

L'audience initiale : le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié (un juge actif qui concilie, ordonne et tranche)

par *Serge Guinchard*, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)
Ancien directeur des études de droit à l'École normale supérieure,
Directeur honoraire de l'institut d'études judiciaires "Pierre Raynaud"
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

PLAN

I. Côté procédural

- A – Précisions terminologiques
- B – L'audience initiale

II. Côté processuel

- A – Les racines républicaines
- B – Les garanties européennes et les nouveaux principes directeurs du procès civil
- C – L'impartialité

*M*erci, chère Maître (Rachel Saada), de vos propos introductifs à mes propres propos conclusifs. Je voudrais d'abord vous dire combien je suis effectivement très heureux d'être ici, non seulement parce que j'ai toujours plaisir de travailler avec Tiennot (Grumbach), mais aussi parce que, lorsqu'on est universitaire – en tout cas c'est comme cela que je conçois l'exercice de cette fonction, et Emmanuel Dockès l'a dit tout à l'heure – on aime bien se replonger dans tous les aspects de la pratique ; je crois que c'est essentiel pour se ressourcer et pour essayer de mieux comprendre les évolutions du droit. On ne peut séparer la théorie de la pratique.

En tout cas ce que je voudrais apporter ici en guise de conclusion, c'est le regard d'un juriste, que l'on qualifie de spécialiste dans le droit du procès, malheureusement pas tellement en droit du travail, bien que ce fut, il y a trente-six ans de cela, la première matière que j'ai enseignée à Lyon avec Jean Pélissier et Pierrette Rongère (en 1969 pour être précis) et que j'en ai gardé, bien évidemment, un excellent souvenir. Mais le temps a passé et aujourd'hui je rejoins le droit du travail par l'approche de sa justice prud'homale. Entre-temps, j'ai appris deux choses :

– d'abord que la justice et le droit du procès pouvaient être une meilleure entrée dans le droit et dans notre démocratie, que je qualifie de procédurale, que le droit substantiel. Je suis personnellement de plus en plus convaincu que le processuel non pas l'emporte, mais accompagne le substantiel et, en tout cas, l'éclaire et lui permet de réussir et de gagner un certain nombre de combats, là où le seul droit substantiel aurait échoué. La démocratie procédurale, à mon avis, précède la démocratie tout court ;

– la deuxième chose que j'ai apprise – et vous l'avez révélée ce matin à travers vos travaux – c'est qu'on ne peut plus raisonner aujourd'hui sur un seul contentieux. Il faut appréhender ensemble tous les types de contentieux. On l'a bien vu, tout au long de cette matinée, avec des échappées tantôt vers la procédure pénale, tantôt vers la procédure civile telle qu'elle se pratique au Tribunal de grande instance ; et on a bien vu que le seul milieu, le seul cercle, de la justice prud'homale ne suffisait pas à vos réflexions et que, de fait, l'expérience que vous avez, vous, les professionnels du droit du travail, de la justice prud'homale, s'enrichissait de la pratique de plusieurs autres types de contentieux, lesquels vous conduisent à des rapprochements. En tout cas, au niveau du droit du procès aujourd'hui, on ne peut plus raisonner en sectorisant et en ne lançant pas, que ce soit pour une idée ou pour une

pratique, non pas des ponts, mais de véritables viaducs, entre les différents types de contentieux ; les débats l'ont montré à propos du jugement par défaut, du rôle du mensonge, etc.

D'ailleurs, on y est poussé par la Convention européenne des droits de l'Homme et bien sûr la jurisprudence de Strasbourg. Il est clair que ce socle commun que la Cour européenne des droits de l'Homme détermine aujourd'hui sur cet article 6, celui qui nous intéresse pour le procès, est un socle qui va faire fi des distinctions des différents types de contentieux puisqu'il ne connaît que deux matières, la matière civile et la matière pénale. Je note au passage qu'il ne connaît pas le contentieux administratif, qu'il le ramène soit au contentieux civil, soit, lorsqu'il y a des sanctions prononcées notamment par des autorités de régulation, au contentieux pénal ; donc, le contentieux administratif, n'existe pas à Strasbourg. On a bien les deux clivages, civil et pénal dans l'article 6, mais, surtout, on a toute une jurisprudence qui irrigue complètement les différents contentieux et je crois qu'on ne peut plus, aujourd'hui, raisonner avec l'un sans penser aux autres, ce qui d'ailleurs me conduira, chemin faisant, à vous indiquer parfois quelques dangers aussi à manipuler certains concepts nouveaux comme celui de loyauté ou d'impartialité. Il faut être prudent, on l'a vu à travers certaines interventions, car, parler de loyauté par exemple, cela doit conduire à envisager une approche globale de cette loyauté, c'est-à-dire des deux côtés, pas seulement du côté de l'adversaire !

Pour synthétiser vos travaux, je voudrai aborder cette matinée de deux façons :

– d'abord, mais rapidement (bien que Tiennot Grumbach m'y ait invité) – parce que sinon j'aurai l'impression de vous faire un cours sur les notions d'actes juridiques, d'actes judiciaires et décisions judiciaires – ce que j'appellerai le côté procédural de la matinée, certains diraient « procédurier » ; c'est Jean Carbonnier qui a écrit dans son introduction au droit, que « *les procéduriers français s'agitaient pendant que les processualistes allemands et italiens faisaient la doctrine* », ce qui n'est pas très gentil pour ses collègues français du XIX^e et du début du XX^e siècle ; mais donc procédural plutôt que procédurier ;

– ensuite, ce que je préfère, le côté processualiste, cette conceptualisation globale de la procédure, mais sans la détacher de la procédure, car on ne peut la réaliser sans une approche d'abord locale, procédurière, des problèmes.

I. Côté procédural

Du côté procédural - c'est ce à quoi m'a invité Tiennot Grumbach – il me faut parler de cette audience initiale, mais auparavant revenir sur des questions de terminologie. Il faut clarifier les concepts.

A. Précisions terminologiques

a) Première précision : actes juridiques, actes judiciaires, actes juridictionnels

1) Excusez-moi d'avoir l'air de faire un cours, mais l'acte juridique c'est un acte de volonté qui produit des effets de droit ; il peut être, premier cas, classique, auquel les juristes pensent immédiatement, l'œuvre des parties à un contrat, de celui qui rédige un testament, mais il peut aussi être – second cas – l'œuvre du juge et des parties ; et c'est cela qu'on oublie parce que la procédure est d'abord perçue comme la forme à respecter devant les juges ; la forme procédurale fait oublier que, dans le procès aussi, il y a des actes juridiques qui sont des actes de volonté produisant des effets de droit ; simplement on les enveloppe dans une forme particulière, et c'est l'assignation, c'est la requête, etc. Mais ils restent d'abord des actes juridiques et on a donc le droit de les contester de ce chef, bien évidemment, par exemple, parce qu'il manque une condition de validité, la personne qui l'a accompli n'avait

pas la capacité pour le faire ou elle n'avait pas qualité pour agir et, sous ce regard, le débat sur le sujet du « K bis », sur la carte d'identité de l'entreprise, de l'employeur, n'est pas innocent. Moi je pense qu'il faut effectivement pouvoir très vite demander à quelqu'un de prouver sa qualité à agir ou sa capacité à le faire, son identité procédurale, pour éviter en bout de chaîne, c'est-à-dire trois ou quatre ans après, l'annulation complète de la procédure ; car c'est le point de départ qui, lorsqu'il n'est pas régulier, va ensuite conduire à une annulation totale de la procédure ; on pourra avoir raison sur le fond, tout en perdant sur la forme et sur les questions de régularité procédurale, dès l'instant que la qualité à agir n'est pas acquise ; et parce que cette qualité se révèle par les actes (matériels) qu'on va produire, il est évident que, dans un procès, il faut d'abord produire ce que j'appelle son identité procédurale et, en tout cas, prendre la précaution de demander aux autres d'en justifier. Ce qui n'est pas la même chose que ce qu'a évoqué l'un des intervenants, à savoir demander à quelqu'un ses papiers d'identité comme on le ferait dans le métro ; non, ce n'est pas la même chose, car on ne demande pas à quelqu'un de justifier de son identité pour prévenir une substitution de personne à l'audience ; il s'agit de savoir si la personne qu'on attaque en justice juridiquement est bien celle qu'on vise, en sa qualité de

partie au procès ; c'est le cas du gérant qui serait assigné à titre personnel et non pas à qualité de gérant de la société. Et on voit tous les jours des plaideurs qui se trompent sur ce point, avec des conséquences dramatiques pour l'issue du procès. Je travaille tous les ans avec vos « cousins », les avoués (c'est ma manière à moi de me « coltiner » à la pratique procédurale) parce que c'est eux qui la voient et tous les ans, je peux vous dire qu'on discute sur des procès qui, en appel, portent sur cette question de la qualité : on a attaqué le gérant sans vérifier que c'était à titre personnel, alors qu'on aurait dû attaquer sa société. On peut perdre, gravement, parce que c'est irrémédiable, surtout si, entre temps, la prescription est acquise.

2) L'acte judiciaire donc, en tant qu'acte juridique, est d'abord un acte de volonté, mais, en tant que se produisant dans le cadre d'une instance, il est habillé d'une certaine forme procédurale. Et lorsqu'il émane du juge, on en distingue deux catégories :

– La première est l'acte juridictionnel, à savoir l'acte par lequel le juge dit le droit (généralement, mais pas toujours, pour trancher un litige) ; le juge peut aussi dire le droit sans trancher un litige (hypothèse de la juridiction gracieuse) et la doctrine dominante considère que l'acte reste juridictionnel.

– Mais il existe aussi des actes judiciaires non juridictionnels ; ils font partie évidemment du procès que vous avez évoqué ; ce sont les mesures d'administration judiciaire qui émanent du juge et qui constituent une catégorie extrêmement précise dans le nouveau code de procédure civile ; ce sont des mesures de régulation interne, par exemple la radiation du rôle, ou un ordre qui est donné de produire les pièces. Il y a aussi des actes judiciaires qui ne sont pas juridictionnels sans pour autant relever de la catégorie des mesures d'administration judiciaire : ce sont les actes d'homologation des conventions des parties, par exemple lors d'un procès-verbal de conciliation ; à ce titre, il y en a beaucoup dans l'audience initiale. Le procès-verbal de conciliation, que l'on a à la sortie d'une audience initiale d'un bureau de conciliation, est un acte judiciaire mais qui n'est pas juridictionnel ; et c'est pour cette raison qu'on ne l'attaquera pas par les mêmes voies de recours que celles qu'on utilise contre un jugement. On ne leur applique pas l'adage « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* », tout au contraire, il faudra agir en nullité !

b) Seconde précision : l'appel-nullité

Il faut faire très attention, car il y a deux appels-nullité.

1) Il y a d'abord l'appel-nullité classique, par lequel on demande la nullité d'un acte, d'un jugement, puisque selon l'adage, rappelé à l'instant, « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* », on doit utiliser les voies de recours normales, donc l'appel, lorsqu'on souhaite contester la régularité formelle d'un jugement ; il n'existe

pas d'action en nullité autonome, à titre principal contre les jugements ; il faut passer par la voie de recours normale, celle qui est ouverte pour contester l'effet substantiel du jugement.

2) Et puis, il y a une seconde catégorie d'appel-nullité celle que la jurisprudence a créée de toute pièce, et c'est pourquoi je préfère une autre appellation : c'est l'appel restauré, certains disent autonomes. De quoi s'agit-il ? Il arrive que, dans certains cas – et cela vaut pour tous les contentieux, pour toutes les autres voies de recours, aussi bien l'opposition, la tierce-opposition, que le pourvoi en cassation – le législateur pour des raisons qui lui appartiennent (exigence de célérité, faible intérêt du litige, peu importe), supprime un recours ou le diffère dans le temps, jusqu'au moment où le jugement sur le fond sera rendu. Dans ce cas, la jurisprudence, quand il y a une violation trop grave, notamment du principe du contradictoire ou de certains principes fondamentaux de la procédure, a dit je restaure le recours que le législateur avait supprimé ou je permets qu'il soit exercé immédiatement, pour ne pas laisser perdurer une violation grave d'un principe fondamental du droit ou de la procédure. C'est une soupape de sécurité, comme notre droit en connaît d'autres (je pense à la théorie de l'apparence, à celle de la fraude à la loi). Supposons qu'un juge d'un ordre, par exemple de l'ordre administratif, statue à la place d'une juridiction d'un autre ordre, par exemple d'un Conseil de prud'hommes ; c'est très grave, donc la jurisprudence va permettre à la partie lésée, si aucun recours n'est alors légalement prévu ou possible, d'exercer un recours nullité ; je préfère l'appeler « restauré » parce que c'est la jurisprudence qui l'a créé et qui le restaure dans des cas où le législateur l'avait définitivement ou momentanément supprimé ; en quelque sorte, elle vous le redonne. C'est le recours que j'appelle aussi cloné, puisqu'il peut être restauré pour n'importe quel type de recours. Alors, évidemment, il y a des conditions très strictes pour exercer ce type de recours restauré. La première c'est qu'il faut attaquer un vrai jugement, c'est-à-dire qu'on ne peut pas attaquer un acte d'administration judiciaire. On rejoint la première partie de la discussion. La seconde, pour la connaître, il faut entrer dans le détail de la jurisprudence de la Cour de cassation : il faut que l'on prouve normalement la violation d'un principe fondamental de procédure, c'est-à-dire quelque chose d'assez grave, soit un empiètement de compétences par exemple on viole la répartition entre les ordres de juridiction, soit on viole le principe du contradictoire, encore que la Cour de cassation ait jugé – ce que je trouve pour ma part aberrant – que le principe du contradictoire ne pouvait constituer un excès de pouvoir.

B. L'audience initiale

a) Sur le contenu de l'audience initiale

Je crois qu'il est très important de bien comprendre que le débat que vous avez eu entre vous, d'entrée de jeu Maître, et ensuite avec Tiennot Grumbach, vous appartient et que, moi, je n'ai pas à trancher ; mais je veux signaler toutefois, un danger. Il vous appartient de savoir ce que vous allez en faire : est-ce que vous en faites simplement une procédure alibi, j'allais dire un peu bidon, en attendant la suite de l'instance, ce qui vous permet de garder par de vers vous des pièces, des arguments ; ou bien, est-ce que vous la transformez, comme le souhaite Tiennot Grumbach, et ce à quoi vous invitent d'ailleurs les textes, à en faire un meilleur usage, parce qu'il y a quand même une mise en état qui est prévue, il ne faut pas l'oublier. La sortie en conciliation n'est qu'anecdotique (accidentelle ?) ; elle n'est que l'une des voies, mais l'audience initiale elle-même est indépendante de la sortie, elle a son existence propre, même si vous sortez en jugement ; la question est alors de savoir ce que vous devez en faire. Sur ce point, j'ai bien relevé qu'on a eu un débat entre deux tactiques que je rappelais à l'instant : en faire un vrai lieu de débat, de véritable mise en état ou, au contraire, une audience factice, auquel cas je garde mes pièces et ne dévoile pas trop tôt mes arguments.

Sans trancher à votre place, car ce débat vous appartient, je voudrais donner mon point de vue en raisonnant par rapport à d'autres contentieux : je me souviens simplement qu'au pénal (et pour l'avoir côtoyé de très près, l'idée n'est pas que théorique...), la question se pose toujours de savoir si l'on donne tout de suite au juge d'instruction (et vous le savez mieux que moi), certains arguments, en prenant le risque qu'il va vous répondre pour les rejeter et qu'ensuite vous ne pourrez plus en discuter devant le juge du fond. Or, on a souvent plus confiance dans le Tribunal correctionnel, en tout cas en formation collégiale que dans le juge d'instruction ! Pourtant, on doit se méfier aussi du juge correctionnel, parce qu'après avoir développé ses arguments devant le juge d'instruction, si ce dernier les rejette et les réfute dans une ordonnance, le plaideur aura du mal à convaincre le juge du fond puisqu'on sait très bien qu'au pénal il n'y a pas, en pratique, de véritable double regard ; il n'y a que dans les textes que cela existe, puisqu'en pratique, souvent, le juge du fond recopie l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, lequel avait recopié le réquisitoire du Parquet aux fins de renvoi devant la juridiction de jugement, lequel Parquet avait parfois, bien souvent même, recopié le rapport de synthèse du SRPJ (en tout cas, s'en était largement inspiré), ce qui fait qu'au final, il arrive qu'on soit jugé sur les déclarations des premiers témoins ou co-accusés, à la police ; c'est pour cela que tout se joue au début de la procédure ; l'actualité récente (l'affaire d'Outreau) nous le rappelle cruellement. C'est gentil que vous m'applaudissiez, mais ce que je viens de

vous dire, je l'ai écrit dans le précis pénal de procédure pénale chez Litec (qui ressort d'ailleurs le 26 décembre prochain, publicité non payée) ; c'est parce que je le pense très sincèrement, parce qu'en fait, je le sais pour l'avoir vécu, il y a les textes et il y a la pratique de tous les jours ; c'est d'ailleurs pour cela que j'aime bien travailler avec les praticiens, parce que c'est là qu'on apprend le droit vécu.

Quittons mes débordements de procédure pénale et revenons à l'audience initiale devant le Conseil de prud'hommes. La vraie question est donc pour vous : est-ce que je vais révéler très vite à l'audience initiale un certain nombre de choses qui ensuite peuvent peut-être se retourner contre moi et là je me garderai bien de répondre à votre place parce que, malheureusement ou heureusement, je ne suis pas praticien.

b) Second aspect de l'audience initiale : la mise en état

C'est la mise en état, qui, pour moi, c'est clair, doit répondre aux règles du procès équitable et je voudrais ajouter un élément qui n'a pas été donné, enfin deux plutôt ; vous avez dans le document qui vous a été remis par les organisateurs de ce colloque, un jugement du Conseil de prud'hommes de Thionville (que je ne connaissais pas, mais que je vais reproduire dans la prochaine édition du précis de procédure civile, en septembre 2006), qui est remarquable sur ce que signifie l'audience initiale ; il est inédit, alors c'est pour ça que je suis tout à fait à l'aise pour en parler, sans me sentir coupable de ne pas le connaître ; c'est donc que je n'ai pas failli à ma mission d'universitaire ; je vous invite à le regarder parce qu'au regard de la définition même de l'audience initiale c'est très intéressant. Mais quand vous le lisez, au-delà d'une stricte analyse littéraire, on voit bien apparaître, en filigrane, la notion de procès équitable. Ce procès équitable doit se manifester au cours de la mise en état et on en a un exemple dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 9 novembre 1999, l'arrêt *Gozalvo contre la France*, dans lequel la France a été condamnée parce qu'un juge de la mise en état (traduisez tout juge de la mise en état même s'il n'a pas le vêtement juridique du nouveau Code de procédure civile devant le Tribunal de grande instance, c'est-à-dire y compris aux prud'hommes), n'avait pas utilisé tous les moyens que lui donne le NCPC pour accélérer la durée du procès. Mais on n'a pas été condamné seulement sur la durée non raisonnable du procès ; on a été condamné parce que ce juge n'avait pas utilisé les moyens que lui donne le NCPC de faire telle et telle chose pendant la mise en état.

Bien évidemment, il n'y a pas eu de suites disciplinaires, alors qu'on aurait pu aller plus loin et dire, après le rendu du jugement européen : la France est condamnée, qui paye ? Le contribuable ! On sait bien qu'à Strasbourg, la satisfaction dite équitable, n'est pas très élevée dans son montant, mais sur le plan des principes, ne peut-on pas dire, vous Monsieur le juge de la mise en état – et ça nous

ramène au débat sur la responsabilité du juge – vous avez commis une faute procédurale, une faute professionnelle dans la procédure que vous conduisiez, vous n’avez pas accompli ce que le code vous donnait le droit de faire ; alors vous en êtes responsable devant l’Etat. Quel est aujourd’hui le professeur de droit qui pourrait continuer à enseigner sans étudier les textes et la jurisprudence récente, ou l’avocat qui pourrait continuer à s’occuper de dossiers en étant aussi nul ou négligent que ce juge l’a été en ignorant les prescriptions du Code de procédure civile, sans voir leur responsabilité engagée ? La question peut être posée, doit l’être et moi je la pose, inlassablement depuis plus de dix ans, dans mes écrits, dans des colloques. On ne peut pas, on ne peut plus, sur ce terrain de la responsabilité des juges, continuer à évacuer le débat en disant « il faut préserver sa liberté de jugement », en se retranchant derrière la notion d’activité juridictionnelle qui serait intouchable, parce qu’au cœur de son métier. Non ! Moi je veux bien respecter sa liberté de jugement s’il dit, dans une affaire, c’est blanc ou c’est noir, mais à condition *primo*, qu’en amont de son jugement, les actes préparatoires à sa décision aient été correctement accomplis et que, *secundo*, dans la décision elle-même, il n’y ait pas d’erreur grossière de jugement.

Allons plus loin : dans les actes préparatoires il y a deux choses :

– il y a d’abord les règles de procédure, est ce que oui ou non le juge a violé, constamment ou même une seule fois, la procédure ; c’était le cas en Belgique, dans l’affaire où la Cour de cassation belge a retenu la responsabilité du juge dans son activité judiciaire et l’Etat belge a été condamné sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil belge, parce qu’un juge violait systématiquement le contradictoire ;

– seconde chose, je suis désolé d’avoir à le dire, mais dans la préparation de la décision au fond, il y a aussi un travail de sérieux indépendamment des règles de procédure et moi je pense que là il y a matière à regarder de près. Bon, on s’éloigne un peu de l’audience initiale, mais je tenais à vous en parler ce matin compte tenu du débat actuel (sur l’affaire d’Outreau). Je pense qu’il y a des choses, sur ce point, à creuser ; notamment il faudrait, mais je n’ai pas encore eu le temps de le faire dans un article que j’ai écrit pour les mélanges qui seront offerts à quelqu’un que beaucoup d’entre vous aiment, il s’agit de mon collègue Jean Pradel, qui a été juge d’instruction avant d’être professeur de droit. Ma contribution porte sur la responsabilité du juge d’instruction ; elle a été écrite après la première affaire d’Outreau, en novembre-décembre 2004 et s’intitule « *De l’irresponsabilité du juge d’instruction : pour combien de temps encore ?* ». Ce que je n’ai pas eu le temps de faire, mais il faudra que je le fasse un jour ou que quelqu’un d’autre le fasse, c’est de tracer deux colonnes sur une feuille, de prendre les arrêts de la Cour de cassation ou des Cours d’appel qui condamnent des professionnels de la médecine ou d’une autre profession, peu importe, de transcrire les attendus de motivation et de les transposer, en les adaptant au vocabulaire et aux pratiques de la profession de juge, aux comportements professionnels que vous vivez et connaissez tous les jours dans l’exercice de votre noble mission d’avocat. Croyez-moi, ce type de tableau serait saignant, car on y verrait apparaître qu’il n’y a aucune raison de traiter les uns (les juges) plus favorablement que les autres (les médecins, les chirurgiens, etc.). Ça j’en suis intimement persuadé et on n’arrivera pas à me faire admettre le contraire au motif de la spécificité de l’activité juridictionnelle.

II. Côté processuel

Le second volet de cette synthèse, c’est l’aspect plus processualiste, que procédural. En fait je voudrais l’évoquer en trois points, très rapidement : d’abord la procédure civile elle-même, qui ancre ses racines dans la Constitution française, dans notre devise républicaine (A). Ensuite, le droit européen qui ne vient que conforter cela, mais qui nous aide à trouver de nouveaux principes directeurs du procès civil (B). Enfin, l’exigence d’impartialité qui a permis à certains de contester dans son principe même la composition de la juridiction prud’homale (C).

A. Les racines républicaines

Les racines républicaines sont fortes et il est vrai que le fait de rattacher notre procédure civile aux trois composantes de notre devise républicaine, m’a valu, non pas des accusations, mais des suspicions d’appartenance à

des systèmes de pensées philosophiques. Il est vrai que la procédure civile, je pense, peut être ramenée à la trilogie, Liberté, Égalité, Fraternité.

– Liberté c’est la liberté d’agir en justice. J’ai le droit d’agir en justice, expression d’une liberté fondamentale.

– Égalité, j’ai le droit de choisir mon juge, selon les règles que l’on a fixées pour respecter l’égalité entre tous les citoyens, ce qui n’a pas toujours été le cas (cf. l’Ancien Régime). Quand on a un tribunal de commerce aujourd’hui, ce n’est pas pour qu’il puisse connaître de l’action en divorce de commerçants, c’est uniquement pour qu’il connaisse des affaires commerciales. Donc les règles de compétences qui ont été élaborées, reposent toutes sur l’idée d’égalité entre tous les citoyens ; c’est ce que l’on appelle le principe du droit au juge naturel : le même juge pour tous, toutes choses étant égales par

ailleurs. Et si je veux divorcer je vais devant le même juge que le commerçant ou que celui qui ne l'est pas. C'est une règle essentielle.

– Liberté et égalité ensemble, dans toute la théorie de l'instance, pendant tout le déroulement de l'instance. La liberté, c'est la liberté pour les parties, pour les avocats bien sûr, les avoués éventuellement, de produire, de conduire l'instance, etc. C'est aussi la liberté de débattre qui est aussi un droit bien évidemment. L'égalité, c'est l'égalité des armes dont ont parlé et qu'on pourra approfondir, on pourrait discuter des heures sur l'égalité des armes.

– Enfin la fraternité, c'est quoi en droit processuel ? Trois exemples : c'est la sanction de l'abus de l'action en justice, y compris dans l'exercice des voies de recours ; c'est aussi l'article 700, NCPC ; c'est enfin, l'aide juridictionnelle ; même imparfaite, elle existe dans son principe.

On voit bien que la procédure civile ne peut pas être ramenée à des recettes de cuisine, ce qu'elle a été malheureusement pendant trop longtemps, (c'est ce qui explique la phrase de Carbonnier sur les procéduriers français, que je citais en introduction à ces propos) ; la procédure civile, c'est une expression de la liberté ; or la juridiction prud'homale est une juridiction civile. Donc vous êtes vous, avocats spécialisés en droit social, dans le domaine de la liberté, toujours. En conséquence, ce que j'ai entendu sur vos idées de mener des combats dans le champ qui est le vôtre, est parfaitement légitime, ne serait-ce qu'au regard du droit du procès ; on peut discuter, peut-être, de la finalité de ce combat, selon de quel côté on est dans la justice prud'homale, mais on ne peut pas contester qu'il y a un enracinement encore plus fort de cette juridiction prud'homale dans les principes républicains ; donc moi je porte cela sans hésitation. Le droit processuel légitime vos combats, bien au-delà du droit substantiel ; il est porteur de la démocratie procédurale, au même titre que le droit du licenciement.

B. Les garanties européennes et les nouveaux principes directeurs du procès civil

De fait, le droit européen c'est une chance pour les citoyens, parce que, vous le savez, nous ne connaissons pas, en France, le contrôle de constitutionnalité des lois en dehors de celui qu'exerce le Conseil constitutionnel et seulement s'il en a été saisi au cours de la procédure d'élaboration de la loi. Et c'est ça qui fait que, à travers le contrôle européen de la conventionalité des lois par le juge, on exerce un contrôle de constitutionnalité. C'est très important, car le plus petit juge (ce n'est pas péjoratif) à la base de la hiérarchie judiciaire, pas seulement le juge de cassation, a le droit de contrôler la conventionalité de toutes les lois qui sont ou ont été promulguées, y compris les plus anciennes, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme. Or, dans la

Convention européenne, vous pouvez mettre tout ce qu'il y a dans la Constitution française et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ! A la limite, on n'a plus besoin d'un contrôle de constitutionnalité avéré, à la discrétion des citoyens. On peut l'exercer par la jurisprudence européenne et les pouvoirs du juge national en ce domaine. Avec des dangers tout de même, parce que la jurisprudence européenne est floue et qu'il faut être très prudent dans son interprétation. Je me garderai donc bien d'être « la Pythie » de la cour de Strasbourg, car on peut se tromper et royalement ; elle peut décider de faire quelque chose, alors qu'on pensait, au vu de ses décisions antérieures, qu'elle allait faire autrement. Donc il faut être très prudent. Mais on trouve sur l'article 6 de la Convention des jurisprudences quand même très intéressantes. Je voudrai reprendre deux points qui ont fait l'objet de nos débats ce matin : la partialité et la loyauté.

a) La loyauté d'abord

Sur la loyauté, il se trouve que je suis personnellement très content de l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 7 juin 2005 (D. 2005 p. 2570 n. M.E. Boursier), à propos des élections au Conseil de l'ordre du barreau de Paris même s'il a fait de la peine à certains de mes amis au Barreau de Paris. Vous savez sans doute que je suis assez proche du Barreau de Paris pour un tas de raisons, d'abord parce que j'ai dirigé leur centre de formation ; ensuite, parce qu'en des temps difficiles pour moi, ils m'ont soutenu moralement, et cela ne s'oublie jamais. Mais il est vrai que ce principe de loyauté qui est consacré par l'arrêt du 7 juin 2005, je l'ai créé en doctrine, dans un article paru en 1999 dans la revue *Justices* et repris ensuite dans le précis de droit processuel chez Dalloz. Et bien, quand je lis le rapport Magendie sur la qualité et la célérité de la justice, je suis assez stupéfait.

En effet, pour son élaboration, n'ont été entendus que ceux, ou presque, qui étaient favorables aux thèses que le rapport défend, ainsi de la généralisation de l'exécution provisoire de droit. Si vous prenez la liste des personnes entendues, vous ne pouvez que constater que ceux qui appartiennent à la doctrine défavorable aux thèses de ce rapport n'ont pas été sollicités ! Ensuite, dans le rapport Magendie, deux mots sont mis en exergue : loyauté et célérité, le premier pour reprendre mon idée d'en faire un principe directeur du procès civil. Mais, curieusement, si mes écrits ont une part dans cette émergence d'un nouveau principe directeur du procès, « on » a oublié le « package » complet ! Quand je parle de loyauté et de célérité, j'ajoute le dialogue ; et dans dialogue, il y a respect du contradictoire, il y a débat, et c'est le premier que je cite et après il y a loyauté, parce qu'il n'y a pas besoin de loyauté des débats s'il n'y a pas de débat tout court, débat autant écrit qu'oral. Quant à la célérité, il ne faut quand même pas que la loyauté soit un prétexte pour justifier la célérité sans le respect du dialogue, du contradictoire. Or, si

vous relisez le rapport Magendie avec cette grille de lecture, vous vous apercevez que la loyauté sert de prétexte pour atteindre l'objectif de célérité. Je ne dis pas que la célérité ne soit pas utile pour le justiciable, puisque c'est elle qui fonde la garantie d'un jugement obtenu dans un délai raisonnable et qui légitime le devoir de protection de l'Etat envers les justiciables qui ont une créance sur l'Etat, une créance qui va leur permettre de demander réparation si le délai est déraisonnable. Mais pas la célérité à tout prix, telle que je la vois ou je l'entends dans les discours de rentrée solennelle de nos tribunaux, celle du confort personnel des juges.

La loyauté, j'y reviens, est une exigence et une garantie d'origine anglo-saxonne. Elle s'exprime dans l'institution de l'*estoppel*, qui a donné lieu à une thèse du professeur Olivier Moreteau (aujourd'hui en poste en Louisiane). L'*estoppel*, c'est quoi ? C'est le devoir de ne pas se contredire en justice. Cette exigence est sanctionnée aujourd'hui au niveau de la Cour de cassation, puisqu'on n'a pas le droit de présenter des moyens de droit contraires à ceux défendus auparavant. Pourquoi pas au niveau de l'appel ? Elle pourrait l'être un jour, mais la loyauté lorsqu'elle s'applique – et l'un d'entre vous l'a dit – elle doit s'appliquer à tout le monde. Donc si vous l'exigez pour l'adversaire, vous devez l'appliquer à vous-même et comme on a parlé tout à l'heure du procédé de preuve que l'on appelle le « fishing » (aller à la pêche), alors là attention, je tire une sonnette d'alarme : est-ce que nous sommes prêts à basculer vers une procédure américaine de ce type, avec tous les abus auxquels elle peut conduire ? Cela signifierait que si je vous assigne pour tel objet, sans rien produire pour l'instant, je vous demande simplement d'aller chercher dans votre entreprise, par exemple, tout ce qui concerne ce procès et de le donner au juge. Est-ce que l'on est prêt à ce système et à son corollaire que l'entreprise vous demande de produire tout ce que vous possédez sur le sujet ? C'est ça la loyauté et jusqu'à l'absolu de la règle plus anglo-saxonne qu'américaine essentiellement. C'est une autre conception du procès, parce que le mensonge est dans la culture française ; le procès français, ce n'est pas la loyauté. Vous vous souvenez de l'affaire Bill Clinton. Au final, il n'a pas été poursuivi pour des questions de relations sexuelles, mais parce qu'il avait menti. C'est quand même assez extraordinaire que tout le procès se soit déroulé sur l'accusation de mensonge avec en arrière plan, bien sûr, le reste. J'ai chez moi la lettre d'un Procureur de la République qui ose écrire que « le témoin avait menti de bonne foi » et qu'en conséquence il n'y a pas eu lieu d'ouvrir une enquête ! On est dans un autre monde. Et c'est pourquoi, pour combattre ceci que je fais de la loyauté l'un des principes directeurs du procès.

b) Le dialogue ensuite

Autre principe directeur, le dialogue. Le dialogue c'est ce qui permet de construire le contradictoire, c'est l'audience

de conciliation et c'est aussi, bien évidemment, au moment des échanges avec les avocats, une nouvelle conception de l'audience préparatoire au jugement ; cela suppose un dialogue interactif, rénové.

c) La célérité enfin

Je suis partisan, je vous l'ai dit, d'un délai raisonnable d'obtention des jugements. C'est vrai qu'aujourd'hui nous sommes moins condamnés à Strasbourg de ce chef, parce que la Cour de Strasbourg, qui était elle-même envahie par les procès et qui mettait cinq ans pour juger les requêtes, a trouvé comme astuce de désengorgement, de dire que s'il y a des moyens juridiques internes pour résoudre la question finalement vous ne pouvez pas venir devant elle. Or, la France a un texte, l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, qui permet de rendre l'Etat responsable des dysfonctionnements de la justice, donc de le condamner pour non-respect d'un délai raisonnable. C'est Louis Favoreu qui, dans sa thèse de doctorat sur le déni de justice en droit français, il y a cinquante ans de cela, a lancé l'idée que l'Etat a un devoir de protection juridictionnelle des citoyens. On trouve d'ailleurs un extrait de sa thèse – phénomène extrêmement rare – dans certains arrêts de Cours d'appel ou de la Cour de cassation. Et ce devoir s'exprime à travers l'exigence d'un délai raisonnable ; le non-respect de ce délai peut donc être sanctionné sur le fondement de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire. Cette exigence de célérité, il faut bien voir que le droit français y a déjà répondu par avance, avec la technique du référé. Au final, c'est quoi le référé ? C'est une manière d'aller vite. Il y a deux types de référés, vous le savez tout comme moi : le premier est fondé sur l'urgence, il n'y a pas de temps à perdre ; le second est fondé sur l'évidence, il ne faut pas faire perdre son temps à la justice. Pour tous les autres procès qui n'ont pas lieu en référé, tous les autres qui se sont déroulés normalement j'allais dire, la Cour de Strasbourg va regarder depuis le tout début, c'est-à-dire l'assignation jusqu'à l'exécution de la décision, le temps qui s'est écoulé et elle va le comparer à la difficulté de l'affaire, aux diligences des parties, du juge, etc. Le caractère déraisonnable du délai est donc jugé à l'aune d'une période extrêmement large jusqu'à l'exécution comprise. Si vous estimez que les délais sont trop longs, plaidez sur l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire et si les délais s'allongent du fait de la multiplication de ces actions en responsabilité, parce que les tribunaux sont submergés, soyez en satisfaits, car, peut-être, la France comme l'Espagne reformera son système judiciaire pour qu'il réponde aux exigences européennes. Les combats dont vous parliez tout à l'heure sur le plan du droit substantiel au profit de vos clients, vous pouvez aussi les mener sur le plan du droit processuel ; c'est une stratégie de combat comme une autre : plus vous allez submerger les tribunaux par des affaires de ce genre, plus on devra se poser la question au niveau des pouvoirs politiques sur les moyens à donner à la justice.

C. L'impartialité

Je voudrais insister sur une dernière chose : le droit européen, c'est l'effectivité des droits ne l'oubliez jamais ; cette effectivité devra nous conduire à la question de la partialité des juridictions. Selon la conception anglo-saxonne, il ne sert à rien d'avoir un droit, y compris d'en graver solennellement le principe dans les murs de la station du métropolitain à La Concorde, si ce droit n'est pas appliqué. Ceci est inné chez les anglo-saxons. C'est l'exemple de l'arrêt *Airey contre l'Irlande*, du 9 octobre 1979. A l'époque, l'Irlande ne connaissait pas le divorce, juste la séparation de corps, mais on ne pouvait se séparer de son conjoint – et cela va vous faire plaisir – que si l'on avait obligatoirement recours à un avocat et, surtout, selon une procédure longue et très coûteuse. L'Irlande a donc été condamnée à Strasbourg, parce que l'effectivité de ce droit de se séparer n'était pas assurée. Donc c'est ça la subtilité européenne. Donc quand vous regardez la justice prud'homale, elle assure quand même une certaine effectivité des droits des personnes liées par un contrat de travail. C'est pourquoi, je pense, sans jouer à la Pythie par rapport à la Cour de Strasbourg, que si on devait porter l'affaire de la composition de la juridiction prud'homale devant cette Cour, au regard de sa partialité, il n'y a pas lieu d'être inquiet. La dessus quand même, pour être plus complet, il faut commencer par opérer deux distinctions : l'indépendance est un statut et la partialité est une vertu, mais la vertu, seconde distinction, se décline de deux façons : organique et personnelle.

a) Impartialité organique

C'est-à-dire que n'importe qui à la place de ce juge là, aurait été jugé partial ; n'importe qui vous et moi ; par exemple, il se trouve que si l'on a connu d'une affaire en première instance, on n'a pas le droit de juger en appel dans la même affaire ; c'est ce que l'on appelle la partialité organique et c'est cela qui est contesté à propos de l'élection des conseillers prud'homaux et l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 décembre 2003, avec un doublon de la deuxième Chambre civile, le 20 octobre 2005, sur « l'origine sociale » de ses membres, (ce qui a une connotation un peu bizarre). Selon un Conseil de prud'hommes, « *la juridiction prud'homale est par nature une juridiction impartiale, dès lors qu'elle fonde son impartialité sur le paritarisme, cette impartialité étant d'ailleurs confortée par la possibilité en cas de partage de voix de recourir à un juge professionnel, le juge départiteur* » (Conseil des prud'hommes de Thionville, 28 avril 1999). En quelque sorte, la partialité potentielle de chaque catégorie de juges élus s'autodétruit dans la même partialité potentielle de l'autre catégorie sous le regard du juge départiteur ; « *la parité engendre l'impartialité par l'entrechoc des éventuels partis pris* » (Patrick Morvan, *JCP* 2004, Actualités, 88, p. 269). Pour moi la réponse elle est claire, c'est que la parité par le choc des cultures qu'elle représente, assure l'impartialité de la juridiction. C'est

l'histoire de la formule algébrique du plus et du moins qui s'annule ! Quant à la deuxième chambre civile, elle a souligné, le 20 octobre 2005 que « *l'impartialité est assurée, en matière prud'homale, par la composition paritaire des Conseils de prud'hommes, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par la faculté de recourir à un juge départiteur et par la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation* ». L'intérêt de cet arrêt, c'est qu'il émane, non plus de la Chambre sociale, mais de la chambre spécialisée en procédure civile.

b) Impartialité personnelle, ensuite

Sur cet aspect, il convient d'être beaucoup plus prudent. Ce n'est pas n'importe quel juge qui est concerné par le reproche de partialité ; c'est telle personne qui se comporte de telle façon qu'elle porte atteinte à la sérénité de la justice c'est-à-dire à son impartialité au sens d'une juridiction. Celui qui juge, dès la première instance, avec des préjugés, est partial. La France a été ainsi condamnée à Strasbourg parce que le président d'une Cour d'assises avait considéré qu'il ne pouvait pas interrompre le procès et exclure du jury un juré-citoyen qui avait tenu des propos racistes dans les couloirs du palais de justice (il avait dit « *j'aime pas les arabes* », alors que l'un des accusés était une personne d'origine arabe). Les anglais ont connu le même type d'affaire avec un juré-citoyen qui avait tenu des propos similaires contre des asiatiques, alors que, par ailleurs, cette personne s'occupait d'associations caritatives en faveur des asiatiques ; le juge professionnel avait suspendu l'audience pendant un week-end et réuni tous ses juges en séminaire, en demandant au juré concerné, à la fin de ce séminaire si, en conscience, il pensait pouvoir continuer à siéger en toute impartialité ; le Royaume-Uni a quand même été condamné à Strasbourg.

La difficulté de la partialité personnelle, c'est qu'il va falloir aller rechercher par des indicateurs, des sortes de réactifs (un peu comme dans un laboratoire de chimie), les indices de l'attitude partielle du juge. Et parfois, le juge est totalement silencieux, n'exprime rien et ne laisse rien paraître de ses sentiments partiels. En matière prud'homale, des arrêts balisent cette recherche de la partialité personnelle, par exemple, lorsque le juge prud'homal qui a conseillé une partie dans l'affaire qu'il s'apprête à juger, doit se déporter (Paris 31 oct. 1991). De même, celui qui a assisté une partie à un procès prud'homal, ne peut être membre de la juridiction appelée à se prononcer sur le différend opposant les mêmes parties (Soc. 8 janv. 1997). Même solution si elle l'a représentée (Soc. 2 juill. 2002). Dès que la liberté de jugement est altérée par une participation antérieure du juge à une décision dans une affaire dont il a connu auparavant, la partialité est avérée.

Serge Guinchard