

LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

p. 6 Luisa Corazza

Régulation du conflit collectif par voie de négociation et reconnaissance internationale du droit de grève

p. 14 Masahiko Iwamura

Autorités non-judiciaires et résolution des différends : une esquisse du droit du travail japonais

p. 28 Felicia Rosioru

La médiation des conflits de travail en Roumanie : une voie alternative ?

p. 38 Mahammed Nasr – Eddine Koriche

À propos des procédures préalables de la saisine de la Justice sociale en Algérie

p. 46 Yaroslava Genova

Autorités et voies non judiciaires de résolution des différends en droit du travail bulgare : Avantages, inconvénients et perspectives

p. 56 José Luis Gil y Gil

L'arbitrage obligatoire en Espagne à l'épreuve du droit international du travail

p. 66 Melda Sur

Litiges du travail en Turquie : comment améliorer l'accès à la justice ?

p. 76 Lise Casaux-Labrunée

Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France : entre effervescence et résistances

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : L'UTILISATION PAR LE SALARIÉ DES RÉSEAUX SOCIAUX : L'ABUS DE LIBERTÉ D'EXPRESSION NUIT À L'EMPLOI

p. 87 Allison Fiorentino (coord.)

Joanna Howe (Australie)

Alberto Mattei et Sylvain Nadalet (Italie)

Martin Stefko (République Tchèque, Pologne et Slovaquie)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 114 Afrique du Sud

p. 116 Allemagne

p. 118 Argentine

p. 120 Autriche

p. 122 Brésil

p. 124 Bulgarie

p. 126 Canada (Québec)

p. 128 Chili

p. 130 Colombie

p. 132 Commissions de contrôle des Pactes internationaux

p. 134 Conseil de l'Europe

p. 136 Côte d'Ivoire

p. 138 Espagne

p. 140 États-Unis

p. 142 Fédération de Russie

p. 144 France - Sécurité Sociale

p. 146 France - Travail

p. 148 Grèce

p. 150 Hongrie

p. 152 Italie

p. 154 Japon

p. 156 Lituanie

p. 158 OIT

p. 160 Pays-Bas

p. 162 République Démocratique du Congo (Congo-Kinshasa)

p. 164 Roumanie

p. 166 Royaume-Uni

p. 168 Serbie

p. 170 Slovénie

p. 172 Turquie

p. 174 UE - Protection Sociale

p. 176 UE - Travail

DOSSIER

LES MODES ALTERNATIFS DE
RÈGLEMENT DES LITIGES



LISE CASAUX-LABRUNÉE

Professeur de droit à l'Université Toulouse 1 Capitole et Membre du Centre de médiation Toulouse-Pyrénées.

Thèmes de recherche : droit du travail, nouvelles formes d'emploi et politiques de l'emploi, droits et libertés fondamentaux du travailleur, justice du travail, modes alternatifs de règlement des conflits. Parmi ses publications :

~ Le droit à la santé, *in* R. Cabrillac (dir.), « Libertés et droits fondamentaux », Dalloz 2014, 20^{ème} édition, p. 915.

~ « Vie privée du salarié et vie de l'entreprise », Droit social, avril 2012, 331.

LES MODES AMIABLES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS DU TRAVAIL EN FRANCE : ENTRE EFFERVESCENCE ET RÉSISTANCES



ABSTRACT

The diversification of social justice is a reality in France where exist different ways to solve labour disputes as opposed to the classic form of the trial at the end of which the judge settles the dispute. Encouraged by the European Union's policy that is in favour of the Alternative Dispute Resolution, also by the deep crisis of the labour courts, this alternative justice is being implemented even if, meanwhile, it still has to overcome different kinds of resistances.

KEY WORDS : Social justice, Alternative Dispute Resolution, Mediation, Conciliation, Labour tribunal.

RÉSUMÉ

La diversification de la justice sociale est réelle en France et les modes alternatifs de règlement des conflits du travail, par opposition à la figure classique du procès où le juge tranche le litige, y sont nombreux. À la faveur de l'impulsion donnée par le droit de l'Union européenne et de la crise que connaissent actuellement les conseils de prud'hommes, cette justice alternative se met peu à peu en œuvre, même si elle doit encore faire face à des résistances, notamment culturelles, qui freinent son plein épanouissement.

MOTS CLÉS : Justice du travail, Modes alternatifs de résolution des litiges, Médiation, Conciliation, Conseils de prud'hommes.

* Communication au Congrès international « L'accès à la justice sociale en droit comparé et en droit international », organisé par le COMPTRESEC, UMR 5114 CNRS-Université Montesquieu-Bordeaux IV, les 6 et 7 juin 2013.

C'est certainement le mot « effervescence » qui traduit le mieux la situation française en matière de diversification de la justice sociale.

Cette diversification est réelle et les modes alternatifs de règlement des conflits, par opposition à la forme classique du procès où le juge « tranche » un litige, y sont nombreux : médiation (judiciaire et conventionnelle), conciliation (judiciaire et non judiciaire), arbitrage, procédure participative, droit collaboratif... sans oublier la négociation directe entre les parties qui devrait être la norme, tandis que la pratique montre qu'elle ne l'est pas toujours. Au risque de rappeler une évidence, lorsque deux ou plusieurs personnes sont en opposition et dès lors que chacune l'accepte, fait l'effort d'entendre et de comprendre le point de vue de l'autre, il n'est pas toujours besoin d'intermédiaire pour parvenir à une solution, si tant est qu'une volonté suffisante et commune existe pour cela.

La transaction n'est pas à mettre sur le même plan. Ce contrat, d'usage fréquent, a plutôt pour fonction de sécuriser le résultat des négociations auquel les parties en conflit sont parvenues. Il est défini par le Code civil comme celui par lequel « les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »¹ tandis que la jurisprudence impose le moyen par lequel y parvenir : l'octroi de concessions réciproques. Ses effets sont essentiels à comprendre pour qui y recourt ou conseille d'y recourir : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion »². Ceci signifie qu'une fois la transaction conclue, les parties ne peuvent plus saisir le juge dans l'hypothèse où cet acte ne l'aurait pas complètement réglé. Des exceptions existent (vice du consentement, défaut d'exécution...) mais l'effet principal est bien là : lorsque des parties en conflit parviennent à un accord qu'elles décident de sécuriser par une transaction, elles abandonnent leur droit de saisir le juge, en tous cas sur les points soi-disant réglés par la transaction. Elles abandonnent leur droit d'agir en justice... ce qui

peut surprendre au regard du droit à un procès équitable tel qu'énoncé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 6 §1).

Aujourd'hui en France, à la faveur notamment de l'impulsion donnée par le droit de l'Union européenne, ces modes amiables ou alternatifs de règlement des conflits retiennent plus que jamais l'attention.

D'un côté, ils connaissent un véritable engouement, notamment dû aux groupements et associations nombreux qui rassemblent magistrats, avocats, psychologues, sociologues, philosophes... convaincus les uns et les autres de l'intérêt de cette justice alternative, et menant depuis une vingtaine d'années des actions en tous genres (conférences, colloques, formations...) destinées à mieux les faire connaître. Les médiateurs ne constituent pas, loin s'en faut, une catégorie homogène (ne serait-ce que parce qu'il existe plusieurs façons d'« entrer en médiation », aux premiers rangs desquels le droit et la psychologie...) mais leur dynamique, bien que désordonnée, est réelle et de plus en plus efficace.

Cet engouement pour les MARC (pour reprendre l'acronyme le plus usité) n'est peut-être pas sans lien avec les critiques de plus en plus fréquentes adressées à la formule classique du procès, notamment en matière de conflits du travail.

Chacun le sait en France, la juridiction prud'homale est « à bout de souffle »³ : délais excessifs de règlement des litiges qui conduisent l'État à être régulièrement condamné pour « déni de justice » (la décision la plus impressionnante étant celle du Tribunal de grande instance de Paris qui a prononcé le 18 janvier 2012, à l'initiative du Syndicat des avocats de France, 71 condamnations concernant des affaires en attente devant les CPH de Bobigny, Nanterre, Longjumeau... avec des délais de règlement allant de un à cinq ans) ; doutes sur la possible maîtrise de la complexité

¹ Article 2044 du Code civil.

² Article 2052 du Code civil.

³ Semaine sociale Lamy n° 1575 du 11 mars 2013. Justice sociale : pour qui sonne le glas, *Sem. Soc. Lamy* n° 1622 du 17 mars 2014 ; P. Joxe, *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Fayard 2014.

actuelle du droit du travail par des magistrats non juristes (obligation de formation inchangée depuis 1982 alors que le Code du travail a doublé de volume) ; questionnements sur la légitimité de ces juges élus par un corps électoral difficile à mobiliser (taux d'abstention d'environ 75% en 2008 qui invite le Gouvernement à réfléchir à la nécessité de maintenir ou non ces élections professionnelles) ; manque cruel de moyens depuis longtemps dénoncés ; indemnisation inadaptée des conseillers prud'homaux qui exercent un véritable « sacerdoce » ; importance des taux de départage qui pointe les limites du paritarisme... sans oublier l'échec flagrant de la procédure obligatoire de conciliation qui conduit, dans à peine 7% des cas à une solution amiable devant des conseillers prud'hommes non préparés à cela et des parties, employeur comme salarié, qui souvent n'y croient pas et y sont rarement encouragés par leurs conseils respectifs.

La crise de la justice du travail en France est réelle et sérieuse. Le constat est d'autant plus regrettable qu'il s'agit du contentieux le plus important de tous en nombre (environ 200 000 demandes nouvelles sont formulées chaque année devant les Conseils de prud'hommes...). Il n'est pas exclu que cette crise, qui peine à trouver ses solutions, joue en faveur des modes alternatifs de règlement des conflits.

Dans le même temps et malgré leur intérêt, ces modes amiables de règlement des conflits doivent faire face à diverses résistances culturelles, institutionnelles... qui freinent leur plein épanouissement.

Alors que la France dispose d'une réelle culture de la négociation dans les relations de travail, surtout développée dans le traitement des conflits collectifs, la tendance actuelle pour le règlement des conflits individuels du travail reste celle de la « judiciarisation ».

Les professionnels du droit qui accompagnent et conseillent les employeurs et salariés dans ces conflits jouent un rôle déterminant dans ce mouvement, les avocats notamment étant enclins et formés, pour la grande majorité d'entre eux, à faire la guerre (le procès) bien plus que la paix (la recherche d'une solution amiable et négociée).

La France se trouve ainsi dans une sorte d'entre-deux vis à vis de cette justice du travail alternative : entre impulsion européenne et hésitations toutes françaises qui ont pour effet une complexité évidente du droit applicable en ce domaine.

I – L'impulsion européenne

L'Union européenne impulse clairement une dynamique en faveur des modes alternatifs de règlement des conflits, tous domaines confondus. L'objectif est de les faire se développer en Europe à l'image d'autres zones du monde où ceux-ci sont plus répandus (Canada par exemple). Sous l'angle du droit de l'Union européenne, cette impulsion a été donnée par la fameuse directive du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale, que les États membres étaient tenus de transposer dans leur droit positif avant le 21 mai 2011. L'impulsion donnée n'est pas seulement juridique. Elle résulte également d'indicateurs chiffrés dont la connaissance et l'analyse doivent encourager les États à mener des politiques plus actives en ce domaine.

A – La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Cette directive constitue le texte de référence en matière de médiation pour tous les pays membres de l'Union européenne (excepté le Danemark). Elle traduit la volonté communautaire « de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires »⁴.

La médiation y est définie comme « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur »⁵. Le même texte précise que « ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ». Concernant l'articulation entre procédures judiciaires et non judiciaires, la directive trace les limites de sa propre compétence : elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question ; mais elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative au litige ».

⁴ Article 1^{er} de la directive.

⁵ Article 3 a) de la directive.

Son champ d'application paraît de prime abord limité aux situations comportant des éléments transfrontaliers dans lesquelles la médiation, du fait de la concurrence entre systèmes juridiques, présente des intérêts marqués : « La présente directive s'applique, dans les litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s'applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique »⁶. En réalité, rien n'empêche les États membres d'appliquer les dispositions de la directive aux processus de médiation internes⁷.

Le cadre général proposé par le droit communautaire comprend également des dispositions essentielles relatives à l'exécution des accords auxquels les parties sont parvenues grâce à la médiation. La directive veille à ce que tous les États membres instaurent une procédure par laquelle un accord peut, à la demande des parties, être confirmé par un jugement, une décision ou un acte authentique d'une juridiction ou d'une autorité publique, ce qui permet la reconnaissance mutuelle et l'exécution dans toute l'Union européenne des accords issus d'une médiation.

Elle veille également à ce que les parties ne soient pas empêchées d'entamer une procédure judiciaire ou d'arbitrage à la suite d'une médiation, du fait de l'expiration des délais de prescription (suspension des délais de prescription en cas de recours à la médiation).

Elle prévoit enfin diverses mesures destinées à assurer la confidentialité (avec des exceptions : raisons impérieuses d'ordre public, notamment pour empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne...) et la qualité des médiations, en encourageant la formation des médiateurs ainsi que la rédaction et l'application de codes volontaires de bonne conduite.

La directive propose une définition générale, sans risque, du médiateur. Il s'agit de : « tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la

façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener ». Cette question essentielle de la qualité/qualification des médiateurs est sensible dans les milieux professionnels. Elle devrait se poser de façon accrue dans les prochaines années, le Conseil des ministres de l'Union européenne venant de décider le 6 juin 2014 à Luxembourg qu'il devait être créé avant 2018 une liste de médiateurs dans les divers pays membres de l'Union européenne, comme existent par ailleurs des listes d'avocats, notaires ou officiers judiciaires.

B – Le tableau de bord de la justice dans l'Union européenne édité par la Commission européenne

La Commission européenne a publié le 17 mars 2014 la deuxième édition du tableau de bord de la justice dans l'UE, qui a pour objectif de promouvoir la qualité, l'indépendance et l'efficacité des systèmes judiciaires dans l'Union européenne. Ce tableau de bord est un outil d'information qui présente des données objectives, fiables et comparables sur les systèmes judiciaires des États membres. « La lenteur de la justice équivaut à un déni de justice. Le tableau de bord de la justice est un outil essentiel de la stratégie économique de l'Union, dans la mesure où il permet d'offrir une justice plus efficace aux citoyens et aux entreprises », a déclaré la vice-présidente Viviane Reding, commissaire chargée de la Justice.

Les conclusions de ce tableau de bord sur le sujet qui nous concerne sont les suivantes : les modes de règlement extrajudiciaire des litiges sont maintenant proposés dans la quasi-totalité des États membres. Ils allègent la charge de travail des tribunaux. Il conviendrait d'y recourir plus largement (reprise du tableau de bord 2013). Ces conclusions doivent être prises en considération dans la préparation des analyses par pays conduites dans le cadre du semestre européen (cycle annuel de coordination des politiques économiques de l'UE visant à améliorer la performance économique et la compétitivité des États membres au moyen de recommandations par pays). Elles alimenteront les travaux menés dans le cadre des programmes d'ajustement économique. Les fonds de l'UE (Fonds européen de développement régional et Fonds social européen) pourraient être utilisés pour soutenir les réformes des systèmes judiciaires nationaux.

⁶ Article 1. 2 de la directive.

⁷ Considérant 8.

C – Les travaux menés par le Parlement européen sur la « Quantification du non recours à la médiation » (rapport 2011)

Le cadre juridique de la médiation a connu ces dernières années des évolutions substantielles, notamment grâce à la directive du 21 mai 2008. Mais malgré cela, malgré les atouts de la médiation qui apparaissent désormais évidents à un plus grand nombre (économie de temps, d'argent, solutions mieux ajustées aux intérêts et besoins des parties en conflit...) elle est loin d'être solidement ancrée en Europe.

Le Parlement européen a donc fait réaliser une étude publiée en 2011 par l'*ADR Center* pour examiner et quantifier l'impact des actions en justice sur les systèmes judiciaires des 26 États membres (étude réalisée dans le contexte du projet financé par la Commission européenne intitulé « The Cost of Non ADR-Surveying and Showing the actual costs of Intra-Community Commercial Litigation ». L'étude est éclairante. Elle mesure les coûts temporels et financiers du non-recours à la médiation. Des moyens sont proposés pour la stimuler davantage : incitations fiscales, remboursement des frais de contentieux, incitations aux juges... des idées relativement simples qui pourraient avoir un impact important sur les taux de participation à la médiation.

L'étude insiste également, et à juste titre, sur les efforts à fournir en termes de communication pour mieux faire connaître les bénéfices de la médiation aux justiciables eux-mêmes. « Il existe actuellement un paradoxe de la médiation... Si la médiation donne de très bons résultats, elle est rarement utilisée de manière systématique par les parties en conflit et les avocats. Vu le taux élevé de réussite persistant de la médiation, et vue son utilisation fortement limitée, il faudrait organiser une vaste campagne publicitaire pour sensibiliser davantage le public aux bienfaits de la médiation... La sensibilisation et la formation en vue de promouvoir la médiation sont utiles, mais une campagne politique publique parrainée par la commission européenne serait un moyen très efficace de montrer au public que la médiation est une bonne chose... ». Cette campagne reste à faire.

II – La complexité française

A – Le cadre législatif et réglementaire antérieur à la directive « médiation »

Le législateur français n'a pas attendu la directive européenne de 2008 pour s'engager dans la voie des modes amiables de règlement des conflits. Ce sont certainement les conflits collectifs du travail qui ont ouvert cette voie, juste après le Front populaire. Il s'agit alors de trouver des alternatives à la violence des conflits sociaux, bien plus qu'à leur règlement par un procès, mais l'idée de fond est la même : par la négociation, il doit être possible de trouver des solutions conduisant à un règlement pacifique des conflits.

La première tentation du législateur a été d'imposer aux partenaires sociaux de recourir à ces procédures amiables : obligation de recourir à la conciliation et à l'arbitrage avant tout recours à la grève et au lock-out ; obligation pour les conventions collectives de contenir une clause organisant la conciliation ; obligation en cas d'échec de désigner un arbitre... Ces lois du 31 décembre 1936 et du 4 mars 1938 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage seront abrogées quelques années plus tard, pour ineffectivité. Tandis que le législateur français s'interroge aujourd'hui sur le fait de savoir si la médiation peut en certains domaines être imposée, peut-être ces précédents devraient-ils faire réfléchir. Peut-on véritablement obliger des parties en conflit à s'écouter et à s'entendre ?

La loi du 11 février 1950 opérera un retour timide en faveur de ces procédures : l'obligation d'y recourir sera limitée à la conciliation, l'arbitrage ne sera plus qu'une faculté. Par la suite, les efforts porteront sur la recherche de solutions plus efficaces que la conciliation (a priori trop souple) mais moins contraignantes que l'arbitrage où les parties s'engagent par avance à respecter la solution donnée par l'arbitre.

Qu'en reste-t-il aujourd'hui ? Des procédures facultatives, organisées aux articles L. 2521-1 et suivants du Code du travail, largement en déshérence, si ce n'est de temps en temps la désignation d'un médiateur. La tendance est devenue celle de la négociation directe de façon à éviter au plus possible l'explosion du conflit... ou alors à commencer par la manifestation du conflit ou sa menace, utilisée comme moyen de pression pour contraindre l'employeur à négocier (exemple des grèves dans certains transports publics programmées plusieurs semaines à l'avance).

Curieusement, de nombreuses obligations de négocier existent en droit français (sur les salaires, le temps de travail, la formation, la pénibilité, les RPS...) mais aucune obligation de négocier préalablement à un mouvement de grève. La loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien, institue un mécanisme de prévention et de règlement amiable des conflits collectifs, mais celui-ci est facultatif. Le dispositif le plus intéressant en ce domaine est certainement celui sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (loi du 21 août 2007) qui a imposé la tenue de négociations d'entreprise ou de branche pour organiser une procédure de prévention des conflits. À défaut d'accord, un décret n° 2008-82 du 24 janvier 2008, intégré depuis 2014 dans le Code des transports, fixe les modalités de la procédure de prévention des conflits collectifs applicable dans ce secteur.

Également antérieure à la directive du 21 mai 2008, la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (accompagnée du décret d'application n° 96-652 du 22 juillet 1996) montre encore l'avance du législateur français sur les prescriptions européennes. Cette loi qui a un large champ d'application matériel (non limité au droit du travail) porte exclusivement sur la conciliation et la médiation *judiciaires* qui font l'objet d'un chapitre commun : pouvoirs du juge, répartition des frais de médiation, durée de la mission du conciliateur/médiateur, obligation de secret, possibilité de demander l'homologation du juge pour donner force exécutoire à l'accord... Cette loi a été retranscrite dans le Code de procédure civile aux articles 127 à 131 pour la conciliation judiciaire et aux articles 131-1 à 131-15 pour la médiation judiciaire. La médiation conventionnelle, quant à elle, n'a pas encore retenu à cette époque l'attention du législateur (pratiques réglées par le droit commun des contrats).

B - Le droit positif résultant de la transposition de la directive « médiation »

La transposition en droit français de la directive européenne de 2008 va se faire par le biais de deux textes principaux : l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 et son décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012, auxquels on peut ajouter la loi du 17 juin 2008 (modifiée par la loi du 22 décembre 2010 sur la convention de procédure participative) qui encourage la médiation et la conciliation en prévoyant la suspension des délais de prescription des

actions en justice (article 2238 du Code civil). Cette transposition qui était nécessaire et a produit des effets positifs, n'est pas à l'abri pour autant de toute critique.

1 - Confusion des définitions

La première concerne la définition commune de la médiation et de la conciliation qui est donnée par l'ordonnance de 2011 : « **Tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elle ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige** »⁸. Cette définition, inspirée de la directive de 2008, est une première en droit français et constitue l'un des apports essentiels de la transposition de la directive dite « Médiation ». Mais elle prête à critique en raison de la confusion qu'elle engendre entre des modes de règlement amiables que le législateur français s'était efforcé jusque-là de distinguer, notamment par des statuts différents⁹.

En réalité, la définition proposée par l'ordonnance du 16 novembre 2011, plus qu'un mode de règlement particulier, désigne un *processus* : celui par lequel des personnes en conflit peuvent, à l'aide d'un tiers (qui en France ne doit pas être le juge), échanger et trouver ensemble des solutions adaptées à leur différend, au-delà de ce qu'un juge seul peut faire, chargé d'abord et avant tout d'appliquer la loi. C'est sur ce processus que le législateur a sans doute voulu insister, en proposant une définition unitaire, englobante, de l'ensemble des formes de médiation (conventionnelles et judiciaires, préventives et curatives, institutionnelles ou libres). Il est difficile de le lui reprocher, si tant est que l'on soit convaincu de l'utilité de ce processus.

En revanche, la critique porte plus vivement sur le manque de lisibilité du dispositif d'ensemble : la définition unitaire énoncée ci-dessus aurait dû trouver une bonne place dans le Code de procédure civile, or elle n'y figure pas. Elle a été intégrée dans l'article 21 de la loi de 1995 qui ne traite en principe que de conciliation et médiation *judiciaires*... Elle est reprise dans le Code de procédure civile à l'article 1530 en des termes voisins, mais ce texte ne traite que de médiation

⁸ Article 21 de la loi de 1995 modifiée, issu de l'ordonnance de 2011.

⁹ F. Oudin, « Critique de la législation française relative à la médiation », in B. Castelain (dir.), *De l'autre côté du conflit : la médiation*, Anthémis 2013, p. 143.

et conciliation *conventionnelles*... et ce dernier opère tout de même un renvoi à la loi de 1995¹⁰... Difficile de s'y retrouver !

On regrette clairement que le législateur français n'ait pas pris la mesure des enjeux attachés à une bonne intégration dans le droit positif des dispositions relatives à ces modes alternatifs de règlement des litiges, notamment dans le Code de procédure civile qui est l'un de nos meilleurs codes. Gérard Cornu aurait sûrement fait mieux¹¹. Ce manque de lisibilité ne peut que freiner le développement de cette justice alternative. Les professionnels du droit autant que les justiciables ont besoin de règles claires pour investir efficacement cette nouvelle façon d'aborder les litiges. Or ce n'est pas tout à fait le cas aujourd'hui en France.

Sans forcément le calquer, nous pourrions nous inspirer ici de l'exemple québécois où le Code de procédure civile vient d'être réécrit et affiche désormais à son frontispice des lignes directrices bien marquées : « Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ». La formule est digne des « grands codes »... à la Portalis !¹²

2 - Manque de lisibilité

Une seconde série de remarques pointe pareillement un manque de lisibilité du droit français sur ces questions. Elle concerne spécifiquement les conflits du travail.

¹⁰ Article 1530 du CPC : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, 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 ».

¹¹ G. Cornu, Les modes alternatifs de règlement des conflits, *Revue internationale de droit comparé* 1997, pp. 313-323.

¹² Nouveau Code de procédure civile 2014. V. notamment la disposition préliminaire, les articles 1 à 7 ainsi que le livre VII.

Tandis que le Livre V du Code de procédure civile qui traite de la résolution amiable des différends (hors procédure judiciaire) s'ouvre par un article 1528 selon lequel : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats », l'article 1529 restreint immédiatement en ce domaine le champ des possibles : « Les dispositions du présent livre s'appliquent aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction. Ces dispositions s'appliquent en matière prud'homale sous les réserves prévues par les articles 2064 du code civil et 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative ».

Ces réserves et restrictions portant sur le règlement des conflits du travail concernent :

- l'exclusion de la procédure participative (loi du 22 décembre 2010) : « Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition... 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 » ;

- la limitation de la médiation conventionnelle régie par la loi de 1995 aux conflits du travail 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 » (article 24 de la loi) ;

- l'impossibilité *de facto* de faire homologuer par le juge l'accord qui pourrait résulter d'une médiation conventionnelle (article 21-5 de la loi de 1995).

3 - Complexité du droit applicable

L'article 24 de la loi de 1995 a été réécrit de façon telle, à la suite de l'ordonnance de 2011 (v. *supra*) que l'on s'est demandé si le texte n'avait pas pour effet d'interdire purement et simplement la médiation conventionnelle dans les

conflits du travail. Suivant l'analyse du GEMME¹³, nous pensons également que cette lecture de l'article 24 mène à une conclusion excessive. La médiation conventionnelle dans les conflits internes relatifs au contrat de travail reste bien sûr licite, malgré sa réécriture par l'ordonnance de 2011, sous réserve de porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Celle-ci relève du droit commun des contrats, et non des dispositions spécifiques posées par l'ordonnance de 2011.

La sécurisation des accords obtenus à la suite de médiations réalisées dans les conflits internes et individuels du travail est également devenue plus complexe, inutilement. La lecture *a contrario* des articles 24 et 21-5 de la loi de 1995 réécrits en 2011, conduit en effet la conclusion suivante : l'accord auquel parviennent les parties en ce domaine ne peut pas, en principe, être soumis à l'homologation du juge pour lui donner force exécutoire... sauf utilisation de moyens détournés.

Trois situations doivent dès lors être distinguées :

- soit les parties parviennent à la conclusion d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil, *sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative* : dans ce cas, leur accord peut être homologué par le juge, en application de l'article 1568 du Code de procédure civile qui règle spécialement cette hypothèse ; depuis le décret du 20 janvier 2012, le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée est également compétent pour statuer sur la demande d'homologation (CPH s'il s'agit de régler un conflit individuel portant sur le contrat de travail) ; lorsque le CPH est saisi, une interrogation subsiste sur la formation compétente pour procéder à l'homologation des transactions : bureau de conciliation (comme pour les conflits du travail transfrontaliers en application de l'article R. 1471-2 du Code du travail) ou bureau de jugement ?

- soit les parties parviennent à la conclusion d'une transaction *après avoir eu recours à une médiation ou une conciliation* : par un raisonnement *a contrario*, on peut alors décider que, s'il est possible de faire homologuer une transaction négociée par des parties seules, *a fortiori* rien ne justifie qu'il n'en puisse être de même lorsque les parties

ont été aidées d'un tiers pour parvenir à leur accord... mais cette interprétation contrarie les articles 24 et 21-5 de la loi de 1995 pour les conflits internes du travail ;

- enfin, les parties parviennent à un accord mais celui-ci ne remplit pas les conditions pour être qualifié de transaction : dans ce cas, à défaut de pouvoir faire homologuer directement leur accord par le juge, les parties doivent passer par la procédure prud'homale de droit commun... et devant le bureau prud'homal de conciliation (avec la possibilité de faire acter cet accord dans un procès-verbal de conciliation selon l'article 130 du Code de procédure civile) ; si cet accord porte sur des droits disponibles et qu'il a été régulièrement conclu, il est doté de la force obligatoire et s'impose aux parties comme au juge (en vertu de l'article 1134 du Code civil).

Les parties qui s'engagent dans un processus de médiation peuvent aussi décider d'engager, quoi qu'il en soit, une procédure prud'homale... à laquelle il sera mis fin par application de l'article 384 du Code de procédure civile si elles parviennent entre-temps à un accord... auquel le juge donnera force exécutoire. Mais cette solution n'est bien sûr pas satisfaisante dès lors qu'elle conduit à l'ouverture systématique de procédures contentieuses, ce que l'on cherchait précisément à éviter, et qu'elle est surtout contraire à l'esprit de la directive de 2008 qui veut encourager les modes alternatifs de règlement des conflits en amont du système judiciaire et non en passant systématiquement par lui¹⁴.

Comment expliquer cette complexité du législateur s'agissant des modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail ? Certainement par des raisons qui tiennent plus à des positions de défense syndicale, que le législateur n'a pas voulu contrarier, que par des préoccupations de bonne justice.

C – Les résistances prud'homales

Les conseillers prud'hommes craignent notamment que ces nouveaux modes de règlement des litiges ne viennent « concurrencer » la procédure prud'homale et le préalable obligatoire de conciliation qui en constitue l'une des spécificités. Leurs craintes ont été entendues par le législateur,

¹³ Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) qui a fêté ses 10 ans en juin 2014. www.gemme.eu/fr.

¹⁴ « La médiation : un nouveau rebondissement dans le sillage européen » (dossier du GEMME), *Les annonces de la Seine*, supplément au n° 27 du 19 avril 2012, p. 8 et 9.

sans doute en raison du vent de réformes qui souffle sur cette juridiction depuis plusieurs années, laquelle ne sait pas encore véritablement quel sera son avenir¹⁵.

Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail fait-il réellement concurrence à la procédure de conciliation obligatoire devant les conseils de prud'hommes ? Ce n'est pas certain et surtout, ce n'est pas en ces termes – ceux d'une soi-disant concurrence entre institutions – que la question devrait être posée. La seule entrée dans le débat devrait être celle de l'intérêt des justiciables. Tel est loin d'être le cas aujourd'hui.

Les enjeux du débat, s'agissant des résistances prud'homales, vont bien au-delà de la question des modes alternatifs de règlement des conflits, dont on peut se demander si elle n'a pas servi d'exutoire dans l'attente de réformes de plus vaste ampleur. Car à poser la question de fond, quel juge prud'homal, employeur ou salarié, quel représentant ou défenseur syndical, peut encore aujourd'hui encourager sans réserve des parties en conflit à s'engager dans une procédure incertaine et coûteuse dont les délais excessifs sont régulièrement dénoncés ? Qui peut sérieusement convaincre qu'une tentative de médiation peut faire « double-emploi » avec la procédure de conciliation prud'homale, en laquelle plus personne ne croit vraiment ?¹⁶

Comment a-t-on pu en arriver-là (en arriver à douter de l'intérêt de régler des conflits à l'amiable)... alors que 90% des litiges devant les CPH au XIX^{ème} siècle étaient réglés par la conciliation ? Notre droit du travail est-il devenu complexe au point d'être lui-même devenu un frein à la recherche de solutions de bon sens ?

« L'équilibre atteint au début du XX^{ème} siècle tenait à quelques données fondamentales : la faible développement et la faible technicité du droit du travail laissaient une large place à l'application des usages professionnels et à la recherche de conciliation ; ils ne nécessitaient pas une forte compétence juridique de la part des juges ; l'évitement du juge professionnel et la préférence accordée à la

conciliation correspondaient parfaitement aux usagers des prud'hommes de l'époque (ouvriers et petits patrons) et à l'idéologie de leurs représentants syndicaux ; et surtout, le « droit ouvrier » n'avait pas encore donné lieu à la constitution d'un corps de juristes spécialisés, susceptibles de peser dans le sens de sa systématisation et de sa rationalisation. L'éthique prud'homale de la conciliation et du refus du « juridisme » étaient alors en parfait accord avec les conditions juridiques et sociologiques de fonctionnement de l'institution »¹⁷. Ces conditions se sont radicalement transformées tout au long de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Le droit du travail s'est extraordinairement complexifié, ce qui a eu pour effet de compliquer la tâche des juges (de rendre moins facile la conciliation) et d'exiger d'eux des compétences juridiques de plus en plus difficiles à maîtriser.

En bref, c'est comme si aujourd'hui, l'on ne savait plus faire simple : se parler, s'expliquer, s'efforcer de comprendre le point de vue de l'autre. C'est pourtant cette culture de la négociation qu'il paraît urgent de retrouver, les modes amiables de règlement des conflits ayant précisément pour intérêt de faire ressortir les véritables motifs des conflits, lesquels n'apparaissent pas forcément dans le dossier qui est entre les mains du juge, et d'éviter de batailler sur des textes complexes et des jurisprudences incertaines... tandis que les véritables raisons de l'affrontement figurent bien souvent ailleurs.

Les résistances de la prud'homie ont produit un effet complexifiant sur le droit des MARC appliqués au droit du travail. Elles ont conduit à un certain verrouillage du dispositif qui, au lieu de favoriser le règlement amiable des litiges en dehors du procès, ramènent ces derniers inéluctablement vers lui... malgré ses incertitudes et ses imperfections aujourd'hui connues de tous.

La même conclusion peut être tirée de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 5 décembre 2012 : « Attendu 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 »¹⁸.

¹⁵ *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par Alain Lacabarats, président de chambre à la Cour de cassation, Juillet 2014.

¹⁶ Controverse : « Le bureau de conciliation exerce-t-il suffisamment des pouvoirs ? », *Revue Droit du travail*, 2013, p. 743.

¹⁷ A. Supiot, *Les juridictions du travail*, Traité de droit du travail, tome 9, Dalloz 1987, p. 12.

¹⁸ Cass. soc. 5 décembre 2012, n° 11-20.004 (v. Rapport annuel de

Concernant les clauses contractuelles de conciliation, la Cour de cassation a pris là une décision à *minima* qui révèle un certain embarras. Elle a tranché le cas qui lui était soumis, sans prendre de position ferme sur la question de la licéité ou de la nullité de ces clauses. De fait, elle reste dans un entre-deux inconfortable : déclarer ces clauses licites était délicat car cela revenait à mettre en cause indirectement la fonction conciliatrice du conseil de prud'hommes ; déclarer ces clauses nulles était difficile (sauf l'hypothèse d'une clause interdisant complètement le recours au conseil des prud'hommes, laquelle serait nulle sans discussion en raison de sa compétence d'ordre public) dans la mesure où l'Union européenne encourage les modes alternatifs de règlement des conflits et que la France fait plutôt partie des mauvais élèves dans le développement de cette justice alternative.

Ces clauses de conciliation méritent pourtant d'être encouragées. Même si cette jurisprudence les prive d'un effet juridique obligatoire, à tout le moins peuvent-elles jouer à titre informatif et permettre d'attirer l'attention des parties, dès le début du contrat, sur le fait qu'en cas de désaccord et avant d'aller devant le juge, existent d'autres moyens de régler les différends.

Quoi qu'il en soit, le panorama français des modes alternatifs de règlement des conflits du travail reste large et ouvert, même s'il n'est pas toujours facile d'y retrouver les règles applicables à chacun¹⁹ :

- **conciliation, judiciaire ou non judiciaire**, possible pour les conflits individuels (obligatoire devant le CPH, facultative en dehors) ou pour les conflits collectifs du travail ;

- **médiation judiciaire** (articles 131-1 à 131-15 du CPC) ;

- **médiation conventionnelle** : plusieurs régimes (médiation conventionnelle réglementée par les articles 1530 s. du Code de procédure civile pour les conflits du travail transfrontaliers ; médiation conventionnelle libre régie par le droit commun des contrats ; procédures spécifiques

prévues par le Code du travail en matière de harcèlement moral, de violence au travail, de conflits collectifs) ;

- **convention de procédure participative** en principe interdite pour régler les différends qui s'élevaient à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail (loi du 22 décembre 2010) mais possible sur certains conflits en raison de l'éclatement du contentieux du travail ;

- **arbitrage** possible pour les conflits du travail internes (sous condition) ou internationaux, individuels ou collectifs²⁰ ;

- **droit collaboratif**, pratique purement contractuelle encore largement méconnue en France²¹, et qui ouvre bien des horizons...

Manque ici un tableau synthétique et complet qui faciliterait la tâche des professionnels et favoriserait opportunément l'information des justiciables, ce qui fait sans doute le plus défaut à l'heure actuelle.

la Cour de cassation 2012). D. Boulmier, « Clause contractuelle de conciliation préalable à la saisine du juge », *Dr. social*, 2013, p. 178 ; S. Tournaux, « Vers la licéité des clauses contractuelles de conciliation », *Lexbase Hebdomadaire* n° 467 du 5 janvier 2012 (à propos de Cass. soc. 7 décembre 2011).

¹⁹ D. Boulmier, « Contentieux individuels du travail et conciliation / médiation : état des lieux (dégradé !) », *Dr. social*, 2012, p. 121.

²⁰ Un débat existe cependant sur le fait de savoir si l'arbitrage – forme de justice privée – constitue ou non un mode amiable de règlement des litiges.

²¹ F. Rongeat-Oudin, « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP(G)* 2011, 1097. <http://www.droit-col-laboratif.org>

EN ACCÈS LIBRE SUR NOTRE SITE INTERNET

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2013** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2013 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'English Electronic Edition paru début d'année 2014.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

Achévé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Décembre 2014

