

82 En questions : la procédure prud'homale et la médiation après la loi *Macron*

Manuelle PUYLAGARDE,

avocat, MPS Avocats,
membre d'AvoSial,
médiateur



LA LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, dite loi *Macron*, reflète son intitulé (et quel intitulé !) tant les thèmes abordés sont divers. Ceux-ci touchent notamment le droit social en réformant le droit des PSE, l'inspection du travail, le détachement transnational de tra-

vailleurs, l'épargne salariale et le travail dominical, ce sujet ayant donné lieu à moult débats juridiques et d'opinions. Cependant, elle prévoit également une réforme importante du fonctionnement de la juridiction prud'homale, remanié en profondeur et l'on peut s'étonner qu'elle provienne du ministère de l'Économie.

S'agissant du fonctionnement de la justice prud'homale, l'objectif déclaré de la loi est de la rendre plus rapide, plus sûre et plus prévisible. À cette fin, la loi crée une formation restreinte du bureau de jugement, renforce le rôle du bureau de conciliation (renommé « bureau de conciliation et d'orientation »), ouvre des voies alternatives de résolution des litiges et prévoit l'instauration d'un référentiel indicatif pour la fixation des dommages-intérêts en cas de licenciement injustifié ou irrégulier. Parallèlement, la loi redéfinit le statut des conseillers prud'homaux : nouvelle déontologie, nouvelle obligation de formation et création d'une procédure disciplinaire. Elle crée aussi un véritable statut de défenseur syndical afin de sécuriser l'activité des salariés qui accompagnent les justiciables dans la procédure prud'homale.

La date d'entrée en vigueur de la loi est celle de sa publication, soit le 7 août 2015, même si certains articles sont entrés en application postérieurement ; certains autres n'entreront en application qu'à la suite de la publication des décrets conformément à l'échéancier d'application de la loi.

1. Quels sont les nouveaux pouvoirs du bureau de conciliation et d'orientation (BCO) ?

Le rôle du BCO est renforcé en matière de conciliation et, en cas d'échec de la tentative de conciliation, il intervient désormais en matière d'orientation en proposant le renvoi de l'affaire devant différentes formations du bureau de jugement. Il organise également la mise en état des affaires.

S'agissant du déroulement de la tentative de conciliation, les parties peuvent être entendues séparément et dans la confidentialité. Chaque partie doit se présenter personnellement à l'audience devant le BCO. À défaut, elle doit se faire représenter ou pouvoir invoquer un motif légitime pour expliquer son absence. Selon le nouvel article L.1454-1-3 du Code du travail, si, sauf motif légitime, une partie ne comparait pas, personnellement ou représentée, le BCO peut statuer en tant que bureau de jugement dans sa formation restreinte. Il formera sa conviction et jugera alors l'affaire en l'état des pièces et moyens que la partie qui est présente a contradictoirement communiqués à celle qui ne l'est pas. Les greffes des conseils de prud'hommes doivent veiller à ce que les convocations adressées dans le cadre des instances introduites depuis la publication de la loi informent le défendeur qu'il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu sur le fond en cas de non-comparution sans motif légitime et pas seulement une ordonnance à titre provisoire comme c'était le cas jusqu'à présent. Cette nouveauté a pour but d'inciter les parties à se présenter aux audiences de conciliation, la plupart des défendeurs n'étant pas présents jusqu'alors.

S'agissant de l'orientation des affaires, le BCO peut, par simple mesure d'administration judiciaire, renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement dans sa composition restreinte, le bureau de jugement présidé par un juge départiteur ou le bureau de jugement dans sa composition classique.

Enfin, le BCO assure la mise en état des affaires (*C. trav., art. L. 1454-1-2*). Pour toutes les instances introduites depuis le 7 août 2015, lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le bureau de jugement, le BCO peut assurer sa mise en état. Un ou deux conseillers rapporteurs peuvent être désignés pour que l'af-

Ndlr : Dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

faire soit mise en état d'être jugée. Ils prescrivent toutes mesures nécessaires à cet effet (*C. trav., art. L. 1454-1-2*).

On notera que ce rôle est facultatif, hélas. Il est regrettable que la loi n'ait pas prévu une véritable procédure de mise en état qui aurait permis un traitement plus rapide des dossiers. Il n'est pas rare en effet de constater que seules quelques affaires sont plaidées sur un rôle très chargé, tant les demandes de renvoi sont nombreuses, les dossiers n'étant pas en état.

2. L'option entre les nouvelles formations du bureau de jugement aura-t-elle un impact sur le déroulement de la procédure ?

- **Le bureau de jugement en formation restreinte** : si le litige porte sur un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, le BCO peut renvoyer l'affaire devant un bureau de jugement en composition restreinte : un conseiller prud'homme employeur et un conseiller prud'homme salarié (*C. trav., art. L. 1423-13*). Ce renvoi n'est possible qu'avec l'accord des parties. À défaut, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement en sa formation classique, savoir deux conseillers prud'hommes employeurs et deux conseillers prud'hommes salariés.

Le bureau de jugement dans sa composition restreinte a trois mois pour statuer. S'il estime que le dossier ne relève pas de la formation restreinte, l'affaire est renvoyée devant la formation de jugement présidée par un juge professionnel (formation de départage). Ces dispositions sont applicables aux instances introduites depuis le 7 août 2015.

En pratique, il y a fort à craindre que cette composition restreinte ne permette pas un traitement plus rapide des affaires. D'une part, elle nécessite l'accord des deux parties et l'employeur peut avoir un intérêt à ce que l'affaire traîne. D'autre part, l'expérience montre que les procédures accélérées existantes (licenciement économique, CDD, prise d'acte,...) ne sont pas respectées, les Conseils étant bien trop chargés.

- **Renvoi direct devant la formation de départage** : le BCO peut renvoyer l'affaire directement devant la formation de départage si les parties le demandent ou si la nature du litige le justifie (*C. trav., art. L. 1454-1-1*).

Les juges départiteurs sont des magistrats du tribunal de grande instance et non plus comme auparavant du tribunal d'instance, désignés chaque année par le président du TGI, en fonction de leurs aptitudes et connaissances particulières (*C. trav., art. L. 1454-2 modifié*). En application de l'article L 1454-2 modifié, l'affaire qui, à compter de la publication de la loi, donne lieu à établissement d'un procès-verbal de partage de voix est renvoyée devant le BCO, le bureau de jugement ou la formation de référé présidée par un juge du tribunal de grande instance. Les dispositions relatives aux compositions du bureau de jugement sont applicables aux instances introduites devant les conseils de prud'hommes depuis le 7 août 2015. A l'heure actuelle, les délais de départage dans les « grands » conseils sont extrêmement longs (plus d'un an). Sauf à ce que le nombre de juges départiteurs soit sensiblement augmenté, il est permis de douter qu'un jugement de départage intervienne plus rapidement afin de clore le litige en première instance.

3. Qu'en est-il de l'extension de la procédure d'avis à l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif ?

Le conseil de prud'hommes, tout comme les juges du fond des autres juridictions judiciaires (TI, Cour d'appel, etc.) peut solliciter 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 et se posant dans de nombreux litiges (*C.org. jud., art. L. 441-1*). Cette disposition est immédiatement applicable. Auparavant, la procédure d'avis était réservée aux demandes intéressant exclusivement l'interprétation de dispositions légales ou réglementaires civiles ou pénales. Il est fréquent que certaines

conventions collectives soient mal rédigées ou bien que la superposition des textes sans mise à plat des textes plus anciens en rende la compréhension malaisée. Recourir à un avis préalable peut donc s'avérer souhaitable et l'une ou l'autre des parties pourront avoir intérêt à le suggérer aux conseillers prud'hommes. En revanche, cette procédure ne sera pas de nature à accélérer le règlement des litiges.

4. L'alternative aux procédures judiciaires : les processus de règlement amiable sur le devant de la scène, vraie ou fausse solution ?

Pour désengorger les conseils de prud'hommes, l'article 258, III et IV de loi *Macron* généralise la faculté pour les parties de recourir à deux modes de règlement amiable des conflits. Dans les deux cas, les parties tentent d'aboutir à un accord, qui le cas échéant, doit être homologué par un juge pour avoir force exécutoire. Ces dispositions sont applicables depuis le 7 août 2015.

● Médiation conventionnelle

La procédure de médiation conventionnelle prévue à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative est désormais pleinement applicable aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail. Elle ne concerne plus seulement ceux présentant un caractère transfrontalier. L'article 1530 du Code de procédure civile précise que la médiation conventionnelle s'entend de tout processus structuré par lequel deux parties ou plus tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. L'article 1531 dudit Code précise que la médiation conventionnelle est soumise au principe de confidentialité. En cas d'échec, les parties pourront saisir le conseil de prud'hommes et ne seront pas autorisées à faire état des discussions intervenues dans le cadre du processus de médiation. Ce processus est distinct de la négociation d'une transaction, en ce qu'il est mené par un tiers et permet au demandeur, un salarié dans la plupart des cas, de s'exprimer devant le défendeur. Si l'indemnisation est un élément important du rapprochement des parties, la possibilité de s'expliquer, de façon mesurée du fait de la présence du médiateur, est un élément essentiel du processus et permet souvent de mettre un terme au litige de façon apaisée. La reconnaissance de la médiation conventionnelle en droit du travail est un pas important vers le règlement amiable des litiges, si les acteurs y sont sensibilisés et formés.

● La procédure participative

Instituée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, la procédure participative permet aux parties, avant tout procès, de régler le conflit à l'amiable avec l'assistance d'un avocat. Les articles 2062 à 2066 du Code civil prévoient que 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. Elles peuvent dans ce cadre bénéficier de l'aide juridictionnelle. Les différends qui s'élevaient à l'occasion du contrat de travail étaient expressément exclus de la procédure participative par l'article 2064 du Code civil. Mais l'alinéa qui prévoit cette exclusion est abrogé. En application du IV de l'article 258 de la loi, la procédure participative est désormais possible à l'effet de résoudre un différend s'élevant à l'occasion d'un contrat soumis aux dispositions du Code du travail. Toutefois, lorsque faute de parvenir à un accord au terme de la convention les parties saisissent le conseil de prud'hommes, elles restent soumises à la tentative préalable de conciliation contrairement aux autres différends qui sont dispensés des procédures de conciliation ou de médiation prévues (*C. civ., art. 2066*). Cette différenciation peut s'expliquer par la spécificité de la procédure prud'homale. En effet, le préalable de la

conciliation n'est pas une alternative au contentieux en droit du travail. Elle fait partie intégrante de la procédure prud'homale. Cette procédure recouvrira la pratique actuelle consistant le plus souvent à rechercher une issue transactionnelle avant de saisir le conseil de prud'hommes. Celle-ci se trouvera désormais encadrée par une convention si les parties et leurs avocats consentent à y recourir.

5. Quel sera l'impact du référentiel indicatif pour fixer les dommages et intérêts en cas de licenciement ?

La loi Macron (*art. 258, I, 4°*) prévoit l'établissement d'un référentiel indicatif afin de faciliter la fixation des dommages et intérêts par les juges prud'homaux en cas de licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse (*C. trav., art. L. 1235-1*). Ce référentiel entrera en vigueur, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, dès publication du décret en Conseil d'État l'établissant (sauf disposition contraire de ce dernier).

Ce décret, prévu par l'échéancier de mise en application de la loi, devait être pris en octobre 2015 avant d'être repoussé au mois de mars 2016.

Ce référentiel a pour but de fixer le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée en fonction de l'ancienneté, l'âge et la situation par rapport à l'emploi de l'ancien salarié. Il est facultatif, l'article L. 1235-1 du Code du travail prévoyant que « *le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif* ». Il ne s'imposera aux conseillers que si les parties en font conjointement la demande. Là encore, comme pour le renvoi en formation de jugement restreinte, il ne s'imposera que si les parties en sont d'accord, ce qui risque de limiter les cas d'application.

Ce référentiel ne doit pas être confondu avec le barème des indemnités pouvant être allouées par le juge lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, qui a été censuré par le Conseil Constitutionnel.

A noter : Le président de la République a présenté le 18 janvier 2016 son nouveau plan en faveur de l'emploi qui prévoit notamment que les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse seront plafonnées. Contrairement au barème rejeté par le Conseil constitutionnel, ce nouveau barème, exprimé en mois de salaire, ne dépendra plus de la taille de l'entreprise, mais de l'ancienneté du salarié. Ces plafonds seraient écartés en cas d'atteinte grave au droit du travail (harcèlement, discrimination, etc.). Cette disposition devrait être intégrée dans le projet de loi El Khomri et mis en œuvre au second semestre 2016.

6. Que dire du renforcement de la responsabilisation des conseillers via de nouvelles obligations professionnelles et déontologiques ?

Différentes mesures visent à assurer la continuité de la justice prud'homale et responsabiliser les conseillers prud'hommes.

En vue d'assurer la continuité du service rendu par les conseils de prud'hommes, si des difficultés altèrent le fonctionnement d'un conseil, le premier président de la cour d'appel désigne un ou plusieurs juges du ressort de la cour d'appel (*C. trav., art. L. 1423-10-1 nouveau*) qui se saisiront des affaires inscrites au rôle. Le premier président de la cour d'appel peut également désigner un autre conseil (*C. trav., art. L. 1423-8 modifié*). Ces mesures sont applicables depuis le 7 août 2015.

La professionnalisation des conseillers prud'hommes est assurée par la mise en place d'une formation obligatoire qui complète celle dispensée aux conseillers par leur organisation syndicale ou patronale. Si le conseiller prud'homme ne s'y conforme pas, il sera d'office considéré démissionnaire (*C. trav., art. L. 1442-1 à venir*).

Les conseillers prud'hommes sont soumis depuis le 7 août 2015 à des obligations déontologiques. Ils doivent remplir les critères d'indépendance, d'impartialité, de dignité et de probité. Les conseillers sont également soumis à une procédure disciplinaire qui sera menée par la « Commission nationale de discipline » instituée par l'article 258, I 14° à 18° de la loi. Ils pouvaient déjà faire l'objet de sanctions mais les mesures étaient prises par la section ou la chambre, et non par une instance extérieure composée de magistrats professionnels et non professionnels.

On constate en définitive que la loi *Macron* tend à corriger le fonctionnement si décrié de la justice prud'homale mais de façon très imparfaite. On peut ainsi regretter que la réforme soit en demi-teinte, certainement afin de ménager les susceptibilités des acteurs de cette justice paritaire qui tiennent à leurs prérogatives et ne veulent pas en être dépouillés. C'est ainsi que la question de l'échevinage, discutée depuis longtemps, a été évincée de la réforme. Par ailleurs, certaines dispositions risquent de poser difficulté. Ainsi, la « *nature du litige* », critère retenu pour l'application du renvoi en formation de départage par le BCO, est un concept vague qui risque de donner lieu à interprétation. De même, quels seront les critères sur lesquels se fonderont les conseillers pour décider du renvoi en formation restreinte ou en départage ?

Les nouvelles mesures visant à faciliter le règlement amiable des litiges sont certainement celles qui auront le plus d'impact si les avocats et défenseurs syndicaux jouent le jeu d'une véritable négociation et ne s'acharnent pas à « défendre » au sens classique du terme. Il s'agit de défendre les intérêts de son mandant certes, mais en abandonnant la « bagarre », même non judiciaire. C'est à cette condition que la charge des juridictions sociales sera allégée.