

Paris, le 4 novembre 2014

Observations du Syndicat de la magistrature sur la réforme des Conseils de prud'hommes après le dépôt du rapport Lacabarats

Le rapport élaboré par le président LACABARATS est ambitieux : loin de s'en tenir aux seuls axes de réforme envisagés par le rapport MARSHALL ni même à ceux que sa lettre de mission l'invitait à examiner, il embrasse toutes les dimensions de l'institution prud'homale, des plus controversées aux plus méconnues et formule un ensemble complet de propositions qui dessinent une réforme d'ampleur.

Incontestablement inspirées par le souci d'améliorer le fonctionnement de ces juridictions, un certain nombre de ces propositions, parfois originales et inattendues, vont dans le bon sens et méritent sans aucun doute une application volontariste.

Cet objectif, louable, d'un meilleur service rendu aux usagers du service public de la justice prud'homale ne permet pas, toutefois, de délivrer un satisfecit de principe ou d'ensemble : d'autres considérations, plus gestionnaires, inspirent également des propositions qui tendent à gommer les caractéristiques dans lesquelles cette juridiction singulière puise ses vertus et appellent en conséquence d'importantes réserves.

Soulignons d'abord que la démarche laisse pudiquement de côté – mais sans doute n'était-ce pas l'objet de ce rapport – la question essentielle des moyens, humains et matériels, dont l'insuffisance criante est l'une des causes majeures des difficultés de la justice prud'homale, volontairement ignorée tant par ses détracteurs que, plus grave, par les pouvoirs publics.

Il faut donc redire, avant même d'examiner les propositions du rapport

LACABARATS, qu'elles ne pourront contribuer à améliorer le fonctionnement des conseils de prud'hommes que si leur mise en œuvre s'accompagne d'un effort budgétaire significatif : des personnels de greffe en nombre suffisant, des salles d'audience disponibles, une documentation accessible en ligne, sont les premières « réformes » à envisager.

Par ailleurs, bien qu'inspiré par un souci d'efficacité non contestable, le rapport s'appuie, dans le même temps, sur des considérations qui apparaissent, elles, éminemment et dissimulent mal la volonté de faire « rentrer dans le rang » des juges considérés comme, au mieux, ignorants de l'orthodoxie judiciaire, au pire rebelles à ses exigences.

Sans aucun doute les conseils de prud'hommes souffrent de l'état de délaissement dans lequel les pouvoirs publics les tiennent depuis longtemps et sans doute cet abandon justifie-t-il plusieurs des mesures d'adaptation ou de ré-arrimage à l'ordre judiciaire que le rapport préconise. Pour autant, la volonté affichée d'exercer sur ces juridictions un contrôle plus étroit – pour ne pas dire une « mise au pas » - laisse transpirer une conception de leurs relations avec la hiérarchie des cours d'appel teintée de caporalisme.

Dans le même esprit, le modèle de la juridiction civile de droit commun, avec procédure écrite et représentation par avocat obligatoire, est imposé par principe, sans justification évidente, passant par pertes et profits, au détriment des salariés demandeurs dans 98 % des procédures, les avantages d'une juridiction peu onéreuse, facilement accessible et devant laquelle chacun peut s'exprimer pour tenter de restituer la réalité de la relation de travail et de sa rupture.

L'obsession du rendement et de l'évacuation des stocks au prix d'une justice au rabais, rendue par un juge qui abdique le cœur même de sa mission, transparait encore, par exemple, dans la désastreuse proposition d'un barème de dommages intérêts pour rupture abusive applicable dans le cadre d'une procédure simplifiée : les juges prud'hommes passeraient-ils trop de temps à tenter d'évaluer le préjudice subi par celui qui perd brutalement et sans justification le travail qui assurait, souvent depuis longtemps, sa sécurité matérielle et celle de sa famille et donnait du sens à sa vie ?

Plus fondamentalement, la conception du positionnement du juge prud'homme - et singulièrement de son impartialité - qui sous-tend ce rapport ne peut qu'inquiéter : la trop classique confusion entre neutralité et impartialité est manifestement à l'œuvre pour justifier des critiques et

des remèdes qui traduisent surtout une profonde incompréhension des causes des difficultés, mais aussi des richesses, du paritarisme judiciaire.

Ainsi le président LACABARATS peut-il écrire : « *Il ne peut pas être admis qu'un litige puisse être jugé par un conseiller en fonction de son appartenance syndicale, et non en fonction des règles de droit (loi, décret, jurisprudence...) applicables.* » Mais pourquoi opposer appartenance syndicale et respect des règles de droit comme si l'antinomie était ontologique ? Et comment ne pas comprendre que si le conseiller prud'homme ne peut évidemment oublier son appartenance syndicale, cet enracinement de son mandat - et la conception de sa mission qu'il détermine - n'est en rien incompatible ou contradictoire avec le respect de la règle de droit qui s'impose au juge ? Autrement dit, le juge prud'homme peut, bien entendu, juger « *en fonction de son appartenance syndicale* » sans violer le code du travail ou le code de procédure civile. C'est dans l'interprétation qu'il fera de ces textes qu'il tentera de faire prévaloir une lecture du droit favorable aux salariés ou aux employeurs, suivant de qui il tient son mandat, sans pour autant que cela aboutisse nécessairement à soutenir ce qui serait juridiquement insoutenable.

De la même manière, peut-on lire encore : « *Si chaque juge est libre de son opinion sur les fins du droit, il ne lui revient pas, dans sa pratique, de l'instrumentaliser dans un but idéologique. En particulier, la procédure ne peut être utilisée en faveur ou contre une partie. La décision doit être rendue au regard de la règle de droit telle qu'interprétée par la jurisprudence des juridictions suprêmes des ordres interne et européen* ». Pourtant, comment ignorer que la procédure n'est évidemment pas neutre, que les parties développent évidemment des stratégies contentieuses et que le juge ne peut évidemment méconnaître la portée, favorable ou défavorable à l'employeur ou au salarié, de l'application d'une règle de procédure qui lui confère un pouvoir déterminé ?

Pour conjurer le spectre d'un juge prud'homme soupçonné d'être un juge idéologue, il serait plus simple et pertinent, plutôt que de réclamer son impossible neutralité, de concéder qu'impartialité et engagement syndical ne sont pas incompatibles pourvu que cet engagement se manifeste dans le respect de la règle de droit, avec toute la latitude d'interprétation et d'application de cette règle qui est au cœur de l'office du juge. Et si certains juges prud'hommes ont tendance à oublier les exigences de cette impartialité bien comprise, il paraît plus pertinent de leur en expliquer la portée plutôt que de les renvoyer à adopter l'impossible posture d'un juge « hors sol ».

En un mot, c'est toute la conception de la portée de la règle de droit et du rôle du juge qui est ici questionnée et la crainte de voir le juge prud'homme céder à la tentation d'un positionnement jusqu'aboutiste (plus qu'idéologique) ne peut être conjurée par la seule volonté d'en faire le technicien du droit neutre et désincarné que, pas plus que le juge professionnel, il n'a jamais été et ne pourra jamais être.

C'est donc au prisme des différentes lignes de force, tant positives que négatives, qui sous-tendent le rapport LACABARATS qu'il convient d'analyser les différentes propositions qu'il contient - en adoptant le plan du rapport - lesquelles feront dès lors l'objet d'appréciations, pour certaines succinctes pour d'autres plus développées mais nécessairement contrastées.

I. Les Conseils de prud'hommes.

I. 1. L'identité des Conseils de prud'hommes.

Fondées sur la nécessité de rompre l'isolement des conseils de prud'hommes, **les propositions 1 à 6** visent à resituer et réaffirmer la place de ces juridictions dans l'ordre judiciaire. Symboliques pour certaines d'entre elles (la nouvelle dénomination des conseils), de portée très pratique pour d'autres (permettre un accès sécurisé aux ressources de l'intranet justice et, ainsi, aux bases de données jurisprudentielles, qui aurait évidemment déjà du être fourni à ces juges comme il l'est aux autres) elles peuvent incontestablement produire des effets bénéfiques.

Et même si la suggestion « *d'inciter les parquets à intervenir plus régulièrement dans les affaires prud'homales comme partie jointe, l'ordre public étant en cause dans de nombreuses hypothèses* » ressemble fortement à un vœu pieu - tant les préoccupations des procureurs sont éloignées de l'ordre public social et les effectifs des parquets objectivement insuffisants pour inverser la polarisation sur le « tout pénal » - elle ne peut être qu'applaudie.

Reste l'appel à un contrôle « renforcé » des chefs de Cours sur les conseils de prud'hommes : on reste interrogatif sur le contenu et les finalités de ce contrôle renforcé. Sans doute suffirait-il qu'un intérêt plus soutenu soit porté à ces juridictions dans le cadre des textes qui définissent actuellement les missions des chefs de Cours.

Enfin, pour couper court aux difficultés nées du mouvement de grève qui a affecté les conseils il y a quelques années au sujet de l'indemnisation

des conseillers, « *il est proposé en cas de difficultés de fonctionnement d'un tribunal des prud'hommes ou d'une section, que, sur décision du premier président, le juge départiteur soit désigné pour siéger seul et traiter l'ensemble du contentieux de la juridiction prud'homale ou de la section concernés* ». Outre qu'elle créerait une fracture irrémédiable entre le juge départiteur et les conseillers avec lesquels il siège habituellement, cette proposition laisse sans réponse la question des conditions dans lesquelles, confronté à cette brusque et forte augmentation de son activité, il pourrait y faire face seul et continuer, en outre, de remplir les autres missions qu'il cumule le plus souvent avec le départage.

I. 2. les conseils de prud'hommes sur le territoire.

Les propositions 7 à 9 sont de nécessaires mesures de bon sens. Elles correspondent très exactement à ce que le syndicat de la magistrature préconisait aux termes des observations qu'il a remises, à l'occasion de son audition, dans le cadre de la mission confiée au président LACABARATS.

La révision de la carte des conseils de prud'hommes, notamment, serait évidemment indispensable pour corriger les dégâts causés par la précédente et brutale révision fondée sur les seuls critères statistiques de production de décisions.

A défaut d'engager ce travail d'ampleur en vue d'une véritable adaptation de la carte judiciaire à la réalité des bassins de population et d'emploi, la révision des effectifs des conseils de prud'hommes existant constituerait, à tout le moins, une indispensable mesure d'adaptation : les déséquilibres sont manifestes entre les conseils dans lesquels les conseillers siègent à un rythme soutenu et ceux dans lesquelles ils ne siègent que trop occasionnellement, décourageant tout investissement dans la formation et empêchant les acquisitions de compétences par la pratique.

En revanche, les effectifs ne devaient pas être exclusivement corrélés au nombre de décisions à rédiger : une certaine marge de variation et d'adaptation est nécessaire pour tenir compte des pratiques locales qui, pour tenir compte de l'appétence et des aptitudes à la rédaction des différents conseillers, répartissent la rédaction des jugements selon des critères qui ne sont pas nécessairement égalitaires.

II. Le statut des juges.

II. 1. La valorisation des fonctions de conseiller prud'homme.

Sous cet intitulé le rapport présente un ensemble de propositions (10 à 15) relativement hétérogènes mais toutes importantes.

Si ces propositions peuvent être approuvées sans réserves majeures, l'attention se portera bien entendu essentiellement sur la proposition 11 consistant à « *rendre obligatoire pour les juges prud'hommes une formation initiale et continue, pour partie commune, sous l'égide de l'ENM, avec le concours de l'ENG* ».

A cet égard deux questions doivent être abordées.

1) Sur la répartition des matières relevant respectivement des formations initiale et continue, obligatoire et facultative.

La lecture du rapport nous apprend qu'une formation initiale obligatoire de quinze jours conditionnera la prise de fonctions après validation, que cette formation sera assurée sous l'égide de l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM) et de l'Ecole Nationale des Greffes (ENG) et qu'elle portera essentiellement sur l'organisation judiciaire, la technique de conciliation, la procédure, la rédaction des jugements et la déontologie des juges.

Par ailleurs une formation continue d'une semaine par an sera assurée par les cours d'appel, avec le concours des magistrats professionnels de première instance en charge du droit du travail.

Ces propositions rejoignent très largement les préconisations du Syndicat de la magistrature.

Encore faut-il bien préciser que la formation sur le fond du droit du travail doit continuer de relever des organismes de formation mis en place par les organisations syndicales et patronales, lesquelles sont légitimes à assurer la diffusion de leur propre lecture du droit du travail et de l'ordre public de protection qui l'irrigue et le structure.

Il conviendra notamment de préciser à cet égard, le rapport restant ambigu sur ce point, que la formation initiale obligatoire portera exclusivement sur les matières énumérées dans le rapport (l'organisation judiciaire, la technique de conciliation, la procédure, la rédaction des jugements et la déontologie des juges), les organisations syndicales et

patronales devant rester chargées, dans le cadre de la formation continue, tant obligatoire que facultative, de l'ensemble des enseignements sur le fond du droit du travail. Cet enseignement ne doit évidemment pas devenir le « parent pauvre » de la formation et il importe notamment que les financements actuellement consacrés à la formation des conseillers ne soient pas « siphonnés » par la nouvelle formation initiale obligatoire mais au contraire préservés pour l'essentiel.

2) Sur la définition des matières relevant d'une formation commune aux deux collèges.

Le rapport préconise l'institution d'une formation commune pour les matières relevant de la formation initiale obligatoire, à savoir l'organisation judiciaire, la technique de conciliation, la procédure, la rédaction des jugements et la déontologie des juges

Sans méconnaître l'intérêt de formations communes aux deux collèges dans ces matières, il faut souligner fortement qu'elles ne pourront être utilement dispensées que si l'enseignement prend en compte la portée « stratégique », pour chaque partie, de la procédure prud'homale, au lieu de tenter d'accréditer la thèse d'une prétendue neutralité du droit, qu'il soit du fond ou processuel.

C'est à cette condition que pourra être levée l'ambiguïté qu'entretient le rapport quant aux conditions dans lesquelles les juges mobilisent les règles de procédure et quant à la portée de leurs décisions dans ce domaine. L'auteur du rapport a cru pouvoir s'étonner, en effet *« que la réunion des représentants des deux collèges pour les actions de formation soit particulièrement rare, alors que les règles de droit doivent être appliquées de la même manière pour tous les justiciables et qu'on n'aperçoit pas de raison légitime justifiant notamment une appréciation différente des principes fondamentaux de la procédure et des règles de rédaction des jugements. »* Or s'il n'y a sans doute pas de *« raison légitime justifiant notamment une appréciation différente des principes fondamentaux de la procédure »* le maniement de ces principes fondamentaux laisse néanmoins au juge une latitude (par exemple, évaluer le niveau d'exigence qu'implique l'application du principe du contradictoire face à une demande de renvoi pour communication tardive ...) qui le met objectivement en position de favoriser une partie ou l'autre. Mieux vaut, donc, prendre la mesure de la portée pratique des décisions des juges lorsqu'il s'agit d'enseigner les principes aux membres d'une juridiction paritaire chargés de trancher des litiges opposant systématiquement un salarié demandeur à un employeur défendeur. La configuration judiciaire que met en scène le procès prud'homal est

suffisamment originale pour que ces spécificités - et les difficultés qu'elles obligent à surmonter - ne soient pas « glissées sous le tapis » mais fassent, au contraire, l'objet d'une attention particulière.

Au demeurant l'enseignement de la procédure prud'homale ne se résume pas aux seuls principes fondamentaux et l'exercice par le juge prud'homme des pouvoirs qui sont les siens offre bien d'autres occasions de mesurer leur portée objectivement « partisane ». Pour justifier la crainte que des enseignements contradictoires nourrissent des conflits au sein des juridictions prud'homales, l'auteur du rapport en fournit d'ailleurs lui-même un exemple frappant en soulignant que « *l'exercice par le bureau de conciliation de son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires peut en être l'illustration* ». Personne n'ignore, en effet, que le collègue employeur est à l'origine de cette opposition quasi systématique à l'exercice des pouvoirs dévolus au bureau de conciliation - il est même fortement soupçonné que des consignes aient été données en ce sens, maladroitement habillées d'arguments juridiquement abscons tels que « le bureau de conciliation n'aborde pas le fond » - et qu'il en est ainsi parce que les mesures provisoires sont toujours demandées par les salariés, auxquels elles profitent la plupart du temps.

Suffit-il, dès lors, d'affirmer « *que les règles de droit doivent être appliquées de la même manière pour tous les justiciables* » pour dépasser cette résistance de principe ou ne faut-il pas entrer dans le vif du sujet, en mettre en évidence les ressorts, en décortiquer les fausses ou mauvaises justifications, souligner, le cas échéant, l'avantage que les deux parties peuvent tirer de l'adoption de ces mesures provisoires et convaincre, finalement, qu'il est du rôle du juge d'apprécier au cas par cas leur pertinence plutôt que de s'y opposer coûte que coûte, par une vision butée et à courte vue de l'intérêt des employeurs ?

Bref, une formation commune à la procédure et à la rédaction de jugements sera sans doute profitable à l'ensemble des conseillers et, surtout, aux justiciables, mais à la condition qu'elle ne fasse pas l'économie de la dimension stratégique du droit processuel.

Quant aux propositions relatives aux attributions du conseil supérieur de la prud'homie (14 et 15) elles ne soulèvent pas d'objections particulières ; celles relatives à l'élargissement de sa composition doivent notamment être approuvées, sous réserve :

- de prévoir la présence de deux avocats et non d'un seul,
- de revoir la représentation de la magistrature judiciaire : cédant à un travers trop bien ancré au sein de la hiérarchie, l'auteur du rapport prévoit en effet une sur-représentation de la Cour de cassation au

détriment des juridictions du fond et, notamment de celles du 1^{er} degré : il faut évidemment donner la priorité à ceux des juges (notamment départiteurs) qui, fréquentant quotidiennement les conseillers prud'hommes, sont les mieux placés pour évaluer les difficultés auxquelles ils sont confrontés, l'intensité des débats qui se nouent au sein des conseils mais aussi les richesses du paritarisme.

II . 2. La spécialisation des juges professionnels.

Les propositions 16 à 18 doivent également être approuvées. Reste que le vice-président du Tribunal de grande instance qui cumulera l'ensemble des fonctions énumérées au rapport risque de ne pas suffire à la tâche, tandis qu'à l'inverse, les deux juges qui siégeront avec lui en formation collégiale pour le traitement du contentieux collectif ne seront que très marginalement immergés dans le contentieux social, ce qui ne facilitera pas leur investissement dans cette matière.

III. Les compétences.

Les propositions 19 à 23 n'appellent pas d'objections.

On observera seulement qu'avant d'organiser une procédure de question préjudicielle entre les deux ordres de juridiction à l'initiative de leurs cours suprêmes, qui ne permettra guère aux justiciables de gagner en temps et en lisibilité, chacune d'elles pourrait utilement commencer par encourager « ses » juges du fond à faire une application plus volontariste de la récente jurisprudence du tribunal des conflits qui tend à élargir les hypothèses dans lesquelles chaque ordre de juridiction est habilité à trancher les questions qui relèveraient en principe du renvoi préjudiciel.

IV. Les procédures.

IV. 1. L'oralité de la procédure à l'épreuve des faits.

Cette partie du rapport débute par une tentative de démonstration, qui ne convainc pas, des maux dont la procédure orale serait responsable, le premier étant l'allongement de la durée des procédures et le second l'accroissement du taux d'appel.

L'oralité ne peut être tenue pour responsable, tout d'abord, de la durée des procédures au prétexte qu'elle expliquerait la multiplicité des renvois.

On remarquera d'abord, incidemment, que les renvois ne sont causes d'allongement des procédures que s'il n'y a pas assez de greffiers, de

juges et de salles d'audiences pour juger à bref délai les affaires ainsi renvoyées. Faute de prendre cette réalité en compte on peinera à expliquer pourquoi, alors que tous les conseils de prud'hommes et toutes les chambres sociales des cours d'appel appliquent uniformément la procédure orale, certains connaissent des délais de traitement parfaitement satisfaisants tandis que d'autres imposent aux justiciables des délais insupportables.

Mais il faut surtout souligner que la procédure orale n'est pas incompatible avec une véritable mise en état des affaires, la seule question étant celle des moyens dont dispose le juge pour faire respecter les délais qu'il impose aux parties pour communiquer leurs pièces et, le cas échéant, les notes ou conclusions qu'elles peuvent décider, ou pas, d'établir.

Le remède à l'allongement des procédures doit donc être recherché dans le renforcement des moyens donnés aux juges pour imposer, dans des délais maîtrisés, la nécessaire conciliation du principe de loyauté et du respect du contradictoire, lui aussi parfaitement compatible avec une procédure orale contrairement à ce qui est trop souvent sous-entendu. Ce sera l'objet des développements consacrés, ci-après, à la proposition n° 35.

L'oralité de la procédure prud'homale ne peut pas plus être tenue pour responsable d'un taux d'appel plus élevé que devant les autres juridictions sous prétexte qu'elle se prêterait mal à un contentieux devenu technique.

On relèvera tout d'abord que d'autres juridictions pratiquant la procédure orale traitent de contentieux techniques (tribunal d'instance, tribunal de commerce ...) sans pour autant que cette conjonction se traduise par une augmentation du taux d'appels.

Surtout, la corrélation opérée manque de pertinence dans la mesure où elle passe sous silence la spécificité de l'instance prud'homale qui constitue la raison majeure de cette distorsion du taux d'appels. Cette instance présente en effet la caractéristique unique de concentrer dans une seule procédure l'ensemble des prétentions susceptibles d'être nées tout au long de l'exécution du contrat de travail. Pour se soustraire à d'évidents risques de représailles, les salariés diffèrent en effet le plus souvent jusqu'à la rupture du contrat la formalisation de prétentions qui relèvent pourtant de son exécution. Cette concentration des demandes dans un procès unique est au surplus favorisée par le principe de l'unicité de l'instance qui gouverne la seule procédure prud'homale et selon lequel toutes les demandes dérivant du même contrat de travail doivent faire

l'objet d'une seule instance.

Dès lors, le litige que fait naître le licenciement concentre une addition de demandes hétérogènes, dont la satisfaction ou le rejet n'entretiennent généralement aucun lien de dépendance juridique. À la différence des litiges appelant une solution « binaire » qui sont le lot le plus habituel des juridictions de droit commun (où le sort d'une pluralité de demandes dépend néanmoins de la réponse apportée à une seule et même question de droit), les litiges individuels du travail donnent lieu à des décisions dont la motivation est nécessairement composite et dont le dispositif fait un sort différencié à chaque prétention et ne répond donc, le plus souvent, que partiellement aux attentes de chacune des deux parties. Il est alors moins étonnant que les appels de l'une et de l'autre s'additionnent pour tenter symétriquement d'en obtenir la réformation partielle, chaque partie étant au surplus encouragée à considérer que le succès partiel déjà remporté milite en faveur d'un appel pour le surplus. Cette observation est confortée par la part importante des réformations partielles - soit 51 % - dans l'ensemble des décisions statuant au fond en appel (contre 27,9 % de confirmations totales et 21,1 % d'infirmités totales).

Si l'on veut bien prendre en compte ce particularisme de l'instance prud'homale on portera alors un regard différent sur les statistiques produites dans le rapport, non seulement quant au taux des appels - mathématiquement encouragés par la multiplicité des demandes et des décisions n'y faisant que partiellement droit en première instance - mais aussi quant aux résultats de ces appels : faisant l'addition des confirmations totales (28,3 %) et de la moitié des infirmités partielles (25,25%) on constatera en effet que le taux de confirmations qu'il est permis d'en déduire est au même niveau que celui des autres juridictions.

IV. 2 . L'ambition d'une procédure modernisée.

La proposition n° 24 qui tend, d'une part, à assurer une information immédiate sur le cadre général du litige, ses données factuelles et juridiques ainsi que sur les éléments de preuve disponibles et, d'autre part, à préparer la comparution des parties devant la juridiction répond à des objectifs qui ne peuvent être qu'approuvés.

Elle n'appelle qu'une réserve, mais de taille : il apparaît tout à fait impossible d'exiger que la demande présentée au greffe comporte « un résumé des moyens de fait et de droit » du demandeur : sauf à vouloir contrarier l'accès à la justice prud'homale, il est évidemment mal venu de demander au justiciable, qui doit pouvoir se présenter seul au greffe, de

faire connaître par avance les moyens sur lesquels il fondera ses demandes.

La proposition n° 25 qui tend à exiger du défendeur « *un effort de communication préalable à l'audience en cas de preuve partagée* » répond à un objectif louable – faire de l'audience initiale, l'occasion d'un véritable débat tant sur les perspectives de conciliation, que sur les mesures provisoires susceptibles d'être prises à défaut de conciliation - mais s'avère beaucoup trop timorée, dans sa formulation comme dans son contenu, pour permettre d'atteindre cet objectif.

On soulignera d'abord qu'il n'y a aucune raison de limiter l'exigence de communication des pièces du défendeur, préalablement à l'audience de conciliation, à la seule hypothèse où la charge de la preuve est partagée. Il faut en effet avoir à l'esprit, non seulement que le salarié est toujours défendeur à la décision de licenciement qui précède le plus souvent l'engagement de la procédure, mais encore, que les exigences du contradictoire doivent peser également sur chacune des parties de sorte qu'il n'y a aucune raison de donner au défendeur un avantage décisif en imposant à son adversaire d'énoncer et produire à l'avance les pièces sur lesquelles il se fondera sans lui imposer symétriquement la même exigence.

Cette dissymétrie se lit également dans la proposition en ce qu'elle n'exige du défendeur qu'un « effort » de communication là où cette exigence conditionne l'introduction même de l'instance par le demandeur.

En réalité, en prévoyant seulement que « *la convocation du défendeur par le greffe invite celui-ci à déposer au greffe les pièces dont il dispose, dans un délai qui devrait être précisé, et à communiquer simultanément les mêmes documents au demandeur* » le rapport fait l'économie de la question essentielle des sanctions du non respect de cette demande.

Certes, il prévoit que le défendeur s'expose, en cas de non-comparution, à être jugé immédiatement en son absence au vu des éléments produits par le demandeur, mais cette disposition, quoi qu'excellente, ne règle la question de la communication de pièces qu'en cas de non comparution.

C'est pourquoi il faut à tout le moins que le défendeur soit solennellement averti que le bureau de conciliation pourra prononcer des condamnations provisionnelles à défaut pour lui d'avoir communiqué ses pièces au plus tard le jour de l'audience initiale.

Les propositions 26 et 27 ne peuvent être qu'approuvées.

La proposition n° 28 consistant à transformer le bureau de conciliation en bureau de conciliation et d'orientation (BCO) a le mérite de réaffirmer l'importance de l'audience initiale. Elle suscite toutefois une réserve : le choix du terme « orientation » laisse entendre qu'à défaut de conciliation le rôle du bureau serait pratiquement terminé, sa seule mission consistant à donner la suite la plus adaptée à une procédure qui lui échapperait. Or le bureau de conciliation est appelé à jouer un rôle central dans la mise en état de la procédure - rôle que les textes consacrent déjà en son principe, sinon dans la pratique et qu'il conviendra de renforcer comme il sera dit ci-après - auquel participent les mesures provisoires, notamment les mesures d'instruction, qu'il est habilité à ordonner.

C'est pourquoi le bureau de conciliation serait plus utilement et exactement dénommé « bureau de conciliation et de mise en état (BCME) ».

Par ailleurs la déclinaison, proposée par le rapport, de toutes les mesures que ce BCO pourrait prendre pour remplir cette mission d'orientation suscite des appréciations différenciées.

Doivent ainsi être approuvées sans réserve :

- la faculté d'ordonner la comparution personnelle des parties (chaque fois que l'absence du défendeur empêche une tentative de conciliation qui paraît pouvoir aboutir au regard de l'objet et/ou du contexte du litige),
- la faculté de renvoyer à une audience de conciliation ultérieure (chaque fois que, pour les mêmes raisons, le bureau souhaite pouvoir disposer de plus de temps ou susciter la réflexion des parties ou encore obtenir la communication des pièces à laquelle une partie résisterait),
- la faculté de fixer une date d'audience de jugement avec un calendrier de mise en état et délai impératif pour statuer lorsque après un renvoi en conciliation qui se solderait finalement par un échec.

Au demeurant cette dernière faculté devrait être ouverte et utilisée chaque fois que le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement et non pas seulement dans l'hypothèse particulière où il s'agirait en quelque sorte de sanctionner des parties trop rétives à toute conciliation. Il suffirait, à cette fin, de prévoir que les dispositions de l'article 446-2 du code de procédure civile seront applicables, avec les conséquences qui en découlent pour la partie défaillante, dès le calendrier de procédure fixé par le bureau de conciliation. Cette mesure,

rigoureuse mais de bon sens, permettrait sans doute d'éviter bien des renvois purement dilatoires.

En revanche, la faculté qui serait donnée au BCO de recourir à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges appelle la plus ferme opposition : bâtie sur l'hypothèse d'une démission de ceux-là mêmes à qui la loi donne mission de régler les litiges du travail par la voie de la conciliation, elle recèle la contradiction majeure consistant à externaliser le processus judiciaire au détriment de la gratuité et de la sécurité qu'offre le service public de la justice.

Les propositions 30 à 32, qui renforcent les missions et les pouvoirs du bureau de conciliation, doivent être approuvées sans réserves.

La proposition n° 33 tend à permettre au bureau de conciliation de renvoyer immédiatement certaines affaires devant le juge départiteur.

Si elle peut être à la rigueur admise en sa première branche - dans l'hypothèse des affaires sérielles dont un premier échantillon a déjà donné lieu à un renvoi en départage - elle suscite en revanche la plus ferme opposition dans sa deuxième branche, celle relative aux affaires qui nécessiterait « *une formation spécialisée* » au motif qu'elles poseraient une question de droit nouvelle.

On relèvera d'abord que la délimitation, sur un critère objectif, du champ des affaires qui relèveraient de cette faculté poserait des difficultés quasi-insurmontables, que révèlent d'avance les circonvolutions et imprécisions du rapport à ce sujet (« *Ce constat est confirmé par les études qui ont pu être menées à partir des statistiques prud'homales, notamment par Mme Evelyne Serverin, et qui montrent que pour certaines affaires (????), il est possible d'emblée de savoir qu'elles iront en départage. Hors ces affaires, les juges prud'homaux peuvent, pour certains litiges (????), considérer qu'elles pourraient utilement être proposées à une formation où siègerait le juge départiteur* »).

Surtout, l'idée que, par nature, une affaire posant une question de droit nouvelle devrait échapper à la compétence naturelle des conseillers élus pour aller directement devant la formation présidée par le juge départiteur présuppose que les conseillers, soit ne maîtrisent pas suffisamment le droit pour surmonter la difficulté et inventer la jurisprudence, soit seront nécessairement incapables de trouver un accord sur la solution à donner au litige : c'est faire peu de cas des efforts que tous consentent pour exercer leurs fonctions, au surplus dans les conditions matérielles souvent dégradées qui leur sont

imposées.

Quant aux autres litiges susceptibles de relever de cette procédure, l'encouragement donné aux conseillers à abdiquer leur mission de juge sitôt qu'une difficulté surgit manifeste a fortiori une défiance à leur égard qui va à rebours de toutes les préconisations visant à professionnaliser leurs fonctions.

Plus généralement, il est essentiel de ne pas multiplier les recours à un juge départiteur qui serait regardé comme le « spécialiste du droit », suppléant la carence supposée des conseillers dans ce domaine (ce que suggère précisément le rapport en préconisant le renvoi à une formation « spécialisée »). Cette approche aboutirait à une grave dérive si l'on veut bien se souvenir que le litige prud'homal, comme tous les contentieux, est tranché « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » ainsi que le prescrit l'article 12 du Code de procédure civile. Autrement dit, seule la lecture du dossier que fait le juriste est déterminante de l'issue du litige. Quel espace et quel rôle restera-t-il alors aux conseillers que l'on encouragera, symboliquement et fonctionnellement, à s'assigner à eux-mêmes la place des non-juristes face au juge/juriste ? Pourront-ils réellement échapper à l'alternative qui se dessine trop clairement : surinvestir une opiniâtre et systématique défense syndicale ou patronale - qui les figera dans une opposition frontale et restera sans influence sur la décision - ou valider dans un consensus mou les orientations de l'expert en droit ? En réduisant le rôle des conseillers élus à celui de simples « assistants conseils » toujours départagés par un juge professionnel, cette coûteuse fausse bonne solution accentuerait ainsi le risque d'un positionnement aveuglément « partisan » des représentants de chaque collègue. Ce faisant, elle viderait la prud'homie de toute sa vitalité. Car ce qui fait la force de l'institution c'est que les conseillers des deux collèges intègrent et partagent un langage juridique commun dont le vocabulaire et la syntaxe permettent de transcender l'*a priori* partisan pour s'accorder sur le sens de la décision à rendre. Ce n'est donc pas en renonçant à voir un juriste dans ce juge qu'est le conseiller prud'homme, mais au contraire en l'affermissant dans son statut de juriste, que l'on tirera tous les fruits d'une institution qui fait des employeurs et des travailleurs les juges de leurs pairs.

Tel est bien au demeurant le sens de nombreuses préconisations du rapport tendant à renforcer les moyens et l'autorité des conseillers prud'hommes et il est d'autant plus regrettable que cette option positive soit ainsi remise en cause par une proposition manifestement teintée de défiance à l'égard des conseillers prud'hommes, quelles que soient les précautions de présentation dont elle s'entoure.

La proposition n° 34 prévoit le jugement immédiat de l'affaire par le BCO en cas d'absence injustifiée du défendeur. Elle doit être entièrement approuvée comme étant de nature à vaincre la résistance dilatoire de nombreux défendeurs.

Proposition n° 35 vise à instaurer une véritable mise en état.

Si le principe n'appelle pas d'objections, les modalités de sa mise en œuvre appellent plusieurs observations.

Il faut tout d'abord souligner que la mise en état ne se résume pas, comme le rapport semble le laisser entendre, à la fixation et au suivi d'un calendrier de procédure. Si cette dimension de la mise en état focalise l'attention de ceux qui partagent l'obsession de la maîtrise des flux, elle laisse de côté la question de la qualité des procédures et notamment de l'intérêt que peuvent trouver les justiciables à ce qu'un juge actif se saisisse de toutes les mesures d'instruction qui sont à sa disposition pour mettre véritablement l'affaire en état d'être jugée.

C'est la raison pour laquelle la mise en état, ainsi largement entendue, ne peut être concentrée entre les mains du seul greffier. Au demeurant, même la simple définition du calendrier de procédure devrait rester l'apanage du bureau de conciliation si l'on admet que les décisions à prendre dans ce domaine revêtent un intérêt stratégique pour les parties et supposent une mise en œuvre des principes directeurs du procès, future par le moyen de simples mesures d'administration judiciaire.

Il n'y a pas d'obstacles en revanche à ce que le greffier soit chargé de surveiller le respect de ce calendrier et de délivrer, si nécessaire, des rappels aux parties, sauf à bien mesurer que la charge de travail sera lourde s'il s'agit d'organiser un contrôle systématique et permanent.

Par ailleurs le rapport prévoit qu'en cas d'incident, le greffier en référerait au président de section ou de la chambre, lequel pourrait prendre toutes mesures utiles (ordonnance d'injonction, de radiation, de clôture) et considère que la parité ne devrait pas être instaurée à ce stade, s'agissant de mesures qui se rapportent seulement à l'administration de la procédure. Là encore, c'est nier la dimension stratégique de la conduite et de la maîtrise de la procédure et il n'apparaît guère concevable que des décisions ayant une incidence aussi directe et aussi lourde sur le déroulement de l'instance puissent être prises en dehors du cadre paritaire.

Il faut redire enfin qu'une mise en état ne peut produire des effets bénéfiques quant à la maîtrise des délais que si le juge dispose de moyens de coercition suffisants pour en faire respecter les impératifs. C'est la raison pour laquelle il a déjà été proposé ci-dessus que le calendrier de procédure fixé par le bureau de conciliation produise les effets que l'actuel article 446-2 du code de procédure civile attribue au calendrier fixé à l'occasion d'un premier renvoi de l'affaire par le bureau de jugement.

Les propositions 36 à 38 n'appellent pas d'observations particulières.

Proposition n° 39 consiste à rendre obligatoire la représentation par avocat ou par défenseur syndical devant la cour d'appel

Formulée au prétexte « du nombre considérable d'affaires où les parties sont assistées ou représentées » et de « la complexité croissante des litiges » elle appelle la plus ferme opposition.

Car si 10 % seulement des justiciables se défendent seuls devant les cours d'appel encore faudrait-il trouver des justifications convaincantes à la suppression de cette faculté pour ceux-ci, dont le nombre reste important en valeur absolue et ce, d'autant que l'accessibilité de la justice, notamment en termes de coût, paraît demeurer une préoccupation dans les orientations de ce ministère. Or il est permis d'avancer sans grands risques d'erreurs que les 10/100 d'affaires sans avocats ne sont certainement pas les plus complexes mais bien au contraire très majoritairement celles dans lesquelles les justiciables évaluent avec bon sens leur capacité à présenter eux-mêmes des prétentions qui n'ont rien d'exceptionnel ou de juridiquement ardu.

On cherchera donc vainement l'intérêt qu'il y aurait à supprimer une procédure orale qui n'est évidemment pas à l'origine de l'engorgement de certaines cours d'appel (sauf à considérer que les 10 % d'affaires sans avocats provoqueraient à elles seuls les thromboses que l'on y constate) et qui reste un gage d'accessibilité de la justice

En réalité la vraie motivation de cette proposition est à trouver dans l'observation incidente selon laquelle « *elle pourrait permettre de mettre en place la procédure RPVA* ». Faute de justification de fond au regard de l'intérêt du justiciable ou des spécificités du contentieux, on passe ainsi subrepticement à une justification purement technocratique : l'utilisation du RPVA, qui permet la dématérialisation des échanges de conclusions, et, par conséquent, la simplification du travail des magistrats...

Et l'objectif est tellement surdéterminant de cette proposition que, pour emporter l'adhésion, il est même proposé que les défenseurs syndicaux puissent avoir accès au RPVA, condition sine qua non d'une généralisation de la représentation obligatoire.

Ni le confort des magistrats ni les gains de productivité attendus de cette mesure ne peuvent justifier que le libre accès à la juridiction d'appel soit abandonné au détriment des justiciables les plus modestes et que le recours à un défenseur imposé soit rendu obligatoire au détriment de ceux qui souhaitent légitimement s'adresser directement au juge qui tient dans sa main le sort d'un litige aux enjeux personnels si lourds.

La proposition n° 40 consiste à créer un statut des défenseurs syndicaux.

Si la justification en est trop clairement le « prix à payer » pour instaurer la représentation obligatoire, cette proposition n'appelle pas pour autant d'objections quant à son objet, au contraire, sauf à relever qu'il paraît difficile de soumettre ces défenseurs syndicaux à une obligation d'assurance comme le prévoit le rapport, sauf à rechercher le dépérissement de l'institution à brève échéance ...

La proposition n° 41 consiste à adopter une procédure écrite devant la cour d'appel.

Elle constitue le corollaire de la proposition 39 visant à instituer la représentation obligatoire et appelle donc la même opposition, étant rappelé au surplus que comme il a été dit plus haut, l'oralité ne constitue en rien la cause de la durée de certaines procédures prud'homale.

Les propositions 42 et 43 n'appellent pas d'objections.

La proposition 44 tend à la mise en place d'un « circuit court simplifié ».

Le principe d'un « circuit court » n'est pas critiquable en lui même. C'est en revanche sans explications ni nécessité qu'il prévoit que deux juges seulement siégeront dans la formation de jugement.

On s'étonnera surtout qu'aucune explication ne soit proposée pour justifier le lien qui est pourtant fait entre procédure simplifiée et application d'un barème, alors que l'option en faveur de l'une n'implique en rien la nécessité de l'autre.

Or il faut bien admettre qu'à tous égards le barème est une hérésie en matière d'indemnisation du licenciement.

D'abord parce qu'aucun mécanisme réglementaire ne permettra d'associer suffisamment de critères et ce, de façon suffisamment souple, pour permettre une indemnisation adaptée aux situations individuelles. En réduisant l'indemnisation du licenciement à la seule question de l'ancienneté du salarié, cette proposition signe la fin de l'office du juge dans un domaine où il assure une fonction essentielle d'évaluation de préjudices financiers et humains protéiformes et considérables.

Ensuite et surtout parce que l'institution d'un barème conférerait à l'employeur, défendeur dans la quasi-totalité des contentieux, l'avantage décisif de la prévisibilité de la sanction civile de sa décision de licencier même non fondée sur un motif réel et sérieux. En forfaitisant le coût de la transgression des règles qui encadrent la justification des licenciements, cette innovation désastreuse favoriserait ce que des auteurs appellent « la violation efficace de la loi ».

Elle consacrerait ainsi une irrémédiable rupture d'égalité entre les parties : la prévisibilité de l'issue du litige ne jouerait en effet pleinement qu'en faveur de l'employeur qui, avant de prendre la décision de licencier ou de ne pas licencier, pourrait en mesurer les conséquences financières tandis que le salarié, une fois mis devant le fait accompli du licenciement, ne trouverait dans la prévisibilité de sa réparation qu'une compensation secondaire et a posteriori, sans incidence sur la pérennité ou la perte de son emploi.

Pour ces raisons – et d'autres encore qu'il a déjà développées à l'occasion de la discussion de la loi dite « de sécurisation de l'emploi » qui a institué un barème indicatif applicable en conciliation – le Syndicat de la magistrature est farouchement hostile à cette proposition.