

Paris, le 20 octobre 2015

**Observations du Syndicat de la magistrature
sur le projet de décret relatif à la justice prud'homale
et au traitement judiciaire du contentieux du travail.**

Le Syndicat de la magistrature a été consulté, dans le cadre de la commission permanente d'études, sur le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

Ce décret a pour objet :

- d'adapter la procédure prud'homale en premier ressort et en appel en conséquence, notamment, des dispositions de l'article 258 de la loi du 6 août 2015 dite « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » relatif à la justice prud'homale,
- de regrouper devant le tribunal d'instance l'ensemble du contentieux préelectoral de l'entreprise,
- de définir les modalités de traitement de la saisine de la Cour de cassation pour avis en matière d'interprétation de conventions et accords collectifs.

S'il ne contient pas les dispositions d'application auxquelles il est expressément renvoyé par la loi « Macron » mais relève au contraire de l'exercice par le gouvernement de son pouvoir réglementaire autonome en matière de procédure civile, nombre de ses dispositions s'inscrivent dans la logique et tirent les conséquences de la profonde réforme de l'institution prud'homale opérée par cette loi, trop symboliquement portée par le ministre de l'économie et elle même largement inspirée par le rapport « Lacabarats » qui en a été le prélude.

Sans revenir en détail sur l'ensemble des observations, pour beaucoup très critiques, que le Syndicat de la magistrature avait développées sur ce rapport et sur le projet de loi qui en est issu¹, il sera à nouveau relevé que prétendant moderniser la justice prud'homale et rationaliser le traitement du contentieux individuel du travail, cette réforme a d'abord consisté, en réalité, à atomiser les modalités de traitement de ce contentieux en multipliant à l'infini les formations de jugement compétentes et les modes alternatifs de règlement des litiges. Au point qu'il devient manifeste que le contentieux individuel du travail a aujourd'hui vocation à être traité soit hors du cadre judiciaire soit, dans ce cadre, par un juge professionnel et, en définitive, le moins souvent possible par la formation de droit commun du conseil de prud'hommes.

1 www.syndicat-magistrature.org/Observations-du-Syndicat-de-la-2339.html

Ainsi ce projet de décret s'inscrit-il clairement dans la logique visant à vider progressivement et à bas bruit le paritarisme prud'homal de son contenu et ce, au motif avoué dans l'étude d'impact du projet de loi « Macron » que selon « *le monde de l'entreprise* », la structuration du marché du travail « *trouverait son fondement dans le risque contentieux inhérent au contrat à durée indéterminée* ».

Le Syndicat de la magistrature entend donc redire avec force que cette justification de l'annexion de la justice prud'homale à la cause de l'emploi vue au seul prisme des attentes des employeurs est inacceptable :

- d'abord parce qu'elle valide la thèse éculée et jamais démontrée selon laquelle la justice prud'homale constituerait un frein à l'embauche ;
- ensuite, parce qu'elle suggère que le recours aux conseils de prud'hommes des salariés licenciés serait nécessairement défavorable aux employeurs, postulant ainsi la partialité de la juridiction ;
- enfin parce qu'apparaît dans cette présentation l'idée que le risque de devoir justifier, devant un juge, du motif réel et sérieux d'un licenciement devrait être, sinon épargné aux employeurs, du moins relégué au rang d'exception ; autrement dit, que le droit fondamental des salariés licenciés de recourir au juge prud'homal devrait s'effacer au prétexte que son exercice desservirait l'emploi.

Le projet politique de mettre les employeurs à l'abri des aléas du risque contentieux a d'ailleurs éclaté au grand jour avec l'adoption, en fin de processus parlementaire et sans débat, de l'amendement du gouvernement instituant un plafonnement des dommages intérêts dus en cas de licenciement sans cause réelle ni sérieuse, disposition heureusement annulée par le Conseil constitutionnel.

C'est donc dans la continuité de la dénonciation d'une justice prud'homale réadaptée aux attentes des seuls employeurs, dont les intérêts prennent curieusement les traits d'un objectif national, que le Syndicat de la magistrature analyse ce projet de décret.

L'article 2 du projet de décret tend à permettre le règlement rapide des difficultés relatives à l'attribution d'une affaire à telle ou telle section du conseil de prud'hommes.

Pourtant l'objectif, louable, de couper court à toute contestation purement dilatoire de la compétence d'une section ne sera qu'imparfaitement atteint par la disposition prévoyant que « il ne peut être fait application que devant le bureau de conciliation et d'orientation ... » des dispositions prévoyant le règlement de cette difficulté par une décision d'administration judiciaire prise par le président du conseil de prud'hommes. Au contraire, cette formulation maladroite suggère que dans l'hypothèse où la difficulté serait soulevée à un autre stade de la procédure, elle ne pourrait être réglée que par une décision contentieuse de la formation initialement saisie, impliquant de longs délais de traitement.

C'est pourquoi le but recherché serait beaucoup plus sûrement atteint en instituant une fin de non recevoir de toute difficulté de cette nature soulevée devant le bureau de jugement ou, dans les cas où l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, à la première audience à laquelle l'affaire est appelée.

L'article 4 du projet fixe la composition des quatre formations du bureau de jugement - formation de droit commun, formation restreinte, formation présidée par un juge professionnel et formation de départage - qui viennent se substituer aux deux formations aujourd'hui compétentes (droit commun et départage).

Est ici consacré l'éclatement du bureau de jugement organisé par la loi et ce :

- sur la base de critères de répartition arbitraires et flous (« si le litige porte sur un licenciement », soit l'immense majorité du contentieux, pour la formation restreinte et « si la nature du litige le justifie » pour le renvoi devant la formation présidée par un juge professionnel) ;
- au mépris du principe d'égalité devant la loi ;
- et au mépris du principe du juge naturel qui interdit de choisir son juge (alors que les parties interviendront dans le choix de l'une ou l'autre des formations).

Ainsi le bureau de conciliation « et d'orientation » - nouvelle dénomination sonnante comme une cynique référence à l'objectif de gestion et d'accélération des flux contentieux qui irrigue la réforme - est-il placé en position d'engager les parties dans un processus judiciaire complexe, aléatoire et illisible, à l'exact opposé des objectifs de simplification et d'accessibilité de la justice dont la ministre de la justice fait un credo. Surtout, la formation présidée par le juge professionnel introduit un échevinage à la carte qui signe une profonde défiance à l'égard du paritarisme judiciaire et contredit la promotion de la négociation et du dialogue social qui prévaut par ailleurs dans la doxa gouvernementale.

Si ces orientations, fixées par la loi, ne peuvent plus être remises en cause au stade de ce projet de décret, leur traduction réglementaire devrait, à tout le moins, s'attacher à rester fidèle aux spécificités de la juridiction prud'homale. Tel n'est pas le cas de l'énumération des formations de jugement, toutes placées sur un plan d'égalité, à laquelle procède l'article 4, alors que la formation restreinte et les deux formations présidées par un juge professionnel sont réservées à des catégories de contentieux répondant à des critères fixés par la loi et ne constituent, par conséquent, que des formations dérogatoires au droit commun du bureau de jugement qui reste composé de quatre conseillers.

C'est pourquoi le Syndicat de la magistrature revendique que l'article 4 soit ainsi rédigé :

« Le bureau de jugement comprend deux employeurs et deux salariés.

Par exception il comprend, selon les cas :

1° dans sa composition restreinte visée à l'article L. 1423-13, un employeur et un salarié ;

2° dans sa composition visée au 2° de l'article L. 1454-1-1, deux employeurs, deux salariés et le juge mentionné à l'article L. 1454-2 ;

3° aux fins de départage, la formation mentionnée au 1° ou 2° qui s'est mise en partage de voix, présidée par le juge départiteur. »

L'article 9 procède à la refonte des règles régissant la saisine du conseil de prud'hommes.

Trois dispositions, particulièrement critiquables, doivent être modifiées :

1) Il n'est pas admissible, tout d'abord, que le demandeur soit contraint, lorsqu'il « *fait, remet, ou adresse* » sa requête au greffe du conseil de prud'hommes d'y inclure « *un exposé sommaire des motifs de la demande* » (article R 1452-2 nouveau) : alors même que la justice prud'homale doit rester accessible à tous sans qu'il soit nécessaire d'être assisté pour la saisir, une telle exigence est de nature à décourager de nombreux justiciables peu habitués au formalisme judiciaire et à l'expression écrite. Au demeurant, le simple énoncé des demandes laisse peu de place aux incertitudes et le souci, louable, d'informer le défendeur sur l'étendue du litige sera amplement satisfait par leur simple énumération. Ainsi la demande de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse l'informe-t-elle, évidemment, que les motifs du licenciement qu'il a prononcé sont contestés, de même que la demande de rappel d'heures supplémentaires l'informe-t-elle que le salarié considère avoir travaillé selon un horaire supérieur à celui qui a été payé ...

2) Par opposition à l'audience du bureau de jugement, le projet utilise le terme de « séance » pour désigner l'audience tenue par le bureau de conciliation (notamment, à l'article R 1452-3 nouveau) ; cette terminologie nouvelle, qui tourne le dos à la conception du procès prud'homal accordant une importance prépondérante à cette « audience initiale », n'est pas conforme à l'objectif affiché de donner toutes ses chances à la conciliation et de faire de ce bureau de conciliation l'occasion d'un véritable examen de l'affaire ; au demeurant le terme « audience » s'impose, en tout état de cause, au regard des pouvoirs juridictionnels qui sont déjà donnés au bureau de conciliation - et que la loi nouvelle renforce – lesquels ne peuvent être exercés qu'à l'issue d'un débat qui trouve nécessairement sa place dans une véritable audience, en tant qu'elle implique la publicité des débats et le respect du contradictoire ;

3) Enfin, la communication des pièces du défendeur préalable à l'audience de conciliation doit, par parallélisme avec l'obligation imposée au demandeur, être effectuée par lettre RAR et non sans forme comme il est prévu à l'article R 1452-4 nouveau.

Il faut par ailleurs signaler qu'en ré-écrivant la totalité du chapitre 2 du titre V du livre quatrième de la partie réglementaire du Code du travail l'article 9 du projet de décret procède à la suppression pure et simple des articles R 1452-6 et R 1452-7 qui énoncent les principes de l'unicité de l'instance prud'homale et de la recevabilité des demandes nouvelles en cause d'appel.

Si la première de ces suppressions ne fait pas difficulté, il sera en revanche observé que la recevabilité des demandes nouvelles, quoi que fortement corrélée à la règle de l'unicité de l'instance, mériterait d'être maintenue, s'agissant d'un contentieux opposant fréquemment des parties qui restent liées par un contrat de travail en cours d'exécution.

L'article 10 du projet met fin à l'obligation de comparution personnelle des parties, spécificité de la justice prud'homale et ce au bénéfice, essentiellement, des employeurs.

Si ce renoncement à la comparution personnelle peut être admis au stade du bureau de jugement, il n'est pas acceptable au stade du bureau de conciliation : si l'objectif est de concilier, la présence des parties est évidemment essentielle. Cette option apparaît donc en totale contradiction avec l'objectif affiché de favoriser au maximum la résolution amiable des litiges.

Alors que le faible taux de conciliation a fréquemment été avancé pour dénoncer un prétendu échec de la prud'homie, cette concession aux employeurs sonne comme une contradiction majeure et autorise toutes les spéculations quant aux buts véritables de cette réforme. Le Syndicat de la magistrature demande donc que l'obligation de comparution personnelle des parties soit rétablie au stade de l'audience de conciliation.

L'article 11 prévoit qu'au nombre des personnes habilitées à assister et représenter une partie devant le conseil de prud'hommes figurent désormais les défenseurs syndicaux, dont le statut est créé par la loi du 6 août 2015.

Si l'institution des défenseurs syndicaux constitue une avancée notable, aucune disposition de la loi ne prévoit ni n'implique, en revanche, qu'ils devraient se substituer aux « délégués permanents ou non permanents des organisations d'employeurs et de salariés » qui assuraient jusqu'à aujourd'hui ces fonctions d'assistance. En prévoyant que les défenseurs syndicaux remplacent ces derniers le projet de décret prend donc une option qui n'est en rien imposée par la loi et qui aboutit à diminuer considérablement les capacités d'assistance et de représentation des salariés. La loi fixe en effet à dix heures par mois le temps dont les défenseurs syndicaux disposeront pour exercer leurs fonctions, ce qui est très loin de suffire à satisfaire les besoins de la défense prud'homale non prise en charge par les avocats.

L'institution des défenseurs syndicaux ne constitue donc pas une raison suffisante pour mettre fin à l'activité de défense assurée par les délégués des organisations syndicales, lesquels peuvent parfaitement et doivent co-exister avec eux pour préserver toutes les capacités d'assistance et de représentation nécessaires à la défense des salariés.

L'article 15 est relatif à la composition et au fonctionnement du bureau de conciliation. Plusieurs de ses dispositions font difficulté.

1) L'article R 1454-13 nouveau prévoit que « *Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le défendeur ne comparait pas sans justifier d'un motif légitime, le bureau de conciliation et d'orientation peut, si un report est nécessaire, la renvoyer à une audience ultérieure selon les modalités visées à l'article R. 1454-17, après avoir, s'il y a lieu, usé des pouvoirs prévus à l'article R. 1454-14.* » Cette disposition fait elle-même difficulté à plusieurs titres.

- Le renvoi à une audience ultérieure « selon les modalités visées à l'article R 1454-17 » implique que l'affaire soit renvoyée, aux termes dudit article R 1454-17, « *à une audience ultérieure du bureau de jugement* » et ce, dans l'une ou l'autre de ses compositions, restreinte ou de droit commun. Ce renvoi au bureau de jugement apparaît pourtant antinomique de la mention selon laquelle il pourrait être décidé « *si un report est nécessaire* ». Cette précision paraît en effet viser l'hypothèse où serait nécessaire un report de l'affaire devant le bureau de conciliation et non pas devant le bureau de jugement (le terme « report » impliquant que l'affaire revienne devant la même formation). Il apparaît donc nécessaire de supprimer les mots « selon les modalités visées à l'article R 1454-17 », afin que soit clairement affirmée la faculté, pour le bureau de conciliation, de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure du même bureau lorsque le défendeur ne comparait pas.

Plus généralement, il est essentiel que le bureau de conciliation puisse, en toute hypothèse y compris lorsque les deux parties ont comparu, renvoyer une affaire à une audience ultérieure de conciliation, notamment lorsqu'il apparaît qu'une conciliation est possible et que ce renvoi serait de nature à la favoriser ou à permettre la reprise des discussions dans de meilleures conditions de temps et de préparation. Cette faculté de renvoi à une audience de conciliation ultérieure - chaque fois que 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 - était d'ailleurs préconisée par le rapport Lacabarats. Elle doit donc être expressément mentionnée dans une disposition distincte et dans des termes qui n'en limitent pas l'application à la seule hypothèse où le défendeur ne comparait pas. (« *Si un report est nécessaire, le BC peut toujours renvoyer l'affaire à une audience ultérieure* ».)

- Par ailleurs, cette rédaction de l'article R 1454-13 passe totalement sous silence la faculté offerte au bureau de conciliation, dans la même hypothèse de non comparution d'une partie sans motif légitime, de « *juger l'affaire, en l'état des des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués* » prévue à l'article L 1454-1-3 nouveau créé par la loi du 6 août 2015. Cette omission n'est pas admissible, alors surtout que la disposition peut être lue comme récapitulant l'ensemble des solutions qui s'offrent au bureau de conciliation en cas de non comparution du défendeur et que cette faculté de juger l'affaire en l'état constitue une innovation très importante, de nature à permettre de vaincre la résistance dilatoire d'employeurs rétifs à toute tentative de conciliation.

2) L'article R. 1454-17 nouveau dispose que « *dans le cas visé à l'article R. 1454-13, l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure du bureau de jugement dans sa composition restreinte ou dans celle mentionnée à l'article L. 1423-12* ».

En suggérant que le bureau de conciliation serait totalement maître du choix de renvoyer l'affaire devant l'une ou l'autre de ces deux formations de jugement cette rédaction méconnaît les dispositions de l'article L 1454-1-1 nouveau qui détermine les conditions et critères selon lesquels ces formations peuvent être saisies. Certes ces critères sont minimalistes mais ils s'imposent néanmoins au bureau de conciliation, qui ne dispose pas, contrairement à ce que cette disposition laisse entendre, d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix de la formation à laquelle il décide de renvoyer l'affaire.

Maladroite dans son énoncé, cette disposition est au demeurant inutile : visant spécifiquement l'hypothèse où le défendeur ne comparait pas, elle ne constitue qu'une application particulière de la disposition plus générale introduite à l'article R 1454-18 nouveau qui lui succède immédiatement. La règle selon laquelle « *en l'absence de conciliation ... l'affaire est orientée vers le bureau de jugement approprié au règlement de l'affaire, désigné dans les conditions prévues à l'article L 1454-1-1* » qui y est énoncée absorbe en effet, avec les précisions et réserves nécessaires cette fois, la situation dans laquelle la conciliation n'a pu avoir lieu faute de comparution du défendeur.

L'article 30 introduit le régime de la représentation obligatoire devant la Cour d'appel statuant en matière prud'homale, soit par avocat, soit par un défenseur syndical.

Préconisée par le rapport Lacabarats au prétexte « *du nombre considérable d'affaires où les parties sont assistées ou représentées* » et de « *la complexité croissante des litiges* », cette disposition appelle la plus ferme opposition. Si 10 % seulement des justiciables comparaissent seuls devant les cours d'appel - ce qui n'exclut évidemment pas, au demeurant, qu'ils soient assistés par un avocat ou un défenseur syndical – ce constat ne peut, à lui seul constituer, une justification suffisante et convaincante à la suppression de cette faculté, alors même que le nombre de justiciables concernés reste important en valeur absolue et que l'accessibilité de la justice, notamment en termes de coût, est constamment revendiquée comme un objectif prioritaire. Cette condition essentielle du libre accès au juge social est d'autant plus nécessaire que ces 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 et sans représentation obligatoire 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. Ni le confort des magistrats ni les gains de productivité attendus de la normalisation des conclusions qui découle elle-même de la procédure avec représentation obligatoire ne peuvent justifier que le libre accès à la juridiction d'appel soit compromis au détriment des justiciables les plus modestes. Et il n'est pas plus acceptable 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.

C'est pourquoi le Syndicat de la magistrature demande expressément que cette disposition soit écartée. Il tient par ailleurs à souligner que dans l'hypothèse où cette disposition serait néanmoins maintenue, il y aurait alors lieu, en tout état de cause, de prévoir l'introduction d'une dérogation aux dispositions de l'article 1635 bis P.-I- du code général des impôts aux termes duquel « *Il est institué un droit d'un montant de 150 € dû par les parties à l'instance d'appel lorsque la constitution d'avocat est obligatoire devant la cour d'appel* », étant précisé que « *Le produit de ce droit est affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoués près les cours d'appel à créer dans le cadre de la réforme de la représentation devant les cours d'appel* ».

Il ne serait pas admissible, en effet, qu'à l'obstacle à l'accès au juge résultant de la représentation obligatoire s'ajoute un obstacle financier frappant tout particulièrement les justiciables à revenus modestes, contraints de subir les appels dilatoires d'employeurs peu sensibles à cet obstacle financier pour obtenir les salaires et indemnités dont ils auraient été injustement privés.

L'article 33 récapitule les modes de règlement amiable des litiges auxquels le bureau de conciliation peut avoir recours, étant précisé que s'y ajoute la procédure participative des articles 2062 et suivants du code civil, rendue applicable par la loi du 6 août 2015.

Aux termes de ces dispositions, le bureau de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur, déléguer à un conciliateur de justice la tentative préalable de conciliation ou désigner un médiateur. Le Syndicat de la magistrature est résolument hostile à cette multiplication des « circuits de dérivation » de la justice prud'homale pour plusieurs raisons. D'abord par ce que ce choix consacre un paradoxe incompréhensible : alors même que la juridiction prud'homale est expressément dédiée au règlement des litiges du travail par la voie de la conciliation et, à défaut de conciliation seulement, par jugement, et alors que l'un des objectifs du projet de loi est de renforcer le rôle et l'autorité du bureau de conciliation, pourquoi faudrait-il externaliser cette mission ? Si le taux de conciliation peut paraître aujourd'hui insuffisant, il existe bien d'autres moyens d'en assurer le relèvement – plusieurs d'entre eux étant d'ailleurs préconisés par le rapport Lacabarats - sans qu'il soit nécessaire de renoncer à confier cette mission précisément à ceux qui ont acquis in vivo la connaissance des relations de travail en entreprise, gage d'une meilleure capacité à en dénouer les conflits.

Ensuite parce qu'il est illusoire, en multipliant les voies alternatives de règlement des litiges du travail, d'espérer désencombrer les juridictions qui ont pour mission de les résoudre : les résultats obtenus en matière de médiation judiciaire devant les cours d'appel les plus encombrées (dans lesquelles l'incitation à y recourir est pourtant particulièrement forte pour éviter des délais de jugement inacceptables) devraient en convaincre.

De même, encore, parce que la nature et la finalité du droit du travail, irrigué par un ordre public de protection, impose de confier sa mise en œuvre à une autorité maîtrisant ces spécificités, lesquelles interdisent de faire de la recherche d'une solution transactionnelle un simple marchandage. C'est au demeurant la raison pour laquelle tant la directive du 21 mai 2008 que le Conseil d'État, dans son rapport du 29 juillet 2010, ont pris soin de rappeler qu'il ne devrait pas être recouru à la médiation dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

Enfin parce que ces modes alternatifs de règlement ont un coût non négligeable et qu'ils contreviennent ainsi au principe de gratuité de la justice auquel le Syndicat de la magistrature est particulièrement attaché, singulièrement en matière de litiges sociaux.