

Le nouveau Code du travail dans le contexte de la contre réforme

Tiennot GRUMBACH, Avocat honoraire, ancien directeur de l'Institut des Sciences Sociales du Travail (ISST), Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. Un nouveau Code du travail à droit constant jusqu'au 1^{er} mai 2008

- A. "A droit constant" jusqu'au 1^{er} mai 2008 ? Oui !
- B. Une sombre clarté : une appropriation de longue durée pour les praticiens et les citoyens

II. L'affirmation du préalable de la négociation sur la loi : un nouveau discours de la méthode... déjà abandonné ?

- A. Le discours de la démocratie sociale renforcée ?
- B. Le discours de la démocratie sociale d'apparence !

Conclusion : Quelques-unes des pistes possibles de réflexion et d'action judiciaire pour s'opposer à la contre-réforme

Dans un passé pas si lointain, il était possible de comprendre la fracture sociale au travers du prisme des luttes revendicatives qui se développaient dans les entreprises et les branches. Dans le quotidien des relations du travail, pour comprendre les aspirations de ceux qui forment le salariat de 2009, avec ses nombreuses dissemblances, le trop faible nombre de jours de grève au cours de chaque année civile ne permet plus de comprendre la portée de la contestation que les travailleurs expriment contre les décisions arbitraires qui les frappent. La mobilisation unitaire du 29 janvier 2009 et ses prolongements annoncés pour le 19 mars suivant, comme le puissant mouvement social unitaire en Guadeloupe marquent une orientation nouvelle. On peut espérer le début d'une homogénéisation des aspirations. Il y manque encore une hiérarchisation des propositions même si la déclaration commune du 5 janvier constitue une plate-forme minimale mettant l'accent sur la préservation de l'emploi et la sécurité professionnelle face au surcoût du chômage tant pour les entreprises que pour la société toute entière. Il manque aussi l'affirmation nécessaire d'une transformation sociale profonde qui seule est susceptible d'assurer la préservation et le développement des droits de tous les travailleurs au sein notre société développée et complexe (1).

Dans ce contexte nouveau l'étude des actions prud'homales qui ont été engagées avant 2009 reste toutefois l'une des sources de renseignements utiles pour comprendre les aspirations d'une fraction significative des salariés de notre pays. Si la grève est une liberté individuelle qui s'exerce collectivement, la décision que prennent les salariés de mener une action contentieuse pour faire valoir leurs droits devant la juridiction prud'homale, quels que soient les motifs de chaque demandeur est aussi une liberté individuelle. Elle ne peut être imposée à quiconque. Il est rare qu'il s'agisse d'une décision facile à prendre. Elle témoigne d'une certaine forme d'engagement contre le pouvoir patronal. Le dire rend d'autant plus nécessaire le combat contre les idées reçues diffusées dans la plupart des médias en se contentant de reprendre les discours « des experts écoutés » sollicités par les pouvoirs dominants (2). Il est ainsi contraire à la vérité de soutenir :

- que le Code du travail, en encadrant de façon trop rigide la liberté de licencier, entraînerait des coûts exorbitants pour les entreprises ;
- qu'existerait en France une judiciarisation grandissante et excessive des rapports de travail qui ferait obstacle à la flexibilité du « marché du travail » ;
- que la rigidité du marché du travail alléguée serait encore accrue par le contrôle tatillon des juges sur les motifs de licenciement.

(1) Maryse Dumas, Secrétaire confédérale de la CGT, affirmait que la démarche syndicale consiste « à se situer dans un pas à pas quel que soit le pouvoir politique en place ». Elle ajoute, et c'est aussi ma conviction, qu'elle regrette que les partis de gauche « n'apportent pas quelque chose qui nourrisse les luttes, qui leur donne des perspectives, qui permet de rassembler », L'Humanité, 19 mai 2008

(2) Cahuc et Kramarz « De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, rapport au ministre de

l'Economie » 2004. Par les mêmes auteurs « Le contrat de travail unique, clé de voûte d'une sécurité sociale professionnelle » dans un ouvrage collectif sous la direction d'Antoine Jeammaud, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005. V. aussi différents articles critiques sur les travaux de ces auteurs notamment dans le même ouvrage François Gaudu : « Des illusions des juristes aux illusions scientistes » p. 100 et suiv.

Ces affirmations sont livresques... et erronées. Elles doivent d'avantage aux titres universitaires de leurs auteurs et à la complaisance médiatique qu'aux sources scientifiques incontestables des enquêtes de terrain.

Les données statistiques les plus récentes (3) confirment au contraire que :

- le flux des demandes prud'homales a baissé depuis 1998 ;
- la contestation des licenciements pour motif(s) personnel(s) n'est engagée que par environ 25 % des salariés licenciés ;
- les contentieux individuels causés par des licenciements pour motif économique ne donnent lieu qu'à un contentieux résiduel ;
- les actions judiciaires ne sont engagées que dans les cas où une indemnisation significative est prévisible ;
- le très faible pourcentage de dossiers qui ressortissent de l'aide juridictionnelle met en évidence l'insuffisance criante de notre système d'accès à la justice pour les personnes qui ont perdu leur emploi.

Il nous appartient de poursuivre la défense de la prud'homie, l'une des seules juridictions de notre pays qui fait place à des citoyens dont la moitié provient des rangs du mouvement syndical. Il s'agit pour nous de la seule et unique université populaire de l'apprentissage vivant des principes et des règles, des effets et du rôle du droit positif dans les relations du travail (4). La justice du travail révèle bien des choses à ceux qui veulent écouter ces voix qui montent des... salles d'audience. La prud'homie dit ce que subissent d'injustices diverses et de fraudes à la loi des centaines de milliers de travailleurs qui sont contraints de les accepter en raison du chantage à l'emploi. Quand le rapport de force ne permet pas de négocier loyalement au profit des « moins égaux que les autres » et que les employeurs refusent jusqu'à l'application des règles du droit positif, les Conseils des prud'hommes restent le principal recours. Ils s'imposent.

Pour le mouvement syndical l'importance de l'abstention lors des élections prud'homales de 2008 marque l'échec de la course à l'échalote d'un mouvement divisé depuis les recompositions à géométrie variable qui ont suivies l'ANI du 11 janvier 2008 et la position commune. Les confédérations auraient mieux fait de défendre unitairement cette juridiction spécifique à notre pays en mettant en avant la vertu de ceux qui l'animent : conseillers prud'hommes, défenseurs syndicaux, conseillers des salariés, avocats engagés « avec » le mouvement syndical. Pour autant la portée des résultats du scrutin ne peut être ignorée d'autant que lorsque les salariés ont pu voter au sein des entreprises, ils ont amplifié les orientations du vote externe. La bonne performance de la CGT fait donc sens comme le font certains des autres replis. Il reste que pour les centrales confédérées et notamment pour la CGT et la CFDT qui ont eu le courage de s'engager dans la rénovation de la démocratie sociale, le chemin de l'unité nécessaire passe aussi par une réflexion sur les enseignements de ce scrutin.

Dans cette conjoncture qui suit les résultats des élections du 3 décembre 2008, où en sommes nous face à la mise en œuvre de différentes orientations libérales qui renforcent les droits des employeurs au détriment de ceux des travailleurs. Comment articuler nos moyens de fait et de droit pour combattre cette orientation...? Tels sont les objectifs de la rencontre annuelle de la commission de droit social du SAF (5) pour la réflexion et l'action au service des droits des travailleurs et aux côtés des organisations qui les représentent.

Préalablement au chantier que nous ouvrons dans le courant de toute l'année 2009 en vue de forger les outils de la riposte, il faut resituer la publication du nouveau Code du travail dans le contexte de la contre réforme (I) avant de mettre en évidence que ce nouveau code est déjà partiellement obsolète en raison des textes qui ont été adoptés depuis cette date par le législateur (II). Pour conclure nous énoncerons quelques unes des pistes qu'explorent certains d'entre nous. Les mobilisations en cours nous font rêver d'un nouveau printemps. Il n'y a pas de succès sans utopie du réel. Comme l'a écrit Albert Einstein : « *Si l'idée n'est pas a priori absurde, elle est sans espoir* ».

(3) Les données statistiques les plus récentes vont être publiées prochainement dans un ouvrage collectif, sous la direction de Dominique Meda. V. article d'Évelyne Serverin et Julie Valentin : « Licenciement et recours aux prud'hommes, question de mesure » (à paraître). V. aussi Laure Demaillard-Taillefer et Odile Tindart, *Infostat justice*, février 2009 n° 105, notamment

les tableaux p. 2 et 3 (la revue *Infostat* est disp. sur www.justice.gouv.fr).

(4) Pour peu que ces juges mettent à profit leurs droits à la formation.

(5) Comme chacun peut le comprendre à la lecture de ce texte, l'intervention prononcée le 6 décembre 2008 a été actualisée pour tenir compte des acquis de la mobilisation du 29 janvier 2009.

I. Un nouveau Code du travail à droit constant jusqu'au 1^{er} mai 2008

Comprendre la cohérence des changements en cours suppose que l'on remonte le temps en se plaçant au moment où le gouvernement de la même majorité parlementaire a accepté la proposition *Larcher*, visant à la recodification du Code du travail à « droit constant » (6). Cette réforme a provoqué de très nombreux articles de doctrine (7) et de réflexions des praticiens dont certaines excessives à mes yeux.

Prétendre que le nouveau Code du travail favorise d'importants déplacements dans l'architecture des textes et de leur interprétation possible est un fait incontournable. Pour autant, une présentation par trop unilatérale et catastrophiste risque de provoquer un découragement des militants de la défense du droit des travailleurs. Le nouveau Code du travail, tel qu'il est, recèle nombre de dispositions impératives qui permettent toujours de faire obstacle à la théorie de « l'employeur seul juge » de l'organisation de « son » entreprise et de « son » pouvoir de direction. Comme l'a dit notre ami Francis Saramito : « *L'employeur n'est seul juge que sous le contrôle du juge* ». Nul ne devrait donc « *jeter le bébé avec l'eau du bain* » par des postures idéologiques qui ne servent pas la mobilisation des travailleurs face à la contre réforme.

Le professeur Christophe Radé (8) a pour sa part énoncé deux affirmations essentielles qui devraient guider les réflexions de tous. Il indique d'une part que « *la recodification du Code du travail a été voulue par le parlement et le gouvernement à droit constant* (en soulignant que) *ce principe devra guider l'interprétation de ce code nouveau* » et que d'autre part « *il faudra certainement plusieurs mois, voire plusieurs années,*

pour que les usagers s'approprient ce nouveau code et que les inquiétudes suscitées par la recodification s'estompent » (9).

Nombre de commentateurs (10) ont manifesté leurs divergences sur ces deux affirmations en contestant que le nouveau Code du travail soit à droit constant et en s'opposant sur les plus ou moins grandes difficultés d'appropriation par les usagers du droit de ce nouvel outil.

On peut désormais soutenir que ces oppositions de points de vue sont devenues partiellement obsolètes. Désormais le nouveau Code du travail est le droit positif pour tous. Certes, il nous a été présenté à droit constant à la date du 1^{er} mai 2008 et il ne l'est déjà plus au moment où les nouveaux élus des Conseils des prud'hommes auront prêté serment. Il est nécessaire de souligner que la lisibilité du nouveau Code du travail n'est pas liée à son architecture nouvelle qu'il nous faudra intégrer pour apprécier les effets des réformes survenues depuis le 1^{er} mai 2008.

A. « A droit constant » jusqu'au 1^{er} mai 2008 ? Oui !

A peine la livraison de l'année 2008 de ce nouveau Code du travail était-elle annoncée que l'ouvrage était déjà remis sur le métier. Le pouvoir gouvernemental (11), qui s'était engagé à ce que la nouvelle codification soit mise en œuvre à « droit constant », n'a cessé d'en modifier la portée depuis.

Des réformes très importantes ont été engagées, d'autres sont toujours promises à une modification

(6) Pour une lecture chronologique et méthodologique des travaux, voir les rapports parlementaires : notamment Mme Jacqueline Ireles, Assemblée nationale n° 436 ; Mme Catherine Procaccia n° 459, Sénat.

(7) Emmanuel Dockès : « La décodification du Droit du travail » *Droit Social*, n° 4 avril 2007 p. 388 ; Françoise Champeaux : « Promenade dans le nouveau Code du travail » *Semaine Sociale Lamy* n° 1304 26 mars 2007 p. 4 ; « Le nouveau Code du travail, une réussite ? » Jean-Denis Combrexelle, Antoine Jeammaud, Antoine Lyon-Caen, *Revue de Droit du Travail* n° 6 p. 356 ; Antoine Jeammaud et Antoine Lyon Caen : « Ni indemnités ni excès d'honneur » *Ibid* p. 358 ; Christophe Radé « Recodifier le Code du travail » *Droit Social* n° 5 mai 2006 p. 483 ; id. « Le nouveau Code du travail et la Doctrine : l'art et la manière », *Droit Social*, n° 5 mai 2007 p. 513 ; Jean-Denis Combrexelle et Hervé Lanouzière : « Les enjeux de la recodification du Code du travail » *Droit Social*, n° 5 mai 2007 p. 517 ; Philippe Masson « Simplifier, disaient-ils... (propos syndicaux sur la recodification du Code du travail) » *Dr. Ouv.* 2007 p.409 ; Hervé Moysan : « le Droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail » *La semaine juridique/Social*, n° 15, 11 avril 2005 p.3

(8) Christophe Radé, l'un des membres du comité d'experts ayant travaillé à la recodification, *Avant propos, Code du travail Dalloz*, édition 2008 p. V et suivantes.

(9) Christophe Radé, *prec.*

(10) Notamment Gérard Filoche « Tornado patronale sur le Code du travail », *Le Monde Diplomatique*, mars 2008 p. 12.

(11) Le terme de « pouvoir gouvernemental » sera dans ce texte utilisé de préférence à pouvoir exécutif. Dans la V^{ème} République le pouvoir réunit tant l'activité propre du Président de la République, celle de son Premier ministre, celle du gouvernement, celle de sa majorité parlementaire et de ses commissions expertales. L'exercice des missions présidentielles qu'accomplit M. Nicolas Sarkozy pousse à son paroxysme le présidentialisme à la française ... sans véritable contre-pouvoir des Assemblées quoique l'on puisse dire de la récente réforme constitutionnelle. La création par le Président de la République d'un Conseil restreint de sept ministres siégeant avec lui en dehors de la présence du Premier ministre ne peut qu'accentuer cette confusion gouvernementale qui le distingue des pouvoirs exécutifs des autres régimes de démocratie représentative. Quel que soit le discours du président du groupe UMP à l'Assemblée nationale, chacun a pu constater que ce que le président veut, son gouvernement et sa majorité l'acceptent.

législative dans un avenir proche. Certes la mobilisation du 29 janvier et ses suites semblent désormais faire hésiter le gouvernement actuel sur certaines des propositions de sa contre réforme. Mais à ce jour les libéraux-réformateurs/conservateurs ont déjà engrangé un certain nombre de régressions au profit des directions d'entreprise. Ainsi en est-il notamment du droit de la rupture du contrat de travail, des nouvelles règles d'organisation de la durée du travail au sein des entreprises, de l'extension du forfait jour, de la séparation des règles de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de celles du licenciement pour motif économique, de la prescription en matière civile, du décret modifiant l'organisation de l'audience initiale et de son bureau de conciliation (12) en attendant les autres textes annoncés (13). Si on consulte le site du ministère du Travail et de l'Emploi on lit que diverses autres modifications sont programmées d'ici la fin de la présente législature.

Quels que soient les aléas des modifications intervenues depuis le 1^{er} mai 2008 et celles à intervenir, je me rallie dans tous les cas à la portée politique de la première des deux affirmations de Christophe Radé : le nouveau Code du travail devra être appliqué par les juges prud'hommes et les autres magistrats du travail à *droit constant* pour l'ensemble de tous les textes qui y figuraient, tels quels, à la date du 1^{er} mai 2008.

L'impératif du droit constant s'impose à tous. Il s'impose d'autant plus que les règles nouvelles qui sont issues des textes votés depuis le 1^{er} mai 2008 visent des impératifs de flexicurité défavorables aux travailleurs. Ce qui était favorable aux salariés avant le 1^{er} mai 2008, doit donc absolument être interprété à droit constant pour maintenir un plancher de sécurité juridique et judiciaire en faveur des droits et des libertés de l'ensemble des travailleurs. Ceux-ci continueront de s'appuyer sur les interprétations jurisprudentielles de la Cour de cassation, depuis la loi du 13 juillet 1973, pour qu'elles puissent être pérennisées. Toute interprétation contraire polluerait l'ensemble de ces règles à l'aune des nouveaux objectifs de flexicurité qui s'induisent de certaines des dispositions

de l'ANI du 11 janvier 2008 et des normes législatives insérées dans le nouveau Code du travail depuis le 1^{er} mai 2008.

Les difficultés qui attendent les praticiens du droit dans la période qui s'ouvre concernent donc l'articulation de la défense sans concession des principes acquis par la jurisprudence depuis 1973 avec les textes nouveaux qui ont été introduits dans le nouveau Code du travail depuis le 1^{er} mai 2008.

C'est une évidence de souligner que les textes de loi antérieurs au 1^{er} mai 2008 ont, à tout le moins, la même valeur normative que les lois postérieures. Les énonciations de l'ANI du 11 janvier 2008, ne sauraient par ailleurs s'imposer au juge quand la loi ne les a pas consacrées. Il nous faut donc maintenir notre pression pour les requalifications des contrats de travail précaires en contrats de travail à durée indéterminée, pression qui ne peut en aucune façon être réduite par une rédaction hasardeuse – pour ne pas dire scandaleuse – du texte de l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2008 (14).

Par ailleurs soutenir que l'interprétation à droit constant est un impératif pour tous les textes qui figurent dans l'édition du nouveau Code du travail au premier mai 2008 donne aux praticiens et aux magistrats du travail une importante marge de manœuvre pour appliquer et interpréter les différents textes du nouveau Code du travail dans leur nécessaire articulation les uns avec les autres. Tous les juges savent que la loi n'est pas la seule source de droit. Ils peuvent, sans barguigner, poursuivre leur démarche antérieure d'interprétation des normes en tenant compte des principes généraux du droit, des obligations que nous imposent les traités internationaux ratifiés par la France, des impératifs du droit de l'Union européenne et des diverses inflexions des travaux parlementaires et des conventions collectives régulièrement opposables à tous ceux qui sont assujettis aux prescriptions qu'elles prévoient dans le champ qu'elles déterminent. Ce respect du droit constant en lien avec le travail de recodification ne s'oppose donc aucunement à la poursuite de nos efforts pour obtenir, concernant les textes de l'ancien code, des revirements

(12) De ce point de vue, le décret du 18 juillet 2008 a modifié les règles du jeu processuel en ouvrant aux avocats la possibilité de substituer la représentation à l'assistance des parties en vue de faciliter la non comparution personnelle des employeurs à l'occasion de l'audience initiale. Voir sur ce point : Évelyne Serverin, Tiennot Grumbach, Pierre Bouaziz : « Le mandat de concilier devant le bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes : les effets pratiques du décret n°2008-715 du 18 juillet 2008 ». Revue de Droit du Travail, n°10 octobre 2008, p 615. Sur ce décret v. également D. Boulmier « Bureau de conciliation : la nouvelle sanction du demandeur absent pour motif légitime » Dr. Ouv. 2009 p.1.

(13) Toute règle a son exception. Concernant le pouvoir gouvernemental, la résistance de certains minoritaires de l'UMP au projet présidentiel visant à libéraliser le travail du dimanche, semble mettre en cause sa réalité. Il n'en est rien

dans la mesure où la position des minoritaires de l'UMP trouve son origine dans d'autres lieux que l'expression politique qui s'énonce sur les bancs de l'Assemblée nationale. Le mouvement social lorsqu'il est puissant peut bloquer les initiatives parlementaires d'une majorité politique. Rappelons-nous les manifestations de l'école dite libre contre la loi Savary. Rappelons-nous plus récemment la mobilisation contre le CPE et les mobilisations actuelles contre les réformes de l'École, de l'Université et de la Recherche.

(14) Article 1 : « ...le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail temporaire constituent des moyens de faire face à des besoins momentanés de main-d'œuvre. Leur utilité économique dans un environnement en perpétuelle fluctuation et dans un contexte de concurrence mondiale est avérée... ».

de jurisprudence sur les solutions défavorables aux travailleurs.

B. Une sombre clarté : une appropriation de longue durée pour les praticiens et les citoyens

La deuxième proposition de Christophe Radé est tout aussi importante que la première. Elle nous renvoie au nécessaire apprentissage des nouvelles rédactions du nouveau Code du travail qui se sont voulues plus simples, plus lisibles, plus efficaces. La lecture des textes conduit à une appréciation ambivalente. Le nouveau Code du travail était censé encadrer des normes simplifiées et plus accessibles pour les citoyens. Aujourd'hui il comporte des milliers d'articles nouveaux à quatre chiffres et non plus à trois comme précédemment. On constate déjà que les quatre chiffres ne suffisent plus et que s'y agrègent d'autres nombres complémentaires. Par ailleurs les modifications introduites depuis le 1^{er} mai nous imposent un véritable

jeu de société. Il faut avoir sous les yeux le Code de 2007, le nouveau Code du travail 2008 et les nouveaux textes pour conseiller ou agir en justice. Cette pratique est fastidieuse.

Il faut toutefois admettre que la nouvelle codification est un fait. Par ailleurs certains découpages facilitent la lecture de dispositifs précédents que la succession des réformes avait rendu peu lisibles si ce n'est complètement opaques y compris parfois pour les spécialistes du droit du travail. Il n'est pas permis d'injurier l'avenir en suspectant la mauvaise volonté des praticiens du droit. L'effort qui nous est demandé est tout aussi intense que bref. Nous n'avons pas le choix. Il faut donc appeler les acteurs sociaux, notamment les juges prud'hommes et défenseurs syndicaux, à s'emparer des textes nouveaux. Il faut dès maintenant s'approprier l'intelligibilité de ses principales et nouvelles énonciations en les articulant avec les textes antérieurs pour assurer la défense des droits et des libertés des travailleurs.

II. L'affirmation du préalable de la négociation sur la loi : un nouveau discours de la méthode... déjà abandonné ?

Entre le 1^{er} mai 2008 et le début 2009, de nombreuses modifications du Code du travail sont intervenues. Apprécier le sens de ces modifications doit être pour les praticiens du droit du travail une question essentielle, une question politique et non technique. Il convient d'approfondir collectivement la réflexion sur ce thème.

Déjà les nouveaux conseillers prud'hommes élus à la suite des élections de décembre 2008, après avoir prêté serment, sont confrontés à des mouvements de protestation des juges salariés expérimentés qui estiment que la mise en œuvre du décret du 16 juin 2008 ne permet pas l'indépendance des magistrats du travail dans leurs diligences complexes et multiples. Les protestations souvent unitaires de ces juges depuis Lyon ont gagné la région parisienne et bien d'autres conseils. Les débats prévus le 12 février 2009 à l'occasion du Conseil supérieur de la prud'homie, et qui n'ont pu avoir lieu à la suite des mouvements de protestation des juges prud'hommes salariés, sont reportés. Peut-être nous

donneront-ils sur cette question un commencement de réponse quant ils auront repris.

Dès que les conseils fonctionneront, à nouveau, normalement, dans le paritarisme, avec les défenseurs syndicaux et avocats, ils seront censés avoir assimilés les changements intervenus dans le nouveau Code du travail et les réformes qui seront alors en vigueur. Un véritable exploit pour chacun et chacune que ce soit pour les anciens ou les nouveaux conseillers. Pour comprendre l'importance de ce processus il nous faut nous interroger sur la cohérence et l'ampleur des réformes du droit du travail (15).

Le nouveau Code du travail a été souhaité par le pouvoir gouvernemental avec pour objectif annoncé une réécriture des règles légales que l'on disait trop complexes, redondantes et parfois obsolètes. Le thème de la complexité a malheureusement trouvé un écho favorable jusque dans les rangs du mouvement syndical (16). En réalité son architecture favorise l'incorporation

(15) A la fin de l'année 2004 le gouvernement a pris une ordonnance visant à la recodification pour l'adaptation du Code du travail « à droit constant ». Par la loi du 30 décembre 2006 le législateur a dû repousser les délais initialement prévus. C'est dans ces conditions que le nouveau Code du travail entre en application à compter du 1^{er} mai 2008.

(16) François Grandazzi (groupe FO), *Le droit du travail : les dangers de son ignorance*, Rapport au Conseil Economique et social, Les Editions du Journal Officiel, 2002. Les annexes de ce rapport sont tout à fait intéressantes puisqu'elles donnent à voir la position de chaque organisation syndicale et patronale

sur le droit du travail contemporain, avant la nouvelle codification. Ayant été auditionné j'ai tenté de démontrer que la complexité du Code du travail était le reflet de la complexité des relations du travail et de l'histoire sociale dans une société démocratique économique avancée. J'ai repris l'essentiel de mon propos dans un article donné à la revue *Droit social* : Tiennot Grumbach « Le simple et le complexe dans le droit du travail » (n° 1, janvier 2003, p. 48). Ce thème avait déjà été développé par d'autres commentateurs : Georges Borenfreund « Le droit du travail en mal de pertinence » *Droit social*, 1996, p.461.

des principes de la flexicurité des politiques libérales des gouvernements Raffarin, de Villepin, Fillon, dans un cadre formel renouvelé. Il fut un temps où poser une telle question impliquait l'insolence. Un commentateur n'avait-il pas révélé que c'était par petites touches successives que certains des principes essentiels de notre droit du travail avaient été remis en cause (17). La majorité, issue des élections de 2007 s'est hâtée, sans lenteur, de mettre en œuvre les réformes qu'elle avait annoncées à l'occasion des élections présidentielles. Nul n'aurait donc dû être surpris que le bloc conservateur fasse la politique sociale libérale pour laquelle il a été élu. Le gouvernement a donc usé des déclarations d'urgence des débats parlementaires sans laisser à son opposition le temps de souffler.

A. Le discours de la démocratie sociale renforcée ?

De la signature de l'ANI du 11 janvier à la transcription de ses prescriptions dans la loi du 25 juin 2008.

Le pouvoir gouvernemental a trouvé sa pleine expression politique et sa « feuille de route » dans la promotion idéologique et méthodologique des principes exposés par la loi du 31 janvier 2007 qui a été présentée à l'occasion du débat sur la loi de modernisation du marché du travail comme un nouveau discours de la méthode rompant avec les pratiques archaïques du passé en privilégiant la négociation comme source de droit au détriment de l'initiative parlementaire et de la loi. Il est certain qu'une telle pratique de l'articulation entre le champ de la négociation et l'autorité de la loi suppose, aujourd'hui encore, de nouveaux équilibres entre les acteurs sociaux, de bas en haut, du contrat individuel à la convention collective.

Pour les signataires de l'ANI du 11 janvier 2008, il s'agissait d'affirmer le primat de la recherche du compromis permanent avant toute modification d'ampleur dans les relations du travail : « La négociation permanente » en quelque sorte ! Dans tous les cas pour ce qu'on peut en comprendre à la lecture de l'article 1^{er} de l'ANI la recherche de la convergence des intérêts entre les travailleurs et le patronat dans le donnant/donnant faisait partie de la méthode. Ainsi les signataires ont-ils reconnu la nécessité d'une plus grande souplesse dans les modes de rupture du contrat de travail qui les a nécessairement conduit à admettre la flexicurité dont la rupture conventionnelle est le cœur (18).

(17) Emmanuel Dockès « Le stroboscope législatif » Droit social, n° 9-10, septembre octobre 2005, p. 835.

(18) La communication de Pierre Masanovic et Stéphanie Baradel publiée dans ce même numéro de Droit Ouvrier (p. 182) fait un point aussi utile que précis sur cette question essentielle.

Le débat parlementaire qui a suivi le 11 janvier 2008 a laissé accroître dans une séquence éphémère que la négociation entre partenaires sociaux prenait le pas sur l'orientation politique du pouvoir gouvernemental. Le ministre du Travail comme le Président de la République n'avaient-ils pas déclaré que dans la mesure où les partenaires sociaux s'étaient mis d'accord et que les syndicats de salariés signataires étaient majoritaires, en nombre et en voix, le parlement devrait rester « *dans les clous* ». Il ne fallait pas remettre en cause leurs intentions communes. On peut toutefois se féliciter que sur certains points importants la majorité politique ait limité certaines ouvertures trop favorables au Medef. Personne ne soutiendra que toutes les dispositions de cet accord – reprises par la loi – sont négatives. Nul ne conteste que l'amélioration de l'indemnité légale de licenciement à partir d'une ancienneté ramenée à un an et le doublement de son montant qui passe à 2/5^e du salaire mensuel par année d'ancienneté n'est pas une très bonne chose.

Le Parlement ayant suivi l'essentiel des dispositions et la structure de l'accord, la position des signataires semblait ainsi sortir renforcée de cette expérimentation du dessein politique du pouvoir, une nouvelle forme de démocratie sociale s'affirmait autour des principes dégagés par la loi du 31 janvier 2007. Le législateur semblait vouloir l'inscrire dans le marbre. Il marquait cette volonté du primat de la négociation sur la loi en la faisant figurer dans le chapitre préliminaire du nouveau Code du travail sous les articles L1, L2, L3. Ces dispositions étaient censées, symboliquement, donner à voir une sorte d'exposé des motifs de l'affirmation politique de la réforme du dialogue social dans notre pays. Cette place reconnue à l'affirmation du dialogue social a-t-elle été suivie d'effet ?

B. Le discours de la démocratie sociale d'apparence !

De la signature de la « position commune » (19) au passage en force du ministre du Travail et de sa majorité présidentielle à l'occasion du vote de la loi du 20 août 2008.

L'expérimentation a vite tourné au cauchemar. Dès les débats parlementaires suivant la signature de la position commune la question de la réforme de la durée du travail a révélé « le pot aux roses » : le préalable de la négociation collective sur le débat parlementaire impliquait *un préalable au préalable* : les protagonistes

(19) Nom du texte signé le 9 avril 2008 entre la CGT et la CFDT d'une part, les organisations patronales d'autre part et portant sur les grandes lignes de la réforme de la représentativité des organisations syndicales.

sociaux devaient d'abord se comporter en bons partenaires en se mettant d'accord avec les orientations gouvernementales pour que le débat parlementaire acte le consensus acquis valant reconnaissance de la convergence des intérêts par les partenaires sociaux (syndicats et patronat) avec le gouvernement.

C'est ainsi que les principes énoncés dans la loi du 31 janvier 2007 ont été manipulés pour donner naissance à l'importante loi du 20 août 2008. Le passage en force de M. Xavier Bertrand et des parlementaires de sa majorité a démontré le peu de cas qu'ils faisaient des principes dont ils s'étaient fait les chantres à l'occasion de la transcription quasi notariale des principales prescriptions de l'ANI sur la « *modernisation du marché du travail* ». Pourtant, à certaines occasions de ce premier débat, on avait déjà constaté certaines hésitations des parlementaires ultralibéraux qui utilisaient la technique chauve-souris : « *un jour oiseau, un jour rat* ». Quand ils étaient les promoteurs d'amendements pour accroître la flexicurité au regard du texte littéral de l'ANI, ils soutenaient que les textes qu'ils préconisaient complétaient le dispositif de l'ANI et affirmaient alors que la fonction politique du législateur les autorisait à en dépasser les termes. *A contrario*, chaque fois que l'opposition de la gauche parlementaire tentait de limiter certains errements qui privilégiaient de façon outrancière les droits des employeurs à l'égard des salariés le ministre, les rapporteurs, et leurs affidés développaient un discours inverse. Ils reprenaient l'antienne du respect par le législateur de la lettre et de l'esprit de la loi du 31 janvier 2007 et par conséquent de la fidélité à la rédaction suggérée par les signataires de l'ANI.

On n'avait encore rien vu. Il fallut attendre les débats sur la loi de rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail pour saisir l'ensemble de la manœuvre. En effet les responsables politiques de la majorité présidentielle ont doublement trompé les organisations syndicales confédérées signataires.

D'une part, elles les ont instrumentalisés par une exégèse des termes de l'article L 1 du nouveau Code du travail qui énonce « *Tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail (...) fait l'objet d'une concertation préalable (...)* ». La lecture spéculative qui a été faite de ce texte a permis au ministre de jouer les Ponce Pilate en indiquant à plusieurs reprises, que lorsque c'était les parlementaires qui étaient à l'initiative d'une proposition de loi ou d'un amendement le dispositif de l'article L1 ne s'appliquait pas. Il le soutenait avec un certain cynisme quant ces initiatives venaient de parlementaires appartenant au groupe dominant de la

majorité présidentielle. Il a prétendu par ailleurs que lorsque la *concertation préalable* avait bien eu lieu et qu'elle n'avait pas abouti à un accord, le pouvoir gouvernemental retrouvait toute sa liberté unilatérale de définir l'orientation et la décision politique dans l'élaboration de ses projets de loi. Il a donc considéré que si la position commune avait abouti pour ce qui touchait la rénovation de la démocratie sociale, elle n'était pas satisfaisante dans la seconde partie du projet sur la réforme du temps de travail qui, pour lui formait un tout ; la première partie sur la réforme de la démocratie sociale étant nécessairement liée – non sécable – avec celle sur la réforme du temps de travail. L'une permettait l'autre puisque la nouvelle représentativité pour négocier devait trouver sa pleine justification au plus près du terrain, dans les entreprises, dans une architecture de la négociation qui rendait illusoire les protections acquises dans les négociations de branche sur la durée du travail (20).

D'autre part, les organisations syndicales ont été trompées par le « *et* » du titre de la loi de « rénovation de la démocratie sociale *« et »* réforme du temps de travail. Ce « *et* » était pour le pouvoir gouvernemental une forte conjonction de coordination et non une simple énonciation. Ce court mot de la langue française recèle de multiples et possibles confusions sur le sens de la phrase où il est situé. Il est d'autant « *piégeux* » et riche de sens qu'il n'a que deux lettres. D'après le *Robert*, le « *et* » est avant tout une conjonction de coordination qui sert à lier les parties du discours, les propositions ayant alors la même fonction ou le même rôle. Mais il sert aussi à exprimer une addition, une énonciation, ou chacune des parties de la phrase est indépendante de l'autre. Pour les signataires de la position commune, le « *et* » était une énonciation. Les deux séquences étaient indépendantes l'une de l'autre dans la négociation qui n'étant pas achevée devait se poursuivre jusqu'à son terme. Pour le ministre, son gouvernement, sa majorité, les concessions faites dans la rénovation de la démocratie sociale devaient trouver leur compensation dans l'acceptation de nouvelles contraintes pour les travailleurs dans la flexibilité de l'organisation de la durée du travail au sein des entreprises.

C'est cette double manœuvre qui a conduit François Chérèque, Secrétaire général de la CFDT, à accuser de mensonges le ministre du Travail en décortiquant la manœuvre politicienne : « *Ce qui m'inquiète beaucoup, c'est la façon de faire du gouvernement pour réformer le droit du travail. Il passe de plus en plus par des textes d'origine parlementaire ou par des amendements. Cela lui permet de court-circuiter les syndicats. A la différence du gouvernement, les parlementaires ne sont pas tenus*

(20) V. ci-après p. 192 la communication de Manuela Grévy « Où en est le temps de travail ? »

de proposer aux partenaires sociaux d'ouvrir une négociation avant toute décision. Le gouvernement peut alors se défaire. C'est ce qu'il a fait sur le départ à la retraite à 70 ans, et c'est ce qu'il fait sur le travail le dimanche » (21).

Les principes de la négociation préalable à la loi ont ainsi été détournés pour introduire le primat de la négociation d'entreprise sur la négociation de branche concernant certains aspects de la durée du travail (21 bis).

Sur le premier point la loi du 20 août 2008 affirme que c'est la négociation d'entreprise qui l'emporte sur tout autre niveau de la négociation. Les obligations et les droits qu'elle encadre sont opposables à tous dans le champ qu'elle définit au détriment des autres niveaux et champs de la négociation collective qui deviennent subsidiaires. Dans le cadre des dispositions de l'article 1134 du Code civil le champ et l'objet sur lesquels les protagonistes de l'accord d'entreprise se sont accordés librement des droits et obligations réciproques qui y sont actés, s'appliqueront à tous même si les niveaux supérieurs ont pu en convenir autrement. Ce n'est qu'à défaut d'accords d'entreprise que les normes juridiques conventionnelles supérieures seront opposables à tous dans un champ plus vaste que celui de l'entreprise ou du groupe. Un tel bouleversement ne peut, à terme, que provoquer de nouveaux déséquilibres dont nul ne peut encore apprécier l'ampleur.

Sur le deuxième point concernant la question de la durée du travail. Ce qui était acquis pour la loi de modernisation du marché du travail ne le fut donc pas à l'occasion des débats sur la durée du travail. L'ancien ministre du Travail, M. Xavier Bertrand a pu considérer que les accroc qui se sont manifestés depuis le 20 août ne sont que le reflet du poids du passé et que la rénovation de la démocratie sociale restait un objectif dont l'efficacité avait été démontrée à l'occasion de la loi de modernisation du marché du travail. On peut toutefois

espérer que les manœuvres qui se sont révélées sur la durée du travail à l'occasion de la remise en cause des acquis sociaux sur les trente-cinq heures, conduiront le mouvement syndical à plus de prudence dans les négociations avec le patronat et dans ses rapports avec le pouvoir gouvernemental. Méditer la leçon du corbeau et du renard demeure une utile piqûre de rappel comportementale si l'on ne veut pas laisser tomber les acquis des luttes de l'ensemble des travailleurs sans compensations mesurables par tous et par chacun.

Ceux qui avaient émis des réserves sur les conditions de la signature de l'ANI (22) se sont trouvés renforcés dans leur conviction à l'occasion des débats sur la loi du 20 août 2008. François Chérèque lui-même confirme nos appréhensions : « *Le désaccord de fond aujourd'hui entre la CFDT et le gouvernement va bien au-delà des 35 heures. Il porte sur les modifications qu'il est en train d'apporter au contrat de travail et sur l'individualisation des droits qui devient de plus en plus du "gré à gré"* » (23). La déclaration du conseil syndical du SAF du 1^{er} février 2008 n'était donc pas sans fondement. C'est pourquoi nous ne pouvons que réitérer nos réserves, notamment quant à la reconnaissance d'une « rupture du troisième type » (24), la « rupture conventionnelle », transcrite dans la loi de modernisation du marché du travail (25).

Conclusion : quelques-unes des pistes possibles de réflexion et d'action judiciaire pour s'opposer à la contre réforme

Il n'est pas question ici de développer toutes les pistes sur lesquelles la commission de droit social du SAF va travailler dans le courant des années 2009/2010.

Certaines de nos pistes sont déjà connues :

– l'utilisation préventive du droit permanent de tous les salariés à l'adaptation de leurs emplois aux postes qui évoluent,

(21) François Chérèque, entretien, Le Monde, 19 novembre 2008, p. 12.

(21 bis) V. M. Grévy prec.

(22) Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin : « Le contentieux prud'homal, après la négociation sur la modernisation du marché du travail » Revue de Droit du Travail, n° 4, avril 2008, p. 224. Dans cet article un codicille a voulu mettre en évidence, l'impact de l'accord sur la reconfiguration des forces syndicales. Ne pas tenir compte des organisations syndicales représentatives (en nombre et en voix) est un fait important, et se contenter de les dénoncer sans rechercher les motifs profonds de la signature, affaiblit l'ensemble du mouvement syndical. Contrairement à ce que soutiennent un certain nombre de commentateurs et de parlementaires de l'opposition, certaines des organisations syndicales signataires de l'ANI contestent avec force avoir signé cet accord sous la contrainte du pouvoir gouvernemental et du Medef. Tout au contraire, la CFDT notamment soutient être à l'origine de nombre de ces dispositions qu'elle estime éminemment progressistes : François Chérèque « Le dialogue social sera toujours un combat » Challenges, n° 117, 27 mars 2008 ;

Marcel Grignard « La loi doit reprendre fidèlement la position commune sur la représentativité » Les Echos, 24 avril 2008 ; Didier Cauchois, Action Juridique CFDT n° 189, mars-avril 2008.

(23) François Chérèque ibid.

(24) Agnès Martinel, « Ruptures du troisième type », Semaine Sociale Lamy, 18 septembre 2006, n° 1274, p. 8.

(25) Il serait bon que ce type de critique énoncée en toute indépendance par une organisation d'avocats ayant démontré son attachement et sa solidarité sans faille au mouvement syndical dans son ensemble, sans aucune exclusive, ne soit pas prise comme une agression quand elle exprime un désaccord avec l'une ou plusieurs d'entre elles. Le SAF persiste dans ses propres analyses et entend les confronter avec toutes les sensibilités du mouvement populaire associatif, syndical, politique. Il persiste dans cette orientation. Quand sont en cause les intérêts des travailleurs que la majorité des avocats engagés au sein du SAF défendent, il estime être en droit de le dire en rendant publique sa propre démarche collective et syndicale dans le cadre de ses instances statutaires (congrès, commissions permanentes, conseil syndical, bureau).

– la mise en place de négociations offensives sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans le cadre de la négociation triennale obligatoire,

– l'action pour une information des institutions représentatives du personnel en temps utile et avec effet utile,

– les contentieux pour l'intelligibilité et la transparence des comptes des entreprises alors que le droit des sociétés a rendu de plus en plus opaques les formes juridiques de l'organisation des groupes et de la consolidation de leur comptabilité et de plus en plus fuyants les lieux de la décision économique et financière dans des « ailleurs » insaisissables,

– les actions judiciaires en vue de la production forcée de pièces pour obtenir des groupes et entreprises à structures complexes les informations nécessaires sur leur stratégie, quels que soient les motifs que les employeurs invoquent pour faire obstacle au droit des organisations syndicales et des institutions représentatives à en être informé et consulté lorsqu'elles impactent l'emploi.

Nous devons également renforcer notre travail pour l'égalité de traitement et les discriminations. Il convient d'élargir le champ de nos succès dans le domaine de la discrimination syndicale (26) dans d'autres domaines de la discrimination notamment pour lutter pour l'égalité de traitement femmes/hommes (27) et dans toutes les discriminations qui concernent le harcèlement né de la gestion par le stress et le harcèlement sexuel ayant des conséquences sur la santé mentale (28), l'état de santé, les origines ou les orientations sexuelles, etc.

Dans cette introduction au débat, encore une fois, sans crainte de me répéter tant j'estime cette question importante, j'entends limiter mon propos à la seule « action prud'homale » et plus précisément encore, je souhaite concentrer mes explications sur l'office du juge dans le cadre de l'audience initiale. Depuis notre colloque du 10 décembre 2005 (29) nous avons beaucoup progressé. De nombreux conseils ont adhéré à notre volonté d'organiser dès cette séquence du contentieux le débat contradictoire par différents actes judiciaires ou d'éventuelles décisions précaires et provisoires en suivant une méthode qui prend en compte successivement :

– l'écoute préalable de chacune des parties comparant en personne ou régulièrement représentée (30),

– l'information des parties sur l'étendue de leurs droits (31),

– le contrôle de la communication spontanée des pièces et écritures de cette audience (en conformité avec les règles du Code de procédure civile et du règlement intérieur unifié mis en place par le Conseil national du barreau) (32),

– la volonté des juges de s'efforcer de concilier,

– en cas d'échec de cette tentative d'organiser la mise en état, y compris par des contrats de procédure contradictoires,

– l'organisation du débat loyal devant le bureau de jugement notamment par des mesures inquisitoriales diverses, y compris la production forcée de pièces (33),

– l'éventuelle condamnation provisionnelle d'une partie par une décision judiciaire précaire et provisoire mais cependant non susceptible de recours immédiat (34).

(26) Encore récemment et parmi de nombreuses autres décisions positives : Soc. 4 février 2009 Société Renault SAS c/ M. Roger Sylvain, FS-P+B, n° 07-42.697 ; CA Versailles, 5^e ch., 8 janvier 2009, SA Hispano Suiza, RG n° 07-04520 ; Crim., 29 janvier 2008, n° 06-87625.

(27) CA Paris, 21^e ch. C, 6 novembre 2008 (sur renvoi de cassation n° 07-05190), Dr. Ouv. 2009 p.135 n. M.-T. Lanquetin.

(28) Crim. 29 janvier 2008, n° 0780748.

(29) Voir numéro de Droit Ouvrier, n° 694 mai 2006 qui rend compte des travaux du colloque du SAF de 2005 sur le thème de : « L'audience initiale : le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié ». Voir entre autres Serge Guinchard, p. 259.

(30) Voir note 11 *supra*.

(31) Soc. 28 mars 2000, Durafrond c/ Martin et CFDT, et ses nombreux commentaires (dont Dr. Ouv. 2000 p. 392), confirmé dans les mêmes termes par Soc. 5 décembre 2007, Dr. Ouv. n° 718, mai 2008, p. 295.

(32) Voir ci-dessus note 1 et le RIN dans son article 5-1 qui énonce : « L'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire. La communication mutuelle et complète des moyens de fait, des éléments de preuve et des moyens de droit se fait spontanément, en temps utile et par les moyens prévus par les règles de procédure. » ; l'art. 5-2 ajoute : « cette règle s'impose à l'avocat devant toutes les juridictions, y compris celles où le ministère de l'avocat n'est pas obligatoire et où le

principe de l'oralité des débats est de règle (...) » (D. 12 juillet 2005. Art. 15, 16 et 132 CPC : « la communication des pièces doit être spontanée ».

(33) Soc. 4 février 2009, Renault SAS c/ Sylvain préc. qui notamment dans le domaine de la discrimination (L. 1134-1 al. 3 du Code du travail) indique que « le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction (y compris l'expertise) » ; v. les trois décisions de BC des CPH de Lille, Paris et Strasbourg, Dr. Ouv. 2009 p. 43 n. F. Clerc.

(34) Soc. 21 novembre 1990, n° 87-44047. Motivation sur la base des anciens articles R. 516-18 et R. 516-19 : si elle constitue un vice de forme, ne caractérise pas à elle seule, un excès de pouvoir justifiant, par dérogation aux dispositions de R. 516-19 un appel immédiat alors que... la demande entrait dans le cadre des pouvoirs accordés au BC (même en l'absence du défendeur) ; CA Toulouse, référé premier président, SA SFR et SA SFR Service Client, 21 janvier 2009. préc. ; H. Monteiro de Oliveira c/ Jacobowicz, CA Versailles, 6^e Ch., 16 nov. 2004 n° 04/03142, confirmation BC Versailles du 14 juin 2004 ordonnant le versement de sommes pour une femme de ménage à temps partiel dès l'audience initiale et rejette l'appel nullité (750 € de DI (559 du NCPC) 1 300 € d'article 700 et 750 € d'amende civile au bénéfice du Trésor) ; CA Paris 18^e Ch. 9 sept. 2004 n° 04/33509, Ericsson c/ Groupe Express-Expansion, BC condamnant l'employeur par provision. Employeur absent au BC. Soutient l'absence de contradiction des débats et l'excès de pouvoir. Rejet. Appel irrecevable en raison de l'absence de justification devant le BC sans représentation par avocat.

Ces progrès, désormais se donnent à voir dans l'essor du flux de décisions judiciaires rendues dès cette phase processuelle devant les différents conseils du pays. Il est devenu banal de condamner les employeurs qui ne délivrent pas les documents de la rupture (certificats de travail, derniers bulletins de paie, attestation Assedic, etc.), y compris sous astreinte que les magistrats siégeant en audience initiale se réservent le droit de liquider.

Il en est de même pour de nombreuses ordonnances rendues dans différents domaines comme les arriérés de salaire, les congés payés, les indemnités compensatrices de préavis, les indemnités légales et conventionnelles quand les juges estiment insuffisantes les explications en défense de l'entreprise pour justifier d'une contestation sérieuse.

Il est devenu plus fréquent que par le passé que des ordonnances soient rendues en cas de faute grave (35) alléguée par l'employeur dans la lettre de licenciement ou en cas de trouble manifestement illicite (discrimination, harcèlement sexuel, inaptitude médicale et accidents du travail, maternité (36)). De telles ordonnances sont prononcées, sans possibilité d'appel immédiat, même en cas de contestation par le défendeur quand le demandeur a fait connaître ses prétentions dès l'enrôlement de son dossier au greffe ou, par conclusions entre l'enrôlement et la date de l'audience initiale. Dans de telles configurations, qui respectent les règles de la contradiction des débats visées par le code de procédure civile et le RIN du CNB, certains des magistrats, dès cette phase de la procédure, n'hésitent plus à condamner l'employeur à des provisions dans les limites de l'ancien article R 516-18 (devenu R 1454-14 et R 1454-15 (37)).

Enfin il est devenu possible de solliciter de la part de la juridiction, dès cette phase processuelle, la production forcée de pièces. Comme nous le soulignons avec Evelyne Serverin, cela doit être demandé aux juges dès les préliminaires de l'action au fond. Si ces pièces dont il

est allégué qu'elles sont indispensables à la solution du procès ne sont pas sollicitées, *ab initio*, dès cette phase processuelle, et que les demandeurs ne prennent pas la mesure de cette exigence cela risque de mettre en cause l'issue judiciaire du contentieux. En laissant suivre au procès la logique normative, traditionnelle et déductive du droit substantiel, sans que les pièces indispensables à la défense des intérêts des salariés que détient l'employeur n'aient été produites au débat, le procès s'engagera mal. Le plus souvent, il sera alors trop tard pour obtenir ces pièces pourtant nécessaires à la conduite d'un procès loyal et contradictoire permettant l'égalité des parties dans la production de la preuve devant le juge du fond.

Dans l'action prud'homale il faut oser les demandes de production forcée de pièces, quelles que soient les mauvaises habitudes des praticiens, avocats et juges prud'hommes, dès l'audience initiale et sa phase de conciliation. L'employeur soutiendra que ladite communication de pièces est une question de fond. Il fera connaître ses plus expresses réserves, y compris en invoquant les règles du droit commercial sur les dangers de la concurrence déloyale que risque de provoquer la publicité du contenu des informations sollicitées ou le secret des affaires. Pour autant il s'agit de persévérer dans la mesure où ces demandes sont nécessaires et que nombre de décisions significatives nous ouvrent la voie (38).

Ces progrès sont insuffisamment connus. Il appartient aux militants syndicalistes comme à la commission de droit social du SAF d'en socialiser la portée. Ces quelques observations ne sont indiquées ici que pour nous encourager les uns et les autres à refuser l'esprit de la contre réforme et à solliciter nos imaginations comme praticiens du droit du travail pour la défense des libertés individuelles et collectives des travailleurs.

Tiennot Grumbach

(35) Soc. 9 octobre 2001 Bull. V n° 306 : « *L'employeur devant prouver la faute grave, le salarié n'avait rien à démontrer* » ; la même idée est reprise tout récemment par la Chambre sociale : « *il appartenait à l'employeur qui avait licencié la salariée pour faute grave d'établir la fausseté des faits dénoncés par celle-ci* », Soc. 17 décembre 2008 n° 07-44830.

(36) Soc. 16 décembre 2008, n° 06-45262

(37) CPH Paris (concl. départ.), 12 janvier 2007, Dr. Ouv. 2007 p. 475 n. D. Joseph ; CA Douai, 27 juin 2008, SAS Watrelas Distribution, n° 08/00480 ; CPH Poissy (départ.), 18 décembre 2008, M. X C/ SA Conforama France n° 08/00380 ; CPH Toulouse (départ.), 13 novembre 2008,

SFR, confirmé par CA Toulouse 21 janvier 2009, à paraître Dr. Ouv. 2009 n. S. Daudet ; CPH Lens, 28 novembre 2008, D. c/ Sas Aucland Capital Investment ; Soc. 24 septembre 2008, n° 07-41383, Dr. Ouv., février 2009, p. 99 n. M. Pécher, JCP Social n° 8-9, 17 février 2009, p 47 note Jean-Philippe Tricoit.

(38) CA Douai, 28 mars 2008, 14e Ch., n° 07/07571, SAS Bénédicte confirmé par la Cour de cassation Soc. 23 septembre 2008, n° 07-18879 : communication forcée de pièces bien que l'employeur ait invoqué le secret des affaires. TGI Paris, 1^{re} ch. soc., 6 janvier 2009, CCE Nextiraone France c/ SAS Nextiraone, n° 08/08857. V. également l'affaire SFR prec. note 37.