

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS /2013/5

<http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/working-papers>

La Médiation en droit du travail

Soraya Amrani Mekki



Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

ISSN In Process



LA MÉDIATION EN DROIT DU TRAVAIL

Soraya Amrani Mekki - Université Paris Ouest-Nanterre
la Défense

Juillet 2013

ABSTRACT

While alternative dispute resolution is being developed to make the judge a last-resort solution and provide some welcome dejudicialisation in these times of economic crisis, labour disputes remain stubbornly resistant to the spread of such methods. The existence of mandatory prior conciliation before the French Conseil des Prud'hommes (Labour Tribunal) is given as justification for this resistance to alternative dispute resolution in general, and mediation in particular. A political choice appears to have been made to protect this labour tribunal conciliation process from mediation, whether contractual or judicial, in order to preserve the specific nature of the Conseil des Prud'hommes, despite these tribunals being contested on all sides.

KEY WORDS

Procédure, Conseil de Prud'hommes (Labour Tribunal), mediation, conciliation

RÉSUMÉ

Alors que les modes alternatifs de règlement des litiges se développent pour faire du juge un ultime recours et assurer de ce fait une déjudiciarisation bienvenue en période de crise économique, le contentieux du travail demeure réfractaire à leur épanouissement. L'existence du préalable obligatoire de conciliation devant le conseil des prud'hommes est en effet invoquée comme justification de cette résistance aux modes alternatifs de règlement des litiges en général et à la médiation en particulier. Le choix politique semble avoir été fait de préserver la conciliation prud'homale de la médiation, tant conventionnelle que judiciaire, afin de préserver la spécificité du Conseil des prud'hommes, juridiction par ailleurs contestée de toutes parts.

MOTS CLÉS

Procédure, Conseil de Prud'hommes, médiation, conciliation

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

S. Amrani Mekki, La médiation en droit du travail, COMPTRASEC-WPS/2013/5, juillet 2013.

© COMPTRASEC - 2013
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux4.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université Montesquieu - Bordeaux IV
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.
<http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

La Médiation en droit du Travail

Selon un Proverbe africain, il n'y a pas de litige mais deux personnes qui ne se sont pas écoutées. Partant de ce constat de bon sens, la judiciarisation de la société, pourtant signe d'une société démocratique, a été critiquée. Les vertus de la conciliation sont apparues de manière si éclatante que les voies de dérivations judiciaires sont devenues une réelle obsession pour le législateur.

La conciliation prud'homale. La matière sociale n'échappe pas au mouvement général qu'elle accompagne quasiment naturellement. Il ne faut pas oublier que la devise du CPH est « *servat et conciliat* ». L'essence même de cette juridiction d'exception instituée en 1806 à Lyon a été de concilier les parties. Jugées par leurs pairs, à parité, les justiciables passent obligatoirement par une phase de conciliation. Cette conciliation est jugée consubstantielle aux litiges du travail pour une double raison.

D'abord, parce qu'il s'agit d'un contentieux dit chaud où l'affect est important. Il s'agit ainsi bien souvent d'aller rechercher derrière le litige le conflit sous jacent qui peut ne pas relever du droit. Il en est ainsi dans l'exemple fameux relevé par Mme Blohorn Brenneur d'un employeur considérant sa salariée comme sa fille et qui se disait avoir été trompé deux fois dans sa vie: une fois par sa femme et une fois par sa fille.

Ensuite parce qu'il s'agit de litiges qui s'installent dans la durée car le contentieux prud'homal ne se résume pas uniquement au contentieux du licenciement.

Pour cette double raison, commune aux litiges du divorce, le préalable obligatoire de conciliation devant le conseil des prud'hommes a survécu à la suppression de tous les préalables existant en 1949. La raison en était aussi l'existence à l'époque d'un taux de conciliation de 80%.

Si la conciliation est installée structurellement devant le conseil des prud'hommes, la question qui se pose aujourd'hui est de savoir comment elle peut s'articuler avec la médiation qui se développe sensiblement ces dernières années.

Conciliation et médiation. Parce que « *il faut débiter par définir pour ne pas finir par buter* », cette question amène alors à s'interroger sur la différence entre conciliation et médiation, ce qui n'est pas chose aisée.

Il est permis de considérer la conciliation, à l'instar de Mme J. Joly Hurard, comme une notion mère, une notion générique. La médiation en serait dès lors une variété. Ce qui les distingue nettement est que la conciliation est plus large dans la mesure où elle ne nécessite pas nécessairement l'intervention d'un tiers là où la médiation suppose la présence d'un tiers médiateur.

Ensuite, lorsqu'il existe un tiers intervenant, la question est de savoir ce qui les distingue. Il est certain que conciliation et médiation judiciaires ne peuvent être confondues. Les textes du Code

de procédure civile sont clairs à cet égard qui posent une différence nette de statut. Alors que le conciliateur de justice est soumis au décret du 20 mars 1978 qui en fixe le statut (bénévole, désigné par ordonnance du premier président de la Cour d'appel pour une durée déterminée...), le médiateur est une personne rémunérée qui peut être choisie en dehors de toute liste pour sa compétence eu égard à la nature de l'affaire ou à son expérience en matière de médiation. Quant à leurs fonctions, il n'existe pas dans les textes de différences notables. Devant le Conseil des prud'hommes, les conciliateurs sont cependant particuliers puisqu'il s'agit de conseillers prud'hommes élus par leurs pairs. La différence est non seulement de statut mais aussi de nombre puisque la parité y est respectée.

En dehors du cadre judiciaire, la différence est artificielle. Il a bien été proposé de les distinguer selon le rôle plus ou moins actif du tiers intervenant, cependant la distinction ne tient pas. Le médiateur serait plus passif que le conciliateur. Si l'article 131-5 CPC précise bien qu'il doit permettre aux parties de trouver un accord, sous entendue par elles-mêmes, rien ne justifie textuellement un rôle plus actif du conciliateur même si la jurisprudence de la Cour de cassation du 28 mars 2000 le suggère qui leur impose d'informer les parties sur leurs droits respectifs. En sens contraire, pour M.M. Cornu et Foyer, la conciliation et la médiation correspondent toutes deux à une recherche d'entente entre les parties en vue d'une transaction. La médiation a comme finalité une recherche de conciliation, mais elle confère au médiateur un rôle plus important. Dans la perspective d'un accord, le médiateur « *s'avance davantage jusqu'à échafauder une solution* ». Pour M. Cadiet, « *le médiateur ne se contente pas de rapprocher les parties, mais va jusqu'à leur proposer un projet de solution, sans pouvoir cependant le leur imposer à défaut d'être investi d'une mission juridictionnelle* ».

En outre, reprenant la définition donnée par la directive de l'UE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, le nouvel article 1530 CPC issu du décret du 20 janvier 2012 leur donne une définition commune qui semble les confondre et ainsi les soumettre au même régime. Il s'agit de « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties 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 ». Dans les hypothèses où un tiers n'intervient pas, la conciliation inter partes n'est envisagée par le décret qu'à la marge, au sujet des modalités d'homologation de l'accord obtenu.

Problématique. Parler des modes alternatifs de règlement des litiges en contentieux du travail suppose de traiter de la tension qui existe indubitablement entre conciliation prud'homale et médiation car celle-ci est contenue par celle-là sans que les justifications juridiques tiennent nécessairement. Il semble au contraire patent que le choix politique a été fait de préserver la conciliation prud'homale de la médiation tant conventionnelle que judiciaire pour conserver la spécificité du conseil des prud'hommes par ailleurs contesté de toutes parts. L'actuel groupe de travail présidé par D. Marschall sur les juridictions du XXIème siècle en atteste. Remettre en cause le préalable de conciliation devant le conseil des prud'hommes revient à s'attaquer au cœur même de l'institution et à la spécificité du contentieux du travail. C'est pourquoi on ne peut envisager la médiation qu'en contemplation du préalable de conciliation obligatoire. Si l'essor de la médiation prud'homale est envisageable (I), il demeure largement contestée par la résistance que lui oppose la conciliation prud'homale (II).

I – L’ESSOR DE LA MEDIATION PRUD’HOMALE ?

A – Les fondements

Afin de saisir quel peut être l’essor de la médiation en matière prud’homale, il convient d’en confronter les atouts principaux avec la matière considérée. En effet, la médiation est principalement développée dans le double souci d’éviter le Droit et d’éviter le juge, ce qui ne semble pas évident en matière sociale.

1) Exposé critique des fondements

a) Eviter le droit :

Exposé :

La médiation est le plus souvent présentée comme offrant la possibilité de s’écarter du carcan trop rigide du droit et ce, spécialement en période de crise économique. La médiation permettrait une solution pragmatique, adaptée à la situation économique et c’est la raison pour laquelle certains considèrent que l’avocat devrait même en être exclu.

B. Blohorn Brenneur : On dit d’un litige qu’il comprend 80% de mousse autour de 20% de faits réels.

Y. Chalaron, *Rapport de synthèse au colloque sur la médiation judiciaire dans les condits individuels du travail*, Gaz. Pal., 1999, 1934 « la médiation même de l’article 131-1 du NCPC montre bien qu’à partir d’un « litige », phénomène essentiellement juridique, et dont l’appréhension par le juge est étroitement corsetée, le médiateur va librement pénétrer dans un « conflit », phénomène beaucoup plus complexe qui met en œuvre souvent dans le non-dit, non seulement des prétentions juridiques mais aussi des ressorts les plus divers de l’âme humaine ».

Critiques :

Le droit du travail est pour une large part d’ordre public et une solution en équité peut être dangereuse. Il faut d’ailleurs souligner le rôle particulier des conseillers prud’hommes dans une conciliation auquel a fait référence la Cour de cassation dans son arrêt du 28 mars 2000 qui considère que la conciliation « *implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d’un accord des parties préservant les droits de chacune d’elles ; qu’en conséquence, cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud’homale peut être valablement saisie* »¹.

¹ *Dr soc* 2000, 661, M Keller, D. 2000, p. 537, n. J. Savatier.

Ainsi que l'indique Marianne Keller, « le préliminaire de conciliation ne saurait être la recherche d'un compromis boiteux, à l'écart de la règle de droit, fondée sur on ne sait quelle « équité »².

b) Eviter le juge :

- Indépendance et impartialité

Dans certains pays, la médiation se développe pour éviter le juge, représentant d'un Etat totalitaire (Biélorussie, Vietnam). En France, la difficulté porte plus précisément sur le soupçon de partialité qui pèse sur le conseil des prud'hommes du fait de l'élection des juges sur des listes syndicales. Or, la Cour de cassation a jugé de la question en chambre sociale le 19 décembre 2003 : « *Mais attendu que le respect de l'exigence d'impartialité, imposé tant par les règles de droit interne que par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est assuré, en matière prud'homale, par la composition même des conseils de prud'hommes, qui comprennent un nombre égal de salariés et d'employeurs élus, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et par la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation ; qu'il en résulte que la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres ; que le moyen n'est pas fondé* »³. Si elle repousse toute partialité, son argumentation est critiquable. En effet, elle le fonde d'abord sur l'absence de mandat impératif. Or, l'apparence d'impartialité est tout aussi importante que l'impartialité elle-même. *Justice must not just only be done but it must seem to be done*. Elle le justifie ensuite par le paritarisme qui serait un rempart contre la partialité (en ce sens, M. Keller et T. Grumbach). Elle le justifie enfin par des garanties qu'on pourrait qualifier de second degré (récusation, juge départiteur, voies de recours). « *En tout cas, il faut être peu regardant pour se contenter des garanties que ces juridictions assureraient grâce au mode de recrutement de leurs juges, à la mise en place d'une procédure de récusation et à la possibilité d'appel de leur décision* »⁴.

Le parallèle peut être fait à cet égard avec la QPC du 4 mai 2012 par laquelle le Conseil Constitutionnel rejette la partialité des juges consulaires par des garanties de ce type, spécialement dans ses considérants 25 à 27 :

2 Voir aussi : B. Augier, *La médiation dans les conflits individuels du travail, une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ?* *Dr Ouvrier* 1999, 225 : « chère liberté, invoquée ici pour que le plus faible ait la liberté d'accepter du plus fort une indemnisation au rabais d'une condamnation obtenue devant des juges siégeant en formation paritaire en première instance ». Egalement, F. Petit, « Les problématiques du règlement amiable des différends sociaux en France », in F. Petit, Ph. Auvergnon (et al.), *L'Harmattan*, 2007, pp 13 et s., spéc. p. 32 : « la tentation serait grande de construire un autre droit du travail. La négociation serait alors une simple technique d'évitement ».

3 Cass. soc. 19 déc. 2003, Bull. V, no 321 ; *JCP* 2004, I, 133, no 18, obs. Cadiet et 177, no 1, obs. Pétel-Teyssié ; *Gaz. Pal.* 15-17 février 2004, 6, concl. Collomp ; *D.* 2004, p. 1688, note Keller. – Cass. 2e civ., 20 oct. 2005 : Bull. II, no 271 ; *JCP* 2006, I, 133, no 2, obs. Clay ; V. G. Gélinau-Larrivet, « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale », in *Mélanges Pierre Drai, Dalloz* 2000, pp.343 sq. – M. Keller et T. Grumbach, La prétendue impartialité du conseil des prud'hommes, ou « qui veut l'ange fait la bête », *D.* 2003, act. 979. – P. Morvan, « *Partisane* » mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *JCP* 2004, I, 88. – P. Moussy, « Encore et toujours à propos de l'impartialité : lorsque la rigueur cède devant l'effet de mode », *Dr. Ouvrier*, 2003, p. 48.

4 L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, spéc. n°112.

« 25. Considérant qu'en application du second alinéa de l'article L. 721-1, les tribunaux de commerce sont soumis aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre premier du Code de l'organisation judiciaire ; qu'aux termes de l'article L. 111-7 de ce Code : « Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné » ; que, de même, les dispositions de ses articles L. 111-6 et L. 111-8 fixent les cas dans lesquels la récusation d'un juge peut être demandée et permettent le renvoi à une autre juridiction notamment pour cause de suspicion légitime ou s'il existe des causes de récusation contre plusieurs juges ;

26. Considérant que l'article L. 662-2 du Code de commerce prévoit que, lorsque les intérêts en présence le justifient, la cour d'appel compétente peut décider de renvoyer une affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la cour, pour connaître du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires ;

27. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions relatives au mandat des juges des tribunaux de commerce instituent les garanties prohibant qu'un juge d'un tribunal de commerce participe à l'examen d'une affaire dans laquelle il a un intérêt, même indirect ; que l'ensemble de ces dispositions ne portent atteinte ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs ; ».

Déjudiciarisation :

La déjudiciarisation est un objectif affiché tant au plan national qu'au plan européen pour faire du juge l'ultime recours.

L'intérêt particulier de la déjudiciarisation du contentieux prud'homal tient aux critiques lourdes dont la procédure fait l'objet. Le taux d'appel des jugements des conseils de prud'hommes pour l'année 2009, constant depuis 2005, est de 59 %. Il est donc 5 fois supérieur à celui des autres juridictions. De plus, la procédure devant le conseil des prud'hommes est en moyenne de 12 mois là où elle n'est que de 5 à 6 mois devant d'autres juridictions d'exception.

Toutefois, la directive de l'UE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prend soin d'écarter la matière sociale.

Le juge doit-il être un ultime recours ou un premier réflexe nécessaire en matière sociale ?

En effet, on évoque souvent la minorité sociale du salarié pour justifier d'une protection accrue. Seule l'institution du Conseil des prud'hommes, paritaire, assurerait l'égalité des armes nécessaire à un accord équilibré.

En outre, si la déjudiciarisation amenait à une économie pour le système judiciaire, il pourrait y avoir un transfert de coût sur les salariés devant rétribuer avec les employeurs les médiateurs. Certains auteurs tout en relativisant le coût jugé modique estiment en outre qu'il serait nécessaire que le salarié s'acquitte d'une sorte de ticket modérateur⁵.

B – Les modalités

1) La médiation extrajudiciaire

a) Textes

Les textes concernant la médiation conventionnelle sont désormais nombreux puisque le décret du 20 janvier 2012 a inséré un livre 5 dans le Code de procédure civile sur la résolution amiable des différends après que la loi du 22 décembre 2010 a intégré la convention de procédure participative dans le code civil.

Seul l'article 2064 al. 2 du Code civil. évoque clairement une exclusion des litiges relatifs aux contrats de travail du domaine de la convention de 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* ».

Cette exclusion peut se justifier par la disposition spécifique de l'article 2066 du Code civil. qui prévoit qu'en cas de procédure participative, les préalables de conciliation sont exclus. C'est bien la volonté de préserver ce préalable singulier devant le conseil des prud'hommes qui justifie l'exclusion des litiges du travail.

Aucun texte ne précise clairement ce qu'il en est de la médiation conventionnelle. L'article 1529 du Code de Procédure civile se contente de renvoyer à l'article 24 de la loi du 8 février 1995 qui lui même indique de manière ambiguë que les articles 21 à 21-5 de la loi sont « inapplicables » dans les litiges relatifs aux contrats de travail à moins qu'ils ne soient transfrontaliers (« *Les dispositions des articles 21 à 21-5 ne s'appliquent à la médiation conventionnelle intervenant dans les différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail que lorsque ces différends sont transfrontaliers* »).

Les textes n'excluent de ce fait pas la validité d'une médiation prud'homale extrajudiciaire mais lui offrent paradoxalement une moindre protection. En effet, les articles 21 à 21-5 de la loi du 8 février 1995 sont relatifs aux garanties entourant la médiation (en ce sens, F. Rongeat).

5 L. Flament, « La médiation en matière prud'homale », *JCP, S*, 2010, 1326 : « *Cependant, en matière prud'homale, la pratique veut que l'employeur prenne en charge la plus grande partie du coût de la médiation. On ne saurait cependant que recommander de ne pas négliger de faire payer au salarié une fraction de ces coûts, une sorte de ticket modérateur. En effet, tout ce qui est gratuit n'a pas de valeur et la contribution financière de chacune des parties constitue généralement pour elles une incitation à s'engager pleinement dans le processus de médiation. Très concrètement, les frais de médiation restent peu élevés – de l'ordre de 600 à 800 € pour plusieurs séances de quelques heures – et dépassent rarement 1 000 euros* ».

Certains auteurs, hostiles à la médiation prud'homale, tirent cependant argument des textes communautaires qui, pour certains règlements ont expressément exclu les litiges du travail.⁶ Ils invoquent en ce sens la procédure européenne de règlement des petits litiges transfrontaliers (PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007 : JOUE n° L 199, 31 juill. 2007, p. 1) et la directive sur la médiation qui excluent le droit du travail de leur domaine d'application.

b) Jurisprudence

La jurisprudence était pendant longtemps d'un maigre recours. L'arrêt Valentin qui validait les clauses de conciliation ou de médiation préalable n'opérait aucune distinction selon le contrat concerné ce qui pouvait augurer d'une extension aux contrats de travail⁷.

La Cour de cassation avait certes à maintes reprises décidé que « *la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail, ou même de procéder à la conciliation des parties, ne saurait faire obstacle à la saisine des conseils de prud'hommes* ». Mais, il s'agissait alors le plus souvent d'organismes mis en place collectivement⁸. Elle refuse également la clause compromissoire, ce qui peut se justifier par la renonciation au juge étatique.

Cependant, lorsqu'il s'agit d'une clause de conciliation, la solution ne s'impose pas avec la même force. Le recours au juge n'est alors, théoriquement, que retardé. La Cour de cassation n'a longtemps pas pris position alors qu'elle en a eu l'occasion. D'abord, dans l'arrêt de Chambre sociale du 7 mars 2007⁹. Il est à noter que l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes rendu le 15 septembre 2005 (n° 538D) admettait l'irrecevabilité issue de la clause. La clause prévoyait que « *en cas de difficultés soulevées soit par l'exécution, soit par l'interprétation du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'Ordre des médecins du Finistère, chacun choisissant librement un des deux membres* ». Cette rédaction de la clause suppose le respect de l'égalité des armes entre les parties. La parité assure, quant à elle, l'impartialité des médiateurs, elle ne se prononce pas sur la validité de la clause et se contente d'en exclure l'application du fait qu'elle ne visait que l'interprétation et l'exécution du contrat et non sa rupture. L'arrêt manifeste cependant l'existence de clauses en pratique et la nécessité de prendre position. Son silence pourrait d'ailleurs valoir acceptation implicite du jeu de la clause dans ce cas là. Malheureusement, l'arrêt n'est pas offert à la publication, ce qui en limite la portée.

Ensuite, dans un arrêt du 7 décembre 2011, elle botte une nouvelle fois en touche mais pourrait aussi être interprétée comme une admission implicite de sa validité¹⁰. Elle justifie l'écart de celle-ci par le fait que l'employeur avait rompu le contrat sans mettre en œuvre la procédure de conciliation. La salariée ayant saisi la juridiction, l'employeur ne pourrait donc s'en plaindre. Quelles conséquences la Cour d'appel aurait-elle dû en tirer ? *Nemo auditur* ? L'employeur n'ayant pas

6 En ce sens D. Boulmier, « La médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? », *Dr. Ouvrier* 2002, p. 185.

7 Cass. CM 14 février 2003.

8 Cass. soc., 19 juill. 1988 : Bull. civ. 1988, V, n° 475. – Cass. soc., 9 déc. 1981 : Bull. civ. 1981, V, n° 954. – Cass. soc., 8 déc. 1965 : *Dr. soc.* 1966, p. 629.

9 Soc. 7 mars 2007, JCP, E, 2008, 1052.

10 Soc. 7 décembre 2011, Gaz. Pal. 2 mars 2011, obs. S. Amrani Mekki.

respecté la clause ne pourrait s'en prévaloir ? On pense alors aux débats doctrinaux concernant la clause de conciliation préalable dont la sanction peut être invoquée en tout état de cause. On se souvient en effet que le professeur Perrot avait considéré que de nature contractuelle, il devrait être permis d'y renoncer « *à partir du moment où, au mépris de la clause, le demandeur a pris l'initiative d'assigner directement son adversaire, et où celui-ci a comparu et accepté un débat sur le fond, ne serait-il pas logique de considérer qu'ils ont renoncé l'un et l'autre à se prévaloir de la clause de conciliation obligatoire ?* »¹¹. En rompant le contrat et en ne mettant pas en œuvre la clause, l'employeur y aurait renoncé. La salariée aurait également renoncé à la clause en saisissant la juridiction. Autrement dit, il aurait eu une sorte de *mutuus dissensus*. Le visa de l'article 1134 du Code civil invite d'ailleurs à cette lecture contractualiste de l'arrêt.

Mettant fin à 10 années de doute, la Chambre sociale de la Cour de cassation a enfin pris clairement position par un arrêt du 5 décembre 2012¹² qui dispose qu'« *en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend* ».

La solution est désormais claire, la fin de non recevoir ne sanctionne pas le non respect des clauses de conciliation contenues dans un contrat de travail malgré la formule générique de l'arrêt de chambre mixte du 14 février 2003. Elle sous entend ce faisant leur validité dans le sens de sa jurisprudence antérieure mais également dans les formulations légales alambiquées. La motivation d'une telle position est cependant beaucoup moins claire. Elle se fonde sur le visa de l'article 1411-1 Code du travail concernant le préalable obligatoire de conciliation devant le conseil des prud'hommes.

2) La médiation judiciaire

La médiation judiciaire est réglementée par les articles 131-1 et s. qui figurent dans le livre premier du Code de procédure civile applicable à tous les juges, devant toutes les juridictions. Elle n'est pas expressément exclue pour les litiges relatifs aux contrats de travail.

La médiation existe d'ailleurs en droit du travail où elle a été réglementée par des textes spécifiques dans des domaines particuliers où l'affect a une place toute particulière (harcèlement au travail notamment). Les médiations réglementées ont cependant été peu utilisées¹³.

La médiation judiciaire semble pourtant se développer en appel sous l'impulsion de certains

11 Cass. com., 22 févr. 2005, RTDciv. 2005, p. 450, obs. R. Perrot.

12 Soc. 5 décembre 2012, RTD 2013, 124, E. Serverin, D. 2012. 2969 ; ibid. 2013. 114, chron. Fanélie Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; JCP 2013, 1075, Dr. soc. 2013. 178, obs. D. Boulmier ; RJS 2/2013, n° 162, Gaz. Pal. S. Amrani Mekki.

13 F. Petit, les problématiques du règlement amiable des différends sociaux, pp. 13 et s., spéc. p. 28 « *Doit-on y voir un échec ou au contraire un signe de la vivacité du dispositif existant ? Les initiatives développées, à plusieurs reprises, en faveur de la médiation ou de la conciliation se caractérisent par des interventions répétées des pouvoirs publics et un relatif désintérêt des partenaires sociaux* ».

magistrats convaincus¹⁴.

Des auteurs sont clairement favorables à un développement de la médiation prud'homale¹⁵. D'autres spécialistes de contentieux du travail jugent cependant ces expériences anecdotiques et limitées (en ce sens, M. Keller).

L'ambiguïté des textes et la prudence des juges en la matière démontrent une spécificité des litiges relatifs aux contrats de travail éminemment liée à l'existence dans ce contentieux particulier d'un préalable obligatoire de conciliation devant le conseil des prud'hommes.

II – LA RÉSISTANCE DE LA CONCILIATION JUDICIAIRE

A – Justifications

Cette résistance de la conciliation prud'homale préalable et judiciaire a été justifiée juridiquement sans toutefois emporter la conviction.

Justifications non reprises

L'un des arguments utilisé pour exclure la médiation conventionnelle du domaine des litiges relatifs aux contrats de travail a été la compétence exclusive du Conseil des prud'hommes : Pour MM. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, « *il ne paraît pas que cette règle jurisprudentielle puisse s'appliquer à une clause qui serait insérée dans un contrat de travail et tiendrait ainsi en échec la compétence d'un conseil de prud'hommes* »¹⁶. Pourtant, La compétence est une question de répartition du travail entre les tribunaux étatiques et n'intéresse ni l'arbitrage ni la conciliation qui traitent bien plus du pouvoir juridictionnel, pouvoir de dire le droit.

Le second argument a été la règle de l'unicité de l'instance. Cette règle est plus contraignante que l'autorité de chose jugée puisqu'elle empêche même de changer l'objet de la demande. Or, la Cour de cassation ne distinguait pas selon les raisons pour lesquelles le procès a pris fin. Si c'est du fait du non respect d'une clause de conciliation, le procès n'aurait jamais pu avoir lieu et le droit au juge aurait été nié. Cependant, par un spectaculaire et très attendu revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a considéré que la règle de l'unicité de l'instance ne peut s'appliquer que dès lors qu'il y a eu un jugement au fond (Cass. Soc. 16 novembre 2010). La règle de l'unicité de l'instance n'est dès lors plus un obstacle.

Au vrai, la matière sociale montre une résistance à toute souplesse contractuelle du fait de l'iné-

14 L. Flament, préc. : « *Les expériences menées à l'étranger, en particulier en Royaume-Uni, laissent à penser que le recours à la médiation est susceptible d'améliorer le taux de résolution amiable des litiges. De fait, longtemps limitée à quelques expériences locales, en particulier celle menée à l'initiative de Mme Blohorn-Brenneur à la cour d'appel de Grenoble, le recours à la médiation connaît depuis plusieurs années un nouvel essor, notamment sous l'impulsion du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)* ».

15 J. Barthélemy, et G. Cette, *Faut-il renforcer les modes alternatifs de résolution des litiges entre employeurs et salariés?*, RDT 2010, 205 ; M. Laurent, *Pour une justice prud'homale plus efficiente, Comment développer médiation et conciliation en matière sociale?*, Rapport CCIP, 2012.

16 J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2006, p. 1230.

galité de rapports de forces. Même lorsque la loi du 25 juin 2008 crée une rupture amiable du contrat de travail, celle-ci est encadrée et soumise à l'homologation d'une autorité administrative. Même si elle est d'ordre public, elle peut d'ailleurs faire l'objet d'une transaction. Chacun sait qu'elle est nulle si elle est conclue avant la réception de la lettre de licenciement mais de nullité relative car seul le salarié peut s'en prévaloir¹⁷.

Justification retenue

L'argument retenu par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 décembre 2012 est celui de l'existence d'un préalable obligatoire de conciliation devant le Conseil des prud'hommes.

Pourtant, un mode de conciliation ne peut pas en soi en chasser un autre surtout lorsqu'il est contesté de toutes parts n'étant ni totalement obligatoire, ni exclusivement préalable.

La Cour de cassation admet que le défaut de tentative préalable de conciliation peut être régularisé pendant l'instance¹⁸, voire en appel¹⁹. Il n'est de ce fait plus réellement préalable ni spécifique dans la mesure où ce ne sont plus des conseillers prud'hommes à parité qui concilieront les parties mais 3 conseillers d'appel.

On peut aussi, à l'instar de P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, critiquer la réalité de la conciliation du fait de la possibilité de demandes nouvelles en tout état de cause devant le bureau de jugement ainsi que des pouvoirs accrus du bureau de conciliation pour délivrer des certificats de travail, des bulletins de paye, pour ordonner une provision sur salaire (...).

En outre, le défaut de préalable n'est pas sanctionné sévèrement car il s'agit d'une nullité de forme et nécessite la preuve d'un grief. Par ailleurs, le juge ne peut la soulever d'office.

Enfin, cette conciliation aurait un succès mitigé avec moins de 10% de conciliation actées. Pourtant, cette statistique est contestée car, au vrai, 44% des affaires ne passeraient pas du bureau de conciliation au bureau de jugement, ce qui pourrait correspondre au chiffre optimiste de conciliation réussies mais non actées²⁰.

La véritable justification est cependant politique car à concurrencer la conciliation prud'homale déjà fragilisée, on touche à l'essence même du Conseil des prud'hommes qui pourrait ne pas s'en remettre²¹.

Dans les années 70, M. B. Teyssié suggérait ainsi de laisser le choix aux plaideurs d'aller ou non en conciliation.

17 Soc. 28 mars 2002, Defrénois 2002, p. 1253, R. Libchaber.

18 Soc., 18 novembre 1998, Bull. civ., V, n° 507, J.C.P., 1999, IV, 1034.

19 Soc. 12 décembre 2000, RTDciv. 2001, p. 207.

20 V. B. Munozet E. Serverin, *Le droit du travail en perspective contentieuse*, 1993-2004, Ministère de la justice 2005.

21 V. B. Augier, La médiation dans les conflits individuels du travail, une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? *Dr. Ouvrier* 1999, 225. « *La médiation ainsi organisée serait non seulement la fin de la conciliation, mais par conséquent la fin de la parité et donc à plus ou moins long terme, une autre organisation des conseils de prud'hommes qui ne rencontrent pas l'adhésion de l'ensemble des acteurs sociaux membre du conseil supérieur de la prud'homie* ».

Le débat rejaillit alors sur l'opportunité de réformer la juridiction prud'homale qu'il s'agisse de prôner un échevinage ou de son intégration à un tribunal de première instance.

B – Cohabitation

1 – Evolution de la conciliation prud'homale

Dans sa fonction

La tentative préalable de conciliation est conçue comme une sorte de mise en état préalable devant le Conseil de prud'hommes. De plus, elle permet parfois de s'entendre sur les conséquences provisoires ou définitives du divorce. Globalement, le litige est éclairci, les solutions provisoires sont prises et une conciliation tentée, le temps n'a donc pas été perdu²². Pour cette même raison, d'autres auteurs sont contre le préalable de conciliation²³.

Dans ses modalités

Pour éviter toute suspicion de partialité, il faudrait à tout le moins interdire aux conseillers prud'hommes ayant tenté la conciliation de faire partie du bureau de jugement jugeant l'affaire. En ce sens, le rapport de la CCIP du 25 octobre 2012 établi par M. M. Laurent, le chapitre consacré à « *Comment développer conciliation et médiation en matière sociale ?* ».

Le caractère préalable de la conciliation s'adapte mal au fait qu'il est déjà trop tard pour tenter une conciliation car on a déjà saisi un juge, ou trop tôt car l'affaire n'est pas décantée. C'est peut être là, la raison du succès des médiations en appel.

Il faudrait favoriser selon Mme E. Serverin les médiations collectives. « En effet, non seulement ces commissions ne limitent pas les droits des salariés en matière de recours au tribunal, mais au contraire elles font peser des obligations supplémentaires à la charge des employeurs dans la prise de décision concernant un salarié. La Chambre sociale de la Cour de cassation ne manque pas de rappeler ainsi, d'un côté que « la saisine préalable obligatoire d'une commission paritaire ne saurait constituer, à défaut de dispositions légales, une condition de recevabilité de l'action prud'homale » (Soc. 30 juin 2004, n° 02-41.518), de l'autre que l'intervention des organismes prévus par dispositions conventionnelle « constitue pour

22 T. Grumbach Audience initiale « *véritable audience initiale comportant une phase de conciliation confidentielle, une activité de mise en état et une activité juridictionnelle* ». V. aussi, M.-C. Rondeau Rivier, Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail, Justices, 1997, n° 8, pp. 33 et s., spéc. p. 35 : « *Dans les deux cas (prud'homme et divorce) cette première rencontre entre les parties et le juge fournit la possibilité d'une « mise à plat » des positions antagonistes, et le but poursuivi n'est pas, ou si peu en matière de divorce, la disparition du conflit par la réconciliation des parties, mais la recherche d'une solution amiable quant aux conséquences, provisoires ou définitives de la rupture* ».

23 V. H. Flichy, La justice sociale, Colloque Pour une autre justice, *op. cit.*, spéc. p. 40 : « *Je crois qu'il faut que les juges profitent du temps qu'ils ne perdront plus à tenir des audiences de conciliation inutiles pour se consacrer dorénavant à la mise en l'état des dossiers, comme cela se fait maintenant devant la cour d'appel de Paris* ».

le salarié une garantie de fond », qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse²⁴.

2) Complémentarité de la médiation prud'homale ?

L'existence du préalable de conciliation devant le conseil des prud'hommes pourrait-elle s'accommoder d'une complémentarité de la médiation judiciaire en cas d'échec de la conciliation ²⁵?

Il faudrait alors détecter les affaires adaptées à la médiation avec des critères dégagés par le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) (– salarié et employeur liés par des rapports de parenté ou à caractère matrimonial, ou associés de la société ;– salarié toujours employé dans l'entreprise ;– salarié ayant une grande ancienneté méritant d'être prise en compte au regard des motifs de son licenciement ;– litiges consécutifs aux difficultés de reclassement des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ;– litiges concernant les employés de maison et les concierges ;– litiges au sein des très petites entreprises, des entreprises artisanales ;– litiges concernant des salariés des professions libérales ;– litiges relatifs aux heures supplémentaires ;– litiges concernant les cadres de haut niveau).

24 Soc. 29 nov. 2007, n° 06-45.166, Soc. 4 juin 2009, n° 07-41.631, D. 2010. Pan. 400 ; Soc. 21 janv. 2009, n° 07-41.788, *Bull. civ.* V, n° 17 ».

25 En faveur du développement de la médiation conventionnelle et judiciaire en matière prud'homale, Voir J. Barthelemy et G. Cette, « Faut-il renforcer les modes alternatifs de résolution des litiges entre employeurs et salariés ? », *RDT*, 2010, 205.

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

S. Amrani-Mekki,

- La convention de procédure participative, Recueil Dalloz, 2011, 3007, spéc. nos 15 et s.

J. Barthélemy, G. Cette,

- Faut-il renforcer les modes alternatifs de résolution des litiges entre employeurs et salariés ?, Revue de Droit du travail 2010, p. 205

B. Blohorn-Brenneur,

- Justice et médiation : Un juge du travail témoigne, Le cherche midi, 2006

L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki,

- Théorie générale du procès, PUF coll.Thémis, 2010

M. Keller (dir.), Procès du travail, travail du procès, LGDJ,

- coll. biblio Tunc, 2006, spéc. chap. « Règlement juridictionnel ou amiable des différends du travail ? »

M. Laurent,

- Pour une justice prud'homale plus efficiente, Comment développer médiation et conciliation en matière sociale ?, Rapp. CCIP, 2012.

<http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/rapport/335-justice-prud-ho-male-conciliation-mediation>

J.P. Tricoit,

- La médiation dans les relations de travail, LGDJ, Biblio de droit social, T.48, 2008



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

ISSN In Process

<http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2013

Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux4.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université Montesquieu - Bordeaux IV
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE
<http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/>

