faire l’objet d’une évaluation critique, en particulier dans le domaine civil, social et économique, comme dans l’insuffisance de l’aide juridictionnelle à tous les moments du contentieux.

- (3) Cass. 1^{re} civ. 07-06-05 X c/ Conseil de l’ordre des avocats du barreau de Paris : “Un nouveau principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats”, D. 2005, n° 37, p.2570, commentaires M.E. Boursier. V. également M.E. Boursier, Le principe de loyauté en droit processuel, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques de Thèses, Paris, mars 2003. Voir notamment p. 236 et suivantes “Du principe de l’estoppel à une forme particulière du principe général de loyauté dans la théorie de l’action”.
- (4) Philippe Waquet : “L’office du juge en matière d’aide juridictionnelle” D. 2005, n° 41, p. 2827.
- (5) La Chambre sociale a rejoint les autres chambres de la haute juridiction dans son arrêt (P) du 27 septembre 2005 p. n° 04-40617.

du fond car il nous faut bien regretter que peu d'avocats utilisent le dispositif de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle (6).

L'application du principe de loyauté et de contradiction des débats s'impose désormais. La gestion de la pénurie des engagements financiers du pouvoir d'Etat dans une véritable **économie politique** de la justice, se substituant à une simple économie budgétaire est "irrecevable" dans la conduite des contentieux judiciaires. Les principes directeurs du procès civil étant admis, l'égalité de traitement des parties, inégales en ressources financières, implique donc le libre choix de son défenseur dans le cadre des règles légales de l'aide juridictionnelle. L'application bureaucratique des injonctions budgétaires et prévisionnelles de la LOLF (7) ne peut plus convenir. En se transformant, peu ou prou, en une quasi Cour suprême sans avoir obtenu de nouveaux moyens en magistrats et en personnel de greffe dans les juridictions qui disent le fait, notamment les Conseils de prud'hommes et les chambres spécialisées en droit social des Cours d'appel, la Haute juridiction ne peut plus échapper à une critique plus acérée de son fonctionnement, notamment quant aux règles de procédure qu'elle a établie pour réduire le flux des décisions qu'elle examine.

Ainsi en se contentant, sur la non-admissibilité des pourvois, de motiver ses décisions en énonçant : "Qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le(s) moyen(s) développé(s) qui ne serai(en)t pas de nature à en permettre l'admission", elle indique, par conséquence directe, qu'aucun des moyens soulevés n'est susceptible de modifier son appréciation sur l'évolution des faits économiques et sociaux sans avoir à s'en justifier devant quiconque. Cette motivation "tampon" prive les citoyens, et les justiciables de toutes origines, de leurs droits d'interpellation de la justice (8).

La Cour de cassation marque ainsi le retour à un "pouvoir judiciaire" autonome. Un pouvoir indépendant du pouvoir gouvernemental et de sa majorité parlementaire. Montesquieu n'est pas mort : c'est la séparation des pouvoirs dans l'unité du pouvoir d'Etat (9). On était en droit d'espérer que la Haute magistrature se mette en **état** de droit dans un **Etat** de droit. Cela n'a pas été le cas puisqu'elle a obtenu, par un lobbying efficace, cette modification réglementaire de l'équilibre des pouvoirs consacrés par la Constitution, derrière le dos des représentants du peuple et des citoyens eux-mêmes sans débat public. Décidément les pouvoirs préfèrent décider d'abord et débattre ensuite. Est-ce ainsi que les démocraties vivent ?



La porte que l'on tente de refermer par le sommet de la pyramide il nous appartient de l'ouvrir à sa base. Dès lors, c'est bien dès le début du contentieux prud'homal, à l'ouverture de la première confrontation devant la juridiction paritaire, **en audience initiale**, qu'il nous faut rétablir les règles prescrites par le Code du travail. A l'inadmissibilité qui restreint la défense des droits opposons l'admissibilité des règles de procédure du Code du travail. Elles permettent aux salariés de faire admettre rapidement leurs droits, peu après l'enrôlement, même si ce n'est que de façon précaire et provisoire. Ces règles sont prescrites par les articles R 516-13 et suivants du Code du travail. Faisons les appliquer avec souplesse quand aucun droit essentiel n'est compromis, mais avec détermination quand certaines questions touchent la logique de la défense des droits des travailleurs (droits nés ou droits à naître).

Si les militants de la défense des droits des travailleurs prenaient en compte l'office du juge ils constateraient que dès cette première étape de la procédure, ils se doivent d'être des **défenseurs actifs** et **juges actifs**. Les uns sollicitant, chaque fois que cela est possible des décisions judiciaires, comme en matière de référé ; les autres motivant la recevabilité et le bien-fondé de la demande (ou l'inverse).

Sans préparation attentive de l'audience initiale, il est très fréquent que le dossier du demandeur salarié connaisse un allongement des délais de comparution devant "les premiers juges". Le justiciable risque alors que son dossier ne soit pas présenté de façon loyale devant la juridiction du fond. En effet trop nombreux sont les cas d'indélicatesses déontologiques, des deux côtés de la barre, pour justifier d'allongements des délais d'achèvement des contentieux des relations du travail. Ils se manifestent par une communication de pièces et/ou des conclusions tardives, à la veille de

(6) La lettre du SAF a publié à plusieurs reprises des informations sur le dispositif l'article 37 de la loi n° 91-647, du 10 juillet 1991 sur l'aide juridictionnelle et même proposé une rédaction de conclusions type. Par ailleurs "Le garde des Sceaux ministre de la Justice a présenté une ordonnance modifiant la loi de 1991 relative à l'aide juridique. Cette ordonnance prise sur le fondement de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit, harmonise les conditions d'attribution de l'aide juridictionnelle (...) Elle simplifie la procédure de renonciation, par l'avocat pour la rétribution de sa mission au titre de l'aide juridictionnelle (...) prévue par l'article 37 de la loi. Ce dispositif, aujourd'hui peu appliqué (...) l'ordonnance porte à 12 mois au lieu de six le délai d'option entre la rétribution à l'aide juridictionnelle et le recouvrement des sommes allouées par le juge." Communiqué par Gérard Tcholakian, militant du GISTI, élu SAF au Conseil national des Barreaux.

(7) Loi organique relative aux lois de finance. V. Arnaud Lacaze, *Gérer et comprendre, Annales des Mines*, septembre 2005, n° 81, p.5 et suiv. ; v. aussi Hubert Dalle, "La LOLF et la justice : une occasion manquée". *Culture Droit*, n° 6, p. 58.

(8) La gestion des flux par la non-admissibilité a permis d'écartier près de 50 % des pourvois devant la Chambre sociale sans avoir à motiver ces décisions. V. sur ce thème Laurent Poulet, "Quelques observations sur le pourvoi en cassation... en matière de divorce" *Chronique, R. Dalloz*, 27 octobre 2005, p.2636 ; § 13, 14 et 20. "Ainsi le contrôle de la Cour de cassation est pragmatique, des considérations d'opportunité peuvent la guider si bien qu'elle ne procède pas à une analyse "purement scientifique" de l'arrêt. Cela peut expliquer nombre d'incompréhension de la part de la doctrine à l'égard de la Cour de cassation la première n'ayant pas accès à des informations qui ont pu guider la seconde... Par ailleurs l'étude de la jurisprudence est une illustration des dérives de la procédure de non admission (...). On ajoutera que l'absence de diffusion publique des décisions de non-admission met, dans une certaine mesure, à l'abri de la critique et qu'il ne peut être exclu que passent ainsi inaperçues un certain nombre de décisions contestables"... On ne saurait mieux dire ! Ce qui est vrai en droit de la famille l'est tout autant en droit du travail.

(9) V. Louis Althusser, "Montesquieu la politique et l'histoire" PUF.

l'audience, quand ce n'est pas le jour même, par l'invocation de règles d'usage ou de confraternité qui s'abâtardissent au fil des ans et de leurs invocations abusives.

L'attitude administrative de certains conseils qui consiste à enregistrer les demandes, puis d'interroger rapidement sur leur volonté de concilier ou non, avant de se contenter de porter au plumentif que l'une ou/et l'autre des parties refuse(nt) la conciliation, enfin de faire transmettre la date de l'audience de jugement accompagné de simples recommandations pour les communications de pièces et écritures et clore les débats de l'audience initiale (10) est contraire aux règles du Code du travail. Cette méthode archaïque et bureaucratique est en contradiction avec l'affirmation que **le juge prud'homme est un juge actif, dès l'audience initiale (11) qui incorpore la tentative de conciliation.**

Les règles de la procédure prud'homale prescrivent en effet, alternativement, cumulativement et/ou concomitamment au juge prud'homal actif : d'entendre les parties, de les informer de façon contradictoire sur l'étendue de leurs droits respectifs, tenter de les concilier (totalement ou partiellement), de mettre en état l'affaire pour être jugée, de prendre éventuellement les mesures d'instruction ou de communication forcée de pièces, de renvoyer, par décision interlocutoire non susceptible d'appel, à instruction du dossier par conseillers rapporteurs ou experts, d'entendre, éventuellement, des "sachants" dont il estime nécessaire l'audition en vue d'une information complète des juges, de prendre en compte les attestations fournies et en particulier celle du "conseiller du salarié" dont le témoignage est désormais recevable, de convoquer à la barre des témoins ou des acteurs du litige, de rendre des ordonnances, certes précaires et provisoires, mais non susceptibles d'appel (12).

Je ne cesse de le soutenir, depuis plus de trente ans, avec une cohorte aussi convaincue que peu nombreuse, que **c'est souvent dès l'audience initiale que se joue l'issue du contentieux.** Avec certains amis et camarades, nous nous étions fixés pour objectif de faire changer 1 % des conciliations par an. Aujourd'hui, après quinze ans d'efforts, un nombre de plus en plus significatif d'audiences initiales se tiennent comme elles doivent se tenir. On peut commencer à en juger par la jurisprudence du terrain. Certes leur nombre reste très minoritaire mais "*la marée monte*". Nous pouvons désormais considérer que l'objectif que nous nous étions fixés, était réaliste et que nous en voyons les premiers effets. "*Le monde et les temps changent*". Pour nous militants de la défense des droits des travailleurs nous nous devons de proposer un vaste débat au sein du mouvement syndical :

– **pour revendiquer** un renforcement des conditions d'attribution de l'aide juridictionnelle par l'ensemble des bureaux d'aide juridictionnelle notamment par une très large modification des seuils d'accès tels qu'ils avaient été proposés par la commission Bouchet-2 ;

– **pour obtenir**, ici et maintenant, l'application des règles de la procédure prud'homale prescrite par le Code du travail, **dès l'audience initiale.**

I. La fonction de la justice prud'homale commande la tenue d'une véritable audience initiale

Cette exigence s'articule sur un constat et une volonté. **Le constat** nous est transmis par la sociologie du travail. Au travers d'études statistiques des flux judiciaires, on observe la réalité des demandes transmises à l'ensemble de l'institution judiciaire, à tous les moments du processus processuel, en ne limitant pas l'analyse aux résultats des décisions judiciaires. Ce n'est donc pas que l'analyse de la norme jurisprudentielle mais aussi la réflexion critique sur les flux. Il est des séries statistiques qui peuvent faire sens quand elles s'accompagnent de la transparence sur la méthodologie de recueil des données et de l'analyse critique de leur pertinence (I-1). La **volonté** c'est de

participer à l'amélioration du travail des juges militants et des défenseurs syndicaux (I-2).

I-1. Des statistiques qui font sens

Interrogeons-nous sur l'institution prud'homale dans le droit du travail. Statistiquement, on dénombrait annuellement environ 200 000 affaires prud'homales, au fond, enrôlées devant l'ensemble des Conseils de prud'hommes de France (les chiffres détaillés par section et par Conseil de prud'hommes sont disponibles à la Chancellerie). La dernière étude de la direction des affaires civiles est du sceau a été rendue publique en novembre

(10) Ainsi la plus évidente des demandes, celle de la communication des pièces et des écritures est souvent détournée de son sens. Il convient de les fixer à une date la plus proche possible de la date de l'audience initiale. Faute de quoi, si elle est trop éloignée, elle favorise les demandes de renvois des parties défenderesses. A communication tardive, nécessité de demandes de renvois du demandeur qui se trouve pris au piège des dates fixées trop proches de l'audience de jugement, fixée pour plaider. Cette date n'est plus qu'une simple indication. Elle est inefficace dès lors qu'elle est dépourvue de sanction procédurale.

(11) Cass. Soc 28 mars 2000, Durafroid c/ Martin et CFDT, n. Marianne Keller, DS, n° 6 juin 2000, p. 663, Dr. Ouv. 2000

p.392 ; add. D. Boulmier "Le Bureau de conciliation" Dr. Ouv. 2004 p. 98 in n° spec. *Les bonnes pratiques prud'homales.*

(12) A l'exception de l'appel nullité en cas "d'excès de pouvoir" de la composition paritaire qui aurait statué hors champs de ses propres compétences. L'appel nullité est une exception rare et il est fréquent que l'appelant soit condamné à une indemnité au titre de l'article 700, voire à des dommages et intérêts, voire à une amende civile. CA de Versailles, 16 novembre 2004, 6^e Chambre, Mme Y appelante (employeur) M^e G. du Barreau de Paris c/ Mme X (salariée), Tiennot Grumbach et Zoran Ilic, avocats.

2005 (13). Elle actualise les travaux précédents déjà publiés sous la direction d'Evelyne Serverin (14).

Les études de la Chancellerie sont particulièrement utiles pour vérifier des fonctionnements précis des Conseils de prud'hommes (15).

Alors que chaque année, plus de 1 million de salariés perdent leur emploi, pour un motif non-inhérent à la personne, ce ne sont que 300 000 salariés qui bénéficient officiellement des droits attachés à la "cause économique" de licenciement économique au cours de l'année en 2004. Seuls environ 120 000 d'entre eux bénéficient d'un plan de sauvegarde de l'emploi (estimation DARES (16)).

Le tassement des contestations individuelles des licenciements économiques face au développement des licenciements pour autre motif témoigne de la réalité des principes de la physique de base dit "des vases communicants", par la "fraude à la loi". Ainsi le contentieux de l'insuffisance professionnelle (17) monte en proportion de la baisse des licenciements pour motif économique. Les avocats d'entreprise conseillent leurs clients pour contourner les dispositions sur le droit au travail, en cas de licenciement prononcés pour motif économique. Raison de plus pour ne pas s'engager dans des procédures tout aussi aléatoires que médiatiques comme on vient de le voir dans les arrêts *Pages Jaunes* (18). Par contrecoup le nombre de dossiers de prise d'acte et de résiliation judiciaire du contrat de travail à l'initiative du salarié représente trois cents contentieux annuels devant la Chambre sociale, nombre significatif qui l'a conduit à ouvrir une nouvelle rubrique de classement de ses arrêts (19).

Par ailleurs les normes jurisprudentielles du droit du travail émanant des contentieux collectifs restent proportionnellement faibles. Ainsi les contentieux collectifs se sont stabilisés devant les Tribunaux de grande instance statuant au fond (20). Certes ces conflits collectifs provoquent des effets sociaux visibles dans un bassin d'emploi. En pourcentage ces flux sont largement minoritaires face à l'ensemble des licenciements économiques, sans PSE, des PME/PMI, dépourvues de

représentation du personnel effective ou des grandes entreprises, qui les gèrent par "petits paquets", parfois dans le "turbulent silence" et/ou la passive bienveillance de la représentation du personnel. Si l'accord des intéressés qui préfèrent parfois le chantage au "un, vaut mieux que deux, tu l'auras", à la défense de l'emploi se comprend il n'en pose pas moins des questions difficiles à la défense collective de l'emploi.

Les Conseils de prud'hommes génèrent donc la jurisprudence majoritaire encadrant l'application du droit du travail, applicable à tous, dans les principaux segments du contentieux du travail, y compris dans le droit collectif.

L'importance de la juridiction prud'homale dans la défense du droit au travail n'est donc plus à démontrer. Le développement des statuts précaires conforte cette analyse. Dès lors que le pouvoir et le Medef veulent "toujours plus" de flexibilité, les contentieux changent d'objet. Il en est ainsi des contentieux de la modification du contrat de travail, des délocalisations individuelles de postes de travail, de l'insuffisance professionnelle, de l'inaptitude médicale, et de la prise d'acte de la rupture et de la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts et griefs de l'employeur.

Pour autant, la résistance à la flexibilité intergénérationnelle sur des thèmes originaux venant des mobilisations populaires démontre que si "*le CPE c'est mieux que rien, c'est pire que tout*". Cette solidarité s'exprime dans toutes les manifestations. Elle met en évidence que les conflits de génération s'estompent quand la politique syndicale, revendicative et offensive, est au poste de commande. Encore faudrait-il que nous sachions unir le large mouvement de révolte qui s'est exprimé dans les villes et quartiers des périphéries des grandes métropoles urbaines avec celui de la jeunesse scolaire et universitaire. Les jeunes chômeurs qui ont exprimé leur "ras-le-bol" face à l'inacceptable refus de leur accès à l'emploi, en fonction de leur origine, font à l'évidence partie du "tous ensemble".

(13) V. Brigitte Munoz Perez et Evelyne Serverin : "Le droit du travail en perspective contentieuse", DACS, 2005-2, novembre 2005, p.15 "Un contentieux du travail stable au premier degré de juridiction".

(14) V. Evelyne Serverin, "Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal". Tiannot Grumbach : "Présentation des travaux d'Evelyne Serverin", Revue nationale des Barreaux, décembre 2001 et janvier/juin 2002.

(15) Ces chiffres officiels permettent de constater un tassement du contentieux autour d'environ 150 000 dossiers au fond. Seule environ la moitié de ces contentieux est plaidée. Seuls 8,5 % des travailleurs bénéficient de l'aide juridictionnelle totale ou partielle ; ce taux est encore plus faible en référé, avec en plus un taux de défenseurs syndicaux moitié moins nombreux en référé que devant le juge du fond. Les chiffres recensés par l'étude de la DACS sont différents : 178 851 pour 2004, (hors inscription fin de convention de conversion) et seulement 4 425 recours devant les CPH de demandes liées à la contestation des contrats de travail pour motif économique (2,5 % du total). En 1993 les chiffres étaient différents : 598 362 pour motif économique, seulement 6 167 contentieux, soit seulement 1 % de contestations. Les personnes ayant été licenciées pour un autre motif représentent en 2004 575. 4 533 salariés pour 148 280 recours (soit 25,8 %) du total des personnes licenciées hors motif économique. Si on veut bien considérer qu'une évaluation (non encore confirmée) laisse apparaître environ 2 000 000 de personnes perdant leur travail de façon contrainte (fin d'intérim ou de CDD, démissions contraintes puis négociées, etc. Ce ne serait que 5 % de ces

pertes d'emplois contraintes qui seraient jugées. On comprend plus facilement la place de la juridiction prud'homale dans la généalogie des normes du droit travail pour la régulation des autres conflits individuels et collectifs du travail.

(16) La DARES vient d'actualiser certaines données, DARES, Premières informations, n° 11, mars 2006. Information n° 11, 1^{er} mars 2006. Texte reproduit dans "*Liaisons sociales quotidien*" n° 14587, du 16 mars 2006, p.2.

(17) V. sur la critique du motif d'insuffisance professionnelle : Stéphane Brissy "L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement" *Recueil Dalloz*, 2006, 9 mars 2006, n° 10, p. 685 et suiv.

(18) Cass. Soc. 11 janvier 2006 P+B+R+I, arrêt de rejet n° 26 et de cassation partielle sans renvoi n° 27 et 28, à paraître au Dr. Ouv. n. M.-F. Bied-Charreton. V. Rapport de Marie-Laure Morin conseiller à la Cour de cassation "les conditions de la sauvegarde de la compétitivité" *Semaine sociale Lamy*, 16 janvier 2006, n° 1244, p 150. V également Gérard Couturier, "Le licenciement de compétitivité", *Semaine Sociale Lamy*, 23 janvier 2006, n° 1245, p 154 ; Françoise Favennec-Héry, Quelques observations sur les arrêts société les *Pages jaunes*, *La semaine juridique -social-*, n° 4, 2006, 24-01, p 30, -1076.

(19) Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004.

(20) Il est passé de 1 059 en 1993 à 1 046 en 2004 dont 43 en annulation de plans sociaux. On est de même passé, sur la même période, en référé de 947 contentieux à 847, dont 78 en nullité de plans sociaux.

Une fois encore les jeunes qui s'expriment dans les mouvements de luttes "ne sont pas contre les vieux mais contre ce qui les fait vieillir" (21). Que les tenants de la gérontocratie permanente, au nom de l'expérience acquise... dans la "lutte des places", ou les démagogues du "jeunisme" écoutent les slogans inventifs qui disent le refus du droit de la précarité comme droit commun des relations du travail !

Ecoutez ! Ecoutez donc la voix de la raison populaire dans les manifestations contre le CPE : "Jeunes en CPE, Vieux en CDD ! Non à cette société-là !!!".

I-2. L'engagement des militants, défenseurs, avocats et juges, dans la pratique active de l'audience initiale : une nécessité que commande le fonctionnement de la juridiction paritaire

Outre l'organisation processuelle qui permet aux magistrats du travail de remplir leur office (II) il faut aussi souligner que l'audience initiale remplit d'autres fonctions essentielles pour favoriser l'égalité de traitement entre les parties. Elle est l'occasion pour le salarié de briser le silence que la subordination au pouvoir hiérarchique de l'employeur lui a souvent imposé (I.2-1). Elle conserve la souplesse nécessaire entre la procédure orale et la nécessité d'acter par écrit des articulats de demande, des allégations, des justifications et des preuves (I.2-2). Elle implique donc de maîtriser le rôle respectif de l'oralité et de l'écrit dès l'audience initiale (I.2-3). Elle reste le lieu privilégié où, malgré le conflit des logiques antagoniques, il est encore possible de rechercher la conciliation équilibrée des libertés et des intérêts, ou à défaut de juger (I.2-4).

I.2-1 Briser le silence

Le travailleur qui vient devant la Conseil des prud'hommes exposer sa cause dans le litige qui l'oppose à son employeur a été soumis, dans l'immense majorité des cas, à son propre silence. L'audience initiale est souvent le premier moment où cesse ce silence, accepté ou imposé. C'est le moment où il peut donner librement à sa parole la vérité et la sincérité qu'il n'avait pas su, ou voulu exprimer, avant cette audience. Elle est donc très importante pour lui.

Chaque licenciement qui sera judiciairement déclaré sans cause réelle et sérieuse est quelque part pas la démonstration de l'insuffisance de l'implantation du syndicalisme. Il ne s'agit pas de se mettre la tête sous la cendre et ce d'autant que le déclin toujours annoncé n'est jamais démontré. Certes la faiblesse du syndicalisme en nombre d'adhérents est réelle mais cela ne permet pas de prendre en compte le "pouvoir d'influence" de ses militants. Ce pouvoir d'influence est pourtant démontré dans les résultats des élections professionnelles et dans les mouvements revendicatifs. Les statistiques comparatives

avec d'autres pays de l'Union, ne prouvent rien puisqu'elles ne prennent pas en compte les modes d'adhésion des syndiqués, de représentativité et de désignation de la représentation des travailleurs.

Toutefois il nous faut faire le constat de l'isolement de centaines de milliers de salariés face au pouvoir patronal. C'est une réalité. Cet isolement est d'autant plus dommageable quand, au sein de l'entreprise, la menace de la perte d'emploi s'exprime sans que le salarié ait bénéficié des droits de la défense, avant que la décision ne soit prise à son encontre (22). Briser le silence, le plus tôt possible, à compter de la notification par l'employeur de son intention de prendre une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement est inacceptable. Cela devrait conduire à revendiquer la création de commissions paritaires de discipline dans les entreprises, ou dans des commissions territoriales, en cas d'absence de représentation du personnel. Ce dispositif devrait être rendu obligatoire à l'occasion des procédures d'extension des conventions collectives. Le flux des affaires prud'homales serait alors moins abondant, la justice mieux rendue et l'emploi mieux sauvegardé. Ce contrepois permettrait de faire face au primat de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise qui est actuellement à l'oeuvre. La grande prud'homie du XXI^e siècle en quelque sorte.

Dès aujourd'hui c'est à l'occasion de l'audience initiale que le salarié sanctionné ou qui réclame le bénéfice de ses droits, directement ou par le défenseur qui l'assiste, retrouve sa liberté d'expression. Il rompt le silence. Par contre celui qui avait le droit à des paroles d'ordre et de gestion disciplinaire, de responsabilité du licenciement, va souvent, pour la première fois, rencontrer la personne qu'il a licenciée. Si il sait que c'est sans véritable cause réelle et sérieuse, en se trouvant face à la souffrance et la parole de l'autre, il va être déstabilisé. Être confronté à la souffrance est difficile. C'est pourquoi nombre d'employeurs se refusent à être mis face à leur responsabilité et choisissent de se faire représenter par un avocat qui parle en leur lieu et place. Pour éviter de parler à des femmes et des hommes qui ont perdu leurs emplois ils préfèrent faire plaider par clichés stéréotypés. Leurs avocats réduisent alors leurs propos à une argumentation juridique et procédurale qui contourne les faits de la vie au profit de la règle de l'apparence du droit : de préférence il faut donc avoir le souci de l'expression de la parole du salarié lui-même.

De la même façon que le pré-entretien avec un conseiller du salarié (23) détermine le contenu de l'entretien préalable au licenciement, la préparation de l'audience initiale, et de sa phase éventuelle de conciliation, détermine l'ensemble de la procédure contentieuse. C'est à l'occasion de cette préparation, avec le salarié, sujet de droit, que l'on pourra construire un dossier solide, en fait et en droit.

(21) Richard Deshaies, "Front de libération de la Jeunesse" 1968.

(22) Avant la Première guerre mondiale, le mouvement syndical, alors uni, au sein de la CGT, revendiquait la "grande prud'homie". Elle était appelée à siéger au sein même des entreprises. Il en reste des traces dans la présence obligatoire des commissions paritaires de discipline qui subsistent encore dans un nombre restreint de conventions collectives étendues.

(23) V. Bilan d'activité des 7 780 conseillers des salariés. Note de la Direction des relations du travail, dont les extraits ont été publiés dans "Liaisons sociales quotidien", n°14591 du 22 mars 2006, p. 3.

Les défenseurs doivent, le plus souvent possible, conclure pour l'audience initiale si on veut que les juges des prud'hommes remplissent leur office. Le juge conciliateur actif, ne peut agir de façon volontaire sans que le demandeur exprime ses propres "demandes". Pour qu'il instruisse le dossier, dès l'audience initiale et ne se contente de donner une date d'audience, en apposant un tampon encreur pré rempli, il faut qu'il soit alimenté par la légitimité de l'exigence procédurale du demandeur.

1.2-2 La justification des preuves et allégations du demandeur salarié

Ce qui fait la force de conviction des demandeurs salariés ? C'est le fait social.

Ce qui fait la force des défendeurs employeurs ? C'est le primat de la liberté d'entreprendre.

Or qui mieux que les travailleurs et leurs syndicats maîtrisent les faits ?

Comment préparons-nous l'audience initiale ? Cela nous renvoie à notre capacité de l'écoute de l'autre ; cela nous renvoie à notre formation à "l'altérité". Cela nous renvoie au rapport à l'écriture et à la maîtrise de la parole en public qui sont des acquis de l'histoire de chacune et de chacun. C'est pourquoi, il importe tant de faire contrôler les écritures par le demandeur salarié et de les élaborer avec lui.

Le travail de défense commence à ce moment-là. Il impose un véritable échange entre les salariés demandeurs et leurs défenseurs dans la collecte des éléments de fait. Il nécessite un véritable travail d'investigation par la lecture des pièces, des attestations, des documents administratifs internes à l'entreprise, des accords collectifs, des notes de services, des débats au sein des institutions représentatives, des procédures et notices techniques, des cursus de formation, etc.

1.2-3 Procédure orale et procédure écrite

Il faut maîtriser le rapport entre l'oralité et l'écrit. Il s'agit de mieux comprendre ce qui différencie la procédure orale de la procédure écrite dans tout le cours du processus processuel.

Qu'est-ce qu'une procédure orale par rapport à une procédure écrite ? La procédure orale c'est la procédure qui ne requiert pas la présence obligatoire d'un auxiliaire de justice. Cela renvoie à ce que l'on appelle "la petite fusion" qui, en 1972, a rassemblé les professions d'avoués d'instance et d'avocats. Avant cette date, il existait des avoués qui avaient le monopole de la procédure écrite devant le Tribunal de grande instance et des avocats, qui eux, pouvaient y plaider, mais ne pouvaient y déposer les conclusions et actes judiciaires qui seuls "tenaient" le tribunal.

C'est encore le cas des avoués d'appel, dans les segments du droit où la loi le précise. C'est désormais le cas pour les pourvois en cassation, ou a été rendue obligatoire la présence des avocats aux Conseils.

Dire que la procédure est orale signifie simplement que les parties peuvent comparaître sans forme, sans mise en état judiciairement organisée. Ainsi dans la procédure prud'homale, il est possible de modifier ses demandes, jusqu'en cause d'appel, jusqu'à la clôture des débats par le président d'audience. Cela ne signifie pas que les parties soient privées de la possibilité de déposer des écritures et notes qui fixent leur position. Tout au contraire. J'ai pu soutenir, sans être démenti, que la procédure orale induisait l'inflation de l'écrit. Même les conclusions récapitulatives, que l'on croyait obligatoire, en matière prud'homale, devant les Cours d'appel, ne sont plus considérées comme telles.

Les diverses étapes du processus processuel dès l'audience initiale permettent une transparence du contradictoire entre l'oralité des débats et son encadrement par les écritures des parties. Elles sont définies clairement pour l'audience initiale aux articles R. 516-13 et suivants du Code du travail et plus précisément aux articles R. 516-18, R. 516-20 et R. 516-20-1.

Dans ce dernier article le code n'emploie pas le terme conclusions mais celui de notes écrites, qui doivent être communiquées contradictoirement. C'est pourquoi pour le respect du contradictoire, un défenseur qui se présente sans conclusions, mais dont le dossier laisse à voir d'abondantes côtes de plaidoirie se doit de les communiquer à son contradicteur, avant de déposer son dossier. Il doit le faire par respect des règles prescrites par l'article R. 516-20-1.

Le défenseur syndical a les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un avocat devant la juridiction prud'homale. Or, si l'avocat doit signer ses notes (ou conclusions) pour représenter son client il en va de même pour le défenseur syndical. Sans signature des actes il n'y a pas représentation mais simplement assistance (24). A condition que le défenseur les signe, ces notes écrites, ou côtes de plaidoirie, valent conclusions. Si elles ne sont pas signées le juge peut considérer qu'elles ne sont pas dans le débat. Si elles n'ont pas été reprises dans les mentions de la décision des premiers juges la Cour d'appel et la Cour de cassation n'en tiendront pas compte.

Cette conception large de l'écrit, dans la procédure orale, est très importante.

1.2-4 Dans le cadre du paritarisme le juge prud'homme, du Collège salariés, défend les droits des travailleurs, comme celui du collège employeurs défend les droits du management (25)

L'audience initiale est le lieu le paroxystique de l'expression du conflit des logiques en matière prud'homale. Nous devons nous battre pour une montée en charge régulière mais non brutale des vraies conciliations dans le cadre de cette audience. Atteindre le niveau de 20 % de bonnes audiences initiales créerait une modification considérable des comportements de tous et en particulier au sein de la profession d'avocats. Or 99 %

(24) C'est là toute la question du mandat *ad litem*. Il s'agit d'une particularité qui s'impose aux défenseurs et avocats de France. La distinction qu'elle induit entre assistance et représentation est essentielle. Elle ne sera pas abordée ici.

(25) Partie du texte non prononcée pour laisser place à l'intervention de Catherine Vinet-Larrie, juge au Conseil des prud'hommes de Paris "Un juge militant dans une juridiction impartiale". Colloque du SAF 10 décembre 2005.

des employeurs sont assistés par des avocats, contre environ 57 % pour les travailleurs et environ 23 % par des défenseurs syndicaux. Cela signifie que 10 % des personnes se présentent sans défenseurs expérimentés.

Il faut donc des juges pour défendre les droits des travailleurs. On ne demande pas aux juges de ne pas être militants : ils doivent le rester ; sans quoi il vaudrait mieux recourir à des juges professionnels. On ne peut dire d'un juge qu'il est mauvais dès lors qu'il est militant. **Un juge pour défendre les droits des travailleurs n'est pas un juge pour défendre chaque travailleur.** Il importe de réfléchir à la différence entre les deux fonctions distinctes. Ce qui justifie le mandat d'un juge militant c'est qu'il défend la cause du droit de tous les travailleurs et non la défense de la cause singulière de chaque travailleur ou de chaque cause individuelle ou collective qui se présente devant sa juridiction.

Dans certaines affaires, le juge du collège salariés, doit par principe défendre les droits des travailleurs, y compris en prenant le risque du départage.

Si c'est une question de principe qui a des conséquences importantes il ne devrait pas se retrancher derrière l'arithmétique des dossiers perdus et/ou gagnés à la même audience. Il ne saurait y avoir de marchandage parlementariste entre le nombre de dossiers gagnés et perdus par chacun des collèges à chaque audience. Que ce détestable usage puisse exister dans certains conseils ne doit pas faire oublier que chaque citoyen est en droit de voir sa propre cause entendue et jugée de façon indépendante et impartiale devant le tribunal devant lequel il se présente (26).

Quand c'est l'intérêt de la collectivité des salariés qui est en cause c'est donc la persuasion majoritaire ou le risque du départage qu'il faut choisir si la décision prise risque

d'influencer le sort de milliers de salariés qui ne soumettent pas leurs causes à la juridiction paritaire. On comprend, à ce point toute l'importance de l'acte de juger.

C'est aussi pour cette raison que la motivation du jugement est importante. Quand le juge militant est convaincu que le dossier sera perdu en appel il doit s'expliquer par des motifs pertinents et convaincants. Cela évitera des dépenses inutiles pour le demandeur, en appel, et ne provoquera pas une jurisprudence plus défavorable que la décision initiale. Motiver les jugements est une exigence démocratique des juges militants, même quand la majorité des autres conseillers leur donne tort.

Il faut donc bien distinguer les défenseurs et avocats qui défendent la cause de chaque travailleur de celui du juge militant qui se doit de défendre les droits de l'ensemble des travailleurs (27).

- **Etre juge prud'homme salarié, c'est de façon générale**, en toute occasion, s'assurer que la défense **des droits** des travailleurs est présente dans le contentieux et ce dès l'audience initiale et la séquence intégrant la phase du Bureau de conciliation qui s'y incorpore. Il doit, cela va de soi, également le faire à l'audience de jugement.

- **Etre conseiller du salarié c'est tenter d'éviter le licenciement** et en cas d'impossibilité, de trouver une solution favorisant l'emploi.

- **Etre défenseur (syndicaliste ou avocat)** c'est s'attacher à une cause particulière avec responsabilité vis-à-vis de(s) la personne(s), que l'on défend.

Chaque mandat est un mandat particulier, différent des deux autres, et pourtant nécessairement complémentaire avec les deux autres. C'est la raison qui fonde l'importance des commissions juridiques décentralisées des organisations syndicales.

II. L'audience initiale : une première phase qui se déroule en quatre étapes distinctes

L'audience initiale s'inscrit dans un processus moins complexe qu'il n'y paraît dès lors qu'on le décortique en ses quatre différentes étapes (II.1 à II.4).

II.1 Contrôler, vérifier

Dès le début de l'audience initiale, l'acte d'enrôlement doit être contrôlé par le juge actif pour orienter la mise en état et la production de pièces.

Deux situations ayant donné lieu à des arrêts récents illustrent cette fonction d'interpellation des parties.

a) Un mandataire social, par exemple gérant d'une SARL, en apparence autonome, demande la requalification de ses relations contractuelles avec son fournisseur/donneur d'ordre et véritable employeur à ses yeux (28). La vérification des documents sociaux permet

(26) V. sur le fonctionnement paritaire de la juridiction prud'homale et le respect de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Marianne Keller et Tiennot Grumbach, "La prétendue partialité du Conseil des prud'hommes ou qui veut faire l'ange fait la bête" Dalloz, n° 15, 10 avril 2003 ; Tiennot Grumbach, "la prud'homie face aux enjeux du procès équitable" Dr. Ouv. mars 2004, p. 122 ; Marianne Keller et Tiennot Grumbach "Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale...encore ? (Cass. Soc. 19 décembre 2003 et 26 janvier 2005)". *Droit Social*, janvier 2006, n°1, p. 52.

(27) A titre d'exemple l'article L 122-14-3 recouvre un très grand nombre d'affaires prud'homales à l'occasion de la contestation par un salarié d'un licenciement. Les articles L 120-2 et L 120-4 sont devenus essentiels pour ceux qui défendent les droits des travailleurs face à la liberté d'entreprendre pour faire pencher la balance du principe de proportionnalité en faveur des "moins égaux que les autres". Comprendre la nécessité de s'adosser aux articles pivots ne signifie pas que les autres sont sans

intérêt. Cela veut dire simplement qu'il faut s'adosser une architecture de principes. Elle doit aider le juge à comprendre la lecture ambivalente du droit du travail et l'articulation des deux logiques qui le sous-tende. Elle doit l'aider dans les choix qui guident son interprétation et justifient la solution qu'il énonce, cas par cas, en fait et en droit. Cette méthode étend de façon significative les obligations du défenseur, avocat ou syndicaliste, et les compétences et prérogatives d'un juge actif et engagé et qui "toujours décide" dans un "office" plus étendu que jamais. Assurer, comme juge, sa conviction dans le caractère incontournable **des droits** des travailleurs dans les solutions de chaque litige.

(28) Cass. Soc. 25 octobre 2005, n° 01-45.147, Ravier c/ Sovetra, n. J.Y. Frouin, JCP/Ed. sociale, n° 24, 6 décembre 2004, p. 25., Dr. Ouv. 2006 p.137 n. A. de Senga : "Le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention, mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail est accomplie".

dès l'audience initiale de vérifier que les allégations du demandeur sont sérieuses.

b) Le demandeur soutient que la procédure est irrégulière et que les procédures conventionnelles obligatoires ayant précédé la rupture de son contrat de travail n'ont pas été respectées (29). Cette vérification est possible dès ce moment de la procédure.

La vérification des identités des parties, s'accompagne de celle de la présence nécessaire de tous ceux qui doivent être appelés dans la cause. Le K-Bis c'est la carte d'identité de l'entreprise. Il doit être sollicité ou produit spontanément par les avocats et défenseurs de l'une ou l'autre des parties. La lecture du K-Bis permet de déterminer la structure de l'entreprise, sa dépendance ou son autonomie (notamment au sein d'un groupe), la forme statutaire de l'exercice social ; l'identité de ceux qui détiennent le pouvoir de décision et d'action en leur qualité de mandataire sociaux (30). Par ailleurs il convient aussi de vérifier, dès ce moment de la procédure, que la production des documents obligatoires a bien été déposée au greffe, notamment à l'occasion d'un licenciement pour motif économique (31). Ces documents sont souvent nécessaires pour la poursuite de l'instance pour le contrôle de la régularité des engagements à prendre (32) notamment pour la signature d'un procès-verbal de conciliation/non conciliation (33).

Parmi ses pouvoirs propres, il me semble qu'il est possible que les deux juges qui composent le bureau de l'audience initiale accorde à un justiciable, qui en fait la demande, l'aide juridictionnelle provisoire afin qu'elle soit transmise au bureau d'aide juridictionnelle.

L'attribution de l'aide juridictionnelle aux personnes licenciées est une mesure efficace en vue de favoriser l'égalité de traitement de toutes les parties face au coût du procès. C'est bien une mesure qui entre dans les principes directeurs d'une véritable contradiction des débats et de leur loyauté (34).

II.2 Entendre, s'informer et vérifier les faits énoncés ... puis s'efforcer de concilier

II.2-1 Le rappel des demandes et l'examen des pièces nécessaires à la compréhension des juges est l'une des spécificités de la juridiction prud'homale. Même si *"la formulation de nouvelles demandes, à tout moment de la*

procédure, de façon contradictoire, jusqu'en cause d'appel, avant clôture des débats, est toujours possible" (35)

puis,

II.2-2 Le juge actif, de façon contradictoire, doit renseigner les parties sur l'étendue de leurs droits avant de s'efforcer de les concilier, dossier fermé, c'est-à-dire avec une confidentialité garantie et un secret professionnel respecté (36).

Dans son arrêt connu du 28 mars 2000 (37), la Cour de cassation a annulé un procès-verbal de conciliation. La Haute juridiction a constaté en effet, à la lecture de la décision des juges du fait, et des moyens du pourvoi, l'inexistence de concessions réciproques. Elle a cassé la décision dès lors que le demandeur salarié n'avait pas bénéficié du droit à l'information préalable sur l'étendue de ses droits par les juges. En conséquence le salarié n'avait pas été en capacité de mesurer l'absence de concession de son contradictoire et pâti d'une inégalité devant ses juges. A cette occasion, la Chambre sociale a effectué une sorte de contrôle disciplinaire sur l'office du juge dans le cadre de l'audience initiale.

Il s'agit bien d'une phase du processus judiciaire où le juge actif doit s'efforcer de concilier. Elle ne peut donc se dérouler que de façon confidentielle. C'est la raison pour laquelle les deux magistrats qui tiennent l'audience initiale se doivent d'informer les parties sur l'étendue de leurs droits avant de commencer sa phase confidentielle : le Bureau de conciliation. Ces juges se doivent de le faire de façon contradictoire afin que chaque partie connaisse les champs du possible, dans le cadre des règles légales et conventionnelles qui régissent la matière et qu'ils mesurent ainsi les risques qu'ils encourent, et les concessions qu'ils acceptent, en se conciliant, ou en ne se conciliant pas.

A titre d'exemple : un salarié licencié, pour cause réelle et sérieuse, et qui travaille dans une entreprise qui emploie plus de dix salariés, depuis plus de deux ans, et n'a reçu qu'un mois d'indemnité compensatoire de préavis et pas d'indemnité de licenciement, doit être informé que la loi lui reconnaît d'autres standards minima d'indemnisation. Le contrôle des juridictions d'appel et de cassation pourra alors s'exercer pleinement et les magistrats du travail seront renforcés dans leur rôle visant à s'efforcer de

(29) Cass. Soc. 13 septembre 2005, n° 02-47.619 JCP/Ed.sociale, n° 24, 6 décembre 2004, p.22. n. S. Réal et M.L. Rouspide. Extension prétorienne de la nullité du licenciement quand la convention collective prévoit une compétence d'attribution" en matière de procédure de licenciement et notamment de prononcé de la rupture. La Haute Juridiction considère en l'espèce qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité de procédure mais bien d'une irrégularité de fond. Cet arrêt est, me semble-t-il particulièrement important dans le secteur associatif, dans l'économie sociale et dans les entreprises de tendance.

(30) Cass. Soc., 20 janvier 2004, n° 01 44.794, M. X c/ M.Y : "la condamnation du gérant d'une entreprise identifiée par le nom personnel de son fondateur en lieu et place de la SARL dont il est le gérant entraîne cassation".

(31) Cass. Soc., 12 juillet 2004 , n° 01-40.312, X c/ Bridar & Tauoin, "l'inobservation des formalités prévues à l'article R 516-45 du Code du travail ne peut donner lieu à réparation que si elle est la cause d'un préjudice".

(32) Il convient, en particulier, de vérifier que l'entreprise est bien *in bonis* et qu'elle ne fait pas l'objet d'une procédure collective nécessitant d'appeler dans la cause le représentant des créanciers, ou le liquidateur et le FNGS.

(33) Ibid note 11.

(34) CPH Orléans, Référé, 25 mars 2005, Adequin Me Plisson c/ Tchabo-Tchata Tchanchou, RG n° 05/0005.

(35) Cass.soc. 10 mai 1999, Sté Cofradel c/ Lafond & a.

(36) Cass. Crim. 10 mai 2005, p. n° 04-83698.

(37) Ibid. (note 11).

concilier les parties sur des bases loyales et clairement établies.

Si l'une des parties ignore les droits que lui reconnaît l'ordre public social comment la phase confidentielle pourrait-elle être efficace ?

La recherche d'un accord loyal et équitable implique donc que ce soit aux juges d'informer les parties sur l'étendue de leurs droits si les défenseurs n'ont pas voulu, ou n'ont pas été en capacité, de le faire. L'office du juge actif, en cours d'audience initiale, bénéficie d'un pouvoir étendu.

L'arrêt du 28 mars 2000 rappelle de façon pédagogique les règles édictées par l'article R. 516-13 du Code du travail : *Le "Bureau de conciliation" (sic) entend les parties en leurs explications et (puis... c'est moi qui explicite) s'efforce de les concilier. Il est dressé procès-verbal*".

La phase de bureau de conciliation s'inscrit donc bien dans le déroulement processuel logique de l'audience initiale. Elle incorpore l'obligation de dresser le PV de conciliation (ou de non conciliation et/ou de conciliation partielle).

II.3 La phase de mise en état et de préparation de l'audience de fond

- Elle induit une période visant à ordonner des mesures d'instruction éventuelles et/ou la possibilité de rendre des ordonnances visant la production forcée de pièces et/ou le renvoi à des conseillers rapporteurs, et/ou de transports sur les lieux, et/ou de renvoi à experts, etc.

Délibérer n'est pas statuer (II.3-1) avec, dans des délais raisonnables, une phase éventuelle de retour à une autre audience initiale pour vérifier que les parties ont bien effectué les diligences qui ont été ordonnées, de rechercher, à nouveau, la conciliation entre les parties, ou d'ordonner des mesures inquisitoriales sous forme d'actes judiciaires qui contraignent l'une ou l'autre des parties, ou les deux à la fois à se mettre en état sous le contrôle du juge (II-3.2).

II.3-1 :

Les articles R. 516-18, R. 516-20 et R.516-20-1 encadrent le processus processuel. La lecture de leur contenu permet d'affirmer que le Code du travail a prévu que l'on ne devrait pas pouvoir renvoyer l'affaire à l'audience de jugement sans qu'elle soit en état d'être jugée. Le décret du 12 juillet 2005 concernant les règles

obligatoires qui régissent la profession d'avocat confirme avec force les obligations de communication de pièces et d'écritures avant toute audience (38).

Si l'employeur n'est pas en état, ce que son avocat soutient volontiers, les juges qui siègent en audience initiale peuvent les convoquer à nouveau pour une audience initiale ultérieure. Ils peuvent prendre une ordonnance en exigeant la comparution personnelle des deux parties et donc de l'employeur (ou de son représentant qualifié). L'avocat qui prétendait que son client ne lui avait pas permis d'être en état, notamment en le saisissant trop tardivement, ou en ne lui envoyant pas les pièces nécessaires à l'expression du droit de la défense des intérêts de l'entreprise risque d'être démenti. Seront alors mis en évidence par les juges les faux prétextes d'une fraction minoritaire, mais significative des défenseurs, qui ne respectent pas la juridiction prud'homale. Ce sont ces avocats ou défenseurs, quelles que soient les causes qu'ils défendent, salariés ou employeurs, qui polluent la procédure par l'utilisation de moyens dilatoires qui rendent déraisonnables les délais de procédure (39) en ne respectant pas les principes de loyauté et du contradictoire.

Si c'est l'entreprise qui n'a pas permis à son défenseur de remplir son rôle, elle sera mise face à son laxisme ou de son indélicatesse vis-à-vis de son propre avocat. Elle sera placée par le juge face aux conséquences de son irresponsabilité. Si c'est l'avocat qui a trompé son propre client, son confrère et le juge, il sera confronté aux dégâts que provoque sa propre pratique de confort. Les règles et usages ne devraient pas permettre à certains défenseurs, toujours les mêmes, de se camoufler derrière le faux nez d'une déontologie qu'ils transgressent ou d'une confraternité qu'ils détournent, à leur profit et souvent contre les intérêts de leurs propres clients.

Les juges en prenant une ordonnance qui fait injonction de comparution personnelle des parties et notamment de la partie absente (souvent de la direction de l'entreprise, en la personne de celui qui a donné mandat à l'avocat) feront ainsi œuvre pédagogique au sein des barreaux.

Les juges prud'hommes des deux collèges ne devraient pas avoir à perdre leur temps en audience de jugement et avoir à réorganiser leurs rôles en raison de la multiplication intolérable des renvois. L'exposé des faits et la recherche de conciliation sont bien liés pour que le processus de la deuxième étape de l'audience initiale puisse se poursuivre.

(38) La mise en état spontanée de l'audience initiale doit être la règle de chaque côté de la barre. Ceci peut être vérifié par le juge. En effet si les correspondances entre avocats sont confidentielles par nature, il n'en est désormais pas ainsi pour celles de leurs correspondances, réservées à la procédure, qui portent la mention "non confidentielle," ou mieux "lettre de procédure, non confidentielle". Voir sur ce point le décret du 12 juillet 2005, publié au JO du 16 juillet 2005, n° 2005-790. Dans son article 16 le décret indique : *"L'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement vis-à-vis de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire. La communication mutuelle et complète des éléments de fait et des moyens de droit se fait spontanément, en temps utile et par les moyens prévus par les règles de procédure"*. Par ailleurs le dernier alinéa expose *"L'avocat mandataire de son client, peut adresser toute injonction ou mise en demeure à l'adversaire de ce dernier"*. La "lettre de procédure non

confidentielle" est le moyen d'usage adapté à la procédure orale. Elle vaut injonction ou mise en demeure si elle n'aborde aucun autre élément de s'inscrire dans le cadre du secret professionnel tel qu'il est désormais encadré par l'article 4 du même décret. L'ensemble des textes réglementaires et légaux ont été publiés sous le titre "Présentation consolidée des textes qui régissent la profession d'avocat" en suite de la loi du 2 août 2005, JCP, 12 octobre 2005, n° 41. Ce dossier du JCP ajoute au décret l'ensemble des règles internes à la profession d'avocat publié par le Conseil national des barreaux.

(39) V. sur cette question les motifs de condamnation de l'Etat à des dommages intérêts lorsque la procédure prud'homale se déroule sur des délais déraisonnables, au titre de l'article 6 §1 de la Conv. EDH. CA Amiens, 7 déc. 2004, agent judiciaire du Trésor, c/ M. Debuschère (M^e Daniel Joseph, avocat du Barreau de Lille), RG 03/01166 : condamnation de l'Etat à 8 000 € de DI.

II-3.2 :

La mise en état est une nécessité qu'impose le Code du travail. Si le défenseur/avocat a fait son travail, il arrive avec des conclusions. S'il n'a pas communiqué ses pièces, il est inutile de faire un renvoi à un an. Il faut que les magistrats du travail puissent lui demander de combien de temps il a besoin pour accomplir ses diligences.

Il est judicieux de demander, courtoisement, à l'avocat le délai dont il a besoin, en lui proposant un mois, ou deux mois, et en prenant date. Puis faire de même avec l'avocat du défendeur. On peut alors laisser deux mois, complémentaires (un mois pour chacune des parties pour rédiger d'éventuelles conclusions complétives ou responsives, avec une éventuelle communication de pièces complémentaires, en réponse à l'argumentation du contradictoire). Dès lors il est possible de faire acter par les parties qui se sont vues proposer des dates conformes à leurs propres contraintes d'agendas leur propre accord. Il ne devrait plus alors y avoir de renvois et l'affaire devrait être examinée au jour fixé. De telles pratiques existent et fonctionnent bien. Imaginez le nombre de renvois que l'on pourrait éviter en accordant à chaque défendeur la date qu'il souhaite, avec l'engagement des deux parties d'une date convenue pour plaider.

II.4 Décider, statuer

La phase judiciaire consiste à statuer sur la demande de condamnation/ (ou au rejet des prétentions). Pour qu'elle existe faut-il encore qu'elle soit exposée par l'une ou l'autre des parties. Il doit s'agir d'une demande formelle de condamnation. Elle peut porter sur des demandes très diverses : la production forcée de pièces, des mesures inquisitoriales, l'audition de témoins ou sachants ; à l'exception des indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse des articles L 122-14-4 et 5 du Code du travail. Elles peuvent aussi porter sur des demandes de provisions sur des sommes portant sur différents articulats des demandes initiales. Elles peuvent enfin porter sur des obligations de faire ou de remise en état.

Il s'agit là de véritables décisions judiciaires, bien que non susceptibles d'appel. Les provisions, comme les obligations de faire (ou de ne pas faire) ordonnées par les juges prud'homaux à l'occasion de l'audience initiale sont toutes prononcées tous droits et moyens réservés quant au fond. Les provisions susceptibles d'être accordées sont attribuées dans les limites fixées par les règles d'ordre public de la procédure prud'homale qui doivent les limiter à six mois maximum du salaire. Il n'y a pas d'appel possible (40). Les provisions accordées sont à valoir sur les sommes éventuellement allouées à titre de décisions définitives (sous réserve de recours) par les juges du fond, à l'occasion de l'audience de jugement.

La quatrième phase concerne donc bien les fonctions juridictionnelles prises à l'occasion de l'audience initiale.

(40) A l'exception de l'appel nullité qui n'est recevable que si les juges ont commis un excès de pouvoir en sortant manifestement des compétences qui leurs sont reconnues par le Code du travail.

Elles n'ont aucun effet judiciaire comparable à celle de la phase de conciliation. Elles portent griefs à l'une ou l'autre des parties, même si ce n'est que de façon précaire et provisoire.

A l'égard d'une personne qui a été licenciée pour faute grave, pour une discrimination, pour une irrégularité de procédure qui vaut automatiquement absence de cause réelle et sérieuse, etc., j'estime que le défenseur ou l'avocat qui ne présente pas de conclusions, avec demande d'ordonnance et demande de provisions, fait une erreur préjudiciable à son client. Il ne semble pas croire à son propre dossier dans tous les cas, qu'il ne croit pas au dossier en ne défendant pas activement la personne qu'il assiste ou représente. Il est inaudible si il émet la moindre prétention à critiquer la juridiction prud'homale et la soi-disant passivité et incompétence de ceux qui la composent.

Précisons que cette partie de l'audience doit se dérouler "portes ouvertes". Depuis 1789, dès lors qu'une décision de justice peut porter atteinte aux droits patrimoniaux et personnels d'un citoyen, la justice doit être entendue publiquement. Cela n'a pas de sens de plaider portes fermées. C'est une question de citoyenneté.

Pour élargir encore le débat et conclure

Dans une société démocratique, comme la nôtre, nous savons qu'il n'est pas possible que l'ensemble des dispositions du Code du travail puissent être toutes favorables aux droits des travailleurs. Nombre d'entre-elles facilitent l'assujettissement des salariés au pouvoir des dirigeants de l'entreprise. La méthode du conflit des logiques a pour fonction et pertinence de ne pas se contenter de dénoncer les involutions du droit, notamment dans les périodes où, comme aujourd'hui, le flux législatif et réglementaire est alimenté par une majorité parlementaire conservatrice.

La méthode du "conflit des logiques nous permet de dépasser la production boulimique et "fait diversière" du législateur. Si cette inflation de textes non négociés, avec les protagonistes sociaux, reflète les mouvements erratiques d'opportunité politique de l'instant, elle ne permet pas de faire la distinction entre les principes essentiels et leur déclinaison médiatique. En témoigne l'expérimentation du non statut du CNE (41) "*contrats à durée déterminée successif d'une journée renouvelable quotidiennement pendant vingt-quatre mois*" selon la formulation appropriée de Pascal Rennes.

La méthode du conflit des logiques permet de ne pas baisser pavillon même dans les périodes de reflux. Certes la lecture de jurisprudences importantes nous conduit à constater que la Haute juridiction est désormais soumise à la prégnance de l'idéologie libérale. La sémantique "des arrêts de Cours" traduit, certes, un affaïssement regrettable des principes et des valeurs du droit commun en faveur de

(41) Association Loysel, Tiennot Grumbach, Pierre Lanquetin, Pierre Lyon-Caen, Claude Michel, Christine Zbinden, "Employeurs, salariés, vous avez été trompés" *Le Monde*, 11 février 2006 ; également dans une version développée : *Semaine Sociale Lamy*, 20 février 2006 n° 1249, p.9.

la liberté d'entreprendre au détriment du droit au *travail*. Mais la méthode du conflit des logiques nous permet de rebondir.

Oui les arrêts *Pages jaunes* (42) sont une manifestation de l'emprise de "l'avoir" du capital sur "l'être", le droit à l'emploi. Dans le même temps le communiqué de la Chambre sociale de la Cour de cassation tente d'en limiter les effets. La Chambre sociale nous incitant à des actions plus vigoureuses sur la nullité des licenciements économiques en raison de l'inexécution fautive des obligations de faire de l'employeur dans le domaine de la GPEC.

Pour autant la méthode du "conflit des logiques" n'est efficace que si les praticiens qui l'appliquent se refusent en permanence au dogmatisme. Les avocats – intellectuels/pratiques – ne peuvent donc accepter de n'être que "la voix de son maître" (fut-il syndical). Leur rôle de "conseil", dans le domaine du droit et de la justice, les oblige à la critique interne, à partir de leurs expériences concrètes accumulées et de leur "savoir-faire" spécifique.

Au prétexte qu'il ne leur appartiendrait pas de faire la politique à la place des "politiques", certains adoptent désormais l'orientation molle du "*le client a toujours raison*". Plus grave encore, certains anticipent sur les attentes idéologiques de leurs "donneurs d'ordre". Certains se contentent même de formuler par le langage de la technique du droit ce que les "donneurs d'ordre/politiques" attendent d'eux.

Vieille culture de la soumission de l'intellectuel "aux ordres du parti" qui peuple les antichambres des pouvoirs. Certains ne se posent même plus la question essentielle : en quoi cette action juridique et judiciaire va-t-elle être utile aux travailleurs et aux syndicats qui m'ont saisi ? Les mêmes en arrivent à privilégier une "réponse" déjà donnée à la capacité subversive des questions, sans réponse immédiate. Comme si les intellectuels, même "les intellectuels pratiques" devaient cesser de poser des questions même s'ils ignorent encore des solutions immédiates. Ils doivent le faire afin que le droit épouse les changements.

C'est aussi cette fonction poétique (43) et théâtrale (44) de l'avocat, qui adhère au syndicalisme de proposition et de transformation sociale, qui lui permettra de soutenir, avec des magistrats indépendants et audacieux, l'éternelle recommencement de la "création du monde" et de comprendre que le Code du travail ne peut être interprété globalement, comme un "bien", ou comme un "mal". Il ne s'agit pas de le défendre, en lui-même, sans en contextualiser les règles ni en rechercher le but

poursuivi. Certains continuent à la faire, comme le font les exégètes et fondamentalistes de la bible, les évangiles, le coran... et du "capital"... Ils ont tort. Il nous faut toujours lutter, par les armes du droit, pour contourner, dépasser, subvertir les aberrations des "contre-réformes" en faveur du capital... C'est notre tâche de juriste du travail "engagé" dans la défense et le renforcement des dispositions progressistes qu'il prescrit en faveur du vaste camp du "travail".

En l'état, et pour ce qui concerne le fonctionnement de la juridiction prud'homale, les dispositions législatives et réglementaires qui concernent l'audience initiale (le Bureau de conciliation) portent en germe une meilleure possibilité d'égalité, devant le juge, en faveur des demandeurs salariés face aux défendeurs employeurs.

Le principe de loyauté et de contradiction des débats porté par la jurisprudence du 7 juin 2005 (45) peut que favoriser débats plus efficaces. C'est l'opacité financière, le respect de la confidentialité dans les circuits internes de la hiérarchie, le secret des affaires qu'opposent les responsables du management aux travailleurs et à leurs représentants dans les actions juridiques et judiciaires. Briser le silence du monde de la finance et du profit est stratégiquement une bonne chose. Appliquer les règles d'ordre public du respect du procès équitable qui figurent dans le nouveau Code de procédure civile c'est aussi refuser la facilité du "Code de procédure peinarde".

Devrions nous consentir de façon systématique et "système" à ces procédures croupions d'audiences (initiales) purement formelles en raison des viscosités du paritarisme ?

Devrions-nous nous contenter d'une insuffisance de nos réflexions et de notre travail pour agir en vue d'une véritable politique judiciaire.

Finalement, en l'état des dérives bureaucratiques et institutionnelles dans le fonctionnement de l'institution prud'homale, ce rappel à la loi n'empêche-t-il pas une volonté d'action utile ?

N'est-il pas envisageable, dès aujourd'hui, de faire bouger les marges sans bouleverser l'action prud'homale et son utilité sociale et culturelle, comme principale instance de justice du travail, démocratique et de proximité.

C'est là l'objet de mes propos et des débats qu'il espère susciter (46).

Tiennot Grumbach

(42) V. ibid. note 18.

(43) "*Comptez avec l'imprévisible, n'appliquez jamais aucune règle de façon trop stricte, laissez aux possesseurs de règles la joie de vous les rappeler*" Hédi Kaddour, "Waltenberg", nrf, Gallimard, septembre 2005, p. 393.

(44) Yann Thomas, "Le sujet de droit, la personne et la nature" *Le Débat*, mai / août 1998, n° 100, p 98 : "Il est bien connu qu'on appelle *persona*, dans le latin archaïque et classique non pas l'acteur, mais le rôle et le masque – autrement dit, tout à la fois le signe qui représente et l'action qui est représentée. D'où ces

expressions, propres à la langue du théâtre : "*tenir un rôle*" (*personam sustinere*), "*assumer un rôle*" (*personam gerere*), voire "*tenir sa place dans un rôle*" (*personae vicem gerere*). Or toutes ses expressions passèrent très tôt dans la langue du droit. Dans le droit, comme dans l'art dramatique, tel ou tel acteur, sujet concret, tient, assume ou prend la place d'un personnage auquel il ne se réduit pas lui-même. Le sujet est double. Il est lui-même plus la fonction que la loi lui assigne (...)"

(45) V. note supra n° 3.

(46) Texte relu à Maule et transmis le 23 mars 2006 au *Droit Ouvrier*.