



JOURNAL

supplément au Journal du Barreau
l'article de Me Dany COHEN - version longue

LA LOI « MACRON »
ASPECT DE DROIT DU TRAVAIL :
UN MASSACRE À LA TRONÇONNEUSE ?



LOI MACRON

- INTERVIEW DU BÂTONNIER GILETTA

- CONVENTION D'HONORAIRES OBLIGATOIRE

DOSSIER

RENTRÉE

SOLENNELLE

LA LOI « MACRON » ASPECT DE DROIT DU TRAVAIL : UN MASSACRE À LA TRONÇONNEUSE ?



Dany Cohen
SAF Marseille

Après 6 mois d'une discussion parlementaire particulièrement houleuse et de nombreux recours aux dispositions de l'article 49-3 de la Constitution, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi « Macron » a été publiée au Journal officiel du 7 août 2015 après que le Conseil constitutionnel se soit prononcé sur le texte le 5 août.

Rendant une décision extrêmement importante, il a censuré, en ce qui concerne le volet de droit du travail, uniquement le barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Avant de revenir sur les modifications concernant la justice prud'homale que contient la loi ainsi que le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail il y a lieu de résumer les éléments essentiels que contient le nouveau texte en droit social

I) LES ASPECTS DE DROIT SOCIAL DE LA LOI « MACRON »

La loi dite « Macron » est une loi hétéroclite qui consacre un volet important au droit du travail :

- Elle modifie la législation sur le travail dominical et en soirée : la loi prévoit l'autorisation du travail dominical dans les zones touristiques, commerciales et dans certaines gares qui ne feraient pas partie de ces zones.
- Elle précise plusieurs dispositions contenues dans la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 en matière de licenciement collectif : notamment

concernant l'ordre des licenciements en cas de PSE établi par document unilatéral, de reclassement à l'étranger ou encore des conséquences de l'annulation et de l'homologation du PSE pour insuffisance de motivation

- Elle prévoit une réforme de l'inspection du travail ainsi qu'un renforcement de la lutte contre le travail illégal et contre les fraudes au détachement
- Elle simplifie et uniformise les dispositifs d'épargne salariale
- Elle instaure de nouvelles sanctions au délit d'entrave
- Elle assouplit les conditions de recours aux accords de maintien de l'emploi
- Elle allège l'obligation d'informer les salariés en cas de cession d'entreprise
- Elle élargit les possibilités de s'acquitter de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

II) LA REFONTE DE LA JUSTICE PRUD'HOMALE

Ce qui nous intéresse plus particulièrement concerne

REFORMES TOUT GENRE

les dispositions qui reforment la justice prud'homale : Le nouveau texte modifie la formation et la discipline des conseillers prud'hommes (A), il crée un statut du défenseur syndical (B), élargit la possibilité de recourir à la médiation conventionnelle (C), étend la saisine pour avis de la Cour de cassation (D) met en place un système de barème afin de calculer les indemnités accordées par les juridictions prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (E) et redessine considérablement les pouvoirs du nouveau **bureau de conciliation et d'orientation** (F)

A) La formation et la discipline des conseils des prud'hommes

L'article L1442-1 du Code du travail modifie le processus et les obligations de formation des conseillers prud'hommes. La formation tout au long du mandat qui était jusqu'à présent facultative se voit rendue en partie obligatoire. Elle se divisera désormais en deux temps : une formation initiale (obligatoire) et une formation continue. L'article précise également que les conseillers prud'hommes qui n'auraient pas suivi la formation initiale dans un délai fixé par décret seront considérés démissionnaires.

Le rapporteur du projet de loi, Denys Robiliard, a eu l'occasion de préciser devant l'Assemblée nationale que seule la première semaine de formation initiale sera obligatoire. Comme le préconise le rapport Lacabarats cette formation devrait être, au moins en partie, commune aux représentants employeurs et salariés.

Du côté de leurs obligations déontologiques et disciplinaires, le nouvel article L1421-2 prévoit que *« les conseillers prud'hommes exercent leurs fonctions en toute indépendance, impartialité, dignité et probité et se comportent de façon à exclure tout doute légitime à cet égard. Ils s'abstiennent, notamment, de tout acte ou comportement public incompatible avec leurs fonctions »*. Il précise également qu'ils sont tenus *« au secret des délibérations »*

Enfin nous pouvons noter que ce même article interdit aux conseillers *« toute action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions lorsque le renvoi de l'examen d'un dossier risquerait d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie »* ce qui signifie que l'action concertée n'est pas totalement interdite contrairement au texte initial.

B) Le défenseur syndical

Le Code du travail jusqu'à présent n'imposait pas que les délégués remplissant leur mission d'assistance et de représentation devant le conseil des prud'hommes soient nécessairement des délégués appartenant à une organisation syndicale représentative au niveau national même s'il prévoyait des dispositions facilitant ce dernier cas de figure. Le nouvel article L1453-4 crée un statut du défenseur syndical et précise que ce délégué est nommé uniquement par les organisations syndicales et professionnelles représentatives au niveau national.

C) La médiation conventionnelle

L'ordonnance du 16 novembre 2011 avait introduit un article 24 à la loi du 8 février 1995. Cet article limitait le champ de la médiation conventionnelle, dans les relations de travail, aux seuls litiges transfrontaliers. La loi « Macron » supprime ce dernier article ce qui a pour conséquence d'étendre cette faculté à l'ensemble des litiges liés à un contrat de travail dans les conditions prévues par aux articles 21 à 21-5 de la loi du 8 février 1995.

D) L'extension de la saisine pour avis

L'ancienne version de l'article L441-1 de code de l'organisation judiciaire permettait au conseil de prud'hommes de saisir la Cour de cassation lorsque se pose une question de droit nouvelle, qui présente une difficulté sérieuse et qui se pose dans de nombreux litiges. La loi « Macron » introduit un nouvel alinéa à cet article qui étend la saisine aux questions d'interprétation des dispositions conventionnelles présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

E) Le barème de calcul des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

La partie du volet social de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui a sûrement fait le plus de bruit concerne le mode de calcul des indemnités dans le cadre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il est important de distinguer la phase de conciliation et celle de jugement.

La loi comprenait en son article 266 un barème obligatoire qui servait à calculer les indemnités accordées par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque la procédure allait jusqu'à la

REFORMES TOUT GENRE

phase de jugement. Cette disposition, qui avait été introduite par voie d'amendement du gouvernement et votée en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, n'a pas résisté au contrôle de constitutionnalité.

Le barème était fixé sur la base de deux critères : l'un correspondant à l'ancienneté du salarié et l'autre prenant en compte la taille de l'entreprise.

Les sages de la rue de Montpensier ont vu dans cet article une atteinte au principe d'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel ne condamne pas le principe de ce barème, mais uniquement les critères choisis pour le calculer.

En effet, tout en reconnaissant que le législateur poursuivant un motif d'intérêt général peut mettre en place un tel dispositif, le Conseil estime que les critères retenus doivent nécessairement présenter un lien avec le préjudice subi. Si le critère de l'ancienneté du salarié comprend ce lien, ce n'est pas le cas du critère de la taille de l'entreprise.

Le gouvernement a immédiatement affirmé qu'un nouveau projet de loi sera déposé dans les prochaines semaines à l'Assemblée nationale qui prendra en compte les exigences du Conseil. La victoire acquise par les salariés n'est donc que provisoire.

L'article 258 de la loi, qui s'applique uniquement à la phase de conciliation, a de son côté été déclaré conforme à la Constitution. Il reprend un mécanisme qui avait déjà été mis en place par l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013. Ce dispositif, retranscrit par le législateur, est présent à l'article L1235-1 du Code du travail. Ce dernier article prévoit que le juge, lors de la procédure de conciliation, peut se baser sur un barème indicatif pour calculer l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il faut constater qu'après 2 ans d'existence ce mécanisme n'est presque pas utilisé par les acteurs de la procédure de conciliation (juges prud'hommes, avocats ou parties), mais n'oublions pas qu'il existe toujours un temps entre la promulgation d'une nouvelle règle et son appropriation par les différents acteurs astreints à cette dernière.

Cette disposition comporte dans sa rédaction des ambiguïtés fortes, car elle subordonne la mise en œuvre du dispositif à l'accord des parties et en même temps précise que le juge peut l'imposer

Un autre effet de ce barème indicatif ne devrait pas être négligé, il a pour conséquence de donner un ordre

de grandeur concernant le calcul des indemnités qui influencera nécessairement les acteurs de la procédure prud'homale alors même qu'ils ne se trouveraient pas dans le cadre de l'article L1235-1

L'ambiguïté de ce dispositif semble devoir être comprise comme une étape dans la mise en place d'un barème obligatoire, qui s'imposerait au **bureau de jugement** lorsqu'il allouera des indemnités à un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Ce dernier dispositif était prévu dans loi votée, mais censuré « provisoirement » par le Conseil Constitutionnel.

F) Le nouveau rôle du bureau de conciliation et d'orientation

La réforme de la procédure prud'homale concerne pour une grande partie le bureau de conciliation qui prendra désormais le nom de **bureau de conciliation et d'orientation**. Il est également créé un **bureau de jugement restreint** composé de deux juges.

Soulignons dès à présent que le nouvel article L1454-1-2 du Code du travail affirme le rôle de mise en état des affaires du **bureau de conciliation et d'orientation** même s'il précise également que lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le **bureau de jugement**, celui-ci peut aussi assurer sa mise en état.

Une autre nouveauté est prévue par le nouvel article L1454-1 et consiste en la possibilité pour le **bureau de conciliation et d'orientation** d'entendre les parties de façon séparée et confidentielle. Cette disposition est très surprenante et ne peut que heurter les avocats qui vont trouver cette façon de faire contraire aux prescriptions de l'article 6§1 de la CEDH.

Les modifications les plus importantes des attributions du **bureau de conciliation et d'orientation** concernent sûrement le pouvoir d'orientation dont disposent désormais les juges conciliateurs. En effet, en cas d'échec de la conciliation, le bureau dispose de 3 possibilités :

- Il peut renvoyer l'affaire devant un **bureau de jugement restreint** : le renvoi devant cette nouvelle structure prévue par le nouvel article L1454-1-1 ne pourra concerner que les litiges portant sur un licenciement ou une résiliation judiciaire d'un contrat de travail. Le bureau de jugement restreint disposera d'un délai de 3 mois pour rendre sa décision
- Il peut renvoyer l'affaire devant le juge départiteur : le nouvel article L1454-1-1 du Code du travail

REFORMES TOUT GENRE

permet au bureau de conciliation et d'orientation, en cas d'échec de la conciliation et si les parties le demandent ou si la nature du litige le justifie, de renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement présidé par le juge départiteur. Il est important de préciser que la volonté des parties d'avoir recours à ce circuit ne lie jamais le juge.

- Enfin il peut renvoyer l'affaire, toujours selon l'article L1454-1-1, devant le bureau de jugement paritaire composé de quatre conseillers.

Comme le précise le premier alinéa de l'article L1454-1-1 du Code du travail cette orientation relève d'une simple mesure d'administration judiciaire et n'est donc pas susceptible de recours.

Enfin, nous devons nous attarder sur le nouvel article L1454-3 du Code du travail qui prévoit que lorsqu'une partie ne comparait pas, sauf motif légitime, le bureau de conciliation et d'orientation peut alors juger l'affaire en l'état des pièces et des moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués. Le bureau de conciliation et d'orientation se transforme alors en bureau de jugement restreint.

III) LES NOUVELLES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ISSUES DU PROJET DE DECRET RELATIF À LA JUSTICE PRUD'HOMALE

Le gouvernement a publié début septembre le projet de décret relatif à la justice prud'homale qui vient compléter les dispositions législatives de la loi « Macron ». Ce projet qui devrait correspondre au texte définitif dans les semaines qui viennent est donc susceptible d'être modifié, mais de façon surement marginale. Il devrait porter et poursuivre les 2 formes engagées concernant la procédure sur plusieurs points majeurs : La faculté de non-comparution des parties (A), la possibilité d'écarter les moyens communiqués hors délai (B) et l'introduction d'un principe de représentation obligatoire devant les Cours d'appel (C)

A) La faculté de non-comparution

L'article 11 du projet de décret introduit 3 nouveaux alinéas à l'article R1453-3 du Code du travail. Ces nouveaux alinéas prévoient la possibilité pour une partie de se faire dispenser de l'obligation de comparaître devant le **bureau de jugement** ou la **formation de référé**. La nouvelle rédaction fortement inspirée de la procédure civile renvoie d'ailleurs expressément à l'article 446-1 du code de procédure

civile. Cette nouvelle disposition a pour conséquence de remettre partiellement en question le principe d'oralité de la procédure prud'homale qui reste pourtant affirmé à l'alinéa 1 de l'article R1453-3

B) La disparition progressive de l'oralité prud'homale

De la même façon, la nouvelle rédaction de l'article R1453-4 du Code du travail prévoit que quand les parties sont défendues par un avocat ou par un défenseur syndical, si elles formulent leurs prétentions par écrit, elles sont soumises au principe directeur du procès résultant du décret Magendie. Elles doivent formuler expressément les moyens en fait et en droit sur lesquelles leurs prétentions sont fondées avec indication pour chaque prétention de pièces invoquées. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions. Le juge ne statuera que sur les prétentions énoncées au dispositif. Les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs précédentes écritures. À défaut elles sont réputées avoir été abandonnées.

Le **bureau de jugement ou de référé** peut, quand les parties se défendent seules, mais formulent leurs prétentions et moyens par écrit, prévoir qu'elles sont réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures.

C) La possibilité d'écarter les moyens communiqués après la date fixée pour les échanges

L'article 13 du décret modifie la rédaction de l'article R1454-1 du Code du travail qui dispose désormais à son quatrième alinéa que « *le bureau de jugement ou la formation des référés peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense* »

D) Le principe de représentation obligatoire devant la Cour d'appel

Soulignons enfin que le projet de décret prévoit en son article 28 une modification des conditions de recevabilité des demandes en appel qui est introduite à l'article R1461-1 du Code du travail. La nouvelle rédaction de l'article met en œuvre le principe de la représentation obligatoire devant la Cour d'appel. Les parties seront désormais obligées d'avoir recours à un avocat ou au défenseur syndical devant les juges d'appel.

REFORMES TOUT GENRE

CONCLUSION

Le premier constat que nous pouvons faire est que la loi participe à l'affaiblissement du rôle du droit pénal du travail qui passe par la réduction des condamnations encourues en cas d'entrave au prétexte que les condamnations fortes n'étaient jamais prononcées. De mon point de vue c'est sans doute la disposition la plus symbolique de la loi, car elle fait perdre le caractère pédagogique qu'implique la sanction pénale en estimant que c'est moins grave aujourd'hui qu'hier de porter atteinte au fonctionnement régulier des instances de représentation du personnel.

L'ensemble du droit du travail fait aujourd'hui l'objet d'une remise en cause qui devrait se traduire dans les mois qui viennent par de nouvelles dispositions légales qui se dessineront à la suite de la publication, au cours du mois de septembre, du rapport Combrexelle et qui composeront certainement l'acte final de la grande réforme du droit du travail débutée par le gouvernement lors de l'annonce du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi le 6 novembre 2012. Cette première étape comprenait notamment la création du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) entré en vigueur le 11e janvier 2013, elle a immédiatement été suivie de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) validé par la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et qui concernait principalement le droit du licenciement collectif.

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques constitue la troisième étape de

ce mouvement qui s'est encore accéléré avec la loi relative au dialogue social et à l'emploi dite loi « Rebsamen » du 17 août 2015 qui réforme en profondeur le droit de la négociation collective.

La dernière étape devrait intervenir à la fin de l'année lorsque le gouvernement sous l'impulsion du rapport Combrexelle devrait revoir complètement la place des accords collectifs dans le droit social et « simplifier le Code du travail ».

Le plus curieux et sans doute le plus scandaleux dans cette évolution est qu'elle part de présupposés qu'aucune étude scientifique n'a validés. Le Code du travail est présenté comme étant illisible ce qui n'est jamais dit pour le droit fiscal, commercial ou civil... La protection qu'est censé apporter le droit du travail à la partie subordonnée, en l'espèce le salarié, est à un tournant de son histoire. C'est sans doute la conséquence du caractère massif du chômage qui a pour effet de modifier la perception de la règle de droit, vue comme facteur d'empêchement de recruter, là encore aucune étude sérieuse n'établit de lien entre une règle protectrice et le fait que cette règle serait un des facteurs explicatifs du chômage de masse. Souvenons-nous que la suppression de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique individuel était censée créer des centaines de milliers d'emplois dont on attend toujours la création. ■

Bibliographie :

- Décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-715 - DC du 5 août 2015
- Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen - *Le travail et la loi* - Fayard
- Pascal Lokiec - *Il faut sauver le droit du travail !* - Odile Jacob
- Jacques Barthélemy et Gilbert Cette - Rapport pour Terra Nova - Odile Jacob
- Daniel Boulmier - *Le volet prud'homal du projet de loi Macron...* - Droit Social 2015 p 430
- Institut Montaigne - *Sauver le dialogue social* - Rapport
- Jean – Denis Combrexelle - *La négociation collective, le travail et l'emploi* - Rapport