

Cher(es) Camarades,

La loi n°2015-990 du 6 août 2015 relative à sa croissance et à l'activité, dite « loi Macron », comporte un volet important relatif à la justice prud'homale avec, pour objectif affiché, de la réformer en profondeur.

Vous trouverez dans cette NewsLetter notre analyse de l'ensemble des dispositifs contenu dans cette réforme.

Rénovation et accélération des procédures, volonté d' « encadrer » les indemnités versées aux salariés pour une meilleure « sécurité juridique » pour les entreprises, incitation aux règlements amiables des litiges, professionnalisation des fonctions de conseillers prud'hommes avec une déontologie et une discipline renforcée... Professionnalisation aussi dans la mise en place des nouvelles procédures avec possibilité de saisir directement en bureau de jugement un juge professionnel. C'est l'apparition de l'échevinage que nous avons tant combattu.

Tels sont les axes de cette réforme, qui puise son inspiration dans le rapport Marshall et dans le rapport Lacabarats.

La mise en musique de ces axes de réforme par le ministre de l'économie n'a pas déçu ceux qui, depuis toujours, veulent s'attaquer à la prud'homie.

« Plus simple, plus rapide, plus prévisible, » telle est la « com » qui présente la réforme de la justice prud'homale.

La loi Macron veut aussi mettre fin au grand embouteillage d'affaires qui freine la justice prud'homale.

Le texte s'attaque à un détricotage en règle de tous les fondements de l'institution prud'homale sans qu'à aucun moment la question des moyens donnés à la justice prud'homale – et à la justice en général – ne soit abordée.

Il faut 15 mois en moyenne pour attendre un jugement, puis, s'il y a départage, encore 14 mois (voire 2 ans parfois) pour espérer une décision du juge départiteur.

Et il faudra encore patienter 16 mois s'il y a appel. Cette situation montre bien le manque d'effectif au Ministère de la justice.

Alors le gouvernement va-t-il se donner les moyens pour assurer sa propre réforme ?

C'est la légitime question que nous pouvons nous poser.

Avec nos amitiés.

Didier PORTE

NewsLetter n°28
Septembre
2015

Réforme du mode de désignation des conseillers prud'hommes**La réorganisation de la procédure prud'homale**

La volonté de désengorger les tribunaux et d'accélérer les procédures est le fil directeur qui sous-tend toutes les modifications figurant dans cette partie de la loi Macron consacrée à la justice prud'homale.

1. L'irruption de la médiation conventionnelle et de la procédure participative dans les litiges du travail**a) La médiation conventionnelle**

L'article 258-III de la loi Macron abroge l'article 24 de la loi n°95-125 du 8 février 1995¹ relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Ce faisant, il réintroduit la médiation conventionnelle pour les litiges du travail.

Rappelons que la médiation² s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.

L'accord auquel parviennent les parties peut-être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire (art 21-5 de la loi précitée).

L'article 24 excluait, jusqu'à présent, le mécanisme de la médiation conventionnelle pour les différends qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail (sauf lorsque les différends sont transfrontaliers).

En abrogeant l'article 24, le législateur fait rentrer les litiges du travail dans le champ du droit commun de la médiation conventionnelle.

b) La procédure participative

Aux termes de l'article 2062 du code civil, la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend.

Cette convention est conclue pour une durée déterminée.

¹ Modifiée par ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011.

² Telle que prévue par l'article 21 de la loi n°95-125 du 8-2-95 et modifié par l'article 1 de l'ordonnance 2011-1540 du 16-11-11.

Cette convention de procédure participative, obligatoirement écrite, doit préciser son terme, l'objet du différend et les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange (art 2063 du code civil).

Il est nécessaire d'être assisté d'un avocat (art 2064 alinéa 1 du code civil).

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige (art 2065 du code civil).

Si les parties parviennent à un accord sur tout ou partie de leur différend, elles peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge (art 2066 alinéa 1).

En revanche si les parties ne parviennent pas à un accord, elles pourront saisir le juge prud'homal en reprenant le processus à zéro devant le bureau de conciliation et d'orientation (alinéa 2 de l'article 2066 non applicable en matière prud'homale).

Jusqu'à présent, l'alinéa 2 de l'article 2064 excluait les litiges du travail de la procédure participative : « *toutefois, aucune convention ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* ».

Il était donc clair que ce dispositif – qui exige la présence d'un avocat – était inapplicable dans les litiges du travail en raison, d'une part, de l'inégalité des parties inhérente au contrat de travail et d'autre part, de la spécificité de la procédure prud'homale qui contient une audience initiale permettant la conciliation des parties sous le contrôle du juge qui doit s'assurer que le salarié ne concilie pas en dessous de ses droits¹.

Là encore, faisant fi de la spécificité du droit du travail, la loi Macron, dans son article 258-IV a purement et simplement supprimé l'alinéa 2 de l'article 2064 du code civil, rendant désormais applicable la procédure participative aux différends nés du contrat de travail.

Et pourtant, ces procédures de règlement amiable sont conçues pour les relations civiles ou commerciales où les parties négocient à égalité mais elles ignorent le déséquilibre inhérent à la relation de travail. En effet, le lien de subordination qui définit le contrat de travail place le salarié en position d'infériorité et ce n'est pas dans l'opacité d'une convention négociée de gré à gré, sans garantie de procédure, que le salarié peut défendre ses droits.

De plus, l'assistance d'un avocat a un coût et, en tout état de cause, cette stratégie de contournement du juge prud'homal au moyen de procédures amiables dispense le législateur de traiter la question des moyens de la justice prud'homale.

³ Jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis l'arrêt de principe « *Durafruid* » du 22-3-00, n°97-42419.

A noter, que ces mesures, d'application immédiate, sont d'ores et déjà, entrées en vigueur depuis la publication de la loi (art 259-I).

2. Le nouveau rôle du bureau de conciliation et d'orientation

Le bureau de conciliation change de dénomination pour devenir le « Bureau de conciliation et d'orientation » (BCO).

Comme son nom l'indique, il a non seulement pour mission de tenter de concilier les parties mais aussi, de mettre les dossiers en état d'être jugés¹ et enfin, de les orienter vers différents circuits possibles.

Toutes ces mesures sont applicables aux instances introduites à compter de la publication de la loi.

a) Le rôle de conciliation

L'article L 1411-1 du code du travail est inchangé : le conseil de prud'hommes **règle par voie de conciliation** les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...] entre les employeurs ou leurs représentants et les salariés qu'ils emploient.

Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti.

Le conseil de prud'hommes ne peut donc se contenter d'orienter le dossier vers une des formations de jugement susceptibles de le juger. Il doit, avant toute chose, tenter de concilier les parties, en remplissant son rôle de manière active, c'est-à-dire en vérifiant que les parties sont bien informées de leurs droits respectifs².

Une des nouveautés de la loi Macron, est de permettre, dans le cadre de cette mission de conciliation, au BCO **d'entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité** (art. L 1454-1).

b) Le rôle de mise en état de l'affaire

Aux termes de l'article L 1454-1-2, le BCO assure la mise en état des affaires.

Cette mission de mise en état des dossiers est confortée par la loi Macron. Le BCO doit donc utiliser tous les pouvoirs dont il dispose.

Il peut, notamment désigner un ou plusieurs conseillers rapporteurs pour que l'affaire soit mise en état d'être jugée. Les conseillers rapporteurs ont alors le pouvoir de prescrire toutes mesures nécessaires à cet effet (ex : entendre les parties ou des tiers, obtenir la production de documents, ordonner toutes les mesures nécessaires à la conservation des preuves etc. art. R 1454-3 et R 1454-4).

Les agents de contrôle mentionnés à l'article L 8271-1-2³ du code du travail ont l'obligation de communiquer aux conseillers rapporteurs tous les renseignements et documents dont ils disposent relatifs au travail dissimulé, marchandage ou prêt illicite de main d'œuvre. Ils ne peuvent opposer le secret professionnel (art. L 1454-1-2 alinéa 4).

Si l'affaire arrive devant le bureau de jugement sans être en état d'être jugée, le bureau de jugement peut, lui aussi, assurer cette mise en état en ayant recours aux conseillers rapporteurs (art. L 1454-1-2, 2^{ème} alinéa).

c) Le rôle d'orientation des dossiers

Grande nouveauté de la loi Macron, le BCO devient une plaque tournante ou plus exactement une sorte de « gare de triage » chargée de trier les dossiers par destination et de les expédier.

En cas d'échec de la conciliation, le BCO **peut**, par simple mesure d'administration judiciaire⁴, renvoyer l'affaire devant différentes formations (art. L 1454-1-1) :

- **la formation plénière du bureau de jugement**, qui reste – ne l'oublions pas – la formation de droit commun ; cette formation est composée de deux conseillers prud'hommes employeurs et de deux conseillers prud'hommes salariés, incluant le président ou le vice-président siégeant alternative-ment (art. L 1423-12 nouveau du code du travail) ;
- **la formation restreinte du bureau de jugement** (composée d'un conseiller prud'homme employeur et d'un conseiller prud'homme salarié, ainsi que le prévoit l'article L 1423-13 du code du travail). Cette hypothèse s'applique lorsque le litige porte sur un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. Dans ce cas, la formation restreinte doit statuer dans un délai de 3 mois (art. L 1454-1-1-1°).

Attention !

Le renvoi à la formation restreinte nécessite l'accord des parties.

De plus, ce renvoi n'est qu'une possibilité car le BCO peut toujours choisir de renvoyer devant la formation plénière du bureau de jugement.

- **le bureau de jugement** (dans sa formation plénière) **présidé par un juge professionnel**, en l'occurrence, un juge du Tribunal de grande instance (art. L 1454-2). Les juges chargés de ces fonctions seront désignés chaque année, notamment en fonction de leurs aptitudes et connaissances particulières, par le président du Tribunal de grande instance.

¹ Et d'ordonner le versement de provisions, conformément aux dispositions déjà existantes dans le code du travail et non modifiées.

² Cass. soc., 27-3-00, n°97-42419, arrêt « Durafröid ».

³ Il s'agit, notamment, des inspecteurs et contrôleurs de travail, officiers et agents de police judiciaire, agents des impôts et des douanes, organismes de sécurité sociale, les agents de pôle emploi etc...

⁴ Qui ne peut faire l'objet d'une voie de recours.

Là aussi, ce renvoi devant la formation échevinée ne peut avoir lieu que dans deux hypothèses :

- ❖ si les parties le demandent ;
- ❖ ou si la nature du litige le justifie.

Dans cette hypothèse de juridiction échevinée, le juge professionnel ne pourra pas statuer seul si la formation est incomplète, l'article L 1454-4 n'étant alors pas applicable.

Si la formation échevinée du bureau de jugement est saisie, elle connaîtra alors de l'ensemble des demandes des parties, y compris les demandes additionnelles ou reconventionnelles.

Attention, là aussi, le renvoi à une formation échevinée n'est qu'une simple possibilité. Le BCO a toujours le pouvoir de renvoyer l'affaire devant la formation normale du bureau de jugement (art. L 1454-1-1-2°).

Attention ! Le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire des litiges du travail⁵ donne aussi un nouveau rôle au BCO :

• **l'externalisation des dossiers via l'incitation à la résolution amiable des différends**

Le projet de décret consacre dans le code du travail un titre spécial intitulé « *résolution amiable des différends* » (dont la médiation et la procédure participative). Il s'agit là de sa traduction concrète de cette volonté d' « évacuer » les dossiers pour diminuer les stocks et désengorger les conseils de prud'hommes.

Plutôt que de donner de vrais moyens à la justice, le gouvernement préfère encourager les règlements amiables !

Il y est prévu que le BCO pourra quel que soit le stade de procédure :

« 1° Enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure ;

2° Déléguer à un conciliateur de justice la tentative préalable de conciliation ;

3° Après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leur points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose » (projet d'article R 1471-1).

Le BCO homologuera ensuite l'accord (projet d'article R 1471-2).

Attention ! S'agissant d'un projet, le texte peut évoluer.

d) La transformation du BCO en bureau de jugement en cas de non comparution d'une partie

La loi Macron innove en permettant au bureau de conciliation et d'orientation (BCO) de se transformer en bureau de jugement (art. L 1454-1-3 nouveau).

Si, sauf pour un motif légitime, une partie ne comparait pas, personnellement ou représentée, le bureau de conciliation et d'orientation peut juger l'affaire, en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués.

Dans ce cas, le bureau de conciliation et d'orientation se transforme et agit en tant que bureau de jugement dans sa composition restreinte mentionnée à l'article L 1423-13.

Cette nouvelle procédure vise à sanctionner l'absence de comparution des parties en conciliation.

Ainsi, si une partie ne justifie pas d'un motif légitime d'absence, le BCO pourra se transformer en bureau de jugement et juger immédiatement l'affaire en l'état des pièces et moyens que l'autre partie aura fournis (et communiqués à la partie adverse).

Le BCO se transformera donc en bureau de jugement en formation restreinte (un conseiller prud'homme employeur et un conseiller prud'homme salarié).

Là aussi, il s'agit d'une possibilité (et non d'une obligation) offerte au BCO conçue pour gagner du temps et favoriser la présence des parties lors de la conciliation.

On peut néanmoins s'interroger sur le devenir de la comparution **personnelle** des parties.

Le législateur entend, certes, dans l'article L 1454-1-3 sanctionner le défaut de comparution des parties en l'absence de motif légitime mais pose en principe que la partie peut soit comparaître **personnellement** soit être **représentée**.

Le projet de décret relatif à la justice prud'homale se révèle très inquiétant à cet égard.

Néanmoins le texte n'étant pas définitif, et pouvant évoluer, il conviendra de revenir ultérieurement sur cette question qui met en jeu un des principes directeurs du procès prud'homal.

3. La tentative d'encadrement des dommages et intérêts

Toujours dans l'objectif d'assurer « *la sécurité juridique* » pour les entreprises, le gouvernement a voulu introduire des barèmes d'indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

a) Le référentiel indicatif

La loi Macron a introduit à l'article L 1235-1, trois nouveaux alinéas prévoyant la possibilité pour le conseil de prud'hommes de prendre en compte, pour accorder des indemnités pour licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse, un **référentiel indicatif** établi, après avis du conseil supérieur de la prud'homie, selon des modalités fixées par décret en conseil d'Etat⁶.

⁵ Voir en annexe le « Flash dernière minute » sur le projet de décret.

⁶ Nouvel article L 1235-1 du code du travail : « En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent

convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des

Selon le calendrier prévisionnel, diffusé par le gouvernement, ce décret devrait être publié en octobre.

La loi précise que ce référentiel tiendra compte, notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi.

L'indemnité accordée s'ajoutera aux indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de licenciement.

Nota bene : il convient de rappeler que FO s'est fermement opposée, dès le dépôt du projet de loi, à toute barémisation des dommages et intérêts.

A l'origine, ce barème devait être obligatoire. Très heureusement, il est devenu facultatif.

Néanmoins, toute notion de barème est en soi dangereuse car elle nie le pouvoir du juge dans sa fonction de réparation réelle et adéquate du préjudice. Cette barémisation (déjà présente en conciliation depuis la loi de sécurisation de l'emploi) est une grande revendication du Medef.

De plus, la loi prévoit que si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel.

b) Le barème prévoyant un plafonnement des indemnités censuré par le Conseil constitutionnel

Non content d'avoir introduit un référentiel indicatif, le gouvernement a déposé, très tardivement au cours du processus législatif⁷, un amendement ayant pour objet d'encadrer et de plafonner les dommages et intérêts alloués aux salariés victimes d'un licenciement sans cause réelle.

Cette initiative a entraîné un tollé de protestations⁸ de la part tant des organisations syndicales que de professionnels du droit⁹.

Le gouvernement est néanmoins passé en force pour l'adoption du projet de loi en usant et abusant de la procédure du 49-III.¹⁰

C'est le Conseil constitutionnel, qui a, au final, censuré cette disposition pour atteinte au principe d'égalité.

indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.

- *Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.*
- *A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*
- *Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.*
- *Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en conseil d'Etat.*
- *Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles.*

⇒ Que prévoyait cette disposition ?

Le projet d'article L 1235-3 censuré par le Conseil constitutionnel prévoyait un barème basé non seulement sur l'ancienneté du salarié mais aussi sur la taille de l'entreprise.

Ces dommages et intérêts plafonnés (à chaque fois un minimum et un maximum étaient prévus) étaient fixés comme suit :

	Indemnité (en mois de salaire) pour un salarié d'une entreprise		
	de moins de 20 salariés	entre 20 et 299 salariés	de plus de 300 salariés
<i>Le salarié a moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise</i>	Indemnité maximale de 3 mois	Indemnité maximale de 4 mois	Indemnité maximale de 4 mois
<i>Le salarié a entre 2 ans et 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise</i>	Minimum : 2 mois Maximum : 6 mois	Minimum : 4 mois Maximum : 10 mois	Minimum : 6 mois Maximum : 12 mois
<i>A partir de 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise</i>	Minimum : 2 mois Maximum : 12 mois	Minimum : 4 mois Maximum : 20 mois	Minimum : 6 mois Maximum : 27 mois

Il était prévu que ces montants s'ajoutent aux indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de licenciement.

En cas de **faute de l'employeur d'une particulière gravité** (ex. harcèlement moral ou sexuel, licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle ou de corruption, violation de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé, violation de la protection dont bénéficient certains salariés en cas de grossesse, maternité, accident du travail et maladie professionnelle ou toute atteinte à une liberté fondamentale), le projet d'article L 1235-3-2 prévoyait que les plafonds ne s'appliqueraient pas et que le juge pourrait ainsi fixer des dommages et intérêts supérieurs.

Ce barème prévu pour les cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse devait également s'imposer en cas de résiliation judiciaire prononcée par le juge ou de prise d'acte de la rupture

• *Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel.*

• *Si un doute subsiste, il profite au salarié ».*

⁷A la suite d'annonces du Premier Ministre sur certaines mesures pour l'emploi dans les TPE/PME le 9 juin 2015. Il s'agissait précisément de la mesure 7 « réduire l'insécurité juridique liée aux contentieux sur les licenciements » ; voir le communiqué de protestation FO du 9 juin 2015 : « mesures emploi dans les TPE PME : un peu plus haut le curseur patronal ».

⁸ Voir notamment la pétition soutenue par la Confédération FO <http://www.petitions24.net/non> au plafonnement de la réparation des licenciements abusifs.

⁹ Voir tribune publiée par *Le Monde* daté du 15 juin 2015 d'une centaine de chercheurs (économistes, juristes, sociologues) appelant le gouvernement à abandonner le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹⁰ Communiqué FO du 16-6-15.

reconnu par les juges aux torts de l'employeur (art. L 1235-31 censuré).

⇒ La décision du Conseil constitutionnel

Dans sa décision du 5 août 2015 (décision n°2015-715 DC), le Conseil constitutionnel a censuré ce barème d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le jugeant contraire à la Constitution au regard du principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel relève que les montants prévus sont fonction croissante des effectifs de l'entreprise et qu'à ce titre, le critère retenu n'est pas en lien avec le préjudice subi par le salarié.

A l'inverse, le Conseil juge que le critère de l'ancienneté du salarié est bien en lien avec le préjudice subi par le salarié.

La Confédération Force Ouvrière s'est immédiatement réjouie de cette censure par le Conseil constitutionnel¹¹, jugeant qu'il s'agit là d'une première victoire – cette inconstitutionnalité ayant été relevée par FO, très en amont – et que la bataille juridique pourra se poursuivre au regard des conventions internationales et des textes européens, y compris sur la notion même de plafond.

En effet, la bataille ne semble pas terminée car si le Conseil constitutionnel a retoqué cette disposition la jugeant contraire à la Constitution au regard du principe d'égalité, il a néanmoins validé le principe même du plafonnement des indemnités – au regard de la Constitution – estimant que le législateur a entendu, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ; qu'il a ainsi poursuivi des buts d'intérêt général.

Pour le Conseil, le législateur pouvait donc, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié pour cause réelle et sérieuse mais, poursuit le Conseil, il ne pouvait le faire **qu'en retenant des critères présentant un lien avec le préjudice subi** :

« Que si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi »¹²

Si le Conseil ne retient pas le principe de la réparation intégrale du préjudice, il évoque néanmoins, une indemnisation nécessairement en lien avec le préjudice subi par le salarié.

Le gouvernement a d'ores et déjà annoncé son intention « d'adapter le dispositif » censuré.

¹¹ Communiqué de presse du 6-8-15.

¹² Voir en annexe l'extrait de la décision 2015-715 DC du 5-8-15, JO du 7-8-15 du Conseil constitutionnel.

¹³ Un décret, dont la parution est prévue pour Octobre, fixera les **conditions d'inscription** en tant que défenseur et **les modalités d'indemnisation** lorsque le défenseur exerce son activité en dehors de tout établissement ou lorsqu'il dépend de plusieurs employeurs.

¹⁴ Art. R 1453-2; Cass. soc., 9-12-70, n°69-40485, Cass. soc., 15-12-83, n°81-40580.

La question du barème est donc loin d'être terminée.

La professionnalisation de la justice prud'homale

Le second axe de ce volet « justice prud'homale » de la loi Macron poursuit cette volonté de « normaliser » la justice prud'homale en renforçant l'intégration des conseillers prud'hommes dans l'ordre judiciaire et en professionnalisant ses différents acteurs qu'il s'agisse des conseillers prud'hommes ou des défenseurs syndicaux.

1. La création d'un statut de défenseur syndical

Le défenseur syndical qui défend les dossiers des salariés devant les conseils de prud'hommes ne bénéficiait, jusqu'à présent, d'aucun statut ; il pouvait, simplement, dans les établissements d'au moins 11 salariés, disposer de 10 heures par mois – non rémunérées – pour exercer ses fonctions (ancien article L 1453-4).

Désormais, le défenseur syndical sera doté d'un véritable statut, ce qui le professionnalise et l'installe dans le paysage judiciaire, avec les avantages et les inconvénients qu'une telle disposition comporte.

Le défenseur syndical mis en place par la loi Macron sera inscrit¹³ sur une liste arrêtée par l'autorité administrative, sur proposition des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, national et multiprofessionnel ou dans au moins une branche (art. L 1453-4 nouveau).

La grande nouveauté réside non seulement dans la création d'un corps de défenseurs officiels, estampillés comme tels, à l'instar des conseillers du salarié, mais aussi dans la possibilité désormais offerte aux syndicats patronaux d'avoir leurs propres défenseurs, possibilité qui leur était, jusqu'à présent, si ce n'est interdite¹⁴, tout au moins très limitée puisqu'il fallait être membre de l'organisation (donc employeur).

Ses fonctions sont définies au 1^{er} alinéa de l'article L 1453-4 : « Assistance et représentation devant les conseils de prud'hommes et les cours d'appel en matière prud'homale ».

Cette phrase signifie-t-elle que seuls les défenseurs syndicaux inscrits sur la liste arrêtée par l'autorité administrative pourront désormais assister ou représenter les salariés devant les conseils de prud'hommes et les cours d'appel, à l'exclusion des autres personnes, jusqu'à présent, habilitées à assister ou représenter les parties prévues à l'article R 1453-2¹⁵ ? Ou les défenseurs

¹⁵ Art. R 1453-2 : « Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont :

1° Les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité ;

2° Les délégués permanents ou non permanents des organisations d'employeurs et de salariés ;

3° Le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ;

4° Les avocats.

ponctuels (ex : Secrétaires de syndicat ou salariés appartenant à la même branche professionnelle) pourront-ils continuer à faire de la défense, à côté des défenseurs permanents ?¹⁶

Cette deuxième interprétation est celle qu'il conviendrait de privilégier et que la Confédération Force Ouvrière a défendue mais il n'est pas certain que ce sera la celle des pouvoirs publics tant la volonté de professionnaliser la défense est grande.

En tout état de cause, à l'heure actuelle, l'article R 1453-2 n'est pas encore modifié et toutes les possibilités subsistent.

Si le défenseur est, par ailleurs, conseiller prud'homme, il ne pourra pas exercer son mandat de défenseur dans le **conseil**¹⁷ où il siège (art. L 1453-2-1^{er} alinéa modifié).

Il s'agit là de la consécration législative de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 juillet 2001 (n°99-42735)¹⁸ basée sur l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial¹⁹ imposée par l'article 6§1 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui prévoyait déjà cette interdiction.

a) Un crédit de 10 heures payées

Dans les établissements d'au moins 11 salariés, le défenseur syndical disposera du temps nécessaire à ses fonctions, dans la limite de 10 heures par mois.

Ces absences seront rémunérées par l'employeur et n'entraîneront aucune diminution des rémunérations et avantages correspondants.

Les employeurs seront remboursés par l'Etat des salaires maintenus pendant les absences du défenseur syndical pour l'exercice de sa mission ainsi que des avantages et des charges sociales correspondants (art. L 1453-6 nouveau).

b) La formation

Aux termes de l'article L 1453-7, l'employeur a l'obligation d'accorder au défenseur syndical, à la demande de ce dernier, des autorisations d'absence pour les besoins de sa formation, et ce, dans la limite de deux semaines par période de quatre ans suivant la publication de la liste des défenseurs syndicaux.

Ces temps de formation sont assimilés à une durée de travail effectif pour la détermination de la durée de travail effectif, de la durée des congés payés, du droit aux prestations familiales ainsi que pour l'ensemble des autres droits résultant pour l'intéressé de son contrat de travail (application de L 3142-12 du code du travail).

Ces absences pour la formation sont rémunérées par l'employeur. Elles sont admises au titre de la participation des employeurs au financement de la formation professionnelle, dans les conditions prévues à l'article L 6331-1 (art. L 1453-7).

L'employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement. »

¹⁶ Voir à cet égard les craintes de FO exprimées très en amont dans la circulaire confédérale n°181-2014 du 10-12-14.

Cela signifie-t-il que le défenseur syndical ne pourra se former que deux semaines sur un mandat de quatre ans ? Ou pourra-t-il cumuler avec les douze jours de formation économique sociale et syndicale prévus à l'article L 3142-9 ?

La deuxième solution semble devoir prévaloir mais il conviendra d'être vigilant lors des mesures d'application qui seront prises pour ce texte.

c) Les obligations du défenseur

Le défenseur syndical est tenu au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication.

Il est également tenu à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et présentées comme telles par le salarié défendu ou par la partie adverse dans le cadre d'une négociation.

Toute méconnaissance de ces obligations peut entraîner la **radiation** de l'intéressé de la liste des défenseurs syndicaux par l'autorité administrative (art. L 1453-8).

d) Le statut protecteur

Au cours du processus législatif – et sur demande des organisations syndicales – a été ajoutée l'application du statut protecteur, le défenseur syndical devenant ainsi un salarié protégé à part entière.

A l'origine, seule était prévue la disposition selon laquelle l'exercice de la mission de défenseur syndical ne peut être une cause de sanction disciplinaire ou de rupture du contrat de travail.

Mais, désormais, le licenciement d'un défenseur syndical sera obligatoirement soumis à l'autorisation administrative (art. L 1453-9), c'est-à-dire l'autorisation de l'inspecteur du travail (art. L 2411-24).

Il en est de même en cas de rupture d'un CDD avant son terme (en raison d'une faute grave ou de l'inaptitude constatée par le médecin du travail) ou à l'arrivée du terme lorsque l'employeur n'envisage pas de renouveler un contrat comportant une clause de renouvellement (art. L 2142-15).

Toutes ces dispositions relatives au défenseur syndical entreront en vigueur au plus tard le premier jour du 12^{ème} mois suivant la publication de la loi.

2. La formation des conseillers prud'hommes

Le rapport Lacabarats avait gravement mis en cause la compétence des conseillers prud'hommes et préconisé une formation initiale obligatoire sous l'égide de l'ENM (Ecole Nationale de la

¹⁷ Et non plus seulement la section.

¹⁸ InFOjuridiques, n°36/Décembre 2001, « L'impartialité de la juridiction prud'homale ».

¹⁹ Confirmée ensuite Cass. soc., 2-2-05, n°03-40271.

Magistrature)²⁰ ainsi qu'une formation continue.

C'est chose faite avec la loi Macron qui complète l'article L 1442-1 par deux nouveaux alinéas.

Ces deux alinéas posent l'**obligation** pour les conseillers prud'hommes de suivre une **formation initiale** à l'exercice de leur fonction juridictionnelle et une **formation continue**.

La formation initiale sera commune avec les conseillers prud'hommes employeurs. Elle sera organisée par l'Etat.

Le conseiller prud'homme qui n'aura pas satisfait à cette obligation de formation initiale dans un délai fixé par décret sera réputé démissionnaire.

Pour les besoins de leur formation, les employeurs devront accorder aux salariés concernés des autorisations d'absence, qui pourront être fractionnées, dans la limite de 5 jours par mandat pour la formation initiale et six semaines par mandat au titre de la formation continue (art. L 1442-2 alinéas 1 à 3 nouveaux).

Attention ! Lors des réunions du groupe de suivi chargé d'examiner les modalités des futures désignations des conseillers prud'hommes²¹, le ministère du travail a évoqué la possibilité de ramener la durée de la formation à **cinq semaines** par mandat de quatre ans. FO s'est opposée à ce projet, qui réduit de six à cinq semaines les droits à formation – et même si le mandat n'est plus que de quatre ans – estimant que les cinq jours de formation initiale ne sont pas du ressort des organisations syndicales. FO a, en revanche réclamé une augmentation des droits individuels.

La formation continue devrait rester sous la responsabilité des organisations syndicales.

Nombre de dispositions relatives à la formation des conseillers prud'hommes sont d'ordre réglementaire et des décrets devraient paraître sur ce point.

Il est très probable que la nouvelle obligation de formation initiale ne soit pas applicable aux conseillers qui ont déjà exercé un mandat prud'homal.

L'article 259 de la loi Macron prévoit dans son III que ces dispositions qui visent à professionnaliser la fonction de conseiller prud'homme rentreront en vigueur à compter du premier renouvellement des conseillers prud'hommes suivant la promulgation de la loi (soit décembre 2017).

3. La déontologie et la discipline

Cette volonté de rapprocher les conseillers prud'hommes des juges professionnels et de faire disparaître toute spécificité de la juridiction prud'homale, très présente dans tout le volet « justice prud'homale », se traduit aussi par toute une série de règles déontologiques et disciplinaires nouvelles auxquelles seront désormais soumis les conseillers prud'hommes.

Quoiqu'un peu atténuée – sous la pression des organisations syndicales lors du processus législatif, – la « mise au pas » des conseillers prud'hommes est désormais en marche.

a) Une déontologie renforcée

L'article L 1421-2 nouveau rappelle les principes d'indépendance, d'impartialité, de dignité et de probité auxquels les conseillers prud'hommes sont soumis.

Ceux-ci doivent se comporter de façon à exclure tout doute légitime à cet égard.

La rédaction est assez générale puisqu'il est indiqué : « Ils s'abstiennent, notamment, de tout acte ou comportement public incompatible avec leurs fonctions ».

Ils sont tenus au secret des délibérations.

Ce qui est nouveau, c'est que leur est désormais interdite toute action concertée de nature à arrêter ou à entraver « le fonctionnement de juridictions ».

Toutefois, le texte a évolué lors du travail parlementaire et cette interdiction est limitée au cas où « le renvoi de l'examen d'un dossier risquerait d'entraîner des conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour les droits d'une partie ».

Egalement, le « devoir de réserve » initialement prévu a été supprimé.

b) Une discipline accrue avec des sanctions aggravées

Un nombre impressionnant d'articles est consacré à la discipline des conseillers prud'hommes, dans la droite ligne de ce que préconisait le rapport Lacabarats.

• Les sanctions du mandat impératif

L'article L 1442-11 rappelle que « l'acceptation par un conseiller prud'homme d'un mandat impératif, avant ou après son entrée en fonction et sous quelque forme que ce soit, constitue un manquement grave à ses devoirs ».

Les sanctions seront :

- soit l'**annulation de l'élection de l'intéressé** et l'interdiction d'exercer les fonctions de conseiller prud'homme pour une durée maximale de 10 ans, si c'est le juge de l'élection qui a constaté l'acceptation de ce mandat impératif ;
- soit la **déchéance du mandat** de l'intéressé²², si la preuve n'en est rapportée qu'ultérieurement.

• Création d'une procédure disciplinaire avec une commission de discipline

La notion de faute disciplinaire avec une véritable procédure disciplinaire fait son entrée dans le code du travail. Ainsi, « tout

²⁰ Mesure n°11 du Rapport Lacabarats voir Newsletter Juris-inFO, n°22/Septembre 2014 – FO s'est vivement opposée au principe d'une formation commune avec les conseillers prud'hommes employeurs.

²¹ Cf. circulaire confédérale n°93/2015 du 17-7-15 et Newsletter Juris-inFO, n°27/Juillet 2015.

²² Dans les conditions prévues aux articles L 1442-13-2 à L 1442-14, L 1442-16-1 et L 1442-16-2.

manquement à ses devoirs dans l'exercice de ses fonctions par un conseiller prud'homme est susceptible de constituer une faute disciplinaire » (art. L 1442-13).

En dehors de toute action disciplinaire, les premiers présidents de cour d'appel peuvent également rappeler à leurs obligations les conseillers prud'hommes (art. L 1442-13-1).

Pour exercer ce pouvoir disciplinaire, la loi Macron met en place une commission de discipline présidée par un président de chambre à la Cour de cassation (désigné par le premier président de la Cour de cassation).

Cette commission de discipline est composée :

- d'un membre du Conseil d'Etat²³ ;
- d'un magistrat et d'une magistrate du siège des cours d'appel, désignés par le premier président de la Cour de cassation²⁴ ;
- un représentant et une représentante des salariés, conseillers prud'hommes ou ayant exercé les fonctions de conseiller prud'homme, désignés par les représentants des salariés au conseil supérieur de la prud'homie en son sein ;
- un représentant et une représentante des employeurs, conseillers prud'hommes ou ayant exercé les fonctions de conseiller prud'homme, désignés par les représentants des employeurs au conseil supérieur de la prud'homie en son sein.

Des suppléants sont désignés en nombre égal et dans les mêmes conditions. Les membres de cette commission nationale de discipline sont désignés pour **trois ans**.

► **Qui pourra saisir la commission de discipline ?**

Le ministre de la justice mais aussi le premier président de la cour d'appel du ressort dans lequel le conseiller prud'homme siège. Le conseiller prud'homme aura dû être préalablement auditionné par le premier président (art. L 1442-13-3).

► **Quelles sont les sanctions possibles ?**

- 1° Le blâme ;
- 2° La suspension pour une durée ne pouvant excéder six mois ;
- 3° La déchéance assortie d'une interdiction d'exercer les fonctions de conseiller prud'homme pour une durée maximale de dix ans ;
- 4° La déchéance assortie d'une interdiction définitive d'exercer les fonctions de conseiller prud'homme (art. L 1442-14).

Un article entier (art. L 1442-16) est consacré à la suspension du conseiller prud'homme qui peut être proposée par le ministre de la justice ou le premier président « *lorsqu'il existe des faits de nature à entraîner une sanction disciplinaire* », ce qui est une rédaction assez vague.

La rédaction adoptée n'exige plus qu'il y ait nécessairement des faits de nature à entraîner des poursuites pénales. Cette suspension peut être renouvelée une fois par la commission nationale pour une nouvelle durée de six mois. Si le conseiller prud'homme fait l'objet de poursuites pénales, la suspension peut

être ordonnée par le président de la commission nationale pour une durée plus longue allant jusqu'à la décision pénale définitive (art. L 1442-16).

Attention : la commission nationale de discipline ne peut délibérer que si quatre de ses membres au moins, y compris le président, sont présents (sur 8 au total). En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante (art. L 1442-16-1).

Les décisions de cette commission et celle de son président doivent être motivées (art. L1442-16-2).

Tous les articles relatifs à la discipline entreront en vigueur au plus tard le premier jour suivant le 18^{ème} mois suivant la promulgation de la loi.

4. Les autres mesures

La loi Macron veut favoriser le « *rapprochement* » de la juridiction prud'homale avec les autres juridictions de l'ordre judiciaire. Ce faisant, elle organise une forme de surveillance – qu'on pourrait qualifier de mise sous tutelle – de la juridiction prud'homale par les juges professionnels.

a) La présence du juge départiteur

A sa demande et au moins une fois par an, le juge départiteur assiste à l'assemblée générale du conseil de prud'hommes (art. L 1423-3). Si cette pratique pouvait, certes, exister, elle est désormais inscrite dans les textes comme une obligation.

b) L'intervention de juges professionnels en cas de dysfonctionnement du conseil

En cas d'interruption du fonctionnement d'un conseil de prud'hommes ou de difficultés graves rendant ce fonctionnement impossible dans des conditions normales, le premier président de la cour d'appel pourra désigner un ou plusieurs juges du ressort de la cour d'appel pour connaître des affaires inscrites au rôle du conseil. Il fixera la date à compter de laquelle les affaires seront provisoirement soumises à ces juges puis, lorsque le premier président de la cour d'appel aura constaté que le conseil est de nouveau en mesure de fonctionner, la date à laquelle les affaires seront, de nouveau, portées devant ce conseil (art. L 1423-10-1).

c) L'avis de la Cour de cassation

Avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse se posant dans de nombreux litiges, les juridictions judiciaires peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation (art. L 441-1 du code de l'organisation judiciaire).

Ces dispositions sont d'application immédiate dès la publication de la loi (art. 259-I de la loi 2015-990 du 6 août 2015).

²³ Désigné par le vice-président du Conseil d'Etat.

²⁴ Sur une liste établie par les premiers présidents de la cour d'appel, après consultation (art. L 1442-13-2).

Annexe 1

**Extrait de la décision du Conseil Constitutionnel
n°2015-715, DC du 5 août 2015
Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances**

Sur certaines dispositions de l'article 266 :

148. Considérant que l'article 266 est relatif à l'encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

149. Considérant que le 1° du paragraphe I de l'article 266 modifie l'article L. 1235-3 du code du travail pour encadrer l'indemnité octroyée par le juge au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse en réparation de la seule absence de cause réelle et sérieuse ; qu'il prévoit des minima et maxima d'indemnisation, exprimés en mois de salaires, qui varient en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise ; qu'à cet égard, le législateur a distingué entre les entreprises selon qu'elles emploient moins de vingt salariés, de vingt à deux cent quatre-vingt-dix-neuf salariés, ou trois cents salariés et plus ;

150. Considérant que les députés requérants soutiennent que ces dispositions instituent, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée entre les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse en fonction de la taille de l'entreprise ;

151. Considérant qu'en prévoyant que les montants minimal et maximal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sont fonction croissante des effectifs de l'entreprise, le législateur a entendu, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ; qu'il a ainsi poursuivi des buts d'intérêt général ;

152. Considérant toutefois, que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi ;

153. Considérant que l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction résultant du 1° du paragraphe I de l'article 266, est contraire à la Constitution ; que, par voie de conséquence, il en va de même des autres dispositions de l'article 266, qui en sont inséparables ;

Annexe 2**Entrée en vigueur de la loi**

L'art. 259 de la loi Macron précise l'entrée en vigueur des diverses dispositions relatives à la justice prud'homale.

I – Dispositions applicables à compter de la publication de la loi

- La déontologie des conseillers prud'hommes (art. L 1421-2) ;
- Les dispositions en matière de difficulté de fonctionnement des conseils (art. L 1423-8) ;
- La participation du juge départiteur à l'assemblée générale du conseil de prud'hommes (art. L 1423-3) ;
- La nouvelle dénomination du bureau de conciliation et d'orientation (B.C.O) ;
- La médiation conventionnelle et la procédure participative (prévues aux III et IV de l'article 258) ;
- Les demandes d'avis à la Cour de cassation pour interprétation d'une convention ou d'un accord collectif (V de l'article 258 modifiant l'art. L 441 du code de l'organisation judiciaire) ;
- Les dispositions applicables aux instances qui font l'objet d'un départage (nomination par le président du TGI d'un magistrat chargé de statuer sur les dossiers faisant l'objet d'un départage (art. L 1454-2).

II – Dispositions applicables aux instances introduites devant les conseils de prud'hommes à compter de la publication de la loi

L'article 259-II de la loi les énumère :

- La **composition des conseils** (art. L 1423-12 et L 1423-13) ;
- Les **nouveaux pouvoirs du bureau de conciliation et d'orientation** (art. L 1454-1, art. L 1454-1-1, art. L 1454-1-2 et art. L 1454-1-3).

A noter qu'il revient d'ores et déjà à chaque greffe des conseils de prud'hommes de bien prévenir les défendeurs qu'en cas de non comparution sans motif légitime devant le BCO, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu sur le fond.

III – Les dispositions qui entreront en vigueur à compter du premier renouvellement des conseillers prud'hommes

Il s'agit du 11° et 12° du I de l'article 258 c'est-à-dire essentiellement les dispositions sur **la formation des conseillers prud'hommes** (art. L 1442-1 et L 1442-2).

Un décret spécifique sur la formation des conseillers prud'hommes devra donner un certain nombre de précisions.

IV – Les dispositions qui rentreront en vigueur au plus tard le premier jour du 18^{ème} mois suivant la promulgation de la loi

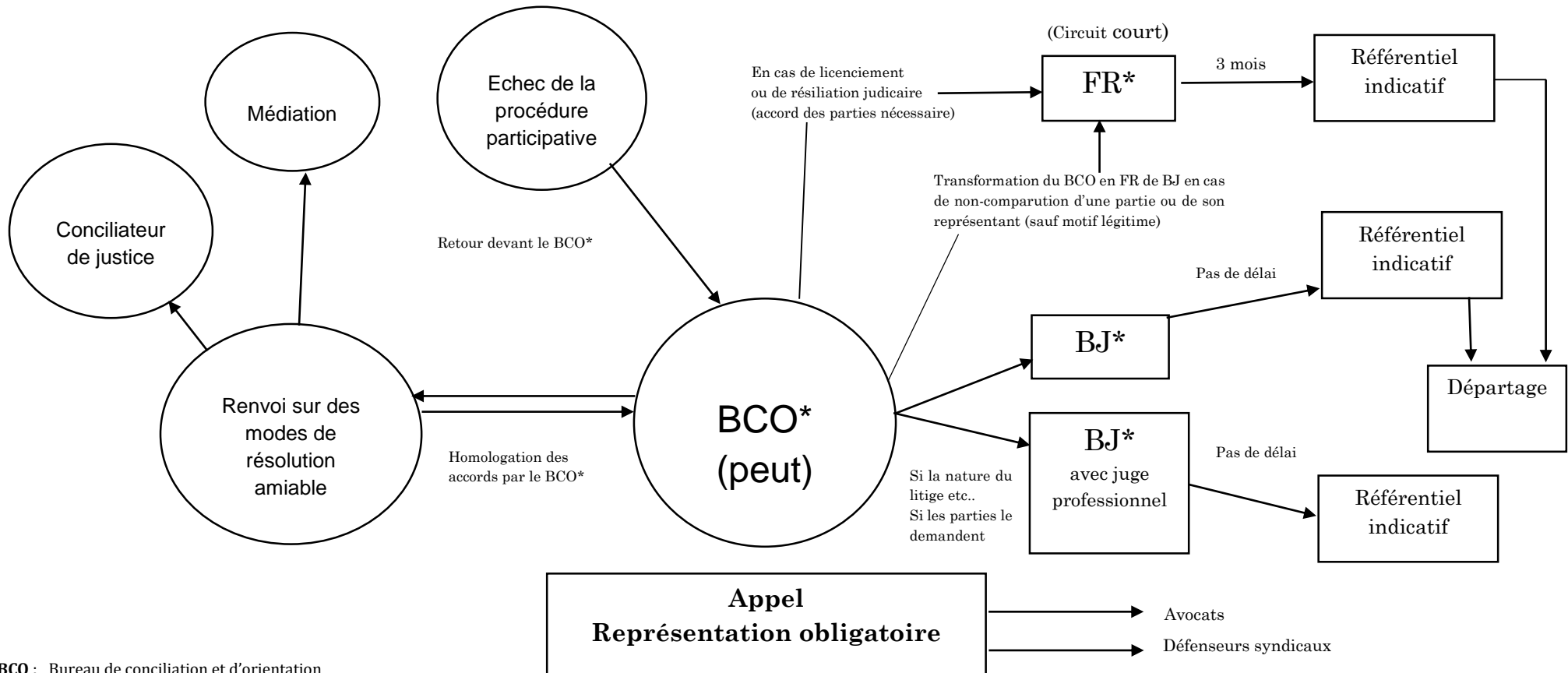
- La discipline applicable aux conseillers prud'hommes (art. L 1442-11 à L 1442-13-1) ;
- La mise en place de la commission de discipline (art. L 1442-13-2 à L 1442-16-2).

V – Les dispositions qui rentreront en vigueur au plus tard le premier jour du 12^{ème} mois suivant la promulgation de la loi

- Toutes les dispositions concernant le **défenseur syndical** (art. L 1453-4 à L 1453-9) ainsi que la protection contre le licenciement dont bénéficiera désormais le défenseur (art. L 2144-24, art. L 2112-15 et L 2439-1).
- Un décret sur les conditions d'inscription du défenseur syndical devrait être publié en octobre.

Annexe 3

Nouveaux circuits de la justice prud'homale



*BCO : Bureau de conciliation et d'orientation
 *BJ : Bureau de jugement
 *FR : Formation restreinte

Dernière minute !

Flash sur le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail

- Le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail prévoit la suppression des règles spécifiques de l'unicité et de la péremption d'instance.
- L'appel sera à terme régi par la procédure avec représentation obligatoire, les parties étant tenues de recourir à un avocat ou à un défenseur syndical.
- Les salariés appartenant à la même branche d'activité (ex : secrétaires de syndicat) devraient pouvoir continuer à assurer de la défense prud'homale, seul le 2° de l'article R 1453-2 étant modifié (le terme « *défenseurs syndicaux* » remplaçant « *les délégués permanents et non permanents* » des organisations d'employeurs et de salariés).
- Le nouveau rôle d'orientation du BCO est précisé, avec, de plus, un rôle d'incitation à la résolution amiable des différends.

Attention ! Ceci est un projet de décret qui n'a encore fait l'objet d'aucune consultation et qui risque d'évoluer.