



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 Professionnel
Droit et Pratique des Relations de Travail
Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIÉ
2016**

***Les modes alternatifs de règlement des
litiges en droit du travail***

Alexis FORGE

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIÉ

Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit du travail

par Alexis Forge

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Teyssié

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

Promotion De Pardieu Brocas Mafféi

Année universitaire 2015/2016

À mes parents qui m'ont toujours accompagné dans mes projets et mes études,

Au Professeur Teyssié qui m'a transmis la passion du droit,

*À Arthur qui m'a fait l'honneur de son amitié et qui m'a soutenu de manière indéfectible
durant ces cinq années universitaires.*

REMERCIEMENTS

Je remercie vivement Monsieur le Professeur Bernard Teyssié pour m'avoir encouragé à postuler au Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail et pour m'avoir offert l'opportunité d'accéder à son excellente formation. Sa disponibilité, son écoute et sa bienveillance m'ont été d'une grande aide.

Je souhaite remercier Madame Lydie Dauxerre pour ses précieux conseils, son soutien et son aide ainsi que Madame Catherine Lebret pour sa présence et son appui.

Je souhaite également remercier l'ensemble du corps professoral pour la qualité de leurs enseignements, notamment Mesdames Pétel-Teyssié et Vatinet, Messieurs Cesaro, Pagnerre, Jeansen, Duchange et Martinon.

Je souhaite, de même, remercier l'ensemble des intervenants pour leur investissement personnel, leur professionnalisme et leur fine connaissance de la pratique du droit social, particulièrement Maîtres Henri Guyot, Vincent Manigot, Alexandre Abitbol, Bertrand Loubeyre, Hubert Flichy et Manuelle Puylagarde.

Je présente mes très sincères remerciements à notre parrain le Cabinet Depardieu Brocas Mafféi, et spécialement à Maître Philippe Rozec qui a réussi à nous transmettre sa passion du droit du travail.

Mes remerciements vont également au Cabinet brL Avocats qui m'a accueilli en apprentissage et en particulier à Maîtres Guillaume Brédon, Thomas Godey, Véronique Martin-Bozzi, Saïd Sadaoui, Henri Guyot, Vincent Jacob, Camille Bres, Claire Galot, Coralie Dupin, Marine Bouchard, Charlotte Matias, Grégoire de Courson et Anne Lebargy.

Je remercie sincèrement mes camarades de promotion pour cette année passée à leurs côtés, notamment Adélaïde Sayn, Mélanie Neto, Yohann Dauvet, Louis Aluome, Marie Eliphe et Camille Mannier. Je remercie tout particulièrement mon ami Arthur Lampert pour m'avoir accompagné et soutenu durant ces cinq années universitaires.

Je remercie, enfin, ma famille : mes parents et mon grand-père, ainsi que mes amis : Héloïse Miltat, Pauline et Morgane Lacaille, Ari Assault, Laura Navarro, François Sibiude ... pour m'avoir soutenu tout au long de cette année.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ fam.	Actualité juridique Famille
al.	alinéa
AN.	Assemblée nationale
art.	article
av. gén.	avocat général
Bull. civ.	Bulletin civil
c/	contre
CA	cour d'appel
Cah. soc.	Les cahiers sociaux
Cass	Cour de cassation
coll.	collection
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Crim.	chambre criminelle
CPC	code de procédure civile
C. assur.	code des assurances
C. civ.	code civil
C. sup. arb.	cour supérieure de l'arbitrage
C. trav.	code du travail
chron.	chronique
Civ. 1 ^{ère}	première chambre civile
Civ. 2 ^e	deuxième chambre civile
Civ. 3 ^e	troisième chambre civile

D.	Recueil Dalloz
Déb.	Débat
dir.	direction
Dr. Ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GACEDH	Grands arrêts de la Cour EDH
JCl. Pr. Civ.	JurisClasseur Procédure civile
JCl. Trav.	JurisClasseur Droit du travail
JCP E	Semaine Juridique Entreprises et Affaires
JCP G	Semaine Juridique Générale
JCP S	Semaine Juridique Social
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
LPA	Les Petites Affiches
Mél.	Mélange
n°	numéro
Obs.	Observations
OIT	Organisation Internationale du Travail
Ord. Réf.	Ordonnance de référé
p.	page
pp.	pages
préf.	préface
prop.	proposition

RDT	Revue de droit du travail
R.D.U.S.	Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
Rec. CEDH.	Recueil des arrêts de la Cour EDH
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. pr. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RID comp.	Revue de droit international comparé
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
R.L.R.	Ritsumeikan Law Review
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivants
soc.	chambre sociale
SSL	Semaine sociale Lamy
Suppl.	Supplément
TGI	tribunal de grande instance
TPS	Revue travail et protection social
USSC	US Supreme Court (Cour supreme américaine)
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
TITRE IER : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL	50
CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES CLASSIQUES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	50
SECTION 1 – LA CONCILIATION	50
SECTION 2 – LA MÉDIATION	75
SECTION 3 – L'ARBITRAGE	111
CHAPITRE 2 – LES TECHNIQUES INNOVANTES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	157
SECTION 1 – UN PROCESSUS LÉGAL : LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE	157
SECTION 2 – UN PROCESSUS PRATIQUE : LE DROIT COLLABORATIF	181
TITRE II : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL	198
CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	198
SECTION 1 – LES MODES ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS	198
SECTION 2 – LES MODES NON-ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS	220
CHAPITRE 2 : LES TECHNIQUES EXTRA-LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	231
SECTION 1 – LA NÉGOCIATION DE FIN DE CONFLIT	231
SECTION 2 – DES PRATIQUES ORIGINALES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS	243
CONCLUSION GÉNÉRALE	250
BIBLIOGRAPHIE	254
INDEX ALPHABETIQUE	276
TABLE DES MATIERES	279

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Définition, Origines, Constat de l'échec de la justice du travail** – La lente émergence des modes alternatifs de règlement des litiges a fait apparaître plusieurs types de processus alternatifs à la justice étatique. Bien que le législateur ait créé plusieurs modes alternatifs de règlements des litiges, il n'a pas défini la notion. Il faudra alors la déterminer pour comprendre l'intérêt et la logique de ces modes alternatifs (I), la recherche des origines et de l'Histoire de ceux-ci apparaît nécessaire (II). Depuis plusieurs années, les modes alternatifs de règlement des litiges se développent. Si en droit du travail, cet essor est moins important, il n'en est pas moins réel du fait de l'échec de la justice du travail à répondre aux attentes des parties (III).

I- Recherche d'une définition des modes alternatifs de règlement des litiges

2. **Étymologie, Qualification, Multiplicité des modes alternatifs de règlement des litiges** – L'absence de définition des modes alternatifs de règlement des litiges oblige à analyser l'étymologie des mots qui composent la notion (A). Se pose ensuite un problème de qualification ou d'appellation (B). Enfin, la pluralité des modes alternatifs de règlement des litiges offre aux parties une multiplicité de processus ayant une finalité commune (C).

A- Étymologie des « modes alternatifs de règlement des litiges »

3. **Qu'est-ce qu'un mode ?** – Le terme *mode* vient du latin *modus* qui signifie « mesure » ou « mesure de surface » qui a évolué en « limite » et à « manière de se conduire, de se diriger », d'où par généralisation « façon de faire, façon ». Cette évolution s'explique par l'influence du verbe latin *moderari* qui signifie « modérer ». Le mode doit être compris au sens de méthode, de processus de moyen.

4. **Synonymes** – Une *méthode* est assimilée à un mode en ce qu'elle constitue un ensemble de moyens raisonnés suivis pour arriver à un but ou un ensemble de règles, principes sur lesquels reposent une pratique, dont résulte un arrangement, un compromis. La *méthode* est issue du latin *methodus*, terme employé en médecine, en géométrie et en rhétorique, issu du grec *methodos*, formé de *meta*, « au-delà, après, qui suit » et de *hodos* « la route, la voie, le

chemin). *Methodos* signifie d'abord « cheminement, poursuite » mais a dérivé du concept constatif (chemin suivi) au concept normatif (chemin à suivre). De là, provient le sens de recherche, traité, doctrine scientifique. La méthode a été introduite en médecine au sens de « matière particulière d'appliquer une médication. » Elle a pris très tôt celui de procédés raisonnés sur lesquels reposent l'enseignement ou la pratique d'un art. Le sémantisme du mot s'enrichit au XVIIe siècle tant dans un contexte intellectuel, avec la parution du *Discours de la méthode* de Descartes en 1637, que technique, où il est quasi synonyme de « procédé », de « moyen » au sens de « manière de faire ». Au XVIIIe siècle, il a pris le sens spécialisé de « système de classification » dans le domaine des sciences naturelles et, par extension se réfère à l'ordre réglant une activité, à l'arrangement qui en résulte. Plus récemment, son emploi a été diversifié selon les sciences (formelles et déductives, empirico-formelles, naturelles), l'expression de méthode expérimentale étant vague et recouvrant des concepts différents selon les domaines¹.

5. **Processus** a été emprunté au latin *processus* qui signifie progrès, progression, qui a donné le mot « procès ». Les extensions de sens ont été tardives : processus a repris au latin le sens abstrait de « progrès », « développement » dans le langage didactique, spécialement en philosophie, en sciences humaines, en psychologie et psychiatrie. Concurrençant « procès », il est passé dans l'usage courant en parlant d'un ensemble de phénomènes se déroulant dans le même ordre. La spécialisation plus technique du terme a abouti à la signification suivante : « suite ordonnée d'opérations parvenant à un résultat, à un but défini.² » Le sens de processus est proche de celui de procédure qui désigne les formes suivant lesquelles on doit procéder en justice, l'ensemble des règles, des formalités qui doivent être observées et, plus spécifiquement, la manière de se comporter, d'agir, de procéder pour aboutir à une décision. La finalité de la procédure et du processus diffère en ce que la première aboutit à une décision tandis que le second conduit à un résultat.

6. La **procédure** « gouverne » le procès³. Elle a pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice. Elle est davantage réglementée que le processus qui est marqué par la

¹ Dictionnaire Historique de la langue française, sous la dir. d'A. Rey, Le Robert, 2010.

² Dictionnaire Historique de la langue française, sous la dir. d'A. Rey, Le Robert, 2010.

³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. procès.

liberté. Les parties au processus sont, en effet, libres dans leur façon d'opérer, de s'organiser dans le temps.

7. Un *moyen* désigne ce qui sert à parvenir à une fin, une manière d'agir, au sens de « trouver le moyen de ». Il provient du latin « medium. » Il a également le sens concret de « chose », « procédé qui permet d'accomplir quelque chose » ou de « pouvoir faire quelque chose. »

8. *Des modes alternatifs* – L'adjectif *alternatif* découle du verbe « alterner » tiré du latin *alternare* et dérivé de *alternus* qui signifie « un sur deux », lui-même ayant pour origine *alter* : « autre ». Un mode *alternatif* devrait vouloir dire « présenter deux possibilités » et donc être entendu comme laissant un choix entre deux solutions ou comme ouvrant une option entre deux ou plusieurs parties. Or, ici, il doit être compris comme une autre possibilité ou comme constituant une solution de remplacement.

9. *Objet des modes alternatifs : règlement, résolution ou traitement* – L'emploi de *règlement* comme action de « régler » remonte au début du XVIIe siècle. Il exprimait l'action de soumettre à une discipline morale, intellectuelle ou pratique. Au cours du même siècle, son sens a évolué vers une conception plus contemporaine désignant le fait de soumettre une chose à un ordre déterminé, de fixer ce qui doit l'être dans tel ou tel domaine⁴, sens dont sortirent plusieurs emplois normatifs en droit : solution alternative d'un litige ou d'un conflit. Il convient, ici, de l'appréhender comme « mode de solution d'un différend » par des moyens ne comportant pas l'usage de la force (le recours au juge étatique), tels que la négociation ou l'intervention d'un tiers afin d'y mettre un terme.

Le terme *résolution* est également utilisé et vient du latin *resolutio* dérivé du verbe *resolvere* qui signifie « délier », « dénouer », « dissoudre », « résoudre », ou « action de relâcher ». C'est le moyen par lequel on tranche une question ou un problème.

Traitement découle du verbe latin *tracto, tractare* qui veut dire « s'occuper de », « administrer », « gérer ». Il peut être entendu, ici, comme une manière d'agir, une façon de faire, une pratique particulière ou encore la mise en œuvre d'un processus.

Au fur et à mesure que la formule « modes alternatifs » s'est précisée, est apparue une nette préférence pour le mot « règlement », qui est en concurrence avec celui de « résolution ». La domination du terme « règlement » sur celui de « résolution » peut s'expliquer par l'idée que le second renvoie davantage à un résultat que le premier qui est peut-être plus approprié pour

⁴ Dictionnaire Historique de la langue française, sous la dir. d'A. Rey, Le Robert, 2010.

désigner le processus qui conduit à un résultat en lui-même incertain. Par ailleurs, dans cette optique, il aurait été possible d'envisager le terme de « traitement » encore plus neutre que celui de « règlement » quant au résultat. Il aurait sans doute pu s'imposer mais pour des raisons euphoniques, les juristes, et plus généralement les professionnels, parlent pour évoquer les modes alternatifs de MARC, de MARL ou encore de MARD, les abréviations MATC (modes alternatifs de traitement des conflits) ou MATL (modes alternatifs de traitement des litiges) n'auraient pas eu le même succès.

10. **Modes alternatifs de règlement d'un litige, d'un conflit, d'un différend** – Plusieurs expressions visent les modes alternatifs, tantôt appelés modes alternatifs de règlement des litiges, tantôt modes alternatifs de règlement des conflits ou encore des différends. Il convient d'analyser l'origine de ces termes afin de comprendre leur emploi dans le cadre des résolutions amiables.

11. **Litige** – Le terme **litige** est emprunté du latin *litigium* qui signifie contestation, dispute, querelle, dérivé juridique de *lis, litis*, appliqué à un débat juridique dans lequel chacune des parties produit ses témoins devant le juge et, par extension, dans la langue « commune » à tout débat, à toute querelle. Si le *litige* a été introduit dans une acception juridique, il s'est étendu à toute contestation sur un sujet quelconque. Il peut être défini comme un désaccord, un différend ou un conflit considéré dès le moment où il éclate comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis, d'un arbitrage, entre autres modes de solution des litiges, indépendamment de tout recours à la justice étatique. Il peut donc être entendu comme une dispute pouvant être réglée par voie de négociation.

12. **Conflit** – Le terme **conflit** provient du latin impérial *conflictus* qui signifie « choc », « lutte », « combat » au propre et au figuré. Auparavant, il était assimilé au vocabulaire guerrier. Il peut dorénavant être défini comme une opposition de vues ou d'intérêts, une mésestente ou une situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès.

13. **Différend** – Le mot **différend** vient du latin *différens* qui désigne un désaccord entre deux ou plusieurs personnes. Un différend est un désaccord résultant d'une différence d'opinions, d'une opposition d'intérêts entre deux ou plusieurs personnes.

14. Ces trois termes peuvent être considérés comme équivalents mais sont-ils tous justes et pertinents ? Un problème de qualification émerge de l'utilisation alternative de trois expressions qu'il s'agit d'appréhender.

B- Qualification des modes alternatifs

15. Si une partie de la doctrine distingue les modes alternatifs de règlements des litiges, des conflits et des différends (1), il convient de s'interroger sur la pertinence d'une telle distinction (2).

1- Une distinction doctrinale

16. L'expression « modes alternatifs de règlement des conflits » est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français de la notion américaine d'« alternative dispute resolution » (ADR). La pratique a adopté différentes appellations : modes alternatifs de règlement des différends, modes alternatifs de règlement des litiges, processus de rapprochement, justice amiable, informelle, négociée, convenue ou concertée ...

17. **Expressions étrangères** – Les noms donnés aux modes alternatifs de règlement des conflits varient selon les pays. La traduction littérale de l'expression anglo-saxonne « alternative dispute resolution » est modes alternatifs de règlement des « différends ». Au Canada, pour désigner ces solutions amiables, les juristes emploient l'expression de « solutions de rechange au règlement des litiges » (SORREL) ou encore « modes de Prévention et Règlement des Différends (PRD).

18. **Expressions françaises** – Le législateur français utilise les termes différend ou conflit de manière, semble-t-il, indifférente⁵.

Cependant, il fait une distinction dans le code du travail, à l'article L. 1411-1. Il est évoqué un différend lorsque le conseil de prud'hommes opère par voie de conciliation tandis que lorsque celle-ci n'a pas abouti, il juge un litige. La distinction est confirmée à l'article L. 1411-3 dans lequel différend et litige sont utilisés pour définir la compétence des conseils de

⁵ Loi n°98-1163, 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits ; Décret n°2015-282, 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

prud'hommes : « *Le conseil de prud'hommes règle les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail* ».

La chambre sociale de la Cour de cassation semble, quant à elle, employer les termes de différend et de litige indistinctement : « *Attendu cependant, 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*⁶. »

En France, le terme de différend est, cependant, assez peu utilisé tant par la doctrine que par la pratique. Le débat doctrinal se concentre sur l'utilisation des termes « conflit » et « litige. » Si les deux mots peuvent paraître équivalents, voire synonymes, cette équivalence doit être nuancée.

19. Modes alternatifs de règlement des litiges ou modes alternatifs de règlement des conflits

– Une partie de la doctrine⁷ affirme qu'il n'est pas indifférent d'utiliser les notions de conflit ou litige. Le conflit a vocation à englober la notion de litige en ce sens que le litige est un « conflit juridique relevant », c'est-à-dire un conflit susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit. Tout conflit n'est donc pas un litige. Ce dernier supposerait une contestation qui va le plus souvent donner lieu à un procès alors qu'un conflit sous-entend un désaccord qui peut être réglé par voie de conciliation.

Le Professeur Jeammaud donne une définition large et globale du conflit. Il s'entend comme une « relation antagoniste que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements.⁸ »

Un litige peut être réglé sans que le conflit qui lui a donné naissance ne le soit : ainsi, un conflit social dans une entreprise à propos des conditions de travail, de la stratégie de l'entreprise ou de la situation de l'emploi peut donner lieu à une occupation de l'entreprise qui, si l'employeur saisit le juge, pourra déboucher sur une décision d'expulsion : le litige né de l'occupation de l'entreprise sera terminé par la décision judiciaire, mais le conflit opposant l'employeur à ses salariés ne sera pas réglé pour autant.

⁶ Arrêt Cass. soc., 5 déc. 2012, n°11-20.004, FP-P+B+R, *Bayard c/ Sté Médica France*.

⁷ L. Cadiet, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, R.L.R., n°28, 2011.

⁸ A. Jeammaud, *Conflit / Litige*, Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF.

Un litige porté devant les tribunaux et qui fait l'objet d'une médiation peut aboutir à une extension du champ du débat. Par exemple, un comité d'entreprise qui assigne l'employeur en justice au motif que celui-ci ne l'aurait pas correctement consulté peut finalement faire apparaître un autre sujet de discorde, au cours de la médiation tel un manque de considération de la part de l'employeur pour l'instance de représentation du personnel. Le litige devient alors complexe et est englobé dans un conflit plus large.

Certains auteurs vont jusqu'à poser une distinction très nette entre litige et différend⁹. Le différend serait « l'opposition de prétentions en elle-même », alors que le litige serait « cette opposition portée devant un juge ».

2- Une distinction peu pertinente ?

20. *Les modes alternatifs de règlement des litiges : une notion juridique* – Les solutions amiables et non contentieuses sont devenues une discipline à part entière du droit. Les modes alternatifs n'ont pas forcément vocation à régler l'ensemble d'un conflit. Pour reprendre l'exemple précédent du conflit social, il peut s'agir de régler seulement une partie du conflit, partie qui serait la plus conflictuelle, telle la reprise du travail en échange de l'ouverture de négociations.

21. Le litige est, dans le langage du juriste, un terme général faisant référence à un débat comportant certains arguments juridiques mélangés à des faits.

Il peut être utilisé dans un sens large. Il peut relever d'une solution négociée, conciliée ou arbitrée. Par exemple, lorsqu'un salarié saisit le conseil de prud'hommes d'un litige l'opposant à son employeur, une solution négociée ou conciliée pourra être trouvée et mettra un terme à celui-ci. Le litige n'est pas systématiquement judiciaire, il ne se règle pas nécessairement devant une juridiction. Le litige n'est pas un contentieux qui peut être appréhendé comme « des questions qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux¹⁰. »

Le différend serait qualifié de conflit au stade précontentieux alors qu'il serait qualifié de litige dans sa phase contentieuse¹¹. La différence qui est faite entre litige et conflit par certains auteurs ne semble pas pertinente car la « mutation » du conflit en litige est mouvante. Une

⁹ A. Jeammaud, *Les contentieux des conflits du travail*, Dr. Social, 1988, p. 689.

¹⁰ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. litige.

¹¹ C. Nélisse, *Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique*, R.D.U.S., 1992, p. 269.

partie peut saisir le conseil des prud'hommes, ce dernier peut rendre une décision, une des parties interjette alors appel et au cours de la procédure d'appel, les parties peuvent trouver une solution amiable. Le litige ne se transforme pas de nouveau en conflit lorsque les parties sont parvenues à régler leur différend.

Si le litige est la traduction ou la mise en scène d'un conflit, le règlement amiable de celui-ci fait partie du champ juridique, même au stade précontentieux. En témoignent le droit collaboratif ou la procédure participative. Les situations litigieuses sont des « litiges en devenir ». Si aucune solution négociée n'aboutit, le « litige en devenir » deviendra un « litige juridiquement relevant ».

22. En sociologie du droit, des auteurs¹² ont analysé la construction du litige dans l'esprit du plaignant. Il naît bien avant que le contentieux devant les tribunaux apparaisse. Ils affirment que toute expérience mal vécue par la personne à qui elle advient est une expérience offensante qui peut aboutir à un litige. Trois phases peuvent être relevées : « réaliser », « reprocher » et « réclamer ». Dans la première, « réaliser », la personne qui subit une situation se rend compte d'une anomalie ; elle perçoit un potentiel désaccord au regard de ce que la société perçoit comme situation normale. La deuxième phase, « reprocher », consiste pour la personne à faire grief c'est-à-dire lorsqu'elle attribue une offense à la faute d'un autre individu ou d'une entité sociale. La troisième phase, « réclamer », se caractérise par le fait que la personne munie d'un grief l'exprime à la personne ou à l'entité supposée responsable et demande un remède. Le litige, constitué par une demande et un rejet, est un processus long et complexe impliquant des objectifs conflictuels et des valeurs contradictoires.

23. La notion de litige du travail peut donc s'entendre dans une acception large comme toute difficulté rencontrée dans l'exécution ou à l'occasion de l'exécution du contrat de travail. Dès lors il convient d'utiliser les termes litige et conflit (ou différend, le cas échéant), indifféremment.

¹² W. L.F. Felstiner, R. L. Abel, A. Sarat, *L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer*, Politix, 1991, Vol. 4, n°16, pp. 41-54.

C- Une pluralité de modes alternatifs de règlement des litiges

24. Il existe une multiplicité de méthodes de résolution des litiges : médiation, conciliation, arbitrage, procédure participative ... (1) mais toutes ont une finalité commune : aboutir à un règlement du différend sans passer par la voie étatique (2).

1- Des notions différentes

25. ***Les modes alternatifs comme tout hétérogène*** – Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être considérés comme une catégorie juridique à part entière. Ils sont enseignés à l'université, utilisés en pratique, réglementés dans certains domaines du droit par le législateur et font l'objet de revues, de colloques d'articles de doctrine. Ils forment un tout mais un tout hétérogène.

26. Cette catégorie regroupe différents modes alternatifs de règlement des conflits. S'ils ont comme but d'éviter que le litige soit porté devant les juridictions, ils ne sont pas identiques, l'arbitrage diffère des autres modes alternatifs de règlement des différends puisque dans ces derniers ce sont les parties qui gardent la mainmise sur le dénouement de leur litige alors que dans le cadre de l'arbitrage, cette mission est confiée à un tiers arbitre dont la décision leur est imposée. Si l'arbitrage s'analyse comme un mode de règlement des litiges en dehors du champ de la justice étatique, les autres modes se constituent en l'absence de tout juge. Il existe donc bien un critère de distinction qui repose sur l'identité de celui qui détient le pouvoir de décision.

27. Les modes alternatifs peuvent être imposés. Ainsi la conciliation est obligatoire dans la grande majorité des cas devant les juridictions prud'homales. La médiation peut être proposée par le juge étatique ou les parties peuvent y recourir d'elles-mêmes lorsqu'elles constatent qu'un arrangement est envisageable.

La procédure participative et le droit collaboratif qui sont deux processus très proches sont pourtant loin d'avoir le même intérêt pour les parties : la procédure participative est régie par le code civil et le code procédure civile, très encadrée par le législateur, alors que le droit collaboratif est laissé au bon vouloir des parties. Celles-ci sont très libres, une liberté garantie par une forte présence de leurs avocats.

L'intervention d'un tiers est parfois requise comme dans la médiation, l'arbitrage, la conciliation alors que dans la procédure participative et le droit collaboratif, le recours à un tiers n'est pas utile, seule l'assistance d'avocats comme conseils des parties et acteurs de la procédure ou du processus est nécessaire.

28. ***Multiplicité des modes alternatifs*** – Les modes alternatifs de règlement des litiges sont multiples, ce qui peut être vu à la fois comme une qualité et un défaut. Qualité car les parties peuvent choisir le mode de règlement de leur différend selon la nature de celui-ci et leur volonté (de faire intervenir un tiers ou non, par exemple). C'est une justice « à la carte ». Défaut car la souplesse des modes alternatifs induit des rapports de force entre les parties pour définir quel mode adopter et quel processus retenir au sein de ce mode.

2- Une finalité commune

29. ***Éviter la justice dite classique*** – Les modes alternatifs de règlement des différends s'inscrivent dans un mouvement global de diversification des solutions conventionnelles des litiges dans le but d'éviter la lourdeur d'un procès. La logique des MARC est de faire en sorte que le juge ne soit pas le seul recours mais qu'il constitue bien l'ultime recours. Leur but premier est donc d'éviter le passage des justiciables par le juge étatique.

30. ***Une catégorie juridique*** – Il est intéressant de savoir si les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être considérés comme une véritable catégorie juridique et être regroupés dans un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables. Ils peuvent être classés dans un même ensemble malgré leur hétérogénéité. Ils peuvent être divisés selon qu'ils sont réglementés par le législateur ou seulement encadrés par les parties ou la pratique, selon qu'ils sont récents ou plus anciens, et plus spécifiquement en droit du travail, s'ils sont davantage propres aux relations individuelles ou aux relations collectives de travail, comme les accords de fin de conflit à l'occasion d'une grève. Plusieurs critères de classification peuvent donc ressortir.

31. ***L'arbitrage : un MARC à part*** – Des auteurs¹³ s'interrogent sur le fait de savoir si l'arbitrage est encore un mode alternatif car il ne répond plus à toutes les attentes des parties. Il est un mode juridictionnel et non pacifique de règlement des litiges. L'arbitre, à l'issue du « procès », tranche et impose une solution à des parties qui n'en connaissaient pas encore les termes lorsqu'elles s'étaient engagées à la respecter. De mode alternatif, il est devenu un mode classique sous l'effet conjugué et paradoxal de son succès et de ses tendances trop fréquentes à la judiciarisation et à l'institutionnalisation qui le dénaturent, selon une partie de la doctrine.

Il semblerait, d'après cette théorie, que dès lors qu'un mode alternatif connaît un certain succès et qu'il s'apparente à la justice classique, il ne pourrait se voir conférer la qualification de MARC. Cette opinion ne peut que surprendre tant elle paraît dépassée, comme si les modes alternatifs devaient demeurer une exception et en marge de la justice étatique alors qu'elle devrait en être le complément, si ce n'est l'égal. L'arbitrage est une des solutions les plus anciennes pour contourner la justice étatique tout en souhaitant conserver une certaine « juridicité » à travers la personne de l'arbitre qui tranche le litige. Les parties manifestent dans le compromis d'arbitrage leur volonté et leur consentement pour confier leur litige à un arbitre, contrairement à la justice étatique où, le plus souvent, qu'une seule partie ne manifeste sa volonté de saisir le juge, la partie adverse se pensant parfaitement dans son bon droit. L'arbitrage est pacifique puisqu'il permet, une fois le litige tranché, que les parties reprennent leur relation, l'affaire étant privée et par conséquent confidentielle, aucune mauvaise publicité ne leur sera faite. Les MARC sont finalement « moins une catégorie juridique qu'un état d'esprit¹⁴ », les parties devant manifester la volonté de recourir à une solution pacifique, alternative au combat judiciaire classique. Dans cet état d'esprit, la catégorie est ouverte. En témoigne l'apparition de nouveaux modes alternatifs tels que le droit collaboratif ou le *med-arb*, association de la médiation et de l'arbitrage.

32. ***Tentative de définition des modes alternatifs de règlement des litiges*** – Les modes alternatifs de règlement des litiges peuvent se définir comme un corpus de règles, tantôt informelles reposant sur des pratiques organisées dans le temps, tantôt fixés par le législateur, en vue de la résolution d'un différend par le biais de la négociation, de la

¹³ C. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, Revue internationale de droit comparé, 1997, p. 325.

¹⁴ L. Cadiet, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, R.L.R., n°28, 2011.

discussion avec la potentielle aide d'un tiers, indépendamment de tout recours à la justice étatique.

II- Recherche des origines des modes alternatifs de règlement de litiges

33. Les modes alternatifs de règlement des différends ont été mis en lumière au milieu du XXe siècle mais sont issus historiquement de procédés anciens (A). Il conviendra également d'aborder, la philosophie des MARC (B).

A- Approche historique

34. L'histoire des règlements alternatifs peut se décomposer en trois temps. Le premier remonte à des origines anciennes, antique et biblique notamment (1) ; le deuxième se déroule de la fin du XVIIe siècle au milieu du XVIIIe siècle englobant la période révolutionnaire et l'Empire napoléonien (2) ; le troisième intervient après la Seconde guerre mondiale et est marqué par la forte influence des pays anglo-saxons (3).

1- Des procédés anciens

35. **Origines bibliques** – L'extrait de la Bible relatif aux solutions négociées provient de l'Évangile de Jésus selon Matthieu : *« Jésus disait à ses disciples : « Si ton frère a commis un péché va lui parler seul à seul et montre-lui sa faute. S'il t'écoute, tu auras gagné ton frère. S'il ne t'écoute pas, prends encore avec toi une ou deux personnes, afin que toute l'affaire soit réglée sur la parole de deux ou trois témoins. S'il refuse de les écouter, dis-le à la communauté de l'Église ; s'il refuse encore d'écouter l'Église, considère-le comme un païen et un publicain.*

« Amen, je vous le dis : tout ce que vous aurez lié sur la terre sera lié dans le ciel, et tout ce que vous aurez délié sur la terre sera délié dans le ciel.

« Encore une fois, je vous le dis : si deux d'entre vous sur la terre se mettent d'accord pour demander quelque chose, ils l'obtiendront de mon Père qui est aux cieux. Quand deux ou trois réunis en mon nom, je suis là, au milieu d'eux. »¹⁵ »

¹⁵ Évangile de Jésus Christ selon Saint Matthieu (18, 15-20).

36. Dans ce passage, Jésus prône la discussion et le dialogue qui sont des éléments essentiels, indispensables et caractéristiques des solutions amiables. Ils doivent, d'abord avoir lieu entre les parties. « *Si ton frère a commis un péché va lui parler seul à seul et montre-lui sa faute* ». Ensuite, si le dialogue porte ses fruits, la relation entre les « parties » peut reprendre et perdurer. Celle-ci pourra reprendre sur des bases saines, être efficace et apaisée : « *S'il t'écoute, tu auras gagné ton frère* ». En cas d'échec du dialogue entre les parties, Jésus préconise de prendre une ou deux personnes « *afin que toute l'affaire soit réglée sur la parole de deux ou trois témoins* ». Il est possible de percevoir ici une forme de conciliation ou de médiation. Un tiers ou « témoin » essaye que le dialogue revienne entre les protagonistes. En cas d'échec, l'Église en tant que communauté apparaît et tente de faire en sorte que la discussion reprenne entre les parties. Elle joue le rôle d'intermédiaire en tant qu'institution et en tant que communauté afin de faire admettre certaines fautes ou manquements. Elle peut également, par là-même, être considérée comme conciliateur ou médiateur. De manière implicite, l'écoute semble être au cœur du processus de discussion afin de rapprocher les parties. La notion d'« accord » est également rappelée. La concorde, la paix, sont des éléments religieux importants, en particulier dans la Chrétienté. Il convient alors de faire un rapprochement avec les modes alternatifs qui ont pour objet d'éteindre le litige avant qu'il ne naisse, de mettre d'accord les parties afin d'assurer la « paix » dans la relation juridique qui unit les parties.

37. Un autre passage de la Bible évoque les solutions amiables, Saint-Paul, dans l'Épître aux Corinthiens, déclare : « *Quand donc vous avez des différends pour les choses de cette vie, ce sont des gens dont l'Église ne fait aucun cas que vous prenez pour juges !*
« *Je le dis à votre honte. Ainsi il n'y a parmi vous pas un seul homme sage qui puisse prononcer entre ses frères.*
« *Mais un frère plaide contre un frère, et cela devant des infidèles !*
« *C'est déjà certes un défaut chez vous que d'avoir des procès les uns avec les autres*¹⁶ ».

38. Saint Paul reproche aux chrétiens de Corinthe d'être incapables de trouver parmi eux un sage qui puisse les aider à régler pacifiquement leurs litiges sans recourir aux tribunaux païens. Il fait grief aux Corinthiens de faire juger leurs différends par des païens. Il fustige également le fait que les parties plaident les unes contre les autres alors qu'elles sont toutes les deux chrétiennes, appartenant à la même communauté et ayant un même lien les unissant à

¹⁶ Épître aux Corinthiens, Saint Paul, 1. 6,4 ; 6,5 ; 6,6.

savoir la foi. Saint-Paul leur reproche le fait même d'avoir un procès entre chrétiens. En cas de litige, un sage chrétien devrait faire office de médiateur, évitant le procès et l'affrontement entre chrétiens. Le sage, médiateur ou conciliateur, serait une personne compétente et indépendante, chargée d'étudier et de régler des différends et qui aurait acquis une maîtrise de soi, un savoir sur les autres et la vie. Saint Paul promeut une justice alternative à la justice païenne qui n'a pas vocation à juger les chrétiens.

39. **Origines antiques** – L'arbitrage, la conciliation et la médiation sont les procédés les plus utilisés au cours de l'Antiquité, en Mésopotamie, en Grèce et à Rome. Ils sont très fréquemment utilisés pour le règlement des conflits entre marchands ou entre membres d'une même famille.

40. À Rome, une distinction est opérée entre la conciliation qui mène à une transaction et l'arbitrage *ex compromisso* dans lequel l'arbitre investi par les parties rend une sentence définitive qui doit être suivie par elles puisque préalablement acceptée. Le droit romain permet de distinguer la médiation dans laquelle le tiers n'est présent que pour aider les parties à se concilier sans disposer de pouvoir décisionnel, et l'arbitrage dans lequel le tiers est doté d'un pouvoir de décision qui doit terminer le différend, imposant une solution à celui-ci. Le tiers, médiateur ou arbitre, reçoit donc des pouvoirs plus ou moins étendus. Ces pouvoirs doivent être clairement identifiés pour que l'on sache précisément dans quel domaine l'on se trouve et, surtout, quelles sont les conséquences de l'acte passé¹⁷. Cependant, en pratique, les parties à un différend s'adressent à un ou plusieurs tiers pour les aider mais rarement les pouvoirs accordés à ce tiers entrent exactement dans la catégorie juridique de la médiation ou de l'arbitrage. Souvent, le tiers reçoit en même temps la mission de réconcilier les parties, et la mission de régler le litige à leur place en cas d'échec de la conciliation. Le tiers est donc à la fois conciliateur ou médiateur et arbitre, maître d'une solution négociée ou imposée. Historiquement, ces procédés étaient favorisés par le pouvoir politique en matière commerciale et très utilisés par les marchands.

¹⁷ C. Jallamion, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

41. En Grèce, c'est l'Oracle de Delphes qui apparaît comme le principal médiateur, non pas entre les particuliers, mais entre les différentes Cités grecques. En raison de sa sagesse et de son influence, ses avis étaient écoutés et respectés¹⁸.

Dans l'un des quatorze dialogues, *Sur les délais de la justice divine*, le philosophe grec Plutarque écrivait déjà « *cette prétention à tout vouloir arbitrer dans les conflits entre les hommes par des règles publiques, lesquelles sont incapables par nature d'embrasser la diversité de la vie et de pourvoir par avance à ses dérèglements*¹⁹ ». Plutarque critique la loi qui ne permet pas d'appréhender toutes les situations. S'il ne fait pas l'éloge des alternatives à la justice étatique et à l'application de la loi qui en découle, ce texte induit que d'autres solutions peuvent être trouvées aux lois et à la justice de l'État.

Dans *Pensées*, le philosophe stoïcien grec Épictète écrit : « *Un joueur de luth n'a pas plus tôt pris son luth, qu'il voit quelles cordes ne sont pas d'accord, et qu'il les accorde sans peine. Pour vivre sûrement dans le commerce des hommes, le sage doit avoir l'art de faire d'eux ce que le joueur de luth fait de ses cordes : voir ceux qui sont discordants, les accorder et les ramener à l'harmonie. Socrate a eu cet art*²⁰ ». Le philosophe compare le sage à un joueur de luth. Le sage peut être assimilé au médiateur, au conciliateur qui met fin aux discordes et aux disputes, qui accorde les hommes pour retrouver l'harmonie, qui accorde les parties pour retrouver une relation productive et harmonieuse.

42. **Des origines tribales** – Les anthropologues définissent la tribu comme une communauté qui considère qu'en son sein les différends doivent se régler à l'amiable et qui s'unit lorsque survient un litige avec une autre communauté. Ainsi, dans une tribu du Soudan, lorsque survenait un grave différend interne tel un meurtre, il était possible de dédommager la famille de la victime en lui offrant du bétail. Le chef de la tribu approchait les deux familles, accomplissait des rites de purification et de réconciliation, faisait admettre à la famille victime un certain nombre de bêtes en compensation du dommage et évitait ainsi les représailles. Le chef ne tranchait pas le litige. Le mécanisme était proche de celui de la médiation qui se développe aujourd'hui et qui tend à prendre ses distances avec le pouvoir étatique²¹.

¹⁸ P. Radulesco, *Les solutions pacifiques internationales – La médiation et l'arbitrage*, 1922.

¹⁹ *Sur les délais de la justice divine*, Trad-Amyot (1572), Ed-Babel, 1995, introd. par J.-F. Gautier, p. 21, cité dans le rapport Coulon : J.-M. Coulon, M.-N. Teiller et E. Serrand, *Réflexion et propositions sur la procédure civile : Rapport au ministre de la justice*, 1997.

²⁰ Épictète, *Pensées*, 3, 32.

²¹ Pour une critique du retour au tribalisme, v. A. J. Arnaud « Du lien tribunal dans le village planétaire, in *La quête anthropologique du droit*, C. Eberhard et G. Vernicos (dir.), Karthala, 2006, p. 27.

43. ***Des traditions anciennes en Asie et au Maghreb (droit comparé)*** – Au Japon, la médiation est très courante. Ceci s'explique par l'histoire, la religion et la culture japonaise²². En effet, l'Histoire du Japon et en particulier la période féodale du XVIIIe siècle est marquée par l'idée d'harmonie et de conciliation. Aujourd'hui, la médiation extra-judiciaire est appelée la « *chôtei* » (qui ne se confond pas avec la médiation judiciaire la « *wakai* »), elle est pratiquée dans plusieurs branches du droit dont le droit du travail. Elle est encouragée indirectement par le coût et la durée des procédures judiciaires et par le pouvoir politique avec pour objectif d'apaiser les malaises sociaux et éviter ainsi les conflits de classes (propriétaire et locataire, salarié et employeur). Culturellement, les japonais acceptent facilement le compromis dans la mesure où leur religion et leurs mœurs les encouragent à éviter les actions contentieuses devant les tribunaux. Il en est de même en Chine, pays pénétré par la morale confucéenne, où la médiation est très ancienne et a été formalisée au début des années 1950 par l'instauration de comités de médiation populaire. Le domaine de ces comités ne cesse de croître depuis une quinzaine d'années dans les contentieux du travail. Ces comités sont des organisations non gouvernementales mises en place par des comités villageois (en zone rurale), résidentiels (en zone urbaine) ou par des unités de travail (dans les entreprises). Ils sont composés de résidents locaux ou de membres du personnel volontaires qui ont reçu une formation minimale en droit. Leur action est menée sous le contrôle du département de la justice locale avec le soutien des tribunaux populaires de base. En Afrique, et en particulier au Maghreb, chez les Berbères, le rôle du médiateur était assuré par des « hommes saints » occupant une position éloignée de la majorité des hommes de la tribu ; les solutions amiables sont issues de la coutume²³.

44. ***Des pratiques développées et encouragées à la Renaissance*** – Au XVIe siècle, le roi François II et Michel de l'Hospital souhaitent imposer un mode de règlement des litiges extrajudiciaire et un règlement des conflits par les pairs pour certaines personnes et certains types de différends. Dans l'édit de Fontainebleau de 1560, François II décide que les litiges entre marchands seront jugés par des marchands eux-mêmes qui seront au moins trois et en nombre impair. Ces marchands rendront une décision qui tiendra soit comme transaction soit comme jugement souverain, celle-ci ne sera pas susceptible d'appel. Les parents devront aussi soumettre leurs litiges à « de bons et notables personnages » c'est à dire à des parents, amis

²² C. Poli, *Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation*, Perspectives réflexions croisées, RLDC, 2011.

²³ C. Jarrosson, *La médiation et la conciliation : essai de présentation*, Dossier Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit, Droit et Patrimoine, 1999.

ou voisins. Ce ne sont donc pas des juristes qui jugeront mais des proches, des connaissances dont la famille est susceptible d'accorder sa confiance. Les conflits qui pourront faire l'objet d'un tel « arbitrage » sont essentiellement successoraux (divisions et partages de successions de biens communs, restitution de dot ...). Contrairement aux marchands, la décision sera soumise à l'appel du Parlement. Un autre Édit de Fontainebleau est pris en avril 1961, par le roi Charles IX qui encourage les parties en litige à choisir la voie « d'accord et transaction » et qui limite les possibilités de faire annuler un tel acte afin que les parties choisissent le plus souvent cette voie²⁴.

45. Procédure de la pratique arbitrale de la Renaissance – La procédure arbitrale issue des édits de Fontainebleau était très influencée par le droit romain. L'arbitrage commence toujours par un compromis par lequel les parties organisent la procédure arbitrale comme elles l'entendent. Ce compromis contient la qualité des parties, la qualité des arbitres. En pratique, les parties ne choisissaient jamais des parents comme arbitres comme l'édit de 1560 le recommandait mais toujours des juristes qui pouvaient être des avocats, des magistrats, des professeurs de droit, toujours en nombre pair conformément aux usages romains. Les parties imposaient le plus souvent plusieurs obligations aux arbitres, obligations qui étaient insérées dans le compromis, comme de prêter serment, de rendre une décision dans des délais très courts (entre huit jours et six mois, le plus fréquemment quinze jours). Par ce compromis, les parties consentent à user d'une procédure tendant à apaiser les conflits et pacifier les relations. Une fois le compromis conclu, l'instruction commence. Les arbitres jouissent alors d'une grande liberté. Cependant ils ne disposent pas de l'autorité publique et ne peuvent donc forcer les parties à comparaître ni à produire leurs pièces, ni obliger les témoins à déposer ou les experts à dresser leur rapport. S'agissant du jugement, les arbitres délibèrent entre eux, entendent parfois à nouveau les parties puis élaborent les termes du règlement du litige. Ils doivent tous signer la sentence qui est prononcée publiquement en présence des parties, souvent chez le plus âgé des arbitres²⁵.

46. Une logique de conciliation corolaire de l'arbitrage du XVIe siècle – Très fréquemment, les parties s'entendaient avec les arbitres pour que la solution du litige soit négociée, et imposée seulement si la négociation n'aboutissait pas. La pratique combinait à la fois

²⁴ C. Jallamion, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

²⁵ C. Jallamion, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

conciliation, médiation et arbitrage. Une fois la sentence élaborée, et avant que les arbitres ne la lisent publiquement, ils en informaient officieusement les parties afin de savoir si elles étaient prêtes à accepter le règlement arbitral. Celles-ci devaient acquiescer à la sentence. Ce moment constituait l'ultime occasion de corriger la solution arbitrale en fonction des discussions entre parties et arbitres avant que celle-ci ne soit définitive. Si la sentence a été approuvée et que les parties y ont acquiescé, elle vaut transaction. Cet accord des parties peut être recueilli soit à l'issue de la procédure, soit tout au long de celle-ci. Dans cette dernière hypothèse, les arbitres qui essayaient de recueillir l'assentiment des parties étaient davantage des conciliateurs que des arbitres. Ils formulaient des propositions des recommandations qui sont écoutées par les parties, ainsi celles-ci les discutent au cours d'une procédure d'arbitrage qui se transforme en une véritable négociation et qui aboutissait à une transaction. La question de l'appel reste essentielle car si les parties souhaitent mettre un terme définitif à leur différend, elles ont intérêt à convertir la sentence arbitrale en transaction. Celle-ci était un contrat très difficile à remettre en cause alors qu'une sentence arbitrale était toujours soumise à l'appel au Parlement et ceci même si les parties ont renoncé à tout recours dans leur compromis. L'appel des sentences arbitrales est d'ordre public du fait de la souveraineté de l'État. La volonté des parties ne peut l'exclure. Les parties entendent donc parvenir au règlement de leur litige en matière civile par une solution négociée avec un tiers compétent le plus souvent un juriste qui règle leur litige de manière définitive, hors du champ de la justice étatique.

2- Les solutions négociées au XVIIe et XVIIIe siècles : entre incitation et méfiance

47. **La période révolutionnaire** – En 1789, la chute de l'Ancien régime entraîne celle de l'Ancien droit. La justice étatique est alors mise à l'écart et une réforme voit le jour les 16-24 août 1790. C'est la première grande loi sur la justice. Elle favorise l'arbitrage qui est présenté comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens²⁶ ». Les arbitres sont nommés par les parties pour trancher leurs différends, dans toutes les matières. L'appel n'est plus possible à moins que les parties ne se soient réservées expressément cette faculté dans le compromis. Les révolutionnaires sont très attachés à la reconnaissance de l'arbitrage volontaire et des solutions amiables et alternatives à la justice étatique en témoigne un extrait du discours du député Louis Prugnon à la tribune de l'Assemblée nationale, le 7 juillet 1790 : « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès*

²⁶ Décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Titre I, article 1^{er}.

*c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez*²⁷ ». Cet attachement aux modes amiables de règlement des différends s'explique par des raisons idéologiques : la justice étatique incarnait trop l'Ancien régime et la royauté alors que l'arbitrage, la médiation, la conciliation et la transaction apparaissaient comme les instruments d'une justice simple, directe, négociée, en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine, fortement inspirée par la doctrine du contrat social de Rousseau²⁸. Malgré l'inscription de l'arbitrage volontaire dans le Titre Ier, c'est bien le juge élu mentionné au Titre II qui marque la réforme. Est prévu un préliminaire de conciliation très important dans l'esprit des révolutionnaires. Par ailleurs, la création des tribunaux de famille et de justices de paix va rendre presque inutile l'arbitrage volontaire en matière civile ; il ne subsiste plus qu'en matière commerciale.

48. La loi du 10 juin 1793 impose le recours aux arbitres pour le partage des biens communaux. Pour la première fois dans l'histoire de l'arbitrage, les parties et les arbitres n'ont plus de prise sur le processus arbitral (choix du droit applicable : droit strict ou équité, pièces à examiner, recours à des experts, délais à respecter). La loi régit l'ensemble du processus. Les lois des 12 brumaire et 17 nivôse an II obligent également les partages à recourir à l'arbitrage pour les différends relatifs aux partages de successions. Le 24 juin 1793, les juges sont qualifiés d'« arbitres publics » par la nouvelle Constitution²⁹. L'arbitrage est désormais imposé et réglementé, le sens de ce mode alternatif est totalement détourné. Si les parties ne se soumettent pas volontairement à l'arbitrage, le procédé n'a plus rien d'un arbitrage, c'est seulement un procédé alternatif à la justice étatique imposé par le législateur. La volonté des parties est indifférente. L'arbitrage n'est plus extrajudiciaire ; rien ne le différencie de la justice étatique.

49. Le 28 février 1796, le législateur abolit l'arbitrage forcé. Seul l'arbitrage volontaire demeure. L'article 210 de la Constitution du 5 fructidor an III prévoit qu'il « ne peut être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par les arbitres au choix des parties ». La pratique de l'arbitrage volontaire réapparaît mais différemment, les arbitres se voient confier un contentieux d'estimation et d'expertises. Les arbitres ne sont dès lors plus

²⁷ L. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739.

²⁸ L. Cadiet, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, R.L.R., n°28, 2011.

²⁹ C. Jallamion, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

des juristes mais des professionnels de l'art, de l'immobilier etc. L'arbitrage volontaire a donc fortement diminué par la réglementation du législateur.

50. La période napoléonienne : le temps de la codification – Au début du XIX^e siècle, Napoléon Bonaparte entend rétablir l'ordre dans la société française. Il souhaite réformer la justice et ses institutions. Une entreprise de codification du droit est entreprise. L'objectif est simple : que la loi soit écrite et claire pour éviter l'insécurité juridique qui a régné depuis 1789. Le droit français doit être unifié. Dès lors la supériorité de la loi est affirmée avec pour corolaire la supériorité de la justice étatique. Le préliminaire de conciliation obligatoire est maintenu devant les juges de paix mais avec de nombreuses exceptions (en matière commerciale, en cas d'urgence). Il devient de plus en plus rare, en pratique.

51. La période napoléonienne : le code de procédure civile – Le code de procédure civile napoléonien a été instauré par la loi du 14 avril 1806 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1807. Le Code de 1807 avait pour fonction d'être l'accessoire du code civil de 1804. Dès lors il n'était que l'auxiliaire de la loi civile, suite nécessaire de celle-ci destiné à en assurer l'exécution. Ce code, qui ne traduisait finalement qu'une codification purement formelle des règles de l'Ancien droit, ne consacrait que vingt-six articles³⁰ à l'arbitrage qui est très judiciarisé. Le code impose le recours au juge lorsque les arbitres en nombre pair n'arrivent pas à s'accorder sur le nom d'un tiers arbitre censé les départager³¹ ou lorsqu'il faut rendre la sentence arbitrale exécutoire³². Certaines matières sont considérées comme d'ordre public. Les parties ne peuvent dès lors pas compromettre³³. Les règles formelles sont très précises³⁴ parmi lesquelles des mentions obligatoires³⁵ (objet du litige, nom des arbitres), des

³⁰ CPC ancien, art. 1003 et s.

³¹ CPC ancien, art. 1017 : « *En cas de partage, les arbitres autorisés à nommer un tiers seront tenus de le faire pour la décision qui prononce le partage : s'ils ne peuvent en convenir, ils le déclareront sur le procès-verbal, et le tiers sera nommé par le président du tribunal qui doit ordonner l'exécution de la décision arbitrale. Il sera, à cet effet, présenté requête par la partie la plus diligente. Dans les deux cas, les arbitres divisés seront tenus de rédiger leur avis distinct et motivé, soit dans le même procès-verbal soit dans des procès verbaux séparés* ».

³² CPC ancien, art. 1020 : « *Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel il a été rendu : à cet effet, la minute du jugement sera déposée dans les trois jours, par l'un des arbitres, au greffe du tribunal* ».

³³ CPC ancien, art. 1004 : « *On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorce, question d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public* ».

³⁴ CPC ancien, art. 1005 : « *Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée* ».

³⁵ CPC ancien, art. 1006 : « *Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité* »

causes qui mettent fin à la procédure³⁶ et des délais (un mois pour statuer par exemple)³⁷. La procédure d'arbitrage emprunte beaucoup aux caractéristiques de la justice étatique. En témoignent les articles 1009 et 1019 du code de procédure civile qui disposent respectivement que : « *Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues* » et « *Les arbitres et tiers arbitres décideront d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs* ». Quant à l'appel, il est de droit à moins que les parties n'y aient expressément renoncé. Une voie de recours spécifique est créée : l'opposition à l'ordonnance d'exequatur³⁸. Pour les rédacteurs du code de procédure civile, l'arbitrage ne doit plus occuper qu'une place modeste. La loi et les tribunaux sont les seuls garants du meilleur droit et de la meilleure forme de procès, ils doivent être la voie privilégiée et principale des justiciables tandis que l'arbitrage ne doit être qu'une voie très accessoire. Les juges participent à la mise au ban de l'arbitrage. Ainsi la Cour de cassation condamne la clause compromissoire en matière civile qui n'énonce pas l'objet du litige et le nom des arbitres, condition qui était seulement prévue pour le compromis selon le code³⁹. La supériorité de la justice sur l'arbitrage et la suprématie du droit sur l'équité⁴⁰ marquent la période napoléonienne, celles-ci perdureront jusqu'à l'avènement de la III^e République. Cependant, si l'arbitrage est marginalisé, les solutions négociées telles que la transaction, la conciliation et la médiation perdurent, sans pour autant être très courantes.

52. Références littéraires – Dans le récit d'Honoré de Balzac, *Le colonel Chabert*⁴¹, il est fait état d'une tentative de transaction. Le colonel Chabert rentre à Paris, à la suite de la bataille d'Eylau durant laquelle il a été blessé et laissé pour mort. Il se rend rapidement compte que son épouse s'est remariée à un aristocrate ; sa succession a été ouverte. Lorsqu'il la rencontre, elle l'ignore. Le colonel va alors trouver l'avoué Derville, avocat, qui fait rapporter ses papiers d'identité d'Allemagne que celui-ci n'avait pu récupérer après sa convalescence. Derville propose à Chabert une solution négociée pour mettre un terme au litige qui l'oppose

³⁶ CPC ancien, art. 1012 : « *Le compromis finit, 1° par le décès, refus, départ ou empêchement d'un des arbitres, s'il n'y a clause qu'il sera passé outre, ou que le remplacement sera au choix des parties ou au choix de l'arbitre ou des arbitres restants ; 2° par l'expiration du délai stipulé, ou de celui de trois mois s'il n'en a pas été réglé ; 3° par le partage, si les arbitres n'ont pas le pouvoir de prendre un tiers-arbitre* ».

³⁷ CPC ancien, art. 1016 et 1018.

³⁸ CPC ancien, art. 1023 et 1028.

³⁹ Cass. civ., 10 juill. 1843, *Compagnie l'Alliance c/ Prunier*, D. 1843, 1, p. 343 ; Journal du Palais 1843, II, 235 ; S. 1843, 1, p. 561, note Devilleneuve ; et concl. contraire av. gén. Hello : DP 1843, 1, p. 34.

⁴⁰ C. Jallamion, *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire*, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

⁴¹ H. de Balzac, *Le colonel Chabert*, 1832.

à son épouse : « *Le procès a donc des éléments de durée. Vous aurez le temps de vieillir dans les chagrins les plus cuisants (...) Dans ces conditions je crois qu'une transaction serait pour vous le meilleur déroulement du procès*⁴² ». Balzac dresse ici les inconvénients du procès : durée et sentiments négatifs que peut engendrer une bataille judiciaire devant les tribunaux. L'auteur nous emmène, à travers son récit, vers la voie de la négociation et de la solution amiable. Il réitère sa critique du procès dans son ouvrage *Illusions perdues* où dans lequel il écrit « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès*⁴³. » Il est intéressant de constater qu'au XIXe siècle les règlements alternatifs au procès n'ont pas disparu et que la pratique les utilise toujours, malgré une certaine méfiance vis-à-vis des procédés hors du champ de la justice étatique.

3- Le renouveau des modes alternatifs de règlement des litiges : l'influence anglo-saxonne au XXe siècle

53. Une culture de la justice alternative – Les solutions alternatives aux litiges ne sont pas récentes dans la culture anglo-saxonne, en particulier aux Etats-Unis. Certains auteurs affirment même que les Natifs américains recouraient déjà à une sorte d'arbitrage pour régler les litiges entre particuliers ou entre tribus⁴⁴. Dès 1632, l'arbitrage fait son apparition, la colonie britannique du Massachussetts adopte une loi visant à soutenir l'arbitrage en tant que mode de règlement des conflits. En 1705, la Pennsylvanie devient la seconde colonie à adopter le même type de loi. En 1768, la Chambre de commerce de New-York nomme le premier « tribunal américain pour la résolution des litiges commerciaux⁴⁵ ». L'arbitrage était très répandu pour régler les conflits commerciaux et maritimes dans les grandes villes coloniales. Après l'indépendance des Etats-Unis en 1776, il a continué à se développer dans les litiges commerciaux, en particulier dans les États du sud qui produisaient du coton. Par exemple en 1871 à la Nouvelle-Orléans, en Louisiane, le principal forum d'échange, le New Orleans Cotton Exchange, a adopté une résolution mettant en place un système d'arbitrage. La médiation est plus récente dans la culture juridique américaine et date de la fin du XIXe siècle, très développée dans les relations collectives de travail.

⁴² H. Balzac, Extrait du récit *Le colonel Chabert*, cité par M. Foulon et Y. Strickler, *Fasc. 1000 : Modes alternatifs de résolutions des litiges – Conciliation – Procédure participative – Médiation*, JCP Procédure civile.

⁴³ H. de Balzac, *Illusions perdues*, 1843.

⁴⁴ Robert V. Massey, Jr., *History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States*, 2005.

⁴⁵ Tribunal for the resolution of commercial disputes.

54. Au Royaume-Uni, au Moyen-Âge, les cours royales ne convenaient pas aux marchands et au commerce. Les juridictions royales n'étaient pas assez rapides pour la vie des affaires et du commerce. Les marchands ont alors créé des juridictions spéciales qui sont considérés comme les précurseurs de l'arbitrage moderne⁴⁶. C'est véritablement aux XVIIIe et XIXe siècles que l'arbitrage s'est développé, toujours dans les différends commerciaux et maritimes. S'est alors posé le problème de l'exécution des sentences arbitrales et de la possibilité d'annuler celles-ci. Les parties à l'arbitrage pouvaient faire annuler la sentence devant les juridictions de droit commun dès lors qu'elle contenait une erreur de fait ou de droit. Pour remédier à l'insécurité juridique inhérente aux sentences arbitrales, a été promulgué le Common Law Procedure Act de 1854 fixant plusieurs règles de procédure. Cette loi a institué une procédure spéciale dite du « *special case* », qui permet aux arbitres de soumettre leur sentence en tout ou partie à un tribunal de droit commun afin de lui permettre d'exercer un contrôle en droit⁴⁷. Cette loi a eu pour conséquence de priver les arbitres de leur pouvoir de juger en équité les cas qui leur étaient soumis. Le législateur et les juridictions souhaitaient limiter la possibilité pour les justiciables de recourir à une justice privée jugée menaçante et dangereuse pour l'ordre public. Cette limite a été maintenue jusqu'au milieu du XXe siècle où l'arbitrage a été reconnu comme mode alternatif de règlement des litiges.

55. Le XXe siècle : construction et apogée des modes alternatifs de règlement des différends

– Aux Etats-Unis, l'arbitrage devient, au XXe siècle, un mode de plus en plus pratiqué dans tous les domaines du droit. L'utilisation des règlements alternatifs a été marquée par la création en 1917 de l'U.S. Conciliation Service conçu comme un organisme de médiation dans les relations collectives de travail. En 1925, le Federal Arbitration Act a consacré la reconnaissance de l'arbitrage et de ses bienfaits et la portée des sentences arbitrales établissant ainsi une politique nationale favorable et favorisant son utilisation. L'arbitrage dans les relations collectives de travail est lié aux lois encourageant la conclusion de conventions collectives de travail. En 1935, le National Labor Relations Act (NLRA) ou Wagner Act est la première loi générale sur les relations de travail et le capital. Elle vise à favoriser la négociation de conventions collectives entre employeurs et syndicats. Cette loi donne aux salariés le droit de se syndiquer et d'élire un représentant, investi d'un mandat pour négocier avec leurs employeurs les termes d'une convention. Le NLRA donne donc une certaine

⁴⁶ K. Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 2010.

⁴⁷ T. E. Carbonneau, *Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, Revue de droit international comparé, 1884.

autonomie aux parties, celle-ci se traduisant par une autonomie juridique pour faire respecter et d'interpréter l'accord conclu. Les parties à la convention peuvent y insérer une clause compromissoire qui donne compétence à un ou plusieurs arbitres. Ce sont donc les conventions collectives qui ont instauré un arbitrage volontaire et fruit de la volonté des parties qui organisent le processus et fixent les pouvoirs conférés à l'arbitre. Le Labor Management Relation Act de 1947 a admis la valeur de l'arbitrage dans les relations collectives de travail et donne compétence aux arbitres pour assurer le respect des accords collectifs.

Dans trois décisions du 20 juin 1960⁴⁸, la Cour suprême américaine a jugé qu'il était possible de créer un système de régulation autonome de l'entreprise et qui se concrétise par la possibilité de contourner la compétence des juges judiciaires par la nomination de l'arbitre de leur choix ou la mise sur pied d'une formation arbitrale. Ces décisions posent le principe suivant : à défaut de preuve contraire, tout litige est de la compétence de l'arbitre. La limite qui peut être posée à la compétence de l'arbitre est celle de l'arbitrabilité du litige. C'est au juge étatique qu'il revient d'apprécier si le différend en cause relève ou non de la compétence de l'arbitre et non l'arbitre lui-même. Une fois cette question résolue, l'arbitre va pouvoir trancher et la clause compromissoire aura tous ses effets. Une décision de la Cour Suprême américaine peut illustrer l'arbitrabilité. Dans l'affaire *Alexander v. Gardner-Denver Co.*⁴⁹ de 1974, l'hypothèse était la suivante : le salarié avait contesté son licenciement au cours d'une procédure conventionnelle d'arbitrage et il soulevait au fond le caractère discriminatoire de son licenciement. La Cour a décidé que l'arbitre avait compétence pour juger de la procédure de licenciement tandis que le juge étatique avait compétence pour juger si le licenciement contesté avait un caractère discriminatoire et était contraire au Civil Rights Act de 1964 car l'arbitre n'était habilité qu'à trancher les questions touchant à la convention collective et non à la loi. En l'occurrence, la sentence arbitrale ne privait pas le salarié d'une action en justice pour licenciement discriminatoire.

Dans une affaire plus récente⁵⁰, la Cour suprême a admis la validité d'une clause compromissoire dans le contrat de travail d'un salarié, en dehors de toute procédure conventionnelle.

Cette faveur reconnue à l'arbitre et aux parties de recourir à l'arbitrage s'explique par le fait que les américains considèrent le procédé comme plus rapide, moins coûteux et à l'abri des

⁴⁸ USSC, *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) ; USSC, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*, 363 U.S. 574 (1960) ; USSC, *Steelworkers v. Enterprise Car*, 363 U.S. 593 (1960).

⁴⁹ USSC, *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974).

⁵⁰ USSC, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

contraintes judiciaires, assurant ainsi la confidentialité. Mais c'est le coût qui est l'élément primordial, non le coût de l'arbitrage en soi mais le coût de l'absence d'arbitrage pour l'économie américaine. En effet, l'arbitrage permet un traitement rapide du conflit qui ne paralyse pas l'économie et l'absence d'arrêt d'activité des salariés.

Au fil de la pratique, des organismes d'arbitrage ont vu le jour et se sont développés, tels le Federal Mediation and Conciliation Service qui est un organisme public fondé en 1947 et l'American Arbitration Association qui est un organisme privé à but non lucratif fondé en 1926. Leur fonction est de procéder au choix de l'arbitre et de garantir le bon déroulement de la procédure. Le recours à ce type d'organisme peut être imposé par la convention ou bien être laissé au choix des parties qui peuvent nommer un ou plusieurs arbitres.

56. La médiation s'est également développée dans le cadre des relations collectives de travail, en particulier grâce à l'insertion de clauses de médiation dans les conventions collectives. Aux États-Unis, la médiation s'inscrit dans une longue tradition afin d'éviter les conflits collectifs. Le Erdman Act de 1898 qui crée et oblige employeurs et syndicats du secteur ferroviaire à négocier sur les salaires, les conditions de travail et le temps de travail en est une illustration⁵¹. Depuis une trentaine d'années, la médiation est de plus en plus utilisée dans les conflits individuels de travail. Le rapport Dunlop de 1993 issu de la commission présidée par l'ancien secrétaire d'État américain au Travail, John T. Dunlop préconisait le recours à la médiation tant dans les conflits collectifs que dans les conflits individuels de travail. Le rapport vantait la grande qualité des procédures alternatives. Aux États-Unis, il existe aujourd'hui plus de deux mille cinq cent lois différentes, tant au niveau fédéral qu'au niveau des États, qui incitent à la médiation. Au niveau fédéral, ont été promulgués deux Alternative Dispute Resolution Act, en 1998 et en 2010, qui contraignent les tribunaux à favoriser, promouvoir et utiliser les modes alternatifs de règlements des conflits. En droit du travail, le taux de résolution des conflits par la médiation atteint 85 %⁵². Le processus de médiation est très prisé car considéré comme « high yield – low risk » c'est-à-dire un processus avec un fort potentiel de rendement et très peu de risques pris. En outre, la procédure est rapide, peu coûteuse, discrète et flexible.

⁵¹ H. S. Kramer, *Alternative Dispute Resolution in the Work Place*, 1998.

⁵² H-J. Zahirka, *Labour Legislation and Arbitration Project : Mediation in Labour Relations : What can be learned from the north American and EU example ?*

57. *Apparition de nouveaux modes de règlement des litiges* – Les modes amiables de règlement des litiges se sont considérablement développés tant au sein des tribunaux qu’au sein même des entreprises. La procédure du « peer review panel » permet à un « panel » de représentants des salariés et de dirigeants de l’entreprise d’étudier et de régler un différend en matière de salaire, de sécurité, de santé, de temps de travail ou de discipline. La procédure est très différente d’une entreprise à l’autre et donne des pouvoirs plus ou moins étendus au panel. Si ce dernier ne peut annuler une mesure patronale, il peut attribuer au salarié un rappel de salaire ou des dommages-intérêts en cas de non-respect d’une règle en vigueur dans l’entreprise⁵³. Certaines entreprises se sont dotées d’un « *Ombudsman* », sorte de médiateur, généralement cadre de haut niveau et tenu à un devoir d’impartialité, chargé de régler les différends internes ; il enquête et propose des solutions.

Des modes alternatifs « hybrides » sont également apparus. Ainsi, le « *mini-trial* » est une procédure volontaire où les parties se présentent devant des arbitres, désignés préalablement par les parties elles-mêmes, et simulent un procès ; la décision des arbitres ne constitue qu’un simple avis. Une fois l’avis rendu, les parties peuvent tenter de transiger avec l’aide des arbitres. En cas d’échec, elles peuvent prendre la décision de soumettre leur différend soit à un arbitre, soit à un juge professionnel. Ce procédé est à la frontière entre la médiation et l’arbitrage. Il existe également dans certains tribunaux américains des « *Settlement days* » ou des « *Settlement weeks* », durant une journée ou une semaine. Les audiences sont suspendues et en collaboration avec des avocats ou médiateurs bénévoles, les juges tentent de régler par la médiation les litiges en instance depuis une certaine période (le plus souvent une longue période). En cas d’échec, les affaires sont réintroduites. Ce procédé alternatif a été initié en 1987 au Texas par un juge et a connu un tel succès que l’État légiféra⁵⁴ afin d’imposer dans certains comtés deux « *Settlement weeks* » par an. Un autre procédé appelé « *Judge hosted settlement conference* » a fait son apparition dans les prétoires. Dans le cadre d’une procédure judiciaire, un juge aide les parties à trouver un accord pour mettre fin à leur litige. En cas d’échec, le procès reprend son cours. Dans ce processus, le juge a un office de conciliation qu’il est possible d’apparenter à l’office des conseillers prud’hommes en bureau de conciliation. Une technique alternative hybride, le « *Med-Arb* » ou « *Med than Arb* », a également pris de l’importance outre-Atlantique. Elle combine médiation et arbitrage. La médiation se transforme automatiquement en arbitrage si elle échoue. Dans le « *Med-Arb* », les médiateurs et les arbitres sont les mêmes personnes alors que dans le « *Med than Arb* »,

⁵³ B. Krief, *Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux États-Unis*, JCP S, n°15. 1157.

⁵⁴ Texas Settlement Week Act, 1989.

les médiateurs et les arbitres sont des personnes différentes. La seconde méthode est plus respectueuse du principe du contradictoire et du droit au procès équitable car au cours d'une médiation, les parties se confient aux médiateurs qui peuvent, ensuite, au cours d'un arbitrage, être influencés par certaines confidences ou certains apartés. Le droit collaboratif est également né aux Etats-Unis et s'est développé dans certains pays anglo-saxons (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande). L'idée est attribuée à l'avocat Stuart Webb en 1990. Ce mécanisme consiste en une négociation, encadrée par une procédure spécifique, entre les parties assistées par leurs avocats respectifs en vue d'un règlement amiable

58. Au Royaume-Uni, l'arbitrage, la conciliation et la médiation sont également très liées aux relations collectives de travail. À la fin du XIXe siècle, le syndicalisme était réprimé. Ce n'est qu'à partir du Trade Disputes Act de 1906 qui tentait de favoriser la liberté syndicale et qui a permis aux syndicats d'utiliser leurs ressources financières, que la négociation collective et les relations sociales ont pu réellement émerger. La première moitié du XXe siècle se résume à la conclusion de conventions collectives entre syndicats et employeurs, de manière spontanée. Dans les années 1960, s'est développée l'idée que les accords collectifs étaient le premier mode de régulation du travail tant au niveau national et qu'au niveau de l'entreprise. La loi ne régissait peu, voire pas, les relations collectives. En 1968, le rapport du juge Donovan dresse le bilan des relations sociales au Royaume-Uni et met en exergue l'existence de deux systèmes : un formel et un informel. Le premier est un droit plus ou moins élaboré sur les syndicats qui fonctionne mal tandis que le second est basé sur une négociation collective spontanée qui est assez active. Le système informel et spontané ruinait les efforts du système formel. L'idée a alors été retenue d'organiser la négociation collective et de faire appel à la loi comme procédé de normalisation et de généralisation de l'encadrement des relations du travail. Au cœur du système des relations de travail, est créé en 1975 l'Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)⁵⁵ par l'Employment Protection Act, l'ACAS est un organisme qui a pour ambition de promouvoir et d'améliorer des relations sociales, d'étendre et d'accompagner la réforme de la négociation collective. L'ACAS profondément réformé en 1975 est la plus importante instance britannique de régulation des relations du travail. Elle fonctionne de manière tripartite : employeurs, syndicalistes et personnes indépendantes (anciens juges, par exemple). Cet organisme est indépendant et financé par l'État. Il donne des conseils sur des questions relatives aux relations sociales et offre des services de conciliation et d'arbitrage en cas de conflits sociaux du travail. Son rôle de conciliation est majeur. Des officiers de

⁵⁵ Site Internet de l'ACAS : www.acas.org.uk

conciliation déploient des efforts importants afin de régler, en amont, un grand nombre de litiges portés devant les Industrial Tribunals ou Employment Tribunals. À titre d'exemple, sur la période 2002-2003, sur plus de 98 000 plaintes reçus par les tribunaux du travail, environ 30 000 sont allées réellement devant les juridictions, 77 % des demandes ont été résolues au stade de la conciliation⁵⁶. Depuis une loi du 6 avril 2013, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, tout requérant qui envisage de saisir le tribunal devra en premier lieu contacter l'ACAS. Celui-ci s'efforcera de proposer aux parties un règlement amiable dans un délai qui devrait être fixé à un mois. En cas d'échec, l'ACAS délivrera un document certifiant que la démarche a été accomplie. Le demandeur pourra alors saisir le tribunal du travail. L'ACAS peut également avoir un rôle d'arbitre dans un différend entre des parties qui le souhaitent. En matière de droit de grève, les solutions alternatives sont également privilégiées, le Trade Union Act de 1984 et l'Employment Relation Act de 2004 ont encadré le droit de grève en imposant le respect d'un préavis de sept jours dès lors qu'une majorité d'adhérents du syndicat instigateur de la grève n'est pas favorable à celle-ci. Le préavis a trois fonctions : sauvegarder les intérêts de l'employeur (pour que l'employeur puisse s'organiser), protéger la communauté des effets néfastes de la grève et permettre au conflit qui a surgi d'être réglé pendant ces 7 jours par la médiation, l'arbitrage ou la conciliation. Plus globalement, la convention collective est la source des règles applicables aux conditions d'emploi, aux salaires, aux conditions de travail, à la stabilité de l'emploi, à la discipline, aux devoirs de l'employeur envers les travailleurs etc. Elle prévoit, en cas de difficultés d'interprétation, le recours à la médiation, à la conciliation ou, le plus souvent, à l'arbitrage.

B- Approche philosophique

59. *Notions philosophiques relatives aux MARC* – Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être appréhendés à travers des notions philosophiques telles que la communication, le dialogue, la discussion, la paix, l'échange, la méthode, la parole ou l'action.

60. *La communication comme pierre angulaire des MARC* – En philosophie, communiquer consiste à transmettre une information, c'est-à-dire une connaissance, une réalité matérielle⁵⁷. Informer c'est structurer et organiser des données, des arguments, des prétentions, une pensée.

⁵⁶ Rapport de l'Employment Tribunal System et Rapport de l'ACAS pour la période 2002-2003.

⁵⁷ *La Philosophie de A à Z*, Hatier.

L'information peut alors être de deux sortes : computative à des fins de programmation ou conceptuelle à des fins d'interprétation. La première peut être rapprochée de la procédure participative ou du processus collaboratif qui nécessitent une méthode préétablie, un programme, des échanges d'informations alors que la seconde se rapproche davantage de la médiation, processus dans lequel le médiateur a un rôle de compréhension et d'interprétation du différend qui oppose les parties. Le propre de la communication est de mettre en commun et de s'inscrire dans une situation d'échange qui suppose un partage entre des interlocuteurs en interaction. Il existe deux formes sociales de la communication : interpersonnelle, entre les individus, analysable dans les relations individuelles de travail, et institutionnelle, entre des représentants de groupes régis par des lois, remarquable dans les relations collectives de travail. Plusieurs philosophes, notamment Jürgen Habermas⁵⁸, ont théorisé la communication et ses moyens pour parvenir à un accord. La conception d'Habermas dite de la « pragmatique formelle » repose sur une distinction entre l'agir stratégique visant l'efficacité et l'agir communicationnel qui cherche l'intercompréhension, le consensus. L'agir stratégique peut s'apparenter à l'arbitrage qui tranche de manière définitive un litige et qui vise la fin de celui-ci tandis que l'agir communicationnel se rapproche de la médiation ou de la conciliation où le rôle du tiers est de chercher le consensus, de faire interagir les parties. Le philosophe qualifie de « *communicationnelles*, les interactions dans lesquelles les participants sont d'accord pour coordonner en bonne intelligence leurs plans d'action⁵⁹ » afin d'arrêter une norme qui ne peut être tirée que de l'argumentation développée selon les règles pragmatiques d'une discussion. L'accent est mis sur les règles de la discussion (la forme), les parties qui sont vues comme des partenaires doivent être libres du contenu de celle-ci (le fond). Il est nécessaire d'avoir une méthode, un programme, des règles préétablies qu'il faut adapter à chaque situation car il n'existe pas de méthode universelle ou de méthode pour suivre une méthode. La pluralité des méthodes et leur renouvellement sont indispensables.

61. ***Le dialogue et l'échange comme vecteurs d'idées*** – Le dialogue a pour objectif de conclure un accord mais il est avant tout un échange d'idées, un canal à travers lequel les idées se forment. Dialoguer c'est s'efforcer de reproduire des pensées en les formulant devant autrui, en acceptant de s'exposer à la critique et à la contradiction pour éprouver la solidité des arguments. Les règlements alternatifs privilégient le dialogue, la communication, la

⁵⁸ J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 1981.

⁵⁹ J. Habermas, *Morale et communication*, 1983.

coopération et la rencontre. L'échange établit une relation durable entre les personnes ou les institutions. Il permet l'ouverture à autrui pour aboutir à un accord, c'est-à-dire à la paix.

62. *Un processus de co-élaboration d'une décision collective* – Un « processus de co-élaboration d'une décision collective⁶⁰ » prend une part importante dans les modes alternatifs de règlement des litiges (outre le cas de l'arbitrage, sauf exceptions). La réunion des parties dans un même « espace de parole » est nécessaire, de même que de définir une qualification commune au conflit qui est une étape indispensable à l'élaboration d'un accord. Parallèlement, il convient de rechercher des solutions acceptables pour les deux parties car il arrive fréquemment que la discussion sur des options de solution provoque une réflexion sur la nature même du conflit considéré comme un problème à résoudre au bénéfice des parties. Ce processus de coopération est proche de la négociation classique mais les parties doivent qualifier leur conflit au cours de celle-ci « en termes de besoins personnels à satisfaire ou d'intérêts personnels⁶¹ » qui rend difficile une entente. Le processus de co-élaboration est un processus de co-construction de la norme collective qui va s'appliquer aux parties qui l'ont décidée.

63. *La paix comme finalité du règlement du conflit* – Le conflit est une opposition de contraires, d'idées contraires qui doivent être dépassées pour aboutir à un règlement et à la paix. Cette dernière se caractérise par l'absence de tout conflit, conçue comme concorde, unité et harmonie. Pour aboutir à la paix, il est parfois nécessaire de faire appel à une autorité afin qu'après concertation, celle-ci impose la paix. La conclusion d'un accord qui met fin au conflit est matérialisée par l'acceptation d'une solution consensuelle et négociée, ou du moins choisie (choix du recours à l'arbitrage).

64. *Un système en pleine évolution* – Le système de droit actuel, issu des XVIIe et XVIIIe siècles, est fondé sur trois postulats fondamentaux : un droit étatique, moniste et positif. Or, il y a contestation de la conception d'un seul ordre juridique comme lieu d'énonciation du droit et, *a fortiori*, de l'État comme seul énonciateur du droit. Les citoyens peuvent légitimer plusieurs normes juridiques et plusieurs énonciateurs de celles-ci. Plusieurs ordres juridiques non étatiques, qualifiés de « privés », légitimés par les citoyens sont à prendre en considération afin de consacrer une « normativité plurielle ». Plusieurs auteurs, dont le

⁶⁰ G. Legault, *La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit*, R.D.U.S., 2002-03.

⁶¹ G. Legault, *La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit*, R.D.U.S., 2002-03.

Professeur Macdonald, pointent les « insuffisances issues des caractéristiques fondamentales du droit traditionnel, un droit posé, étatique et moniste, dont la spécificité d'application dans l'hétérogénéité de nos sociétés modernes ne permet plus l'adéquation à cette énonciation ainsi caractérisée⁶² ». En d'autres termes, le système juridique actuel serait dépassé par la diversité des cas et la rapidité avec laquelle la norme doit avancer par rapport à un droit lourd et unique alors que plusieurs auteurs s'accordent sur la nécessité d'un « droit vivant. »⁶³

III- Recherche des causes des dysfonctionnements de la justice du travail

65. Les modes alternatifs de règlement des litiges se développent en droit du travail, comme en témoigne la loi du 6 août 2015 (B), du fait des multiples défaillances d'une justice du travail en situation d'échec (A).

A- Les défaillances de la justice du travail

66. La justice du travail souffre d'une phase de conciliation inefficace (1), de délais excessifs qui ne respectent pas le concept de délai raisonnable (2), d'un taux d'appel élevé (3), d'une suspicion de partialité des juges de la part des parties (4) et d'un manque de clarté et de visibilité pour les justiciables (5).

1- L'inefficacité de la phase de conciliation

67. ***Une conciliation quasi inexistante*** – La procédure prud'homale se déroule en deux phases, l'une de conciliation, l'autre, en cas d'échec de la première, de jugement⁶⁴. Le taux de conciliation est particulièrement faible. Il atteignait 5,5 % en 2013⁶⁵. Ce chiffre s'explique par plusieurs facteurs, parmi lesquels la professionnalisation de la justice du travail (les salariés et les employeurs sont très souvent assistés d'avocats), l'importante conflictualité inhérente aux rapports au sein des entreprises et plus généralement aux relations de travail ou encore le manque de moyens des conseillers prud'hommes lors de la phase de conciliation, notamment en terme de temps.

⁶² L. Lalonde, *La médiation, une approche « internormative » des différends ? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald*, R.D.U.S., 2002-03.

⁶³ E. Ehrlich, *Fondements de la sociologie du droit*, 1913.

⁶⁴ C. trav., art. R. 1423-34.

⁶⁵ Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, présidé par A. Lacabarats, 2014, p. 8.

68. ***Multiplication des dérogations au préalable de conciliation*** – Le législateur a envisagé pour un certain nombre de litiges une dispense du préalable de conciliation dans un souci de traitement plus rapide des affaires. Ces exemptions concernent les litiges relatifs aux contrats « précaires », tels que la requalification du CDD en CDI⁶⁶ et le droit à indemnité y afférent⁶⁷, la contestation de refus par l'employeur de l'octroi de certains congés⁶⁸, la contestation de refus par l'employeur de l'octroi de stages de formation pour les représentants du personnel⁶⁹, le licenciement d'un administrateur salarié⁷⁰, la contestation d'un relevé de créance et du refus de l'AGS⁷¹, la contestation relative aux atteintes des droits des personnes et des libertés individuelles⁷², la contestation d'une condamnation en remboursement des allocations de chômage⁷³, les litiges relatifs aux créances⁷⁴.

69. ***Le bureau de conciliation comme « chambre d'enregistrement »*** – Le rôle des bureaux de conciliation se résume, en pratique, à demander aux parties si elles sont parvenues à concilier et à fixer une date d'audience aux parties d'où la qualification de « chambre d'enregistrement » du bureau de conciliation. L'office de conciliation des conseillers prud'hommes n'est pas effectif du fait d'un manque de temps et de moyens mais également d'une absence de volonté de la part des conseillers et des parties, ces dernières considérant le bureau de conciliation comme une étape inutile.

2- L'allongement des délais : le non-respect du délai raisonnable

70. ***Le délai raisonnable pris sous le prisme de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*** – L'article 6, §1 de la Convention dispose que « **Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publique et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de**

⁶⁶ Loi n°90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires.

⁶⁷ Cass. soc., 4 février 2003, n°00-43.558.

⁶⁸ C. trav., art. D. 3142-16.

⁶⁹ C. trav., art. R. 3142-4

⁷⁰ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁷¹ C. Com, art. L. 621-125 et L. 621-128.

⁷² Loi n°92-1446 du 31 décembre 2012 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

⁷³ C. trav., art. L. 1235-4 et R. 1235-13.

⁷⁴ C. Com., arts. L. 621-127 et L. 621-128.

caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

71. Condamnation de l'État par la Cour européenne des droits de l'homme – La Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision du 14 novembre 2000, *Delgado contre France*⁷⁵, s'est fondée sur ce texte afin de condamner la France. La Cour de Strasbourg rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes. Elle précise « qu'il faut tenir compte du contexte global de l'affaire et notamment que la requérante saisissait de nouveau la juridiction prud'homale afin de contester son troisième licenciement et que dès lors une diligence particulière s'imposait aux juridictions saisies ». Elle relève également que « les conflits du travail [...] portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité particulière ». La Cour réaffirme qu'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable.

72. Condamnation de l'État par les juridictions françaises – Par une série de décisions rendues par le tribunal de grande instance de Paris le 18 janvier 2012⁷⁶, l'État a été condamné pour la première fois à verser des dommages-intérêts en raison des délais excessifs des procédures devant les conseils de prud'hommes. Les formules utilisées témoignent de l'engorgement de la justice prud'homale : « *L'éventuelle difficulté rencontrée par les magistrats dans l'appréciation des demandes à l'issue de l'audience de jugement n'expliquent*

⁷⁵ Arrêt CEDH, 14 nov. 2000, *Delgado c/ France*, n°38437-97.

⁷⁶ TGI Paris 18 janvier 2012 n°11/02498, *Drouin c/ Agent judiciaire du Trésor* et TGI Paris 18 janvier 2012 n°11/02506, *Scappaticci c/ Agent judiciaire du Trésor*.

pas plus la durée excessive entre l'audience du bureau de jugement s'étant mis en partage et la date de l'audience présidée par le juge départiteur, le délai de fixation ne s'expliquant que par l'encombrement récurrent et ancien de ce tribunal. » ; « Pour autant, le nombre d'affaires dont cette juridiction est habituellement saisie et les difficultés d'organisation que cela ne peut manquer d'entraîner, comme la particularité de la procédure devant le conseil de prud'hommes, ne peuvent décharger l'État de sa responsabilité. » ou encore « L'agent judiciaire du Trésor ne rapporte pas la preuve que des mesures particulières ont été prises par le ministère de la justice ou la juridiction en cause, afin de rechercher une solution pérenne aux difficultés rencontrées par le conseil de prud'hommes [...]. »

73. **Un problème persistant** – Au début de l'année 2016, plusieurs centaines de salariés ont saisi le tribunal de grande instance de Paris pour déni de justice, du fait des délais trop longs devant les conseils de prud'hommes, jugés déraisonnables. Les condamnations de l'État sont assez fréquentes et peuvent être lucratives pour les demandeurs, par exemple, 11.000 euros de dommages et intérêts ont été octroyés pour un délai de cinq ans entre la saisine du conseil de prud'hommes et la notification de l'arrêt définitif de la Cour d'appel⁷⁷ ou encore 9.000 euros pour un délai de sept ans entre la saisine du conseil de prud'hommes et la notification de l'arrêt définitif de la Cour d'appel⁷⁸.

74. **Une solution : le caractère obligatoire des délais de communication** – Plusieurs avocats et conseillers prud'hommes plaident pour que les délais de communication fixés par les conseillers prud'hommes lors de l'audience de conciliation, qui ne sont qu'indicatifs du fait de l'oralité de la procédure, revêtent un caractère obligatoire afin d'éviter de multiples renvois qui ont une grande incidence sur l'allongement des délais de la justice prud'homale. Ainsi, toute pièce communiquée postérieurement au délai indiqué serait irrecevable. Il pèserait dès lors sur les avocats une obligation de diligence.

3- Un taux d'appel élevé

75. Le taux d'appel des jugements rendus par les conseils de prud'hommes sont particulièrement élevés par rapport aux autres juridictions. En 2012, le taux d'appel des conseils de prud'hommes était de 62,1 % quand celui des tribunaux de commerce était de 13

⁷⁷ CA Amiens, 12 octobre 2006, n°05/02845.

⁷⁸ CA Amiens, 2 février 2006 n° 04/03602.

%, celui des tribunaux d'instance de 6,3 % et celui des tribunaux de grande instance de 19,2 %⁷⁹. Les taux d'appel contre les décisions des tribunaux d'instance (contentieux des relations individuelles de travail) et de grande instance (conflits collectifs) en droit social sont respectivement de 29,2 et 16 %. Le taux de confirmation totale des jugements des conseils de prud'hommes en appel est faible par rapport aux autres juridictions. Il n'est que de 28,3 % alors qu'il est de 46,4 % pour les jugements des tribunaux d'instance et de 46 % pour ceux des tribunaux de grande instance. Le taux d'infirmité partielle est également élevé. Il est de 50,5 % alors qu'il est de 29,5 % pour les jugements des tribunaux d'instance et de 34,1 % pour ceux des tribunaux de grande instance⁸⁰.

76. Ce taux d'appel peut s'expliquer par la défiance qu'ont les parties vis-à-vis de la juridiction prud'homale, les décisions des conseils de prud'hommes sont très souvent remises en cause par les cours d'appel. La partie qui perd en première instance interjette quasi systématiquement appel de la décision de première instance dans l'espoir d'une infirmité partielle si ce n'est totale. Les conseillers prud'hommes s'efforcent de concilier les intérêts en présence dans leurs jugements, parfois en s'éloignant du droit et en particulier de la jurisprudence de la Cour de cassation. Les faits devant les juridictions prud'homales ont davantage d'importance car les conseillers sont issus du monde du travail et connaissent l'entreprise. Les juges des cours d'appel sont des professionnels du droit formés à appliquer celui-ci et qui sont moins enclins à prendre en considération les particularismes des relations de travail et la vie des entreprises.

4- L'impartialité des juges prud'hommes en question

77. L'indépendance et l'impartialité des conseillers prud'hommes sous le prisme de l'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – L'article 6, §1 de la Convention énonce que tous les justiciables ont droit d'être entendus par « *un tribunal indépendant et impartial* ». **L'indépendance** du tribunal s'apprécie au regard de critères objectifs tenant au statut du juge (mode de désignation et durée du mandat, inamovibilité ou quasi-inamovibilité de celui-ci, impossibilité juridique de lui donner des instructions dans l'exercice de ses fonctions, existence d'une protection contre

⁷⁹ Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, présidé par A. Lacabarats, 2014, p. 8.

⁸⁰ Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, présidé par A. Lacabarats, 2014, pp. 60-61.

les pressions extérieures⁸¹) mais aussi d'un critère subjectif tenant à l'« apparence d'indépendance » aux yeux du justiciable⁸². La Cour européenne considère que la présence de magistrats non professionnels dans des juridictions spécialisées n'est pas en soi contraire à l'article 6, §1 et ne constitue pas, par elle-même, une preuve de partialité du tribunal, sous réserve que « les principes établis dans la jurisprudence quant à l'indépendance et l'impartialité valent pour les magistrats non professionnels comme pour les magistrats professionnels.⁸³ » **L'impartialité** du tribunal fait l'objet d'une appréciation à la fois subjective et objective⁸⁴. L'impartialité subjective se présume « jusqu'à la preuve du contraire. » L'impartialité objective consiste « à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier.⁸⁵ » L'impartialité subjective est fondée sur un « ressenti » subjectif du juge qui va se vérifier plutôt a posteriori (dans la rédaction du jugement, par exemple) tandis que l'impartialité objective porte des garanties par rapport à l'organisation de la juridiction pour en assurer l'indépendance et l'impartialité.

78. L'impartialité des conseillers prud'hommes pris sous le prisme de la jurisprudence française – La Cour de cassation a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur l'impartialité des conseillers prud'hommes. Dans un arrêt du 19 décembre 2003⁸⁶, un employeur avait demandé le renvoi de l'affaire pour cause de suspicion légitime au motif que deux conseillers prud'hommes étaient affiliés à la même confédération syndicale que le salarié, partie à l'instance. La Cour répond 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, devant le conseil de prud'hommes, par la composition paritaire de cette juridiction qui comprend un nombre égal de salariés et d'employeurs élus, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par le recours 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. Dès lors, 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*

⁸¹ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, § 78 ; CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, n°8790/79.

⁸² CEDH, 25 févr. 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, n°22107/93, Rec. CEDH 1197, I.

⁸³ CEDH, 21 juill. 2009, *Luka c/ Roumanie*, n°34197/02, § 42.

⁸⁴ CEDH, 1er oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, n°8692/79, série A n° 53, § 30, JDI 1985, p. 210, obs. P. Tavernier.

⁸⁵ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n°10486/83, série A n° 154, § 48, GACEDH, n° 31.

⁸⁶ Cass. soc., 19 décembre 2003, n°02-41.429, n° 2764 FS-P+B+R+I, JSL 2004, com. M.-C. Haller.

inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres. » La Cour s'inspire très clairement des principes de la Cour européenne des droits de l'homme. La composition paritaire du conseil de prud'hommes, la prohibition d'ordre public des mandats impératifs, le recours à un juge départiteur et la faculté d'interjeter appel suffisent à garantir l'impartialité du conseil de prud'hommes. Deux autres arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation⁸⁷ peuvent illustrer les difficultés tenant à l'impartialité. Une cour d'appel (dans la première affaire) et un conseil de prud'hommes (dans la seconde) avaient motivé leurs décisions en des termes ne correspondant pas à ceux attendus pour une décision de justice. Les deux décisions sont censurées au visa de l'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme au motif que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial. » La Cour relève que les termes utilisés dans les décisions des juridictions du fond étaient « *incompatibles avec l'exigence d'impartialité.* »

79. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation tendent à limiter les cas d'impartialité qui pourraient apparaître au sein des juridictions prud'homales. Mais, en pratique, les justiciables ont le sentiment que les conseils de prud'hommes reflètent une partialité originelle qui ne peut être dépassée par les garde-fous posés par les juridictions suprêmes européenne et française.

5- Un manque de clarté et de visibilité pour les justiciables

80. Depuis plusieurs années, le contentieux du travail est de plus en plus éclaté. Ce mouvement a été accentué par la loi du 14 juin 2013⁸⁸ en donnant compétence à l'administration et aux juridictions administrative pour tout un pan du licenciement pour motif économique. Outre les « grands » licenciements collectifs pour motif économique, l'administration et le juge administratif ont également compétence en cas de licenciement de salariés protégés soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Les tribunaux d'instance sont compétents pour se prononcer sur différentes questions de droit du travail, notamment relatives à la désignation des représentants syndicaux et aux élections professionnelles. Les

⁸⁷ Cass. soc., 8 avril 2014, n°13-10.209, *Bull.* 2014, V, n° 98 ; Cass. soc., 12 juin 2014, n°13-16.236, n° 1169 FS-P+B.

⁸⁸ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

tribunaux de commerce peuvent aussi connaître de questions de droit du travail à l'occasion des procédures collectives.

81. Face à cet éclatement, le rapport sur *Les juridictions du XXIe siècle*⁸⁹ avait suggéré confier à un « tribunal social » les différentes compétences des juridictions du travail :

« Les membres du groupe ont fait le constat que le droit du travail et le droit de la sécurité sociale sont des droits de la protection qui ne sont assimilables ni au droit privé, ni au droit public, ce qui avait conduit le président Laroque, dès 1954, à appeler de ses vœux un ordre social particulier, et ce qui a fondé la mise en place des juridictions spécifiques intégrant les représentants des salariés et des employeurs. Ils ont également constaté que les litiges relatifs à ces matières juridiques sont souvent écartelés entre plusieurs ordres de juridictions.

***Les exigences de rationalité, de lisibilité et d'efficacité pour le justiciable** conduisent à préconiser la création d'une juridiction sociale unique regroupant l'ensemble des contentieux relatifs aux conflits du travail et aux conflits relatifs au droit de la sécurité sociale et des prestations sociales. Ce tribunal social, totalement écheviné pour respecter la spécificité des contentieux dont il connaît et valoriser l'intérêt pour le justiciable de profiter de l'agrégation des cultures du droit et de l'entreprise, comportera deux sections, le tribunal du travail et le tribunal des affaires sociales.*

Le tribunal du travail statuera dans les conflits individuels et collectifs du travail [...] »

82. Cette proposition peut paraître bénéfique face à un contentieux éclaté à cause duquel les justiciables sont désorientés. Cependant, elle ne semble pas être à l'ordre du jour.

B- La loi du 6 août 2015 : avancée ou manque d'audace ?

83. **Origines de la réforme** – Le rapport sur *L'avenir des juridictions du travail*⁹⁰ proposait de transformer le bureau de conciliation en bureau de conciliation et d'orientation en augmentant ses pouvoirs. Le législateur, par le biais de la loi du 6 août 2015⁹¹, a donc tenté d'améliorer le fonctionnement de la justice du travail, en particulier la phase de conciliation, en créant un « nouveau » bureau de conciliation et d'orientation en lieu et place du bureau de conciliation.

⁸⁹ Rapport sur *Les juridictions du XXIe siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, sous la présidence de D. Marshall, 2013, proposition 11.1, pp. 50-51.

⁹⁰ Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, présidé par A. Lacabarats, 2014, prop. n°28.

⁹¹ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

84. **Renforcement de la conciliation** – Le législateur a souhaité mettre en exergue le rôle de conciliateur du conseiller prud’homme puisqu’il affirme solennellement que celui-ci est chargé de concilier les parties⁹². Il a également offert au bureau de conciliation et d’orientation la faculté d’auditionner les parties séparément tout en garantissant la confidentialité de l’échange⁹³. Cette nouvelle faculté a pu être critiquée au regard de l’article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Du point de vue du respect du contradictoire et du procès équitable, les parties entendues séparément pourront présenter des arguments en toute confidentialité au juge sans en discuter contradictoirement par la suite⁹⁴. La possibilité d’entendre les parties séparément lors de la phase de conciliation est loin d’être novatrice. La procédure de divorce (hors consentement mutuel) la connaît. En effet, le juge aux affaires familiales, dans sa mission de conciliation, doit convoquer les conjoints à l’audience et procéder en trois temps : 1) il doit recevoir chacun des conjoints isolément ; 2) il doit les réunir ; 3) il doit inviter les avocats à assister et participer à l’entretien⁹⁵. Il est permis de déplorer que les conseillers prud’hommes aient uniquement la faculté d’entendre les parties séparément lors de la phase de conciliation, contrairement à la procédure de divorce dans laquelle le juge a l’obligation de s’entretenir avec les parties séparément. La fonction de conciliation du bureau de conciliation et d’orientation en aurait été renforcée.

85. **Nouvelle fonction d’orientation** – La loi du 6 août 2015 permet au bureau de conciliation et d’orientation de choisir la voie que l’affaire va prendre par simple mesure d’administration judiciaire⁹⁶ :

- Si le litige porte sur un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail (ce qui représente environ 92% des affaires), il peut renvoyer les parties, avec leur accord, devant le bureau de jugement en formation restreinte, donc avec un conseiller prud’homme employeur et un conseiller prud’homme salarié ;
- Il peut renvoyer les parties, si elles le demandent ou si la nature du litige le justifie, devant le bureau de jugement qui sera présidé par un magistrat professionnel du tribunal de grande instance ;

⁹² C. trav., art. L. 1454-1, al. 1^{er}.

⁹³ C. trav., art. L. 1454-1, al. 2.

⁹⁴ D. Boulmier, *Le volet prud’homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune »*, Dr. social n°5, mai 2015, p. 430.

⁹⁵ C. civ., art. 252-1.

⁹⁶ C. trav., art. L. 1454-1-1.

- Il peut renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement composé de deux conseillers employeurs et de deux conseillers salariés.

86. ***Une loi difficilement applicable en pratique*** – Si l'objectif de la loi est de rendre le fonctionnement de la justice prud'homale plus rapide, plus sûr et plus prévisible⁹⁷, elle n'est pas exempte de critiques. Le renvoi devant un bureau de jugement en formation restreinte à trois mois en cas d'absence de conciliation est manifestement impossible du fait de l'engorgement des conseils de prud'hommes dont les rôles sont surchargés. Le renvoi devant une formation comportant un magistrat professionnel et, en conséquence, l'introduction de l'échevinage, est positif. Mais la pratique s'interroge sur la signification des termes « *si la nature du litige le justifie* »⁹⁸. Certains conseillers prud'hommes s'interrogent sur l'opportunité d'avoir décidé de l'application immédiate de cette loi qui est, en pratique, impossible à mettre en œuvre, faute de moyens suffisants.

87. ***Institution de modes alternatifs de règlement des litiges*** – L'article 258, III et IV, de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques offre la faculté aux parties de recourir à la médiation conventionnelle et à la procédure participative, qui étaient deux processus de règlement amiable qui ne leur étaient pas ouverts, la loi du 8 février 1995⁹⁹ excluant le recours à la médiation conventionnelle pour les conflits du travail et la loi du 22 décembre 2010¹⁰⁰ disposant qu'« *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* »¹⁰¹. L'ouverture de ces deux processus amiables de règlement des différends à la matière sociale favorise le développement de nouvelles voies de règlement des litiges, accorde de nouvelles voies négociées aux justiciables et privilégie le consensus plutôt que le conflit judiciaire.

⁹⁷ M. Puylagarde, *En questions : la procédure prud'homale et la médiation après la loi Macron*, JCP S, n°7, 23 février 2016, n°82.

⁹⁸ A. Roy et G. Soetemondt, *Réforme de l'organisation des conseils de prud'hommes : l'avis de deux conseillers prud'homaux* in *Les mutations de la juridiction prud'homale*, sous la dir. D. Baugard, in Cah. Soc., décembre 2015, n°280, p. 660.

⁹⁹ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁰⁰ Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

¹⁰¹ C. Civ., art. 2064 al. 2 anc.

88. **Problématique** – Dans quelle mesure les modes alternatifs de règlements des conflits pourraient-ils pallier les carences de la procédure judiciaire sociale ?

89. **Plan général** – Il conviendra d’analyser les modes alternatifs de règlement des conflits dans les relations individuelles de travail (titre Ier) avant d’abord les modes alternatifs de règlement des conflits dans les relations collectives de travail (titre II).

TITRE IER : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL

90. **Plan** – Les modes alternatifs de règlement des conflits individuels de travail peuvent être divisés en deux ensembles : le premier regroupant les techniques classiques de règlement des litiges (chapitre 1^{er}) et le second rassemblant les techniques innovantes de règlement des litiges (chapitre 2).

CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES CLASSIQUES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

91. Les techniques classiques de règlement des litiges sont la conciliation (section 1), de la médiation (section 2) et de l'arbitrage (section 3).

SECTION 1 – LA CONCILIATION

92. **Définition** – Concilier signifie rapprocher des personnes que leur opinion ou leur intérêt divise. Plus généralement, la conciliation désigne, d'une part, un accord par lequel deux personnes en conflit mettent fin à celui-ci, la solution du différend résultant non d'une décision de justice, ni même de celle d'un arbitre mais de l'accord des parties elles-mêmes et, d'autre part, la phase de procédure au cours de laquelle il est tenté de parvenir à cet accord par le biais d'un mode de règlement amiable du litige¹⁰². Il existe des juridictions devant lesquelles un préliminaire de conciliation est obligatoire. Ce préliminaire se caractérise par une tentative de conciliation, lorsqu'elle précède l'instance de jugement, surtout dans les cas où la loi subordonne le jugement d'une affaire à une tentative préalable de conciliation (et à la constatation de l'échec de celle-ci), comme c'est le cas en matière prud'homale où il existe un préliminaire obligatoire de conciliation devant le bureau de conciliation et d'orientation¹⁰³. L'objectif de la conciliation est que les parties parviennent à un accord directement ou grâce à l'intervention d'une tierce personne appelée conciliateur. La mission de conciliation est une des fonctions du juge mais cette mission peut également être confiée à des tiers non juges.

¹⁰² Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. conciliation.

¹⁰³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. conciliation, préliminaire de conciliation.

93. **Conciliation et médiation** – Une partie de la doctrine soutient que le médiateur est chargé d'une mission plus active que le conciliateur dans la recherche des éléments d'une entente qu'il propose aux parties, sans pouvoir la leur imposer. « *Ce sont deux concepts très proches. Une ou deux précisions cependant : la conciliation – qui est aussi un mode de résolution pacifique des litiges – ne nécessite pas forcément la présence d'un tiers (le conciliateur) : elle peut avoir lieu entre les parties seules. Le conciliateur, lorsqu'il en existe un, est en principe moins actif que le médiateur. Par sa seule présence le conciliateur pondère l'animosité des parties et les pousse à se rencontrer et à se parler. Le médiateur, lui, agit plus concrètement et propose aux parties un projet de solution. Aussi je dirais volontiers que le médiateur est un conciliateur particulièrement actif et qu'entre médiateur et conciliation, il n'y a pas vraiment de différence de nature, mais tout au plus une différence de degré dans l'implication du tiers. Avec la conciliation, on met davantage l'accent sur la fin, le but à atteindre : c'est-à-dire l'accord, tandis que pour la médiation, on s'attache davantage aux moyens utilisés pour arriver à la même fin¹⁰⁴.* » La différence serait donc plus de degré que de nature¹⁰⁵ mais également dans la façon d'arriver à la solution finale.

Un autre auteur distingue différemment conciliation et médiation : « la différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs ; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord¹⁰⁶. » Le conciliateur proposerait une solution qui arrangerait les parties tandis que le médiateur aiderait celles-ci à construire une solution. De plus, le conciliateur s'attacherait plus aux faits eux-mêmes que les personnes en conflit tandis que le médiateur se concentrerait sur la dimension subjective et émotionnelle du différend¹⁰⁷. Un auteur écrit que « les conciliateurs ne peuvent pas gratter sous le litige apparent pour trouver le motif profond du différend¹⁰⁸. »

94. **Conciliation judiciaire et conciliation extrajudiciaire** – La conciliation judiciaire se manifeste dans deux hypothèses. En premier lieu, le juge a la faculté de concilier lui-même les parties aux termes des articles 21, 127 à 129 du code de procédure civile. L'article 21 prévoit une mission générale de conciliation pour le juge : « *Il entre dans la mission du juge*

¹⁰⁴ C. Jarrosson, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, 1996.2. Doctr. 951.

¹⁰⁵ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions judiciaires*, 12^e éd., « Précis », Dalloz, 2013, n°44.

¹⁰⁶ J.-L. Vivier, *La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation*, LPA 25 nov. 1996, p. 12.

¹⁰⁷ M. Boittelle-Coussau, *Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?*, *Gaz. Pal.*, 12-13 juin 2015, p. 9, n°163-164.

¹⁰⁸ M. Mouthier, *Guide et pratique de la conciliation et de la médiation*, éd. De Vecchi, 2003, p. 64.

de concilier les parties. » Les articles 128 et 129 précisent l'office de conciliation de celui-ci. L'article 128 dispose que « *les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance.* » L'article 129 énonce que « *la conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe.*

Le juge qui doit procéder à une tentative préalable de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice qui les informera sur l'objet et le déroulement de la conciliation, dans les conditions prévues par l'article 22-1 de la loi n°95-125 du 8 février 1995. »

En second lieu, certaines juridictions imposent un préalable obligatoire de conciliation avant tout jugement. Le juge ne doit donc exercer sa fonction juridictionnelle qu'après avoir tenté de concilier les parties. Ici, le juge n'a pas la faculté de concilier mais l'obligation (de moyens) de concilier les parties. Il n'a pas l'obligation de parvenir à une résolution du litige mais doit tout mettre en œuvre pour y parvenir dans le cadre de la phase de conciliation.

La conciliation extrajudiciaire est également nommée conciliation conventionnelle ou privée. Il existe deux hypothèses de conciliation conventionnelle : d'une part, la conciliation purement conventionnelle (ou conciliation « contractuelle ») c'est-à-dire que ce sont les parties qui organisent elles-mêmes une phase de conciliation préalable à la saisine du juge et d'autre part, une conciliation par l'intermédiaire d'un conciliateur de justice qui est un auxiliaire de justice. Dans cette dernière hypothèse, c'est le juge qui délègue sa mission de conciliation à un conciliateur de justice qu'il désigne, c'est également le juge qui fixe la durée de sa mission et qui indique à la date à laquelle l'affaire sera appelée. La décision qu'il prend est une mesure d'administration judiciaire. Cette conciliation déléguée est prévue aux articles 129-1 à 129-6 du code de procédure civile et son déroulement est précisé aux articles 1536 et suivants du même code. Il convient de s'interroger sur le caractère privé et « conventionnel » de cette conciliation déléguée. En effet, celle-ci est « déléguée », elle est déléguée par le juge. Par comparaison avec la médiation, celle-ci, lorsqu'elle est ordonnée par le juge, est qualifiée de « judiciaire. » Une incohérence émerge alors. La conciliation déléguée ne peut valablement être qualifiée de « conventionnelle » ou d'extrajudiciaire puisqu'elle provient du juge lui-même, qui délègue sa fonction de conciliation. En outre, en matière sociale, cette technique de délégation n'est pas utilisée car d'une part, les conseillers prud'hommes ont une fonction de conciliation qui leur est imposée par la loi¹⁰⁹ et d'autre part, les chambres sociales ou

¹⁰⁹ C. trav., art. L. 1411-1.

prud'homales des cours d'appel privilégient la médiation judiciaire plutôt que la conciliation déléguée à un conciliateur de justice.

95. Par conséquent, il conviendra de n'étudier que la conciliation judiciaire dans le cadre du contentieux prud'homal (sous-section 1) et la conciliation purement conventionnelle ou « contractuelle » c'est-à-dire la clause de conciliation stipulée au sein du contrat de travail (sous-section 2).

Sous-section 1- La conciliation judiciaire dans le cadre du contentieux prud'homal

96. **Fonction de conciliation, essence du conseil de prud'hommes** – Depuis l'apparition du premier conseil de prud'hommes, à Lyon, en 1806¹¹⁰, sous Napoléon, la conciliation est une des fonctions des conseillers prud'hommes. La devise du conseil de prud'hommes est : *Servat et conciliat*¹¹¹. Les conseillers prud'hommes sont attachés au préalable de conciliation¹¹². La procédure prud'homale est résolument orientée vers une justice de conciliation¹¹³. La recherche d'un accord est une phase inaugurale et obligatoire de l'instance.

97. Le préliminaire de conciliation constitue une spécificité des relations individuelles de travail (§1), qui fait intervenir plusieurs acteurs (§2) et qui possède plusieurs issues (§3). Ces dernières années, le bureau de conciliation a fait l'objet d'une forte remise en cause (§4).

§1- Le préliminaire de conciliation : spécificité des relations individuelles de travail

98. Le préliminaire de conciliation constitue une « phase de démarrage de l'instance prud'homale¹¹⁴ » (I). Il est, en principe, obligatoire (II).

¹¹⁰ H. Michel, L. Willemez, « Introduction », *Les prud'hommes*, sous la dir. de H. Michel et L. Willemez, éd. du Croquant, 2008.

¹¹¹ Latin : « *Servat et conciliat* ».

¹¹² E. Bataille, *La procédure prud'homale : guide pratique*, Sofiac, 2009, p. 277.

¹¹³ M.-C. Rivier, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *Justices*, 1997.

¹¹⁴ E. Bataille, *La procédure prud'homale : guide pratique*, Sofiac, 2009, p. 279.

I- Le préliminaire de conciliation comme « phase de démarrage de l'instance prud'homale »

99. **Oralité de la procédure prud'homale et utilité de la phase de conciliation** – La conciliation est le point de départ de la procédure prud'homale. Celle-ci est une procédure orale¹¹⁵. La phase de conciliation préalable à la phase de jugement est utile en ce qu'elle offre la possibilité aux parties de renouer le dialogue qui avait été rompu ou qui avait cessé. Elle permet aux parties d'échanger des arguments qui aideront à comprendre la logique de l'adversaire, ses prétentions, son état d'esprit et les reproches qu'il formule.

II- Le caractère obligatoire du préliminaire de conciliation en matière prud'homale

100. **Conciliation : formalité substantielle et d'ordre public** – Toute instance prud'homale débute par une tentative de conciliation assurée par le bureau de conciliation et d'orientation. Les articles L. 1411-1, L. 1454-1 et R. 1454-10 du code du travail énoncent le principe selon lequel le préliminaire de conciliation tient à l'essence même de l'institution des conseils de prud'hommes. Le premier dispose que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.*

Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. »

Le second énonce que : « *Le bureau de conciliation et d'orientation est chargé de concilier les parties.*

Dans le cadre de cette mission, le bureau de conciliation et d'orientation peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité. »

Le troisième prévoit que « *Le bureau de conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier. Un procès-verbal est établi.*

En cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne la teneur de l'accord intervenu. Il précise, s'il y a lieu, que l'accord a fait l'objet en tout ou partie d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation.

À défaut, de conciliation totale, les présentations qui restent contestées et les déclarations faites par les parties sur ces prétentions sont notées au dossier ou au procès-verbal par le greffier sous le contrôle du président. »

¹¹⁵ C. trav., art. R. 1453-3.

La chambre sociale de la Cour de cassation érige le préliminaire de conciliation en une formalité substantielle¹¹⁶ : « le préliminaire de conciliation tient à l'essence même de l'institution¹¹⁷. » Celle-ci a même un caractère d'ordre public¹¹⁸, ce qui explique l'exigence de la comparution personnelle des parties¹¹⁹. La mention de la tentative préalable de conciliation doit figurer dans le jugement.

101. **Atténuations** – Toutefois, la jurisprudence tente de limiter la portée de la sanction de l'absence de conciliation. Ainsi, l'absence de conciliation préalable ne peut pas être relevée d'office par le juge du fond¹²⁰. De plus, si le défaut de conciliation n'est pas imputable aux parties, l'irrégularité peut être couverte en appel¹²¹. Si tel n'a pas été le cas, l'irrégularité qui affecte la procédure doit être invoquée avant toute défense au fond et elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation¹²².

§2- Les acteurs

102. La phase de conciliation fait intervenir plusieurs acteurs : les conseillers prud'hommes qui peuvent être qualifiés de conseillers « conciliateurs » (I) et les parties à l'instance (II).

I- Les conseillers « conciliateurs »

103. Il conviendra d'analyser successivement la composition (A), le rôle (B) et les pouvoirs (C) des conseillers prud'hommes dans leur office de conciliation.

A- Composition

104. **Composition du bureau de conciliation et d'orientation** – Le bureau de conciliation est composé d'un conseiller prud'homme salarié et d'un conseiller prud'homme employeur. Le

¹¹⁶ Cass. soc., 17 mars 1950, Bull. civ. 1950, III, n°267 ; Cass. soc., 21 janv. 1955, Bull. civ. 1955, IV, n°62 ; Cass. soc., 7 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, n°271.

¹¹⁷ Cass. soc., 9 janv. 1953, Bull. civ. IV, n°32 ; Cass. soc., 20 oct. 1976, n°74-13.139, Bull. civ. V, n°508.

¹¹⁸ Cass. soc., 5 et 6 avr. 1957, Bull. civ. 1957, IV, n°445 et 446 ; Cass. soc., 15 et 23 janv. 1959, JCP G 1959, II, 11055.

¹¹⁹ Cass. soc., 6 juill. 1978, Bull. civ. 1978, V, n°517, D. 1979, 28, obs. Langlois.

¹²⁰ Cass. soc., 20 nov. 1968, Bull. civ. 1968, V, n°515 ; Cass. soc., 20 oct. 1976, n°74-13.139, Bull. civ. V, n°508.

¹²¹ Cass. soc., 26 avr. 2007, n°05-45.096, RJS 2007, n°673.

¹²² Cass. soc., 20 oct. 1976 : Bull. civ. 1976, V, n°508.

nouvel article R. 1454-7 du code du travail issu du décret du 20 mai 2016¹²³ dispose que « *Le règlement intérieur établit un roulement au sein du bureau de conciliation et d'orientation entre tous les conseillers prud'hommes salariés et employeurs. Il peut prévoir l'affectation de certains conseillers prud'hommes par priorité à ce bureau.*

La présidence appartient alternativement au salarié et à l'employeur, suivant un roulement établi par ce règlement. Celui des deux qui préside le bureau le premier est désigné par le sort. » Les règles de composition du bureau de conciliation et d'orientation sont d'ordre public. Le préliminaire de conciliation doit avoir lieu devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil régulièrement constitué¹²⁴.

B- Rôle

105. **Mission conciliation du conseil de prud'hommes** – La Cour de cassation décide que les conseillers prud'hommes doivent, dans leur office de conciliation, participer activement à la recherche d'un accord en veillant à ce que les parties aient été informées de leurs droits respectifs¹²⁵. La procédure prud'homale traduit la mission « duale » du conseil de prud'hommes : conciliation et jugement. Les dispositions de l'article L. 1411-1 du code du travail en témoignent : le conseil doit concilier les parties et à défaut, juger l'affaire. La phase de conciliation intervient en amont et non concomitamment à la phase de jugement comme cela peut être le cas dans l'office de conciliation classique du juge civil. Ici, c'est la mission « de base¹²⁶ » de la juridiction. Le législateur insiste donc sur la fonction de conciliation du conseil de prud'hommes, fonction d'importance égale à celle de sa fonction de jugement. Cependant, la fonction de conciliation du conseil devrait davantage se concevoir comme un « processus » que comme une « phase » juridictionnelle car le bureau de conciliation ne rend pas de décision mais parvient à un résultat.

C- Pouvoirs

106. **Pouvoir de concilier** – Le pouvoir de concilier du bureau de conciliation et d'orientation est tiré de l'article R. 1454-10 alinéa 1^{er} du code du travail qui énonce que « *le bureau de*

¹²³ Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

¹²⁴ Cass. soc., 19 juill. 1932, Journ. T. com. 1933, p. 609 ; Cass. soc., 4 déc. 1947, JCP G 1948, II, 4564.

¹²⁵ Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. 2000, V, n° 135, GADT, 4^e éd., n°30 ; Cass. soc., 24 mai 2006, n°04-45.877, RDT, 2006, p. 192, obs. E. Serverin.

¹²⁶ E. Bataille, *La procédure prud'homale : guide pratique*, Sofiac, 2009, p. 290.

conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier. Un procès-verbal est établi. »

La mission de conciliation est menée avec les parties, en dehors du public¹²⁷, par le bureau de conciliation et d'orientation conformément à l'article L. 1454-1 du code du travail issu de la loi du 6 août 2015. Les conseillers prud'hommes écoutent alors les explications des parties et tentent de trouver un accord satisfaisant pour chacune d'elle.

107. **Pouvoirs d'orientation** – Depuis la loi du 6 août 2015, le bureau de conciliation et d'orientation peut orienter les parties vers trois formations¹²⁸ de jugement différentes : la première composée classiquement de deux conseillers prud'hommes employeurs et de deux conseillers prud'hommes salariés, la deuxième composée également de deux conseillers prud'hommes employeurs et de deux conseillers prud'hommes salariés mais accompagnés d'un juge professionnel issu du tribunal de grande instance et la troisième composée d'un conseiller prud'hommes employeur et d'un conseiller prud'hommes salarié. Le litige n'est porté devant cette dernière formation qu'en certains cas mentionnés à l'article L. 1454-1-1, 1°.

108. **Pouvoirs de mise en état de l'affaire** – L'article L. 1454-1-2 du code du travail dispose que : « *Le bureau de conciliation et d'orientation assure la mise en état des affaires.*

Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée devant le bureau de jugement, celui-ci peut assurer sa mise en état.

Un ou deux conseillers rapporteurs peuvent être désignés pour que l'affaire soit mise en état d'être jugée. Ils prescrivent toutes mesures nécessaires à cet effet.

Les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 communiquent aux conseillers rapporteurs, à la demande de ceux-ci et sans pouvoir opposer le secret professionnel, les renseignements et documents relatifs au travail dissimulé, au marchandage ou au prêt illicite de main-d'œuvre dont ils disposent. »

Le législateur, par la loi du 6 août 2015, a souhaité promouvoir le bureau de conciliation et d'orientation dans sa fonction de mise en état et renforcer son pouvoir. Ce bureau peut également statuer en tant que bureau de jugement, d'après l'article L. 1454-1-3 du code du travail dans l'hypothèse où une partie de comparaîtrait pas et qu'elle n'aurait pas de motif légitime.

¹²⁷ C. trav., art. R. 1454-8.

¹²⁸ C. trav., art. L. 1454-1-1.

109. **Pouvoirs juridictionnels** – Le bureau de conciliation et d'orientation est investi de pouvoirs juridictionnels et peut trancher immédiatement les difficultés contentieuses de première urgence. Lorsqu'il statue ainsi l'audience est publique¹²⁹. Les mesures qui peuvent être ordonnées par le bureau de conciliation et d'orientation, dans le cadre de ses pouvoirs juridictionnels, sont limitativement énumérées par l'article R. 1454-14 du Code travail. Elles concernent : la délivrance de certificats de travail, de bulletins de paie et de toutes pièces que l'employeur est tenu légalement délivrer ; lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le versement de provisions sur les salaires et accessoires du salaire, les commissions, et sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement, l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8, l'indemnité de fin de mission mentionnée à l'article L. 1251-32 et les indemnités mentionnées à l'article L. 1226-14 ; toutes mesures d'instruction (enquêtes, consultations, expertises..) ; toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux (séquestre, saisie, conservation... etc). Ces mesures peuvent être assorties d'une astreinte, notamment lorsqu'il s'agit de délivrance des pièces. Le bureau de conciliation peut liquider, à titre provisoire, les astreintes qu'il a ordonnées.

II- Les parties à l'instance

110. Les parties à l'instance prud'homale doivent, en principe, comparaître en personne (A) et ont la faculté de se faire assister (B).

A- Comparution

111. **Comparution en personne** – Les parties sont tenues de comparaître en personne devant le bureau de conciliation et d'orientation pour une plus grande efficacité de la tentative de conciliation. En effet, l'objectif du préliminaire de conciliation est double : trouver un accord entre les parties et éviter un procès. Si l'une des parties n'est pas présente, les chances de trouver un accord sont moindres.

¹²⁹ C. trav., art. R. 1454-15, al. 3.

112. **Non comparation d'une partie** – Le principe de comparution personnelle connaît une exception lorsque la partie se fait « *représenter en cas de motif légitime*¹³⁰. » Cette exigence concerne toute la procédure prud'homale. Le motif de non comparution doit être légitime¹³¹, c'est-à-dire suffisamment pertinent pour excuser la non-comparution. S'agissant des personnes morales, elles comparaissent par l'intermédiaire de leur organe, c'est-à-dire de la personne physique membre du groupement habilitée à la représenter. Il doit être justifié du motif légitime de non-comparution personnelle, en temps utile¹³². Si le demandeur ou le défendeur justifie en temps utile, c'est-à-dire au plus tard à l'heure prévue pour la conciliation, d'un motif légitime de non-comparution, l'affaire est renvoyée à une séance ultérieure du bureau. En pratique, en règle générale, si les parties ou l'une d'elles ne comparaissent pas en personne, elles sont représentées par leurs avocats qui assurent la phase de conciliation. Celle-ci perd, *de facto*, de son intérêt qui est de rapprocher les parties et de renouer le dialogue en vue d'un accord. Par ailleurs, le nouvel article L. 1454-1-3 du code du travail dispose que : « *Si, sauf motif légitime, une partie ne comparait pas, personnellement ou représentée, le bureau de conciliation et d'orientation peut juger l'affaire, en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués.*

Dans ce cas, le bureau de conciliation et d'orientation statue en tant que bureau de jugement dans sa composition restreinte mentionnée à l'article L. 1423-13. »

Cette nouvelle disposition paraît difficilement applicable en pratique. Les conditions à remplir pour la faire jouer sont quasi impossible à réunir : absence de motif légitime de la partie non comparante, absence de représentation de celle-ci, communication préalable des pièces et moyens et accord des deux conseillers pour juger l'affaire en état. La pratique¹³³ doute également de l'effectivité d'une telle disposition du fait du manque de moyens matériels des conseils de prud'hommes.

B- Assistance

113. **Faculté d'être assisté** – Aux termes du nouvel l'article R. 1453-1 alinéa 2 issu du décret du 20 mai 2016, les parties « *ont la faculté de se faire assister ou représenter.* » Lorsqu'elles

¹³⁰ C. trav., art. R. 1453-1.

¹³¹ Cass. soc., 11 oct. 1972, Bull. civ. 1972, V, n°539.

¹³² C. trav., art. R. 1454-12 ; C. trav., art. R. 1454-13.

¹³³ K. Hamoudi, *Brèves observations sur le bureau de conciliation et d'orientation – Regard d'un avocat « pro-salarié »* in *Les mutations de la juridiction prud'homale*, sous la dir. de D. Baugard, in Cah. Soc., 2015, n°280, p. 660.

comparaissent en personne, les parties ont la faculté de se faire assister d'une des personnes désignées par le nouvel article R. 1453-2 du code du travail issu du décret du 20 mai 2016 :

« *Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont :*

1° Les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité ;

2° Les défenseurs syndicaux ;

3° Le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ;

4° Les avocats.

L'employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement.

Le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial. Devant le bureau de conciliation et d'orientation, cet écrit doit l'autoriser à concilier au nom et pour le compte du mandant, et à prendre part aux mesures d'orientation. »

Cette liste est limitative¹³⁴. Les personnes visées par le texte ont vocation à la fois à assister et à représenter les plaideurs. Il résulte de l'article L. 1453-4 du code du travail né de la loi du 6 août 2015, qui entrera en vigueur le premier jour du douzième mois suivant la publication du texte au Journal officiel, qu'un « *défenseur syndical exerce les fonctions d'assistance ou de représentation devant les conseils de prud'hommes et les cours d'appel en matière prud'homale.* » Un décret d'application devra en préciser les modalités.

§3- Les issues de la phase de conciliation devant le conseil de prud'hommes

114. Deux issues doivent être envisagées à la suite du préliminaire de conciliation du conseil de prud'hommes : la première lorsque les parties ne se concilient pas (I) et la seconde lorsque les parties concilient (II).

I- Échec de la conciliation devant le conseil de prud'hommes

115. **Mention des prétentions litigieuses** – Aux termes de l'article R. 1454-10 du code du travail, en cas d'échec total ou partiel de la conciliation, les prétentions qui restent contestées et les déclarations faites par les parties sur ces prétentions sont notées au dossier ou au procès-

¹³⁴ Cass. soc., 9 déc. 1970, Bull. civ. 1970, V, n° 702, Dr. soc. 1971, p. 279, note JS, sol. Impl. ; Cass. soc., 11 mai 1993 : Cah. soc. barreau Paris 1993, B 82, 161 ; Cass. soc., 8 oct. 1996, n°95-40.521, P, TPS 1997, n°29, obs. Boubli.

verbal par le greffe sous le contrôle du président. Le bureau de conciliation et d'orientation peut également ordonner plusieurs mesures provisoires.

116. **Renvoi de l'affaire devant le bureau de jugement** – Le bureau de conciliation et d'orientation renvoie l'affaire devant une des trois formations du bureau de jugement mentionnées à l'article L. 1454-1-1 du code du travail¹³⁵.

II- Conciliation devant le conseil de prud'hommes

117. **Conciliation totale ou partielle** – L'article R. 1454-10 du code du travail prévoit qu'en cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne la teneur de l'accord intervenu ; s'il y a lieu il précise que l'accord a fait l'objet en tout ou partie d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation et d'orientation. Ce dernier doit veiller à ce que le procès-verbal indique précisément les engagements des parties, afin d'éviter toute difficulté d'exécution ultérieure.

118. **Désistement d'instance et d'action** – Afin de mettre fin à l'instance et d'éteindre le droit d'agir relativement à l'objet du différend sur lequel les parties ont abouti à un accord, le procès-verbal de conciliation peut contenir un désistement d'action et d'instance, conformément aux articles 384 et 385 du code de procédure civile.

119. **Force exécutoire** – En cas de conciliation, des extraits du procès-verbal mentionnant s'il y a lieu l'exécution immédiate totale ou partielle de l'accord intervenu peuvent être délivrés et valent titre exécutoire.

120. **Particularités du procès-verbal : un contrat judiciaire** – Le procès-verbal constitue un contrat judiciaire dressé en la forme authentique et insusceptible de recours¹³⁶. Il ne peut être attaqué que par les voies de nullité ou de rescision susceptibles d'atteindre les actes juridiques¹³⁷. C'est alors le TGI qui sera compétent pour apprécier la validité de l'acte et non le conseil de prud'hommes. Ce dernier ne peut que constater le défaut d'exécution et allouer des dommages-intérêts ou prononcer une astreinte¹³⁸ ou encore condamner celui qui s'est

¹³⁵ Voir n°106 – *Pouvoirs d'orientation*.

¹³⁶ Cass. soc., 15 déc. 1971, Bull. civ., V, n°737.

¹³⁷ Cass. civ 2^e., 20 juill. 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, somm. p. 18.

¹³⁸ Cass. soc., 17 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, n°655.

reconnu débiteur d'une obligation¹³⁹. Le procès-verbal est un acte judiciaire constatant un accord. Son régime juridique emprunte donc à la fois à l'acte judiciaire et au droit des contrats. Il s'agit d'un acte judiciaire, d'abord, car il n'est pas doté de l'autorité de la chose jugée des décisions juridictionnelles et n'est pas susceptible de voies de recours. Il s'agit d'un contrat, ensuite, car l'accord a force obligatoire entre les parties conformément à l'article 1134 du code civil et ne peut être remis en cause par une décision unilatérale. Il produit également un effet relatif et n'engage, en conséquent, que les parties signataires et non les tiers.

§4- La remise en cause du bureau de conciliation

121. ***Une conciliation prud'homale décriée*** – Malgré la rénovation du bureau de conciliation et d'orientation opérée par la loi du 6 août 2015, la phase préliminaire de conciliation devant le conseil de prud'hommes se révèle être inefficace. Si au début du XXI^e siècle, dans la période 1830-1842, le taux de conciliation devant le conseil de prud'hommes atteignait 93 %¹⁴⁰, il n'a cessé de diminuer tout au long du XX^e siècle, pour atteindre dans les années 2000 10 %¹⁴¹ et 5,5 %¹⁴² en 2013. Les praticiens sont divisés quant au sort à réserver au préliminaire obligation de conciliation dans le contentieux prud'homal. Si certains plaident pour donner davantage de moyens, notamment en termes de temps, aux conseillers prud'hommes conciliateurs, d'autres prônent une suppression pure et simple de cette phase du procès prud'homal qu'ils jugent superflue et coûteuse pour les parties. Il convient dès lors de s'interroger sur les opportunités qu'offrirait la possibilité d'une conciliation conventionnelle, plus précisément contractuelle, prévue dans le contrat de travail, obligatoire avant toute saisine du conseil de prud'hommes.

Sous-section 2- La conciliation conventionnelle

122. Il conviendra d'aborder la configuration de la conciliation contractuelle (§1) avant d'analyser sa difficile émergence en matière prud'homale (§2).

¹³⁹ Cass. soc., 15 déc. 1977, Bull. civ. 1977, V, n°712.

¹⁴⁰ H. Helfre, *Conseil de prud'hommes : pour en finir avec le Moyen-Âge*, Gaz. Pal., 23 oct. 1999, p. 1550.

¹⁴¹ E. Bataille, *La procédure prud'homale : guide pratique*, Sofiac, 2009, p. 278.

¹⁴² Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, présidé par A. Lacabarats, 2014, p. 8.

§1- La configuration de la conciliation contractuelle

123. La conciliation contractuelle ou conventionnelle, c'est-à-dire la clause insérée dans un contrat qui oblige les parties lors de la survenance d'un différend à recourir à une procédure faisant intervenir un conciliateur ou plusieurs conciliateurs préalablement à la saisine du juge, en vue de la résolution amiable du litige, est née de la pratique (I), faisant intervenir une diversité de conciliateurs (II) ayant un rôle (III), des devoirs (IV) et des méthodes bien déterminés (V) visant à aboutir à un accord (VI).

I- Une conciliation née de la pratique

124. **Une pratique contractuelle** – Au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, la conciliation conventionnelle émane de la pratique. Les parties contractualisent au sein de leurs contrats civil, commercial, de travail un processus défini par elles afin de régler à l'amiable un éventuel conflit qui surviendrait au cours de leur relation ou après celle-ci. Cette clause repose sur un accord de volontés. Une procédure préalable de conciliation ne peut donc résulter que d'une stipulation contractuelle¹⁴³. Pour être effective, la clause doit préciser la nature des litiges soumis à la tentative de règlement amiable¹⁴⁴ qui doivent être des litiges de nature contractuelle¹⁴⁵ et liés au contrat qui contient la clause¹⁴⁶. Elle doit également préciser la procédure à suivre¹⁴⁷. Cette exigence de précision est justifiée par l'article 1530 du code de procédure civile qui définit la médiation et la conciliation conventionnelles comme des « processus structurés. » Par conséquent, le déroulement de la procédure contractuelle de conciliation préalable à la saisine du juge doit être déterminé ou au moins déterminable¹⁴⁸.

¹⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}., 6 mai 2003, n°01-01.291, Bull. civ. I, n°108, RDC 2003, p. 182, obs. L. Cadiet ; RDC 2003, p. 189, obs. X. Lagarde ; Gaz. Pal., 8 avr. 2004, p. 18, obs. E. du Rusquec ; RTD civ. 2003, p. 499, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP G 2004, II, 10021, R. Colson.

¹⁴⁴ Cass. Civ. 2^e., 9 nov. 2006, n°05-19.443 ; Cass. Civ. 1^{ère}., 30 oct. 2007, n°06-13.366, Bull. civ. I, n°329.

¹⁴⁵ Cass. Civ. 3^e., 23 mai 2007, n°06-15.668, Bull. civ. III, n°80, Rev. arb. 2008, p. 144, obs. J.-P. Tricoit.

¹⁴⁶ Cass. soc., 3 nov. 2010, n°09-42.991 ; Cass. com., 12 juin 2012, n°11-18.852, RDC 2013, p. 192, obs. C. Pelletier ; Contrats conc. consom. 2012, comm. 231, note N. Mathey ; Cass. com., 2 juin 2015, n°14-13.289.

¹⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}., 30 oct. 2007, n°06-13.366, Bull. civ. I, n°329 ; Cass. 3^e civ., 18 déc. 2013, n°12-18.439, Procédures 2014, chron. n°3, obs. C. Bléry ; Cass. com., 2 juin 2015, n°14-13.289.

¹⁴⁸ C. Pigache, *La clause de conciliation préalable à la saisine du juge*, Actes de colloque, Actualité des modes alternatifs de règlement des conflits, sous la prés. de G. Augendre, Gaz. Pal., 12-13 août 2015, n°224-225.

II- Diversité de conciliateurs

125. **Liberté de choix des parties** – La clause de conciliation qui oblige les parties à recourir à un conciliateur ou plusieurs conciliateurs préalablement à la saisine du juge est contractuelle. Par conséquent, la liberté contractuelle gouverne les modalités de désignation du ou des conciliateurs qui vont tenter de rapprocher les parties et leur choix est laissé à libre appréciation des parties. Les clauses préalables de conciliation, que reprennent les décisions de la Cour de cassation, font état d'une pluralité d'organes de conciliation : « *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*¹⁴⁹ » ; « *les parties conviennent de saisir pour avis le Conseil régional de l'ordre des architectes dont relève le maître d'œuvre*¹⁵⁰ » ; « *les parties s'engagent préalablement à l'action contentieuse à soumettre leur différend à deux conciliateurs, l'un désigné par Mme X... parmi les membres du conseil de l'ordre l'autre par le directeur d'établissement*¹⁵¹ » ; « *les parties signataires soucieuses d'éviter tout contentieux néfaste à l'objectif de relations sociales stables poursuivi par le présent accord conviennent de se rencontrer selon la procédure décrite ci-après en cas de différend lié à l'application ou à l'interprétation des dispositions de l'accord et de ses éventuels avenants*¹⁵² » ; « *le litige doit être porté devant la commission juridique*¹⁵³. »

En général, les parties choisissent dans leur clause de conciliation préalable à la saisine d'un juge une commission juridique d'ordre professionnel ou de fédération professionnelle. Néanmoins, rien n'empêche les parties de déclarer des tiers conciliateurs compétents tels des conciliateurs de justice, des professionnels d'un secteur d'activité particulier ou un centre de

¹⁴⁹ Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-45.157, D. Boulmier, *Contestations relatives à l'interprétation ou l'exécution du contrat*, JCP E 2008, 1052.

¹⁵⁰ Cass. ch mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684, Bull.inf. C. cass., n°818, 15 mars 2015, p. 23, rapp. M. Chauvin et avis M. Charpenel ; Gaz. Pal. 7 mars 2015, p. 14, n°215n1, obs. C. Dupoirier et G. Travaini ; Gaz. Pal., 10 mars 2015, p. 9, n°215t9, obs. S. Amrani-Mekki ; Defrénois 15 janv. 2015, p. 28, n°118m0, obs. A. Albarian et C. Poli ; JCP G 2015, 115, note N. Dissaux ; D. 2015, p. 292, obs. N. Fricero ; D. 2015, p. 298, note C. Boillot ; Procédures 2015, comm. Nà30, obs. H. Croze ; RTD civ. 2015, p. 131, obs. H. Barbier ; RDV civ. 2015, p. 187, obs. P. Théry ; RLDC 2015/125, p. 8, note E. Rousseau ; RDC 2015, p. 308, obs. C. Pelletier.

¹⁵¹ Cass. soc., 5 déc. 2012, n°2569, FP-P+B+R, n°11-20.004, Bull. civ. V, n°326 ; Gaz. Pal. 9 mars 2013 JurisData n°2012-028265 ; D. 2012. 2969 ; D. 2013. 114, chron. Fanélie Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; Dr. soc. 2013. 178, obs. D. Boulmier ; R. Perrot, RTD Civ. 2013 p.171, RDT 2013. 124, obs. E. Serverin ; JCP 2012. 2363, note Desdessus-Le-Moustier ; A. Bugada, Procédures n° 4, Avril 2013, comm. 106 ; O. Cuperlier, JCP G n° 10, 4 Mars 2013, 272 ; JCP E, n° 8, 21 Février 2013, 1127, note G. François ; JCP S., n° 6, 5 Février 2013, 1075, G. François ; Gaz. Pal., 9 mars 2013, p. 33, n°121w3, note S. Amrani-Mekki.

¹⁵² Cass. soc., 13 janv. 2010, n°08-18.202, Bull. civ. V, n°10, RTD civ. 2010, p. 780, obs. B. Fages ; Procédures 2010, comm. n°232, obs. A. Bugada.

¹⁵³ Cass. soc., 26 sept. 2012, n°11-18.783, Bull. civ. V, n°246, D. 2013, p. 537, obs. J.-P. Karaquillo ; RDT 2012, n°694, obs. F. Mandin.

médiation à qui il reviendra de désigner un conciliateur. La conciliation peut également se dérouler sans tiers et prendre la forme d'une simple rencontre entre les parties afin de tenter de trouver un accord. Une exigence de précision semble apparaître. Si les parties n'ont pas l'obligation de désigner nommément le ou les conciliateurs, la procédure doit être définie clairement : la saisine d'un organe ou de professionnels compétents ayant certaines qualités.

III- Devoirs

126. ***Droit commun de la conciliation conventionnelle : obligations du conciliateur*** – Il apparaît que la conciliation contractuelle est soumise au Livre V du code de procédure civile intitulé « *La résolution amiable des différends.* » Si les parties peuvent conventionnellement aménager le processus, celui-ci doit suivre le droit commun de la conciliation conventionnelle établi aux articles 1530 et suivants du code de procédure civile. Ainsi, ces procédures sont soumises au principe de confidentialité et se déroulent sans l'intervention du juge, même si ce dernier pourra intervenir dans le cadre de l'homologation de leur accord. Le conciliateur est tenu à des obligations d'indépendance, d'impartialité et de neutralité.

IV- Rôle

127. ***Facilitateur contractuel*** – Le conciliateur est chargé de rencontrer les parties, de les écouter et de les inviter à adopter une solution de compromis. Il doit, pour cela, découvrir les causes du litige. Dans sa fonction de conciliation, il peut tenter de faire prendre conscience à une partie de la faiblesse de sa position. Le conciliateur doit rendre compatibles les intérêts divergents des parties afin de les amener à un accord. Le conciliateur est un « facilitateur » de discussion entre les parties. Il peut faire des incursions dans la discussion qui s'établit entre les parties, orienter la suite des échanges et faire émerger les éléments d'une proposition de conciliation. Il peut présenter les arguments en faveur de telle ou telle solution de manière impartiale et objective estimant celle-ci équitable au regard des règles de droit applicables mais sans jamais imposer son point de vue.

V- Méthodes de conciliation

128. ***Audition séparée ou contradictoire*** – Les conciliateurs peuvent procéder à une audition séparée ou conjointe des parties. Généralement, l'audition séparée précède l'audition

conjointe afin que, dans un premier temps, les parties puissent librement s'exprimer. Les déclarations sont ensuite transmises à l'adversaire. La séance de conciliation peut également s'établir contradictoirement afin de rétablir le dialogue, c'est le cas notamment au Japon en matière familiale¹⁵⁴.

129. ***Établissement d'une relation de confiance*** – Le conciliateur devra laisser les parties s'exprimer librement avec respect afin de permettre l'établissement d'une relation de confiance sereine afin de découvrir les causes du litige. Il pourra proposer une ou plusieurs solutions qui offrent aux parties une certaine latitude.

130. ***Persuader les parties*** – Si le conciliateur estime qu'une solution est juste pour les deux parties, il devra les persuader de la pertinence de la solution. Il exerce, par conséquent, une influence qui doit cependant laisser aux parties le choix de consentir ou non à la solution.

VI- L'accord issu de la conciliation

131. ***Application des dispositions relatives à la conciliation conventionnelle*** – La conciliation contractuelle devrait se voir appliquer les dispositions relatives à la conciliation conventionnelle contenues dans les articles 1530 et suivants du code de procédure civile. Ces dispositions devront cependant être adaptées en ce qui concerne l'intervention du conciliateur de justice qui n'apparaît pas applicable à la conciliation prévue contractuellement.

132. ***Force obligatoire de l'accord*** – En cas de conciliation, même partielle, peut être établi un constat d'accord signé par les parties. Aux termes de l'article 1540 du code de procédure civile, l'accord doit également être signé par le conciliateur de justice. Or, dans le cadre d'une conciliation prévue contractuellement, la signature du conciliateur ne semble pas nécessaire et son absence n'affecterait pas la validité de l'accord. L'écrit est requis lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. L'accord est un acte sous seing privé et conformément au droit commun des contrats et par application de l'article 1134 du code civil, il fera la loi des parties et aura force obligatoire dans leurs rapports entre elles. Le conciliateur doit veiller à ce que les stipulations de l'accord soient claires et précises et que leur exécution ne soulève pas de difficulté.

¹⁵⁴ I. Kitamura, *L'avenir de la justice conciliationnelle*, Mél. Terré, Dalloz, éd. Techniques, PUF, 1999, p. 819.

133. **Homologation de l'accord** – L'article 1541 du code de procédure civile offre la faculté aux parties de faire homologuer leur accord par le juge compétent afin que cet accord obtienne force exécutoire. La demande tendant à l'homologation est présentée par requête, conjointe ou unilatérale, si aucune des parties ne s'y est opposée dans l'accord. Le juge compétent est défini par l'article 1565 du code de procédure civile : il s'agit du « juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. »

134. **Procédure d'homologation** – Le juge compétent statue sur la requête en homologation sans débat. Il peut estimer nécessaire d'entendre les parties. Il ne peut modifier l'accord. Il vérifie la régularité formelle de l'accord et vérifie sa conformité à l'ordre public. Le refus du juge d'homologuer l'accord est sans effet sur sa validité et sa force obligatoire. Aux termes de l'article 1566 du code de procédure civile, des voies de recours sont ouvertes contre la jugement statuant sur l'homologation. S'il est fait droit à la requête tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. Si la décision refuse d'homologuer l'accord, les parties peuvent faire appel. L'appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel et est jugé selon la procédure gracieuse. Il ne porte que sur la décision d'homologation et non sur le contenu de l'accord.

§2- La difficile émergence de la conciliation contractuelle en matière prud'homale

135. La conciliation conventionnelle a été privée de son efficacité en matière prud'homale par la chambre sociale de la Cour de cassation (I). Cependant, une évolution semble apparaître avec la loi du 6 août 2015 (II).

I- La conciliation conventionnelle à l'épreuve de la jurisprudence sociale

136. Si la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel les clauses de conciliation préalable et obligatoire à la saisine du juge sont licites et efficaces (A) la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu inefficace ce type de clauses insérées dans un contrat de travail (B). Un arrêt rendu en chambre mixte le 12 décembre 2014 permet de douter du maintien d'une telle exclusion en matière prud'homale (C).

A- Le principe posé par l'arrêt de chambre mixte du 14 février 2003

137. *Fin d'une divergence au sein de la Cour de cassation* – Jusqu'à l'arrêt du 14 février 2003, il existait une divergence entre les chambres de la Cour de cassation sur la licéité de la clause de conciliation préalable et obligatoire à toute saisine du juge insérée dans le contrat de travail. En effet, la deuxième chambre civile, la troisième chambre civile et la chambre commerciale reconnaissaient un plein effet juridique à ces clauses en déclarant irrecevable l'action en justice lorsque le préalable de conciliation n'avait pas été respecté. En revanche, la première chambre civile décida dans un arrêt du 23 janvier 2001 que « *la clause du contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir, n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction*¹⁵⁵. » Cette divergence pouvait s'expliquer par les dispositions de l'article 6 du code civil qui énonce qu'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Or, l'accès au juge est une règle d'ordre public et même un droit fondamental auquel il n'est pas possible de porter atteinte par une convention. Il n'aurait alors pas été possible que les parties à un contrat prévoient, dans une clause rédigée avant que le litige ne soit né, qu'elles s'interdisent de saisir un juge avant d'avoir tenté une conciliation. La Cour de cassation a alors dû intervenir pour mettre fin à cette divergence et posé un principe.

138. *Affirmation d'un principe* – La Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a posé le principe suivant : « Mais attendu qu'il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, **licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent.** »

La Cour de cassation, en chambre mixte composée des trois chambres civiles, de la chambre commerciale et de la chambre sociale, donne pleine efficacité aux clauses contractuelles de conciliation préalable. Leur violation est sanctionnée sur le plan procédural par une fin de non-recevoir. Cette décision s'explique par le fait que le procès civil est « la chose des parties. » La volonté des parties n'est pas exclue de celui-ci. En outre, la clause de

¹⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, n°98-18.679, Bull. civ. I, n° 11, p. 7 ; JurisData n°007871 ; RTD Civ. 2001.359, obs. J. Mestre et B. Fages.

conciliation n'écarte pas de façon générale et définitive le droit d'accès au juge mais prévoit seulement un empêchement temporaire à la saisine du juge puisqu'en cas d'échec de la conciliation, les parties peuvent saisir le juge.

139. **Construction jurisprudentielle** – Le code de procédure civile et en particulier le Livre V consacré à « La résolution amiable des différends » ne fait aucune référence à la clause de conciliation contractuelle préalable à la saisine du juge. En l'absence de réglementation, il est revenu à la Cour de cassation, au fil de ses décisions, de construire le régime de ce type de clauses.

B- Une exclusion regrettable par l'arrêt de la chambre sociale du 5 décembre 2012

140. **L'espoir de la jurisprudence antérieure** – Dans un premier arrêt¹⁵⁶, un médecin salarié avait saisi directement le conseil de prud'hommes à la suite de son licenciement. La cour d'appel avait déclaré son action irrecevable en application d'une clause de son contrat de travail rédigée comme suit : « 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, chacun choisissant librement l'un des deux membres ». Cette position des juges du fond était conforme à la position énoncée en chambre mixte selon laquelle le non-respect de la clause contractuelle de conciliation doit s'analyser en une fin de non-recevoir, le salarié ne pouvant saisir le conseil de prud'hommes sans avoir au préalable tenté une conciliation telle que prévue au contrat. Saisie d'un pourvoi, la chambre sociale de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, au visa de l'article 1134 du code civil, au seul motif que la clause litigieuse ne visait que les litiges relatifs à l'exécution du contrat de travail et que le juge ne pouvait l'interpréter comme étant opposable au salarié dans un litige concernant la seule rupture dudit contrat.

Dans un second arrêt¹⁵⁷, avait été refusée à un employeur la possibilité de se prévaloir de la violation d'une clause de conciliation prévue dans le contrat de travail, au motif que lui-même ne l'avait pas respectée. L'arrêt pris a contrario laissait supposer que la fin de non-recevoir aurait été admise.

¹⁵⁶ Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-45.157, D. Boulmier, *Contestations relatives à l'interprétation ou l'exécution du contrat*, JCP E 2008, 1052.

¹⁵⁷ Cass. soc., 7 déc. 2011, n°10-16.425, JurisData n°2011-027347 ; Dr. soc. 2012, p. 313, obs. C. Roy-Loustaunau ; LPA 15 mai 2012, p. 4, obs. F. Buy ; JCP S 2012, 1092, note S. Brissy.

Dans ces deux décisions, la Cour régulatrice avait censuré les arrêts d'appel au visa de l'article 1134 du code civil relative à la force obligatoire du contrat. Elle n'avait sanctionné ces clauses que sur le terrain de l'interprétation¹⁵⁸. Par conséquent, il était possible de déduire l'efficacité de ces clauses de conciliation dans le contrat de travail.

141. **Une décision regrettable** – Les faits de l'arrêt du 5 décembre 2012 sont simples. En l'espèce, une salariée avait été engagée par une société en qualité de médecin coordonnateur à temps partiel. Figurait dans son contrat de travail une clause de conciliation préalable à la saisine de la juridiction prud'homale qui stipulait qu'en cas de désaccord sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation de son contrat de travail, les parties s'engageaient à soumettre leur différend à deux conciliateurs, chacun d'entre elles en choisissant un. La salariée avait pris acte de la rupture de son contrat de travail et avait saisi la juridiction prud'homale faisant fi de la clause contractuelle de conciliation. Les juges du fond avaient déclaré les demandes de la salariée irrecevables retenant que la clause de conciliation préalable et obligatoire est licite.

La Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel au visa de l'article L. 1411-1 du code du travail estimant que « 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. »

142. **Conséquences de l'arrêt** – La Cour de cassation, dans l'arrêt de 2012, refuse d'appliquer en totalité l'arrêt rendu en chambre mixte le 12 février 2003. En effet, la chambre sociale se rapproche davantage de l'arrêt *Fornasier*¹⁵⁹ qu'elle avait rendu en 1988, qui retenait que la création d'une procédure de règlement amiable des litiges ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud'hommes, légalement compétents. Ici, la Cour conclut à la validité de la clause mais la prive d'efficacité en raison du caractère même de la procédure prud'homale qui comporte déjà une phase préalable et obligatoire de conciliation. La Cour justifie la recevabilité des demandes de la salariée car la procédure de conciliation assurée par la législation sociale est obligatoire et préalable au jugement, elle l'est d'autant plus qu'elle est considérée comme une formalité substantielle et d'ordre public. La chambre sociale en refusant de reconnaître le caractère contraignant d'une clause de conciliation préalable à la

¹⁵⁸ G. François, *L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuses insérées dans le contrat de travail*, JCP S, n°6, 2013.1075.

¹⁵⁹ Cass. soc., 19 juill. 1988, n°85-45.004, *Fornasier*.

saisine du conseil de prud'hommes a pour objectif de garantir l'égalité entre les parties. Selon la Cour, la garantie d'une conciliation équilibrée est d'autant plus nécessaire que le salarié est la partie faible au contrat, l'employeur pourrait très bien imposer ses conditions et vicier ainsi la conciliation. En l'espèce, cependant, la clause stipulait que le désaccord entre les parties devait être soumis à deux conciliateurs, chacune des parties devant en désigner un parmi les membres du conseil de l'ordre, en l'occurrence le conseil de l'ordre des médecins, qui ont par conséquent une certaine déontologie. La Cour régulatrice ignore parfaitement les modalités de mise en œuvre de la clause. La Cour de cassation rend l'application de la clause de conciliation préalable à la saisine du conseil de prud'hommes facultative en cas de litige. En effet, elle admet la validité de la clause qui n'est pas illicite mais elle ne produit pas d'effet et ceci en raison de l'existence de la conciliation préliminaire et obligatoire de la procédure prud'homale. L'arrêt ne prive pas les parties de la possibilité de soumettre leur différend à l'organe prévu par le contrat, il ne met pas en cause sa validité mais si une des parties ne s'y soumet pas, elle ne sera pas sanctionnée en raison du caractère facultatif de celle-ci et de la prééminence de l'ordre public en matière sociale. Si cette clause contractuelle n'a qu'un effet facultatif, sa force obligatoire est *de facto* vidée.

143. ***Une justification insatisfaisante*** – La justification apportée par la Cour de cassation pour rendre inefficace les clauses contractuelles est l'existence d'une phase de conciliation dans le procédure prud'homale n'est pas satisfaisante.

Rien ne paraît s'opposer à ce que cette procédure contractuelle soit applicable entre employeur et salarié. En outre, une partie de la doctrine considère que « les clauses de conciliation ne font nullement échec au principe de libre accès à un juge garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les parties à la convention de conciliation demeurent libres, comme dans les autres cas où ces clauses sont admises, de saisir le juge lorsque la médiation a échoué¹⁶⁰. » La procédure contractuelle ne soumet, en effet, les parties qu'à une obligation de moyens et non de résultat. Par conséquent, si la conciliation échoue, les parties pourront saisir le conseil de prud'hommes. Aucun fondement légal ne permet d'écarter le caractère obligatoire de telles clauses. Le contrat de travail étant un contrat civil, la force obligatoire de celui-ci devrait pouvoir s'appliquer.

¹⁶⁰ G. François, *L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuses insérées dans le contrat de travail*, JCP S, n°6, 2013.1075.

C- L'arrêt de chambre mixte du 12 décembre 2014

144. **Portée de l'arrêt** – La Cour de cassation, réunie de nouveau en chambre mixte, précise le principe posé : « Mais attendu que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance. » La Cour juge qu'une clause contractuelle de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge n'est pas susceptible d'être régularisée au cours de l'instance. En effet, l'instance est déjà engagée, le jeu de la clause ne se fera qu'après l'acte introductif d'instance, violant ainsi le caractère préalable de la clause. L'effet utile de la clause est alors préservé, les parties devant absolument respecter un préalable de conciliation qui est obligatoire avant de saisir le juge.

145. **Possible remise en question la jurisprudence de la chambre sociale** – La Cour de cassation réunie une nouvelle fois en chambre mixte composée des trois chambres civiles, de la chambre commerciale et de la chambre sociale précise le principe qu'elle avait posé en 2003. Malgré la divergence de la chambre sociale, celle-ci fait partie de la chambre mixte qui a rendu l'arrêt. Il est possible de voir dans cette participation un futur revirement de jurisprudence, d'autant que la loi du 6 août 2015 va dans ce sens et semble plaider en faveur d'un tel revirement.

II- Une évolution avec la loi du 6 août 2015

146. **Esprit de la loi** – La loi du 6 août 2015 prend position dans un sens favorable aux modes alternatifs de règlement des conflits. Le législateur a souhaité désengorger les conseils de prud'hommes et trouver des solutions alternatives au juge dans le règlement des litiges en droit du travail. Cette volonté se manifeste à la fois dans l'étude d'impact du projet de loi¹⁶¹ et dans la loi elle-même.

147. **Ouverture des MARC au droit du travail** – La loi du 6 août 2015 a ouvert la procédure participative et la médiation conventionnelle aux relations individuelles de travail en abrogeant l'alinéa 2 de l'article 2064 du code civil et l'article 24 de la loi du 8 février 1995.

¹⁶¹ Projet de loi pour la croissance et l'activité, Étude d'impact, t. 3, NOR : EINX1426821L/Bleue-1, 10 déc. 2014, p. 31 et s.

Ainsi, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques encourage les règlements amiables. L'intention du législateur pourrait participer à un futur revirement de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation concernant les clauses de conciliation préalable contenues dans les contrats de travail.

148. ***En faveur de la force obligatoire des clauses de conciliation préalable insérées dans les contrats de travail*** – La Cour de cassation a encadré la mise œuvre des clauses de conciliation préalable insérées dans les contrats. Celles-ci doivent être entrées dans le champ contractuel, être suffisamment précises, prévoir un recours obligatoire à une tentative de règlement amiables et que les parties n'y aient pas renoncé. En matière sociale, du fait du déséquilibre inhérent à la relation de travail qui existe entre employeur et salarié, il serait possible d'ajouter des garanties procédurales à la conciliation contractuelle. La procédure de conciliation pourrait être expressément et précisément organisée dans le contrat travail (ou dans la convention collective). Les conciliateurs devraient disposer de certaines qualités telles que l'indépendance, l'impartialité, la transparence, la compétence ou encore la confidentialité. Chaque partie désignerait un conciliateur afin de respecter une sorte de paritarisme. La clause contractuelle de conciliation devrait fixer la durée de la phase de conciliation. À l'issue de celle-ci les parties retrouveraient la faculté de saisir le conseil de prud'hommes. La clause devrait également préciser la nature des litiges qui seraient soumis au préalable au conciliateur. Ainsi, ces garanties supplémentaires permettraient d'éviter une remise en cause *a posteriori* de l'accord de conciliation sur le terrain des vices du consentement et de surmonter le déséquilibre qui existe entre le salarié et l'employeur¹⁶².

149. ***Conclusion*** – La conciliation est le mode alternatif de règlement des conflits « traditionnel » des relations individuelles de travail. La phase de conciliation préalable obligatoire du procès prud'homal connaît ses limites. Malgré la réforme du 6 août 2015 qui a modifié les missions du bureau de conciliation en le transformant en bureau de conciliation et d'orientation, il n'est pas certain que la conciliation prud'homale redevienne une phase efficace d'évitement du litige. Ainsi, donner toute leur place aux clauses de conciliation insérées dans les contrats de travail pourrait être une solution efficace et une alternative intéressante pour les parties qui pourraient prendre le temps de se concilier avec l'aide d'un

¹⁶² G. François, *L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuses insérées dans le contrat de travail*, JCP S, n°6, 2013.1075 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social – Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, Doc. fr., 2011, p. 125.

tiers qualifié. « L'avènement des procédures de conciliation conventionnelle [pourrait] être un remède à l'échec des conciliations judiciaires¹⁶³. »

¹⁶³ A. Belot, C. Bouchet, *Les clauses de conciliation dans les contrats de travail – La chambre sociale, une chambre peu conciliante*, Cah. soc., 01 mars 2013, n°250, p. 69.

SECTION 2 – LA MÉDIATION

150. **Définition générale** – La médiation est un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique. Plus vaguement, il s'agit d'une mission polymorphe (purement extrajudiciaire ou par certains côtés judiciaire) et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la « quête d'une justice alternative » selon le doyen Carbonnier¹⁶⁴. La doctrine la définit comme un « mode de règlement amiable des conflits consistant à confier à un tiers qualifié, indépendant, sans pouvoir de décision, impartial et tenu à la confidentialité, le médiateur, la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes un accord mutuellement acceptable, total ou partiel¹⁶⁵ » ou comme un « processus qui ne conduit ni à une décision de justice ni à une décision arbitrale, s'imposant l'une et l'autre de l'extérieur aux parties. Au terme de ce processus, les parties sont libres d'adhérer à l'accord qui aurait été conclu, leur seule obligation étant de s'y tenir si elles l'ont souscrit¹⁶⁶. »

151. **Critères de définition** – Une partie de la doctrine¹⁶⁷ considère que la médiation est construite autour de deux critères. Le premier tient à son processus qui est un processus de communication éthique dans lequel le médiateur a un rôle actif ; il garantit aux autres acteurs de la médiation, qu'on appelle les « médiés » ou les médieurs, de leur donner la possibilité d'être libres et responsables dans ce processus de médiation. Le second repose sur le médiateur, personnage clef de la médiation même s'il n'est qu'un des acteurs de celle-ci.

152. **Fonctions de la médiation** – La médiation a quatre fonctions principales : elle crée du lien social, elle recrée du lien social, elle prévient les conflits et, le cas échéant, les règle¹⁶⁸. D'abord, la médiation a pour fonction de créer du lien social dans l'entreprise en plaçant

¹⁶⁴ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. médiation.

¹⁶⁵ L. Flament, *La médiation en matière prud'homale*, JCP S., 2010, 1326.

¹⁶⁶ M.-A. Laraby in M. Bourry d'Antin, G. Puyette et S. Bensimon, *Art et technique de la médiation*, Litec, 2004, n°66, p. 45.

¹⁶⁷ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, coll. Que sais-je ?, PUF, 7 éd., 2015.

¹⁶⁸ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, coll. Que sais-je ?, PUF, 7 éd., 2015.

l'échange et la discussion au cœur du processus. Ensuite, elle recrée du lien social lorsque le dialogue a été rompu ; le médiateur joue alors un rôle important : recréer des bases pour dialoguer afin d'aboutir au résultat souhaité. Puis, il s'agit d'un procédé qui prévient les conflits et qui permet d'éviter qu'une situation ne se dégrade, d'empêcher qu'un risque ne survienne, de résoudre un différend ou un problème à sa source, avant qu'il ne se propage. Enfin, la médiation règle les conflits, donc tente de mettre un terme au différend et ainsi éviter un contentieux en trouvant un accord entre les « médiés ».

153. **Historique de la médiation** – La France est l'un des premiers pays européens à avoir adopté une législation sur la médiation avec la loi du 8 février 1995¹⁶⁹. Cette loi a été suivie du décret du 22 juillet 1996¹⁷⁰ insérant un nouveau chapitre dans le code de procédure civile relatif à la réglementation de la médiation. Des lois¹⁷¹ sont ensuite venues enrichir ces dispositions dans des domaines particuliers tel que le droit de la famille avec la mise en place de la médiation familiale. En droit du travail, des dispositions spécifiques ont été insérées dans le code du travail : l'article L. 1152-6 relatif à la faculté de recourir à la médiation en cas de harcèlement moral ou bien l'article L. 2523-1 du Code du travail pour régler un conflit collectif. Une directive européenne¹⁷² a été adoptée en 2008 ayant pour objectif de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre médiation et procédures judiciaires ; une ordonnance du 16 novembre 2011¹⁷³ l'a transposée en droit français. Enfin, la loi du 6 août 2015¹⁷⁴ a ouvert la médiation conventionnelle aux relations individuelles de travail.

154. **Médiation judiciaire** – La médiation judiciaire est consacrée à l'article 131-1 du code de procédure civile : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.*

¹⁶⁹ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁷⁰ Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

¹⁷¹ Loi n°2002-305 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ; Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

¹⁷² 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.

¹⁷³ Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de 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.

¹⁷⁴ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. »

Les dispositions des articles 131-1 et suivants du code de procédure civile sont issues du décret du 22 juillet 1996 et ont été modifiées par un décret du 20 janvier 2012¹⁷⁵. Elles instituent une médiation proposée par un juge dans le cadre d'une instance.

155. **Médiation conventionnelle** – La médiation conventionnelle est définie par l'article 1530 du code de procédure civile : « *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.* »

La médiation conventionnelle est menée en dehors de toute instance judiciaire. C'est un processus volontaire des parties qui tentent de régler par la voie amiable un différend. Cette définition est issue de l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive du 21 mai 2008 et modifiant la loi du 8 février 1995.

156. **Plan** – Il convient d'analyser les particularismes inhérents à la médiation en droit du travail (sous-section 1), les enjeux qui découlent de ce procédé (sous-section 2) et son déroulement (sous-section 3).

Sous-section 1 – Les particularismes de la médiation en droit du travail

157. Le code du travail prévoit des médiations spéciales dans les relations individuelles de travail (§1). Outre ces médiations particulières, la médiation conventionnelle s'est heurtée à l'ordre public social (§2) avant d'être consacrée par la loi du 6 août 2015 (§3).

§1- Les médiations spéciales

158. La médiation est prévue dans deux domaines spécifiques par le code du travail : le harcèlement moral (I) et les discriminations (II).

¹⁷⁵ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

I- La médiation en matière de harcèlement moral

159. **Dispositions légales** – Le législateur a mis en place une procédure de médiation en cas de harcèlement moral. L'article L. 1152-6 du code du travail dispose que : « *Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause.*

Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties.

Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement.

Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. »

Ainsi, une procédure de médiation peut être envisagée non seulement par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral mais également par la personne mise en cause, c'est-à-dire le présumé harceleur. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties ; il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. En cas d'échec, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. Le médiateur choisi par les parties ne bénéficie d'aucune protection particulière contre le licenciement. Cette procédure se déroule en amont de toute procédure contentieuse devant le conseil de prud'hommes. Elle ne présente qu'un caractère facultatif¹⁷⁶.

160. **La médiation comme vecteur de dialogue et action de prévention** – Il est prévu à l'article L. 1152-4 du code du travail que : « *L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.* » Une partie de la doctrine¹⁷⁷ considère, outre l'obligation pour l'employeur de former et d'informer les salariés sur ce type de risques, que la médiation en matière de harcèlement moral participe aux actions de prévention de l'employeur. La médiation est le signe de l'ouverture au dialogue, pouvant aboutir à la résolution pacifique d'un conflit qui pourrait devenir contentieux. Finalement, la médiation a un double objectif : « elle consiste à extérioriser le conflit à l'initiative de toute

¹⁷⁶ CA Montpellier, 12 sept. 2007, n°07/00050, JurisData n°2007-352556.

¹⁷⁷ H. Guyot, *L'employeur face au harcèlement moral*, JCP S., 2011, 1280.

personne qui se prétend victime tout en tentant de prévenir par la conciliation le risque contentieux¹⁷⁸. »

161. **Difficile articulation avec l'obligation de sécurité de résultat** – La Cour de cassation met à la charge de l'employeur une obligation de sécurité de résultat : « l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité¹⁷⁹. » La Cour va jusqu'à affirmer que « l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail de violences physiques ou morales, exercées par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements¹⁸⁰. » Par conséquent, lorsque l'employeur a connaissance d'une situation de harcèlement moral, il doit immédiatement y mettre fin et non pas engager une médiation. Par ailleurs, la mise en place d'une médiation a été jugée insuffisante car, en tant que procédure de règlement amiable des conflits, elle n'est pas destinée à protéger immédiatement les salariés victimes de harcèlement moral¹⁸¹.

162. **Critiques doctrinales** – Une partie de la doctrine se montre méfiante à l'égard de la médiation et plus particulièrement de la médiation en matière de harcèlement moral : « Qu'une partie victime cherche librement un terrain d'entente hors de toute instance pour résoudre le litige soit, mais cela ne doit relever que de sa libre initiative sans aucune pression extérieure, d'où qu'elle vienne. Que la loi incite explicitement à une médiation dans ces domaines est, selon nous une pression inacceptable sur la personne victime. À quoi bon une protection apportée par la nouvelle règle de preuve si, dans le même temps, on cherche en fait à limiter l'accès au juge par la recherche de solutions de compromis qui ne peuvent satisfaire que l'auteur de l'infraction ? Par ailleurs, ne faut-il pas craindre que la victime, qui se présentera directement devant le juge civil ou le juge pénal, ne se voit reprocher de ne pas

¹⁷⁸ A. Mazeaud, *Dr. soc.*, 2002, p. 323.

¹⁷⁹ Cass. soc., 1^{er} mars 2011, n°09-69.616, RJS 5/11, n°390.

¹⁸⁰ Cass. soc., 3 févr. 2010, n°08-44.019, *JurisData* n° 2010-051429 ; JCP S 2010, 1125, étude C. Leborgne-Ingelaere ; Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-69444, RJS 10/11, n°0749 ; JCP S. 2011, 1463, note C. Leborgne-Ingelaere

¹⁸¹ CA Douai, 20 févr. 2009, n°07-3114, RJS 2010, n° 147.

avoir cherché à régler son litige à l'amiable, par voie de médiation¹⁸² ? » D'autres auteurs estiment que la médiation n'est pas une garantie du respect des droits de la victime. Le député Gremetz déclarait en commission lors de l'examen de la loi du 17 janvier 2002¹⁸³ : « la médiation est instituée pour éviter de s'engager dans une action contentieuse, mais il ne faut pas qu'elle empêche de recourir à celle-ci¹⁸⁴. » Dans une étude sur le harcèlement sexuel en Europe, il est rapporté qu'aux Pays-Bas certaines victimes ont témoigné de comportements ambigus de ces médiateurs, les forçant quasiment à accepter une solution amiable. Ainsi, une victime avait déposé plainte au motif que le médiateur l'avait moralement harcelée pour régler au plus vite le litige pour ne pas porter atteinte à la situation prometteuse du collègue-harceleur¹⁸⁵. De plus, les modalités pratiques de mise en œuvre de la procédure de médiation apparaissent particulièrement opaques (absence d'accord quant au choix du médiateur, périodicité des réunions, information sur l'état des relations des parties, droit d'enquête, droit de rencontrer d'autres salariés, conséquences de l'échec de la médiation)¹⁸⁶.

Une autre partie de la doctrine critiquait déjà en 2002 un « médiateur [aux] allures de conseiller du salarié quand la médiation ressemble ou plutôt se rapproche de la tentative de conciliation¹⁸⁷. »

163. La médiation en matière de harcèlement moral a du mal à convaincre tant les praticiens que la doctrine. La très stricte obligation de sécurité de résultat de l'employeur en matière de harcèlement semble paralyser les potentiels effets bénéfiques du processus. Le risque de pressions contre le salarié victime de harcèlement est d'autant plus fort qu'il sera confronté à son prétendu harceleur, sans défense (sans avocat, sans conseiller du salarié, sans représentant syndical ou du personnel de l'entreprise) et potentiellement fragile psychologiquement. Par conséquent, ce processus particulier ne paraît pas réunir toutes les garanties nécessaires au bon déroulement d'une médiation.

¹⁸² D. Boulmier, « Médiation et Conseil de prud'hommes : quels risques », in *Le conseil de prud'hommes au présent, Le conseil autrement*, actes du colloque 8 oct. 2002, université Nancy 2, Com, 100 p., spéc. p. 89, § 20 & 21.

¹⁸³ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹⁸⁴ M. Gremetz, Rapp. Comm. Aff. Soc. AN, n°3385, p. 83.

¹⁸⁵ I. Laurent-Merle, *À propos du harcèlement sexuel dans les États membres de l'Union européenne*, D. 2001, p. 3058, spéc. p. 3064, note n° 56.

¹⁸⁶ P. Adam, *Harcèlement moral*, Rép. trav., n°291.

¹⁸⁷ G.-P. Quétant, *L'entreprise, le harcèlement et la médiation*, Les Cah. du DRH, 2002, n°63-64.

II- La médiation en matière de discrimination

164. **De la HALDE au défenseur des droits** – Jusqu'en 2011, l'autorité administrative compétente en matière de discrimination était la Haute Autorité de lutte contre les discriminations (HALDE). Depuis le 1^{er} mai 2011, le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, la remplace et exerce ses prérogatives ainsi que celles du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants et de la Commission nationale de déontologie et de sécurité.

165. **Compétence du défenseur des droits** – L'article L. 5312-2-1, alinéa 4 du code du travail dispose que : « *En dehors de celles qui mettent en cause l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1, les réclamations qui relèvent de la compétence du Défenseur des droits en application de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits sont transmises à ce dernier.* » Le code du travail fait référence à la loi organique du 29 mars 2011 qui définit les missions et les pouvoirs du Défenseur des droits, notamment en matière de discrimination.

166. **Missions** – Le Défenseur des droits peut se saisir d'office ou être saisi par : le salarié s'estimant victime d'une discrimination ; une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans ayant pour objet statutaire la lutte contre les discriminations, conjointement avec le salarié ou avec son accord ; les ayants droit de celui-ci. Lorsqu'il se saisit d'office ou lorsqu'il est saisi autrement qu'à l'initiative du salarié s'estimant lésé, le Défenseur des droits intervient à la condition que le salarié ou, le cas échéant, ses ayants droit, ait été averti et ne se soit pas opposé à son intervention. La saisine du Défenseur des droits est gratuite. Elle n'interrompt ni ne suspend, par elle-même, les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, ni ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux. Enfin, une réclamation peut être adressée à un député, à un sénateur ou à un représentant français au Parlement européen, qui la transmet au Défenseur des droits s'il estime qu'elle appelle son intervention. Le Défenseur des droits apprécie si les faits signalés appellent une intervention de sa part. S'il décide de ne pas donner suite à une saisine, il doit indiquer les motifs de sa décision. S'il considère, au contraire, nécessaire une intervention de sa part, il assiste le salarié s'estimant victime d'une discrimination pour la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas.

167. **Pouvoirs** – Il a des pouvoirs d'enquête et d'investigation lui permettant de se faire communiquer toutes pièces utiles mais aussi, en cas de nécessité, d'auditionner des personnes, voire de mener des vérifications sur place. Il peut choisir de privilégier un mode de résolution à l'amiable du conflit en formulant des recommandations en vue d'un règlement en droit, d'un règlement amiable **par la voie de la médiation** ou encore, dans certaines circonstances, d'un règlement en équité.

168. **Reprise de la prérogative de médiation** – La HALDE pouvait procéder ou faire procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation¹⁸⁸ L'article 28 du décret du 4 mars 2005¹⁸⁹ en énonçait les modalités : « *En vue de parvenir à une résolution amiable des différends portés à sa connaissance, la Haute Autorité peut, après avoir recueilli l'accord des personnes en cause, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue. Elle fixe la durée de la médiation qui ne peut excéder trois mois, renouvelables une fois à la demande du médiateur.* » Le médiateur convoquait les personnes en cause. Il pouvait, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentaient. Il pouvait être mis fin à la médiation à tout moment, sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. À l'expiration de sa mission, le médiateur indiquait à la Haute Autorité si les personnes étaient, ou non, parvenues à trouver une solution au conflit les opposant. La loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits¹⁹⁰ reprend cette prérogative de médiation et dispose que : « *Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation.*

Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent. »

¹⁸⁸ Loi n°2004-1486 du 30 déc. 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 7.

¹⁸⁹ Décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 28.

¹⁹⁰ Loi org. n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, art. 26

§2- La médiation conventionnelle face à l'ordre public social

169. **Ordre public social** – Dans son avis¹⁹¹ du 22 mars 1973, le Conseil d'État a estimé que « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus. » L'ordre public social est lié au principe de faveur et se rattache à l'ordre public de protection. « L'ordre public social, contrairement à l'ordre public en général, n'imposerait donc pas des solutions intouchables mais seulement des dispositions planchers qui n'interdiraient pas de retenir des réponses différentes si elles conduisent à améliorer la situation du salarié. » L'ordre public n'est pas, en effet, une notion homogène. Le degré d'impérativité des règles varie selon que l'on se trouve dans le cadre de l'ordre public de protection ou de direction¹⁹². L'autonomie de la médiation conventionnelle serait écartée par l'ordre public social visant à protéger les salariés car ces derniers seraient seuls face à leur employeur lors de la médiation. Le médiateur conventionnel ne pallierait pas la faiblesse du salarié inhérente à la relation de travail.

170. **Portée limitée de la directive** – La directive du 21 mai 2008, transposée en droit français par une ordonnance du 16 novembre 2011 et modifiant la loi de 1995, encadre strictement l'utilisation du processus de médiation en droit du travail. En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2011 avait, par l'insertion d'un article 24 dans la loi du 8 février 1995, circonscrit le champ du recours à la médiation conventionnelle dans les relations de travail aux seuls litiges 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.* » Le législateur a donc suivi les recommandations de plusieurs rapports¹⁹³, en particulier celui du Conseil supérieur de la prud'homie qui avait formulé plusieurs réserves¹⁹⁴. Il avait préconisé la limitation du champ d'application de la médiation conventionnelle et des mesures prises dans le cadre de la transposition en matière de droit du travail du fait de la procédure prud'homale qui donnait déjà lieu à un préalable de conciliation auquel il convenait de ne pas porter atteinte. Ce choix

¹⁹¹ CE, avis, 22 mars 1973, Comm. G. Couturier, *Grands avis du Conseil d'État*, 2^e éd., p. 117.

¹⁹² J. Hauser, J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. civ.

¹⁹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de 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.

¹⁹⁴ Rapport du Conseil supérieur de la prud'homie, mai 2011, p. 772.

législatif et la jurisprudence qui en a découlé avaient laissé un « goût amer » aux praticiens de la médiation et renforcé « la paupérisation des modes amiables de règlement des litiges en matière sociale tandis que ceux-ci [progressaient] dans tous les autres domaines¹⁹⁵. »

§3- La loi du 6 août 2015 : une volonté de généraliser la médiation conventionnelle

171. ***Ouverture du droit du travail à la médiation conventionnelle*** – L'article 258 de la loi du 6 août 2015 abroge l'article 24 de la loi du 8 février 1995 qui limitait le recours à la médiation conventionnelle aux seuls différends transfrontaliers. Celle-ci peut donc désormais être utilisée dans des litiges purement internes. Le législateur a donc souhaité généraliser la médiation conventionnelle en l'ouvrant à tous les conflits s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail. Il convient de rappeler que ce processus reste une simple faculté pour les parties.

172. ***Ouverture à la médiation conventionnelle comme ouverture au dialogue*** – La loi du 6 août 2015 a ouvert la médiation conventionnelle aux relations individuelles de travail afin de favoriser le règlement amiable des litiges. Elle laisse aux parties le « choix de solution qui leur paraît la plus adéquate pour régler leur différend ou, si le contrat n'est pas rompu, leur permettre de préserver leurs relations¹⁹⁶. » Elle permet aux parties « de trouver – leur accord – selon un processus précis permettant un abandon de positions rigides, une reprise de dialogue, à tout le moins, une écoute de l'autre¹⁹⁷. » À l'instar de la médiation judiciaire, ce processus a une « vocation pacificatrice¹⁹⁸ » et permet « un règlement apaisé des conflits¹⁹⁹. »

173. ***Un processus développé par la pratique*** – La consécration législative de la médiation conventionnelle ne fait qu'encadrer un processus qui s'est imposé en pratique à cause des dysfonctionnements des conseils de prud'hommes. En outre, une partie de la doctrine considère la médiation comme un « outil de modernisation de la justice²⁰⁰. » Le processus correspond à « une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la

¹⁹⁵ O. Cuperlier, *Quel avenir pour la médiation conventionnelle en matière sociale ?*, JCP G., 2013. 272.

¹⁹⁶ M. Puylagarde, *En questions : la médiation en droit du travail dans le projet de loi Macron*, JCP S., 2015. 143.

¹⁹⁷ B. Bandler, *La médiation et la justice prud'homale : une association nécessaire*, Gaz. Pal., 2015, n°186 à 188.

¹⁹⁸ M. Puylagarde, *En questions : la médiation en droit du travail dans le projet de loi Macron*, JCP S., 2015. 143.

¹⁹⁹ B. Bandler, *La médiation et la justice prud'homale : une association nécessaire*, Gaz. Pal., 2015, n°186 à 188.

²⁰⁰ B. Blohom-Brenneur, *La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail*, Gaz. Pal., 1998.

négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social²⁰¹. » La pratique a développé des procédés alternatifs de négociation structurés tels que le processus collaboratif ou des processus de médiation volontaire proposés par des avocats afin de pallier l'impossibilité de recourir à la médiation conventionnelle.

Sous-section 2- Les enjeux de la médiation en matière sociale

174. **Plan** – La médiation en matière sociale offre des avantages pour les parties qui y recourent (§1) ; mais elle peut présenter des risques (§2). Dès lors il est utile d'analyser et de comparer le processus de médiation instauré en Belgique en droit du travail (§3).

§1- Avantages de la médiation

175. Contrairement aux idées reçues, les modes amiables de résolution des conflits, en particulier la médiation, ne favorisent pas nécessairement l'employeur, partie réputée forte au contrat de travail. En effet, en matière judiciaire, il a été constaté que dans 38,9 % des cas, la médiation menée au stade de l'appel profiterait aux salariés ; 15,3 % des salariés obtiendraient des sommes d'un montant supérieur aux condamnations prononcées en première instance. 24,5 % des salariés, déboutés par le jugement prud'homal en première instance, obtiendraient d'ailleurs en partie satisfaction dans le cadre de la médiation. Il apparaît néanmoins que dans 37,8 % des cas l'employeur aurait obtenu au cours de la médiation une réduction des sommes à verser par rapport au jugement prud'homal. Dans 20 % des affaires, enfin, la solution serait conforme à la décision rendue par les conseils de prud'hommes²⁰². En outre, la médiation présente plusieurs avantages. Elle est confidentielle (I) et permet de « responsabiliser » et de rapprocher les partenaires (II) afin de dépasser le droit pour trouver une solution au différend (III) et le cas échéant, éviter les contraintes judiciaires en cas de médiation conventionnelle (IV).

²⁰¹ G. Canivet, *Le juge et la recherche de la solution du conflit*, SSL, suppl. n°1100, 2002, Actes du colloque de Valence (2002).

²⁰² C. Radé, *L'ordre public social et la renonciation du salarié*, Dr. soc., 2002, p. 931, n°2 ; étude CNRS-ISH-Université Lumière-Lyon II – J.-P. Bonafé-Schmitt & J.-C. Robert, avr. 2001, Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice.

I- Confidentialité

176. **La confidentialité comme garantie d'efficacité de la médiation** – L'article 1531 du code de procédure civile dispose que : « *La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.* » Ces dispositions font référence à l'article 21-3 de la loi de 1995 qui prévoit des garanties de confidentialité : « *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.*

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;*
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.*

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord. »

L'ensemble de la médiation est couvert par l'obligation de confidentialité, tant à l'égard des parties au processus que du médiateur, sauf volonté contraire des parties. Dans le souci du respect de ce principe, le contenu des discussions qui se sont déroulées au cours des séances n'est pas divulgué et ne peut pas faire objet de preuve devant le conseil de prud'hommes ou le tribunal qui serait éventuellement saisi. La preuve qui en serait tirée, serait frappée d'irrecevabilité et, le cas échéant, la partie défaillante dans son obligation de confidentialité pourrait engager sa responsabilité contractuelle. La confidentialité permet que les parties puissent échanger et dialoguer librement ; le médiateur pourra ainsi entendre les parties, si elles le souhaitent, séparément afin de recueillir leurs arguments et leurs propositions. La confidentialité est le corolaire de la confiance qui doit exister entre les parties et vis-à-vis du médiateur.

II- « Responsabiliser » et rapprocher les partenaires

177. **Une approche pacificatrice** – Une partie de la doctrine refuse de parler de « parties » à la médiation considérant que cette appellation renvoie au vocabulaire du procès et insistant

sur ce qui ne va pas. Elle privilégie le terme de « partenaires » à la médiation, signe qu'ils sont « coresponsables » du bon déroulement du processus²⁰³. La médiation est un investissement tant pour le salarié que pour l'employeur. Ils sont véritablement « copropriétaires²⁰⁴ » du processus et « coresponsables » de son bon déroulé. Les partenaires sont invités à dialoguer de bonne foi et loyalement dans une optique d'apaisement et en vue d'un rapprochement de leurs positions. L'objectif est d'arriver à une solution viable et satisfaisante pour les deux parties, celle-ci passe par plusieurs réunions, plusieurs temps de discussion et d'explication. La médiation permet « d'humaniser les débats, de rendre au salarié sa dignité, de donner à l'employeur la possibilité de négocier le départ du salarié et chacun de repartir la tête haute²⁰⁵. »

178. **Pratique** – Certains auteurs font part d'expériences de médiation en droit social. Ainsi « une salariée, qui avait passé 28 ans dans la même entreprise, a été licenciée pour motif économique. Une grave dépression nerveuse a suivi le licenciement. Au début de la médiation, les parties ne se parlaient pas. La salariée pensait qu'elle avait été licenciée parce qu'elle continuait à voir l'ancien dirigeant avec qui son nouvel employeur était en procès. Les réunions de médiation ont permis à la salariée de comprendre que les véritables raisons du licenciement étaient économiques et que l'employeur était dans l'obligation de supprimer son poste. Les trois réunions de médiation qui se sont déroulées sur trois mois ont été nécessaires pour rétablir le dialogue et supprimer le malentendu. Les parties ont trouvé un accord et la salariée a remercié le médiateur de lui avoir permis de tourner la page du licenciement et de recouvrer la santé. Il est évident que ce n'est pas en un quart d'heure, en conciliation, que l'on peut parvenir à ce résultat. Le développement des sciences humaines a montré la nécessité de donner au juge des outils supplémentaires pour que l'être blessé puisse se reconstruire, pour que les relations futures soient préservées, pour que le conflit soit pacifié et pour que les parties responsabilisées trouvent elles-mêmes un accord équilibré et accepté, au plus près de leurs intérêts et loin de la publicité et de la violence des débats judiciaires²⁰⁶. » Recréer le lien social et le dialogue, prendre le temps d'expliquer pourquoi une mesure a été prise et écouter sont essentiels dans la médiation. Par ailleurs, des expériences de médiation judiciaire tentées depuis plusieurs années au sein de cours d'appels comme celles de Grenoble ou de Paris ont

²⁰³ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, coll. Que sais-je ?, PUF, 7 éd., 2015.

²⁰⁴ A. Schneeberg, « Le rôle de l'avocat », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

²⁰⁵ B. Blohorn-Brenneur, *La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail*, Gaz. Pal., 2 juillet 1998, p. 821.

²⁰⁶ B. Blohorn-Brenneur, *La médiation prud'homale*, Dr. soc., 2009, p. 1227.

porté leurs fruits sans pour autant connaître un franc succès du fait du peu d'informations des parties et du peu d'enthousiasme manifesté par les avocats à l'égard de ce type de pratique²⁰⁷.

III- Dépasser le droit pour trouver une solution au différend

179. ***Un processus non juridique*** – La médiation ne repose pas uniquement sur le droit. C'est avant tout un dialogue entre les partenaires au processus de médiation. Avec l'aide du médiateur qui va devoir agir fermement afin de canaliser une situation conflictuelle, ceux-ci vont livrer leurs impressions sur le différend qui les oppose. Une phase de recueil et d'analyse des informations est nécessaire pour ne retenir que les points conflictuels, les expliquer, les reformuler et, le cas échéant, neutraliser les éléments affectifs qui pourraient polluer la suite de la médiation. Retracer les faits qui ont conduit à l'émergence du différend est la pierre angulaire du processus. Les conflits susceptibles de médiation dans les relations de travail ont le plus souvent une forte composante affective c'est-à-dire émotionnelle, typique d'une relation dégradée, entretenant le différend par-delà l'éventuel règlement du litige dans ses aspects juridiques et techniques. Ainsi, les partenaires doivent dialoguer sur les faits et produire des explications avant d'évoquer le cœur du différend.

180. ***Un processus avec des enjeux juridiques*** – Le droit n'est finalement que secondaire dans le processus de médiation. Ce n'est qu'une fois que les partenaires échangent de nouveau que le droit peut réapparaître. La composante juridique et technique qui recouvre les aspects plus complexes du conflit peut alors être abordée pour aboutir à la phase de négociation c'est-à-dire la recherche d'un accord en confrontant les intérêts divergents de chaque interlocuteur.

IV- Éviter les contraintes judiciaires en cas de médiation conventionnelle

181. ***Rapidité*** – Si les partenaires à la médiation sont loyaux et de bonne foi, le différend pourra être réglé avec 3 à 5 réunions de quelques heures chacune, espacées de quelques semaines. Un litige porté devant une juridiction prud'homale s'étirera dans le temps alors que

²⁰⁷ B. Brenneur, « La pratique grenobloise », *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire – Débats*, SSL 2002, 1100, Suppl. ; B. Holleaux, *La médiation à la cour d'appel de Paris*, SSL 2016, 1706.

les partenaires à la médiation détermineront eux-mêmes le temps qu'ils estiment nécessaire afin d'arriver au règlement de leur litige.

182. **Souplesse** – Les partenaires à la médiation restent maîtres du processus, tant sur la précision de l'accord que sur le temps qu'ils souhaitent y consacrer. Ils fixent eux-mêmes la périodicité des réunions, leur nombre, le temps consacré à chacune d'elles. Les « médiés » adaptent le processus comme ils l'entendent et selon leurs besoins.

183. **Coût** – Une médiation est généralement plus économique que le recours aux tribunaux : elle fait épargner les coûts liés aux procédures judiciaires. La médiation conventionnelle a un coût compris entre 100 et 300 € par séance, soit pour 3 séances une somme de 300 € à 900 €. Cette dépense peut être prise en charge à parts égales par l'employeur et le salarié, ou entièrement par l'employeur, ou majoritairement par ce dernier. En cas de médiation judiciaire, c'est le juge qui fixe le montant des coûts et leur répartition.

§2- Contestation de la médiation

184. **Une médiation invoquée de façon excessive** – Certains auteurs sont très sceptiques vis-à-vis d'un recours systématique à la médiation : « *‘Médiation, Médiation, Médiation’*, il n'y en a plus que pour elle. Tout le temps, pour toutes les parties, dans tous les litiges, la médiation est la nouvelle panacée²⁰⁸. » Ils reprochent à la médiation d'être invoquée trop souvent pour tous les litiges et au législateur de l'instituer de façon excessive. La médiation serait un mode alternatif de résolution des litiges privilégié par rapport aux autres.

185. **Un processus dénué de garanties pour la partie faible** – La médiation comporte des dangers difficiles à éviter. La négociation inhérente à la médiation peut profiter à l'employeur. Le salarié, partie faible au contrat de travail, est désavantagé par sa potentielle infériorité intellectuelle ou matérielle. Le déséquilibre des ressources et dans l'accès à l'information nuit à la bonne foi de la négociation. En outre, la négociation serait faussée car le salarié a besoin d'être indemnisé rapidement, ce qui affaiblit, de facto, sa position dans la négociation et permet à l'employeur d'obtenir un accord avantageux. Une partie des

²⁰⁸ T. Clay, D. 2008 pan., p. 3119.

praticiens²⁰⁹ qualifie la médiation de « sous justice sans garantie pour les salariés. » Ce processus ne garantit pas un mode de règlement « équilibré » des conflits. Le salarié ne pouvant être considéré comme un « plaideur lambda. » De plus, celui-ci consentirait à ne pas saisir le juge alors qu'il n'a aucune garantie procédurale. Les tenants de cette vision considèrent que ces procédures constituent pour les employeurs une « stratégie d'évitement des juges ».

186. *Un processus dénué de force obligatoire* – La doctrine pointe un défaut essentiel de la médiation qui est son absence de force obligatoire : « la conciliation et la médiation présentent l'infirmité congénitale de ne donner une solution définitive au litige que si les parties tombent d'accord sur le contenu de la proposition du conciliateur ou du médiateur²¹⁰. » La médiation n'est pas un mode alternatif qui a la faculté de trancher le litige mais seulement de proposer une solution à celui-ci. À défaut d'acceptation de celle-ci par les parties, la médiation se révélera inutile et aura conduit à une perte de temps pour les parties qui, finalement, devront saisir le juge pour trancher de façon définitive leur litige.

187. *Un processus dénué d'intérêt* – Le préambule du code de déontologie du médiateur énonce que : « la médiation, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, est un processus structuré reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel ou consultatif, **favorise par des entretiens confidentiels, l'établissement et/ou le rétablissement des liens, la prévention, le règlement des conflits.** » Or, dans un conflit en matière de relations individuelles de travail, les relations entre les deux parties n'ont pas vocation à se rétablir ; celles-ci ne vont pas se poursuivre. L'objectif de la médiation est d'apaiser le conflit afin que les liens entre les parties perdurent. En droit du travail, cet objectif n'est pas atteignable du fait de la rupture du contrat. Par conséquent, le processus perd de son sens et de son intérêt.

²⁰⁹ E. Boussard-Verrecchia, « Sur les prud'hommes, le projet Macron est à côté de la plaque », Dalloz Actualités, 21 janv. 2015.

²¹⁰ E. Loquin, « L'arbitrage du droit de la consommation », in F. Osman (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation, Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, p. 357.

188. **Le médiateur : un personnage illégitime** – Le médiateur a un problème de légitimité²¹¹ : il est soit nommé par le juge, soit désigné d'un commun accord par les parties. Il n'est pas élu, ni désigné par les partenaires sociaux. Aucune garantie n'entoure le médiateur et son statut. En outre, le médiateur ne sera pas nécessairement au fait des questions de droit social. La qualité de la médiation n'est pas assurée quant à la compétence, à l'impartialité et à l'indépendance du médiateur. Aucune formation sérieuse de médiateur n'existe. S'il existe un code de déontologie de la médiation, ce dernier ne s'applique qu'aux membres médiateurs des associations signataires.

§3- Regard comparatiste sur la médiation : le cas belge

189. **L'exemple belge** – La loi du 21 février 2005²¹² a introduit dans le code judiciaire belge des dispositions favorisant la médiation à la fois judiciaire et « volontaire. » La médiation est favorisée dans tous les domaines du droit, y compris le droit du travail. Elle vise, en particulier, tous les conflits individuels qui sont de la compétence du tribunal du travail, en dehors de la médiation de dettes. Sont notamment visés les litiges couramment rencontrés en matière de droit du travail tels que ceux tenant aux licenciements, aux modifications et requalification de fonction, au harcèlement, au *burn out*, aux décomptes d'heures de prestation (heures supplémentaires, au licenciement pour motif grave²¹³). Cette ouverture à tous les domaines du droit a été décidée en partant du constat que le processus était pertinent chaque fois que les parties acceptent de bonne foi d'y recourir. La pratique a démontré qu'il était particulièrement adapté à tous les conflits relationnels, en particulier dans les relations de travail. En effet, certaines juridictions avaient expérimenté la médiation avant la loi de 2005, expérience qui s'était révélée être un succès²¹⁴.

190. **Liberté des parties** – La médiation conventionnelle est favorisée par la loi de 2005. L'article 1730, §1 ouvre un chapitre II intitulé « *La médiation volontaire* » : « *Toute partie peut proposer aux autres parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire, de recourir au processus*

²¹¹ M. Beckers, *Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 128.

²¹² Loi du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

²¹³ M. Colens, Table ronde : La médiation dans les litiges relatifs aux relations de travail, Justice n°35, déc. 2012, p. 6.

²¹⁴ J. Hubin, « La médiation dans les conflits du travail en Belgique » - *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire – Table ronde : la médiation en Europe*, SSL 2002, 1100, Suppl.

de médiation. Les parties désignent le médiateur de commun accord ou chargent un tiers de cette désignation. » La médiation peut intervenir à n'importe quel moment d'une procédure judiciaire. Le législateur belge encourage les solutions amiables considérant la médiation comme le meilleur moyen d'éviter un procès et d'arriver à une solution concertée et satisfaisante pour l'ensemble des parties. La clause de médiation préalable est même consacrée à l'article 1725, §1 : *« Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter. »*

191. **Organisation de la médiation et statut du médiateur** – L'article 1731 du code judiciaire décide que c'est aux parties de définir entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation et la durée de la médiation. Ces dispositions prévoient également la formalisation et les mentions obligatoires contenues dans le protocole de médiation. Le statut du médiateur et les garanties inhérentes à sa fonction sont consacrés à l'article 1726 : *« §1^{er}. Peuvent être agréés par la commission visée à l'article 1727 les médiateurs qui répondent au moins aux conditions suivantes :*

1° posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ;

2° justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;

3° présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation ;

4° ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé ;

5° ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé, ni avoir fait l'objet de retrait d'agrément.

§2. Les médiateurs agréés se soumettent à une formation continue dont le programme est agréé par la commission visée à l'article 1727.

§3. Cet article s'applique également lorsqu'il est fait appel à un collège de médiateurs. »

Sous-section 3- Le déroulement de la médiation

192. La médiation réunit des acteurs (§1) et suppose un processus encadré (§2).

§1- Les acteurs

193. Le processus de médiation fait intervenir plusieurs acteurs : le juge (I), les partenaires (II) et le médiateur (III)

I- Le juge

194. Le rôle du juge est différent selon qu'il s'agit d'une médiation judiciaire (A) ou d'une médiation conventionnelle (B)

A- Le rôle du juge en matière de médiation judiciaire

195. **Rôle d'initiateur** – L'article 131-1 du code de procédure civile dispose que : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.*

Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. »

Le juge a la faculté de proposer aux parties de recourir à la médiation, conformément à son rôle de « facilitateur de paix sociale²¹⁵. » Celles-ci doivent donner leur accord. Si elles donnent leur aval à un processus de médiation, c'est le juge qui désigne le médiateur qui entendra les parties et confrontera leurs points de vue afin de trouver une solution amiable.

196. **Rôle d'organisateur** – L'article 131-6 du code de procédure civile prévoit que : « *La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.*

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit. »

C'est le juge qui définit la durée initiale de la mission du médiateur et la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience. Cet encadrement temporel est important pour que le

²¹⁵ B. Holleaux, *Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge* (Première partie), SSL 2012, 1538.

processus ne s'enlise pas. Il fixe également le montant de la provision du médiateur, désigne les parties qui consigneront la somme et la proportion de celle-ci que chacune devra supporter en cas de désignation de plusieurs parties.

197. **Maître de la médiation** – L'article 131-10 du code de procédure civile dispose que : « *Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.*

Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.

Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

A cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance. Le médiateur est informé de la décision. »

Le juge a la faculté de mettre fin au processus de médiation quand il le souhaite, d'office ou si l'une des parties ou le médiateur le demande. Le juge est le maître de la médiation judiciaire. Il a la main sur le processus de médiation. Seule limite, il doit préalablement rappeler l'affaire à une audience. Ainsi la Cour de cassation a décidé « qu'en rendant un arrêt sur le fond sans avoir au préalable tenu une audience en vue de la fin de la médiation qui était en cours, la cour d'appel avait violé l'article 131-10 du code de procédure civile²¹⁶. » En outre, le conseil de prud'hommes peut, aux termes du nouvel article R. 1471-2 du code du travail issu du décret du 20 mai 2016, désigner un médiateur dans les conditions suivantes :

« Le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peut, quel que soit le stade de la procédure :

1° Après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose ;

2° Enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure.

L'accord est homologué, selon le cas, par le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement. »

²¹⁶ Cass. soc., 14 janv. 2014, n°12-28.295, Bull. civ. V, n°9 ; D. 2014. Actu. 218 ; Pan., 795, obs. N. Fricero ; Procédures 2014, n°73, note A. Bugada ; Procédures 2014, n°103, note R. Perrot, LPA 6 oct. 2013, p. 5, note A. Albarian ; LPA, 3 nov. 2014, p. 8, obs. C. Boillot ; JCP S. 2014. 1285, note L. Flament.

198. **Pouvoir d'homologuer** – L'article 131-12 du code de procédure civile énonce : « *Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent.*

L'homologation relève de la matière gracieuse.

Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours. »

L'accord de médiation n'a, en lui-même, aucune force exécutoire. Son exécution forcée suppose qu'il soit homologué par le juge. La décision d'homologation vaut titre exécutoire. Cependant, comme elle est rendue en matière gracieuse, elle ne peut mettre fin à l'instance contentieuse. Il y a donc lieu de constater le désistement des parties dans le cadre de la procédure contentieuse afin de permettre l'extinction de l'instance contentieuse initialement engagée et de statuer sur les dépens de cette instance, si ce point n'a pas été mentionné dans le protocole. Le juge, qui n'est pas tenu d'homologuer l'accord, doit vérifier que : 1) celui-ci a été conclu de bonne foi par des parties qui y adhèrent pleinement, en pleine connaissance de leurs droits et de son inopposabilité aux tiers, 2) il ne présente pas de difficultés d'exécution ou d'interprétation, 3) il ne heurte pas des dispositions d'ordre public, 4) il n'a pas été pris en fraude des droits des tiers. Ce contrôle, en cas de refus d'homologation, prive seulement l'accord du bénéfice de la force exécutoire et ne le purge pas de tous les vices qui l'entacheraient. Seule une instance introduite au fond aux fins d'annulation pourrait le faire disparaître. En matière sociale, c'est le nouvel article R. 1471-1, aliné 2 du code du travail issu du décret du 20 mai 2016 qui traite de l'homologation d'un accord de médiation : « *Le bureau de conciliation et d'orientation homologue l'accord issu d'un mode de résolution amiable des différends, dans les conditions prévues par les dispositions précitées.* » Il revient donc au bureau de conciliation du conseil de prud'hommes d'homologuer l'accord de médiation en première instance.

B- Le rôle du juge en matière de médiation conventionnelle

199. **Un simple rôle d'homologation** – L'article 1534 du code de procédure civile dispose que « *La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.* »

En matière conventionnelle, le juge est en retrait par rapport aux parties. Ce n'est pas lui qui a eu l'initiative du processus ; en conséquence, il ne le contrôle pas. Il n'a que le pouvoir

d'homologuer ou non l'accord de médiation qui lui est soumis. Le contrôle est identique à celui de la médiation judiciaire.

II- Les partenaires

200. ***Un processus volontaire*** – Que ce soit en matière conventionnelle ou judiciaire, les partenaires choisissent de recourir ou non à la médiation. L'article 131-1 du code de procédure civile qui traite de la médiation judiciaire précise que le juge ne peut désigner un médiateur qu'avec « l'accord des parties. » Le juge ne peut pas leur imposer de recourir à la médiation ; il ne peut formuler qu'une proposition. En matière conventionnelle, ce sont les parties qui souhaitent elles-mêmes recourir au processus ; elles l'organisent comme elles l'entendent et y mettent fin à tout moment.

201. ***Obligations des partenaires à la médiation*** – Les partenaires à la médiation sont tenus à deux obligations principales qui sont une obligation de confidentialité et une obligation de loyauté et de bonne foi. Ces obligations sont issues soit de la décision judiciaire qui ordonne la médiation, soit du contrat de médiation. S'agissant de l'obligation de confidentialité, la charte de la Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation précise que celle-ci couvre « tous les propos et actes de l'ensemble de la procédure de médiation. Cette obligation de confidentialité se poursuit même en cas d'échec de la médiation et les parties s'interdisent alors de faire état, de quelque manière que ce soit, des propos, opinions, suggestions, déclarations ou propositions quelconques formulées au cours de la médiation ou à l'occasion de celle-ci. » Cette obligation s'applique non seulement à l'ensemble du processus de médiation mais également après la médiation, en cas d'échec de celle-ci. Cette poursuite de l'obligation de confidentialité est confirmée par l'alinéa 2 de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 : « *Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.* » Le législateur, comme les praticiens, veut éviter que la médiation ne serve à avantager une partie qui de mauvaise foi eu recours au processus afin de recueillir des éléments de preuve en vue d'un futur procès. Les partenaires à la médiation sont tenus à une obligation de loyauté et de bonne foi entre elles et vis-à-vis du médiateur. Ils n'assument qu'une obligation de moyens en ce qui concerne l'obtention d'un accord. Ils ne sont donc pas tenus de parvenir à un accord mais de tout mettre en œuvre pour y arriver et de faire les meilleurs efforts pour trouver une issue négociée au

litige. L'obligation de négocier de bonne foi est consubstantielle à la médiation. Il revient aux partenaires à la médiation de rechercher de bonne foi une issue amiable à leur désaccord.

202. **Faculté d'acceptation d'une solution au conflit** – Le médiateur n'impose pas aux partenaires la solution du litige. Celle-ci est voulue et acceptée par les partenaires à la médiation. En effet, le médiateur est dépourvu de pouvoir juridictionnel contrairement au juge ou à l'arbitre. Il ne peut que proposer une solution. Par conséquent, les partenaires à la médiation sont libres d'accepter ou non celle-ci. Ils ne sont pas liés par la proposition du médiateur. En revanche, la proposition peut être négociée afin d'aboutir à une solution nouvelle.

III- Le médiateur

203. Le médiateur est désigné (A). Il doit disposer de plusieurs qualités (B). Il a un certain nombre d'obligations (C) et de missions (D) et a donc droit à rémunération (E).

A- Désignation du médiateur

204. La désignation du médiateur diffère selon que les partenaires à la médiation y recourent d'eux-mêmes (1) ou y sont invités par le juge (2)

1- Désignation en matière conventionnelle

205. **Médiateur choisi** – L'article 1530 du code de procédure civile relatif à la médiation conventionnelle précise que les « 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. » En matière conventionnelle, ce sont donc les partenaires à la médiation qui désignent le médiateur. L'article 1532 du même code précise que : « *Le médiateur peut être une personne physique ou morale.*

Lorsque le médiateur est une personne morale, il désigne, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation. »

Les partenaires peuvent désigner soit une personne physique, soit une personne morale, le plus souvent un organisme ou un centre de médiation qui sera chargé de désigner un médiateur, personne physique, en général, agréé par le centre.

2- Désignation en matière judiciaire

206. **Médiateur imposé** – En matière judiciaire, c'est le juge qui désigne le médiateur conformément à l'article 131-1, alinéa 1^{er} du code de procédure civile : « **Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.** » Comme en matière conventionnelle, le juge peut désigner, selon l'article 131-4 du même code, un médiateur personne physique ou un médiateur personne morale : « *La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.*

Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure. » En revanche, en cas de désignation d'un médiateur personne morale, celui-ci doit désigner un ou plusieurs médiateurs qui devront être agréés par le juge. Ce dernier garde donc la main sur la personne physique qui officiera en tant que médiateur car celui-ci agira en son nom. Le médiateur judiciaire serait en quelque sorte une extension du juge, ce dernier n'étant pas dessaisi.

B- Qualités du médiateur : conditions requises

207. **Conditions en matière judiciaire** – L'article 131-5 du code de procédure civile dispose que : « *La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :*

1° *Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;*

2° *N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;*

3° *Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;*

4° *Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;*

5° *Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. »*

Le législateur pose plusieurs garanties strictes d'exercice de la médiation. Le médiateur ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance, ne pas avoir commis d'actes contraires à la déontologie du statut du médiateur, être compétent et au fait des problèmes inhérents au litige et à sa nature en raison de son activité ou de sa qualification, avoir reçu une formation et avoir une expérience dans l'exercice de la médiation et présenter des garanties d'indépendance.

208. ***Conditions en matière conventionnelle*** – L'article 1533 du code de procédure civile prévoit que : « *Le médiateur et, le cas échéant, la personne mentionnée au second alinéa de l'article 1532, doit satisfaire aux conditions suivantes :*

1° *Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 3 du casier judiciaire ;*

2° *Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation. »*

En matière conventionnelle, le législateur a posé moins de conditions qu'en matière judiciaire. Les partenaires à la médiation sont donc plus libres dans la désignation du médiateur. Celui-ci ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance ; il doit posséder une qualification, du fait de son activité présente ou passée, en rapport avec le litige ainsi qu'une formation ou une expérience de la pratique de la médiation.

209. ***Le respect incertain des conditions requises*** – Les conditions requises pour être médiateur judiciaire ou conventionnel ne sont pas sanctionnées, bien que le juge ou les partenaires à la médiation, selon le type de médiation, puissent mettre fin à tout moment à la médiation. Des questions se posent quant au véritable respect de celles-ci. La qualification du médiateur pour officier dans un conflit n'est pas nécessairement correctement vérifiée. En outre, le médiateur peut ne plus exercer son activité. Celle-ci aura peut-être évolué, en particulier en droit du travail, matière évolutive par excellence, et il n'aura plus la qualification pour assister les partenaires à la médiation.

C- Obligations du médiateur

210. **Textes légaux** – L'article 21-2 de la loi du 8 février 1995 modifiée par l'ordonnance du 16 novembre 2011 précise que : « *Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* » L'article 131-5, 5° du code de procédure civile prévoit que le médiateur doit « présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. » Il résulte des articles 131-14 et 1531 du code de procédure civile et 21-3 de la loi de 1995 une obligation de confidentialité qui vaut tant pour les partenaires que pour le médiateur lui-même.

211. **Doctrine** – La doctrine retient un « triptyque » s'agissant des obligations du médiateur : neutralité – indépendance – impartialité » qui constituerait « l'être du médiateur²¹⁷. » Elle relève, cependant, que l'indépendance et l'impartialité du médiateur sont les obligations fondamentales, primordiales et prioritaires du médiateur. Selon le professeur Lagarde, « est indépendant celui qui n'a pas de liens avec l'une ou l'autres des parties [et qu'est] impartial celui qui n'a pas de préjugé²¹⁸. » Le médiateur doit être indépendant des parties. Il ne peut être médiateur s'il a ou s'il a eu un lien direct ou indirect avec l'une des parties, sauf accord de celles-ci²¹⁹. Ainsi, « pendant la médiation, cette indépendance prend la forme de la neutralité, de l'impartialité à l'égard des deux parties²²⁰. »

212. **Pratique** – La pratique a également fait sienne les obligations de confidentialité, d'impartialité, d'indépendance et de neutralité du médiateur. La charte de la médiation précise que « le médiateur, comme toute personne concourant à la médiation, est également tenu à une obligation de confidentialité » et que « le médiateur a le devoir de préserver l'indépendance inhérente à sa fonction. Il n'a pas vocation à imposer une solution. Son rôle n'est pas de juger, ni d'arbitrer. »

Le code de déontologie du médiateur reprend également plusieurs obligations du médiateur : l'article 1.2.1 relatif à l'indépendance précise que « le médiateur doit être détaché de toute

²¹⁷ J.-P. Tricoit, *La médiation dans les relations de travail*, préf. B. Bossu, LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit social, 2008, pp. 23-24, n°29 ; G. Cornu, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse*, RID comp. n°2, avr.-juin 1997, p. 315 ; C. Jarroson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse*, RID comp. n°2, avr.-juin 1997, p. 339.

²¹⁸ X. Lagarde, *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Rev. arb., n°3, juill.-sept. 2001, p. 436.

²¹⁹ Associations des médiateurs européens, *Règles d'éthique et de méthode*, n°1.

²²⁰ L. Flament, *La médiation en matière prud'homale*, JCP S., 2010, 1326.

pression intérieure et/ou extérieure à la médiation, y compris lorsqu'il se trouve dans une relation de subordination et/ou institutionnelle.

Pour ce faire, le médiateur s'engage à refuser, suspendre ou interrompre la médiation chaque fois que les conditions de cette indépendance ne sont pas réunies. »

L'article 1.2.2 relatif à la neutralité prévoit que « le médiateur accompagne le projet des personnes, sans avoir lui-même de projet pour, ou à la place, des personnes.

Pour ce faire, le médiateur s'engage à un travail sur lui-même et ses pratiques. Il s'engage à participer de manière régulière et impérative à des séances collectives d'analyse de la pratique. Il est recommandé d'y associer la supervision. »

L'article 1.2.3 concernant l'impartialité énonce que : « le médiateur s'oblige à ne pas prendre parti ni privilégier l'une ou l'autre des parties. Il s'interdit d'accepter une médiation avec des personnes avec lesquelles il a des liens d'ordre privé, professionnel, économique, de conseil ou autre.

Le médiateur s'interdit d'avoir un intérêt financier direct ou indirect dans l'issue de la médiation. Il doit refuser la mission si l'un des membres de son équipe a agi, et/ou agit, en qualité autre pour l'une des personnes concernées par la médiation. »

Le code impose également une obligation de loyauté au médiateur à l'article 1.2.4 : « Le médiateur s'interdit par éthique de remplir des fonctions de représentant ou de conseil de l'un et/ou l'autre des participants au processus de médiation.

Il ne peut d'avantage être arbitre.

Le médiateur devra orienter ou réorienter les personnes si la demande n'est pas ou plus du champ de la médiation. »

Il impose enfin une obligation de confidentialité comme garantie du processus de médiation à l'article 2.2.2 : « le médiateur ne divulgue ni ne transmet à quiconque le contenu des entretiens et toute information recueillie dans le cadre de la médiation, sauf obligation légale et risque de non respect de l'ordre public. Le médiateur ne peut notamment pas faire état devant les instances judiciaires des éléments dont il a eu connaissance lors de son intervention. »

Plusieurs centres de médiation ont inscrit dans leur règlement de médiation ces obligations. C'est le cas du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) qui a inscrit dans son règlement à l'article 6 intitulé « Indépendance, neutralité et impartialité du médiateur » relatif à ces obligations : « 6.1 Le médiateur doit être indépendant, neutre et impartial à l'égard des parties. Le cas échéant, il doit leur faire connaître, ainsi qu'au Secrétariat général du CMAP, les circonstances qui, aux yeux des parties, seraient de nature à affecter son indépendance

et/ou son impartialité. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission de médiation et avec l'accord écrit de toutes les parties.

6.2 Le médiateur, désigné par la Commission, signe une déclaration d'indépendance.

6.3 Si au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance et/ou son impartialité, il en informe les parties. Sur accord écrit de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La Commission de médiation procède alors au remplacement du médiateur. » Celui-ci est également tenu à un devoir de confidentialité en vertu de l'article 5.2 du même règlement.

213. **Autorité du médiateur** – Contrairement à l'arbitrage ou *a fortiori* au juge, le médiateur n'a pas le pouvoir de trancher le litige. Cependant, la doctrine estime que le médiateur a une certaine autorité. Il est choisi en raison de la confiance que les parties placent en ses aptitudes, sa compétence, sa probité²²¹. Ces qualités permettent au médiateur de jouir d'une *auctoritas*, c'est-à-dire d'une autorité morale²²², dépourvue de *potestas* ou d'*imperium*. Dès lors, le médiateur jouit d'une autorité du fait de son expérience et de ses compétences.

214. **Sanctions des obligations** – En cas de médiation judiciaire, le juge peut démettre le médiateur de ses fonctions s'il apparaît qu'il ne respecte pas ses obligations, et le cas échéant mettre fin à la médiation d'office ou sur demande des parties en vertu de l'article 131-10 du code de procédure civile. En cas de médiation conventionnelle, l'une des parties peut récuser, en cas de médiation *ad hoc*, ou faire récuser par l'intermédiaire du centre de médiation, en cas de médiation institutionnelle, le médiateur, si ce dernier ne présente pas les garanties qu'elle est en droit d'attendre. Le médiateur peut également suspendre le processus de médiation s'il estime qu'il existe un élément risquant d'affecter son indépendance ou son impartialité. En outre, dans une médiation entre un employeur et un salarié, bien que ce dernier soit réputé partie faible au contrat de travail, le principe de neutralité imposé au médiateur ne peut le conduire à le favoriser. En revanche, une de ses missions est de veiller à une stricte égalité entre les parties. Le médiateur veille à ce que l'employeur ne prenne pas l'ascendant sur le salarié.

²²¹ G. Cornu, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse*, RID comp. n°2, avr.-juin 1997, p. 315

²²² C. Jarrosson, « Le médiateur : questions fondamentales », in Centre français de droit comparé/Centre français du commerce extérieur, *Les médiateurs en France et à l'étranger*, 2001, p. 18.

D- Missions du médiateur

215. **Définition des missions du médiateur** – La doctrine donne une définition des missions du médiateur. Celui-ci « a pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord ; il s'efforce de clarifier leurs points de vue respectifs et de les rapprocher pour qu'elles puissent parvenir elles-mêmes à une solution de compromis. Le conciliateur, après avoir rencontré séparément ou ensemble les parties propose lui-même à ces dernières un accord transactionnel susceptible de constituer une juste issue au différend qui les oppose²²³. »

216. La mission du médiateur est évoquée à l'article 131-1 du code de procédure civile : il doit entendre les parties, confronter leurs points de vue afin de leur permettre de trouver une solution amiable au conflit qui les oppose. À la différence de la conciliation, il ne doit pas seulement tenter de rapprocher les parties mais également proposer des solutions au litige. Il doit « veiller aux conditions d'un dialogue réel et fécond : il assure la liberté d'expression de toutes les parties et de leurs conseils, la courtoisie des discussions, l'équilibre des prises de parole²²⁴. » La charte de la médiation précise également la mission du médiateur : « Le médiateur pour accomplir sa mission, se doit de tout mettre en œuvre pour : favoriser les conditions d'un libre échange fondé sur une reconnaissance mutuelle des intérêts et des personnes, dans le respect du principe de la transparence, et de l'égalité de traitement des parties, permettre aux parties d'élaborer une solution, en connaissance de cause, notamment vis-à-vis des tiers. »

217. Le médiateur est à la fois un pacificateur, un régulateur et un « solutionneur ». Pacificateur car il tente de rapprocher les parties, de les comprendre et d'exprimer leurs points de vue. Régulateur car il est le garant du bon déroulement du processus en veillant à l'égalité des parties et au dialogue. « Solutionneur » car la médiation est censée aboutir à une solution amiable et négociée. À ce titre, le médiateur peut proposer un éventail de solutions.

E- Rémunération du médiateur

218. Les modalités de rémunération du médiateur diffèrent selon que la médiation est judiciaire (1) ou conventionnelle (2).

²²³ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998.

²²⁴ L. Flament, *La médiation en matière prud'homale*, JCP S., 2010, 1326.

1- Rémunération en matière de médiation judiciaire

219. Dans le cadre de la médiation judiciaire, la rémunération du médiateur est décidée par le juge, en deux temps. Le premier temps est prévu à l'article 131-6 du code de procédure civile qui dispose que : « *La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.*

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner. »

Lorsque le juge ordonne la médiation, il fixe le montant de la provision qui servira de rémunération au médiateur. Celle-ci est calculée notamment en fonction de la nature du litige et de la durée de la mission du médiateur. Il appartient au juge de décider quelles proportions de la rémunération du médiateur prendront en charge les parties.

Le second temps est prévu à l'article 131-13 du même code : « *À l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur.*

La charge des frais de la médiation est répartie conformément aux dispositions de l'article 22-2 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le juge autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

Il ordonne, s'il y a lieu, le versement de sommes complémentaires en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédent.

Un titre exécutoire est délivré au médiateur, sur sa demande. »

Le texte renvoie aux dispositions de l'article 22-2 de la loi de 1995 qui précise que : « *Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.*

A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues à l'alinéa précédent. Les frais

incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve des dispositions de l'article 50 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie. »

Les parties fixent donc entre elles la répartition du coût de la médiation. À défaut d'accord, les frais sont répartis par parts égales à moins que le juge estime cette répartition inéquitable au regard de la situation économique des parties. Ensuite, à l'expiration de la mission du médiateur, le juge fixe sa rémunération et l'autorise à se faire remettre les sommes consignées au greffe jusqu'à due concurrence et ordonne au besoin le versement d'un complément, en précisant quelle partie en aura la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédent. La Cour de cassation a, par ailleurs, décidé que la rémunération du médiateur ne pouvait dépendre de la circonstance que les parties sont parvenues ou non à un accord²²⁵.

2- Rémunération en matière de médiation conventionnelle

220. Plusieurs modalités de rémunération existent dans le cadre d'une médiation conventionnelle. Lorsque les parties ont recours à un centre de médiation, c'est le centre qui fixe la provision, les honoraires du médiateur, les frais d'administration, leur répartition. Le plus souvent, il s'agit d'un barème forfaitaire ou proportionnel. À titre d'exemple, le CMAP prévoit plusieurs modalités de règlement de la médiation dans son règlement d'arbitrage à l'article 8 intitulé « *Frais et honoraires de la médiation* » qui prévoit que : « 8.1 *Les frais et honoraires de la médiation sont fixés, selon le cas, en fonction du barème forfaitaire ou proportionnel annexé au présent règlement, en vigueur au moment de la saisine du Centre.*

8.2 Au cours d'une médiation qui n'est pas soumise au barème forfaitaire, le Centre peut demander le versement d'une provision complémentaire à valoir sur les frais et honoraires définitifs.

8.3 Sauf accord différent des parties, les frais et honoraires sont répartis également entre elles. »

²²⁵ Cass. civ. 2^e, 22 mars 2007, n°06-11.790, Bull. civ. II, n°73 ; D. 2007.2336, chron. Vigneau ; D. 2007. 2690, obs. M. Douchy-Oudot.

Des cabinets de médiateurs facturent leurs honoraires forfaitairement pour trois ou cinq jours ou à l'heure avec des frais de dossier ou d'administration.

La répartition de la prise en charge des frais et honoraires de la médiation est le plus souvent prévue par les parties. Lors d'une médiation entre un salarié et un employeur, ce dernier devrait prendre en charge la majeure partie des frais et honoraires liés à la médiation.

IV- L'avocat

221. L'avocat peut intervenir dans le processus de médiation si les parties en conviennent. Il a alors un rôle avant (A), pendant (B) et après (C) le processus.

A- Avant la médiation

222. Dans l'imaginaire collectif, l'avocat est souvent absent au cours du processus de médiation car il est « l'homme du procès, du conflit judiciaire, du combat²²⁶. » Or, en pratique, les conseils des parties ont un rôle important à jouer dans le processus de médiation. En effet, l'avocat intervient en amont de la médiation pour en recommander le principe à son client, l'aider à trouver un médiateur et éventuellement convaincre l'avocat de la partie adverse de l'opportunité de recourir à une médiation, avant ou après avoir tenté lui-même avec son confrère de trouver une solution négociée. Dès lors, il revient à l'avocat de déterminer le meilleur moment pour proposer une médiation à son client et l'éclairer sur les bénéfices d'un tel procédé. Si son client et la partie adverse sont d'accord pour entamer un processus de médiation, le rôle de l'avocat sera alors d'organiser avec son confrère une médiation conventionnelle ou de proposer au juge une tentative de médiation.

B- Pendant la médiation

223. La présence de l'avocat est facultative dans le processus de médiation. La charte de la médiation prévoit que « les parties peuvent se présenter seules ou assistées du conseil de leur choix » et le règlement du CMAP induit la faculté pour les parties de se faire assister par leur avocat. Si l'avocat peut apparaître comme un obstacle au processus de médiation, son absence pendant celui-ci peut être une source de difficultés : il est compliqué d'aboutir à un accord

²²⁶ P. Clément-Cuzin, « Quelle place pour l'avocat ? », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

sans le concours de l'avocat ; le processus va prendre davantage de temps et être alourdi car les parties vont demander à réfléchir sur les différentes propositions formulées et ce n'est qu'après avoir consulté leur avocat qu'elles donneraient leur ou accord ou non à celles-ci. L'avocat peut avoir un rôle d'observateur, de guide et de conseil dans la recherche d'une solution amiable.

224. Si l'avocat est en retrait, puisque les parties s'expriment directement, et non plus par l'intermédiaire de leurs avocats, dans le cadre de la médiation, celui-ci n'en est pas moins utile : il conseille son client ; il collabore avec le médiateur afin d'aider celui-ci à convaincre son client du caractère raisonnable des propositions formulées ; il identifie les intérêts des parties²²⁷. Il devra se garder de se livrer à des attaques contre l'autre partie mais l'écouter de bonne foi. Par conséquent, la présence de l'avocat peut être un atout en ce qu'elle rassure son client qui se sent assisté et qui peut, à tout moment, compter sur les conseils de celui-ci. Cette faculté de pouvoir consulter à tout moment son avocat renforce l'accord puisque celui-ci est accepté par les parties et leurs conseils. Elle permet également à l'avocat de suivre l'évolution du litige et de s'assurer du consentement libre et sincère de son client à l'accord proposé.

C- Après la médiation

225. Une fois l'accord accepté par les parties à la médiation, le rôle des avocats restent important. Ils participent à la rédaction du protocole d'accord, préparent et suivent la procédure d'homologation de l'accord, s'assurent de la bonne exécution de l'accord et constituent une garantie vis-à-vis de l'instance d'homologation puisque l'accord a été conclu par des parties consentantes et averties de leurs droits²²⁸.

226. **Nouveau rôle des avocats** – Les avocats doivent prendre conscience de la multiplicité des rôles qu'ils peuvent aujourd'hui avoir. Leur fonction n'est plus simplement de conseiller ou de plaider mais également d'accompagner leurs clients dans de nouvelles procédures amiables. Ils peuvent également faire office de garantie supplémentaire au cas où un médiateur ne serait pas neutre ou serait partial ou encore peu ou pas compétent. Certains avocats ont déjà pris ce chemin et estiment qu'il est « important de sensibiliser les avocats à la

²²⁷ A. Schneebalg, « Le rôle de l'avocat », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

²²⁸ P. Clément-Cuzin, « Quelle place pour l'avocat ? », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

médiation car beaucoup d'entre eux ne sont pas convaincus par cette pratique ou simplement ne sont pas assez informés, ni formés. Or, un client heureux avec une médiation réussie sera satisfait de son avocat qui lui a recommandé cette nouvelle voie de résolution des conflits²²⁹. »

§2- Le processus de médiation

227. En matière conventionnelle, le processus débute par une contractualisation de la médiation (I). Si celle-ci réussit, tant en matière judiciaire que conventionnelle, il aboutit à la conclusion d'un protocole d'accord (II)

I- Le contrat de médiation

228. **Parties** – Le contrat de médiation est nécessaire dans le cadre de médiations conventionnelles afin de sécuriser le processus. Le contrat est conclu entre les parties et le médiateur ou, le cas échéant, l'institution de médiation. Dans l'hypothèse d'une médiation institutionnelle, les parties doivent adhérer au règlement de médiation qui fait office de contrat de médiation, les parties consentant à respecter les règles édictées par le centre de médiation.

229. **Contenu** – Le contrat de médiation contient généralement l'objet de la médiation, le cadre de la médiation à savoir les différends qui sont soumis à la médiation, les noms et qualités des parties, les nom et qualité du médiateur ainsi que les obligations qu'il doit respecter et les conditions qu'il doit remplir, les règles générales de la médiation, les principes qui la gouvernent (confidentialité, loyauté et bonne foi), la rémunération du médiateur et la répartition des frais et honoraires entre les parties ainsi que le nombre de séances et les diligences que le médiateur devra accomplir.

230. **Valeur juridique** – Le contrat de médiation est un contrat de droit commun soumis aux obligations du code civil. En droit du travail, une question demeure sur la valeur juridique d'un tel contrat. Si loi du 6 août 2015 a ouvert la possibilité de recourir à la médiation conventionnelle, elle n'a pas introduit de particularités lorsque ce sont des salariés et des employeurs qui recourent à ce type de mode de règlement des litiges. Un problème se pose si

²²⁹ C. Hammelrath, *La médiation en droit du travail : une solution durable*, JSL 2001, n°302.

le salarié est toujours en poste chez l'employeur avec qui il est en conflit. A-t-il la libre disposition de ses droits ? Par conséquent, peut-il s'engager dans un processus de médiation conventionnelle ? Car si l'article 21-4 de la loi du 8 février 1995 dispose que : « *L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* » il ne s'agit que de l'accord final et non du contrat de médiation. En conséquence, au regard de la jurisprudence²³⁰ incertaine à la suite de la loi du 6 août 2015, il convient de distinguer selon que le litige est déjà né ou non. Dans l'hypothèse où le litige est déjà né, peu important que le contrat de travail soit rompu, le salarié consent en présence du litige à la médiation ; le contrat de médiation doit alors être soumis au droit civil des obligations. En revanche, dans l'hypothèse où une clause de médiation est stipulée par avance dans le contrat de travail, le salarié n'ayant pas consenti au moment de la naissance du litige à la médiation mais avant celle-ci, il convient de privilégier une approche prudente, le salarié pouvant saisir le conseil de prud'hommes malgré la clause.

II- Le protocole d'accord

231. **Finalité probatoire** – En matière de médiation conventionnelle, comme en matière de médiation judiciaire, le protocole d'accord n'est soumis à aucune condition de forme. Le recours à un écrit est souhaitable, sinon nécessaire, à des fins probatoires tant de l'existence que de la teneur de l'accord intervenu.

232. **Procédure** – L'article 131-12 du code de procédure civile précise que « *le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent.*

L'homologation relève de la matière gracieuse.

Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours. »

Conformément à l'article 21-5 de la loi du 8 février 1995, l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge. L'article 1534 du code de procédure civile prévoit que « *la demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de*

²³⁰ Cass. soc., 5 déc. 2012, n°2569 FP-P+B+R, n°11-20.004 ; JurisData n°2012-028265 ; D. 2012. 2969 ; D. 2013. 114, chron. Fanélie Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; Dr. soc. 2013. 178, obs. D. Boulmier ; R. Perrot, RTD Civ. 2013 p.171, RDT 2013. 124, obs. E. Serverin ; JCP 2012. 2363, note Desdessus-Le-Moustier ; A. Bugada, Procédures n° 4, Avril 2013, comm. 106 ; O. Cuperlier, JCP G n° 10, 4 Mars 2013, 272 ; JCP E, n° 8, 21 Février 2013, 1127, note G. François ; JCP S., n° 6, 5 Février 2013, 1075, G. François ; Gaz. Pal., 9 mars 2013, p. 33, n°121w3, note S. Amrani-Mekki.

l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres. »

Selon l'article 1565 du code de procédure civile, le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes. L'article 1566, alinéa 2 prévoit que la décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse.

233. **Contrôle** – Le juge doit vérifier que les exigences légales ont été respectées et le réel consentement des parties à l'accord de médiation. Il doit également s'assurer de la conformité de l'accord à l'ordre public. Si le juge refuse l'homologation, l'acte conserve l'autorité tirée de sa nature contractuelle, obligeant les parties qui y ont consenti²³¹.

234. **Conclusion** – La médiation doit être favorisée et le rôle de l'avocat valorisé dans le processus. Celui-ci doit être tout à la fois un conseil, un guide, un partenaire au même titre que le médiateur et une garantie. Un travail de pédagogie de la part des juridictions et des avocats initiés à la médiation doit être opéré vis-à-vis des parties. Le statut du médiateur devrait être revu afin qu'il soit qualifié et même spécialisé. Une « labellisation des médiateurs²³² » paraît nécessaire, en particulier dans le cadre de la médiation judiciaire. L'ouverture des litiges de droit du travail à la médiation conventionnelle est une mesure positive mais qui doit être clarifiée au regard de la jurisprudence antérieure relative aux clauses de conciliation ou de médiation insérées dans les contrats de travail. Enfin, si la médiation doit être favorisée, elle ne doit pas être le seul mode amiable de règlement des conflits à bénéficier d'encouragements.

²³¹ V. n°198.

²³² B. Holleaux, *La médiation à la cour d'appel de Paris*, SSL 2016, 1706.

SECTION 3 – L'ARBITRAGE

235. **Définition** – L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des litiges particulier. Il est à la fois « conventionnel » et « juridictionnel²³³ » et revêt, par conséquent, un « caractère composite²³⁴. » Conventionnel, d'une part, car l'arbitrage doit être institué soit par le biais d'un compromis d'arbitrage, soit par le biais d'une clause compromissoire insérée dans le contrat initial. Juridictionnel, d'autre part, car l'arbitrage est conçu comme un véritable tribunal qui rend une sentence ayant autorité de chose jugée, les arbitres sont donc amenés à trancher le litige qui leur est soumis. L'arbitrage est défini comme un « *mode amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties*²³⁵. » Le Professeur Jarrosson donne une définition assez similaire de l'arbitrage qui serait « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui est confiée par celles-ci*²³⁶. » Selon Henri Mostulsky, l'arbitrage est « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention*²³⁷. » Le caractère conventionnel de l'arbitrage est étroitement lié à son caractère juridictionnel. L'arbitrage est le « *jugement d'une contestation par de simples particuliers que les parties prennent comme juges*²³⁸. » Cette institution a une « origine contractuelle » et une « fonction juridictionnelle²³⁹. »

236. **Éléments de reconnaissance** – Le Professeur Clay estime que l'arbitrage suppose la réunion de quatre critères cumulatifs pour être qualifié comme tel²⁴⁰. Il implique : 1) un choix libre de recourir à l'arbitrage ; 2) un choix libre de l'arbitre ; 3) une procédure qui respecte les garanties fondamentales de bonne justice ; 4) une décision dotée de l'autorité de chose jugée qui s'impose aux parties. Si l'un de ses éléments manque, la procédure adoptée ne peut être qualifiée d'arbitrage.

²³³ H. Motulsky, *Écrits*, t. II, p. 10.

²³⁴ C. Jarrosson, *L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage*, Procédures n°3, mars 2012.

²³⁵ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. arbitrage.

²³⁶ C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, thèse LGDJ 1987, préf. B. Oppetit.

²³⁷ H. Motulsky, *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*.

²³⁸ E.-D. Glasson, A. Tissier, R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1936, t. V., n°1801.

²³⁹ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1005 : Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et Inconvénients.*, n°1.

²⁴⁰ T. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, Dr. Soc., 2010, p. 930.

237. **Spécificités de l'arbitrage par rapport aux autres modes de résolution des conflits** – Le recours à l'arbitrage est volontaire : il suppose l'accord des parties. À ce stade, rien ne distingue l'arbitrage des autres modes alternatifs de règlement des litiges. Cependant, contrairement à ces modes de résolution des conflits tels que la médiation ou la conciliation, l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des conflits, le ou les arbitres tranchent le litige et leur décision s'impose aux parties. L'arbitrage ne relève pas des modes alternatifs de règlement des conflits traditionnels qui reposent sur les notions d'accord, de négociation ou de consensus. L'arbitrage rendu s'impose. Le Professeur Clay exprime cette idée en affirmant que « là où le succès de la conciliation et de la médiation tient peut-être au caractère négociable de la solution, à la certitude que rien d'inadmissible pourra être imposé, l'arbitrage peut faire craindre que l'issue du litige échappe aux parties. Et il est exact que, à la différence de la conciliation et de la médiation, l'arbitrage s'achève par une décision de justice qui s'impose aux litigants, qu'ils le veulent ou non²⁴¹. »

238. **Plan** – L'arbitrage en droit du travail pose plusieurs questions telles que la capacité à compromettre, la libre disponibilité des droits des parties, la protection du salarié partie faible au contrat de travail et plus généralement l'arbitrabilité du droit du travail. Ainsi, il convient d'aborder le droit de l'arbitrage en matière sociale (sous-section 1) puis d'en analyser les enjeux (sous-section 2).

Sous-section 1 – Le droit de l'arbitrage en matière sociale

239. Le recours à l'arbitrage en droit du travail est possible (§1). La procédure repose sur le droit commun de l'arbitrage (§2).

§1 – Le recours à l'arbitrage

240. Malgré des textes apparemment contradictoires, le droit du travail est ouvert à l'arbitrage (I). La jurisprudence semble admettre la validité du compromis d'arbitrage (II) et celle de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail même si celle-ci est inopposable au salarié (III).

²⁴¹ T. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, Dr. Soc., 2010, p. 930.

I- L'arbitrage en droit du travail

241. **L'arbitrage face à l'ordre public social** – L'obstacle principal au recours à l'arbitrage en matière sociale est l'ordre public inhérent à celle-ci. La construction de l'ordre public social est très largement inspirée du déséquilibre contractuel et de la nécessité qui en découle de protéger le salarié. L'objectif est de protéger la partie réputée faible : le salarié. Il n'est donc pas concevable de faire en sorte que le contrat puisse réellement et seul faire la loi des parties. Si l'ordre public social est la principale source de protection du travailleur, il empêche l'adaptation des normes à la pratique. L'arbitrage est difficilement envisageable lorsqu'il est face à la compétence impérative des tribunaux étatiques, comme c'est le cas en droit du travail. L'arbitrabilité des litiges est traditionnellement définie comme « *l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage*²⁴². » Les différends du travail seraient de prime abord inarbitrables.

242. **Arbitrage et libre disponibilité des droits** – Le droit français de l'arbitrage énonce à l'article 2059 du code civil que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.* » La lettre de ce texte ne permet pas de définir de manière précise les contours de l'arbitrabilité. Il faut tenter de définir la notion de disponibilité des droits. Celle-ci est, selon une partie de la doctrine²⁴³, une faculté offerte à un titulaire de droit d'y renoncer par un acte juridique, avec l'idée de liberté de disposer d'une chose ou d'un droit. Si les droits de l'individu ne sont pas disponibles, il ne peut ni en disposer, ni les aliéner, ni y renoncer. La conséquence est qu'il n'a pas la capacité de compromettre. Le droit utilise cette notion afin de restreindre la liberté des sujets de droit afin les de protéger tant sur le plan substantiel que procédural. L'indisponibilité d'un droit restreint l'autonomie de la volonté de la partie faible au contrat. Le professeur Jarrosson lie indisponibilité des droits et ordre public : « *l'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté et partant, à la liberté contractuelle. Elle nous conduit irrésistiblement, nécessairement vers la notion d'ordre public*²⁴⁴. »

²⁴² B. Fauvarque-Cosson, *Libre disposition des droits et conflit de lois*, préface de Y. Lequette, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 272, 1996.

²⁴³ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disposition des droits et conflit de lois*, préface de Y. Lequette, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 272, 1996.

²⁴⁴ C. Jarrosson, *L'arbitrabilité, présentation méthodologique*, RJ Com., 1996.1.

243. **Arbitrage et ordre public de protection** – L'ordre public de protection rend indisponibles les droits d'un contractant considéré comme partie faible. Il se caractérise généralement par un très grand formalisme. La doctrine²⁴⁵ précise que « *la loi interdit à l'individu de renoncer à ses droits parce qu'elle craint qu'il ne le fasse trop facilement sans être en mesure de juger pleinement de ses intérêts. Ce souci de protection de la personne contre elle-même conduit naturellement à exclure la convention d'arbitrage, dans la mesure où la renonciation aux garanties qu'offre le tribunal étatique est assimilée traditionnellement à la renonciation du droit lui-même.* » Il semble que les potentielles restrictions à l'arbitrage en droit du travail sont justifiées par la renonciation à des droits. Or, la conclusion d'une convention d'arbitrage ou d'un contrat comportant une clause compromissoire n'est absolument pas synonyme de renonciation à des droits. La confusion opérée tient à la méfiance vis-à-vis de l'arbitrage et de la justice privée car « *ni l'arbitre ni l'arbitrage ne [peuvent être] suspectés prima facie*²⁴⁶. » Si la façon dont est instituée et la manière dont est menée la procédure d'arbitrage peuvent porter atteinte aux droits des salariés, l'arbitrage ne peut, substantiellement, leur être défavorable.

244. L'ordre public est en soi difficile à définir. Il n'existe pas de notion « *plus incertaine, plus fluide, plus insaisissable que la notion d'ordre public*²⁴⁷ » ; « *l'ordre public est l'une des notions juridiques les plus délicates à cerner*²⁴⁸. » Il peut tout de même être caractérisé comme une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions et qui correspond à des exigences fondamentales considérées comme essentielles, en particulier la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux tel l'ordre public de protection individuelle²⁴⁹. L'ordre public apparaît donc comme une limite à l'arbitrabilité du droit du travail ; il est quasi inhérent à la matière. La question est donc de savoir si le droit du travail est si imprégné d'ordre public, qu'il est impossible de recourir à l'arbitrage. Selon le professeur Loquin, « *la non arbitrabilité des litiges du droit de consommation ou du droit du travail n'est pas liée au caractère impératif des règles qu'ils mettent en cause, mais trouve son fondement dans la volonté d'un ordre juridique de soustraire la partie faible à une procédure qui n'est pas jugée apte à garantir*

²⁴⁵ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral*, n°84.

²⁴⁶ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013.

²⁴⁷ H. Lewald, *Règles générales du conflit de lois*, RCADI, 1929, IV, p. 566.

²⁴⁸ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2004.

²⁴⁹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. ordre public.

*son droit d'ester en justice*²⁵⁰. » Cet ordre public de protection n'est cependant pas absolu. En témoignent l'arrêt *Labinal* du 19 mai 1993 qui énonce que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux*²⁵¹. » ou encore l'arrêt du 5 novembre 1984²⁵² qui décide que les parties à un contrat de travail sont libres et capables de compromettre lorsque la convention d'arbitrage qui entraîne renonciation à la compétence prud'homale est conclue après la rupture du contrat de travail intervenue du fait de l'employeur. L'ordre public rendant inarbitrable le droit du travail semble donc très relatif.

245. **Difficultés d'interprétation du droit commun** – L'article 2061 du code civil tel qu'issu de la loi du 15 mai 2001²⁵³, dispose que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle*. » L'interprétation littérale du texte et l'absence de dispositions législatives particulières interdisant la faculté de compromettre en matière sociale conduisent à penser que le compromis est valide mais également la clause compromissoire. Sur ce dernier point, cependant, l'esprit des textes et la jurisprudence contredisent cette interprétation. La doctrine observe qu'« *à la lettre, la nouvelle formulation de l'article 2061 du Code civil permettrait donc d'y insérer une clause compromissoire, et, à la lettre, ni l'article L. 511-1 du Code du travail, ni aucune autre disposition législative ne viendrait s'y opposer*²⁵⁴. » Cependant, « *une telle conséquence de la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil n'a évidemment pas été voulue par le législateur. Pour de fortes raisons politiques et sociales, elle serait pour le moins malencontreuse. Il appartiendra donc aux tribunaux soutenus par une doctrine unanime, de continuer à s'appuyer sur l'article L. 511-1 du Code du travail pour prohiber la clause compromissoire dans les contrats de travail (...)*²⁵⁵. »

²⁵⁰ E. Loquin., *Arbitrabilité et protection des parties faibles*, Travaux du comité français de droit international privé, Pedone, 2004-2006, p. 136.

²⁵¹ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, Rev. arb. 1993.645, note C. Jarrosson.

²⁵² Cass., soc., 5 novembre 1984, *Société H. c. T.*, JCP G. 1985, II, 20510, note N.S. : Rev. arb. 1986, p. 47, note M.A. Moreau.

²⁵³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

²⁵⁴ P. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, Rev. arb., 2001, n°29, p. 415.

²⁵⁵ P. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, Rev. arb., 2001, n°30, p. 416.

246. **Code du travail** – L'article L. 1411-4 du code du travail dispose que :

*« Le conseil de prud'hommes est **seul compétent**, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. **Toute convention contraire est réputée non écrite.***

Le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi, notamment par le code de la sécurité sociale en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles. »

Ce texte semble affirmer la compétence exclusive des conseils de prud'hommes dans tous les différends qui peuvent s'élever à l'occasion d'un contrat de travail. Or, la version antérieure de ce texte issu de la loi du 18 janvier 1979²⁵⁶ admettait expressément la validité du compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail : *« Les conseils de prud'hommes sont compétents en premier ressort quel que soit le chiffre de la demande. **Toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite***²⁵⁷. » La loi du 6 mai 1982²⁵⁸ n'a pas repris cette incise, ce qui a pu laisser subsister le doute quant à la faculté de recourir à l'arbitrage en droit du travail, en particulier quant à la validité du compromis d'arbitrage. Cependant, au regard des travaux préparatoires de la loi de 1982 et des débats parlementaires qui ont abouti à son adoption, l'intention du législateur et du ministre du Travail n'était pas d'interdire la conclusion d'un compromis d'arbitrage. Le ministre Jean Auroux avait notamment déclaré : *« Je tiens à préciser que le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent, (...) les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du Gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale*²⁵⁹. » Un rapport du Sénat rendu à la suite de l'adoption du projet de loi à la chambre basse précise, dans un « 2. *L'équivoque sur le compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat* » que : *« Afin de consacrer le caractère d'ordre public des règles de compétence prud'homale, le législateur de 1978 avait posé le principe déjà admis par la jurisprudence, selon lequel toute convention dérogatoire, figurant dans le contrat de travail ou adoptée pendant l'exécution de ce contrat, est réputée non écrite. Une seule exception était acceptée, celle du*

²⁵⁶ Loi n°79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes.

²⁵⁷ C. trav. anc., art. L. 511-1 al. 6.

²⁵⁸ Loi n°82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes.

²⁵⁹ JO. Déb., AN, 28 janv. 1982 p. 582 et 14 avr. 1982, p. 1054 ; JO. Déb., Sénat, 7 avr. 1982, p. 934.

compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat et donc conclu à un moment où se trouvait restaurée l'égalité des parties. L'Assemblée nationale, soucieuse d'affirmer le caractère exclusif de la compétence prud'homale, a supprimé cette dérogation ; le ministre du Travail a toutefois précisé que le recours à l'arbitrage restait prévu par les dispositions du décret n°80-354 du 14 mars 1980. Afin d'éviter toute confusion et tout risque d'interprétation abusive, il semble souhaitable de revenir sur ce point au droit actuel. Il ne peut en effet être question de supprimer le recours possible à l'arbitrage expressément reconnu par le Code civil, et précisé dans le Code de procédure civile, mais il est impératif d'en limiter la possibilité à la période postérieure à l'expiration du contrat. Ne mentionner aucune restriction semblable pourrait conduire à une interprétation trop laxiste admettant par exemple des clauses compromissaires au cours de l'exécution du contrat. C'est donc afin d'éviter toute équivoque que nous vous proposons de revenir sur ce point au texte en vigueur²⁶⁰. » Un autre rapport du Palais du Luxembourg va dans le même sens : « *L'assemblée a également repris la rédaction initiale du paragraphe III, qui paraît exclure si ce n'est en droit tout au moins dans la rédaction même de la loi la possibilité de compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail. Mais il est bien évident que si, comme le spécifie le paragraphe III de cet article tel que transmis par l'Assemblée, toute convention dérogatoire à la compétence des conseils de prud'hommes est réputée non écrite, cette disposition ne saurait empêcher, et le ministre du Travail l'a reconnu, la validité d'un compromis d'arbitrage postérieur au contrat et conforme aux dispositions du décret du 14 mai 1980. On peut comprendre les réticences du Ministre à voir inscrit dans la loi, avec éventuelle valeur incitative, un tel compromis. Mais il serait absurde de penser que le silence à cet égard empêche la signature d'un tel acte. C'est la raison pour laquelle nous vous proposerons là encore d'en revenir au texte voté par le Sénat en première lecture et qui supprime le paragraphe III²⁶¹. »* Le législateur, comme le gouvernement, n'a jamais eu l'intention de supprimer la faculté de compromettre pour les parties à un contrat de travail. Le recours à l'arbitrage en droit du travail est donc envisageable.

247. Positions doctrinales – La majorité de la doctrine considère possible le recours à l'arbitrage en droit du travail. Comme en témoigne, dès 1956, Henri Motulsky : « *Le litige individuel du travail n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage : ni la contestation*

²⁶⁰ Rapport n°237, Sénat, A. Rabineau, Seconde session extraordinaire 1981-1982, rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 5 févr. 1982 et enregistré à la Présidence du Sénat le 26 mars 1982, pp. 26-27.

²⁶¹ Rapport n°267, Sénat, A. Rabineau, Seconde session extraordinaire 1981-1982, annexe au procès-verbal du 14 avr. 1982, p. 10.

*en elle-même, ni la compétence prud'homale ne présentent un caractère d'ordre public assez accentué pour que le seul fait de recourir à l'arbitrage puisse porter atteinte à ce dernier et rendre, pour cette raison, l'arbitrage impossible. Par conséquent, à condition de respecter dans la sentence, les prescriptions d'ordre public qui sont nombreuses en la matière, rien ne s'oppose à ce que le différend né, les parties le soumettent à l'arbitrage*²⁶². » L'un des principaux rédacteurs du code de procédure civile estime que droit du travail et arbitrage ne sont pas antinomiques. Le professeur Hébraud affirme que « *le contrat de travail n'est pas une matière soustraite entièrement et par nature, à l'arbitrage*²⁶³. » D'autres auteurs, plus contemporains, jugent que « *pour les litiges nés en cours d'exécution du contrat de travail, il n'y a pas de possibilité de conclure un compromis d'arbitrage, quand bien même l'existence d'un litige préalable est en principe sa seule condition de validité. En droit du travail, le compromis est valable, à la condition non seulement que le litige soit déjà né, mais encore que le contrat de travail soit rompu*²⁶⁴. » L'arbitrabilité des litiges individuels de travail est donc lié au temps. Une fois le contrat de travail rompu et le litige déjà né, le salarié est libéré de l'emprise du lien de subordination ; ses droits sont de nouveau disponibles ; il peut alors compromettre. Le professeur Clay explique que la restriction de « *la libre disponibilité des droits, notamment ceux du salarié, ne dure que le temps que dure le contrat car c'est pendant cette période que l'on peut craindre l'altération de sa liberté d'engagement par le lien de subordination qui le lie à son employeur. Mais dès que le contrat de travail est rompu, les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent compromettre. L'indisponibilité ne tient donc pas sur la nature des droits (ex : droit de la famille) mais au moment où ils sont exercés*²⁶⁵. »

248. Dès lors le compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail par le salarié et l'employeur à l'occasion d'un litige déjà né est valable. En revanche, la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail est inopposable au salarié.

²⁶² H. Motulsky, *L'arbitrage et les conflits du travail*, Rev. arb., 1956. 78 reproduit in *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, p. 113.

²⁶³ P. Hébraud, « *Domaine de l'arbitrage et de la clause compromissoire, Matières civiles ; actes mixtes et contrat de travail* », obs. sous Cass., soc., 7 févr. 1958, RTD civ. 1958.663, spéc. p. 664.

²⁶⁴ T. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, Dr. Soc., 2010, p. 930.

²⁶⁵ T. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, Dr. Soc., 2010, p. 930.

II- Validité du compromis d'arbitrage

249. **Définition** – Le compromis d'arbitrage peut se définir comme la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige décident d'en confier la solution non à la justice étatique mais à un ou plusieurs arbitres de leur choix²⁶⁶. Contrairement à la clause compromissoire, le compromis est conclu par les parties une fois le litige né.

250. **Absence de subordination** – Il ne fait aucun doute que le compromis d'arbitrage est valable en droit du travail. Celui-ci est conclu après la rupture du contrat de travail. Le salarié n'est plus sous la subordination de son employeur ; il est hors son « influence²⁶⁷. » Il est alors présumé que le salarié, partie réputée faible au contrat de travail, s'est engagé librement, sans pression exercée par son employeur, en connaissance de la procédure particulière d'arbitrage et de ses modalités.

251. **Ordre public de protection écarté** – Une fois le contrat de travail rompu, le salarié retrouve la libre disposition de ses droits. Il peut, par conséquent, conclure un compromis d'arbitrage. Cette solution a été affirmée dans un arrêt du 5 novembre 1984, par la chambre sociale de la Cour de cassation. En l'espèce, un compromis d'arbitrage avait été conclu à la suite de l'insertion dans un contrat de travail d'une clause compromissoire. Un recours en nullité avait été formé contre la sentence arbitrale au motif de la nullité du compromis arbitral conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. La cour d'appel décide de déclarer nulle la clause compromissoire mais de valider le compromis estimant que toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition sans avoir à se référer à une clause compromissoire dont la nullité est sans incidence sur la validité du compromis. La Cour de cassation confirme la position de la cour d'appel déclarant valide le compromis puisque les parties l'ont décidé après la rupture du contrat et que le compromis n'avait pas pour objet de confirmer la clause compromissoire nulle insérée dans le contrat : « *la cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu avant la signature du compromis, en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis*²⁶⁸. » Bien que

²⁶⁶ Assoc. H. Capitant, Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. compromis.

²⁶⁷ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral*, n°109.

²⁶⁸ Cass., soc., 5 novembre 1984, *Société H. c/ T.*, JCP G. 1985, II, 20510, note N.S. : Rev. arb. 1986, p. 47, note M.A. Moreau.

cette décision ait été rendue sous l'empire de la loi du 18 janvier 1979 qui faisait mention de la faculté pour les parties au contrat de travail de conclure un compromis d'arbitrage postérieurement à la rupture du contrat de travail, la solution n'a jusqu'à présent jamais été remise en cause par les juges, à notre connaissance. Mais lorsque le contrat de travail est toujours en vigueur, le compromis d'arbitrage est déclaré nul²⁶⁹, du fait de la non-disponibilité des droits du salarié.

III- Inopposabilité de la clause compromissoire

252. **Définition de la clause compromissoire** – La clause compromissoire est la stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever entre elles. Elle diffère du compromis en ce qu'elle se réfère à un litige éventuel c'est-à-dire non encore né. La clause ainsi insérée dans le contrat rend incompétentes les juridictions étatiques²⁷⁰.

253. La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail empêche le salarié et l'employeur de saisir le conseil de prud'hommes de tout litige né à l'occasion du contrat de travail qui les lie. Le lien de subordination qui existe entre l'employeur et le salarié ainsi que le déséquilibre inhérent à la relation de travail rend une telle clause inopposable au salarié selon la Cour de cassation.

254. **Inopposabilité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail** – La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 novembre 2011²⁷¹, s'est prononcée d'une part sur le principe compétence-compétence en matière prud'homale et sur la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail. En l'espèce, deux salariés avaient été promus au sein de leur entreprise. Ils avaient signé un document intitulé « charte associative » comportant plusieurs dispositions ayant pour objet l'organisation de la société et du groupe. D'autres clauses de cette charte avaient trait aux relations de travail des salariés en question nommés « actionnaires » ou « associés » tels qu'un préavis de six mois, une clause de non-

²⁶⁹ CA Paris, 4 juin 1992, Rev. arb., 1993, p. 449.

²⁷⁰ Assoc. H. Capitant, Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. clause compromissoire.

²⁷¹ Cass., soc., 30 novembre 2011, n°11-12.905 et n°11-12.906 FS-P+B, *SAS Deloitte conseil c/ M.N. et a.* : JurisData n°2011-026639, Dr. soc. 2012. 309, obs. B. Gauriau ; Gaz. Pal. 2012, n°62-63, p. 29, obs. V. Orif ; JCP 2011, n°51, p. 2518, obs. N. Dedessus-Le-Moustier ; JCP S 2012. 42, obs. S. Brissy ; RLDA 2012, note. F. Laronze ; Procédures 2012, p. 19, obs. L. Weiller ; RJC 2012. 18, obs. B. Gauriau ; Lexbase n°N9411BSD note J.-P. Laborde ; RTD Com., 2012, p.351, note A. Constantin ; RJS. 2012, n°181.

concurrence non rémunérée, une clause de non-débauchage, une rémunération, des objectifs, des congés payés ainsi qu'une clause compromissoire. Les salariés ont démissionné et ont saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir la nullité des dispositions de la charte qu'ils considèrent comme un avenant au contrat de travail et non comme un quelconque pacte d'associés ou contrat d'association. La société a soulevé l'incompétence de la juridiction prud'homale au nom du principe compétence-compétence conformément à la clause compromissoire contenu dans la charte. Saisie en contredit, la cour d'appel de Versailles a constaté que la charte associative constituait un avenant au contrat de travail et a, par conséquent, déclaré la clause compromissoire inopposable. La société a alors formé un pourvoi en cassation arguant d'une mauvaise application du principe compétence-compétence et de la validité de la clause compromissoire insérée dans la charte associative vue comme un pacte extra-statutaire. La chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'il « résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale. » Elle rend, en conséquence, **la clause compromissoire inopposable aux salariés** considérant la charte associative **comme un avenant au contrat de travail**.

255. *Une position doctrinale majoritaire erronée* – À la suite de l'arrêt du 30 novembre 2011, la doctrine a considéré, à tort, que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail était nulle²⁷² ou inapplicable²⁷³ ou encore non-écrite²⁷⁴. Or, en droit civil, l'inopposabilité d'une clause contractuelle a pour effet de rendre inefficace ladite clause à l'égard du tiers, elle sanctionne une irrégularité contemporaine de la formation du contrat. Contrairement à la nullité, elle ne remet pas en cause l'acte entre les parties ; elle en neutralise simplement les effets à l'égard des tiers²⁷⁵. Le contrat est alors d'une efficacité limitée mais n'est pas nul : il garde son caractère obligatoire entre les parties²⁷⁶. S'il s'agissait d'une nullité, elle serait relative en raison du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient²⁷⁷. La nullité relative concerne les cas où la règle méconnue protégeait un intérêt particulier. La nullité est alors « relative à un contractant »,

²⁷² Note E. Loquin, L'inapplicabilité du principe compétence-compétence en matière prud'homale, RTD Com. 2012, p. 528 ; RJS 2012, n° 181 ; E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral*, n°107.

²⁷³ Obs. N. Dedessus-Le-Moustier, *Exclusion du recours à l'arbitrage en matière prud'homale*, JCP 2011, n°51, p. 2518.

²⁷⁴ Note A. Constantin, RTD Com., 2012, p.351.

²⁷⁵ B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, p. 189, n°211.

²⁷⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14 éd., LGDJ, p. 160, n°201.

²⁷⁷ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1020 : Arbitrage. – Compromis et Clause compromissoire*, n°7.

celui qui était protégé par la règle méconnue. Seul ce dernier est en droit d'invoquer la nullité²⁷⁸. En jurisprudence, il est entendu que l'application de cette notion sanctionne une règle de protection²⁷⁹. Dans l'hypothèse où la clause serait réputée non-écrite, cela signifierait que la clause est contraire à la loi ; elle est donc réputée n'avoir jamais existé. Cette technique permet, plutôt que de laisser l'invalidité d'une clause gagner l'ensemble du contrat, d'éradiquer ladite clause²⁸⁰.

256. La doctrine majoritaire semble s'appuyer sur le fait que le principe compétence-compétence n'est pas absolu pour justifier de la nullité de la clause compromissoire. Le principe compétence-compétence a un double effet. D'une part, il a un effet positif selon lequel, lorsque la compétence de l'arbitre est contestée, c'est à lui qu'il revient de statuer sur sa compétence. Il a, d'autre part, un effet négatif qui impose aux juridictions étatiques de s'abstenir de connaître non seulement de tous les litiges couverts par une convention d'arbitrage mais aussi des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral tant que les arbitres ne se sont pas prononcés sur celles-ci. Cependant, si l'arbitre est le « juge naturel de sa propre compétence²⁸¹ », le code de procédure civile en son article 1448, alinéa 1^{er} réserve une exception : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente **sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.*** » En l'espèce, les juridictions étatiques ont considéré que la clause compromissoire était manifestement inapplicable. Elles ont, par conséquent, écarté le principe compétence-compétence. Les auteurs paraissent penser que c'est en raison de la nullité de la clause que les juridictions étatiques se sont prononcées sur le litige. Or, c'est bien parce que les salariés ont argué de l'inopposabilité de la clause à leur égard, c'est-à-dire son inapplicabilité, que le principe compétence-compétence a été écarté. Les juges du fond comme la Cour de cassation n'ont jamais qualifié la clause compromissoire de nulle. Les conséquences sont très différentes.

257. *Conséquences de l'inopposabilité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail* – L'inopposabilité était définie par le doyen Carbonnier comme une « *inefficacité*

²⁷⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14 éd., LGDJ, p. 165, n°207.

²⁷⁹ Cass., 3^e. civ., 20 févr. 2002, Bull. civ., III, n°43 – illustration à propos de la nullité d'un contrat de sous-traitance pour défaut de cautionnement.

²⁸⁰ B. Fages, *Droit des obligations*, 5 éd., LGDJ, p. 186, n°210.

²⁸¹ L. Bernheim-Van de Casteele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Thèse, dir. et préf. T. Clay, n°352, Bruylant.

de l'acte à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties²⁸². » En ce qui concerne la clause compromissoire, si celle-ci reste valable entre les parties, elle est inefficace. La sanction de l'inopposabilité choisie par la Cour de cassation n'est pas une inopposabilité classique, vis-à-vis des tiers, mais une inopposabilité au sens générique ; l'acte (le contrat de travail) est en lui-même maintenu mais ses effets (les effets de la clause compromissoire) sont neutralisés à l'égard de la personne qui est en droit de ne pas en souffrir (le salarié), à charge pour elle de faire déclarer en justice la circonstance qui justifie cette neutralisation²⁸³. De cette solution découle, une sorte de droit d'option pour le salarié. Partie à un contrat de travail comportant une clause compromissoire, il pourra faire le choix de maintenir l'efficacité d'une telle clause en ne s'opposant pas à l'arbitrage ou, au contraire, l'exclure en s'y opposant « s'il y voit, à tort ou à raison, un danger ou un inconvénient²⁸⁴. » Dans la première hypothèse, l'affaire sera jugée par un tribunal arbitral dont les membres seront choisis par les parties. Il conviendra cependant pour les parties de conclure un compromis d'arbitrage, une fois le contrat rompu, afin de « sécuriser » l'arbitrage, en particulier pour l'employeur car, sinon, le salarié pourra *a posteriori* s'opposer au jeu de la clause compromissoire. En l'absence de jurisprudence établie sur le sujet, une solution « sécurisée » et « sécurisante » devra être choisie.

258. Avantages de la sanction de l'inopposabilité – L'inopposabilité permet au salarié de conserver une protection contre un choix auquel il n'a pas nécessairement consenti librement. Le salarié qui conclut un contrat de travail n'est pas automatiquement en position de négocier les clauses de celui-ci. Le plus souvent, le contrat de travail est un contrat négocié à la marge, voire est un contrat d'adhésion. L'espèce de l'arrêt du 30 novembre 2011 illustre le non-choix qu'avaient les salariés au moment de la signature de la charte associative, considérée comme un avenant au contrat de travail, ils étaient promus et ne pouvaient guère refuser de signer une charte qui était la condition de leur promotion. De surcroît, l'inopposabilité est une sanction qui permet également aux salariés de refuser le jeu d'une clause compromissoire qui pourrait s'avérer lourde d'un risque d'iniquité. En effet, la procédure qui est décidée dans la clause compromissoire, véritable convention d'arbitrage, peut être déséquilibrée. Elle peut également être coûteuse pour un salarié qui n'aurait pas prévu une procédure onéreuse car l'arbitrage est une procédure privée ; elle implique un coût qui est loin d'être équivalent à celui de la justice

²⁸² J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. *Quadrige Manuels*, 1^{ère} éd., 2004, spéc. vol. 2, n°1024.

²⁸³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. inopposable.

²⁸⁴ T. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?*, *Dr. Soc.*, n°9/10 Septembre-Octobre 2010, p. 930.

étatique publique. De plus, cette protection est également favorable au salarié s'agissant du lieu de l'arbitrage. Ce dernier est décidé dans la clause compromissoire et peut s'avérer très éloigné du domicile du salarié, ce qui engendrera des frais supplémentaires. Enfin, le droit français de l'arbitrage est un droit « anti-formaliste²⁸⁵. » Il ne requiert que très peu d'exigences formelles. Cette quasi absence de formalisme peut être néfaste pour le salarié. Son consentement à la convention d'arbitrage peut être vicié par suite de ce manque d'informations. Aucune obligation d'information ne pèse sur l'employeur, partie réputée forte au contrat, laissant dès lors le salarié, dans l'ignorance. Si le salarié juge que les garanties d'un arbitrage équitable et juste sur lequel il a été préalablement informé ne sont pas réunies, il a alors la possibilité de refuser le jeu de la clause compromissoire. La faculté pour le salarié de rendre la clause compromissoire inopposable rend effective le droit fondamental d'accès à la justice *étatique*.

§2- Le déroulement de la procédure d'arbitrage

259. **Procédure d'arbitrage** – L'arbitrage suppose la conclusion d'une convention d'arbitrage, véritable cœur du processus, qui va régler en grande partie le procès arbitral (I) et va aboutir au prononcé d'une sentence (II).

I- La convention d'arbitrage comme outil de règlement du procès arbitral

260. La convention d'arbitrage peut être matérialisée de deux manières : soit par une clause compromissoire insérée dans le contrat principal, soit par un compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat et une fois le litige né (A). Pour que la convention soit valable, elle doit contenir un certain nombre d'éléments (B) et permettre la désignation d'un ou de plusieurs arbitres (C) tenus de respecter les principes directeurs du procès (D).

A- Matérialisation de la convention d'arbitrage

261. **Forme légale de la convention d'arbitrage** – L'article 1442 du code de procédure civile dispose que : « *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.* »

²⁸⁵ M. de Boisséson, « La nouvelle convention d'arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso Éditions, p. 81.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage. »

La convention d'arbitrage, qu'elle soit une clause compromissoire ou un compromis, a un double effet : soustraire le différend à la justice étatique ; constituer un tribunal arbitral.

262. Nature de la convention d'arbitrage – Le compromis et la clause compromissoire sont des conventions de procédure qui ont pour objet l'exercice du droit d'action. Elles produisent une restriction du droit d'action des parties qui les a acceptées relativement au litige entrant dans leur champ d'application²⁸⁶. L'action en justice ne pourra être portée que devant des arbitres. En cas de contestation sur leur compétence, il leur revient, en vertu du principe compétence-compétence, de statuer sur leur propre compétence.

263. Indépendance de la clause compromissoire et du compromis – Tant le compromis que la clause compromissoire sont des conventions d'arbitrage. Elles sont donc indépendantes l'une de l'autre et se suffisent à elles-mêmes²⁸⁷. Une clause compromissoire ne rend pas nécessaire la conclusion d'un compromis. La Cour de cassation a jugé que « la rédaction d'un compromis ne s'impose pas dès lors que l'arbitrage résultait d'une clause compromissoire, et cela même si la clause compromissoire prévoyait la rédaction d'un compromis²⁸⁸. » De même, la participation sans réserve d'une partie à l'arbitrage vaut de la part de la partie qui invoque la nullité de la clause compromissoire renonciation à ce droit. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que l'absence de signature par l'une de parties de la convention qualifiée par elles de compromis n'affectait pas la validité de la sentence s'il existait une clause compromissoire²⁸⁹. En revanche, un compromis peut être conclu une fois le litige né et ceci même en présence d'une clause compromissoire. Le compromis n'aura alors valeur de convention d'arbitrage que s'il modifie les éléments essentiels de la clause compromissoire, telles que les modalités de désignation des arbitres.

²⁸⁶ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1020 : Arbitrage. – Compromis et Clause compromissoire*, n°5.

²⁸⁷ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1020 : Arbitrage. – Compromis et Clause compromissoire*, n°6.

²⁸⁸ Cass., civ. 2e., 11 juill. 2002, n°00-21.823, *JurisData* n°2002-015169 ; *Rev. arb.* 2004, p. 285.

²⁸⁹ Cass., civ. 2e., 21 nov. 2002, n°01-10.047 : *JurisData* n° 2002-016560 ; *Rev. arb.* 2004, p. 287. - Les cahiers de l'arbitrage, sous la dir. A. Mourre, vol. 2 : *Gaz. Pal.*, 2004, p. 304.

B- Contenu de la convention d'arbitrage

264. La convention d'arbitrage comporte un contenu obligatoire (1) et un contenu facultatif (2).

1- Contenu obligatoire

265. **Convention d'arbitrage et droit des contrats** – Selon l'article 1134, alinéa 1^{er} du code civil, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »

Le futur article 1103 du code civil, né de l'ordonnance du 10 février 2016²⁹⁰ qui modifie le droit des obligations, dispose que : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* » Mais le contrat doit être exempt de vice. À défaut, il sera déclaré nul. L'article 1108 du code civil décide que « *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

*Sa capacité de contracter*²⁹¹ ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement :

Une cause licite dans l'obligation. »

Le futur article 1128 du code civil issu de l'ordonnance de 2016 dispose que : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat :*

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain. »

266. **Consentement** – Le consentement fait écho à la rencontre des volontés, la condition de formation du contrat. Dans l'hypothèse où le consentement d'une partie à la convention d'arbitrage n'aurait pas été recueilli, la convention serait nulle. L'erreur doit porter sur « *la substance même de la chose qui est l'objet* » de la convention pour entraîner la nullité de celle-ci. Il semblerait qu'une erreur qui porterait sur le litige soumis aux arbitres serait envisageable. L'erreur sur une qualité substantielle a pu être reconnue notamment en raison

²⁹⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁹¹ V. n°240 à 258, I- Le recours à l'arbitrage.

d'une erreur sur la personne de l'arbitre relative à son indépendance²⁹². Le dol et la violence pourraient également être retenus. Mais en pratique, les vices du consentement sont très rarement plaidés ou retenus.

267. Volonté d'exclure la compétence des juridictions étatiques – Les parties doivent prêter une attention particulière à la rédaction de la convention d'arbitrage. Il est nécessaire qu'elles expriment clairement leur volonté de soumettre leur différend à un tribunal arbitral et d'exclure la compétence des juridictions étatiques. La jurisprudence est très stricte sur ce point et en cas de doute, fait prévaloir les juridictions étatiques. Ainsi, dans une affaire, les parties avaient conclu une convention d'arbitrage stipulant la constitution d'un tribunal arbitral et la désignation d'une juridiction étatique. Les juges ont déclaré lesdites clauses « inconciliables » et non écrites car « *aucun élément ne [permettait] de retenir que les parties ont eu l'intention de recourir prioritairement à l'arbitrage*²⁹³. » Par conséquent, en matière sociale, les parties ne pourraient à la fois désigner compétents un tribunal arbitral et le conseil de prud'hommes, la convention exclurait nécessairement la compétence de ce dernier.

268. Objet de la convention d'arbitrage – L'objet principal de la convention d'arbitrage est de porter un litige devant un tribunal arbitral en le soustrayant à la compétence d'une juridiction étatique.

269. Objet du litige – Il existe une distinction entre l'objet de la clause compromissoire et l'objet du compromis. La clause compromissoire détermine son domaine d'application avant la naissance du litige. Il est généralement délimité largement afin de rendre effectif l'arbitrage. Ainsi, seront attraités devant le tribunal arbitral tous les litiges nés de la relation contractuelle des parties. Celles-ci pourront restreindre ou élargir le domaine d'application de la clause compromissoire par la conclusion d'un compromis, une fois le litige né. S'agissant de l'objet du compromis, celui-ci doit rendre déterminable le litige. Ce sont les parties qui donnent compétence aux arbitres ; celle-ci ne peut être que spéciale. Les arbitres ne bénéficiant pas comme les juges étatiques d'une délégation permanente du pouvoir de juger, leur investiture est propre à un litige déterminé et limitée à ce que les parties à l'arbitrage ont, d'un commun accord, décidé de soustraire à la compétence du juge étatique²⁹⁴.

²⁹² Cass. com., 16 juill. 1964 : Gaz. Pal. 1964, 2, p. 371 ; CA Paris, 8 mai 1970, D. 1970, p. 635, note Robert ; Cass. civ. 2^e., 13 avr. 1972 : D. 1973, p. 2, note Robert.

²⁹³ CA Paris, 22 nov. 2000, n°2000/12712, JurisData n°2000-143196, RTD com. 2001, p. 57, E. Loquin.

²⁹⁴ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1020 : Arbitrage. – Compromis et Clause compromissoire*, n°28.

270. **Quasi absence de formalisme de la convention d'arbitrage** – Le droit de l'arbitrage est très peu formaliste, ce qui laisse aux parties une grande liberté dans l'organisation de la procédure d'arbitrage. Toutefois, un écrit est requis.

271. **Exigence d'une convention d'arbitrage écrite** – L'article 1443 du code de procédure civile dispose : « À peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. » L'écrit constitue donc une condition de validité de la convention d'arbitrage. À défaut, les parties doivent recourir à la justice étatique. La convention n'a pas à être écrite en caractères très apparents comme c'est le cas pour les clauses attributives de compétence conformément à l'article 48 du code de procédure civile²⁹⁵.

2- Contenu facultatif

272. **Désignation des arbitres** – La convention d'arbitrage doit déterminer les modalités de désignation des arbitres ou directement les désigner. L'article 1444 du code de procédure civile dispose que « la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. À défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454. » La Cour de cassation encadre les modalités de désignation des arbitres. Elle a fait émerger un principe selon lequel l'ordre public procédural impose que les parties puissent participer à la constitution du tribunal arbitral sur un plan de parfaite égalité²⁹⁶. Ce principe impose donc que « les parties aient les mêmes droits en matière de désignation des arbitres²⁹⁷. » Une autre solution s'offre aux parties, elles peuvent décider que la désignation des arbitres s'effectuera conformément à un règlement d'arbitrage. À défaut d'accord de volonté, la désignation des juges arbitraux se fera conformément aux articles 1451 à 1454 du code de procédure civile. En effet, le code de procédure civile prévoit des règles supplétives de la volonté des parties permettant de suppléer aux lacunes de la convention d'arbitrage ou du règlement d'arbitrage. L'article 1451, alinéa 3 dispose que « si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un

²⁹⁵ Cass. com., 5 déc. 1989, n°87-10.813, JurisData n°1989-004023 ; Rev. arb. 1990, p. 649 ; CA Paris, 22 janv. 2002, Les cahiers de l'arbitrage, ss dir. A. Mourre, vol. 2 : Gaz. Pal., 2004, p. 303.

²⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, n°89-18.708 et n°89-18.726, JurisData n°1992-000724 ; Rev. arb. 1992, p. 470, P. Bellet ; RTD com. 1992, p. 796, obs. E. Loquin.

²⁹⁷ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 792.

arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459. » L'article 1452 prévoit deux cas de figure, d'une part, la désignation d'un seul arbitre et d'autre part, la désignation de trois arbitres : « *En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :*

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation. »

Le code de procédure civile mentionne l'intervention du « juge d'appui. » Celui-ci est un juge étatique issu du tribunal de grande instance (ou du tribunal de commerce) qui est chargé de trancher les difficultés nées de la constitution du tribunal arbitral.

273. *Recours à des institutions d'arbitrage*²⁹⁸ – Les institutions d'arbitrage prennent le plus souvent la forme de centres d'arbitrage qui ont la charge d'organiser le processus d'arbitrage. La désignation de l'institution d'arbitrage procède de l'accord des parties exprimé dans la clause compromissoire ou dans le compromis d'arbitrage. Ce recours à une institution d'arbitrage se matérialise par un contrat entre les parties et l'institution. Celui-ci suppose l'acceptation des deux parties. Une seule d'entre elles ne peut saisir une institution d'arbitrage. La fonction de l'institution est essentiellement administrative. Elle garantit aux parties que le tribunal arbitral puisse être effectivement constitué. L'institution peut désigner les arbitres pour contourner l'inaction de l'une des parties, remplacer un arbitre en cas d'empêchement, de démission ou de décès de celui-ci, et même le démettre en cas d'inaction. Elle gère les cas de récusation, fixe les honoraires des arbitres et s'occupe de leur versement. L'institution est tenue à plusieurs obligations selon la jurisprudence. Elle doit garantir aux parties « un procès équitable²⁹⁹ » selon le tribunal de grande instance de Paris. Ce dernier précise que doivent être offertes aux parties « les garanties essentielles destinées à assurer un

²⁹⁸ V. Règlement d'arbitrage du Centre National d'Arbitrage du Travail – Annexe.

²⁹⁹ TGI Paris, 30 oct. 1986, 28 janv. 1987 : Rev. arb. 1987, p. 371.

procès équitable au sens du droit interne et des engagements internationaux souscrits par la France, spécialement les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et 14 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques » dans le but « d'assurer aux parties une égalité de traitement au cours de la procédure. » L'institution doit se comporter « de manière neutre et objective. » En dépit du fait que la Cour de cassation ait décidé que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales « s'imposait aux États signataires et non pas à une association qui ne constitue pas une juridiction³⁰⁰ », il doit être admis que l'ordre public processuel doit s'imposer tant au tribunal arbitral qu'à l'institution d'arbitrage³⁰¹. La doctrine estime qu'il est souhaitable que l'article 1464, alinéa 3 du code de procédure civile prévoyant que « *les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* » s'applique également à l'institution de l'arbitrage. Des juges du fond ont admis que l'institution d'arbitrage « [devait] fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace, c'est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée³⁰². » En matière d'arbitrage international, l'article 1510 du code de procédure civile dispose : « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.* » Cette disposition devrait être transposée à l'arbitrage interne et à l'institution d'arbitrage. Les institutions d'arbitrage ont également un rôle dans la désignation des arbitres. Certains centres imposent aux parties de désigner des arbitres « agréés » par leurs soins. « *Le centre veille en général à sa réputation en évitant que ne soit désignés par les parties des arbitres dont la compétence ou la moralité serait douteuse, ou qui, par exemple n'auraient pas le plein exercice de leurs droits civils comme le prévoit l'article 1451 du Code de procédure civile, ou dont on peut craindre la pusillanimité, ou qui ont la réputation de traîner en longueur*³⁰³. » L'institution souhaite, par le biais de « listes fermées », assurer l'efficacité la plus grande de l'arbitrage. Le choix des arbitres est un élément essentiel. Le tribunal arbitral doit être composé de professionnels, de praticiens et de spécialistes compétents. La fonction juridictionnelle de l'arbitrage l'impose. Par conséquent, les arbitres sont donc sélectionnés afin de garantir aux parties l'efficacité et l'effectivité du processus arbitral. Ces listes fermées ne sont pas l'expression d'une défiance dans le choix des arbitres par les parties, ni une restriction de leurs droits mais davantage une protection et une garantie supplémentaires. Enfin, dans l'hypothèse où le règlement de

³⁰⁰ Cass. 1re civ., 20 févr. 2001 : Rev. arb. 2001, p. 511, note T. Clay. - C. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. arb. 1989, p. 573.

³⁰¹ Rev. arb. 2001, p. 511, note T. Clay. ; C. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* : Rev. arb. 1989, p. 573.

³⁰² CA Paris, 22 janv. 2009, JDI 2009, p. 617, note T. Clay.

³⁰³ E. Robine, *Le choix des arbitres*, Rev. arb., 1990, p. 315.

l'institution d'arbitrage le prévoit, celle-ci a le pouvoir de récuser un arbitre d'office ou à la demande d'une des parties, ou encore de proroger le délai de la procédure d'arbitrage. Les arbitres ne peuvent proroger seuls leur mission et une sentence rendue hors délai est nulle. L'intervention du centre d'arbitrage est donc parfois nécessaire en cas de manœuvres dilatoires d'une partie ou afin d'éviter le recours au juge étatique.

En outre, en droit du travail, l'obligation de recourir à de tels centres d'arbitrage constituerait une garantie efficace pour les droits du salarié.

274. Choix de l'équité ou du droit – L'article 1478 du code de procédure civile dispose que : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.* » Les parties ont donc le choix de prévoir au sein de la convention d'arbitrage que leur différend sera réglé en droit ou en équité par les arbitres. Il découle des dispositions de l'article 1478 que le silence des parties sur la façon de trancher le litige oblige les arbitres à statuer en droit. L'équité ou l'amiable composition n'est que subsidiaire et doit faire l'objet d'un accord entre les parties. L'amiable composition se caractérise, selon la doctrine³⁰⁴, comme « *une renonciation globale à la sanction de l'ensemble des droits subjectifs qu'elles ont acquis relativement au litige.* » Selon la jurisprudence, « la clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences et stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige³⁰⁵. » Cette façon de trancher le litige est une « variété³⁰⁶ » d'arbitrage tenant à la prise en considération d'éléments non juridiques, de faits, du contexte. Les arbitres ne sont pas tenus de suivre, sauf si elles sont d'ordre public, les règles de droit (de fond ou de procédure). Ils ont le pouvoir d'écarter la règle de droit normalement applicable, sans être privés du pouvoir de statuer en droit. Leur mission est alors de rechercher la solution la plus adéquate et non la plus juste juridiquement.

³⁰⁴ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1038 : Arbitrage. – Instance arbitrale. – Arbitrage de droit et amiable composition. – Statut*, n°19.

³⁰⁵ CA Paris, 28 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997.380, note E. Loquin ; Cass., Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2007, n°06-16.835, D. 2008.26 obs. X. Delpech, *Rev. arb.*, 2008.99, note V. Chantebout, note E. Loquin, *Le contrôle par le juge de l'annulation du respect par l'amiable compositeur de sa mission*, *RTD com.* 2008.521 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n°07-19.915 D. 2009.173, obs. X. Delpech, note E. Loquin, *Le contrôle de l'exercice par l'arbitre de son pouvoir d'amiable compositeur, suite !*, *RTD Com.* 2009, p. 550.

³⁰⁶ R. David, *Qu'est-ce que l'arbitrage ? Liber amicorum to Algo Bagge*, 1955, p. 37.

275. *Voies de recours contre la sentence arbitrale* – L'article 1489 du code de procédure civile énonce que « *la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.* » L'appel n'est ouvert que si les parties ont expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage. L'affaire pourra être rejugée soit par des arbitres différents de ceux de première instance, soit par une cour d'appel, juridiction étatique. La cour d'appel statue dans les limites de la convention d'arbitrage³⁰⁷. Elle statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission. Si l'opposition et le pourvoi en cassation sont expressément exclus contre la sentence arbitrale en vertu de l'article 1503 du code de procédure civile, l'appel et le recours en annulation de la sentence arbitrale sont possibles. Le décret du 13 janvier 2011³⁰⁸ fait du recours en annulation le recours de droit commun, l'appel étant fermé sauf volonté contraire des parties. L'article 1491 pose le principe selon lequel « *la sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties.* » Si les parties en décident autrement, le même article prévoit que « *toute stipulation contraire est réputée non écrite.* » Cependant, l'article suivant restreint le principe du recours en annulation en fixant une liste limitative de cas d'ouverture de ce recours : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

- 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou*
- 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou*
- 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou*
- 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou*
- 5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou*
- 6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix. »*

Si la cour d'appel fait droit au recours en annulation, la conséquence sera l'annulation de la sentence arbitrale.

³⁰⁷ CPC, art. 1490 al. 2 ; Cass. civ. 1^{ère}., 18 mai 2005, n°03-12.047, Bull. civ. I, n° 208.

³⁰⁸ Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

C- L'arbitre

276. **Conditions pour exercer la fonction d'arbitre**³⁰⁹ – L'article 1450 du code de procédure civile dispose que : « *La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.*

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage. »

L'arbitre doit être une personne physique et disposer du plein exercice de ses droits, ce qui renvoie à la capacité civile (l'arbitre ne peut pas être un mineur ou un majeur protégé). Il est fait interdiction à une société ou à un centre d'arbitrage de juger eux-mêmes le litige et de rendre en leur nom la sentence. Cependant, la désignation dans la convention d'arbitrage d'une personne morale ne rend pas nulle la convention ou la clause la mentionnant. Elle pourra seulement organiser l'arbitrage. En pratique, les parties mentionnent dans leur convention une institution d'arbitrage.

277. **Indépendance de l'arbitre** – L'arbitre doit avoir certaines qualités. Celles-ci sont des garanties nécessaires à une bonne justice et à la protection des parties et justifiées par leur fonction juridictionnelle. La Cour de cassation impose à l'arbitre d'être indépendant et impartial et le rappelle régulièrement. Elle a estimé que « *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle que soit par ailleurs sa source et est l'une des qualités essentielles des arbitres*³¹⁰. » La cour d'appel de Paris juge que « *l'indépendance d'esprit est de l'essence de la fonction, juridictionnelle de l'arbitre en ce sens qu'il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance, notamment avec les parties*³¹¹. » Un problème se pose car l'arbitre est un juge privé qui offre *a priori* moins de garanties d'indépendance que le juge étatique. L'arbitre est souvent un praticien qui connaît le domaine qu'il juge car il y évolue. Il connaîtra potentiellement, les parties, aura entendu parler d'elles, pourra avoir un parti pris. S'il est avocat, il peut être suspecté d'avoir été ou d'être le conseil de l'une des parties à l'arbitrage ou de souhaiter le devenir ou encore d'être ou d'avoir été lié avec un avocat d'une des parties. L'article 1456 du code de procédure civile énonce en son alinéa 2 que : « *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance*

³⁰⁹ V. Règlement d'arbitrage du Centre National d'Arbitrage du Travail – Annexe.

³¹⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 13 avr. 1972, Rev. arb., 1975, p. 235, note E. Loquin.

³¹¹ CA Paris, 23 févr. 1999, RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin.

ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.» L'arbitre a donc une obligation de révélation qui peut s'apparenter à une obligation de sincérité ou une obligation de transparence vis-à-vis des parties. Une non révélation peut rendre irrégulière la constitution du tribunal arbitral. La doctrine³¹² reconnaît une double fonction à l'obligation de révélation : d'une part, elle est au service de l'obligation d'indépendance mise à la charge de l'arbitre, mais d'autre part, elle a pour fin de « préserver le lien de confiance entre les arbitres et les parties. » L'absence de révélation peut avoir deux conséquences : la partie qui en aura connaissance pourra soit demander la récusation de l'arbitre si la sentence n'est pas encore rendue, soit demander l'annulation de la sentence, si celle-ci a déjà été rendue. La jurisprudence a d'ailleurs posé un principe général d'indépendance propre à la fonction de l'arbitre. La Cour de cassation a énoncé « *qu'il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle*³¹³. »

La Cour a également précisé que l'article 341 du Code de procédure civile, qui est relatif aux cas de récusation en renvoyant à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, « *n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction*³¹⁴ ». L'arbitre peut donc être considéré comme dépendant de l'une des parties pour des faits non prévus par ce texte.

En premier lieu, il ne peut être toléré que l'arbitre entretienne un quelconque lien avec les parties : il ne peut y avoir aucun lien de parenté entre l'arbitre et les parties ni de lien de subordination ; lorsque l'arbitre a été le conseil, l'avocat ou un expert d'une des parties, il convient de démontrer que « la situation est de nature à affecter le jugement de l'arbitre³¹⁵. »

La jurisprudence procède au cas par cas sur ce point.

En second lieu, l'existence de liens entre l'arbitre et l'avocat d'une des parties est de nature à faire douter de l'indépendance de l'arbitre. Cependant les juridictions tendent à atténuer cette suspicion en particulier lorsqu'il n'existe plus de relations entre l'avocat et l'arbitre depuis

³¹² E. Loquin, *La dualité des fonctions de l'obligation de révélation*, Mél. P. Merle, D. 2013, p. 437.

³¹³ Cass., civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, D. 1999, p. 498, note P. Courbe.

³¹⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 155 ; RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin.

³¹⁵ CA Paris, 23 mars 1995, RTD com. 1995, p. 588, obs. E. Loquin.

plusieurs années : « les relations d'intérêts avec le cabinet d'avocats sont éloignées dans le temps puisqu'elles se sont terminées début 2012 et n'ont duré qu'un peu plus d'une année³¹⁶. » En troisième lieu, les juridictions vérifient les liens qui peuvent exister entre une partie et le cabinet d'avocats de l'un des arbitres (lorsque celui-ci travaille dans celui-ci). Des conflits d'intérêts peuvent apparaître lorsque le cabinet dans lequel travaille l'arbitre est le conseil habituel d'une des parties, sans que l'arbitre lui-même ne soit son avocat, ou encore qu'elle soit le conseil d'une société appartenant au même groupe qu'une société partie à l'arbitrage³¹⁷.

278. **Impartialité de l'arbitre** – L'impartialité vise un état d'esprit, un « ressenti » causé par un comportement qui fait douter le justiciable des garanties offertes. Les juridictions ne retiennent comme preuve de la partialité que des faits objectifs faisant présumer celle-ci, tel est le cas où un arbitre avait déjà un avis sur le litige³¹⁸. La partialité de l'arbitre peut se manifester pendant l'instance, par un comportement hostile à une partie. Selon la doctrine³¹⁹, il existe un lien entre le principe d'égalité des parties et l'impartialité de l'arbitre. « *Des violations significatives et répétées du principe d'égalité des parties par le tribunal arbitral peuvent constituer des faits concrets propres à caractériser la partialité du tribunal arbitral. Ainsi, la vérification du respect du principe d'égalité par le tribunal arbitral serait un moyen de contrôler l'impartialité de l'arbitre*³²⁰. » Cependant, il n'existe pas, à notre connaissance, de décision allant dans ce sens.

279. **Immunité de l'arbitre** – Il existe un principe d'immunité de l'arbitre. Celui-ci résulte de la nature juridictionnelle de sa fonction. L'immunité des arbitres a pour fonction de protéger l'arbitre dans sa fonction de juge contre les actions que les parties voudraient engager contre lui. Cette immunité est de source jurisprudentielle. Cependant, l'immunité des arbitres n'est pas absolue. Si la Cour de cassation refuse d'écarter l'immunité de l'arbitre pour mal jugé³²¹.

³¹⁶ TGI Paris, Ord. réf., 6 mai 2014, n°14/5360.

³¹⁷ CA Paris, 12 févr. 2009, Rev. arb., 2009, p. 186, note T. Clay ; CA Reims, 2 nov. 2011 : Rev. arb. 2011, p. 112, note M. Henry ; CA Paris, 14 oct. 2014, n°13/13459 : JurisData n°2014-025355 ; ; JCP G 2014, 1272, note H. Guyader ; D. 2014, p. 2549, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 21-22 nov. 2014, p. 18, obs. D. Bensaude ; Cah. arb. 2014/4, p. 795, note D. Cohen ; Rev. arb. 2015, p. 151, note M. Henry.

³¹⁸ Cass., civ. 2^e, 13 avr. 1972, JCP G 1972, II, 17189, note P. Level ; CA Versailles, 14 nov. 1996, RJDA 1997, n°144.

³¹⁹ E. Loquin, *À la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial international*, Cah. arbitrage 2008, n° 2, p. 5 à 20.

³²⁰ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1015 : Arbitrage. – L'arbitre. – Conditions d'exercice. – Statut*, n°45.

³²¹ Cass., civ. 1^{ère}, 15 janv. 2014, n°11-17.196 : JurisData n°2014-000266 ; Bull. civ. 2014, I, n° 1 ; Procédures 2014, comm. 72, note L. Weiller ; JCP G 2014, 231, note P. Chevalier ; JCP E 2014, 1079.

Elle a toujours réservé, comme exception au principe de l'immunité de l'arbitre³²², la fraude, le dol ou la faute lourde, ou encore « la faute personnelle d'une extrême gravité, ou témoignant d'une intention malicieuse. »

280. **Obligations contractuelles de l'arbitre** – L'arbitre est un « prestataire de service juridictionnel³²³. » La relation contractuelle qui se noue entre l'arbitre et les parties est un contrat de prestation de service appelé contrat d'arbitre ou contrat d'arbitrage³²⁴.

S'agissant des obligations proprement dites, les parties à la convention d'arbitrage peuvent spécifier que l'arbitre devra répondre à certaines conditions, notamment de compétence telles que l'appartenance à une profession, des connaissances « pointues » dans un domaine particulier ...

L'arbitre a également l'obligation de trancher le litige qui lui est soumis. L'article 1457 alinéa 1^{er} du code de procédure civile dispose que : « *Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci.* » Cependant, le terme de la mission n'équivaut pas nécessairement au prononcé de la sentence. En effet, les parties peuvent transiger avant qu'une décision arbitrale ne soit rendue.

L'arbitre s'engage également à ne pas laisser épuiser le délai d'arbitrage. La doctrine considère qu'il s'engage, implicitement, dans la convention d'arbitrage, à préserver l'instance arbitrale d'une extinction en raison de l'épuisement du délai d'arbitrage³²⁵. La Cour de cassation a qualifié cette obligation d'obligation de résultat : « *en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties, ou faute de celles-ci de le solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence et ont engagé leur responsabilité*³²⁶. » Si l'arbitre veut éviter d'engager sa responsabilité, il doit proposer aux parties de proroger le délai d'arbitrage. En cas de refus de l'une d'entre elles, il peut demander à l'autre partie de saisir le juge d'appui afin d'obtenir une prorogation judiciaire du délai d'arbitrage. À défaut, il lui appartient de saisir lui-même le juge d'appui à cette fin, en vertu de l'article 1460 du code de procédure civile.

³²² Cass., civ. 1^{ère}, 13 oct. 1953, Bull. civ. 1953, I, n° 224. ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, JCP G 1996, I, 3938, obs. L. Cadet. ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 1996, JCP G 1996, IV, 2171.

³²³ F.-X. Train, *L'arbitre, prestataire de service juridictionnel*, Revue Lamy de droit civil, 2006, n°26, 01/04/2006.

³²⁴ A. Ditchev, *Le contrat d'arbitrage, Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer*, Rev. arb. 1981, p. 395.

³²⁵ M. Henry, *La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive*, Cah. arbitrage, 2015-2, 313.

³²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, JurisData n°2005-031141 ; JCP G 2006, 1395, note G. Chabot ; D. 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2006, p. 144, obs. P. Théry ; RTD com. 2006, p. 299, obs. E. Loquin.

L'arbitre a aussi une obligation de célérité qui découle de l'article 1464 du code de procédure civile : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.* » La célérité est une composante du procès équitable. Elle est l'un des avantages, voire une des caractéristiques de l'arbitrage : les parties y recourent pour éviter les délais parfois très longs de la justice étatique. Cette obligation impose à l'arbitre de juger l'affaire dans de courts délais. Le temps de la procédure arbitrale est régulé par le calendrier de l'arbitrage qui fixe les dates des productions respectives des parties, la date de l'audience arbitrale et l'ordonnance de clôture, qui interdit toute communication nouvelle. L'obligation de célérité est mal exécutée par les arbitres si, par exemple, ils laissent sans réagir les parties s'affranchir des dates prévues ou s'ils abusent, pour des raisons qui leur sont propres (confort personnel, agendas surchargés) de la faculté qui leur est offerte d'obtenir des prorogations du délai de l'arbitrage³²⁷. Il apparaît que cette obligation est une obligation de moyens au regard de la jurisprudence³²⁸.

L'article 1464 met également à la charge de l'arbitre une obligation de loyauté. Celle-ci englobe une obligation de neutralité (l'arbitre ne doit pas exprimer son avis lors de la procédure) et une obligation de révélation.

La confidentialité faisait l'objet d'une obligation légale et était réglée avant le décret de 2011 par l'article 1469 du code de procédure civile qui prévoyait que « les délibérations des arbitres sont secrètes. » Il était admis que cette obligation s'étendait à tout le processus arbitral. Désormais, elle découle implicitement du contrat d'arbitrage. Elle « s'impose comme une suite nécessaire de la convention d'arbitre³²⁹. » La confidentialité est présumée. Les parties et les arbitres se sont engagés à préserver la confidentialité de la procédure. L'obligation de confidentialité porte sur l'ensemble de la procédure arbitrale : c'est en cela que l'arbitrage présente un intérêt pour les parties, à l'inverse de la justice étatique qui est publique. Il est alors du devoir du tribunal arbitral de veiller à ce que l'audience arbitrale, réunion privée, ne puisse être ouverte au public. Pour le professeur Clay « l'arbitrage n'est pas seulement une justice privée, mais une justice rendue en privé³³⁰. » Ainsi, les documents produits par les parties, les comptes rendus d'audience et la sentence arbitrale sont couverts par la confidentialité, sauf volonté contraire exprimée par les parties d'un commun accord.

³²⁷ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1015 : Arbitrage. – L'arbitre. – Conditions d'exercice. – Statut*, n°83.

³²⁸ TGI Paris, 6 juill. 1994, I, 3805, obs L. Cadiet ; TGI Paris, 5 nov. 1997, D. 1999, p. 9, note M. A. Frison-Roche ; CA Paris, 20 janv. 1999, D. 1999, 125 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, Rev. arb. 2011, p. 943, note C. Jarrosson.

³²⁹ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1015 : Arbitrage. – L'arbitre. – Conditions d'exercice. – Statut*, n°87.

³³⁰ T. Clay, *L'arbitre*, Dall., Thèses, 2001.

Selon la doctrine³³¹, l'obligation contractuelle de confidentialité peut néanmoins s'effacer devant des considération d'ordre public.

281. **Sanctions des obligations contractuelles de l'arbitre** – L'arbitre peut engager sa responsabilité civile sur le fondement du droit des contrats en raison du non-respect de ses obligations contractuelles et être révoqué selon le droit de l'arbitrage. L'article 1458 du code de procédure civile régit la révocation. Il dispose que « *l'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456.* » La révocation doit être le fait des deux parties. Si celles-ci ne sont pas d'accord, « la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui », selon l'article 1456. La révocation de l'arbitre est *ad nutum*. La conséquence d'une telle révocation, en cas d'inexécution du contrat d'arbitre, est l'obligation pour l'arbitre de restituer les provisions d'honoraires qu'il a déjà reçues. Tel est le cas lorsque la sentence est annulée ou n'est jamais rendue en raison de l'expiration du délai d'arbitrage³³² ou lorsqu'est constaté un déport fautif de l'arbitre³³³. Tel est aussi le cas lorsque la sentence est annulée au motif de l'absence d'indépendance de l'un des arbitres.

282. **Honoraires et frais de l'arbitre** – L'arbitre est rémunéré par les parties, de manière directe ou indirecte. L'arbitrage est un système judiciaire privé donc onéreux. Une distinction peut être opérée entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel. Dans le premier, les honoraires sont le plus souvent appréciés au regard du temps passé par les arbitres sur le dossier et de la complexité du litige ; les arbitres peuvent réclamer en cours d'arbitrage un complément de provision si l'affaire l'impose. Dans le second, le montant des honoraires des arbitres est, en général, calculé conformément au barème prévu par l'institution d'arbitrage lequel prend en considération le montant des demandes sous forme d'un pourcentage minimum et maximum afin de prendre en considération le temps passé par les arbitres sur le dossier et la difficulté de leur tâche. Selon la jurisprudence, l'arbitre impayé dispose d'une action en paiement contre l'une ou l'autre des parties tenues solidairement au paiement des

³³¹ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1015 : Arbitrage. – L'arbitre. – Conditions d'exercice. – Statut*, n°89 ; B. Fages, *La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière*, Rev. arb. 2000, p. 5.

³³² Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, JurisData n°2005-031141 ; JCP G 2006, 1395, note G. Chabot ; D. 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2006, p. 144, obs. P. Théry ; RTD com. 2006, p. 299, obs. E. Loquin.

³³³ CA Paris, 13 déc. 2001, RTD com. 2002, p. 282 obs. E. Loquin.

honoraires³³⁴. L'arbitre peut également bénéficier du remboursement des frais qu'il a engagés tels que les frais de correspondance, de secrétariat, de déplacement, de traduction, d'interprétariat et de location de salles d'audience ... En vertu du contrat d'arbitrage, contrat synallagmatique, l'arbitre peut ne pas rendre sa sentence ou ne pas la communiquer aux parties tant que celles-ci ne se sont pas acquittées des honoraires qu'elles lui doivent. L'arbitre peut alors faire jouer l'exception d'inexécution, donc refuser d'exécuter son obligation tant que les parties au contrat n'exécutent pas la leur.

D- Principes directeurs du procès applicables à l'arbitrage

283. **Exigence du respect des principes directeurs du procès** – L'article 1464, alinéa 2, Code de procédure civile dispose que : « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.* » Cette exigence est justifiée par le caractère juridictionnel de l'arbitrage. Les arbitres rendent une sentence ayant autorité de force jugée. Ils rendent véritablement la justice. L'arbitrage est un mode privé de justice. Dès lors, le législateur a estimé nécessaire le respect des principes directeurs du code de procédure civile : « *les principes directeurs du procès émergent comme autant de points d'ancrage, destinés à limiter la liberté des parties et des arbitres autour d'un minimum irréductible, dans lequel la justice arbitrale serait ou risquerait d'être inefficace ou défigurée*³³⁵. »

284. **Application du principe dispositif à l'arbitrage** – Les articles 4 et 5 du code de procédure civile sont indissociables ; ces deux textes constituent la section II relative à l'objet du litige. L'article 4 dispose que : « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.*

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. »

L'article 5 ajoute que : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.* »

³³⁴ CA Paris, 13 déc. 2001, RTD com. 2002, p. 282, obs. E. Loquin.

³³⁵ R. Perrot, *La réforme du droit de l'arbitrage*, Rev. arb. 1980, p. 644.

L'article 4 énonce que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; ce sont elles qui en déterminent le contenu et qui, en conséquence, disent à l'arbitre ce qu'il doit juger. L'article 5 du Code de procédure civile constitue le corollaire de ce principe quant au rôle de l'arbitre. L'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties et l'arbitre doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui l'est. Il ne peut pas ajouter des demandes ou modifier celles dont il est saisi, ni se dispenser de statuer sur certaines de ces demandes. C'est le principe de l'immutabilité de l'objet du litige appliqué au juge et ici à l'arbitre, c'est-à-dire « l'affirmation que le juge ne peut modifier d'office l'objet de la demande, en statuant, soit sur ce qui n'a pas été demandé, soit en omettant de statuer sur l'ensemble de la demande, est un principe généralement rattaché aux droits de la défense³³⁶. » La cour d'appel de Paris confirme que « *parmi les principes directeurs du procès, qui, aux termes de l'article 1464 du code de procédure civile, sont toujours applicables à l'instance arbitrale, figure celui de l'article 5 du même code, selon lequel le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé*³³⁷. » Si l'arbitre se prononce au delà de ce qui lui est demandé, il convient de considérer qu'il va au delà de sa mission. La nullité de la sentence est encourue.

285. *L'arbitre tenu par les faits déterminés par les parties* – Dans le prolongement des articles précédents, l'article 7 du code de procédure civile énonce que : « *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.*

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. » Il en résulte que l'arbitre ne peut fonder sa décision sur des faits que les parties n'auraient pas allégués ; il ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Cependant, l'arbitre peut prendre en considération les faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties comme arguments mais qui figurent tout de même dans le débat. Par ailleurs, comme le juge étatique, l'arbitre peut faire état de ses connaissances personnelles dans la mesure où ce sont des connaissances générales sur la matière du litige.

286. *Arbitre maître de la direction du procès arbitral* – L'arbitre a un pouvoir de direction du procès. D'après les articles 8 et 13 du code de procédure civile, il peut « inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » et « à fournir

³³⁶ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1036 : Arbitrage. – Instance arbitrale. – Procédure devant les arbitres.*, n°72.

³³⁷ CA Paris, 14 déc. 2000, Rev. arb. 2001, p. 805, obs. Y. Derains.

les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige. » L'arbitre a un rôle actif à l'égard des faits. Il peut également ordonner d'office toute mesure d'instruction dès lors qu'il les estime nécessaires dans la mesure où il a besoin d'éclaircissements selon l'article 10. L'article 17 autorise l'arbitre, si la nécessité le commande, à ordonner une mesure d'instruction même à l'insu de l'une des parties à condition que le principe de contradiction soit rétabli *a posteriori*. L'article 12, alinéa 3 donne à l'arbitre le pouvoir de requalifier les faits ; il n'est pas lié par les dénominations données par les parties aux faits ou aux actes litigieux. L'arbitre a l'obligation de qualifier exactement les situations et les documents qui lui sont soumis sans tenir compte de la qualification qui a été donnée par les parties. La mission de conciliation du juge prévue par l'article 21 est également dévolue à l'arbitre. Elle implique qu'il peut toujours entendre les parties pour tenter de trouver un accord sur le différend qui les oppose.

287. Principe de la contradiction pierre angulaire du procès appliqué à l'arbitrage – Le principe du contradictoire est à la base du procès civil. Il a pour finalité première d'assurer une certaine égalité entre les parties. Composante du droit au procès équitable, il fait partie du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense. La fonction juridictionnelle de l'arbitre justifie l'application de ce principe. Les articles 14, 15 et 16 du code de procédure civile relatifs au principe de la contradiction sont applicables à l'arbitrage. L'article 14 impose à l'arbitre d'entendre loyalement les parties. L'article 15 prévoit des obligations réciproques entre les parties dans la mise en œuvre du principe du contradictoire. Les parties doivent révéler les éléments de preuve qu'elles produisent, quels sont les documents versés dans les débats et les moyens de fait qui doivent être connus par le biais des écritures communiquées de manière simultanée³³⁸. Si la sentence arbitrale mentionne une pièce communiquée, celle-ci sera nulle. L'article 16 utilise deux expressions « *faire observer le contradictoire* » et « *observer lui-même* ». La première signifie que l'arbitre doit faire respecter le contradictoire dans les rapports entre les parties ; l'arbitre ne peut retenir dans sa décision que les éléments dont les parties ont pu discuter contradictoirement. La seconde enjoint l'arbitre de respecter lui aussi le contradictoire.

³³⁸ V. Règlement d'arbitrage du Centre National d'Arbitrage du Travail – Annexe.

II- La sentence

288. **Plan** – Les arbitres prononcent une sentence qui met fin au litige entre les parties et a autorité de chose jugée (A). Mais pour qu'elle ait force exécutoire, il faut que le juge étatique en ordonne l'exequatur (B).

A- La sentence arbitrale

289. **Définition** – La sentence arbitrale est « *l'acte par lequel, en vertu des pouvoirs dont la convention d'arbitrage les investit, les arbitres tranchent les questions litigieuses qui leur ont été soumises par les parties*³³⁹. » C'est « *la décision que les arbitres rendent sur la contestation qui leur est déférée.* » La doctrine considère que « *la qualification de sentence est indissociable de celle d'arbitrage*³⁴⁰. »

290. **Caractères d'un jugement** – La sentence arbitrale a tous les caractères d'un jugement. Elle est le point d'aboutissement du litige, la cause normale de l'extinction de l'instance arbitrale. Elle met fin au litige qui oppose les parties, sauf en cas d'arbitrage à deux degrés ; elle sera susceptible d'exécution directe. La décision arbitrale est définitive. L'article 1484, alinéa 1er dispose que « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.* » La jurisprudence a reconnu à la sentence un caractère un caractère juridictionnel même avant exequatur³⁴¹.

291. **Prononcé de la sentence** – L'article 1480 du code de procédure civile dispose que « *la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.*

Elle est signée par tous les arbitres.

Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres. »

La règle de la majorité des voix est liée à la règle posée par l'article 1451, alinéa 1^{er} du même code qui consacre la composition impaire du tribunal arbitral de manière impérative. Elle permet de dégager une majorité ; celle-ci est en principe simple. Les conventions d'arbitrage

³³⁹ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1042 : Arbitrage. – Sentence arbitrale.*, n°1.

³⁴⁰ B. Moreau, A. Beregoi, R. Descours-Karmitz, P.E. Mallet, A. Leleu, *Arbitrage en droit interne*, Rép. pr. civ., n°375.

³⁴¹ CA Paris, 29 avr. 1982, Rev. arb. 1983. 342. ; Cass., Civ. 2^e., 19 avr. 1985, Rev. arb. 1986. 57, note Jarrosson.

peuvent déroger au principe de la majorité simple en instituant une majorité qualifiée ou l'unanimité. La signature de tous les arbitres assure le caractère collégial (en cas de pluralité d'arbitres) de la sentence. L'arbitre minoritaire peut ne pas signer la sentence. Cette dernière doit en faire mention afin que l'absence de signature d'un arbitre ne soit pas considérée comme un défaut de forme.

292. **Formalisme de la sentence** – La sentence arbitrale semble devoir être un acte écrit selon la doctrine : « la sentence arbitrale est un acte écrit. Cette exigence ne s'analyse pas en une simple règle probatoire, mais en une condition nécessaire à l'existence même de la sentence en tant qu'acte juridictionnel. Cet écrit peut être dactylographié ou manuscrit, les arbitres fixant le nombre d'originaux³⁴². » Le formalisme de la sentence imposé par le législateur paraît corroborer cette proposition. Les articles 1481 et 1482 du code de procédure civile exigent l'énoncé des noms, prénoms ou dénomination des parties, de leur domicile ou de leur siège social, des noms des arbitres ; du lieu et de la date de la sentence, ce qui est utile pour savoir quelle est la juridiction compétente territorialement en cas d'appel ou d'exequatur ; des prétentions et des moyens des parties exposés succinctement ; de l'obligation pour les arbitres de motiver la sentence. L'article 1483, alinéa 1^{er} précise que ces mentions sont prescrites à peine de nullité de la sentence si celle-ci ne fait pas mention du nom des arbitres, n'est pas motivée, n'est pas rendue à la majorité des voix ou n'est pas signée par tous les arbitres. « Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées³⁴³. »

293. **Effets de la sentence** – Le caractère juridictionnel de l'arbitrage et de la sentence arbitrale permet à cette dernière d'avoir tous les effets d'un jugement. L'article 1484, alinéa 1^{er} dispose que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la constatation qu'elle tranche. » Cependant, l'article 1487, alinéa 1^{er} énonce que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue. » Si la sentence arbitrale a autorité de chose jugée, elle n'a pas force exécutoire car les arbitres sont dépourvus de l'*imperium*. Elle a autorité de chose jugée « dès qu'elle est rendue » ; elle est dès lors opposable aux tiers. La sentence a également force probante selon

³⁴² E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1042 : Arbitrage. – Sentence arbitrale.*, n°22.

³⁴³ CPC, art. 1483, al. 2.

la doctrine³⁴⁴ et la jurisprudence³⁴⁵ car elle est rendue par des juges exerçant une fonction juridictionnelle. Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement. Les juges arbitraux peuvent assortir leur sentence de l'exécution provisoire. Enfin, selon l'article 1485, la sentence a pour effet de dessaisir le tribunal arbitral une fois le litige tranché, sauf nécessité de l'interpréter la sentence, de réparer une erreur ou une omission matérielle ou de la compléter lorsque le tribunal a omis de statuer sur un chef de demande.

B- Exécution de la sentence

294. *Un exequatur facultatif* – L'exequatur de la sentence arbitrale n'est pas nécessaire lorsque les parties sont de bonne foi et acceptent la décision du tribunal arbitral. L'exécution peut donc être amiable. Elle « est la conséquence normale de la convention qui a lié les parties³⁴⁶. »

295. *Nécessité de l'exequatur* – L'exequatur d'un jugement arbitral n'est utile que si l'une des parties refuse de l'exécuter. L'exequatur est l'apposition sur la sentence de la formule exécutoire. L'ordonnance d'exécution ou d'exequatur est l'acte par lequel le juge de l'exequatur, à savoir le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue ou le premier président d'une cour d'appel, statuant en référé, ordonne qu'une sentence arbitrale soit exécutée. Le président du tribunal de grande instance statue au cours d'une procédure non contradictoire. L'étendue du contrôle du juge est limitée : sans examiner l'affaire au fond, il se borne à vérifier si la convention d'arbitrage est valable, si l'acte qui lui est soumis est une sentence et si ses dispositions ne sont pas manifestement contraires à l'ordre public. Lorsque le juge l'accorde, l'exequatur est apposé sur la minute de la sentence ou sur la copie de celle-ci. Cette apposition vaut ordonnance d'exequatur. La sentence a alors force exécutoire.

³⁴⁴ E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Sirey, 1912, t. VIII, n° 266.

³⁴⁵ Cass. req., 16 juin 1812 : D. Rép. V° Arbitrage, n° 711 ; Cass. civ., 6 juill. 1840, S. 1840, 1, p. 882. ; Cass. req., 7 janv. 1857, DP 1857, 1, p. 406 ; CA Aix, 16 oct. 1962, Rev. arb. 1962, p. 145 ; JCP G 1962, II, 12923, note Level. ; CA Paris, 28 avr. 1964, Rev. arb. 1964, p. 83. ; CA Paris, 19 janv. 1967, Rev. arb. 1967, p. 72. ; CA Paris, 28 nov. 2002, Rev. arb. 2003, p. 445, note C. Belloc.

³⁴⁶ B. Moreau, A. Beregoi, R. Descours-Karmitz, P.E. Mallet, A. Leleu, *Arbitrage en droit interne*, Rép. pr. civ., n°407.

Sous-section 2- Les enjeux de l'arbitrage en matière sociale

296. **Plan** – L'arbitrage en matière sociale présente des avantages tant pour l'employeur que pour le salarié (§1). Mais il peut présenter des risques (§2) qui doivent être pris en compte en vue d'une future « sécurisation » de l'arbitrage dans les relations individuelles de travail (§3). L'analyse des systèmes d'arbitrage étrangers est nécessaire (§4).

§1- Avantages de l'arbitrage en matière sociale

297. La procédure d'arbitrage présente plusieurs avantages : sa rapidité (I), sa confidentialité (II), un temps accru consacré au dossier (III), une certaine flexibilité (IV) et la garantie d'un procès équitable (V).

I- Rapidité

298. **Rapidité synonyme d'efficacité** – L'arbitrage présente l'intérêt d'être plus rapide que la justice étatique. La convention d'arbitrage prévoit, le plus souvent, d'une part, un arbitrage à un seul degré et d'autre part, une durée durant laquelle les arbitres doivent prononcer leur sentence. À défaut, l'article 1463, alinéa 1^{er} du code de procédure civile dispose : « *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.* » L'encadrement de la durée de la procédure impose que l'affaire soit traitée avec diligence par les arbitres, qui peuvent, cependant, demander une prorogation du délai d'arbitre. La rapidité de la procédure est un avantage d'autant plus fondamental qu'une obligation de célérité a été consacrée par l'article 1464 du code de procédure civile. Cette obligation vaut tant à l'égard des arbitres que des parties elles-mêmes. Le législateur exige donc que la procédure d'arbitrage soit une procédure rapide. Les parties qui décident de recourir à l'arbitrage le souhaitent également. Une procédure accélérée « est profitable au salarié, bien entendu, impatient de recevoir l'indemnisation qui lui est due, mais aussi d'en terminer avec le conflit qui l'oppose à son employeur. Il a besoin pour retrouver un emploi d'être mentalement disponible. Il lui faut, pour cela, oublier la querelle qui l'occupait jusque là ; il a besoin de passer à autre chose. C'est aussi dans l'intérêt de l'entreprise. Les contentieux qui durent plusieurs années coûtent cher en avocat car à chaque fois qu'il se remet au dossier il lui faut réapprendre. Celui qui a commencé à suivre une affaire n'est pas forcément celui qui, quelques années plus tard, la plaidera. A cela s'ajoute la

perte naturelle de l'information³⁴⁷ » dans les entreprises du fait de changements dans les directions des ressources humaines. En effet, certains dossiers sont plaidés devant le conseil de prud'hommes plusieurs années après sa saisine. Entre temps des licenciements et des départs volontaires ont pu intervenir. L'employeur et les responsables de l'entreprise ne connaîtront plus le salarié ; les preuves et documents utiles au litige auront disparu. L'employeur à la recherche d'une gestion efficace privilégiera un règlement rapide du conflit par le biais de l'arbitrage. Quant au salarié, il n'est pas dans son intérêt que la procédure s'éternise et que sa défense soit assurée d'une telle façon que plusieurs avocats doivent se relayer au cours d'une même procédure.

II- Confidentialité

299. **Confidentialité synonyme de discrétion** – L'arbitrage est, en principe, confidentiel sauf volonté contraire des parties selon l'article 1464, alinéa 4 du code de procédure civile. Cette confidentialité s'étend sur toute la procédure de la conclusion de la convention d'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence. La confidentialité garantit une discrétion qui peut être bénéfique tant à l'employeur qu'au salarié. L'employeur « ne craindra pas que les savoir-faire et la stratégie développés dans son entreprise soient divulgués à l'occasion d'un procès³⁴⁸. » Il peut également souhaiter une certaine discrétion lorsque l'entreprise mène une politique managériale et sociale qui tend à limiter le recours aux licenciements, notamment dans les grands groupes. Le salarié peut aussi souhaiter une procédure confidentielle si celui-ci a commis des fautes lors de la relation de travail et que la perspective de retrouver un emploi serait amoindrie si de futurs employeurs venaient à les apprendre, ce qui est potentiellement le cas dans certains secteurs de pointe.

III- Un temps accru consacré au dossier

300. **Du temps synonyme de qualité** – Les conseillers prud'hommes sont souvent surchargés d'affaires du fait de l'engorgement et du manque de moyens des juridictions prud'homales. Les arbitres ont davantage de temps pour se consacrer au litige qui leur est soumis. Ils

³⁴⁷ H. Flichy, *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 134.

³⁴⁸ H. Flichy, *Tribune – L'arbitrage, une nouvelle voie de résolution des litiges en droit du travail*, FRS 1/16 inf. 1 p. 2.

peuvent écouter à plusieurs reprises les parties et leurs conseils. Ils peuvent également tenter de rapprocher les parties par le biais d'une conciliation comme l'article 21 du code de procédure civile leur en offre la possibilité. Les juges arbitraux, qui sont choisis par les parties pour leurs compétences et leur professionnalisme, approfondissent plus le dossier et connaissent donc mieux les enjeux qui s'y rapportent.

IV- Flexibilité du processus

301. ***Une procédure flexible synonyme de sur-mesure*** – L'arbitrage est un processus « sur-mesure³⁴⁹ » qui présente l'intérêt d'être « malléable³⁵⁰. » Ce sont les parties qui fixent le cadre du litige et organisent la procédure au sein de la convention d'arbitrage. Elles choisissent les arbitres et la composition du tribunal : un arbitre unique ou un tribunal collégial. Elles fixent également la durée de la procédure, décident si celle-ci sera écrite ou orale, si elle sera le fruit d'un compromis. Les parties sont finalement maîtresses de la procédure qu'elles peuvent adapter à leur guise.

V- Garantie d'un procès équitable

302. ***Procès équitable synonyme de bonne justice*** – L'arbitrage est une justice. Les arbitres ont une fonction juridictionnelle qui leur est confiée par le biais d'une convention. Ils doivent respecter les principes qui sont inhérents à l'exercice de celle-ci, c'est-à-dire les principes du procès équitable. L'alinéa 2 de l'article 1464 oblige les arbitres à respecter la plupart des principes directeurs du procès civil contenus dans le code de procédure civile.

§2- Contestation de l'arbitrage en matière sociale

303. Plusieurs risques sont inhérents à l'arbitrage en particulier en matière sociale : un risque de partialité de l'arbitre existe (I) ; le principe de gratuité de la justice n'est pas effectif (II) ; les arbitres peuvent ne pas avoir les compétences nécessaires en droit du travail (III) ; la sentence rendue par les arbitres n'a pas force exécutoire (IV).

³⁴⁹ H. Flichy, *L'arbitre offre une procédure sur-mesure, dans un légal bien précis*, JCP S 2014, 1349.

³⁵⁰³⁵⁰ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1005 : Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et Inconvénients.*, n°91.

I- Le risque de partialité des arbitres

304. **Des arbitres partiels** – L’arbitre est un « juge occasionnel³⁵¹. » Il a souvent une activité professionnelle autre que celle d’arbitre : avocat, praticien de tel ou tel secteur, universitaire et entretient *de facto* des liens avec les avocats des parties, voire avec les parties elles-mêmes. Il convient de rappeler que les parties choisissent les arbitres en fonction de leur qualité, de leur connaissance de telle ou telle matière ou encore de leur renommée. En tout état de cause, il peut exister des liens entre elles. L’arbitre désigné par une partie pourra connaître l’avocat de celle-ci qui l’aura conseillé. Si l’obligation de révélation est conçue comme un « instrument permettant de contrôler, dès la constitution du tribunal arbitral, l’indépendance des arbitres³⁵² », elle ne permet pas toujours d’éliminer le risque de partialité des juges arbitraux.

305. **Des droits non respectés ayant des conséquences générales** – Une certaine appréhension est perceptible de la part des professionnels du droit du travail. Certains, tels Jean-François Sauvage³⁵³, vice-président (Medef) du conseil de prud’hommes de Paris, s’interrogent sur le point de savoir si les droits des parties seront respectés. De manière plus générale, certains praticiens critiquent fortement le recours à l’arbitrage qui constituerait un danger pour la « justice démocratique » et une « remise en cause de l’ordre public social³⁵⁴. » Certains piliers de la justice tels que la gratuité de la justice, l’égalité des parties, l’indépendance du juge et la publicité des décisions de justice seraient mis à mal par l’arbitrage avec un risque fort de méconnaissance des principes fondamentaux. La publicité des décisions de justice contribue au fonctionnement d’une société démocratique et à la prévention générale ; l’absence de publicité des sentences aurait pour conséquence de priver syndicats et salariés de leurs actions de prévention ou de revendication, en particulier en cas de travail dissimulé, de harcèlement ou de discrimination que l’entreprise ne souhaitera pas révéler afin de préserver son image pour des raisons commerciales.

³⁵¹ E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1005 : Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d’autres institutions. Avantages et Inconvénients.*, n°97.

³⁵² E. Loquin, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1005 : Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d’autres institutions. Avantages et Inconvénients.*, n°97.

³⁵³ B. Bissuel, *Des avocats font concurrence aux prud’hommes*, Le Monde Économie, 19.05.2015.

³⁵⁴ M. Beckers, *Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud’homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 128

II- Le principe de gratuité de la justice écarté

306. **Coût de la justice arbitrale**³⁵⁵ – L'arbitrage est une justice privée, donc payante : les parties doivent rémunérer les arbitres et, le cas échéant, l'institution d'arbitrage. Les dépenses administratives peuvent être importantes : location de locaux, greffiers, audiences nombreuses, expertises, etc. Malgré l'utilisation de barèmes par les institutions d'arbitrage, des frais supplémentaires peuvent être mis à la charge des parties et la répartition entre le salarié et l'employeur peut ne pas être équitable. De plus, un salarié n'a pas nécessairement les moyens d'avancer les frais d'arbitrage. Si depuis loi du 29 juillet 2011³⁵⁶, la justice prud'homale n'est plus entièrement gratuite du fait de la contribution pour l'aide juridique de 35 € qui est perçue par instance introduite devant une juridiction judiciaire ou par instance introduite devant une juridiction administrative, cette somme reste très inférieure à celle que les parties doivent déboursier pour l'arbitrage.

III- Un manque de compétence juridique des arbitres

307. **Des arbitres inexpérimentés en droit du travail** – L'arbitrage est un mécanisme nouveau en droit du travail. Si les arbitres ne sont pas sélectionnés pour leurs compétences et leur connaissance du droit du travail par les parties dans l'hypothèse d'un arbitrage *ad hoc* ou dans le cadre du recours à une institution d'arbitrage, la procédure pourra se révéler néfaste pour les parties. Un « apprivoisement » entre le droit de l'arbitrage et le droit du travail paraît nécessaire. Une jurisprudence spécifique semble devoir émerger avant un réel développement de l'arbitrage avec des arbitres expérimentés et qualifiés.

IV- L'absence de force exécutoire de la sentence

308. **Un passage obligé devant le juge étatique en cas de recours à l'exécution forcée** – La sentence que rend l'arbitre n'a pas force exécutoire. En effet, seul le juge étatique est doté de l'*imperium*. En cas de non exécution volontaire de la sentence, la partie victorieuse devra saisir le juge étatique pour qu'il appose sur la sentence la formule exécutoire. Cette saisine du

³⁵⁵ V. Règlement d'arbitrage du Centre National d'Arbitrage du Travail – Annexe (v. bareme des frais d'arbitrage et honoraires d'arbitres).

³⁵⁶ Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, art 54.

juge étatique peut ruiner le caractère rapide de l'arbitrage si après plusieurs mois d'inertie et de vaines mises en demeure, la partie perdante n'exécute pas la sentence.

§3- « Sécurisation » de l'arbitrage en matière sociale

309. ***Insécurité juridique*** – L'arbitrage en droit du travail n'est pas une nouveauté absolue. Il reste seulement discret et confidentiel, pratiqués par d'anciens bâtonniers³⁵⁷ ou est utilisé par certains groupes anglo-saxons pour les litiges les opposant à des cadres supérieurs³⁵⁸. L'état du droit de l'arbitrage en matière sociale n'est pas satisfaisant. Il est à la fois peu « sécurisant » pour l'employeur et peu protecteur pour le salarié. Les incertitudes qui l'entourent font naître chez les justiciables une réelle défiance.

310. ***L'inopposabilité de la clause compromissoire insatisfaisante*** – La solution actuelle dégagée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 2011 consiste en l'inopposabilité de la clause compromissoire. Une partie de la doctrine considère ce choix insatisfaisant pour trois raisons : « d'abord, elle affaiblit le principe d'efficacité de l'arbitrage au bénéfice d'une protection excessive de la partie réputée faible. Ensuite, elle écarte toute attractivité de la convention d'arbitrage pour le professionnel en rendant le recours à l'arbitrage imprévisible. Enfin, elle reflète clairement une suspicion à l'égard de l'arbitrage et présuppose l'idée erronée que l'obligatorité de la convention d'arbitrage avantage automatiquement la partie forte³⁵⁹. » L'inopposabilité de la clause compromissoire retire tout l'intérêt à l'arbitrage. Elle nuit à la sécurité juridique de l'employeur qui, au moment de la rupture du contrat de travail, sera à la merci du choix du salarié.

311. ***En faveur d'une efficacité protectrice*** – Afin de protéger la partie faible au contrat de travail et garantir l'efficacité de la clause compromissoire, celle-ci doit être assortie de certaines conditions de validité afin de permettre l'accès efficient et équitable à l'arbitrage. Le professeur Bachand³⁶⁰ considère que l'accès aux tribunaux étatiques n'est pas une « fin en soi » mais plutôt un « moyen » d'atteindre l'objectif fondamental qui est l'accès à la justice.

³⁵⁷ H. Flichy, *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 134.

³⁵⁸ J. Villebrun et G.-P. Quétant, *Traité de la juridiction prud'homale*, 3^e éd., 1998, n°529, p. 275.

³⁵⁹ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *Economica*, 2013, n° 435.

³⁶⁰ F. Bachand, *Le mythe du caractère fondamentalement inéquitable des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation : observations critiques sur l'article 11.1 de la Loi sur la protection du consommateur*, 1973.

Retirer au justiciable cet accès n'est pas une atteinte au droit fondamental d'accès à la justice (publique) si une procédure particulière et privée lui permet d'accéder également à la justice.

312 Au-delà de la clause compromissoire, c'est la convention d'arbitrage (clause compromissoire et compromis) qu'il faut encadrer dans les relations entre salariés et employeurs, soit dans une section particulière du code de procédure civile, soit dans le code du travail, tant en ce qui concerne la forme de la convention (I) que son contenu (II).

I- Conditions de validité tenant à la forme de la convention d'arbitrage

313. ***Un écrit en langue française*** – L'article 1443 du code de procédure civile impose en matière d'arbitrage une convention d'arbitrage écrite ou du moins des échanges écrits qui attestent de l'existence d'une convention d'arbitrage. En droit du travail, il conviendrait d'exiger une convention d'arbitrage écrite et qui ne résulterait pas d'échanges d'écrits. Le compromis ou la clause compromissoire doivent être des écrits formels. La clause compromissoire doit être insérée dans le contrat principal. Il est également souhaitable que la convention d'arbitrage soit stipulée en langue française. Les exigences de l'article L. 1221-3, alinéa 1^{er} du code du travail qui dispose que « ***le contrat de travail établi par écrit est rédigé en français*** » seraient alors transposées à la convention d'arbitrage. Pour la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail, il serait possible d'emprunter le formalisme d'autres droits tel que le droit des assurances³⁶¹, donc obliger l'employeur à stipuler une telle clause en « caractères apparents » ou « très apparents » afin de la rendre la plus visible possible.

314. Il est nécessaire d'attirer l'attention du salarié sur l'importance et la portée de son engagement afin de pallier un potentiel déficit de connaissance et d'information sur l'arbitrage. La convention doit être explicite et énoncer clairement la volonté des parties d'exclure la compétence du conseil de prud'hommes pour recourir à l'arbitrage.

315. ***Obligation d'information de l'employeur*** – Il est impératif que la convention d'arbitrage soit portée explicitement et directement à la connaissance du salarié. L'employeur, au moment de la conclusion du contrat de travail dans lequel serait insérée la clause compromissoire ou du compromis, devrait informer le salarié du recours à l'arbitrage en cas

³⁶¹ C. assur., arts. L. 112-3, L. 112-4.

de litige qui les opposerait. Seraient indiqués : les nom et adresse de l'institution à saisir ainsi que le déroulement du processus d'arbitrage.

II- Conditions de validité tenant au contenu de la convention d'arbitrage

316. ***Prise en charge majoritaire voire totale par l'employeur*** – Il conviendrait que l'employeur prenne en charge une part substantielle, si ce n'est la totalité, des frais liés à l'arbitrage. La question du coût de l'arbitrage, justice payante, est centrale pour les parties faibles. Celles-ci rechignent à payer pour accéder à la justice alors qu'elles peuvent saisir les juridictions étatiques gratuitement (ou du moins quasi gratuitement). Les employeurs pourraient aussi être réticents à s'acquitter de tous les frais d'arbitrage. Cependant la pratique nord-américaine³⁶² montre que les entreprises ne sont pas hostiles au fait de régler l'intégralité de l'arbitrage en contrepartie d'une procédure rapide et confidentielle. De plus, il peut s'agir d'une stratégie pour l'entreprise qui assure ainsi une résolution des litiges efficace et définitive. Une partie de la doctrine va plus loin et propose que la partie forte au contrat prenne également en charge les frais d'avocats de la partie faible³⁶³. Si l'attractivité de l'arbitrage pour la partie faible serait renforcée, il convient néanmoins de douter qu'il en serait de même pour la partie forte. De plus, des problèmes nouveaux pourraient émerger tels que ceux tenant au libre choix ou non de l'avocat de la partie faible ou au montant raisonnable ou non des honoraires de celui-ci.

317. ***Proximité du lieu de l'arbitrage*** – L'arbitrage doit se dérouler à proximité du justiciable notamment à proximité de son domicile. La convention d'arbitrage doit stipuler que le lieu de l'arbitrage soit à proximité du lieu de l'exécution du contrat de travail. Il est impératif, au nom du principe fondamental d'accès à la justice, que le salarié n'ait pas à se déplacer de manière excessive. La liberté de choix du lieu de l'arbitrage pourrait devenir un moyen de contournement de la protection du salarié et de l'exigence d'un procès équitable.

318. ***Application impérative de la loi française*** – Il conviendrait d'imposer aux parties à la convention d'arbitrage en matière de relations individuelles de travail l'application de la loi française. Ainsi, les garanties du code de procédure civile seraient applicables telles la saisine

³⁶² Cas du Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada (PAVAC) – site Internet : <http://www.camvap.ca/fr/darbitrage/convention-darbitrage/#29>

³⁶³ F. Gélinas, « Arbitration and the Challenge of Globalization », *Journal of International Arbitration*, Issue 4, pp. 117–122, 2000.

du juge d'appui en cas de difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral ou la possibilité d'intenter un recours en annulation contre la sentence arbitrale. L'arbitre devrait prendre en compte la loi française, sous peine d'annulation de la sentence.

319. **Exigence d'un arbitrage institutionnel** – Le recours à des institutions d'arbitrage devrait être systématisé entre salariés et employeurs. Celles-ci sont des garanties de bonne administration du procès d'arbitral, d'indépendance, d'impartialité, de compétence des arbitres. En droit du travail, des règlements d'arbitrage adaptés devront être mis en place par les centres d'arbitrage, ceux-ci devront prévoir une assistance spécifique dans ce type de litige tant au cours de la procédure que dans l'exécution de la sentence. L'arbitrage *ad hoc* ne peut s'épanouir dans les litiges relatifs aux relations de travail car les salariés, en général, ne sont pas assez compétents pour édicter eux-mêmes les règles de procédure qui s'appliqueront. Si l'employeur pouvait imposer le choix de l'arbitre ou les délais d'instance, l'équité du procès arbitral serait fortement remise en cause.

§4- Le recours à l'arbitrage en matière sociale en droit comparé

320. Le recours à l'arbitrage en droit du travail est admis et pratiqué dans de nombreux pays tels que les pays anglo-saxons (Royaume-Uni, États-Unis, Canada), mais également en Allemagne, au Japon, en Israël ou en Italie.

321. **Arbitrage en droit du travail dans les pays anglo-saxons** – Les pays anglo-saxons, davantage libéraux, font une place plus importante que les pays d'Europe continentale à l'autonomie de la volonté. Aux États-Unis, la décision *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp*³⁶⁴ a admis la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail. En l'espèce, un salarié avait consenti, lors de son embauche, à soumettre tous litiges éventuels entre lui et son employeur à une procédure d'arbitrage. Après son licenciement, le salarié saisit le tribunal étatique pour faire reconnaître le caractère discriminatoire de son licenciement. La Cour suprême rejette son action au motif qu'il est lié par la clause d'arbitrage. Elle valide la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail et permet aux arbitres de trancher les litiges relatifs à l'application de la loi, en l'espèce le prétendu

³⁶⁴ USSC, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

caractère discriminatoire du licenciement. Un arrêt de 2001³⁶⁵ a confirmé la validité de la clause compromissoire dans les relations entre employeurs et salariés.

Au Royaume-Uni, l'Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS) a pour prérogative d'arbitrer les litiges entre employeurs et salariés, s'ils en font la demande. Les juges arbitraux sont issus d'un groupe d'arbitres indépendants choisis pour leurs compétences, leurs qualités, leur impartialité et leur expérience du monde du travail³⁶⁶. L'arbitrage est donc organisé par une institution indépendante et financé par l'État afin de garantir les droits des parties. Les arbitrages *ad hoc* sont possibles, par le biais de compromis d'arbitrage, mais sont très rares.

322. Arbitrage en droit du travail belge – L'article 1676, §5 du code judiciaire belge dispose que : « *Sous réserve des exceptions prévues par la loi, est nulle de plein droit toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583.* » Si la clause compromissoire n'est pas valable, le code belge admet le compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail. L'article 13 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail confirme les dispositions du code : « *Les travailleurs et leurs employeurs ne peuvent s'engager d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat.* » Cependant, l'article 69 de cette même loi émet une réserve notable : « *Par dérogation à l'article 13, la clause d'arbitrage est valable à l'égard de l'employé dont la rémunération annuelle dépasse 32.200 euros et qui est chargé de la gestion journalière de l'entreprise ou assume une division de l'entreprise ou dans une unité d'exploitation, des responsabilités de gestion comparables à celles exercées au niveau de l'ensemble de l'entreprise.* » Le montant indiqué à l'article 69 est revu chaque année. Il a été porté à 66.444 euros au 1^{er} janvier 2016. La loi belge réserve donc le droit pour l'employeur d'insérer une clause compromissoire dans le contrat de travail de cadres qui atteignent un certain niveau de rémunération. Le droit belge prohibe donc la clause compromissoire seulement pour certaines catégories de travailleurs. Le législateur belge considère que seuls les salariés ayant une certaine qualité, une certaine rémunération, une certaine fonction dans l'entreprise peuvent convenir, dans le contrat de travail, d'une clause compromissoire. L'idée est que « la faiblesse est d'une intensité variable et ne peut être traitée de manière uniforme » et qu'il faut « adapter la règle juridique à l'inégalité économique³⁶⁷ » au lieu d'interdire de

³⁶⁵ USSC, *Circuit City Stores Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001).

³⁶⁶ Site Internet de l'ACAS : <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=2006>

³⁶⁷ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *Economica*, 2013, n°172.

manière générale la clause compromissoire. Cependant, si de telles dispositions paraissent pallier le déséquilibre inhérent à la relation de travail, elles marquent une défiance envers l'arbitrage qui ne conviendrait pas à tous les salariés mais seulement aux salariés les mieux rémunérés et les plus qualifiés. L'arbitrage devient alors une justice « pour les riches », qui présente un risque d'iniquité s'il devait être généralisé à tous les salariés. Or, le risque ne tient pas à l'arbitrage en tant que tel mais aux modalités procédurales imposées par l'employeur qui pourraient nuire au salarié. Des garde-fous dans la conclusion de la clause compromissoire seraient donc plus efficaces et auraient pour effet de faire bénéficier de l'arbitrage tous les salariés.

323. **Les cas allemand** – Le législateur allemand semble prohiber dans le *Zivilprozessordnung (ZPO)* (code de procédure civile) la clause compromissoire dans les relations individuelles de travail. En revanche, le *Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)* (code de procédure des tribunaux du travail) organise une procédure spécifique d'arbitrage en matière sociale aux § 101 et suivants à la condition que la faculté d'arbitrage soit prévue dans la convention collective.

324. **Conclusion** – L'arbitrage dans les relations individuelles de travail, en France, n'a pas vocation à concurrencer les conseils de prud'hommes, ni l'ambition de désengorger les tribunaux. Il s'agit davantage de proposer une alternative aux personnes qui le souhaitent³⁶⁸. Ce processus doit être regardé comme un « complément³⁶⁹ » de la justice prud'homale. La doctrine estime qu'il ne faut pas, « par effet de balancier, basculer du “tout judiciaire” au “tout alternatif”, mais plutôt considérer que la Justice (...) doit se nourrir de toutes les méthodes qui conduisent à l'harmonie sociale. Donc alternatif ne saurait être pris dans le sens de substitutif mais de complémentaire³⁷⁰. » Il apparaît également que si le droit « commun » de l'arbitrage apporte des garanties au salarié, partie réputée faible au contrat de travail, celles-ci doivent être renforcées autour de la convention d'arbitrage, qui pourra être soit une clause compromissoire, soit un compromis. La véritable ouverture de l'arbitrage aux relations individuelles de travail aurait pour effet de créer un « nouvel » arbitrage utilisable pour tous

³⁶⁸ H. Flichy, *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 134.

³⁶⁹ H. Flichy, *Tribune – L'arbitrage, une nouvelle voie de résolution des litiges en droit du travail*, FRS 1/16 inf. 1 p. 2.

³⁷⁰ P. Baylac-Martres, *Contributions des modes alternatifs et plus particulièrement de la médiation à l'évolution du règlement des conflits*, Thèse, Univ. de Paris II Panthéon-Assas, 2002, pp. 149 et 150.

litiges, permettant la fixation de frais d'arbitrage modérés et la venue de conseils et d'avocats spécialisés.

CHAPITRE 2 – LES TECHNIQUES INNOVANTES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

325. **Plan** – Outre les techniques classiques de règlement des litiges tels que la conciliation, la médiation et l'arbitrage, le législateur et les praticiens ont créé de nouveaux modes amiables de résolution des conflits « parallèles » qui sont considérés comme des techniques innovantes. Le législateur a introduit une convention de procédure participative au sein du code civil et du code de procédure civile (section 1). La pratique a imaginé un processus similaire à la procédure participative mais non encadré et marqué par la liberté des parties : le processus collaboratif (section 2).

SECTION 1 – UN PROCESSUS LÉGAL : LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE

326. Afin d'appréhender la procédure participative, il faut chercher quel est son esprit (sous-section 1) avant d'aborder ses caractéristiques (sous-section 2) et de l'apprécier (sous-section 3).

Sous-section 1 – L'esprit de la procédure participative

327. La procédure participative est issue des travaux de la commission Guinchard (§1) , celle-ci reprise par le législateur dans la loi du 22 décembre 2010³⁷¹ en excluant le droit du travail de son champ d'application (§2) avant que la loi du 6 août 2015 ne l'intègre (§3).

§1- Un projet issu de la commission Guinchard

328. **Historique** – La procédure participative a été créée par la commission sur la répartition des contentieux entre les juridictions civiles et sur la déjudiciarisation, dite « commission Guinchard » du nom de son président. Celle-ci fut installée par le garde des Sceaux en janvier 2008 et a rendu son rapport en juillet 2008. Les membres de la commission ont alors proposé un nouveau mode alternatif de résolution des litiges.

³⁷¹ Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

329. **Origines** – La commission s’est inspirée du droit collaboratif très répandu en Amérique du nord et dans les pays anglo-saxons qui consiste en une négociation avec l’aide d’avocats et fondée sur une charte collaborative. Les membres de la commission ont souhaité proposer un nouveau mode alternatif de règlement des différends « français » reposant sur une recherche transactionnelle contractualisée associant les avocats tout en préservant le droit fondamental des parties d’accès à la justice.

330. **Sens** – Les membres de la commission formule à la proposition n°47 l’idée d’un droit collaboratif à la française dans l’optique de développer les modes alternatifs de règlement des litiges : « 47. *Création d’une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la procédure participative de négociation assistée par avocat.* » « *Cette procédure devrait permettre de faciliter le règlement amiable des litiges, sous l’impulsion des avocats ; en cas d’échec partiel ou total de la négociation, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction permet un traitement accéléré de l’affaire (observations et pièces des parties figurant dans l’acte de saisine)*³⁷². »

331. **Volonté de déjudiciariser** – La commission a souhaité faire de la « déjudiciarisation » un axe fort de son rapport en témoigne la création d’un droit collaboratif encadré : la procédure participative. La commission a voulu « replacer le justiciable au centre de la justice » et « revaloriser son rôle dans le règlement des conflits³⁷³. » en proposant une nouvelle alternative à la justice classique. Le rapport étant censé imaginer et construire le fonctionnement de la justice favorise le règlement négocié des conflits.

§2- Une consécration législative excluant le droit du travail : la loi du 22 décembre 2010

332. **Un mode alternatif inséré dans deux codes** – L’article 37 de la loi du 22 décembre 2010 a introduit dans le code civil la procédure participative aux articles 2062 et suivants, dans un Titre XVII intitulé « *De la convention de procédure participative.* » Un décret de 2012³⁷⁴ a créé les articles 1542 à 1568 au sein du code de procédure civile, ces derniers régissent le déroulement de la procédure participative.

³⁷² Rapport sur la commission sur la répartition des contentieux entre les juridictions civiles et sur la déjudiciarisation, p. 23.

³⁷³ N. Fricero, *Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l’adapter aux évolutions de la société*, JCP G., n°28, 9 juill. 2008, 1162.

³⁷⁴ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

333. **Domaine de la convention de procédure participative** – L'article 2064 du code civil disposait jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 que : « *Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067.*

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. »

Il était alors possible d'engager une procédure participative dans les matières dans lesquelles les droits des parties étaient disponibles, sauf pour résoudre des litiges entre employeurs et salariés qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail.

334. **Exclusion du contentieux prud'homal du domaine de la convention de procédure participative** – En première lecture au Sénat, le dispositif de la procédure participative englobait les litiges qui pouvaient s'élever entre employeurs et salariés : l'article 2064 disposait, en effet, que : « *Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition ; en conséquence, les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes ne peuvent faire l'objet d'une telle convention*³⁷⁵. » Or, la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale le fit observer : « *Dans le texte adopté par le Sénat, le dispositif s'applique à l'ensemble du champ civil, à l'exception des questions relatives à l'état et à la capacité des personnes et de la question du divorce. En revanche, elle s'applique au champ social et donc aux litiges nés de l'application du contrat de travail.* » Par conséquent, la commission a fait voter un amendement excluant du champ de la procédure participative le contentieux prud'homal arguant qu'il entrerait déjà dans l'office des conseillers prud'hommes de tenter de concilier les parties : « *la commission a adopté un amendement de votre rapporteur écartant la matière prud'homale du champ de la procédure participative. En effet, il entre déjà dans la mission des conseils de prud'hommes de rechercher une solution amiable entre l'employeur et le salarié qu'un différend oppose, de sorte que la procédure participative pourrait faire doublon avec cette mission. En outre, si la procédure participative est exclue du champ prud'homal,*

³⁷⁵ Proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées, adoptée en 1^{ère} lecture par le Sénat le 11 février 2009, TA n°50.

rien n'interdira bien évidemment aux parties de rechercher une solution amiable, par exemple dans le cadre du dispositif de rupture amiable du contrat de travail. Enfin, la tentative préalable de conciliation devant le conseil de prud'hommes, même lorsqu'elle échoue, est l'occasion d'organiser les échanges entre les parties en vue du jugement de leur affaire et d'ordonner les mesures qui s'imposent dans l'attente de ce jugement au fond. La dispense de préliminaire de conciliation, prévue de façon générale par l'article 2066 du code civil, n'est ainsi pas parfaitement adaptée au procès prud'homal et il apparaît, dans ces conditions, préférable de ne pas appliquer ce nouveau dispositif aux différends relevant du conseil de prud'hommes³⁷⁶. »

335. Critique de l'exclusion du contentieux prud'homal – En excluant le droit du travail de la procédure participative, le législateur a montré, une nouvelle fois, une certaine défiance à l'égard des modes alternatifs de résolution des conflits en droit du travail. En effet, sous couvert d'une conciliation obligatoire défailante devant le conseil de prud'hommes, il refuse d'autres voies aux parties pour régler leurs différends à l'amiable. Il est écrit dans le rapport de la commission que « la procédure participative pourrait faire doublon » avec la conciliation prud'homale, or, les deux solutions alternatives sont très différentes puisque dans la dernière, une juridiction intervient tandis que dans la première, il s'agit d'une négociation libre et encadrée. En ce qui concerne la dispense de préliminaire de conciliation prévue par l'article 2066 du code civil, en cas de procédure participative, le législateur aurait pu l'exclure pour la matière prud'homale, comme il l'a fait par la loi du 6 août 2015.

§3- L'intégration du droit du travail à la procédure participative : la loi du 6 août 2015

336. Autorisation et adaptation de la procédure participative en matière prud'homale – L'article 258, IV de la loi du 6 août 2015 supprime le second alinéa de l'article 2064 qui prohibait la conclusion d'une convention de procédure participative et adapte l'article 2066 aux spécificités du contentieux prud'homal en n'appliquant pas la dispense de conciliation préalable en cas d'échec de la convention participative. Les parties qui ont recours à la procédure participative doivent être libres de disposer de leurs droits, ce qui implique, en droit

³⁷⁶ Rapp. AN, n°2622 déposé le 10 juin 2010 et fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°1451), adoptée par le Sénat, relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées.

du travail, que le contrat de travail soit déjà rompu au moment de la conclusion de la convention de procédure participative.

337. Raisons et finalités de l'ouverture de la procédure participative aux litiges prud'homaux – L'introduction de la procédure participative dans les différends individuels du travail a été promue par l'étude d'impact qui a précédé la loi du 6 août 2015. Celle-ci prône l'ouverture du droit du travail aux modes alternatifs de règlement des différends pour une « *amélioration du traitement du contentieux* », en cherchant à donner « *toutes ses chances à la conciliation* » et par l'ouverture de « *la palette des dispositifs pour permettre une conciliation.* » L'étude évoque, pour promouvoir la procédure participative et la médiation conventionnelle, que : « *le développement des modes alternatifs de règlement des litiges doit [...] trouver son terrain d'élection avant la saisine du juge. En effet, et il s'agit là d'une tendance globale en matière civile, commerciale et sociale en France et dans l'Union européenne, il est opportun de fournir aux parties un cadre procédural adapté afin qu'elles soient incitées à tenter de résoudre à l'amiable leur litige. En matière prud'homale, une telle réforme permettra au conseil de prud'hommes d'examiner, lors d'une demande d'homologation judiciaire, les accords intervenus entre les parties dans un cadre extrajudiciaire, ce qu'il ne peut pas faire actuellement sauf cas particuliers, ainsi que de n'avoir à juger que les dossiers les plus contentieux qui n'ont pu être résolus à l'amiable*³⁷⁷. » La loi du 6 août 2015 est donc vue comme une incitation à recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits justifiant l'ouverture de la procédure participative aux différends s'élevant à l'occasion d'un tout contrat de travail conclu entre un employeur et un salarié.

Sous-section 2- Les caractéristiques de la procédure participative

338. Différentes phases – La procédure participative comporte plusieurs phases. Les parties doivent d'abord conclure une convention de procédure participative (§1) puis celle-ci donne lieu à un processus de résolution amiable comportant une phase conventionnelle au cours de laquelle les parties recherchent un accord (§2) et enfin une phase judiciaire au cours de laquelle les parties ont la faculté de faire homologuer leur accord afin de lui conférer la force exécutoire (§3).

³⁷⁷ Projet de loi pour la croissance et l'activité, Étude d'impact, t. 3, NOR : EINX1426821L/Bleue-1, 10 déc. 2014, p. 31 et s.

§1- La convention de procédure participative

339. La convention de procédure participative doit comporter un certain formalisme (I) pour produire certains effets (II).

I- Forme de la convention de procédure participative

340. **Définition** – La convention de procédure participative est définie à l'article 2062 du code civil qui énonce que : « *La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend.* »

341. **Une convention soumise au droit des contrats** – La convention de procédure de droit commun est un contrat conclu entre les parties afin de régler un différend. Une partie de la doctrine³⁷⁸ le qualifie de « contrat spécial. » La liberté contractuelle semble être au cœur de la procédure participative, les parties sont libres ou non de conclure la convention. Le contrat va obliger les parties à respecter des règles processuelles strictes.

342. **Nécessité d'un écrit** – L'article 2063 du code civil dispose que : « *La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise :*

1° *Son terme ;*

2° *L'objet du différend ;*

3° *Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange. »*

Afin de sécuriser la procédure participative, la loi a prévu, à peine de nullité, la formalisation de la convention de procédure participative dans un écrit. La convention écrite peut être conclue soit sous la forme d'un acte sous seing privé, soit sous la forme d'un acte sous seing privé contresigné par les avocats. L'écrit présente de nombreux avantages puisqu'il permet de remplir les conditions de validité de la convention à savoir : permettre de délimiter à la fois l'objet du différend, les éléments sur lesquels les parties se fondent pour aboutir à une résolution loyale et la durée du processus. Conformément au droit commun des contrats,

³⁷⁸ F. G'sell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

l'article 1546 du code de procédure civile décide que « *la convention de procédure participative est modifiée dans les mêmes formes que celles prévues pour son établissement.* »

Par conséquent, avec l'accord de toutes les parties assistées par leur avocat, il est possible de modifier par un avenant, l'étendue du différend, la durée du processus ou tout autre aspect de la procédure participative.

343. **Identité des parties et des avocats** – L'article 1545 alinéa 1^{er} du code de procédure précise d'autres mentions obligatoires à peine de nullité. Si les dispositions de l'article ne prévoient pas la nullité, celle-ci est suggérée du fait du renvoi à l'article 2063 du code civil : « **Outre les mentions prévues à l'article 2063 du code civil**, *la convention de procédure participative mentionne les noms, prénoms et adresses des parties et de leurs avocats.*

La convention doit donc indiquer les noms, prénoms et adresses des parties. Il appartient aux avocats de vérifier ces éléments en exigeant notamment la production d'un document officiel comportant la signature de l'intéressé. Les noms, prénoms et adresses de chaque avocat assistant les parties doivent également être mentionnées dans la convention.

344. **Indication du terme du processus** – La convention de procédure participative est un contrat à durée déterminée. Selon la doctrine, cette convention est un « pacte de non-agression à durée déterminée³⁷⁹. » Selon l'article 2063, 1^o du code civil, elle doit indiquer son terme à peine de nullité. Le législateur n'a pas souhaité que les parties s'enlisent dans une procédure à durée indéterminée, susceptible de durer plusieurs mois voire plusieurs années. Le trait général et caractéristique des modes alternatifs de règlement des litiges est leur rapidité. Par conséquent, les parties doivent s'engager sur une période donnée qu'elles sont libres de définir, les textes ne fixant aucune durée minimale ou maximale. La maîtrise du temps du processus par les parties constitue un avantage majeur de la procédure participative et des MARC en général. Le législateur n'a pas imposé de durée car chaque conflit nécessite un temps spécifique en fonction de sa nature, de sa complexité mais également en fonction des possibilités de réunion des parties et des avocats, de la mise en place d'une expertise. Il appartient aux avocats de mesurer les chances d'obtenir un accord dans le temps défini par les parties. Un délai supplémentaire pourra être accordé selon les modalités de l'article 1546 du code de procédure civile.

³⁷⁹ H. Poivey-Leclerc, « La convention de procédure participative, un pacte de non-agression à durée déterminée », JCP 2011, Actu. 70.

345. **Indication de l'objet du différend** – L'article 2063 du code civil impose que l'objet du différend soit défini dans la convention de procédure participative à peine de nullité. Les parties devront donc indiquer précisément les éléments factuels du différend et englober tous les aspects de celui-ci afin d'aboutir à une solution globale, par exemple, en matière sociale, régler le différend mais également les conséquences financières qui en découlent.

346. **Énonciation des pièces et des informations nécessaires à la résolution du différend** – L'article 2063, 3° du code civil impose aux parties à peine de nullité de la convention de préciser « les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend. » La production et la communication de pièces et informations nécessaires garantissent la bonne foi dans les négociations et permettent d'aboutir à un accord pérenne. L'article 1545 alinéa 2 du code de procédure civile dispose que : « *la communication des écritures et pièces entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée.* »

347. **Faculté de recourir à un tiers** – Les parties peuvent prévoir dans la convention la faculté de recourir à un tiers technicien ou expert. Elles doivent préciser les règles qui régiront son intervention, sa rémunération et la répartition du coût de celle-ci afin d'éviter tout contentieux autour du recours à un tiers.

II- Effets de la convention de procédure participative

348. **Irrecevabilité de toute demande en justice pendant la durée de la convention** – L'article 2065 alinéa 1^{er} du code civil énonce que : « *Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige.* »

Le législateur a prévu que le temps de la procédure participative, il était interdit aux parties de saisir le juge. Il a entendu ménager les chances de négocier un accord. L'irrecevabilité concerne toutes les demandes ayant le même objet que celui défini dans la convention de procédure participative. En cas d'urgence, cependant, la convention ne fait pas obstacle à ce que les parties demandent au juge de prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Et

pour lutter contre les manœuvres dilatoires, en cas d'inexécution de la convention par une des parties, l'autre est autorisée à saisir le juge pour lui faire trancher le litige.

349. ***Suspension de la prescription extinctive du droit objet de la convention*** – Le délai de prescription est suspendu à compter de la conclusion de la convention de procédure participative et jusqu'au terme de celle-ci. Selon l'article 2238 du code civil, il ne recommence à courir qu'à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

350. ***Reprise de la possibilité d'agir en justice et du délai de prescription*** – Les parties pourront agir de nouveau en justice et le délai de prescription recommencera à courir lorsque la procédure participative sera éteinte. L'article 1555 du code de procédure civile dispose que : « *La procédure conventionnelle s'éteint par :*

1° L'arrivée du terme de la convention de procédure participative ;

2° La résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats ;

3° La conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci.

Lorsqu'un accord au moins partiel a pu être conclu, il est constaté dans un écrit établi par les parties, assistées de leurs avocats. Il énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord. »

Dès lors, une fois arrivé le terme de la convention de procédure participative ou la résiliation anticipée de la convention actée, le délai de prescription recommencera à courir, là où il s'était arrêté et les parties pourront, le cas échéant, saisir le conseil de prud'hommes pour trancher leur litige.

§2- Les caractéristiques de la procédure participative

351. La procédure participative possède plusieurs particularités (I) ; ses modalités sont différentes des autres modes alternatifs de règlement des litiges (II) ; l'assistance des parties par un avocat est obligatoire (III) ; elles ont la faculté de recourir à un technicien (IV).

I- Les particularités de la procédure participative

352. La procédure participative suppose une volonté de « participer » à la négociation de la part des parties (A) avec pour objectif de trouver des points d'accord (B).

A- Une volonté de « participer » à la négociation de la part des parties

353. *Un processus volontaire* – Les parties qui recourent à la procédure participative en concluant une convention de procédure participative doivent avoir l'intention de participer activement à la procédure. Ils ne peuvent se contenter d'être passifs. Les parties, bien qu'assistées de leurs avocats, jouent un rôle majeur dans la procédure. Aux termes de l'article 2062 du code civil, les parties « **s'engagent à œuvrer conjointement** et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. » Il s'agit d'une obligation de faire : une obligation de négocier et de prendre activement part aux discussions relatives au différend indiqué dans la convention dans le cadre de la procédure participative.

B- Objectif : trouver des points d'accord

354. Les parties à la procédure participative ont une obligation de moyens de négocier et de discuter sur le différend qui les oppose. Les parties peuvent ne pas trouver d'accord global mais seulement des accords sur certains points particuliers de leur différend. En effet, il existe plusieurs issues à la procédure participative : homologation, procédure de jugement de l'entier différend ou procédure de jugement du différend résiduel. Par conséquent, l'objectif de la procédure participative n'est pas nécessairement de résoudre entièrement le litige mais de résoudre plusieurs points de celui-ci. Par exemple, lorsqu'un salarié et un employeur sont en conflit à propos d'un licenciement prétendument sans cause réelle et sérieuse, d'une procédure de licenciement brutale, d'une hypothèse de harcèlement et d'un rappel de salaires. Les parties pourront s'accorder sur un ou plusieurs points tels que le harcèlement et les rappels de salaires ; elles acteront alors leur accord sur ces éléments tandis que le conseil de prud'hommes pourra juger de la cause réelle et sérieuse du licenciement et de la procédure de licenciement, éléments qui n'ont pas été résolus par les parties.

II- Des modalités différentes des autres modes alternatifs de règlement des litiges

355. La procédure participative est un processus de négociation considérée comme un mode alternatif de règlement des litiges (A) qui comporte plusieurs spécificités (B).

A- La négociation est-elle un mode alternatif de règlement des litiges ?

356. ***La procédure participative : un mode alternatif de règlement des conflits particulier*** – La procédure participative est conçue comme un mode amiable et alternatif de résolution des conflits par le législateur. Elle est d'ailleurs insérée par un Livre V « *La résolution amiable des différends.* » Cependant, celle-ci n'est pas un MARC « classique » car elle est essentiellement fondée sur la négociation. La procédure participative encadre des négociations entre les parties et leurs avocats. Les MARC sont généralement basés sur des discussions et des négociations, en cela la procédure participative n'est pas différente des MARC. En revanche, celle-ci est très encadrée, à la fois dans le code civil et le code de procédure civile : elle doit répondre à des conditions de validité à peine de nullité, outre les obligations conventionnelles dont elles conviennent, les parties ont des obligations légales. La procédure participative est donc un mode alternatif de règlement des litiges particulier, qui est d'ailleurs dotée de certaines spécificités.

B- Spécificités de la procédure participative

357. La procédure participative possède deux spécificités : les principes fondamentaux du droit processuel sont applicables (1) et elle ne fait pas intervenir de tiers médiateur ou conciliateur (2).

1- L'application des principes fondamentaux du droit processuel

358. ***Un processus régi par le code de procédure civile*** – La procédure participative n'est pas un processus dual comme l'arbitrage qui est à la fois conventionnel et juridictionnel. Cependant, l'article 2068 du code civil qui clôt le Titre XVII « *De la convention de procédure participative* » dispose que : « *la procédure participative est régie par le code de procédure civile.* » Dans le code de procédure civile, il est indiqué le déroulement pratique de la

procédure participative. Outre ces modalités, une partie de la doctrine³⁸⁰ considère que les principes fondamentaux du droit processuel sont applicables à la procédure participative. Il est généralement admis que certains principes sont applicables aux modes alternatifs de règlement des litiges³⁸¹. L'article 2062 du code civil qui définit la convention de procédure participative mentionne une obligation de bonne foi. D'autres principes inhérents au droit processuel peuvent être rattachés à la procédure participative tels que le principe de loyauté³⁸² ou le principe du contradictoire³⁸³, renforcé par l'article 2063 qui impose aux parties de prévoir les modalités d'échange des pièces. Le principe d'égalité des armes qui implique que toutes les parties soient en mesure d'exposer leur cause d'une manière équitable (de s'apporter mutuellement la contradiction, de discuter des preuves présentées et de verser aux débats tous les éléments qu'ils détiennent) devrait également pouvoir s'appliquer avec comme garantie l'assistance des avocats des parties.

2- L'absence d'intervention d'un tiers médiateur ou conciliateur

359. La procédure participative n'implique pas l'intervention d'un tiers neutre et désintéressé dont l'impartialité constituerait une garantie pour les parties et l'issue de la procédure. Ce sont les parties qui, seules, vont définir le cadre et le déroulement de la négociation sans contrôle ou aide d'un tiers neutre : conciliateur ou médiateur. À la place du tiers, ce sont les avocats qui font office de rempart à l'inégalité des parties inhérente dans une négociation. Ils assurent les principes processuels fondamentaux tel que le principe du contradictoire.

III- L'assistance obligatoire d'un avocat comme garantie indispensable

360. **Assistance obligatoire d'un avocat** – L'article 2064 du code civil dispose que : « *Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067.* » La convention de procédure participative suppose donc que chaque partie bénéficie de l'assistance d'un avocat. Seul un avocat peut assister une partie dans la procédure participative et cela tout au long de la négociation.

³⁸⁰ F. G'ssell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

³⁸¹ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, n°52, p. 207 et s.

³⁸² M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, Dalloz 2003.

³⁸³ D. Pollet, *Principe de contradiction et médiation*, Gaz. Pal. 2-3 juin 1999. 3.

361. **Rôle de l'avocat dans la procédure** – Toutes les formalités devraient être accomplies par les parties avec l'assistance de leurs avocats : signature de la convention participative, recours à un technicien, modification éventuelle de cette convention, résiliation éventuelle de la convention, constatation de la solution négociée ou des points demeurant en litige, constatation de la volonté des parties de donner une suite contentieuse, négociations entre les parties au cours des réunions prévues dans la convention etc. Il conseille, par exemple, les parties ans la rédaction de la convention, il est responsable de la régularité de son élaboration, il doit, pour assister la partie lors des négociations, être formé aux techniques de communication, il rédige l'accord éventuel et est responsable de sa régularité et de sa conformité à l'ordre public. L'avocat est donc un partenaire actif dans la procédure participative, il est garant du bon déroulement de la négociation, de l'information de son client sur les engagements que celui-ci consent et de l'application des principes du droit processuel qui découlent du code de procédure civile.

IV- Le possible recours à un technicien

362. **Recours à un tiers-technicien** – Les parties peuvent faire appel à un tiers (consultant, expert, évaluateur, médiateur ...) qui permettra l'avancée des échanges³⁸⁴. Le code de procédure civile envisage aux articles 1547 à 1554 l'intervention de ce « technicien » qui celui de l'article 232 du même code : « *le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.* » Les parties doivent le choisir d'un commun accord et fixer sa mission selon l'article 1547 alinéa 1^{er} du code de procédure civile : « *Lorsque les parties envisagent de recourir à un technicien, elles le choisissent d'un commun accord et déterminent sa mission.* » L'alinéa 2 précise qu'il est rémunéré par les parties selon les modalités convenues entre elles. Il semble que la convention de procédure participative a intérêt, sur ce point, à aller plus loin que ne l'a été le pouvoir réglementaire et prévoit dans quelles proportions les parties comptent prendre en charge la rémunération du technicien.

363. **Obligations du technicien** – Il découle de l'article 1548 du code de procédure civile deux obligations pour le technicien : une obligation de révélation et une obligation

³⁸⁴ M. Foulon, Y. Strickler, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1000 : Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. – Médiation.*, n°59.

d'indépendance : « *Il appartient au technicien, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles.* »

Le tiers-technicien doit révéler les liens et/ou les intérêts qui pourraient le lier aux parties ou à leurs avocats. Cette première obligation dérive de la seconde qui est l'obligation d'indépendance. L'article 1549 alinéa 2 du même code ajoute d'autres obligations pour le technicien : « *Il accomplit sa mission avec conscience, diligence et impartialité, dans le respect du principe du contradictoire.* » Ces obligations sont assez semblables à celles d'un médiateur ou d'un conciliateur, si la procédure participative exclut l'intervention d'un tiers conciliateur ou médiateur dans les négociations, il n'est pas entièrement exclu de la procédure. L'obligation de respecter le contradictoire fait l'obligation au technicien de communiquer les mêmes informations aux parties et de leur laisser la faculté de discuter de ses constatations, évaluations, etc. L'article 1553 précise, d'ailleurs, que : « *Le technicien joint à son rapport, si les parties et, le cas échéant, le tiers intervenant le demandant, leurs observations ou réclamations écrites.*

Il fait mention dans celui-ci des suites données à ces observations ou réclamations. »

Les auteurs³⁸⁵ regrettent que « les textes énumérant les qualités attendues d'un tiers intervenant en qualité d'auxiliaire à une procédure, n'[aient] pas la constance que l'on pourrait en attendre. »

364. Communication des documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission – Les parties qui choisissent de recourir à la procédure participative doivent communiquer avec diligence et bonne foi les documents nécessaires à l'accomplissement de la mission du technicien. Elles ne doivent en aucun cas faire de la rétention d'informations. Dès lors, l'article 1551 alinéa 1^{er} du code de procédure civile fait obligations aux parties de communiquer au technicien les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission. L'alinéa 2 du texte offre un moyen de contourner l'inertie des parties ou de l'une d'entre elles pour le technicien : « *Lorsque l'inertie d'une partie empêche le technicien de mener à bien sa mission, il convoque l'ensemble des parties en leur indiquant les diligences qu'il estime nécessaires. Si la partie ne défère pas à sa demande, le technicien poursuit sa mission à partir des éléments dont il dispose.* »

³⁸⁵ M. Foulon, Y. Strickler, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1000 : Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. – Médiation.*, n°61.

365. **Fin de la mission du technicien** – À l'issue de la mission du technicien et aux termes de l'article 1554 du code de procédure civile, il doit établir un rapport qu'il remet aux parties et aux tiers intervenus, le cas échéant, selon l'article 1552. Ce rapport peut être produit en justice. Ce rapport obéit aux mêmes règles qu'un rapport rendu au terme d'une expertise judiciaire.

366. **Intérêts du recours au technicien** – Le recours à un technicien en droit du travail est utile afin d'éclairer les parties sur des éléments factuels ou sur l'évaluation d'un préjudice, ou encore de recourir par ce biais à un médiateur, ce qui montre que les divers modes alternatifs de règlement des différends peuvent se combiner entre eux. Les parties le choisiront en fonction de leurs besoins techniques et pourront, le cas échéant, proroger la durée de la procédure participative, si elles n'avaient pas anticipé le recours à un tel technicien et si la mission de celui-ci prendra un certain temps. En outre, le recours à un technicien peut permettre aux parties de revoir leurs prétentions et leurs considérations, par exemple dans le cadre de l'hygiène et de la sécurité, si un expert estime que les troubles psychologiques du salarié n'ont pas été causés par un mal être au travail ou par son environnement de travail stressant mais à sa vie personnelle, le salarié pourra revoir ses demandes ou bien dans le cas contraire, les augmenter si ses troubles sont du fait de son environnement de travail.

§3- L'issue de la procédure participative : la procédure à fin de jugement

367. La procédure participative peut avoir plusieurs issues : d'une part, une homologation par le juge de l'accord total ou partiel (I) ou bien saisir le juge aux fins de trancher leur différend (II)

I- L'homologation de l'accord

368. **Nature de l'accord** – L'accord à l'issue de la procédure participative peut être de deux natures. Les parties peuvent s'accorder sur une transaction mais celle-ci sera soumise au régime juridique de la transaction prévu aux articles 2044 et suivants du code civil et supposera l'existence de concessions réciproques. Les parties peuvent aussi conclure un accord participatif non soumis au régime de la transaction tels que les accords résultant d'une conciliation ou d'une médiation conventionnelles. Les parties peuvent donc l'exécuter sans

l'homologuer ou bien au contraire le rendre exécutoire par le biais d'un jugement d'homologation.

369. **Domaine de l'homologation** – L'article 2066 alinéa 1^{er} du code civil dispose que : « *Les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge.* »

L'article 1556 du code de procédure civile dispose « *À l'issue de la procédure conventionnelle et exception faite des demandes en divorce ou en séparation de corps sur lesquelles il est statué conformément aux dispositions de la section II du chapitre V du titre Ier du livre III, le juge peut être saisi de l'affaire, selon le cas, **pour homologuer l'accord des parties mettant fin en totalité au différend, pour homologuer un accord partiel des parties** et statuer sur la partie du litige persistant ou pour statuer sur l'entier litige.* »

L'homologation d'un accord issu d'une procédure participative peut donc avoir lieu dans deux hypothèses : la première en cas d'accord des parties sur la totalité du différend, la seconde en cas d'accord des parties sur une fraction du différend.

370. **Force exécutoire de l'homologation** – L'article 1565 du code de procédure prévoit que « *l'accord auquel sont parvenues les parties à [...] une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée.* »

L'homologation du juge donnera à l'accord force exécutoire et autorité de la chose jugée. Une partie pourra contraindre l'autre à s'exécuter.

371. **Juge compétent** – L'article 1565 du code de procédure mentionne le « *juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée.* » La compétence du juge se déduira de la matière qui fait l'objet de la procédure participative. En l'occurrence, le juge compétent pour homologuer l'accord participatif sera le conseil de prud'hommes. Les parties saisiront le conseil de prud'hommes territorialement compétent selon les règles de l'article R. 1412-1 du code du travail.

372. **Procédure d'homologation** – Les parties ont la faculté de demander l'homologation de leur accord. L'article 1557 du code de procédure civile énonce que : « *La demande tendant à*

l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties.

A peine d'irrecevabilité, la requête est accompagnée de la convention de procédure participative. »

La demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément au dernier alinéa de l'article 1555 du code de procédure civile qui énonce que « *lorsqu'un accord au moins partiel a pu être conclu, il est constaté dans un écrit établi par les parties, assistées de leurs avocats. Il énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord.* » est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties. Si la requête émane de la partie la plus diligente le juge peut s'assurer de l'accord de toutes les parties pour l'homologation si une clause insérée dans l'accord le précise expressément. À peine d'irrecevabilité, doit être jointe à la requête la convention de procédure participative. En revanche, les pièces qui ont été échangées n'ont pas lieu d'être communiquées au juge dans le cadre de la procédure d'homologation. Aux termes de l'article 1566 du code de procédure civile, le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. Dans le cadre de la procédure d'homologation, le juge ne peut modifier les termes de l'accord conformément à l'article 1565 du même code. Par conséquent, il a deux solutions : soit il homologue l'accord, soit il refuse de l'homologuer. Il ne peut en aucun cas statuer sur les termes de l'accord ou sur sa validité. Le contrôle du juge porte sur deux éléments : d'une part, sur la régularité formelle de l'acte en vérifiant que l'accord constitue bien l'issue d'une convention de procédure participative et que les conditions formelles de celui-ci soient remplies (signature des parties, assistance des avocats ...) et d'autre part, le respect de l'ordre public. La décision qui refuse d'homologuer peut faire l'objet d'un appel.

II- La procédure de jugement du différend persistant

373. Lorsque les parties ne sont pas parvenues à un accord total, elles peuvent saisir le juge compétent pour connaître de ce litige aux fins de règlement du différend (A)

A- Procédure de jugement du différend persistant

374. **Principe** – L'article 1560 du code de procédure civile prévoit que lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel elles peuvent saisir le juge pour qu'il statue sur le

différend résiduel : « *Lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel et à moins qu'elles ne demandent que son homologation conformément à l'article 1557, elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe signée par les avocats les ayant assistées au cours de la procédure participative dans les conditions prévues par le présent paragraphe.* » Par ailleurs, une option est laissée aux parties, elles peuvent uniquement souhaiter obtenir la force exécutoire pour leur accord partiel, et se ménager un temps de réflexion s'agissant de leur différend persistant. Elles peuvent alors recourir au processus d'homologation prévu pour l'accord global à l'article 1557 du code de procédure civile.

375. **Forme** – La requête conjointe doit être signée par les avocats ayant assisté les parties au cours de la procédure conventionnelle. Elle doit contenir, à peine d'irrecevabilité, les mentions prévues à l'article 57 du code de procédure civile, préciser les points faisant l'objet d'un accord entre les parties dont elles demandent l'homologation au juge dans la même requête, les prétentions respectives des parties sur les points demeurant en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées. La requête doit encore être accompagnée, toujours à peine d'irrecevabilité, de la convention de procédure participative, des pièces et informations nécessaires à la résolution du différend, le cas échéant du rapport du technicien et enfin des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle.

376. **Détermination de l'objet du litige** – L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties formulées dans la requête conjointe. Les deux derniers alinéas de l'article 1561 du code de procédure civile précisent que : « *Les parties ne peuvent modifier leurs prétentions, si ce n'est pour actualiser le montant d'une demande relative à une créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord.* »

B- Procédure de jugement de l'entier différend

377. **Principe** – L'article 1562 du code de procédure civile régit la procédure de jugement de l'entier différend en prévoyant que, lorsque le litige persiste en totalité, les parties peuvent

saisir le juge pour qu'il statue sur le différend soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe, soit encore sur requête unilatérale, procédure nouvelle qui ne requiert pas l'accord de l'adversaire.

378. **Forme** – La requête peut être conjointe ou unilatérale. Lorsque celle-ci est conjointe, elle doit respecter les formes prévues pour la procédure d'homologation d'un accord partiel et de jugement du différend résiduel. Elle fixe l'étendue du litige qui ne pourra en principe être modifiée. Lorsque celle-ci est unilatérale, l'article 1563 du code de procédure civile précise que la requête doit être déposée au greffe par l'avocat de la partie la plus diligente dans un délai de trois mois à compter du terme de la convention de procédure participative. Le non-respect de ce délai constitue une fin de non-recevoir. À peine d'irrecevabilité, elle est présentée dans un délai de trois mois suivant le terme de la convention de procédure participative. Cette requête contient, outre les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 58, un exposé des moyens de fait et de droit et est accompagnée de la convention de procédure participative, des pièces et informations nécessaires à la résolution du différend, le cas échéant du rapport du technicien, enfin des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle. L'avocat qui procède au dépôt de la requête unilatérale en informe la partie adverse elle-même ainsi que l'avocat l'ayant assistée au cours de la procédure conventionnelle, par notification ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque la requête est déposée au greffe du tribunal de grande instance, la notification doit indiquer que la partie adverse doit constituer avocat dans un délai de quinze jours et le dépôt de la requête au greffe contient constitution de l'avocat du requérant. Les parties peuvent conserver les mêmes avocats ou en changer. Lorsque l'affaire est portée devant une autre juridiction, l'avocat du requérant est informé par le greffe, dès remise de la requête, de la date de la première audience utile à laquelle l'affaire sera appelée. Cette date est portée à la connaissance de la partie adverse par l'avocat du requérant par notification ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Sous-section 3- L'appréciation de la procédure participative

379. Si la procédure participative offre aux parties des certains avantages (§1), elle comporte également des défauts (§2).

§1- Défense de la procédure participative

380. La procédure participative permet aux parties de réduire les coûts et les délais (I) et leur offre une confidentialité (II). Elles organisent elles-mêmes une procédure de négociation (III) qui permet d'aboutir à une libre discussion porteuse d'une solution (IV).

I- Réduction des coûts et des délais

381. ***Maîtrise des coûts et des délais*** – Dans le cadre d'une procédure participative, les parties maîtrisent le coût et les délais de celle-ci. D'une part, le coût est contrôlé par les parties. Celles-ci connaissent par avance les frais qu'elles vont devoir engager à savoir des frais d'avocats. L'intérêt de la procédure participative est qu'en principe elle ne fait intervenir aucun tiers à la procédure, les parties ne s'acquitteront que des honoraires de leurs avocats. Ce sont ces derniers qui encadrent la procédure. En outre, si les parties décident de faire intervenir un tiers-technicien, elles ont la faculté de prévoir dans la convention de procédure participative les modalités de règlement du technicien. Par conséquent, les coûts sont déterminés. D'autre part, les délais sont encadrés : l'indication du terme de la procédure doit être mentionnée dans la convention de procédure participative, à peine de nullité. Les parties contrôlent donc la durée de la procédure. Conseillées par leurs avocats, elles vont percevoir l'opportunité d'opter ou de continuer dans ce mode négocié de règlement des litiges.

II- Confidentialité

382. ***Une confidentialité implicite*** – Ni le code civil, ni le code de procédure civile n'ont expressément prévu de dispositions mettant à la charge des parties une obligation de confidentialité. Cependant, les avocats sont soumis au secret professionnel, obligation déontologique pour laquelle ils peuvent être sanctionnés s'ils la méconnaissent. Les parties, quant à elles, sont libres de régler la question de la confidentialité par une clause incluse dans la convention de procédure participative. Elles peuvent s'engager à respecter la confidentialité du processus, des échanges de pièces ou du contenu des négociations et de toute information obtenue dans le cadre des négociations et s'interdire de le divulguer aux tiers pendant ou après la procédure participative. La confidentialité est, de surcroît, une garantie inhérente aux modes amiables de résolution des différends. Elle est l'une des raisons essentielles du succès des modes alternatifs de règlement des litiges. Par conséquent, au regard du régime qui

gouverne les MARC, une obligation de confidentialité implicite identique à celle de la conciliation ou de la médiation conventionnelles pourrait être appliquée. En cas de violation de l'obligation de confidentialité par l'une des parties, celle-ci engage sa responsabilité contractuelle et peut être condamnée à des dommages et intérêts envers l'autre partie.

III- Organisation d'une procédure de négociation

383. **Une procédure organisée par les parties** – Il revient aux parties au sein de la convention de procédure participative d'organiser la procédure comme elles l'entendent. « La flexibilité est le maître mot de cette procédure³⁸⁶. » Les parties conviennent des réunions, de leur nombre et leur durée, fixent le terme de la procédure et déterminent les modalités de recours à un tiers-technicien et les modalités de communication de pièces, des prises de parole et du temps de parole de chaque partie etc. Outre les mentions obligatoires que doit contenir la convention, les parties sont libres d'organiser la procédure et d'y ajouter les obligations qu'elles souhaitent. La liberté contractuelle gouverne la procédure participative, sa souplesse est un avantage pour des négociations qui aboutiront au règlement du différend.

IV- Une libre discussion porteuse d'une solution

384. **Liberté de négociation** – Le principe de la procédure participative est de laisser les parties discuter et négocier librement afin de laisser émerger une solution satisfaisante. Est écartée « l'idée d'une solution juste en soi, parce que conforme à une règle générale et énoncée par un tiers neutre, pourvu de l'autorité propre à celui qui est chargé de dire le droit. Il s'agit seulement d'élaborer une solution juste parce que jugée satisfaisante par les parties concernées³⁸⁷. » La négociation ne sera cependant pas exempte de droit mais il restera accessoire. Les parties vont d'abord analyser le différend par rapport à leurs prétentions et dialoguer afin de trouver une solution qu'ils transposeront en droit.

³⁸⁶ M. Foulon, Y. Strickler, *JCl. Pr. Civ., Fasc. 1000 : Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. – Médiation.*, n°53.

³⁸⁷ F. G'ssell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

§2- La contestation de la procédure participative

385. L'absence d'obligation de confidentialité (I) et un encadrement excessif de la procédure participative ont pour conséquence la faible utilisation de celle-ci (II). De plus, ce nouveau MARC ne permet pas aux parties de saisir le juge au cours de la procédure et conduit ainsi à une méconnaissance du droit fondamental d'accès au juge (III).

I- Une confidentialité limitée

386. **Limites à la confidentialité** – La confidentialité de la procédure participative connaît plusieurs limites. D'une part, lorsque la procédure participative aboutit seulement à un accord partiel et que les parties choisissent de saisir le juge par requête conjointe pour qu'il statue sur le différend résiduel, les pièces qui ont été produites et communiquées lors du processus participatif ne pourront pas être couvertes par la confidentialité puisqu'elles doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentées au juge en annexe de la requête conjointe par laquelle les parties sollicitent l'homologation de l'accord ou le jugement du différend résiduel selon l'article 1560 du code de procédure civile. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme qui impose le principe de l'égalité des armes impose qu'une partie ne soit pas désavantagée de manière significative par rapport à l'autre partie sur le terrain de la preuve notamment. Dans un arrêt du 27 octobre 1993, *Dombo Deheer B. V. c. Pays-Bas*³⁸⁸, la Cour affirme que chaque partie doit se voir offrir « une possibilité raisonnable de présenter sa cause y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. » Toutes les parties doivent donc avoir un droit égal à la production de preuves. La Cour de cassation a, par ailleurs, jugé que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions*³⁸⁹. » Enfin, l'article 21-3, b) de la loi du 8 février 1995 précise que « *lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.* » Cependant, si cette disposition peut éclairer les juridictions sur l'obligation de confidentialité dans une procédure participative, cette dernière n'entre pas

³⁸⁸ CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Deheer B. V. c/ Pays-Bas*, n°14448/88, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^e éd., Sirey, 2011, n°87, p. 273.

³⁸⁹ Cass., Com., 15 mai 2007, n°06-10.606, Bull. civ. IV, n°130.

dans le champ d'application de la loi de 1995 qui a trait à la conciliation et à la médiation conventionnelle.

II- Encadrement excessif

387. **Une procédure trop encadrée** – La procédure participative est une procédure légale se rapprochant du droit collaboratif. Celle-ci est prévue à la fois dans le code civil et le code de procédure civile, un certain formalisme est exigé à peine de nullité. Les avocats et les parties préfèrent dès lors privilégier le droit collaboratif extra-légal à une procédure participative lourde et réglée par la loi. Plus globalement, dès lors qu'un mode alternatif de règlement des litiges est encadré par la loi, celui-ci est un échec. Si la loi doit fournir des garanties aux justiciables qui souhaitent recourir aux MARC, elle ne doit pas pour autant les décourager en insérant des conditions purement formelles. Le droit du travail étant déjà très réglementé, le choix d'opter pour une procédure très encadrée n'est pas encourageant. À titre d'exemple de l'échec de la procédure participative, selon les chiffres cités dans l'étude d'impact de la loi, il n'y a eu, en 2013, que sept procédures participatives devant les tribunaux de grande instance, trente-neuf devant les tribunaux d'instance et aucune devant les cours d'appel³⁹⁰. Par ailleurs, le législateur comme le gouvernement qui ont ouvert la procédure participative au contentieux prud'homal n'étaient eux-mêmes pas convaincu par ce nouveau procédé amiable de règlement des conflits : « *Si ce dispositif ne sert à rien, ce ne sera pas si grave*³⁹¹ », « *pour ma part, je ne suis pas sûr que ce soit utile, mais en tout cas, cela ne mange pas de pain, comme on dit*³⁹². » Il semblerait que l'ouverture de la procédure participative au contentieux prud'homal n'est pas de nature à bousculer les contentieux et se révèle, au contraire, inutile³⁹³.

III- Interdiction de saisir le juge

388. **Méconnaissance du droit fondamental d'accès au juge** – L'article 2065 du code civil dispose que : « *Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige.* » La conclusion d'une

³⁹⁰ M. Beckers, *Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale*, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 128.

³⁹¹ E. Macron, Discussion de l'amendement n° 483 au projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Sénat, JO Sénat, 6 mai 2015, p. 404.

³⁹² D. Robillard, rapporteur thématique, JO AN, 3^e séance, 14 févr. 2015, p. 1728.

³⁹³ F. Guiomard, *Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ?*, RDT 2015 p. 628.

convention de procédure participative interdit aux parties de saisir le juge pour qu'il statue sur le litige qui fait l'objet de la procédure. Le législateur restreint l'accès au juge afin de laisser aux parties la possibilité de pouvoir négocier sereinement et éviter le chantage d'une partie qui menacerait d'arrêter la procédure participative et de saisir le juge. S'il est possible de comprendre les raisons qui ont poussé le législateur à restreindre l'accès au juge, il convient de s'interroger sur une éventuelle méconnaissance du droit fondamental d'accès au juge garanti par l'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La procédure participative appliquée au droit du travail apparaît risquée pour le salarié qui ne pourra saisir le juge qu'une fois la convention. En outre, il semblerait que l'article 1555, 2° du code de procédure civile qui dispose : « *la résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats* » fasse obstacle à ce qu'une seule partie résilie la convention de procédure participative, celle-ci étant calquée sur le modèle des contrats à durée déterminée. Les parties sont donc contraintes d'aller jusqu'au terme de la procédure si elles souhaitent saisir le juge, ce qui rend les justiciables frileux d'opter pour un tel procédé.

389. **Conclusion** – La procédure participative peut être définie comme « un processus transactionnel encadré, simplifié (l'existence de concessions réciproques n'est pas une condition de validité) et sécurisée par la présence des avocats (qui pourront contresigner l'acte³⁹⁴). » Si la démarche du législateur était positive lorsqu'il a créé ce nouveau MARC et qu'il l'a ouvert au droit du travail, celui-ci est trop réglementé et n'offre pas assez de garanties aux parties pour le choisir et aux avocats pour le conseiller, ce qui la conduit à privilégier la médiation ou le droit collaboratif.

³⁹⁴ N. Fricero, *Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative*, RLDC, 2011.

SECTION 2 – UN PROCESSUS PRATIQUE : LE DROIT COLLABORATIF

390. **Origines et développement** – Le droit collaboratif a été développé dans les années 1990 par Stuart Webb, avocat à Minneapolis (États-Unis) puis par Pauline Tesler, avocate en Californie (États-Unis). Il a connu un essor fulgurant dans les pays anglo-saxons (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande), avant d’être pratiqué Outre-Atlantique, dans de nombreux pays européens (Autriche, Allemagne, Espagne, Italie, Suisse, Belgique, Royaume-Uni, Irlande, Ecosse, Norvège, Irlande, République tchèque)³⁹⁵. Le droit collaboratif s’est d’abord développé en droit de la famille et a pour origine le développement de la médiation familiale qui, en encourageant la réparation de la relation, aide à la prise de décision conjointe. L’amélioration de la communication familiale a conduit les avocats à se spécialiser dans la négociation, en utilisant notamment la technique de la « négociation raisonnée » pour résoudre de manière amiable les divorces³⁹⁶. Il s’agit cependant d’une négociation particulière. En effet, la doctrine définit la négociation comme « un dialogue centré sur un problème à résoudre et visant un accord mutuellement acceptable³⁹⁷ » ; elle n’exige pas de position de neutralité et d’impartialité et n’implique pas nécessairement la présence d’un tiers. Au Royaume-Uni, le juge Paul Coleridge déclarait, en 2007, que « le droit collaboratif est un concept et une idée dont le temps est venu, et qu’en fait ce temps aurait dû arriver depuis longtemps, tout simplement parce que – rappelle-t-il – le droit collaboratif est là pour participer à la révolution que connaît le droit de la famille depuis ces dernières années et pour changer la culture et l’environnement contentieux familiale³⁹⁸. » Le droit collaboratif, nouveau mode alternatif de règlement des litiges issu de la pratique, n’est pas resté cantonné au droit de la famille mais s’est alors développé dans d’autres domaines du droit : droit civil, droit commercial, droit social. Ce nouveau processus a été présenté en France pour la première fois en mars 2006³⁹⁹, il est pratiqué en particulier en matière familiale, commerciale et sociale. Il a inspiré le rapport Guinchard qui a créé la procédure participative.

391. **Définition** – Le droit collaboratif est un « processus défini par les parties et qui évolue avec l’aide des avocats pour répondre au mieux à leurs besoins. Le processus de droit

³⁹⁵ C. Butruille-Cardew, *La place du droit collaboratif dans les MARC*, RLDC, 2011.

³⁹⁶ M. Moffit, R. Bordone, *The Handbook of Dispute resolution*, Harvard Law School, Jossey-Bass, 1^{ère} éd., 2005, p. 21.

³⁹⁷ A. Stimec, *La négociation*, Dunod, 2005, p. 10.

³⁹⁸ Présentation lors du Collaborative Law Forum, Londres, 3 oct. 2007.

³⁹⁹ C. Butruille-Cardew, P.H. Tesler « Les modes amiables de règlement des litiges en matière familiale », Conférence IDPF, Maison du Barreau, oct. 2006.

collaboratif est influencé par la procédure, notamment judiciaire, mais elle ne le définit pas. En effet, ce sont les parties et leurs avocats qui appliquant les principes du droit collaboratif, décideront du processus qui évoluera et changera avec le temps en fonction des besoins des participants. Une évaluation constante du processus de droit collaboratif est faite par les avocats et les participants pour assurer le fonctionnement de ce processus de la manière la plus efficace possible et optimiser le résultat pour les participants⁴⁰⁰. » Ce MARC est purement contractuel. Il repose sur un accord de participation qu'établissent et signent les parties au litige et leur avocat respectif, ainsi que tous les tiers (expert et autres) éventuellement saisis par les parties. L'une des particularités du droit collaboratif est qu'il doit être engagé avant tout processus judiciaire et que les parties doivent renoncer, durant le processus à saisir le juge⁴⁰¹. L'esprit du processus collaboratif est de répondre « au besoin des personnes qui veulent régler un conflit sans pour autant altérer le lien existant avec l'autre partie⁴⁰² »

392. **Distinction** – Si le processus de droit collaboratif a inspiré la procédure participative, celui-ci s'en distingue d'abord par l'obligation de retrait des avocats en cas d'échec, même partiel, ensuite, par la création d'un réel processus de négociation, transparent, avec « responsabilisation » corrélative des avocats et enfin par son caractère contractuel et non procédural. Dans la médiation, le tiers médiateur est neutre, ce qui n'est pas le cas dans le processus collaboratif dans lequel chacun des avocats qui négocient, conseillent et protègent les intérêts de leurs clients. Selon une partie de la doctrine, le processus collaboratif se placerait exclusivement en amont du litige à la différence de la médiation qui peut intervenir à tous les stades de la procédure⁴⁰³. En matière sociale, une interrogation demeure : le salarié toujours lié par un contrat de travail peut-il adhérer, librement, à un processus collaboratif ? Une garantie essentielle de ce MARC pourrait donner une réponse affirmative : l'assistance durant tout le processus des avocats, de l'engagement contractuel à la potentielle résolution du différend. De plus, l'ouverture des modes conventionnels de règlement des litiges (médiation conventionnelle et procédure participative) paraît également tendre vers une réponse positive.

⁴⁰⁰ N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benraïb, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd., 2016-2017, n°421.12.

⁴⁰¹ C. Peulvé, *Ces MARL venus d'ailleurs ... : droit collaboratif et mécanismes voisins*, Gaz. Pal., 01 juin 2010, n°152, p. 10.

⁴⁰² Site Internet de l'Association Française des Praticiens du Droit Collaboratif, *Le droit collaboratif, Qu'est-ce que c'est ?*

⁴⁰³ C. Butruille-Cardew, *La place du droit collaboratif dans les MARC*, RLDC, 2011.

393. **Plan** – Il conviendra d’aborder les spécificités du droit collaboratif (sous-section 1) avant d’apprécier ce nouveau mode alternatif de règlement des conflits issu de la pratique (sous-section 2).

Sous-section 1- Les spécificités du droit collaboratif

394. Le processus de droit collaboratif débute par la conclusion d’un contrat appelé « charte collaborative » (§1). Il fait intervenir divers acteurs (§2). Le processus comporte plusieurs étapes (§3).

§1- La charte collaborative

395. La charte collaborative a des caractéristiques générales (I) et des caractéristiques spéciales qui sont six piliers sur lesquels reposent le processus collaboratif (II).

I- Caractéristiques générales de la charte collaborative

396. **Un engagement contractuel** – Le processus collaboratif repose un engagement contractuel. Si le processus n’est pas consacré par des textes légaux, l’engagement est régi par le droit des obligations du code civil. Le contrat est appelé « charte collaborative » ou « accord de participation. » Tous les intervenants doivent signer la charte collaborative, à savoir les deux parties en conflit et leurs avocats respectifs. Ils s’engagent à respecter les principes directeurs du droit collaboratif. En cas d’intervention d’un tiers (expert, par exemple), celui-ci doit s’engager en signant une annexe à ladite charte.

397. **Engagement des parties : rechercher une solution négociée** – En signant la charte collaborative, les parties s’engagent principalement à rechercher une solution négociée et acceptable pour elles-mêmes et pour l’autre partie. Cette obligation est essentielle et fondatrice du processus collaboratif. L’accord qui doit aboutir doit prendre en considération les intérêts de chacune des parties et être acceptable. En conséquence, il ne peut y avoir d’accord imposé. L’aboutissement du processus doit engendrer une satisfaction pleine et entière des parties.

398. **Engagement des parties : devoir de coopération** – Les parties s’engagent à coopérer de bonne foi et loyalement entre elles. Elles s’engagent à ne pas dénigrer l’autre afin de préserver leurs environnements, de négocier sereinement et de reconstruire positivement leur relation après la résolution du conflit. Ainsi, il est possible d’imaginer une clause faisant obligation à l’employeur et au salarié de ne pas se dénigrer l’un, l’autre devant les autres salariés de l’entreprise ou encore la prise en charge par l’employeur des frais d’avocat du salarié.

399. **Engagement des parties : communication dans le respect des parties** – Les parties doivent s’engager à communiquer et à négocier de manière respectueuse entre elles. La charte peut contenir les modalités de prise de parole et de temps de parole au cours des réunions : ne pas interrompre l’autre partie, demander la parole etc.

II- Caractéristiques spéciales de la charte collaborative : les six piliers du droit collaboratif

400. **Six piliers du droit collaboratif** – Le processus de droit collaboratif est fondé sur six principes ou « piliers⁴⁰⁴ » que tant les parties que les avocats doivent respecter. Les parties doivent ainsi travailler en équipe c’est-à-dire à quatre ; ne pas avoir recours au juge ; respecter une obligation de transparence et produire de bonne foi les informations nécessaires à éclairer complètement et objectivement la situation ; respecter une confidentialité renforcée. Les avocats s’engagent à être les garants du processus collaboratif et à se désister en cas d’échec de celui-ci.

401. **Travailler en équipe** – Les deux parties, assistées de leurs avocats respectifs, doivent travailler ensemble et conjointement à la résolution du différend qui les oppose. Le processus collaboratif est dans un esprit d’égalité. Les parties sont sur un pied d’égalité ; elles ont chacune une valeur et un rôle équivalents et complémentaires.

402. **Absence de saisine du juge** – La charte collaborative doit faire provisoirement obstacle à la saisine du juge. Elle manifeste la volonté des parties de résoudre de manière concertée et globale tous les aspects essentiels de leur différend. Les parties doivent donc s’engager à rechercher une solution négociée sans recourir au juge. Les avocats des parties ne peuvent engager une procédure de manière unilatérale ni menacer de le faire durant leur mandat de

⁴⁰⁴ Site Internet de l’Association Française des Praticiens du droit collaboratif.

droit collaboratif. Le juge ne pourra se prononcer que dans trois hypothèses : la première pour homologuer un accord global, la deuxième pour ordonner des mesures conservatoires et la troisième pour juger de l'entier différend en cas d'échec du processus.

403. **Obligation de transparence** – Les parties comme leurs avocats ont une obligation de transparence dans la résolution du litige. Celle-ci permet une résolution globale et définitive du conflit qui oppose les parties. C'est dans le but de trouver un accord que les parties doivent négocier en toute confiance et qu'elles soient pleinement conscientes de la nature et de l'étendue des compromis qu'elles acceptent dans le cadre des négociations. La transparence dans la discussion est seule de nature à assurer entre les parties la pérennité de l'accord. Ainsi, les parties s'engagent également à transmettre toutes les informations qu'elles ont en leur possession de bonne foi afin de garantir la transparence et la bonne information de l'autre partie. Elles doivent communiquer toutes les informations pertinentes sollicitées et importantes qui pourraient permettre la résolution du différend. Le droit collaboratif s'inscrit dans un climat de confiance et de transparence entre les parties et leurs avocats. Un manquement à cette obligation de délivrance d'informations, qui permettraient la résolution du conflit, rendrait le processus inopérant car la confiance entre les parties serait brisée. Le processus collaboratif rejette l'idée qu'il y ait un « gagnant » et un « perdant » comme dans un procès classique, le processus doit aboutir à un résultat « gagnant-gagnant. » Par conséquent, l'obligation de transparence nécessite de prendre quelques précautions afin que l'obligation soit respectée. La charte collaborative peut, par exemple, stipuler qu'un certain nombre de documents doivent être remis préalablement au début du processus.

404. **Obligation de confidentialité** – Dans le cadre du processus collaboratif, les négociations sont confidentielles. Cette confidentialité est assurée d'abord dans les relations entre l'avocat et son client par l'obligation déontologique du secret professionnel. Les parties ne pourront utiliser les correspondances reçues ou échangées entre les conseils ou avec leurs conseils tant au cours du processus collaboratif qu'au cours d'un procès civil. Est également stipulée dans l'accord participatif une clause de confidentialité par laquelle les parties s'engagent contractuellement pendant la durée du processus à ne pas divulguer le contenu des négociations aux tiers et à ne faire homologuer leur d'accord qu'en cas d'accord global. En principe, les documents et informations échangées au cours du processus collaboratif ne pourront être communiqués lors d'un éventuel procès. Cependant, il peut être stipulé que certains documents estampillés « droit collaboratif – confidentiel » seront déconfidentialisés.

Une partie qui ne respecterait pas l'obligation contractuelle de confidentialité s'exposerait à une condamnation à des dommages et intérêts sur le fondement de sa responsabilité contractuelle.

405. *Les avocats comme garants du processus collaboratif* – L'avocat sort de son rôle de « défenseur contradicteur » pour jouer le rôle d'un « animateur actif⁴⁰⁵ ». Certains auteurs qualifient l'avocat de « partenaire juridique et constructif⁴⁰⁶. » En effet, outre le rôle de conseil juridique de l'avocat, celui-ci doit aussi animer le processus collaboratif. Si les parties maîtrisent le processus et décident de la solution finale, les avocats les accompagnent et les guident. Il appartient également et avant tout à l'avocat de jauger le comportement de son client afin de s'assurer de sa bonne foi et permettre l'efficacité d'un tel procédé.

406. *Obligation de désistement* – L'obligation de désistement des avocats collaboratifs consiste en une interdiction de représenter une des parties lors d'un procès sur le même conflit. Ils ne pourront alors plus intervenir d'aucune manière dans la résolution judiciaire de celui-ci. Ainsi, les parties saisiront les tribunaux avec de nouveaux avocats qui, en principe, n'auront pas accès aux documents confidentiels élaborés ou échangés dans le cadre du processus collaboratif. L'obligation de désistement des avocats, en cas d'échec du processus, est essentielle car l'avocat collaboratif est « solidaire et participe d'un réel changement de posture⁴⁰⁷. » Les deux avocats doivent se désister et ce quand bien même seul un des clients serait à l'origine de l'échec des négociations. L'obligation de désistement participe du climat de confiance général car les avocats savent qu'ils n'ont rien à gagner en faisant échouer les négociations. Si ce n'était pas le cas, ils n'auraient pas la même approche, la même posture et la même transparence dans leurs échanges. Cette obligation permet également des négociations sereines et constructives et d'éviter une solution de facilité en cas de blocage qui consisterait à abandonner le procédé amiable pour saisir directement le juge. En effet, les avocats n'ont aucun intérêt à opter pour cette solution. Ils sont donc amenés à trouver des solutions novatrices et satisfaisantes.

⁴⁰⁵ S. Rivière-Mariette, C. Mollard-Courtau, *Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?*, Site Internet du Village de la justice, 25 sept. 2013.

⁴⁰⁶ C. Butruille-Cardew, *Le droit de la famille collaboratif*, AJ fam., 2007, 28.

⁴⁰⁷ N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd., 2016-2017, n°434.21.

§2- Les acteurs

407. Le processus de droit collaboratif fait intervenir les avocats des parties qui ont un rôle prééminent (I), cependant, le procédé nécessite une forte implication de celles-ci (II). Un tiers peut également venir éclairer les parties (III).

I- Le rôle prééminent des avocats

408. Les avocats collaboratifs doivent suivre une formation préalable afin de pratiquer le droit collaboratif (A) et ils ont dans ce cadre une obligation de conseil renforcée (B).

A- Formation préalable

409. La formation préalable de l'avocat consiste en l'acquisition de techniques de communication (1) et l'apprentissage d'une logique de négociation et d'échange pacifique (2).

1- Acquisition de techniques de communication

410. **Technique d'écoute active** – La technique de l'écoute active ou de l'écoute bienveillante est inhérente au processus de droit collaboratif. C'est un concept développé à partir des travaux du psychologue Carl. R. Rogers dans son ouvrage *Le développement de la personne*. Elle consiste à mettre en mots les émotions et sentiments exprimés de manière tacite ou implicite par l'interlocuteur. Seule l'écoute active permet de comprendre puis d'identifier les intérêts se trouvant derrière les positions de chaque partie. Elle permet de « décoder » la dimension affective généralement non verbalisée. Cette technique aide les parties à réapprendre à communiquer et à communiquer entre elles pour l'avenir. Plusieurs principes gouvernent l'écoute active : la « non-directivité » c'est-à-dire « être sur l'autre », s'intéresser à l'autre plus que sur le problème en soi, montrer du respect, montrer de l'empathie⁴⁰⁸. Ainsi, les parties se sentent écoutées, comprises, respectées et encouragées à parler.

411. **Technique de reformulation** – La technique de reformulation est une pratique de communication consistant à formuler des pensées de façon plus claire afin d'être davantage

⁴⁰⁸ C. R. Rogers, *Le développement de la personne*, Dunod, 2005.

compris. La technique a également été créée par Carl R. Rogers⁴⁰⁹. Elle est très utilisée dans les négociations, la gestion des conflits etc. Au sein du processus collaboratif, elle sert à s'assurer que les clients se sentent compris : les phrases sont reprises mot à mot et permet d'acter un ressenti et de créer un lien de confiance pour progresser dans la découverte d'intérêts sous-jacents. La reformulation a une seconde fonction qui est d'éliminer les *quiproquos* et supprimer les déclarations négatives ou agressives afin de les reformuler en termes positifs ou neutres.

2- Apprentissage d'une logique de négociation et d'échange pacifique

412. ***Avocat comme expert de la négociation*** – Traditionnellement, l'avocat est un expert de la négociation. Il négocie pour son client des contrats commerciaux, des contrats de travail, des transactions et les rédige le cas échéant. Néanmoins, l'avocat qui entre dans un processus collaboratif doit suivre une formation spécifique et s'appuyer sur de nouvelles techniques de communication telles que la négociation raisonnée, la reformulation ou l'écoute active.

413. ***Négociation raisonnée : principes et origines*** – La négociation raisonnée ou négociation intégrative résulte des travaux de Roger Fisher et William L. Ury, professeurs de la Harvard Law School et repose sur des techniques permettant d'obtenir un accord satisfaisant pour les deux parties. Le processus de droit collaboratif est construit principalement autour de l'utilisation de cette technique de négociation. Contrairement à la négociation classique, dite sur position, qui se caractérise par l'utilisation de tactiques conçues pour découvrir la position de l'autre, de demande initiale, de communications limitées ou encore d'une volonté de faire peu de concessions, la négociation raisonnée peut se définir comme « *un processus de prise de décision interpersonnelle par lequel deux ou plusieurs personnes arrivent à un accord intégratif qui exploite toutes les opportunités de gains mutuels de façon mutuelle*⁴¹⁰. » L'objectif de la négociation est d'aboutir une solution à la fois juste, raisonnable et pérenne. Elle repose sur cinq principes⁴¹¹ : l'absence de négociation sur prise de position ; le traitement direct et honnête du problème avec l'autre partie ; se concentrer sur les intérêts en jeu et non

⁴⁰⁹ C. R. Rogers, G. M. Kinget, *Psychothérapie et relations humaines*, vol. II, 4^e éd., Montréal, Institut de recherches psychologiques et sociales, 1969.

⁴¹⁰ C. Smets-Gary, *PMR Europe Formation*, 2008, p. 1.

⁴¹¹ R. Fisher, W. L. Ury, B. Patton, *Comment réussir une négociation*, Seuil, 2008 – trad. de *Getting to yes*, Penguin Books, 1981.

sur les positions adoptées afin de comprendre les préoccupations de chacune des parties ; imaginer des solutions pour un bénéfice mutuel ; exiger l'utilisation de critères objectifs.

414. **Rôle de l'avocat** – L'avocat collaboratif doit identifier les sujets à résoudre (points de négociation, de discussion) et aussi les intérêts des parties. Il devra recueillir auprès de son client ses priorités et ce qui lui importe réellement au-delà du conflit qui l'oppose à l'autre partie. Par exemple, un salarié réclame une augmentation de sa rémunération, son employeur refuse. Afin de résoudre le conflit, il appartient à l'avocat d'analyser les raisons d'une telle demande : le salarié peut ne pas se sentir estimé, ne pas se sentir valorisé ou encore penser ne pas être rémunéré justement par rapport à sa charge de travail. L'avocat doit également structurer l'information qu'il reçoit afin de permettre un vrai dialogue.

415. **Aboutissement à un accord** – Les intérêts des parties identifiés par leurs avocats sont alors convertis en « options ». Chaque option est traitée comme un exemple de solution, chaque option est alors analysée pour essayer de rendre compatible les options de chaque partie entre elles afin d'aboutir à un accord global, pérenne et satisfaisant.

B- Un devoir de conseil renforcé

416. **Devoir de conseil de l'avocat renforcé** – La pratique⁴¹² considère que l'avocat collaboratif a un devoir de conseil renforcé. En effet, c'est lui qui doit orienter son client vers le processus collaboratif s'il le juge adéquat. Le devoir de conseil commence donc en amont du processus. Au cours de la négociation, l'avocat doit « rassurer » et « apprendre à connaître les besoins et attentes de son client » mais également « l'aider à comprendre son adversaire. » Il doit s'assurer de la loyauté des échanges mais aussi du consentement libre et éclairé de son client et vérifier que celui-ci dispose de toutes les informations nécessaires pour prendre les meilleures décisions dans son intérêt, sans aucune pression. » En outre, le devoir de conseil est renforcé du fait de l'accompagnement continu de l'avocat au cours du processus. Il doit trouver « le juste, mais difficile équilibre entre son rôle de conseil et celui d'animateur facilitateur de la négociation devant conduire son client à rechercher, par lui-même, les moyens de parvenir à un accord équitable » et « doit tout mettre en œuvre pour assurer à son client la pérennité de la solution trouvée. » Dès lors, l'avocat collaboratif doit avoir une

⁴¹² S. Rivière-Mariette, C. Mollard-Courtau, *Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?*, Site Internet du Village de la justice, 25 sept. 2013.

formation sérieuse et de qualité, il doit avoir les compétences pour mener à bien le processus de droit collaboratif.

II- La nécessaire implication des parties

417. **Engagement des parties : pierre angulaire du droit collaboratif** – Les parties sont véritablement au cœur du processus de droit collaboratif. Les parties sont véritablement des partenaires. Elles prennent leurs propres décisions, elles sont impliquées et engagées dans le processus de bonne foi dans l’optique de trouver une solution satisfaisante. Leur participation aux « rencontres de règlement » doit être préparée en amont entre la partie et son avocat afin de permettre d’identifier ses intérêts et ses besoins puis de les communiquer à l’autre partie. L’objectif du droit collaboratif est la satisfaction de toutes les parties par l’élaboration de solutions mutuellement acceptables, ce sont les parties qui concourent directement à la mise en place de solutions.

III- L’éventuelle intervention d’un tiers

418. **Faculté de faire intervenir un tiers** – Le processus de droit collaboratif ouvre la possibilité à des tiers d’intervenir si les parties le décident. Ils sont rémunérés par les parties. Les modalités de rémunération sont établies par elles au sein de la charte collaborative. Ce tiers doit être formé au droit collaboratif, il doit signer une annexe à la charte collaborative afin qu’il soit un personnage à part entière du processus ; il est, par conséquent, soumis aux règles de confidentialité et de désistement.

419. **Différents rôles du tiers** – Le tiers peut, par exemple, être un médiateur qui vient au soutien du processus qui est dans une impasse. Il a alors pour rôle d’essayer de rapprocher et proposer des solutions viables et objectives aux parties. Le tiers peut également être un expert afin d’éclairer davantage les parties sur des points litigieux précis.

§3- Les étapes du processus devant aboutir à un accord

420. Le processus collaboratif consiste en une série d’étapes (I) vers l’établissement d’un accord qui peut, le cas échéant, être homologué par le juge (II).

I- Une série d'étapes

421. ***Calendrier du processus collaboratif*** – Le processus de droit collaboratif est organisé par un calendrier inséré dans la charte collaborative. Celui-ci détermine les étapes du processus qui sont au nombre de neuf en cas de réussite⁴¹³. Le processus débute par une réunion individuelle entre l'avocat et son client puis par des rencontres de règlement c'est-à-dire des réunions entre les parties et leurs avocats et se termine un accord.

422. ***Première étape : réunion individuelle*** – Lors de cette première réunion, le client exposera sa situation et le conflit qui l'oppose à son adversaire. L'avocat présentera à son client, s'il le juge apte et de bonne foi, le processus collaboratif et ses modalités. Il faudra également proposer à l'autre partie d'opter pour ce processus afin qu'elle puisse rencontrer un avocat collaboratif et qu'elle ait les mêmes informations sur le déroulement du procédé.

423. ***Deuxième étape : prise de contact avec l'avocat de l'autre partie*** – Si les deux parties ont adhéré au processus collaboratif, les avocats devront prendre contact et commencer un travail d'équipe. Ainsi, ils pourront d'ores et déjà échanger sur les techniques à mettre en place au regard des points de conflit qu'ils ont déjà perçus. Une première rencontre de règlement est fixée.

424. ***Troisième étape : réunion individuelle de préparation avec le client en vue de la rencontre de règlement*** – Au cours de cette réunion individuelle de préparation, l'avocat informe son client du rôle de chacun et de la nécessité de négocier de bonne foi. Il évaluera le différend et les procédés à mettre en œuvre. L'avocat devra également demander à son client de transmettre les informations et les documents pertinents et utiles à la résolution du conflit, conformément à l'obligation de transparence dans la communication des informations.

425. ***Quatrième étape : retour de l'avocat avec son confrère après la réunion individuelle*** – Après la réunion de préparation entre les avocats et leurs clients, les avocats peuvent faire le point sur le ressenti de leurs clients, le déroulement du processus, les documents nécessaires au règlement du litige et le niveau de conflictualité qui existe entre les parties. Les avocats mènent les réunions à tour de rôle.

⁴¹³ N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd., 2016-2017.

426. **Cinquième étape : première rencontre de règlement** – La première rencontre de règlement qui réunit les deux parties et leurs avocats respectifs est l’occasion d’expliquer les termes de la charte collaborative ainsi que les principes du droit collaboratif qu’elle contient. Cette rencontre permet également d’identifier et de cerner les questions conflictuelles et les véritables priorités des parties afin d’aboutir à une résolution globale du différend. Il fixe le nombre de réunions, les informations à transmettre, les délais de communication de celles-ci ainsi que l’ordre du jour de la prochaine rencontre de règlement. La première réunion est importante en ce qu’elle permet de créer ou de recréer des liens avec l’autre partie.

427. **Sixième étape : réunion individuelle entre avocats et clients en vue d’un compte-rendu** – Une réunion individuelle entre l’avocat et son client se déroulera peu après la première rencontre de règlement. Celle-ci a pour but de recueillir les impressions et les commentaires du client, répondre à ses questions et le conseiller, déterminer le nombre de réunions préparatoires nécessaires et les problématiques à résoudre avec une approche juridique.

428. **Septième étape : compte-rendu entre avocats** – Les avocats peuvent échanger sur les éventuels points à améliorer dans les prochaines rencontres de règlement, les questions à résoudre, leurs impressions sur la première rencontre, etc.

429. **Huitième étape : rencontres de règlement intermédiaires** – Plusieurs rencontres de règlement interviennent, ensuite, entre les parties et leurs avocats. Les participants travaillent ensemble et doivent arriver progressivement à un accord global. Chaque rencontre doit se dérouler de façon identique. Les questions sont définies et négociées une à une après un échange d’informations nécessaires à la résolution de celles-ci. Les avocats doivent identifier les intérêts et déterminer les options que les parties formulent. À la fin de chaque réunion, l’avocat qui n’a pas mené la rencontre rédige un procès-verbal.

430. **Neuvième étape : fin du processus** – En cas d’échec du processus, les avocats se retirent et les parties peuvent saisir le juge. En revanche, en cas de réussite du processus, les avocats rédigeront l’accord issu de la négociation. Le protocole sera soumis aux parties et signé par elles.

II- Le protocole d'accord

431. **Faculté d'homologation judiciaire de l'accord** – L'accord issu du processus collaboratif prend le plus souvent la forme d'une transaction reposant sur des concessions réciproques. L'accord trouvé en droit collaboratif est conforme aux conditions de fond posées par le code civil pour la transaction. Les accords sont, en principe, conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs grâce aux avocats qui sont garants du processus et les concessions réciproques sont inhérentes au droit collaboratif. L'accord pourra donc, dans ce cadre, être soumis à l'homologation du juge, en droit du travail le conseil de prud'hommes, afin que celui-ci revête l'autorité de chose jugée. En revanche, l'accord ne semble pas pouvoir être homologué dans le cadre des articles 1565 et suivants du code de procédure civile car le champ d'application de l'article 1565 est cantonné à la médiation, une conciliation ou une procédure participative et que le législateur n'a pas consacré le processus collaboratif.

Sous-section 2- L'appréciation du droit collaboratif

432. Le processus de droit collaboratif comporte des avantages pour les parties (§1) mais également des inconvénients qui nuisent à son efficacité (§2).

§1- Défense du droit collaboratif

433. Deux intérêts principaux gouvernent le processus de droit collaboratif : les parties sont acteurs de leur différend (I) et bénéficient d'avantages procéduraux (II).

I- Les parties : acteurs de leur différend

434. Les parties qui jouent un rôle primordial dans la résolution de leur différend peuvent profiter du processus collaboratif pour renouer le dialogue et se rapprocher (A) et ainsi choisir la solution de leur conflit (B).

A- Renouer le dialogue et rapprocher les parties

435. **Conservation de bonnes relations** – Un des objectifs du processus de droit collaboratif est de créer ou recréer le lien entre les parties. Renouer le dialogue est essentiel dans le droit

collaboratif, sans une discussion « à bâtons rompus » mais respectueuse, une issue favorable ne peut être trouvée. Le processus doit conduire à ce qu'elles s'entendent sur un accord qui puisse régler leur différend afin de maintenir un lien entre elles. À titre d'exemple, il est possible d'imaginer qu'une entreprise ne souhaite pas voir un conflit s'installer avec un salarié si celui-ci est un salarié stratégique, qu'elle ne peut se permettre de perdre. Ainsi, l'employeur aura tout intérêt à utiliser un processus de négociation dans le cadre du droit collaboratif afin de pouvoir conserver le salarié dans l'intérêt social de l'entreprise.

B- Choisir la solution du différend

436. **Des parties décisionnaires** – Les parties sont seules maîtres de la solution qu'elles adopteront, des concessions qu'elles consentiront et des intérêts qu'elles souhaitent voir étudiés. Elles participent à la résolution du différend. C'est grâce à leur concours que celui-ci peut être réglé. Si elles participent activement, de bonne foi et intégrant les principes directeurs qui gouvernent le processus collaboratif, celles-ci ont une chance de parvenir à un accord. En revanche, si elles ne le respectent, tout accord sera impossible car ce MARC issu de la pratique est fondé sur la confiance entre les parties. Sans confiance pas d'accord issu du droit collaboratif.

II- Des intérêts procéduraux

437. Les parties profitent d'un processus sur-mesure (A), confidentiel (B) et avec des facilités dans l'obtention de preuves (C).

A- Un processus sur-mesure

438. **Un processus personnalisé** – Le processus collaboratif est fondé sur une charte collaborative conclue par les parties et leurs avocats. La charte peut fixer un nombre maximum de réunions, des causes de fin du processus tels que la non divulgation d'un document pertinent ou encore la violation de l'obligation de confidentialité. La liberté contractuelle gouverne le droit collaboratif ce qui laisse aux parties la faculté de construire un processus personnalisé et sur-mesure, sous réserve des principes directeurs du procédé. En outre, le processus est plus rapide qu'une procédure contentieuse et laisse aux parties le temps pour faire mûrir une réflexion.

B- Une confidentialité

439. ***Un processus sécurisé*** – Les documents et informations communiqués et échangés au cours du processus sont confidentiels. Les parties ne peuvent divulguer des informations à des tiers sous peine d’engager leur responsabilité contractuelle. La confidentialité du processus collaboratif encourage les parties à avoir confiance l’une envers l’autre, d’autant que les documents transmis ne pourront pas être produits en justice. La confidentialité des échanges entre les parties sécurise le processus.

C- Une obtention de preuves facilitée

440. ***Une obligation de transparence simplifiant l’obtention de preuves*** – L’obligation de transparence des parties inhérente au processus collaboratif « assure une meilleure obtention des preuves, voire permet d’en faire la juste analyse ensemble et par conséquent aussi de désamorcer un certain nombre de fantasmes. » Ainsi, l’échange direct évite le « risque de déformation afférent à la double transmission par avocats interposés⁴¹⁴. »

§2- La contestation du droit collaboratif

441. Le processus de droit collaboratif peut porter atteinte au droit d’accès à la justice (I). Une mauvaise ou partielle résolution du conflit peut induire une résurgence de celui-ci (II) alors que le délai de prescription n’est pas suspendu par le processus (III).

I- Un processus pouvant potentiellement porter atteinte au droit d’accès à la justice

442. ***Un processus entraînant une potentielle méconnaissance d’un droit fondamental*** – Le droit fondamental d’accès à la justice peut être méconnu à cause du processus de droit collaboratif. En effet, en cas d’échec du processus, la partie réputée faible, tel que le salarié, n’aura plus nécessairement les moyens financiers de poursuivre une action en justice car le droit collaboratif ne permet pas de bénéficier de l’aide juridictionnelle⁴¹⁵. Si elle pourra

⁴¹⁴ A. Cressent, T. Pical, I. Rein-Lescastereyres, C. Robbe-Phan, *Fiche pratique : le droit collaboratif de A à Z, Du praticien débutant au praticien expérimenté*, AJ fam., 2010, p. 260.

⁴¹⁵ C. Butruille-Cardew, *La place du droit collaboratif dans les MARC*, RLDC, 2011.

bénéficiaire de celle-ci dans le cadre d'une procédure judiciaire classique, le processus collaboratif qu'il viendra de terminer l'aura peut-être conduit à un épuisement psychologique et à une lassitude des procédures judiciaires (ou extra-judiciaires). De plus, les moyens probatoires qu'il aura utilisés ne pourront, en principe, plus être utilisés même si l'article 6, §1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe d'égalité des armes qui en découle peuvent en faire douter. Il est effectivement peu probable d'interdire à une partie d'utiliser en justice des moyens de preuve sous prétexte qu'elle y a renoncé conventionnellement, d'autant qu'en droit du travail le lien de subordination du salarié qui existe toujours lors du processus collaboratif peut faire douter du libre consentement de ce dernier.

II- Une mauvaise ou partielle résolution du conflit induisant une résurgence de celui-ci

443. ***Le risque d'un conflit pas ou mal terminé*** – La doctrine américaine a pu constater une réapparition des conflits, quelques années après avoir eu recours au processus de droit collaboratif, qui n'ont pas été bien résolus par la négociation⁴¹⁶. Le processus ne fait alors que retarder l'issue définitive de l'affaire et accroît son coût.

III- Absence de suspension du délai de prescription

444. ***Le risque d'une prescription privant le justiciable de saisir le juge*** – Contrairement à la procédure participative⁴¹⁷, le processus de droit collaboratif et la conclusion d'une charte collaborative ne suspendent pas la prescription. Par conséquent, une des parties peut tenter de faire traîner en longueur la procédure par le biais de manœuvres dilatoires afin qu'une fois l'échec constaté, son adversaire ne puisse plus faire valoir ses droits devant le juge. En cas de manœuvres dilatoires d'une partie et de prescription, la partie lésée pourra toujours assigner celui qui a manqué à son obligation de bonne foi ainsi que l'avocat qui a permis les manœuvres. Un garde-fou permet d'éviter ce type de manœuvre : la stipulation d'un terme au processus collaboratif dans la charte collaborative.

⁴¹⁶ D. d'Ambra, *Chapitre 327 – Procédure participative assistée par avocat*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, sous la dir. de S. Guinchard, 2014, n°327.13.

⁴¹⁷ C. civ., art. 2238.

445. **Conclusion** – Le droit collaboratif constitue un processus pratique, prometteur et novateur. Il fait évoluer la profession d’avocat en l’impliquant davantage dans un processus où il fait partie intégrante du mécanisme. Les parties sont « responsabilisées » et doivent, pour faire aboutir le processus, étroitement coopérer dans un esprit de confiance. Néanmoins, il est permis de douter de la pertinence de ce nouveau mode alternatif de résolution des conflits en droit du travail. En effet, le processus de droit collaboratif intervient exclusivement en amont du litige et dans l’optique de maintenir une relation. Or, en matière de relations individuelles de travail, les parties n’ont pas l’intention de maintenir leurs relations et le contrat de travail est souvent rompu lorsque les MARC interviennent. Par conséquent, si le droit de la famille est propice à un tel procédé, en particulier lorsque l’intérêt de l’enfant est en jeu, le droit du travail paraît inapproprié, à l’exception de certaines situations particulières.

446. Les modes alternatifs de règlement des litiges constituent des mécanismes efficaces de gestion du contentieux tant pour les salariés que pour les employeurs. Cependant, ceux-ci sont plus connus en matière individuelle qu’en matière collective car plus utilisés. Il s’agira d’analyser les processus alternatifs de résolution des conflits collectifs de travail.

TITRE II : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL

447. **Plan** – Les modes alternatifs de règlement des conflits collectifs de travail peuvent être divisés en deux ensembles : le premier regroupant les techniques légales de règlement des litiges (chapitre 1^{er}) et le second rassemblant les techniques extra-légales de règlement des litiges (chapitre 2).

CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

448. Les techniques légales de règlement des litiges sont composées des modes organisés de règlement des conflits collectifs (section 1) et des modes non-organisés de règlement des conflits collectifs (section 2).

SECTION 1 – LES MODES ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS

Introduction

449. Il convient d'aborder l'histoire des modes organisés de règlement des conflits collectifs (§1) avant d'analyser leur domaine (§2), les types de conflits (§3) et les parties concernées (§4).

§1- Histoire

450. **Approche historique** – Une grève a souvent des effets catastrophiques pour les entreprises mais également pour les salariés. Par conséquent, des modes de règlement des conflits collectifs sont rapidement apparus afin d'éviter la grève ou du moins de l'éteindre le plus rapidement possible. Elle impacte également l'État puisque l'économie nationale et la croissance en pâtissent. En 1585, Barthélémy de Laffemas, conseiller du roi Henri IV, fut le premier à recommander le recours à l'arbitrage dans les relations de travail⁴¹⁸. La loi du 27

⁴¹⁸ A. Narritsens, *Conciliation et arbitrage dans les conflits collectifs du travail : leçons syndicales des expériences françaises (approche historique)*, Dr. Ouvr., 1988, p. 409.

décembre 1892⁴¹⁹ est la première loi instituant une conciliation et un arbitrage facultatifs des différends collectifs. Elle organise des procédures pacifiques de règlement des conflits collectifs dans lesquelles les intéressés nomment des délégués qui se réunissent sous la présidence d'un juge pour tenter une conciliation et, en cas d'échec nommer un arbitrage. Toutefois, cette procédure ne rencontre que peu de succès car elle n'était adaptée qu'aux conflits locaux et reposait exclusivement sur la bonne volonté des parties, et le juge de paix ne pouvait prendre aucune initiative tant que le conflit n'avait pas éclaté. La loi de 1892 s'est révélée être un échec puisqu'entre 1893 et 1920, sur les 23 711 grèves recensées par le ministère du Travail, seules 1 279 donnèrent lieu à une tentative de conciliation, soit 18 % des conflits recensés. Sur l'ensemble de ces recours, 1 512 furent inopérants du fait du refus des parties de se soumettre à la procédure. Par ailleurs, 194 conflits furent réglés avant même la formation du comité de conciliation. Enfin, sur le reste des conflits effectivement soumis à la procédure de conciliation, environ 60 % des cas furent réglés par la conciliation ou l'arbitrage⁴²⁰. Cette inefficacité conduisit le législateur à revoir le système légal de règlement des conflits collectifs.

451. La loi du 31 décembre 1936⁴²¹ intervint au moment où le Front populaire était au pouvoir et où la force du mouvement syndical était très affirmée. Un paradoxe apparaît avec la loi de 1936. En effet, celle-ci établit des procédures obligatoires de conciliation et d'arbitrage avant tout recours à la grève. Elles faisaient intervenir des commissions paritaires puis des arbitres ou surarbitres qui étaient souvent des hauts-fonctionnaires désignés de manière permanente sur des listes officielles. Cette procédure paraissait plus intéressante aux syndicats que la négociation directe à un moment où le patronat s'était ressaisi après la défaut de mai-juin 1936. De plus, les arbitres avaient des pouvoirs importants d'investigation et pouvaient statuer en équité pour ordonner, par exemple, des réintégrations de syndicalistes. La loi du 4 mars 1938⁴²² modifia la loi de 1936. Elle limita les pouvoirs des arbitres et plaça les procédures sous l'égide d'une Cour supérieure d'arbitrage composée de hauts magistrats judiciaires et administratives et de hauts fonctionnaires. Les résultats des procédures mises en place furent satisfaisants puisque plus de 90 % des conflits étaient réglés grâce à ces procédures. Cependant, les recours à l'arbitrage devinrent de plus en plus nombreux, les tentatives

⁴¹⁹ Loi du 27 décembre 1892 : Conciliation et arbitrage en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers ou employés.

⁴²⁰ *Règlement amiable des conflits collectifs du travail*, Enquêtes et documents, Office du Travail, Imprimerie Nationale, 1924, p. IV.

⁴²¹ Loi du 31 décembre 1936 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage.

⁴²² Loi du 4 mars 1938 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage.

exercées par les différentes commissions échouant. L'arbitrage obligatoire fut critiqué par le patronat et les syndicats et l'entrée en guerre aboutit à la suspension du dispositif le 1^{er} septembre 1939⁴²³.

452. À la suite de la Seconde guerre mondiale, une forte conflictualité dans les rapports collectifs de travail apparut. La loi du 11 février 1950⁴²⁴ maintenait la conciliation obligatoire et mais rendait l'arbitrage facultatif. La conciliation obligatoire s'organisa dans le cadre de commissions régionales ou nationales tripartites avec la participation des pouvoirs publics. L'arbitrage rendu facultatif est réformé à la marge. La composition de la Cour supérieure d'arbitrage est réorganisée avec quatre conseillers d'État et quatre hauts magistrats judiciaires. Le résultat de la loi de 1950 fut décevant car si les conflits étaient soumis à ces procédures, peu aboutissaient. L'arbitrage facultatif devint marginal : entre février 1950 et décembre 1954, onze sentences arbitrales et cinq arrêts de la Cour supérieure d'arbitrage furent rendus. Devant l'inefficacité de ces modes de résolution amiable, le législateur créa par le décret-loi du 5 mai 1955⁴²⁵ une procédure de médiation pour certains types de conflits, étendue par la suite à tous les conflits par la loi du 26 juillet 1957⁴²⁶.

453. La loi du 13 novembre 1982⁴²⁷ réforme les procédures légales de règlement des conflits. Elle supprime l'obligation de conciliation mais laisse en place un système qui reprend les trois modes de résolution des conflits collectif déjà connus : conciliation, médiation et arbitrage. L'objectif de la loi est de développer la négociation afin de résoudre à l'amiable les conflits collectifs.

§2- Domaine

454. **Champ d'application** – Le champ d'application des modes organisés de règlement des conflits collectifs est précisé à l'article L. 2521-1 du code du travail : « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés.* »

⁴²³ A. Narritsens, *Conciliation et arbitrage dans les conflits collectifs du travail : leçons syndicales des expériences françaises (approche historique)*, Dr. Ouvr., 1988, p. 409.

⁴²⁴ Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.

⁴²⁵ Décret n°55-478 du 5 mai 1955 : Engagement de la procédure de médiation pour favoriser la conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux.

⁴²⁶ Loi n°57-833 du 26 juillet 1957 pour la généralisation et l'amélioration de la procédure de médiation.

⁴²⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail.

Elles sont également applicables :

1° Aux établissements publics à caractère industriel et commercial ;

2° Aux établissements publics assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. »

Aux termes des dispositions de l'article L. 2521-1, les procédures de règlement amiables des conflits collectifs de travail ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des employeurs de droit privé et à leurs salariés. Le secteur public est également concerné par ces procédures puisqu'y sont soumis les établissements publics à caractère industriel et commercial et les établissements publics qui assurent à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé.

§3- Types de conflits

455. **Définition du conflit collectif** – Le conflit collectif peut se définir comme un différend qui, ayant pour objet un intérêt commun à l'ensemble des travailleurs, entre parties dont l'une au moins est une collectivité de travailleurs peut, à défaut de règlement pacifique, donner lieu à la grève. Il s'oppose au conflit individuel qui est un litige entre un salarié et son employeur sur la validité, l'exécution ou la rupture du contrat de travail, qui est de la compétence du conseil de prud'hommes. Pour être qualifié de collectif, un conflit doit concerner un groupe de salariés, celui-ci ne doit pas nécessairement avoir la personnalité juridique. Le conflit collectif met en jeu un intérêt collectif par opposition à l'intérêt personnel du salarié qui reste un conflit individuel. Celui-ci ne se matérialise pas nécessairement par une grève.

456. **Objet du conflit** – Les conflits collectifs peuvent être relatifs aux taux des salaires⁴²⁸, aux régimes de retraite⁴²⁹, à la détermination de la représentativité d'un syndicat⁴³⁰, à l'interprétation des clauses d'une convention collective⁴³¹. Cependant, sur ce dernier point, la Cour de cassation s'est éloignée de la solution de la Cour supérieure d'arbitrage puisque celle-ci a admis que les demandes individuellement présentées par des salariés relèvent de la

⁴²⁸ C. sup. arb., 24 mai 1938, n°24, Dr. Ouvr. 1938. 296 ; 15 juin 1938, n°276 ; 4 juill. 1938, n°205 ; rappr., à propos des accessoires des salaires, C. sup. arb., 13 juin 1938, n°63.

⁴²⁹ C. sup. arb., 15 juin 1938, n°288 ; 6 janv. 1983, Dr. soc. 1983. 235, concl. M. Pinault.

⁴³⁰ C. sup. arb., 4 juill. 1938, n°292.

⁴³¹ C. sup. arb., 24 mai 1938, n°129, Dr. ouvrier 1938. 290 ; 13 juin 1938, n°30 ; 13 juin 1938, n°281, Dr. soc. 1938. 292 ; 27 juin 1938, n°312 ; 4 juill. 1938, n°152 ; 18 juill. 1938, n°227 ; 14 déc. 1954, Dr. soc. 1955. 282.

compétence des conseils de prud'hommes même si elles appellent interprétation des clauses d'une convention collective⁴³². Un caractère collectif est également reconnu aux litiges relatifs à l'appréciation du domaine d'une convention collective⁴³³ ou de la valeur des adhésions à l'accord⁴³⁴, ceux liés à l'établissement, à la révision ou au renouvellement de ce dernier⁴³⁵. Une décision de licenciement peut engendrer un conflit collectif lorsque sont en cause les droits collectifs des salariés. Ainsi en est-il lorsque le litige intéresse l'interprétation d'une loi ou d'un règlement, voire d'une convention collective⁴³⁶, la liberté d'opinion⁴³⁷, la liberté syndicale⁴³⁸, les prérogatives des représentants du personnel⁴³⁹. La Cour supérieure de l'arbitrage reconnu le caractère collectif d'un différend relatif à l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'une convention collective, à l'utilisation des fonds provenant des cotisations de retraite des salariés et à l'interprétation de certaines clauses des statuts⁴⁴⁰. Le caractère collectif du litige auquel donne naissance le licenciement d'un représentant du personnel est reconnu dans le cas où la mesure prise se rattache à l'exercice de ses fonctions⁴⁴¹. Dans ce cas, la Cour supérieure d'arbitrage a couramment admis que les arbitres peuvent ordonner la réintégration du salarié si celle-ci paraît conditionner la cessation du conflit et le rétablissement de la paix dans l'entreprise⁴⁴².

457. **Exclusions** – L'intérêt collectif ne peut pas résulter de la somme de différents intérêts individuels, la simple addition d'intérêts individuels ne suffisant pas à créer un intérêt collectif. Ainsi, les demandes simultanées en paiement de salaires ne sont pas un conflit collectif⁴⁴³. Il en est de même pour les demandes simultanées en paiement d'indemnités de rupture⁴⁴⁴. La Cour de cassation a décidé que l'intervention d'un syndicat au profit de l'un de ses membres ne transforme pas un litige individuel en conflit collectif⁴⁴⁵.

⁴³² Cass. soc., 10 mars 1965, D. 1965. 624, note J. Villebrun ; Cass. soc., 26 mars 1981, Bull. civ. V, n°264.

⁴³³ C. sup. arb., 15 juin 1938, n°280 ; 22 juin 1938, n°347 ; 11 juill. 1938, n°389 ; 12 oct. 1938, n°653.

⁴³⁴ C. sup. arb., 15 juin 1938, n°286.

⁴³⁵ C. trav., art. L. 2522-1 ; C. sup. arb. 15 juin 1938, n°286 ; 6 juill. 1938, n°166, Dr. soc. 1938. 297.

⁴³⁶ C. sup. arb., 14 déc. 1954, Dr. soc. 1955. 282.

⁴³⁷ C. sup. arb., 1er juin 1938, n°82.

⁴³⁸ C. sup. arb., 1er juin 1938, n°5.

⁴³⁹ C. sup. arb., 14 déc. 1954, Dr. soc. 1955. 282.

⁴⁴⁰ C. sup. arb., 9 janv. 1981, Dr. soc., 1981, p. 357.

⁴⁴¹ Sent. arb., 14 nov. 1937, Dr. soc. 1938. 30 ; C. sup. arb., 4 mars 1938, Dr. soc. 1938. 210 ; 18 mai 1938, n°118, Dr. soc. 260 ; 15 juin 1938, n°27, Dr. soc. 308.

⁴⁴² C. sup. arb., 4 juill. 1938, n°152 ; 25 oct. 1938, n°238 ; 23 nov. 1938, n°742.

⁴⁴³ Cass. soc., 10 févr. 1950, Bull. civ. IV, n°154 ; Cass. soc., 23 juin 1960, Bull. civ. IV, n°688.

⁴⁴⁴ Cass. soc., 21 juin 1951, Gaz. Pal. 1951. 2. 261.

⁴⁴⁵ Cass. soc., 9 déc. 1960, Bull. civ. IV, n°1168.

§4- Parties

458. **Qualité des parties au conflit collectif** – Pour être considéré comme collectif, il ne suffit pas que le conflit observé mette en jeu un intérêt doté d'un tel caractère. Encore faut-il qu'il concerne un groupement de salariés, investi ou non de la personnalité juridique⁴⁴⁶. Lorsque le litige oppose un syndicat de salariés et un employeur, cette condition est en principe remplie⁴⁴⁷, peu importe que le personnel de l'entreprise intéressée n'ait formulé aucune revendication⁴⁴⁸, ou que le syndicat n'ait point reçu mandat pour agir⁴⁴⁹. Un litige peut être réputé collectif même s'il est apparu à l'occasion d'une mesure prise par l'employeur à l'encontre d'un seul préposé, sous réserve qu'elle porte atteinte aux droits de la collectivité des salariés. Tel est le cas lorsque le salarié intéressé, victime par exemple d'un licenciement, a la qualité de représentant du personnel⁴⁵⁰. Mais le seul fait qu'éclate une grève ne suffit pas à donner au litige un caractère collectif dès lors qu'il ne met en jeu qu'un intérêt individuel⁴⁵¹. Un conflit intersyndical peut aussi être reconnu comme conflit collectif⁴⁵². Ainsi il n'est pas nécessaire que le litige oppose un groupement de salariés à un employeur pour être qualifié de conflit collectif.

En revanche, lorsque les salariés refusent librement de s'associer à la revendication présentée par le syndicat⁴⁵³, ou bien dans l'hypothèse où ce dernier n'a aucun adhérent dans l'entreprise en cause⁴⁵⁴, le recours aux procédures de règlement des conflits collectifs est exclu.

459. Il conviendra d'aborder les trois procédures légales de résolution amiable des conflits collectifs de travail : la conciliation (sous-section 1), la médiation (sous-section 2) et l'arbitrage (sous-section 3).

Sous-section 1- La conciliation

460. La conciliation en matière de conflits collectifs revêt un caractère facultatif (§1). Elle fait intervenir des organes spécifiques (§2) dans la procédure (§3).

⁴⁴⁶ C. sup. arb., 15 juin 1938, n°27 ; 26 août 1938, n°548, Dr. soc. 1938. 353 ; 8 févr. 1939, n°890 ; 14 déc. 1954, n°5, Dr. soc. 1955. 282 ; Cass. soc., 9 juin 1961, Bull. civ. IV, n°626 ; 29 mai 1962, Bull. civ. n°199.

⁴⁴⁷ Cass. soc., 2 mars 1960, Bull. civ. IV, n°247.

⁴⁴⁸ C. sup. arb., 5 août 1938, n°335 ; 1^{er} févr. 1939, n°896.

⁴⁴⁹ C. sup. arb., 6 juill. 1938, n°354 ; 18 janv. 1939, n°617.

⁴⁵⁰ C. sup. arb., 14 déc. 1954, Dr. soc. 1955. 282.

⁴⁵¹ C. sup. arb., 1er juin 1938, n°85 ; 4 juill. 1938, n°262.

⁴⁵² C. sup. arb. 13 mai 1950, Dr. soc. 1950. 229.

⁴⁵³ C. sup. arb., 12 déc. 1938, n°817 ; 29 mars 1939, n°1008.

⁴⁵⁴ C. sup. arb., 5 août 1938, n°335 ; 20 déc. 1938, n°828.

§1- Le caractère facultatif de la conciliation

461. **Recours à la conciliation** – L'article L. 2522-1 du code du travail prévoit le recours à la conciliation en matière de conflits collectifs de travail : « *tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation.*

Les conflits qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas été soumis à une procédure conventionnelle de conciliation établie soit par la convention ou l'accord collectif de travail, soit par un accord particulier, peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation.

Lorsque le conflit survient à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, le ministre chargé du travail peut, à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou de sa propre initiative, engager directement la procédure de médiation dans les conditions prévues au chapitre III. »

La procédure légale de conciliation suggère que les parties peuvent y avoir recours dès lors qu'un conflit collectif de travail n'a pas été soumis « *pour quelque raison que ce soit* » à une procédure conventionnelle. La doctrine soutient que la formule générale permet aux parties de se soumettre à la procédure légale de conciliation « *soit à défaut de procédure conventionnelle, soit après échec de celle-ci, soit directement, alors même qu'existe une procédure conventionnelle*⁴⁵⁵. » Dans cette dernière hypothèse, il semble que les partenaires sociaux doivent se mettre d'accord pour privilégier l'application directe de la procédure légale, étant donné que la procédure conventionnelle est prioritaire. La procédure légale de conciliation n'est donc pas nécessairement une procédure « par défaut » mais une procédure à part entière même si elle ne présente qu'un caractère « supplétif⁴⁵⁶. »

462. **Recours facultatif** – La loi du 13 novembre 1982 a supprimé le caractère obligatoire des procédures légales de fin de conflit. Par conséquent, celles-ci ne sont que facultatives : « *tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation*⁴⁵⁷. »

⁴⁵⁵ B. Teyssié, *JCl Trav.*, Fasc. 70-50 : *Conflits collectifs. – Procédures de règlement*, n°4.

⁴⁵⁶ B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Lexisnexis, 9^e éd., n°1950, p. 1003.

⁴⁵⁷ C. trav., art. L. 2522-1 al. 1^{er}.

§2- Les organes de la procédure

463. Les organes de la procédure de conciliation sont principalement composés des commissions régionales de conciliation (I) et de la commission nationale de conciliation (II). L'étendue géographique du conflit et son importance déterminent la commission compétente pour tenter de trouver une solution au conflit.

I- Les commissions régionales de conciliation

464. **Compétence** – L'article R. 2522-5 du code du travail dispose que : « *La commission régionale de conciliation est instituée au siège de chaque direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Elle est compétente pour connaître des conflits survenant à l'intérieur de la circonscription de cette direction.*

Lorsque les conditions locales le justifient, le ministre chargé du travail peut, par arrêté, créer des sections à compétence départementale ou interdépartementale au sein de chaque commission régionale. Il peut prévoir la constitution de plusieurs sections pour un même département. »

Au siège de chaque direction régionale du travail est instituée une commission régionale de conciliation. Sous réserve d'une saisine directe de la Commission nationale par le ministre chargé du Travail, et à l'exception des litiges qui relèvent de la compétence d'une section départementale qui peut être créé au sein de chaque commission régionale par le ministre du travail, sa compétence s'étend à tous les conflits collectifs survenant dans la circonscription de la direction en cause. Lorsque plusieurs régions limitrophes sont intéressées, les parties peuvent se mettre d'accord pour porter leur différend devant l'une des commissions compétentes⁴⁵⁸.

465. **Composition** – L'article L. 2522-7 du code du travail prévoit que chaque commission régionale comprend des représentants des organisations représentatives des employeurs et des salariés en nombre égal, ainsi que des représentants des pouvoirs publics dont le nombre ne peut excéder le tiers des membres de la commission. Selon l'article R. 2522-9 du code du travail, la commission comprend le préfet de région (ou de département, s'il s'agit d'une commission interdépartementale) ou son représentant qui assure la fonction de président, cinq

⁴⁵⁸ C. trav., art. R. 2522-7.

représentants des employeurs et autant des salariés. Les membres de la commission sont nommés pour trois ans⁴⁵⁹ par le préfet de région⁴⁶⁰.

II- La commission nationale de conciliation

466. **Compétence** – Les articles R. 2522-3 et R. 2522-4 du code du travail déterminent la compétence de la commission nationale de conciliation. Elle « *siège au ministère chargé du travail. Elle est compétente pour connaître des conflits collectifs de travail s'étendant à l'ensemble du territoire national ou concernant plusieurs régions* » et « *peut être saisie de tout conflit à incidence régionale, départementale ou locale, compte tenu de son importance, des circonstances particulières dans lesquelles il s'est produit et du nombre des salariés intéressés.*

Elle est saisie :

1° Directement par le ministre chargé du travail, soit de sa propre initiative, soit sur la proposition du préfet ;

2° A la demande des parties ou de l'une d'elles. »

La commission nationale est compétente sur l'ensemble du territoire faisant fi de la géographie du conflit.

467. **Composition** – La commission nationale de conciliation a également une composition tripartite. Elle comprend des représentants des organisations représentatives des employeurs et des salariés, en nombre égal, ainsi que des représentants des pouvoirs publics. De ces derniers, le nombre ne peut excéder le tiers des membres de la commission⁴⁶¹. Aux termes de l'article R. 2522-8 du code du travail, la commission est composée du ministre chargé du travail ou de son représentant, président, d'un représentant du ministre chargé de l'économie, de cinq représentants des employeurs et de cinq représentants des salariés⁴⁶². Les membres de la commission sont nommés pour trois ans⁴⁶³ et nommés par arrêté du ministre chargé du travail⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ C. trav., art. R. 2522-12.

⁴⁶⁰ C. trav., art. R. 2522-13, al. 2.

⁴⁶¹ C. trav., art. L. 2522-7, al. 1^{er}.

⁴⁶² C. trav., art. R. 2522-8.

⁴⁶³ C. trav., art. R. 2522-12.

⁴⁶⁴ C. trav., art. R. 2522-13, al. 1^{er}.

§3- La procédure de conciliation

468. La procédure légale de conciliation doit être engagée (I). La commission appelle alors les parties à comparaître (II) en vue d'aboutir à une issue consignée dans le procès-verbal (III).

I- Engagement de la procédure

469. **Initiative de la conciliation** – Au termes de l'article R. 2522-1 du code du travail, une tentative de conciliation est prévue : « *tout conflit collectif de travail est immédiatement notifié par la partie la plus diligente au préfet qui, en liaison avec l'inspecteur du travail compétent, intervient en vue de rechercher une solution amiable.* » Dans un second temps, l'article R. 2522-2 du même code prévoit que les procédures de conciliation, autres que contractuelles, sont engagées soit par l'une des parties, soit par le ministre chargé du travail, soit par le préfet. L'initiative de l'engagement de la procédure appartient donc à une pluralité d'acteurs.

470. **Forme** – La saisine de la commission compétente est opérée selon des formes simplifiées. Lorsqu'elle est assurée par les parties, la plus diligente d'entre elles adresse au président de la commission une requête exposant les points sur lesquels porte le litige⁴⁶⁵. Lorsque le ministre chargé du travail ou le préfet saisit la commission nationale ou régionale de conciliation, la convocation adressée aux membres de la commission mentionne les points sur lesquels porte le désaccord⁴⁶⁶. Les requêtes et communications précédemment évoquées doivent être inscrites à leur date d'arrivée sur les registres spéciaux ouverts au ministère chargé du Travail et dans chaque direction régionale et départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle⁴⁶⁷.

II- Comparution des parties

471. **Invitation à comparaître** – Le président de la commission saisie appelle les parties soit par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par notification délivrée contre récépissé signé par l'intéressé, les parties sont tenues de comparaître elles-mêmes ou de se

⁴⁶⁵ C. trav., art. R. 2522-17, al. 1^{er}.

⁴⁶⁶ C. trav., art. R. 2522-17, al. 2.

⁴⁶⁷ C. trav., art. R. 2522-17, al. 3.

faire représenter, en cas d'empêchement grave constaté par la commission, par une personne dûment mandatée, ayant qualité pour conclure un accord de conciliation au nom du mandant⁴⁶⁸. Cette personne doit de surcroît appartenir à la même organisation que ce dernier ou exercer effectivement, à titre permanent, une activité dans l'entreprise où se déroule le conflit⁴⁶⁹. La règle de la comparution personnelle ou par mandataire ne met pas obstacle à l'assistance des intéressés par un membre de l'organisation syndicale ou professionnelle à laquelle ils sont affiliés⁴⁷⁰.

472. **Défaut de comparution** – Si l'une des parties, régulièrement convoquée, ne comparait pas ou ne se fait pas représenter devant la commission, le président de celle-ci, après avoir constaté son absence, fixe immédiatement une nouvelle date de réunion qui ne peut être distante de plus de huit jours de celle initialement retenue⁴⁷¹. La défaillance, qui n'est justifiée par aucun motif légitime, est, par ailleurs, constitutive d'une infraction dont l'auteur peut être condamné au paiement d'une amende prévue pour les contraventions de la 5e classe⁴⁷². En cas de non-comparution à la nouvelle réunion de la commission, encore une fois sans motif légitime, le président dresse un procès-verbal de carence précisant les points de désaccord tels qu'exposés par la partie présente ou représentée⁴⁷³. Celle qui se révèle défaillante peut être frappée d'une peine d'amende de 3 750 €⁴⁷⁴. S'il s'agit de la personne qui a introduit la requête aux fins de conciliation, son absence est, de surcroît, interprétée comme une renonciation à la demande⁴⁷⁵.

III- Issue de la procédure

473. La procédure légale de conciliation peut aboutir à la conclusion d'un accord et au succès de la conciliation (A) ou à un désaccord et à l'échec de la conciliation (B).

⁴⁶⁸ C. trav., art. L. 2522-3 ; C. trav., art. R. 2522-19.

⁴⁶⁹ C. trav., art. R. 2522-18.

⁴⁷⁰ C. trav., art. R. 2522-18, al. 1^{er}.

⁴⁷¹ C. trav., art. L. 2522-3 ; C. trav., art. R. 2522-19.

⁴⁷² C. trav., art. R. 2525-1.

⁴⁷³ C. trav., art. R. 2522-20, al. 1^{er}.

⁴⁷⁴ C. trav., art. L. 2525-1.

⁴⁷⁵ C. trav., art. R. 2522-20, al. 2.

A- Succès de la conciliation

474. **Conclusion de l'accord** – Dès lors qu'à l'issue de la procédure de conciliation, un accord est conclu, procès-verbal en est établi et notifié aux parties par le président. Il est transmis dans le délai de vingt-quatre heures au ministre chargé du Travail et au préfet de la région ou du département⁴⁷⁶. L'accord est applicable à compter du jour qui suit son dépôt, effectué à l'initiative de la partie la plus diligente, auprès des services du ministre chargé du travail. La Cour de cassation reconnaît toutefois force exécutoire de l'accord à l'égard des parties, même s'il n'a pas été déposé conformément aux dispositions de l'article R. 2522-21 du code du travail, lorsque la date de son entrée en vigueur a été formellement prévue⁴⁷⁷.

475. **Nature de l'accord** – Dès lors que l'accord de conciliation est devenu exécutoire, il produit les effets des conventions et accords collectifs de travail⁴⁷⁸. Sa violation donne ouverture aux mêmes actions que la méconnaissance de ces derniers.

B- Échec de la conciliation

476. **Constat de désaccord** – Lorsqu'est observé un désaccord total ou partiel, un procès-verbal de non-conciliation énumérant avec précision les points sur lesquels les protagonistes se sont entendus et ceux sur lesquels le différend subsiste est aussitôt établi⁴⁷⁹ et notifié aux parties par lettre recommandée avec avis de réception. Il doit être communiqué dans les quarante-huit heures au ministre chargé du Travail et au préfet de la région ou du département⁴⁸⁰. Les partenaires sociaux ont alors la faculté de recourir à la procédure de médiation ou à l'arbitrage⁴⁸¹.

Sous-section 2- La médiation

477. Il conviendra d'analyser l'engagement de la procédure de médiation (§1) et son déroulement (§2).

⁴⁷⁶ C. trav., art. R. 2522-21.

⁴⁷⁷ Cass. soc., 27 juin 1957, Bull. civ. IV, no 790 ; Cass. soc., 3 oct. 1962, Dr. soc. 1962. 630, obs. J. Savatier.

⁴⁷⁸ C. trav., art. L. 2524-5, al. 1^{er}.

⁴⁷⁹ C. trav., art. L. 2522-5.

⁴⁸⁰ C. trav., art. R. 2522-21, al. 2.

⁴⁸¹ C. trav., art. L. 2522-6.

§1- L'engagement de la procédure de médiation

478. La procédure de médiation doit être déclenchée (I) afin de faire intervenir un tiers médiateur (II).

I- Déclenchement de la procédure

479. ***Après l'échec d'une procédure de conciliation*** – L'article L. 2523-1, alinéa 1^{er} du code du travail prévoit l'hypothèse où la médiation intervient en cas d'échec de la procédure de conciliation : « *La procédure de médiation peut être engagée par le président de la commission de conciliation qui, dans ce cas, invite les parties à désigner un médiateur dans un délai déterminé afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif.* »

480. ***En dehors de toute tentative de conciliation*** – Le second alinéa de l'article 2523-1 du code du travail précise que « *cette procédure peut être également engagée par l'autorité administrative à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou de sa propre initiative.* » Les parties peuvent également engager une médiation sans recourir au préalable à la conciliation.

481. ***Objet de la médiation*** – La procédure de médiation peut être, en principe, appliquée à tout conflit collectif. Néanmoins, l'article L. 2523-5, alinéa 2 du code du travail émet une réserve : « *toutefois, lorsque le médiateur constate que le conflit porte sur l'interprétation ou la méconnaissance des dispositions légales ou des stipulations conventionnelles, il recommande aux parties de soumettre le conflit soit à la juridiction compétente, soit à la procédure contractuelle d'arbitrage prévue aux articles L. 2524-1 et L. 2524-2.* » Le législateur a estimé que la procédure de médiation ne convenait qu'aux conflits « d'intérêts », non à ceux liés à l'application de la règle de droit. L'une des raisons essentielles qui ont justifié cette exclusion tient à l'absence de recours devant une juridiction comparable à la Cour supérieure d'arbitrage. À l'occasion de conflits divers, les médiateurs pourraient formuler, sur des problèmes juridiques, des recommandations opposées sans qu'aucun processus d'unification ne s'exerçât. Cette exclusion est justifiée par le refus par le législateur que se constitue une « jurisprudence des médiateurs » qui pourrait être contraire à celle des

tribunaux⁴⁸². Les textes réglementaires précisent la compétence du médiateur : « *Le médiateur a les plus larges pouvoirs pour s'informer de la situation économique des entreprises et de la situation des salariés concernés par le conflit*⁴⁸³. » Celle-ci serait cantonnée aux conflits d'ordre économique.

II- Le médiateur

482. Le médiateur doit être désigné (A) et être indemnisé (B).

A- Désignation du médiateur

483. ***Initiative de la procédure par les parties*** – Lorsque les parties prennent l'initiative de la procédure, elles ont un délai de trois jours à compter du dépôt de la requête pour se mettre d'accord sur le nom du médiateur. Le ministre chargé du Travail, le président de la commission régionale de conciliation ou le préfet, suivant le cas, désigne la personne choisie et lui transmet le dossier constitué sur le différend⁴⁸⁴.

484. ***Désaccord dans le choix du médiateur*** – À défaut d'accord entre les parties et lorsque le conflit a une incidence qui s'étend à plus d'une région, la décision incombe au ministre chargé du Travail, « après avoir pris connaissance des propositions faites par les parties⁴⁸⁵ » et lorsque le litige a une incidence régionale, départementale ou locale, le médiateur est désigné par le préfet sur proposition du directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle⁴⁸⁶. Lorsque c'est l'autorité administrative qui nomme le médiateur, celui-ci doit être choisi sur une liste préétablie de personnalités retenues « en fonction de leur autorité morale et de leur compétence économique et sociale⁴⁸⁷. »

B- Indemnisation du médiateur

485. ***Indemnité forfaitaire et frais annexes*** – Le médiateur est indemnisé de manière forfaitaire en fonction de l'importance du conflit. L'indemnité comprend les frais de

⁴⁸² B. Teyssié, *JCI Trav., Fasc. 70-50 : Conflits collectifs. – Procédures de règlement*, n°6.

⁴⁸³ C. trav., art. R. 2523-11.

⁴⁸⁴ C. trav., arts. R. 2523-8 et s.

⁴⁸⁵ C. trav., art. R. 2523-8.

⁴⁸⁶ C. trav., art. R. 2523-9.

⁴⁸⁷ C. trav., art. L. 2523-2.

secrétariat, de correspondance ou de déplacement nécessités par l'accomplissement de sa mission. Il est, en principe, rémunéré par les parties.

§2- Le déroulement de la procédure de médiation

486. Le médiateur a des pouvoirs d'investigations au cours de la procédure (I). Au terme de celle-ci, il émet une recommandation (II).

I- Pouvoirs d'investigation du médiateur

487. **Pouvoirs** – Le médiateur nommé dispose de « larges pouvoirs » pour la conduite de sa mission⁴⁸⁸. Afin de s'informer de la situation économique de l'entreprise et des salariés intéressés par le conflit, il peut procéder à toutes enquêtes auprès des entreprises et des syndicats, et exiger des parties la production de tout document ou renseignement d'ordre économique, comptable, financier, statistique ou administratif susceptible de lui être utile pour l'accomplissement de sa mission⁴⁸⁹. Si la communication d'un de ces documents est sciemment refusée au médiateur, ce dernier remet un rapport à l'autorité administrative compétente qui le transmet au parquet⁴⁹⁰. L'auteur du refus est passible d'une amende de 3 750 €⁴⁹¹. Il a également la faculté de procéder à toutes auditions qu'il juge utiles⁴⁹². Il peut également faire appel à des experts, rémunérés à la vacation⁴⁹³, ou plus généralement à toute personne qualifiée susceptible de l'éclairer⁴⁹⁴, rémunérée forfaitairement⁴⁹⁵.

II- La recommandation du médiateur

488. **Pouvoir de recommandation** – Le médiateur peut, dans un premier temps, tenter de concilier les parties puis, dans un second temps, leur soumettre, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points en litige, dans un délai d'un mois à compter de sa désignation. Ce délai peut être prorogé avec leur accord.

⁴⁸⁸ C. trav., art. R. 2523-11, al. 1^{er}.

⁴⁸⁹ C. trav., art. R. 2523-11, al. 2.

⁴⁹⁰ C. trav., art. L. 2523-9.

⁴⁹¹ C. trav., art. L. 2525-2.

⁴⁹² C. trav., art. R. 2523-12.

⁴⁹³ C. trav., art. R. 2523-18, al. 1^{er}.

⁴⁹⁴ C. trav., art. R. 2523-11, al. 2.

⁴⁹⁵ C. trav., art. R. 2523-18, al. 2.

489. **Acceptation de la recommandation** – Les parties ont un délai de huit jours pour accepter la recommandation du médiateur. L’alinéa 3 de l’article L. 2523-6 du code du travail précise que « l’accord des parties sur la recommandation du médiateur lie celles qui ne l’ont pas rejetée. » Celui-ci peut donc être accepté tacitement en l’absence de réponse. L’accord, exprès ou tacite, emporte alors les mêmes effets qu’une convention ou un accord collectif de travail.

490. **Rejet de la recommandation** – Si dans le délai de huit jours, une des parties notifie par lettre recommandée avec accusé de réception sa décision dûment motivée de refuser la proposition formulée, le médiateur en informe aussitôt la ou les autres parties au conflit⁴⁹⁶. En cas d’échec de la tentative de médiation et après l’expiration d’un délai de quarante-huit heures à compter de la constatation du désaccord, le médiateur communique au ministre chargé du travail le texte de la recommandation motivée et signée, accompagné d’un rapport sur le différend, ainsi que les rejets motivés adressés par les parties au médiateur. Les conclusions de la recommandation du médiateur et les décisions de rejet émanant des parties ainsi que leurs motivations sont rendus publics, dans un délai de trois mois, par le ministre chargé du travail⁴⁹⁷.

Sous-section 3- L’arbitrage

491. La procédure d’arbitrage doit être organisée (§1). Les sentences arbitrales rendues (§2) peuvent faire l’objet d’un recours devant la Cour supérieure de l’arbitrage (§3).

§1- Organisation de la procédure

492. **Recours à l’arbitrage** – L’arbitrage en matière de conflits collectifs peut faire l’objet soit d’une clause compromissoire insérée dans une convention ou un accord collectif de travail, soit d’un compromis d’arbitrage entre les parties.

493. **Faculté de compromettre** – S’il n’y a pas de convention collective ou si celle-ci ne fait mention d’aucune procédure d’arbitrage, les partenaires sociaux peuvent décider d’un commun accord de recourir à l’arbitrage à l’issue d’une procédure de conciliation et de

⁴⁹⁶ C. trav., art. L. 2523-6, al. 1^{er} ; C. trav., art. R. 2523-14.

⁴⁹⁷ C. trav., art. L. 2523-7.

médiation infructueuse⁴⁹⁸. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 2524-2 du code du travail, « *l'arbitre est choisi soit par accord entre les parties, soit selon les modalités établies d'un commun accord entre elles.* » Le ou les arbitres doivent être désignés dans le compromis d'arbitrage. Ce dernier devra également préciser les points que l'arbitre aura à trancher. Si sa mission n'est pas définie précisément, la sentence encourt l'annulation en raison d'une irrégularité de procédure⁴⁹⁹.

494. **Objet de l'arbitrage** – Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2524-4 du code du travail, « *l'arbitre ne peut pas statuer sur d'autres objets que ceux qui sont déterminés par le procès-verbal de non-conciliation ou par la proposition du médiateur ou ceux qui, résultant d'événements postérieurs à ce procès-verbal, sont la conséquence du conflit en cours.* » Le législateur fait obligation à l'arbitre de statuer « *en droit sur les conflits relatifs à l'interprétation et à l'exécution des lois, règlements, conventions collectives ou accords en vigueur*⁵⁰⁰ » et offre une faculté de statuer « *en équité sur les autres conflits, notamment lorsque le conflit porte sur les salaires ou sur les conditions de travail qui ne sont pas fixées par les dispositions des lois, règlements, conventions collectives ou accords en vigueur, et sur les conflits relatifs à la négociation de la révision des clauses des conventions collectives*⁵⁰¹. »

§2- Les sentences arbitrales

495. **Obligation de motivation** – Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2524-6 du code du travail, les sentences arbitrales doivent être motivées. L'arbitre s'appuie sur les documents et pièces établis par les parties dans le cadre des procédures de conciliation ou de médiation⁵⁰². L'exigence de motivation de la sentence est une « garantie essentielle pour les intéressés » constitutive d'une « base du contrôle de légalité susceptible d'être exercé par la Cour supérieure d'arbitrage⁵⁰³. »

496. **Portée de la sentence** – La sentence arbitrale a les mêmes effets que les conventions et accords collectifs de travail⁵⁰⁴. La sentence est applicable, sauf stipulation contraire, à compter

⁴⁹⁸ C. trav., art. L. 2524-2, al. 1^{er}.

⁴⁹⁹ C. sup. arb., 8 déc. 1971, Dr. soc. 1972, p. 454, concl. Fleck.

⁵⁰⁰ C. trav., art. L. 2524-4, al. 2.

⁵⁰¹ C. trav., art. L. 2524-4, al. 3.

⁵⁰² C. trav., art. L. 2524-3.

⁵⁰³ B. Teyssié, *JCl Trav., Fasc. 70-50 : Conflits collectifs. – Procédures de règlement*, n°15.

⁵⁰⁴ C. trav., art. L. 2524-5, al. 1^{er}.

du jour qui suit son dépôt auprès de l'administration du travail. Elle doit être notifiée, dans les vingt-quatre heures, aux parties par les soins de l'arbitre, par lettre recommandée avec avis de réception⁵⁰⁵. La Cour de cassation a cependant admis que l'absence de notification dans les formes prévues pouvait être suppléée par la signature des parties, apposée sur la sentence rendue en leur présence⁵⁰⁶. Le délai de recours auprès de la Cour supérieure d'arbitrage doit alors être calculé à partir de la date de signature. Après cette notification, l'arbitre envoie un exemplaire de la sentence et des pièces au vu desquelles elle a été rendue au ministre chargé du Travail⁵⁰⁷. La minute de la sentence doit, au surplus, être déposée par l'arbitre dans le même délai au greffe du conseil de prud'hommes du lieu où est déposée la convention collective dont l'application était en jeu ou, dans les autres cas, du lieu où la sentence a été rendue⁵⁰⁸. La sentence rendue a force exécutoire de plein droit, sous réserve d'un recours pour excès de pouvoir formé devant la Cour supérieure d'arbitrage, seule voie de recours admise par l'article L. 2524-6, alinéa 2, du code du travail. La sentence n'est soumise à aucune décision d'exequatur.

§3- Recours devant la Cour supérieure de l'arbitrage

497. **Compétence** – La compétence dévolue à la Cour supérieure de l'arbitrage est de connaître des recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi présentés par les parties contre les sentences arbitrales⁵⁰⁹. Cette compétence est d'ordre public⁵¹⁰.

498. **Composition** – La Cour supérieure d'arbitrage est composée du vice-président du Conseil d'État ou d'un président de section au Conseil d'État en activité ou honoraire, chargé d'en assurer la présidence, de quatre conseillers d'État en activité ou honoraires et de quatre hauts magistrats de l'ordre judiciaire en activité ou honoraires⁵¹¹. Les membres de la Cour sont nommés par décret pour une durée de trois ans⁵¹².

499. **Engagement de la procédure** – La procédure devant la Cour supérieure d'arbitrage est engagée selon les dispositions de l'article L. 2524-12 : « *les recours devant la Cour*

⁵⁰⁵ C. trav., art. R. 2524-1, al. 1^{er}.

⁵⁰⁶ Cass. soc., 14 oct. 1960, Dr. soc. 1961. 296, obs. J. Savatier

⁵⁰⁷ C. trav., art. R. 2524-1, al. 2.

⁵⁰⁸ C. trav., art. L. 2524-5.

⁵⁰⁹ C. trav., art. L. 2524-7.

⁵¹⁰ C. sup. arb. 8 déc. 1971, Dr. social 1972, 454, concl. Fleck.

⁵¹¹ C. trav., art. R. 2524-3.

⁵¹² C. trav., art. R. 2524-2.

supérieure d'arbitrage sont formés par requêtes écrites et signées par les parties ou un mandataire. Ce dernier justifie d'un mandat spécial et écrit s'il n'est ni avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ni avocat régulièrement inscrit à un barreau.

La requête est adressée au président de la cour par lettre recommandée avec avis de réception.

Les recours sont formés dans un délai de huit jours francs à compter de la notification de la sentence. Ils ne sont pas suspensifs.

À peine d'irrecevabilité, le recours comprend l'exposé des moyens d'excès de pouvoir ou de violation de la loi sur lequel il se fonde et est accompagné de la sentence attaquée. »

500. **Déroulement de la procédure** – Chaque affaire est instruite par un membre de la Cour ou par l'un des rapporteurs adjoints à celle-ci. Dès la réception de la requête, le magistrat chargé de l'affaire en informe le ministre chargé du Travail. Il l'invite à produire le dossier envoyé par l'arbitre et à présenter, le cas échéant, les observations qu'il jugerait utiles. Il avise, par ailleurs, chacune des parties intéressées et leur impartit un délai pour fournir leur mémoire⁵¹³. Lors de l'audience, le rapporteur procède à la lecture de son rapport. Avant que le commissaire du Gouvernement prononce ses conclusions, le président peut autoriser soit les parties, soit les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats régulièrement inscrits au barreau ou les mandataires des parties à présenter brièvement des observations orales⁵¹⁴.

501. **Décision rendue** – La décision rendue par la Cour supérieure d'arbitrage est un arrêt rendu au nom du peuple français⁵¹⁵. Il est rendu au plus tard huit jours francs après que le recours a été formé et prend effet le jour de sa notification⁵¹⁶. À l'instar de la Cour de cassation, la Cour supérieure d'arbitrage ne statue pas au fond mais uniquement sur le droit. Lorsqu'elle prononce l'annulation de tout ou partie d'une sentence, elle renvoie l'affaire aux belligérants qui désignent, s'ils en sont d'accord, un nouvel arbitre.

⁵¹³ C. trav., art. R. 2524-15.

⁵¹⁴ C. trav., art. R. 2524-17.

⁵¹⁵ C. trav., art. R. 2524-18, al. 1^{er}.

⁵¹⁶ C. trav., art. R. 2524-22.

Conclusion : l'échec des modes organisés

502. L'échec des modes organisés se caractérise à la fois par une préférence pour « l'informel » (§1) et une quasi inexistence des ces modes en pratique (§2).

§1- Une préférence pour « l'informel »

503. Les partenaires sociaux privilégient « l'informel » pour plusieurs raisons, les modes organisés offrent un encadrement inadapté et contraignant (I). Ils montrent une certaine défiance vis-à-vis du tiers chargé de régler le conflit (II) et une volonté de trouver une solution adéquate et pratique (III).

I- Un encadrement inadapté et contraignant

504. Le règlement des conflits collectifs nécessite une certaine souplesse. Les règles strictes du code du travail offrent un cadre trop formel pour une négociation efficace permettant de sortir du conflit. Les partenaires sociaux estiment que recourir aux modes organisés de règlement des conflits collectifs revient à faire intervenir des mécanismes lourds : il faut produire plusieurs pièces, saisir différentes commissions, tiers arbitre ou médiateur, négocier en amont une compromis d'arbitrage en l'absence de clause compromissoire insérée dans la convention collective, s'exprimer sur la recommandation du médiateur ... Syndicats, institutions représentatives du personnel et entreprises s'accordent pour ne pas avoir recours à ce type de règlements des conflits à la fois complexe et incertain. Trouver une solution au conflit est urgent pour l'entreprise, celle-ci n'a pas le temps d'organiser des échanges par le biais de procédures légales contraignantes.

II- Une défiance vis-à-vis du tiers chargé de régler le conflit

505. Les tiers qui interviennent au cours de ces procédures légales de règlement des conflits collectifs sont divers : des représentants des employeurs et des salariés mais également des pouvoirs public, l'intervention fréquente du ministre du Travail et de plus généralement, de l'administration. Les entreprises comme les organisations syndicales n'ont pas envie que les pouvoirs publics et l'administration prennent connaissance de la situation de l'entreprise, de

certaines comportements syndicaux ou encore du contenu des règlements des conflits. Les partenaires sociaux entretiennent une certaine défiance vis-à-vis de tiers qui ne sont nécessairement pas impartiaux et tenus à une stricte obligation de confidentialité contrairement aux modes alternatifs de règlement des conflits en matière individuelle. Les employeurs ne souhaitent pas recourir à ces modes car le tiers est souvent davantage présent pour terminer le conflit que pour véritablement le régler. La négociation qui s'effectue avec son aide a pour but de trouver un dédommagement financier et la discussion porte sur son montant et non pas sur le véritable problème qui a eu pour origine le conflit collectif.

III- Une volonté de trouver une solution adéquate et pratique

506. Les partenaires sociaux souhaitent trouver une solution adéquate et pratique au conflit qui les oppose. Les tiers arbitre, médiateur ou par le biais de commissions de conciliation sont parfois peu compétents. En outre, ils ne connaissent pas l'entreprise dans laquelle se déroule le conflit tandis que les acteurs sociaux locaux, eux, ont une connaissance particulière à la fois de l'entreprise et du problème. Un médiateur ne recommandera pas nécessairement une solution réalisable en pratique. Une sentence arbitrale pourrait être néfaste à la fois pour les organisations syndicales et l'employeur si celle-ci n'est pas adaptée à l'entreprise.

§2- Une quasi inexistance en pratique

507. **Données chiffrées** – La doctrine estime que « chacun semble s'accommoder fort bien de ce que les procédures formelles de règlement des conflits prévues par le code du travail ne servent aujourd'hui quasiment à rien⁵¹⁷ » En effet, les chiffres du recours aux procédures légales en témoignent. De 1950 à 1974, la procédure de conciliation a été utilisée, en moyenne, 85 fois par an, alors qu'éclataient environ 3 500 conflits. Le désintérêt s'est accentué durant les années 1970 et a atteint l'ensemble des procédures : sur 3 468 conflits recensés en 1972, 29 seulement ont donné lieu à une tentative de conciliation légale⁵¹⁸. La procédure de médiation a été mise en œuvre cinq fois en 1970, huit fois en 1971 et trois fois en 1972 et 1973. Le recours à l'arbitrage est encore moins fréquent, la Cour supérieure d'arbitrage est très

⁵¹⁷ Ph. Auvergnon, *L'intervention médiatrice de l'administration du travail dans les conflits collectifs*, Dr. Ouvr. 2003. 501.

⁵¹⁸ J.-P. Bachy, *Évolution et modes de règlement des grèves en France*, Dr. soc. 1976. 102 ; H. Touzard, *Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail*, Dr. soc. 1977. 87.

peu saisie. Ainsi, depuis 1950, la Cour n'a été saisie que de 56 recours. Plus récemment, une procédure de médiation a été observée en 1991 et quatre réunions de commissions régionales de conciliation ont été organisées en 1994⁵¹⁹. Le Conseil économique et social s'interrogeait en 1998 sur la nécessité de maintenir en l'état les dispositions des articles du code du travail relatifs à la conciliation, à la médiation et à l'arbitrage⁵²⁰. La doctrine évoque la « défaillance » de ces procédures légales⁵²¹.

⁵¹⁹ Ph. Auvergnon, *L'intervention médiatrice de l'administration du travail dans les conflits collectifs*, Dr. Ouvr. 2003. 501.

⁵²⁰ Avis du Conseil économique et social, 11 févr. 1998, *Prévention et résolution des conflits du travail*, Liaisons soc., Doc., 24 févr. 1998, p. 11.

⁵²¹ B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Lexisnexis, 9^e éd., n°1948, p. 1002.

SECTION 2 – LES MODES NON-ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS

508. Il convient d'aborder d'une part l'arbitrage prévu par la convention ou l'accord collectif de travail (sous-section 1) et d'autre part, la procédure *ad hoc* d'interprétation des conventions et des accords collectifs (sous-section 2).

Sous-section 1- L'arbitrage prévu par la convention ou l'accord collectif

509. **Recours à l'arbitrage conventionnel** – L'article L. 2524-1 du code du travail dispose que « *la convention ou l'accord collectif de travail peut prévoir une procédure contractuelle d'arbitrage et l'établissement d'une liste d'arbitres dressée d'un commun accord entre les parties.* » Le législateur autorise donc les parties à insérer dans leurs conventions et accords collectifs de travail des clauses compromissoires pour le cas où surviendrait un conflit de collectif. Il est préférable pour les parties de choisir un ou plusieurs arbitres par anticipation car lorsque le conflit aura éclaté, chacune des propositions d'arbitres formulées par les parties risque d'éveiller la méfiance de l'autre. Il est donc opportun de choisir les arbitres en amont du différend.

510. **Obligatorité de la clause compromissoire** – La stipulation d'une telle clause compromissoire au sein d'une convention collective ou d'un accord collectif rend l'arbitrage obligatoire pour les litiges qui entrent dans les prévisions de la clause. Cependant, certains auteurs ont défendu une opinion contraire au motif qu'on ne saurait rendre l'arbitrage conventionnellement obligatoire. Son utilisation resterait toujours facultative, seules les phases de la procédure étant à l'avance déterminées⁵²². Néanmoins, la Cour supérieure de l'arbitrage⁵²³ a jugé que les parties avaient l'obligation de soumettre leur différend à la procédure d'arbitrage contractuellement établie en application de l'article L. 2524-2 du code du travail qui dispose « *Lorsque la convention collective de travail ne prévoit pas de procédure contractuelle d'arbitrage, les parties intéressées peuvent décider d'un commun accord de soumettre à l'arbitrage les conflits qui subsisteraient à l'issue d'une procédure de conciliation ou de médiation.* »

⁵²² H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, Dalloz, 1966.

⁵²³ C. sup. arb., 19 janv. 1978, Dr. soc. 1978. 222, concl. M. Morisot.

511. **Rareté de telles clauses** – En pratique, de telles clauses sont rarement prévues au sein des conventions et accords collectifs. L'article 50 de la Convention collective nationale des journalistes⁵²⁴ prévoit que : « *Le recours à la procédure d'arbitrage ne pourra intervenir qu'avec l'accord formel de chacune des parties en cause.*

La procédure d'arbitrage pouvant faire suite à l'échec de la conciliation donnera lieu à un protocole mentionnant : les points en litige, la personne choisie comme arbitre ainsi que les pouvoirs de cet arbitre. »

La convention collective ne fait que reprendre les dispositions légales de l'arbitrage en cas de conflit collectif sans introduire réellement de procédure conventionnelle d'arbitrage s'imposant aux parties puisqu'elle soumet le recours à l'arbitrage à un « accord formel » des parties.

La convention collective de l'édition⁵²⁵ précise dans les deux derniers alinéas de son article 30 que : « *En cas de conflit collectif, si la conciliation n'a pu être effectuée, la commission se réunit en vue d'examiner la possibilité de soumettre le différend à l'arbitrage, dans le cadre des dispositions légales en vigueur.*

Le recours à l'arbitrage et le choix de l'arbitre ne pourront être décidés qu'à l'unanimité des membres composant la commission. »

Une fois encore, la convention opère un renvoi à l'arbitrage légal. Cependant, le recours à l'arbitrage ne sera pas décidé par les parties, tout comme la désignation de l'arbitre, mais par la commission nationale de conciliation qui aura tenté de concilier les parties.

En conséquence, la convention ou l'accord collectif peut simplement renvoyer, pour la procédure, à l'arbitrage légal ; mais elle peut également envisager un mécanisme différent : les fonctions d'arbitre peuvent être confiées à un organe collégial plutôt qu'à une seule personne. Seule limite à ces dérogations conventionnelles, les parties ne peuvent modifier les dispositions relatives à la sentence et au recours devant la Cour supérieure de l'arbitrage puisque l'article L. 2524-1 du code du travail ne fait référence qu'à la procédure et à la liste d'arbitres⁵²⁶.

⁵²⁴ Convention collective nationale des journalistes du 1^{er} nov. 1976, refondue le 27 oct. 1987. Étendue par arrêté du 2 février 1988 (JO. 13 février 1988).

⁵²⁵ Convention collective nationale de l'édition du 14 janv. 2000.

⁵²⁶ C. sup. arb. 8 déc. 1971, Dr. social 1972, 454, concl. Fleck.

Sous-section 2- La procédure *ad hoc* d'interprétation des conventions et des accords collectifs

512. La procédure *ad hoc* d'interprétation des conventions et des accords collectifs comporte des caractéristiques générales (§1). Il convient d'analyser l'articulation entre la procédure conventionnelle d'interprétation et la procédure juridictionnelle (§2) ainsi que les enjeux attachés à cette procédure (§3).

§1- Caractéristiques générales de la procédure

513. La procédure conventionnelle de conciliation est marquée par une certaine liberté des parties dans l'organisation de la procédure (I). Cette dernière fait appel à des commissions d'interprétation ou de conciliation (II).

I- La liberté du processus : une procédure non encadrée

514. **Référence légale** – Les deux premiers alinéas de l'article L. 2522-1 du code du travail dispose que « *Tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation.*

*Les conflits qui, pour quelque raison que ce soit, **n'ont pas été soumis à une procédure conventionnelle de conciliation établie soit par la convention ou l'accord collectif de travail**, soit par un accord particulier, peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation. »*

Toute convention ou tout accord collectif peut donc contenir une clause instituant une procédure de conciliation tendant au règlement des conflits collectifs de travail. Par ailleurs, l'article L. 2261-22 du code du travail fait de cette clause une condition pour l'extension des conventions de branche conclues au niveau national puisqu'il dispose que « *pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national contient des clauses portant sur la détermination des règles de négociation et de conclusion (...) Elle contient en outre des clauses portant sur : (...) 13° Les procédures conventionnelles de conciliation suivant lesquelles seront réglés les conflits collectifs de travail susceptibles de survenir entre les employeurs et les salariés liés par la convention. »*

Si aucune procédure de conciliation n'est prévue par la convention ou l'accord collectif applicable dans l'entreprise, il est toujours loisible aux partenaires sociaux de conclure un accord instituant une procédure de conciliation *ad hoc* à l'occasion d'un conflit qui éclaterait.

L'accord aura alors pour seul objet d'instituer une procédure conventionnelle tendant à régler le conflit. Le législateur a entendu, par cette disposition, responsabiliser les partenaires sociaux par rapport à la question de l'interprétation de la norme collective, faire qu'ils l'intègrent dans la vie conventionnelle⁵²⁷.

515. ***Liberté dans l'organisation de la procédure*** – Les procédures conventionnelles obéissent aux règles posées par la convention collective ou par l'accord qui les a instituées. Le plus souvent, le champ d'application de ces procédures est limité par l'accord ou la convention aux différends nés de leur exécution. S'agissant du déroulement de la procédure, les parties à la convention peuvent définir la compétence des commissions de conciliation ainsi que leur composition, qui est généralement paritaire et professionnelle. En pratique, certaines conventions prévoient l'existence de deux types de commissions : les commissions d'interprétation, dont le rôle est de donner une interprétation de la convention collective et de ses avenants, et les commissions de conciliation proprement dites.

II- Les commissions d'interprétation ou de conciliation

516. Il convient d'analyser la composition (A), la fonction (B), la procédure (C) et l'avis de la commission d'interprétation dans le cadre d'une procédure conventionnelle (D).

A- Composition

517. ***Composition de la commission d'interprétation*** – Il est énoncé à l'article L. 2232-9 du code du travail que « *les conventions de branche et les accords professionnels instituent des commissions paritaires d'interprétation.* » Les conventions collectives prévoient toujours une composition paritaire des commissions d'interprétation. Par exemple, dans la convention collective nationale du commerce de gros⁵²⁸, l'article 7 est intitulé « *Commission paritaire de conciliation et d'interprétation.* » La composition de la commission est la suivante : « *la commission nationale est composée de 2 collègues :*

- un collège salariés comprenant 2 représentants (1 titulaire et 1 suppléant) pour chacune des organisations signataires ;

⁵²⁷ J.-Y. Frouin, *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail*, Chron., RJS 3/96 p. 144, n°38.

⁵²⁸ Convention collective nationale de commerces de gros du 23 juin 1970. Étendue par arrêté du 15 juin 1972 JONC 29 août 1972. Mise à jour par accord du 27 sept. 1984 étendu par arrêté du 4 févr. 1985 JORF 16 févr. 1985.

- un collège employeurs d'un même nombre total de représentants (titulaires et suppléants). »
Une certaine cohérence par rapport à la mission de la commission amène certains signataires de conventions collectives à faire en sorte que les membres de la commission d'interprétation soient des personnes ayant, par le rôle qu'elles ont pu jouer dans la négociation, une bonne connaissance de la convention. La convention collective nationale des industries pharmaceutiques⁵²⁹ prévoit ainsi dans son article 26 que : « *Les commissaires seront choisis de préférence parmi les personnalités ayant participé à l'élaboration de la convention. Des commissaires suppléants pourront être prévus.* »

518. Composition de la commission de conciliation – Les commissions de conciliation sont également paritaires associant un nombre égal de représentants des salariés et des employeurs. Il peut arriver parfois que la commission soit présidée par une personnalité extérieure. Ainsi, la convention collective nationale des activités du déchet⁵³⁰ prévoit en son article 1.3, alinéa 4 que : « *La commission paritaire peut s'ériger en commission paritaire d'interprétation et de conciliation afin d'examiner des réclamations collectives découlant de l'application ou de l'interprétation d'une ou plusieurs dispositions de la présente convention. Cette commission est alors présidée par un représentant du ministère des transports.* »

En outre, les conventions peuvent instituer différents niveaux de compétence. La compétence d'une commission peut être départementale, régionale ou encore nationale. Ces commissions peuvent intervenir comme degré supérieur de conciliation dans l'hypothèse où la conciliation au niveau de l'entreprise a échoué. Il peut également être prévu qu'une commission spéciale à une catégorie de salariés sera saisie tel est le cas dans la convention collective du transport aérien relatives au personnel au sol⁵³¹ qui prévoit à l'article 13 de l'Annexe I : "Cadres" Convention du 26 juin 1962⁵³² que : « *Tous les différends collectifs concernant les cadres, qui n'auraient pu être réglés au niveau de l'entreprise, sont soumis, par la partie la plus diligente, à une sous-commission de conciliation "cadres" fonctionnant selon les modalités prévues à l'article 2 de la convention collective nationale.*

Cette sous-commission ne doit comprendre que des salariés appartenant à la catégorie "Cadres" mandatés par les organisations syndicales représentatives. »

⁵²⁹ Convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 déc. 1952.

⁵³⁰ Convention collective nationale des activités du déchet du 11 mai 2000, étendue par arrêté du 5 juill. 2001, JORF 17 juill. 2001.

⁵³¹ Convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959. Étendue par arrêté du 10 janv. 1964, JONC 21 janv. 1964 et rectificatif JONC 4 févr. 1964.

⁵³² Convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959. Étendue par arrêté du 10 janv. 1964 JONC 21 janv. 1964 et rectificatif JONC 4 févr. 1964. - Textes Attachés - Annexe I : "Cadres" Convention du 26 juin 1962.

B- Fonction

519. **Rôle de la commission d'interprétation** – La commission d'interprétation a pour rôle de régler un conflit portant sur l'exécution d'une convention collective en donnant un avis sur les difficultés d'interprétation de la convention et de ses avenants. Elle est chargée de répondre à toute demande relative à l'interprétation et à l'application des textes, ou d'examiner tout conflit collectif qui pourrait surgir à l'occasion de l'interprétation d'une convention. Elle doit alors formuler un avis sur l'interprétation de la convention.

520. **Rôle de la commission de conciliation** – Le rôle des commissions de conciliation est de prévenir le recours à la grève ou au lock-out en cherchant une solution au litige. Ces commissions sont amenées à donner un avis sur les difficultés collectives d'application de la convention. En outre, si aucune commission d'interprétation n'a été formée, la commission de conciliation peut avoir à trancher les difficultés d'interprétation.

C- Procédure

521. **Procédure devant la commission d'interprétation** – La commission est saisie par une organisation patronale ou syndicale. Elle doit être réunie dans un délai bref allant de quelques jours à un mois. Des conventions collectives prévoient un formalisme particulier sur la demande des organisations. Tel le cas de la convention collective nationale des travaux publics⁵³³ qui précise en son article 10.1 que « *la demande doit être formulée par écrit en autant d'exemplaires qu'il y a d'organisations signataires de la présente convention collective plus 1, et doit exposer l'origine et l'étendue du différend.* »

Pour rendre son avis, la commission peut décider de faire appel à un ou plusieurs experts afin d'éclairer ses travaux. Ces derniers sont rémunérés selon les modalités fixées par la convention.

522. **Procédure devant la commission de conciliation** – La commission est saisie sur l'initiative de l'une des parties au litige, dans un délai qui doit être le plus bref possible. Ce délai ne dépasse pas, en général, huit jours. Il est parfois exigé des parties qu'elles exposent dans leur demande l'essentiel des motifs de celle-ci, et fournissent à la commission tout

⁵³³ Convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment du 12 juill. 2006.

document pouvant l'éclairer. La détermination des conditions de fonctionnement interne de la commission est laissée à la commission elle-même. En outre, si aucune convention ou accord n'institue de procédure conventionnelle de conciliation, c'est la procédure légale de conciliation fixée aux articles L. 2522-1 et R. 2522-1 du code du travail qui doit s'appliquer.

D- L'avis de la commission

523. ***Avis de la commission d'interprétation*** – La commission donne généralement un avis à l'unanimité des organisations représentées. Il doit être rendu dans un délai assez bref. Le texte de l'avis peut être consigné dans un procès-verbal, notamment dans le cas où l'unanimité n'a pu être obtenue.

524. ***Avis de la commission de conciliation*** – La commission dispose alors d'un délai pour rendre son avis et formuler des propositions de conciliation aux parties. Certaines conventions précisent que l'avis sera pris à l'unanimité ou à la majorité.

§2- L'articulation entre la procédure conventionnelle d'interprétation et la procédure juridictionnelle

525. Les parties à un litige, en particulier le salarié, peuvent demander au juge d'interpréter la convention ou l'accord collectif de travail (I). Par conséquent, la question de la valeur de l'avis de la commission d'interprétation se pose (II).

I- Le salarié et l'interprétation des conventions et accords collectifs

526. La compétence d'ordre public du juge pour interpréter la convention collective s'oppose à celle de la commission d'interprétation conventionnelle (I). Les clauses d'interprétation préalable à la saisine du juge sont inopposables (II).

A- Une compétence d'ordre public face à une création conventionnelle

527. Le juge et la commission d'interprétation s'opposent sur un même domaine de compétence : l'interprétation des conventions et accords collectifs. Le salarié qui va souhaiter dans un litige invoquer une règle conventionnelle pourra se voir opposer par son employeur

une autre interprétation de celle-ci. La création de commissions d'interprétation conventionnelles par les partenaires sociaux exclut-elle le recours au juge pour interpréter une clause contenue dans la convention collective ? La Cour de cassation a décidé que la création d'un tel organisme ne peut en aucun cas exclure l'éventuel recours aux tribunaux dont la compétence est d'ordre public⁵³⁴. De telles commissions ne font pas obstacle au recours au juge qui a une compétence d'ordre public pour interpréter les conventions et les accords collectifs. Le salarié n'a donc pas à saisir la commission d'interprétation conventionnelle avant de saisir le juge.

B- L'inopposabilité d'une clause d'interprétation préalable à la saisine du juge

528. Les clauses qui mettent en place ces commissions d'interprétation peuvent obliger les parties à saisir une commission d'interprétation avant de saisir le juge. La Cour de cassation a cependant décidé que le demandeur à l'action n'est pas obligé de saisir la commission d'interprétation avant de s'adresser à un tribunal. Il peut donc saisir immédiatement le tribunal compétent⁵³⁵. Ce dernier peut toujours, ce qui est une manière d'exprimer qu'il n'y est pas tenu, surseoir à statuer à l'effet de recueillir l'avis de l'organisme paritaire d'interprétation⁵³⁶. Les clauses de conciliation préalable sont donc inopposables aux demandeurs à l'action. Le salarié n'aura pas à saisir une commission d'interprétation. Le juge compétent n'aura pas à être saisi postérieurement à l'organisme d'interprétation qui aura rendu un avis.

II- La valeur de l'avis de la commission d'interprétation

529. **Évolution jurisprudentielle** – La Cour de cassation, par un arrêt d'assemblée plénière, avait posé le principe selon lequel l'avis donné par un organisme paritaire d'interprétation ne s'impose pas au juge : « *l'avis donné par la commission paritaire, dans un but de conciliation, ne liait pas le juge*⁵³⁷. » Le principe a été atténué par un arrêt de la chambre sociale ; si les dispositions conventionnelles prévoient que l'avis de la commission paritaire aura la valeur d'un avenant à la convention, le juge est tenu de le suivre : « *en l'absence de dispositions de la convention collective prévoyant que l'avis de la Commission nationale paritaire aura la*

⁵³⁴ Cass. soc., 27 avr. 1964, Bull. civ. IV, n°347.

⁵³⁵ Cass. soc., 18 juin 1970, Bull. civ. V, n°427.

⁵³⁶ Cass. soc., 6 mars 1964, Bull. civ. IV, n°222 ; Dr. soc. 1964, p. 421, note J. Savatier.

⁵³⁷ Cass. Ass. plén., 6 févr. 1976, n°74-40.223, *La Belle Jardinière c/ Bourasseau*, Bull. civ., n°2, Dr. soc. 1976, p. 472, obs. J. Savatier ; JCP G 1976, II, 18481, note M. Groutel.

valeur d'un avenant à la Convention⁵³⁸. » Le Président Frouin rappelle, par ailleurs, qu'« *il n'est pas sûr que la solution soit à proprement parler nouvelle. Certes, elle n'avait jamais été énoncée de cette manière, mais la Cour de cassation n'avait jamais dit le contraire non plus, et plusieurs auteurs soutenaient depuis longtemps que si, de la volonté préalable des partenaires sociaux, l'avis d'une commission d'interprétation a la valeur d'un avenant, il doit lier le juge*⁵³⁹. »

530. **Portée de l'arrêt du 11 octobre 1994** – Pris *a contrario*, l'arrêt énonce que lorsqu'une convention ou un accord collectif dispose que l'avis exprimé par une commission d'interprétation aura la valeur d'un avenant, cet avis s'impose au juge. Certains auteurs y voient d'ailleurs une véritable « pouvoir de réviser le texte ⁵⁴⁰ » pour la commission d'interprétation qui est dépourvue de représentativité et donc de légitimité. La commission par son avis crée du droit puisque celui-ci vaudra avenant à la convention ou à l'accord collectif.

§3- Enjeux de la procédure *ad hoc*

531. Si la procédure *ad hoc* offre certains avantages (I), celle-ci retire au juge un de ses attributs et participe à l'autonomisation normative des partenaires sociaux (II).

I- Avantages de la procédure *ad hoc*

532. La procédure d'interprétation des conventions et accords collectifs présentent deux avantages majeurs : d'une part, ce sont les parties à la convention ou à l'accord qui interprètent elles-mêmes leur propre volonté (A) et d'autre part, elles peuvent la convention ou l'accord par rapport à la pratique (B).

⁵³⁸ Cass. soc., 11 oct. 1994 n°90-41.818, *Laport c/ CPAM des Yvelines et autre*, RJS 11/94 n°1285, Bull. civ. V n°272, D. 1995, somm. p. 369 ; Dr. soc. 1994, p. 984 ; Dr. soc. 1995, p. 359, note M.-A. Moreau.

⁵³⁹ J.-Y. Frouin, *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail*, Chron., RJS 3/96 p. 144, n°43.

⁵⁴⁰ M. Moreau, *La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation*, Dr. soc. 1995, p. 359 et s.

A- Interprétation de la volonté des parties par les parties elles-mêmes

533. L'interprétation d'un texte se caractérise par une recherche d'intentions. Lorsqu'il s'agit d'un texte de loi, l'interprète doit rechercher l'intention du législateur au moment de l'adoption du texte. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, il doit rechercher la volonté commune des parties. La convention ou l'accord collectif est conclu par les partenaires sociaux, l'interprète devra alors se référer à l'intention de ceux-ci. Or, lorsqu'est réunie une commission d'interprétation, ce sont les partenaires sociaux eux-mêmes qui interprètent le texte qu'ils ont conclu. Les partenaires sociaux sont les plus à même d'interpréter leur propre volonté. Certaines conventions collectives, telle que la convention collective nationale des industries pharmaceutiques, incitent les partenaires sociaux qui ont conclu la convention de base à siéger dans ces commissions afin de recueillir leur avis et leur intention. Par conséquent, « la solution consistant à revenir à la source en matière d'accords collectifs et à confier aux partenaires sociaux le soin de les interpréter, de préciser leur intention, est pertinente⁵⁴¹. »

B- Adaptation des conventions et accords collectifs au regard de la pratique

534. Dès lors que les parties à la convention ou à l'accord collectif interprètent elles-mêmes le texte qu'elles ont conclu, est facilitée l'adaptation de texte à la pratique et à son évolution. Les normes conventionnelles sont par nature évolutive. En témoigne la législation qui impose aux conventions collectives de branche, pour être étendues, de prévoir des clauses de révision. L'article L. 2261-22 du code du travail précise que : « *Pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national contient des clauses portant sur la détermination des règles de négociation et de conclusion, prévues aux articles :*

(...)

2° *L. 2222-5 et L. 2222-6, relatifs aux modalités de renouvellement, de révision et de dénonciation »*

Les partenaires sociaux qui ont conclu l'accord sont incités à réviser l'accord afin de l'adapter. Dès lors, l'interprétation de leurs propres accords fait partie intégrante de leur office et contribue au « caractère dynamique de la vie conventionnelle⁵⁴² » permettant ainsi une véritable autonomie normative des partenaires sociaux⁵⁴³.

⁵⁴¹ J.-Y. Frouin, *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail*, Chron., RJS 3/96 p. 144, n°36.

⁵⁴² J.-Y. Frouin, *L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail*, Chron., RJS 3/96 p. 144, n°36.

⁵⁴³ J.-C. Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, 1996, n°82.

II- L'exercice d'un attribut dévolu au juge : vers une autonomie normative des partenaires sociaux

535. Par cette faculté qui est offerte aux partenaires sociaux d'interpréter leurs propres conventions et accords collectifs, ces derniers voient leur pouvoir renforcé. En effet, de simples « législateurs conventionnels », ils deviennent « juges conventionnels. » Il est, traditionnellement, dans la mission du juge étatique d'interpréter les normes conventionnelles. Or, dans cette hypothèse, cet attribut leur est retiré au bénéfice des partenaires sociaux, créateurs de la norme. Ainsi, il convient de s'interroger sur la possible émergence d'une véritable autonomie normative des partenaires sociaux, voire d'un système à part avec d'un côté le juge étatique qui interpréterait la loi étatique et les partenaires sociaux qui interpréteraient la loi conventionnelle. Ce système constitue dès lors une alternative au juge.

CHAPITRE 2 : LES TECHNIQUES EXTRA-LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

536. Il convient d'analyser les techniques extra-légales de règlement des litiges : d'abord, la négociation de fin de conflit (section 1) puis, des pratiques originales de règlement des conflits collectifs (section 2).

SECTION 1 – LA NÉGOCIATION DE FIN DE CONFLIT

537. Il s'agit d'analyser la pratique de l'accord de fin de conflit (sous-section 1) avant d'aborder la qualification de celui-ci (sous-section 2).

Sous-section 1- La pratique de l'accord de fin de conflit

538. L'accord de fin de conflit doit avoir un objet déterminé (§1). Il est conclu entre des parties (§2) et doit remplir plusieurs conditions de validité (§3) pour être exécuté (§4).

§1- Objet de l'accord

539. Afin de déterminer l'objet de l'accord de fin de conflit, il faut le définir (I) et relever les clauses visant à la résolution du conflit stricto sensu (II) ainsi que celles visant au règlement des litiges nés du conflit (III).

I- Définition de l'accord de fin de conflit

540. **Définition(s)** – L'accord de fin de conflit est un mécanisme issu de la pratique. Il n'est, par conséquent, pas défini légalement. Un auteur⁵⁴⁴ définit l'accord de fin de conflit comme « l'acte, qui non assimilé légalement à une convention collective, entend substituer un rapport d'obligation à un rapport de force. » Ces accords « entendent créer, plus qu'un rapport d'obligation entre sujets de droit, une solution devant être respectée par une collectivité, une règle de portée générale dans l'esprit d'au moins une des parties dont l'énoncé est parfois concret, généralement impersonnel : ils sont les ententes, contractualisées ou non qui, nouées entre les parties à un conflit collectif de travail, mettent

⁵⁴⁴ M. Moreau, *Les règlements de fin de conflit*, Dr. soc., 2001. 139.

fin à ce dernier. Les salariés en obtiennent satisfaction totale ou partielle de leurs revendications ou un aménagement de leur retour au travail. »

Un autre auteur évoque non pas l'accord de fin de conflit mais la négociation de fin de conflit « *négociation d'un genre particulier, fréquemment menée de façon informelle. Elle a moins pour objet de créer une norme que de mettre fin à un différend et déterminer les conditions concrètes de reprise du travail. C'est une négociation de compromis au cours de laquelle les parties au conflit acceptent de transiger sur leurs prétentions initiales. C'est aussi une négociation transitoire, qui suspend les hostilités, dont le but est le règlement immédiat du différend. Sauf exception, l'accord des parties ne crée pas d'engagement à long terme*⁵⁴⁵. »

541. De façon générique, l'accord de fin de conflit est l'acte par lequel il est mis fin à un conflit collectif entre les salariés et l'employeur, par le biais de négociations dont les parties, organisations syndicales et employeur, ont pris l'initiative.

II- Clauses visant à la résolution du conflit stricto sensu

542. Lorsque les parties parviennent à un accord, celui-ci est généralement écrit et comporte certaines clauses qui visent directement la résolution du conflit stricto sensu. Celles-ci doivent alors être absolument identifiées pour mettre un terme au conflit.

543. ***Clauses relatives aux rémunérations*** – Les conflits collectifs liés aux rémunérations sont récurrents. L'accord de fin de conflit contient généralement une clause relative aux salaires : qu'il s'agisse d'augmentation de salaire, de la création d'une prime ou d'un autre accessoire du salaire ou du paiement des heures perdues pendant la durée du conflit.

544. ***Clauses relatives aux conditions de travail*** – La question des conditions de travail est également une constante dans les accords de fin de conflit. Les conflits collectifs sont étroitement liés aux revendications relatives à la durée du travail, aux heures supplémentaires rémunérées, aux congés payés, etc.

545. ***Clauses relatives à la représentation du personnel*** – Les conflits collectifs de travail sont également liés à la représentation du personnel en particulier à l'exercice du droit

⁵⁴⁵ J.-P. Chauchard, *Les accords de fin de conflit*, Dr. soc. 1982. 678.

syndical dans l'entreprise. De nombreux accords collectifs ajoutent des prérogatives et des moyens supplémentaires aux représentants du personnel et aux syndicats.

III- Clauses visant au règlement des litiges nés du conflit

546. L'accord de fin de conflit permet également de régler les litiges « annexes » au conflit collectif principal afin que les parties puissent retravailler sereinement ensemble dans un climat social apaisé.

547. ***Clauses relatives aux jours et heures de travail perdus*** – Les accords de fin de conflit qui interviennent à l'issue des conflits collectifs contiennent le plus souvent des stipulations relatives au paiement ou au rattrapage des heures perdues pour fait de grève, de l'octroi des congés payés et JRTT afférents. Les grévistes obtiennent alors de l'employeur de payer les heures non travaillées, avec ou sans contrepartie, afin de ne pas les pénaliser. En général, il est prévu que 50 % du salaire perdu est versé, sous réserve de la reprise du travail à une date convenue. La Cour de cassation a admis le paiement de la moitié du salaire perdu, sous réserve de la reprise du travail ou d'une récupération des heures de grève⁵⁴⁶ malgré leur interdiction légale⁵⁴⁷.

548. ***Clauses relatives aux faits commis par les grévistes*** – Les accords de fin de conflit peuvent contenir deux types de clauses. D'une part, il est des clauses qui stipulent que les grévistes ne seront pas sanctionnés. Elles doivent, en principe, préciser les bénéficiaires d'une telle exonération et la nature de la sanction qui sera écartée même si la Cour de cassation a décidé que des imprécisions dans ces clauses ne leur enlevaient pas leurs effets⁵⁴⁸. Cependant les juges considèrent qu'une clause de renonciation par l'employeur à son pouvoir de sanction n'est pas consubstantielle à un accord de fin de conflit⁵⁴⁹. D'autre part, des clauses sont consacrées relatives à l'abandon des poursuites. Dans cette hypothèse, l'employeur renonce à engager des actions judiciaires, civiles ou pénales, contre les salariés grévistes qui auraient commis des actes répréhensibles afin d'entériner la paix sociale.

⁵⁴⁶ Cass. soc., 30 sept. 2003, n°01-46.668.

⁵⁴⁷ C. trav., art. L. 3122-27.

⁵⁴⁸ Cass. soc., 16 févr. 1989, n°86-43.610, Bull. civ. V, n°134.

⁵⁴⁹ CA Versailles, 5^e ch., 16 févr. 1999, Sadaoui c/ SA Hervé, RJS 1999, n°779.

§2- Parties à l'accord

549. L'accord de fin de conflit est, généralement, le fruit d'une négociation entre l'employeur et le ou les représentants des salariés grévistes qui forment alors une collectivité au nom de ces derniers. En effet, si le droit de grève est un droit individuel, celui-ci est exercé collectivement.

550. **Identification de la partie côté salarié** – L'accord de fin de conflit peut, tout d'abord, être conclu par les syndicats représentatifs par le biais des délégués syndicaux dont c'est leur vocation naturelle. Dès lors, l'accord conclu pourra avoir la nature d'un accord collectif de travail soumis aux articles L. 2211-1 et suivants du code du travail, si s'il respecte les règles régissant les accords collectifs fixées aux articles L. 2231-1 et suivants du code du travail⁵⁵⁰. L'accord de fin de conflit peut également être conclu par des représentants du personnel. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis que l'accord signé par les délégués du personnel oblige l'employeur⁵⁵¹, de même que celui signé par le comité d'entreprise puisque ce dernier peut en réclamer l'application ou l'indemnisation en justice en cas d'inexécution⁵⁵². L'accord de fin de conflit est donc un accord régissant les relations de travail qui peut être qualifié de « particulier » ou d'« atypique » car pouvant être signé tant par les organisations syndicales représentatives que par les représentants du personnel tels que le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou une délégation unique du personnel ou encore depuis la loi du 17 août 2015⁵⁵³ l'instance unique du personnel. Il est même possible d'imaginer qu'un accord de fin conflit soit signé par un « comité de grève » regroupant des salariés sans mandat représentatif.

551. **Identification de la partie côté employeur** – L'identification de la partie côté employeur présente peu de difficultés. Dans le périmètre de l'entreprise, l'accord est conclu par l'employeur ou son représentant s'il dispose des pouvoirs nécessaires. Dans le périmètre de l'établissement, l'accord est conclu par le chef d'établissement s'il en a les pouvoirs et dans l'affirmative, il peut les déléguer. Il est possible d'imaginer également qu'un accord de fin de conflit soit conclu par un groupement d'employeurs dans le cadre d'un conflit collectif étendu

⁵⁵⁰ Cass. soc., 15 janv. 1997, n°94-44.914, Bull. civ. V, n°20, RJS 2/1997, n°191 ; TPS 1997, comm. 86.

⁵⁵¹ Cass. soc., 2 déc. 1992, n°90-45.186, Bull. civ. V, n°579, RJS 3/1993, n°302.

⁵⁵² Cass. soc., 5 juill. 2006, n°04-43.213, Bull. civ. V, n°238, JCP S 2006. 1927, note R. Vatinet, JCP E 2006. 2301.

⁵⁵³ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

à un secteur d'activité. Un accord de fin de conflit peut donc être conclu dans plusieurs périmètres, voire dans n'importe quel périmètre : entreprise, établissement, UES, groupe, etc.

552. *Assistance par un avocat* – La pratique estime que l'avocat a une double mission dans les conflits collectifs de travail : d'une part, une mission de conseil permanente et d'autre part, une mission judiciaire éventuelle⁵⁵⁴. Ainsi, l'avocat, qui intervient au stade du conseil, il peut conseiller aux parties de recourir aux procédures légales de règlement des conflits, en pratique, il ne recommande jamais de tels modes de résolution des différends du fait de la désuétude et de la lourdeur de telles procédures. Il peut conseiller, en revanche, son client de recourir à un dialogue *ad hoc* ou à une négociation visant à mettre un terme au conflit. L'avocat a alors une mission de conseil permanente sur les aspects juridiques du conflit et pour prodiguer la meilleure réponse aux arguments adverses en vue d'une résolution rapide et efficace du conflit. Si les deux parties souhaitent être assistées, les avocats peuvent participer aux négociations en assistant leurs clients⁵⁵⁵. Dans l'hypothèse où une solution au litige est trouvée, le rôle de l'avocat sera de rédiger l'accord mettant un terme au conflit. L'avocat veille à retranscrire fidèlement le déroulement des négociations et la solution au conflit.

§3- Conditions de validité de l'accord

553. La validité de l'accord de fin de conflit est subordonnée à un devoir de loyauté dans la négociation de l'accord (I) à l'aboutissement d'un engagement purgé de tout vice (II) et consenti (III).

I- Un devoir de loyauté

554. Si la grève suspend les contrats de travail des salariés, elle ne suspend pas pour autant les mandats des représentants du personnel. Ainsi, durant le conflit, l'employeur n'est pas libéré de ses obligations de réunir les institutions représentatives du personnel. Ces rencontres peuvent être des occasions de renouer le dialogue. Si les parties décident de négocier, la négociation doit être conduite loyalement. Un employeur qui cache, pendant la durée de la négociation, sa décision de procéder au licenciement de certains salariés, associés au mouvement de grève, se rend coupable d'une pratique déloyale ; dès lors il ne peut reprocher

⁵⁵⁴ H. Guyot, *Le rôle de l'avocat dans les conflits collectifs*, JCP S, 2011. 1498.

⁵⁵⁵ RIN., art. 8.3.

à ses salariés de s'être remis à nouveau en grève, au mépris des stipulations de l'accord de fin de conflit, la cessation de travail étant la conséquence directe de l'attitude déloyale de l'employeur au cours des pourparlers transactionnels⁵⁵⁶.

II- Un engagement purgé de tout vice

555. La validité de l'accord de fin de conflit suppose qu'il ait été souscrit dans des conditions exclusives de tout vice, en particulier de violence car la grève est un terrain propice aux violences physiques et morales. Il a été jugé que dès lors qu'une des parties, l'employeur ou ses représentants en l'espèce, était victime d'une séquestration, celle-ci était privée de sa liberté d'expression et n'était plus libre de ses mouvements ; par conséquent, son consentement était vicié⁵⁵⁷. Une partie ne peut pas voir son engagement contraint afin de régler le conflit et de conclure un accord de fin de conflit allant dans ce sens. L'objet de l'obligation est la matière de l'engagement, ce qui signifie que le règlement du conflit porte sur les droits des parties en présence⁵⁵⁸. L'erreur peut également être apparaître comme un potentiel vice du consentement lorsque celle-ci se caractérise par une fausse appréciation de la réalité et qu'elle est suffisamment grave, excusable et commune.

III- Le consentement à l'accord

556. L'accord de fin de conflit est gouverné par le consensualisme. Dès qu'un accord est constaté, les juges lui font produire effet, quel qu'en soit le signataire ou la forme. Le salarié gréviste n'a pas à consentir individuellement à l'accord de fin de conflit, la volonté du salarié est incorporée dans la collectivité. Le contrat de travail est la source dans laquelle la collectivité puise sa faculté de conclure un tel accord par le biais de ses représentants. Ainsi, seul le consentement exprimé par les représentants pour le compte de la collectivité s'exprime. Quant à l'employeur, il lui est possible de s'engager par le biais d'un engagement unilatéral, par exemple en matière de conditions de travail. Il en a la prérogative qu'il tire du contrat de travail qui le lie à chaque salarié. Ainsi, l'employeur peut décider de prendre un engagement unilatéral pour mettre fin à un conflit, sans que le consentement des intéressés ne soit requis, il s'imposera à eux.

⁵⁵⁶ CA Amiens, 18 nov. 1976, JCP 1977. IV. 261.

⁵⁵⁷ TGI Paris, 14 mars 1973, Cah. prud'h. 1973. 104 ; CA Paris, 4 mars 1975, Cah. prud'h. 1975. 187 ; CA Douai, 16 juin 1982, JCP 1983. II. 20035, note R. Jambu-Merlin.

⁵⁵⁸ M. Moreau, *Les règlements de fin de conflit*, Dr. soc., 2001. 139.

§4- Exécution de l'accord

557. L'accord de fin de conflit doit être exécuté de bonne foi (I), sous peine d'une action en justice en particulier aux de faire appliquer l'accord (II). Cette action en justice peut conduire à des sanctions si des violations de l'accord sont constatées (III).

I- Une exécution de bonne foi

558. **Obligation contractuelle** – Aux termes du troisième alinéa de l'article 1134 du code civil qui dispose que les conventions légalement formées « *doivent être exécutées de bonne foi* », obligation de bonne foi qui sera codifiée au futur article 1104, alinéa 1^{er}, à compter du 1^{er} octobre 2016 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*⁵⁵⁹. » Elle oblige, d'une part, l'employeur à une exécution honnête et complète de l'obligation promise, incluant les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue. Elle oblige, d'autre part, le salarié à coopérer avec l'employeur pour lui permettre d'exécuter le contrat⁵⁶⁰. Les accords de fin de conflit comme tout contrat doivent être exécutés de bonne foi. La chambre sociale de la Cour cassation sanctionne la mauvaise foi de l'employeur dans l'exécution de l'accord⁵⁶¹.

II- Une possible action en justice aux fins d'application de l'accord

559. **Qualité à agir** – L'accord de fin de conflit peut faire l'objet d'une action en justice. L'action peut être formée soit par les salariés ou par leurs représentants : organisations syndicales ou instances de représentation des salariés. La Cour de cassation a décidé que le conseil de prud'hommes était compétent pour connaître des demandes individuelles portées par les salariés aux fins d'application de l'accord de fin de conflit⁵⁶². Les représentants élus du personnel ont qualité à agir à condition qu'ils soient signataires de l'accord⁵⁶³. Quant aux

⁵⁵⁹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵⁶⁰ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14 éd., LGDJ, pp. 228-229, n°285.

⁵⁶¹ V. Cass. soc., 2 déc. 1992, n°89-43.162, *Sté Reinier c/ Boumeten et autres*, Dr. soc. 1993. 192 ; Dr. Ouvr. 1993. 319, note F. Saramito ; Cass. soc., 11 mars 1987, n°85-11.682.

⁵⁶² Cass. soc., 15 janv. 1997, n°94-44.914, Bull. civ. V, n°20, D. 1997. 47, RJS 2/1997, n°191, TPS 1997, comm. 86.

⁵⁶³ Cass. soc., 5 juill. 2006, n°04-43.213, Bull. civ. V, n°238, JCP S 2006. 1927, note R. Vatinet, JCP E 2006. 2301.

organisations syndicales, elles ont vocation à faire appliquer l'accord de fin de conflit qu'elles soient signataires ou non de celui-ci⁵⁶⁴. Le tribunal de grande instance connaît des actions en responsabilité contractuelle menées par les instances de représentation du personnel ou les organisations syndicales.

III- Des sanctions en cas de violation de l'accord

560. **Des obligations sanctionnées** – Deux types de sanctions peuvent être relevées en cas de violation de l'accord de fin de conflit. D'une part, une sanction « sociale » qui va potentiellement se matérialiser par une reprise de la grève et du conflit. Dès lors les négociations qui ont conduit à l'accord de fin de conflit n'auront servi à rien. Les salariés pourront se remettre à nouveau en grève alors qu'ils s'étaient engagé, par le biais de leurs représentants, à reprendre le travail car l'employeur n'aura pas respecté ses engagements. D'autre part, une sanction indemnitaire puisque les salariés, les instances de représentation du personnel si elles sont signataires de l'accord et les organisations syndicales pourront assigner l'employeur devant le tribunal de grande instance aux fins d'indemnisation du préjudice résultant de l'inexécution de l'accord de fin de conflit⁵⁶⁵. Il convient de rappeler que si l'accord de fin de conflit a la nature d'accord collectif de travail, son inexécution cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession⁵⁶⁶ et aux syndicats liés par les dispositions de ladite convention⁵⁶⁷.

Sous-section 2- La qualification de l'accord de fin de conflit

561. Il convient de rechercher une qualification adéquate aux accords de fin de conflit (§1). De leur qualification dépendra leur opposabilité (§2).

§1- La recherche d'une qualification pour les accords de fin de conflit

562. Différentes qualifications peuvent être attachées à l'accord de fin de conflit. Il peut être qualifié d'accord collectif (I), de contrat civil (II) ou d'engagement unilatéral (III).

⁵⁶⁴ C. trav., art. L. 2262-11 ; C. trav., art. L. 2132-3 ; Cass. soc., 11 juin 2013, n°12-12.818, JCP S 2014. 1033, note F. Bousez.

⁵⁶⁵ Cass. soc., 5 juill. 2006, n°04-43.213, Bull. civ. V, n°238, JCP S 2006. 1927, note R. Vatinet, JCP E 2006. 2301.

⁵⁶⁶ Cass. soc., 11 juin 2013, n°12-12.818, JCP S 2014. 1033, note F. Bousez.

⁵⁶⁷ Cass. soc., 19 janv. 1999, n° 96-43.976, TPS 1999, comm. 156.

I- L'accord de fin de conflit comme accord collectif

563. **Conditions** – Rien ne s'oppose à ce qu'il revête cette qualification et produise les effets d'un accord collectif de travail dès lors qu'il respecte les conditions posées par les articles L. 2221-1 et suivants du code du travail. L'accord de fin de conflit devra alors avoir été conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel et qu'il n'ait pas fait l'objet d'une opposition de la part d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli dans ce scrutin plus de 50 % des suffrages exprimés. Il faut également que l'accord de fin de conflit ait été signé et qu'il soit écrit.

564. **Consécration jurisprudentielle** – La Cour de cassation a décidé dans plusieurs arrêts que l'accord de fin de conflit revêtait la qualification d'accord collectif de travail dès lors qu'il est négocié et conclu par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages⁵⁶⁸. La Cour précise que la qualification d'accord collectif entraîne l'application de tous les effets qui s'y attachent⁵⁶⁹, telle que la révision d'un accord de fin de conflit dans les formes de la révision d'un accord collectif⁵⁷⁰.

II- L'accord de fin de conflit comme contrat civil

565. **Irruption du droit des obligations dans le droit des relations collectives de travail** – Dans l'hypothèse où l'accord de fin de conflit ne remplit pas les conditions d'un accord collectif de travail, la jurisprudence a pu le qualifier de contrat civil relevant du seul droit commun des obligations. Ainsi, le droit civil fait irruption dans le droit des relations collectives de travail afin de mettre fin à la grève. Les parties concluent un contrat selon les règles du droit des contrats. Ainsi l'offre et l'acceptation n'ont pas à être formalisées, elles peuvent n'être que tacites. Les obligations des parties doivent être exemptes de tout vice, elles ont le plus souvent pour objet la cessation de la grève contre une augmentation de salaire ou

⁵⁶⁸ Cass. soc., 15 janv. 1997, n°94-44.914, JurisData n°1997-000112 ; RJS 1997, n°191 ; Cass. soc., 8 avril 2009, n°08-40.256 et 08-41.045, JurisData n°2009-047881 ; RJS 2009, n°560 ; JCP S 2009, 1458, note R. Vatinet ; L. Perrin, D. Actu., 11 mai 2009.

⁵⁶⁹ Cass. soc., 26 nov. 2008, n°07-43.069, JurisData n°2008-046061 ; JCP S 2009, 1166, note A. Martinon.

⁵⁷⁰ Cass. soc., 8 avril 2009, n°08-40.256 et 08-41.045, *préc.*

une amélioration des conditions de travail. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 26 octobre 1976⁵⁷¹ que dès lors que les dispositions en sont précises et que nul obstacle insurmontable ne le paralyse, le contrat passé au terme d'un conflit collectif doit être strictement appliqué par l'ensemble des parties. Chacune est en droit d'attendre - et d'exiger - de l'autre qu'elle le respecte. Cependant, du fait de l'effet relatif des contrats, seules les personnes qui ont conclu l'accord y seront soumises⁵⁷². Au regard de la jurisprudence, cette qualification ne semble plus très utilisée tant par la Cour de cassation que par les juges du fond.

III- L'accord de fin de conflit comme engagement unilatéral

566. *Utilisation du pouvoir de direction de l'employeur* – L'employeur a la faculté de prendre des engagements unilatéraux qui vont s'appliquer à tout ou partie des salariés de l'entreprise. Il tire cette faculté de son pouvoir de direction dans le cadre du contrat de travail qui le lie avec ses salariés qui sont sous sa subordination. Il peut également prendre des engagements unilatéraux vis-à-vis des organisations syndicales ou des instances de représentation du personnel. Ils sont créateurs de droit et s'ajoutent au statut collectif en vigueur dans l'entreprise⁵⁷³. La Cour de cassation a admis que des accords de fin de conflits pouvaient recevoir la qualification d'engagements unilatéraux pris par l'employeur dans le cadre de l'entreprise⁵⁷⁴. Elle a précisé que le conseil de prud'hommes était compétent pour connaître de l'action individuelle des salariés en exécution de tels accords⁵⁷⁵.

§2- Une opposabilité dépendant de la qualification donnée à l'accord

567. Dans l'hypothèse où l'accord de fin de conflit est qualifié d'accord collectif ou d'engagement unilatéral, celui-ci est appliqué à l'ensemble des salariés (I) cependant, une distinction doit être opérée lorsqu'il est qualifié de contrat civil (II).

⁵⁷¹ Cass. soc., 26 oct. 1976, Dr. soc. 1978, p. 39.

⁵⁷² B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Lexisnexis, 9^e éd., n°1966-1967, p. 1014.

⁵⁷³ B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Lexisnexis, 9^e éd., n°1265-1266, pp. 675-676.

⁵⁷⁴ Cass. soc., 29 juin 1999, n°98-44.348, Bull. civ. V, n°308, D. 2000. 50, note R. de Quenaudon ; JCP E 2000, n°24, p. 20, note P. Deumier ; TPS 1999, comm. 362 ; Dr. soc. 1999. 795, note J. Duplat ; RTD civ. 2000. 200, note N. Molfessis.

⁵⁷⁵ Cass. soc., 15 janv. 1997, n°94-44.914, JurisData n°1997-000112 ; TPS 1997, comm. 86.

I- Une application à l'ensemble des salariés en cas d'accord collectif et d'engagement unilatéral

568. **Opposabilité à l'ensemble des salariés** – L'accord de fin de conflit qui revêt la nature d'accord collectif de travail s'applique aux salariés travaillant dans le champ d'application géographique de celui-ci. Par exemple, si l'accord de fin de conflit couvre l'entreprise, il s'appliquera à l'ensemble des salariés travaillant dans l'entreprise. Il en est de même pour la qualification d'engagement unilatéral : il oblige l'employeur qui est tenu de l'appliquer⁵⁷⁶ tant qu'il ne l'a pas régulièrement dénoncé.

II- Distinction relative à la qualification de contrat civil

569. **Opposabilité aux salariés grévistes** – L'accord de fin de conflit est opposable aux salariés grévistes car ces derniers ont été parties à l'accord. Les dispositions du protocole de fin de conflit s'imposent donc à eux. Une partie de la doctrine considère que les techniques du droit civil⁵⁷⁷ tels que le mandat (tacite) ou stipulation pour autrui permet d'appliquer aux grévistes l'accord conclu par un comité de grève, par exemple.

570. **Inopposabilité aux salariés non grévistes** – Lorsque l'accord de fin de conflit est qualifié de contrat de droit commun, il ne peut obliger que ceux qui l'ont conclu. Du fait de l'application du droit des obligations, l'article 1165 du code civil relatif à l'effet relatif des contrats s'applique : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.* »

Le futur article 1199, alinéa 1^{er}, du code civil, né de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.* » Dès lors, l'accord de fin de conflit ne peut obliger que les parties qui l'ont conclu. Les salariés non contractants à savoir les salariés non grévistes ne peuvent, théoriquement, pas être engagés par ses dispositions.

571. **Atténuations** – L'inopposabilité du protocole de fin de conflit est atténuée par deux éléments. D'une part, lorsqu'un protocole de fin de conflit prenant la forme d'un « contrat civil » offre des avantages aux salariés, il n'apparaît pas possible de créer une différence entre

⁵⁷⁶ Cass. soc., 2 déc. 1992, n°90-45.186, Bull. civ. V, n°579, RJS 3/1993, n°302.

⁵⁷⁷ M. Fabre-Magnan, « Accords de fin de conflit et droit des contrats » in *Droit et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs de travail*, L'Harmattan, p. 129 et s., n°21 et s.

les salariés grévistes qui bénéficieraient de ces nouveaux avantages « gagnés » et les salariés non grévistes qui n'en bénéficieraient sous prétexte qu'ils n'aient pas fait grève. Le principe de faveur, principe directeur du droit du travail, serait atteint. En outre, cette distinction serait une incitation à la grève pour les salariés non grévistes qui seraient au final lésés de leur non participation au conflit. D'autre part, la substitution à la qualification de contrat civil de celle d'engagement unilatéral permet aux salariés non grévistes de bénéficier des avantages négociés par les grévistes. Ainsi, il semble logique que le protocole de fin de conflit soit opposable à l'ensemble de la communauté de travail et non aux seuls salariés grévistes.

SECTION 2 – DES PRATIQUES ORIGINALES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS

572. L'inspecteur du travail peut tenter de régler les conflits collectifs de travail par le biais de la conciliation ou de la médiation (§1). L'entreprise peut également organiser en interne des processus de régler des conflits (§2).

§1- Les tentatives de règlement des conflits par l'inspecteur du travail

573. **Information de l'inspecteur du travail d'un conflit du travail** – L'article R. 2522-1 du code du travail dispose que « *tout conflit collectif de travail est immédiatement notifié par la partie la plus diligente au préfet de département, qui en liaison avec l'inspecteur du travail compétent, intervient en vue de rechercher une solution amiable.* » La partie la plus diligente doit, par conséquent, informer l'inspecteur du travail compétent qu'un conflit collectif a éclaté. L'inspecteur peut donc mettre en œuvre certaines mesures afin d'éviter ou d'éteindre le conflit. Les procédures légales de règlement des conflits, en particulier la conciliation, font intervenir les services de l'inspection du travail, notamment au travers de l'instauration de commissions de conciliation.

574. **Office de conciliation** – L'inspecteur du travail tire de l'article R. 8112-2 du code du travail un pouvoir de conciliation entre les parties à un conflit collectif : « *l'inspecteur du travail assure un rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits.* » En effet, les procédures légales de règlement des conflits collectifs sont des mécanismes lourds et peu utilisés. Par conséquent, l'inspecteur du travail peut intervenir en dehors de ces hypothèses. Il peut permettre de renouer le dialogue entre l'employeur et les salariés grévistes en cas de blocage du processus de négociation entre les parties soit à la demande des parties, soit de sa propre initiative si les parties y sont favorables. De manière générale, l'inspecteur du travail prend l'initiative d'intervenir dans l'entreprise concernée par le conflit collectif. Il se rend au sein de l'entreprise afin de collecter les renseignements utiles auprès des parties au conflit. Celles-ci manifestent leur accord à une tentative amiable de règlement du conflit avec l'aide de l'inspecteur. Il recueille les revendications et tente de déterminer les raisons des blocages qui ont mené au conflit. Cette démarche peut déboucher sur l'engagement d'une première réunion de négociation, sous l'égide de l'inspecteur du travail. Ce dernier participe alors à la réunion entre l'employeur et les salariés grévistes.

L'inspecteur du travail joue un rôle d'« arbitre » en veillant à la sérénité des débats et en tentant de concilier les positions des uns et des autres. Il informe également les parties sur les points de droit en débat. Dans l'hypothèse où les négociations, sous les auspices de l'inspecteur du travail, aboutissent à un accord pour régler le conflit et que celui-ci signe également l'accord avec les parties, cette signature n'aura pas de valeur légale particulière ou supplémentaire. Cependant, les salariés grévistes y voient souvent le gage d'un respect futur par l'employeur des engagements pris lors du règlement du conflit⁵⁷⁸.

575. Office de médiation – L'inspecteur du travail peut aussi intervenir en tant que médiateur. Il est nommé par le président du tribunal de grande instance saisi par l'une des parties. Il doit alors, encore davantage que pour une conciliation, tenir compte des spécificités du secteur et tout particulièrement de la relation des salariés au travail. Il a pour rôle de favoriser l'émergence d'un dialogue social d'égal à égal, sans prendre partie et d'élaborer d'un accord dans le respect du droit social en vigueur. Cependant, le plus souvent, la médiation de l'inspecteur du travail permet d'ajouter une phase de négociation complémentaire afin d'explorer les pistes d'accord afin d'éviter le recours à des mesures qui ne feraient qu'aviver le conflit.

576. Opposition de la législation française au droit international du travail – Le droit international du travail réglemente l'inspection du travail. La convention OIT n°81 du 11 juillet 1947⁵⁷⁹, ratifiée par la France le 16 décembre 1950, énonce plusieurs de principes relatifs à la façon de définir les domaines de la législation couverts par l'inspection du travail, les fonctions et l'organisation du système d'inspection, les critères de recrutement, le statut et les conditions de service des inspecteurs du travail ainsi que leurs pouvoirs et obligations. La convention est accompagnée d'une recommandation du même jour qui précise en son article 8 que « *les fonctions des inspecteurs du travail ne devraient pas comprendre la fonction d'agir en qualité de conciliateurs ou d'arbitres dans des différends du travail.* » Les fonctions de contrôle et les potentielles fonctions de conciliation de l'inspecteur du travail ne seraient pas compatibles. L'inspecteur ne pourrait à la fois contrôler l'entreprise au regard de la législation du travail et tenter une conciliation lors d'un conflit collectif. En effet, il paraît difficile, selon les textes internationaux, à l'inspecteur du travail d'être à la fois un contrôleur dans

⁵⁷⁸ F. Grégoire, *JCl Trav., Fasc. 10-22 : Inspection du travail. – Missions.*, n°5 et s.

⁵⁷⁹ Convention OIT n°81 sur l'inspection du travail, 11 juill. 1947, concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce.

l'entreprise visant à faire respecter la législation et à régler à l'amiable un conflit collectif de travail. Cependant, le droit français fait fi de cette recommandation internationale permettant à l'inspecteur du travail d'exercer des prérogatives concernant les règlements amiables des conflits collectifs de travail.

§2- La médiation en entreprise

577. *Un cadre atypique : au sein de l'entreprise* – L'entreprise peut être qualifiée, en droit du travail, de « *réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise*⁵⁸⁰. »

Plus globalement, l'entreprise est un lieu où des salariés exercent une activité sous la subordination de leur employeur en contrepartie d'une rémunération. C'est classiquement le lieu d'exercice de l'activité. L'entreprise est dotée de sa propre législation matérialisée par les accords collectifs d'entreprise et le règlement intérieur. Celle-ci permet de régler de façon pacifique les conflits de nature collective entre les différents protagonistes qui interviennent au sein de l'entreprise, notamment par le biais de la « médiation intra-entreprise » ou « en entreprise. » Cette dernière a pour vocation de régler les différents pouvant naître au sein d'une même société tels que le conflit entre le personnel et la direction ou les dissensions entre les salariés d'une même société⁵⁸¹. Des centres de médiation proposent des médiations intra-entreprise et en évoquent l'intérêt : « ***l'entreprise***, quelle que soit sa taille, son organisation, le nombre de ses salariés, est un lieu où les intérêts convergent, et divergent parfois, créant ainsi ***le terreau de conflits*** : conflits individuels entre deux salariés d'une même équipe, ***entre deux services***, entre un collaborateur et son supérieur hiérarchique, ***conflits collectifs portant sur l'organisation du travail, les rémunérations ...*** Ces conflits peuvent également conduire à des ***risques psycho sociaux*** (souffrance au travail, harcèlement, discriminations ...) venant déstabiliser les salariés et l'entreprise⁵⁸². »

578. *Une multiplicité de protagonistes au différend* – L'entreprise fait intervenir une multiplicité de protagonistes : les salariés ; les organisations syndicales et plus précisément les

⁵⁸⁰ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, PUF, v. entreprise.

⁵⁸¹ N. Mélin, *La médiation : points d'actualité*, Gaz. Pal., 12-13 août 2015, n°224-225.

⁵⁸² Site Internet du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) : <http://www.cmap.fr/notre-offre/la-mediation/la-mediation-intra-entreprise/>

délégués syndicaux, les représentants de section syndicale ; les instances de représentation du personnel, notamment le comité d'entreprise et les délégués du personnel ; l'employeur représenté par un président, un cadre ou encore un salarié doté d'une délégation de pouvoirs. Ces différents personnages de l'entreprise peuvent, à un moment donné, être en conflit. Ainsi, un différend peut naître entre l'employeur et le comité d'entreprise, ou entre l'employeur et les organisations syndicales. Il convient, cependant, d'affirmer que ces conflits peuvent aussi se produire sans que l'employeur en soit une des parties prenantes : les délégués du personnel peuvent être en conflit avec le comité d'entreprise, ou les délégués syndicaux avec le comité d'entreprise. Des moyens extra-légaux peuvent être mis en place de manière formelle ou informelle afin de régler ces différends qui font partie de la vie de l'entreprise.

579. *Le rôle prééminent du médiateur* – Les parties doivent s'accorder sur le choix du médiateur ou du moins s'accorder sur le choix d'un centre de médiation qui en désignera un. Outre les obligations traditionnelles du médiateur que sont la confidentialité, la transparence, l'indépendance et l'impartialité, le médiateur qui intervient dans l'enceinte de l'entreprise doit ménager les parties dans l'optique d'une restauration des liens entre elles. Néanmoins, il convient d'apporter une nuance à ces obligations lorsque le médiateur fait partie de l'entreprise. Le salarié-médiateur peut difficilement s'engager à une pleine confidentialité. De même les obligations de neutralité et d'impartialité peuvent s'avérer difficiles à remplir au regard de la position hiérarchique du médiateur-salarié. Ainsi, ce dernier doit être transparent et annoncer au début de la médiation qu'il pourra être amené à un moment déterminé à prendre position.

La médiation intra-entreprise a un double objectif : d'une part, régler le conflit et d'autre part, rétablir les relations, voire la confiance, entre les parties. Celles-ci seront amenées à retravailler ensemble. En outre, le médiateur a un travail plus minutieux dans le cadre d'une médiation en entreprise car il doit cerner et comprendre le fonctionnement de celle-ci, analyser le rôle de chaque organe, de chaque instance, connaître l'état des relations entre les parties et leur passé. Il s'agit alors d'un long travail de rechercher si le médiateur souhaite réellement régler le problème dans son ensemble. L'écoute est une des fonctions essentielles du médiateur, à cette occasion il peut utiliser certaines techniques utilisées dans le processus de droit collaboratif telles que l'écoute active et la reformulation. Il va alors assister et aider les parties afin de créer une solution inédite permettant aux parties de sauvegarder leurs intérêts respectifs.

580. **Utilisation de techniques** – Plusieurs techniques de médiation peuvent être utilisées afin de régler le conflit qui s'est installée dans l'entreprise. Ainsi, des médiateurs commencent par mettre à jour les représentations individuelles de chacun, concernant les sources du conflit ce qui permet une prise de distance car les conflits sont souvent « émotionnels. » La médiation doit aboutir à comprendre l'autre partie⁵⁸³.

La médiation intra-entreprise peut également être rapprochée de la « pyramide des besoins » ou de la « pyramide de Maslow » du nom du psychologue américain qui a théorisé les besoins des individus et ce qui se cachait derrière leurs motivations afin qu'ils se sentent épanouis. Cinq besoins sont énoncés : les besoins physiologiques ; le besoin de sécurité ; le besoin d'appartenance à savoir se sentir estimé ; le besoin d'estime c'est-à-dire avoir de l'estime de soi et se sentir utile ; le besoin de s'accomplir : créer et se développer⁵⁸⁴. Le médiateur doit alors comprendre et analyser à quel stade la partie qui se sent lésée a pu ressentir cette impression. Il doit également rechercher la véritable raison du conflit, décoder les paroles et les silences et communiquer avec avec les parties et faire communiquer les parties entre elles. Les instruments de la RSE (Responsabilité sociétale des entreprises) permettent également la mise en place de mécanismes de médiation conçu comme à la fois outil du dialogue social et outil de management en ce qu'il permet d'identifier, de prévenir et de gérer d'éventuelles difficultés tant internes qu'externes à l'entreprise. Les caractéristiques de la médiation comme outil de la RSE sont d'être préventive et corrective. L'entreprise peut faire appel à un médiateur professionnel, externe à l'entreprise, ou à un médiateur salarié de l'entreprise formé à la médiation. La médiation, en particulier dans les relations collectives de travail, participe à la préservation d'un climat social apaisé et favorable aux relations commerciales. Elle recrée à de la motivation au sein des équipes et optimise les relations humaines et sociales, elle concoure à l'amélioration de qualité de vie au travail.

Des entreprises américaines se sont dotées d'un « *Ombudsman* » qui a des fonctions de médiateur au sein de l'entreprise. Il s'agit généralement d'un cadre de haut niveau. Il est tenu à un devoir d'impartialité, voire de confidentialité. Il est chargé de régler les différends internes : entre les services, au sein d'une même équipe ou entre les équipes etc. Il enquête et propose des solutions aux parties aux conflits⁵⁸⁵.

⁵⁸³ B. Haubold, *La médiation, pour surmonter les conflits*, Cah. Lamy du CE, 2007. 60.

⁵⁸⁴ A. Maslow, *A Theory of Human Motivation (Une théorie de la motivation)*, 1943 ; *Motivation and Personality*, 1954 et 1970.

⁵⁸⁵ B. Krief, *Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux États-Unis*, JCP S, n°15. 1157.

581. *Illustration pratique* – Plusieurs types de conflits peuvent apparaître au sein de l'entreprise : le conflit évitement qui peut se caractériser par un affrontement à distance, les parties ne sont pas en conflit ouvert mais ne dialoguent plus ce qui peut aboutir à un désengagement des salariés ; le conflit affrontement qui peut se définir comme un affrontement et un déséquilibre des relations une des parties prenant l'ascendant sur l'autre ; le conflit confrontation / dialogue : les parties ne dialoguent plus mais cette absence de dialogue n'est pas définitive.

La pratique⁵⁸⁶ évoque des médiations intra-entreprise au cours desquels la recherche du différend originel est primordiale :

« Ainsi, à titre d'exemple, des membres d'un comité d'entreprise en conflit avec la direction lors d'un projet d'apport partiel d'actifs ont tout d'abord exprimé, à l'occasion d'une médiation, les raisons de leur différend en ces termes :

« La direction refuse de nous transmettre les informations indispensables à la compréhension de leur projet ». S'en est suivie une liste de documents réclamés par le comité.

Puis, peu après, l'avocat des représentants du personnel a déclaré : *« Au demeurant, ce que réclament mes clients, c'est le versement aux salariés d'une prime de transfert lors de cette cession. »*

Puis, finalement, il a reconnu que le problème de fond était le manque de considération du DRH à leur égard.

C'est donc autour de ce dernier point que la médiation a pu se développer et échafauder une issue à ce conflit.

La découverte de la source originale permet souvent de poser les bases de la résolution du conflit juridique.

Il est ainsi possible de différencier une rivalité liée au projet, un antagonisme issu des méthodes utilisées ou encore une rivalité mettant en jeu des valeurs ou encore le management. »

La médiation intra-entreprise est encore peu utilisée en France mais présente un double intérêt : d'une part, restaurer le dialogue et les liens entre les parties en conflit et d'autre part, améliorer la productivité des salariés. Il convient également de remarquer la présence au sein des entreprises de médiation « informelle » qui prennent la forme de négociation entre différents services avec comme médiateur un manager.

⁵⁸⁶ S. Niel, *Médiation*, Cah. du DRH, 2008. 141.

582. ***Le règlement d'un différend interne*** – Le règlement des différends dans l'enceinte de l'entreprise n'est pas nécessairement formalisé. Dans l'hypothèse d'un différend entre le comité d'entreprise et les organisations syndicales, la formalisation d'un accord ne paraît pas indispensable. En revanche, lorsqu'une médiation *ad hoc* intervient dans le cadre d'une grève, un accord semble essentiel. Celui-ci prendra la forme d'un accord de fin de conflit sous la qualification soit d'accord collectif, soit d'engagement unilatéral.

CONCLUSION GÉNÉRALE

583. **Plan** – Si les modes alternatifs de règlement des litiges présentent certains dangers pour le justiciable (I), ils présentent l'avantage d'éviter de tomber dans une « société contentieuse⁵⁸⁷ » (II).

I- Les dangers inhérents au développement des modes alternatifs de règlement des litiges

584. **Privation d'accès au juge** – Le principal reproche formulé à l'encontre des modes alternatifs de règlement des litiges est la privation, même temporaire, d'accès au juge. Outre cet accès au juge, ce sont les garanties inhérentes à la procédure judiciaire et au déroulement du procès qui manquent aux modes alternatifs de règlement des différends. C'est cette absence qui conduit une partie de la doctrine à être sceptique, voire à juger négativement les solutions amiables de règlement des conflits. Le justiciable devrait pouvoir être libre d'exprimer en justice des prétentions prises en considération par le droit, sans obstacle.

585. **Absence de justice** – La solution qui provient des modes alternatifs de règlement des différends est le plus souvent issue d'une négociation plus ou moins encadrée (à l'exception de l'arbitrage, mode alternatif dans lequel la solution est imposée). Or, la solution issue des MARC ne découle pas d'une règle préexistante mais d'une libre discussion, d'une libre négociation entre les parties. Un auteur⁵⁸⁸ met en exergue une opposition entre la justice et la satisfaction. Dans les modes alternatifs de règlement des conflits, la solution sera considérée comme juste si elle entraîne la satisfaction de toutes les parties au litige. L'idée de justice et d'énonciation d'une règle de droit par rapport à un fait est donc inexistante. L'auteur conclut en affirmant que l'idée de justice est dissoute dans celle de satisfaction. Dès lors, la justice serait écartée des MARC. Les deux concepts seraient apparemment opposés.

586. **Le salarié : partie faible au contrat de travail** – Le salarié est la partie faible au contrat de travail. S'il est fait exception des cadres supérieurs, les salariés ne négocient pas les clauses de leur contrat. Ce dernier est devenu un contrat d'adhésion. Durant toute la relation

⁵⁸⁷ L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, in Mélanges Gérard Cornu, PUF, 1995, p. 29.

⁵⁸⁸ F. G'ssell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

de travail, le salarié est sous la subordination de son employeur, il est donc dans un état d'infériorité par rapport à lui. Dès lors, le choix du salarié ne serait pas libre du fait de la subordination inhérente à la relation de travail. Par conséquent, le salarié n'est pas entièrement libre d'opter pour une solution amiable de règlement du conflit. De même, durant le processus alternatif choisi, il convient de s'interroger sur le consentement réel des parties lorsque l'alternative au contentieux aboutit à un accord entre les parties notamment en cas de clause insérée dans le contrat de travail, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire, de conciliation ou de médiation. La sincérité du consentement du salarié n'est pas garantie.

587. **Manque de légitimité du tiers** – Le tiers arbitre, médiateur ou conciliateur n'est pas considéré comme légitime par rapport au juge. Le tiers ne présente pas les garanties suffisantes et n'a pas nécessairement les connaissances, l'indépendance et les qualités pour pallier à l'absence du juge. Il convient de s'interroger également sur le caractère démocratique de l'évitement du juge, personnage « accrédité » par l'État et qui a pour mission « d'énoncer et de faire respecter les principes fondamentaux⁵⁸⁹. »

588. **Démocratie et modes alternatifs de règlement des litiges** – Les opposants aux MARC dénoncent la privation de la justice et du contentieux. La gratuité de la justice, la publicité des décisions de justice, l'égalité des justiciables, l'indépendance du juge, le procès équitable et le droit lui-même seraient atteints par le développement des solutions amiables et alternatives au contentieux. La résolution d'un litige ne serait pas synonyme de rendre la justice. La justice est une composante forte des prérogatives étatiques, les décisions de justice sont rendues au nom de l'État français, le conseil de prud'hommes, en raison de son caractère paritaire, est une institution légitime et démocratique.

589. **Préoccupations économiques** – Les modes alternatifs de règlement des conflits sont favorisés par le législateur pour des motifs d'ordre budgétaire et économique. Le souhait des pouvoirs publics est de limiter l'accès à la justice. En Europe, l'accès au droit et à la justice est de plus en plus limité en témoigne les cent cinq arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme rendus en 2011 et qui concernent le droit à un recours effectif. Des auteurs

⁵⁸⁹ F. G'ssell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

soutiennent que le citoyen justiciable est incité « à s'arranger rapidement et sans coût pour l'État. » Le législateur souhaitant éviter « la rencontre entre le justiciable et le juge⁵⁹⁰. »

II- Les modes alternatifs de règlement des litiges comme évitement d'une « société contentieuse »

590. *Une solution à l'encombrement de la justice étatique* – La France, comme nombre d'États, a connu une explosion du contentieux qui a conduit à un encombrement des juridictions et à un allongement des procédures. Les modes alternatifs de règlement des litiges présentent l'intérêt d'éviter le recours au juge et par conséquent, de permettre de désencombrer et de fluidifier les rôles des juridictions, notamment en matière sociale.

591. *Qualités des modes alternatifs de résolution des différends* – Dans la plupart des MARC, il revient aux parties de trouver la solution à leur différend. Les parties sont considérées comme « les meilleurs juges de leur propre intérêt⁵⁹¹. » Ce sont elles qui choisissent d'opter pour ces solutions amiables et par conséquent, vont devoir collaborer pour trouver une solution à leur conflit. En outre, ces solutions alternatives à la justice étatique permettent de gagner du temps : le conflit sera potentiellement réglé en quelques semaines tandis qu'une action en justice peut durer plusieurs années ; de contrôler le processus choisi : ce sont les parties qui décident de recourir aux MARC et définissent ensemble un calendrier, des obligations réciproques, etc. Ce sont elles qui s'attachent à garantir la confidentialité du différend qui ne sera pas révéler sous peine d'engager sa responsabilité civile, à maîtriser les coûts en termes de frais d'avocats, à faire appel à des professionnels compétents et experts réunissant plusieurs qualités telles que l'indépendance, l'impartialité, la neutralité et la disponibilité.

592. *Vers une justice post-moderne* – « La justice des MARC » constitue une nouvelle forme de justice plus libre et plus informelle. Ces modes conventionnels et privés ont pour caractéristiques d'être plus souples, plus rapides, plus proches des attentes des justiciables, plus experts et plus discrets. La « justice post-moderne » se caractérise par une justice sur-

⁵⁹⁰ M. Bénichou, *L'accès à la justice, un droit menacé*, Gaz. Pal. n°256, p. 9, n°191z3.

⁵⁹¹ F. G'ssell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010, p. 2450.

mesure au service des justiciables. Elle est une composante du processus actuel d'évitement du contentieux.

BIBLIOGRAPHIE

I/ Ouvrages généraux, manuels

Bénabent A.,

Droit des obligations, 14 éd., LGDJ.

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

Théorie générale du procès, 2^e éd., PUF.

Carbonnier J.,

Droit civil, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1^{ère} éd., 2004, spéc. vol. 2.

Cornu G. (Association Henri Capitant),

Vocabulaire juridique, PUF.

Fages B.,

Droit des obligations, 5^e éd., LGDJ.

Guinchard S., Montagnier G., Varinard A., Debard T.,

Institutions judiciaires, 12^e éd., « Précis », Dalloz, 2013.

Javillier J.-C.,

Droit du travail, LGDJ, 1996.

Jeammaud A.,

Conflit / Litige, Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF.

Rey A.,

Dictionnaire Historique de la langue française, Le Robert, 2010.

Teyssié B.,

Droit du travail – Relations collectives, Lexisnexis, 9^e éd.

II/ Ouvrages spéciaux, thèses

Adam P.,

Harcèlement moral, Répertoire de droit du travail, Dalloz.

Ambra (d') D.,

Chapitre 327 – Procédure participative assistée par avocat, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de S. Guinchard, 2014.

Bataille E.,

La procédure prud'homale : guide pratique, Sofiac, 2009.

Baylac-Martres P.,

Contributions des modes alternatifs et plus particulièrement de la médiation à l'évolution du règlement des conflits, Thèse, Univ. de Paris II Panthéon-Assas, 2002.

Bernheim-Van de Castele L.,

Les principes fondamentaux de l'arbitrage, Thèse, dir. et préf. T. Clay, n°352, Bruylant.

Boisséon (de) M.,

« La nouvelle convention d'arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso Éditions.

Boursier M.-E.,

Le principe de loyauté en droit processuel, préf. S. Guinchard, Dalloz 2003.

Canut F.,

L'ordre public en droit du travail, LGDJ, 2004.

Clay T.,

L'arbitre, Dall., Thèses, 2001.

Ehrlich E.,

Fondements de la sociologie du droit, 1913.

Fabre-Magnan M.,

« Accords de fin de conflit et droit des contrats » in *Droit et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs de travail*, L'Harmattan, p. 129 et s.

Fauvarque-Cosson B.,

Libre disposition des droits et conflit de lois, préface de Y. Lequette, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 272, 1996.

Fricero N., Butruille-Cardew C., Benraïs L., Gorchs-Gelzer B., Payan G.,

Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), Dalloz, 2^e éd., 2016-2017.

Fontmichel (de) M.,

Le faible et l'arbitrage, Economica, 2013.

Fouchard P., Gaillard E. et Goldman B.,

Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996.

Foulon M., Strickler Y.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1000 : Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. – Médiation.

Garsonnet E. et Cézard-Bru C.,

Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Sirey, 1912, t. VIII.

Glasson E.-D., Tissier A., Morel R.,

Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Sirey, 1936, t. V..

Guillaume-Hofnung M.,

La médiation, coll. Que sais-je ?, PUF, 7 éd., 2015.

Grégoire F.,

JCl Trav., Fasc. 10-22 : Inspection du travail. – Missions.

Hauser J., Lemouland J.-J.,

Ordre public et bonnes mœurs, Répertoire de droit civil.

Jarrosson C.,

La notion d'arbitrage, thèse LGDJ 1987, préf. B. Oppetit.

Laraby M.-A.,

Art et technique de la médiation de Bourry d'Antin M. , Puyette G. et Bensimon S.
Litec, 2004.

Loquin E.,

Arbitrabilité et protection des parties faibles, Travaux du comité français de droit international privé, Pedone, 2004-2006.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1005 : Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et Inconvénients.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1015 : Arbitrage. – L'arbitre. – Conditions d'exercice. – Statut.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1020 : Arbitrage. – Compromis et Clause compromissoire.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1036 : Arbitrage. – Instance arbitral. – Procédure devant les arbitre.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1038 : Arbitrage. – Instance arbitrale. – Arbitrage de droit et amiable composition. – Statut.

Loquin E.,

JCl. Pr. Civ., Fasc. 1042 : Arbitrage. – Sentence arbitrale.

Loquin E.,

« L'arbitrage du droit de la consommation », in F. Osman (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation, Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, R. I. D. C., Vol. 51, n°3, 1999.

Michel H., Willemez L.,

« Introduction », *Les prud'hommes*, sous la dir. de H. Michel et L. Willemez, éd. du Croquant, 2008.

Moreau B., Beregoi A., Descours-Karmitz E., Mallet P.-E., Leleu A.,

Arbitrage en droit interne, Répertoire de procédure.

H. Motulsky H.,

Écrits, t. II, p. 10 v. H. Motulsky, *L'arbitrage et les conflits du travail*, Rev. arb., 1956. 78 reproduit in *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*.

Mouthier M.,

Guide et pratique de la conciliation et de la médiation, éd. De Vecchi, 2003.

Radulesco P.,

Les solutions pacifiques internationales – La médiation et l'arbitrage, 1922.

Sinay H. et Javillier J.-C.,

La grève, Dalloz, 1966.

Teyssié B.,

JCl Trav., Fasc. 70-50 : Conflits collectifs. – Procédures de règlement.

Tricoit J.-P.,

La médiation dans les relations de travail, préf. B. Bossu, LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit social, 2008.

Villebrun J. et Quetant G.-P.,

Traité de la juridiction prud'homale, 3 éd., 1998.

III/ Articles, notes, actes de colloques

Auvergnon P.,

L'intervention médiatrice de l'administration du travail dans les conflits collectifs, Dr. Ouvr. 2003. 501.

Bachand F.,

Le mythe du caractère fondamentalement inéquitable des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation : observations critiques sur l'article 11.1 de la Loi sur la protection du consommateur, 1973, in *Le droit de la consommation sous influences* (Cowansville : Éd. Yvon Blais, 2007), p. 163 (sous la dir. de P.-C. Lafond).

Bachy J.-P.,

Évolution et modes de règlement des grèves en France, Dr. soc. 1976. 102 ;

Bandler B.,

La médiation et la justice prud'homale : une association nécessaire, Gaz. Pal., 2015, n°186 à 188.

Beckers M.,

Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 128.

Belot A., Bouchet C.,

Les clauses de conciliation dans les contrats de travail – La chambre sociale, une chambre peu conciliante, Cah. soc., 01 mars 2013, n°250, p. 69.

Bénichou M.,

L'accès à la justice, un droit menacé, Gaz. Pal. n°256, p. 9, n°191z3.

Boittelle-Coussau M.,

Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?, Gaz. Pal., 12-13 juin 2015, p. 9, n°163-164.

Blohom-Brenneur B.,

La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail, Gaz. Pal., 1998.

Blohorn-Brenneur B.,

La médiation prud'homale, Dr. soc., 2009, p. 1227.

Boulmier D.,

Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune », Dr. Social n°5, mai 2015, p. 430.

Boulmier D.,

« Médiation et Conseil de prud'hommes : quels risques », in *Le conseil de prud'hommes au présent, Le conseil autrement*, actes du colloque 8 oct. 2002, université Nancy 2, Com, 100 p., spéc. p. 89, § 20 & 21.

Boussard-Verrecchia E.,

« Sur les prud'hommes, le projet Macron est à côté de la plaque », Dalloz Actualités, 21 janv. 2015.

Brenneur B.,

« La pratique grenobloise », *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire – Débats*, SSL 2002, 1100, Suppl.

Butruille-Cardew C.,

La place du droit collaboratif dans les MARC, RLDC, 2011.

Butruille-Cardew C.,

Le droit de la famille collaboratif, AJ fam., 2007, 28.

Butruille-Cardew C., Tesler P.H.,

« Les modes amiables de règlement des litiges en matière familiale », Conférence IDPF, Maison du Barreau, oct. 2006.

Cadiet L.,

Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, R.LR., n°28, 2011.

Cadiet L.,

Le spectre de la société contentieuse, in *Mélanges Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 29.

Canivet G.,

Le juge et la recherche de la solution du conflit, SSL, suppl. n°1100, 2002, Actes du colloque de Valence (2002).

Carbonneau T.E.,

Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences, Revue de droit international comparé, 1884.

Chauchard J.-P.,

Les accords de fin de conflit, Dr. soc. 1982. 678.

Clay T.,

L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?, Dr. Soc., 2010, p. 930.

Clay T.,

D. 2008 pan., p. 3119.

Clément-Cuzin P.,

« Quelle place pour l'avocat ? », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

Colens M.,

Table ronde : La médiation dans les litiges relatifs aux relations de travail, *Justices* n°35, déc. 2012, p. 6.

Constantin A.,

RTD Com., 2012, p.351, note sous Cass. soc., 5 déc. 2012, n°11-20.004.

Cornu G.,

Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse, RID comp. n°2, avr.-juin 1997, p. 315 ;

Cressent A., Pical T., Rein-Lescastereyres I., Robbe-Phan C.,

Fiche pratique : le droit collaboratif de A à Z, Du praticien débutant au praticien expérimenté, AJ fam., 2010, p. 260.

Cuperlier O.,

Quel avenir pour la médiation conventionnelle en matière sociale ?, JCP G., 2013. 272.

Dedessus-Le-Moustier N.,

Exclusion du recours à l'arbitrage en matière prud'homale, JCP 2011, n°51, p. 2518,
Observations sous Cass. soc., 5 déc. 2012, n°11-20.004.

Ditchev A.,

Le contrat d'arbitrage, Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer,
Rev. arb. 1981, p. 395.

Fages B.,

La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière, Rev. arb.
2000, p. 5.

Felstiner W. L.F., Abel R. L., Sarat A.,

L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer, Politix,
1991, Vol. 4, n°16, pp. 41-54.

Flament L.,

La médiation en matière prud'homale, JCP S., 2010, 1326.

Flichy H.,

L'arbitre offre une procédure sur-mesure, dans un légal bien précis, JCP S 2014,
1349.

Flichy H.,

Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable, 40^e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, p. 134.

Flichy H.,

Tribune – L'arbitrage, une nouvelle voie de résolution des litiges en droit du travail,
FRS 1/16 inf. 1 p. 2.

Fouchard P.,

La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb., 2001, n°29, p. 415.

François G.,

L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuses insérées dans le contrat de travail, JCP S, n°6, 2013.1075.

Fricero N.,

Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société, JCP G., n°28, 9 juill. 2008, 1162.

Fricero N.,

Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative, RLDC, 2011.

Frouin J.-Y.,

L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail, Chron., RJS 3/96 p. 144, n°38.

Gélinas F.,

« Arbitration and the Challenge of Globalization », *Journal of International Arbitration*, Issue 4, pp. 117–122, 2000.

Guiomard F.,

Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ?, RDT 2015 p. 628.

Guyot H.,

L'employeur face au harcèlement moral, JCP S., 2011, 1280.

Guyot H.,

Le rôle de l'avocat dans les conflits collectifs, JCP S, 2011. 1498.

G'ssell-Macrez F.,

Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », D. 2010, p. 2450.

Hammelrath C.,

La médiation en droit du travail : une solution durable, JSL 2001, n°302.

Hamoudi K.,

Brèves observations sur le bureau de conciliation et d'orientation – Regard d'un avocat « pro-salarié » in *Les mutations de la juridiction prud'homale*, sous la dir. de D. Baugard, in Cah. Soc., déc. 2015, n°280, p. 660.

Haubold B.,

La médiation, pour surmonter les conflits, Cah. Lamy du CE, 2007. 60.

Hébraud P.,

« Domaine de l'arbitrage et de la clause compromissoire, Matières civiles ; actes mixtes et contrat de travail », obs. sous Cass., soc., 7 févr. 1958, RTD civ. 1958.663, spéc. p. 664.

Helfre H.,

Conseil de prud'hommes : pour en finir avec le Moyen-Âge, Gaz. Pal., 23 oct. 1999, p. 1550.

Henry M.,

La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive, Cah. arbitrage, 2015-2, 313.

Holleaux B.,

Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge (Première partie), SSL 2012, 1538.

Holleaux B.,

La médiation à la cour d'appel de Paris, SSL 2016, 1706.

Hubin J.,

« La médiation dans les conflits du travail en Belgique » - *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire – Table ronde : la médiation en Europe*, SSL 2002, 1100, Suppl.

Jallamion C.,

Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gazette du Palais, 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

Jarrosson C.,

L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage, Procédures n°3, mars 2012.

Jarrosson C.,

L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. arb. 1989, p. 573.

Jarrosson C.,

L'arbitrabilité, présentation méthodologique, RJ Com., 1996.1.

Jarrosson C.,

Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, Revue internationale de droit comparé, 1997, p. 325.

Jarrosson C.,

La médiation et la conciliation : essai de présentation, Dossier Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit, Droit et Patrimoine, 1999.

Jarrosson C.,

« Médiation et conciliation : définition et statut juridique », Gaz. Pal., 1996.2. Doctr. 951.

Jarrosson C.,

« Le médiateur : questions fondamentales », in Centre français de droit comparé/Centre français du commerce extérieur, *Les médiateurs en France et à l'étranger*, 2001, p. 18.

Jeammaud A.,

Les contentieux des conflits du travail, Dr. Social, 1988, p. 689.

Kitamura I.,

L'avenir de la justice conciliationnelle, Mél. Terré, Dalloz, éd. Techniques, PUF, 1999, p. 819.

Kramer H. S.,

Alternative Dispute Resolution in the Work Place, 1998.

Krief B.,

Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux États-Unis, JCP S, n°15. 1157.

Lagarde X.,

Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. arb., n°3, juill.-sept. 2001, p. 436.

Lalonde L.,

La médiation, une approche « internormative » des différends ? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald, R.D.U.S, 2002-03.

Laurent-Merle I.,

À propos du harcèlement sexuel dans les États membres de l'Union européenne, D. 2001, p. 3058, spéc. p. 3064, note n° 56.

Legault G.,

La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit, R.D.U.S., 2002-03.

Lewald H.,

Règles générales du conflit de lois, RCADI, 1929, IV, p. 566.

Loquin E.,

À la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial international, Cah. arbitrage 2008, n° 2, p. 5 à 20.

Loquin E.,

L'inapplicabilité du principe compétence-compétence en matière prud'homale, RTD Com. 2012, p. 528 ; RJS 2012, n° 181, note sous Cass. soc., 30 novembre 2011, n°11-12.905 et n°11-12.906.

Loquin E.,

La dualité des fonctions de l'obligation de révélation, Mél. P. Merle, D. 2013, p. 437.

Massey, Jr. Robert V.,

History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States, 2005.

Mazeaud A.,

Dr. soc., 2002, p. 323.

Mélin N.,

La médiation : points d'actualité, Gaz. Pal., 12-13 août 2015, n°224-225.

Moffit M., Bordone R.,

The Handbook of Dispute resolution, Harvard Law School, Jossey-Bass, 1^{ère} éd., 2005, p. 21.

Moreau M.,

La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation, Dr. soc. 1995, p. 359 et s.

Moreau M.,

Les règlements de fin de conflit, Dr. soc., 2001. 139.

Narritsens A.,

Conciliation et arbitrage dans les conflits collectifs du travail : leçons syndicales des expériences françaises (approche historique), Dr. Ouvr., 1988, p. 409.

Nélisse C.,

Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique, R.D.U.S., 1992, p. 269.

Niel S.,

Médiation, Cah. du DRH, 2008. 141.

Noussia K.,

Confidentiality in International Commercial Arbitration, 2010.

Perrot R.,

La réforme du droit de l'arbitrage, Rev. arb. 1980, p. 644.

Peulvé C.,

Ces MARL venus d'ailleurs ... : droit collaboratif et mécanismes voisins, Gaz. Pal., 01 juin 2010, n°152, p. 10.

Pigache C.,

La clause de conciliation préalable à la saisine du juge, Actes de colloque, Actualité des modes alternatifs de règlement des conflits, sous la prés. de G. Augendre, Gaz. Pal., 12-13 août 2015, n°224-225.

Poivey-Leclerc H.,

« La convention de procédure participative, un pacte de non-agression à durée déterminée », JCP 2011, Actu. 70.

Poli C.,

Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation, Perspectives réflexions croisées, RLDC, 2011.

Pollet D.,

Principe de contradiction et médiation, Gaz. Pal. 2-3 juin 1999. 3.

Puylagarde M.,

En questions : la procédure prud'homale et la médiation après la loi Macron, JCP S, n°7, 23 février 2016, n°82.

Quétant G.-P.,

L'entreprise, le harcèlement et la médiation, Les Cah. du DRH, 2002, n°63-64.

Radé C.,

L'ordre public social et la renonciation du salarié, Dr. soc., 2002, p. 931, n°2 ; étude CNRS-ISH-Université Lumière-Lyon II – J.-P. Bonafé-Schmitt & J.-C. Robert, avr. 2001, Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice.

Rivier M.-C.,

« Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *Justices*, 1997.

Robine E.,

Le choix des arbitres, Rev. arb., 1990, p. 315.

Roy A. et Soetemondt G.,

Réforme de l'organisation des conseils de prud'hommes : l'avis de deux conseillers prud'homaux in *Les mutations de la juridiction prud'homale*, sous la dir. D. Baugard, in Cah. Soc., décembre 2015, n°280, p. 660.

Schneebalg A.,

« Le rôle de l'avocat », *Un exemple de médiation judiciaire*, SSL 2002, 1100, Suppl.

Train F.-X.,

L'arbitre, prestataire de service juridictionnel, Revue Lamy de droit civil, 2006, n°26, 01/04/2006.

Touzard H.,

Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail, Dr. soc. 1977. 87.

Vivier J.-L.,

La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation, LPA 25 nov. 1996, p. 12.

Zahirka H.-J.,

Labour Legislation and Arbitration Project : Mediation in Labour Relations : What can be learned from the north American and EU example ?

IV/ Rapports, travaux parlementaires, sources Internet, articles de presse

Barthélémy J. et Cette G.,

Rapport Refonder le droit social – Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, Doc. fr., 2011, p. 125.

Bissuel B.,

Des avocats font concurrence aux prud'hommes, Le Monde Économie, 19.05.2015.

Coulon J.-M., Teiller M.-N. et Serrand E.,

Réflexion et propositions sur la procédure civile : Rapport au ministre de la justice, 1997.

Gremetz M.,

Rapp. Comm. Aff. Soc. AN, n°3385, p. 83.

Lacabarats A.,

Rapport sur *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, 2014.

Marshall D.,

Rapport sur *Les juridictions du XXIe siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, sous la présidence de D. Marshall, décembre 2013, proposition 11.1, pp. 50-51.

Macron E.,

Discussion de l'amendement n° 483 au projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Sénat, JO Sénat, 6 mai 2015, p. 404.

Prugnon L.,

Archives parlementaires, tome XVI, p. 739.

Robillard D.,

Rapporteur thématique, JO AN, 3^e séance, 14 févr. 2015, p. 1728.

Rivière-Mariette S., Mollard-Courtau C.,

Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?, Site Internet du Village de la justice, 25 sept. 2013.

Rapport n°267, Sénat, A. Rabineau, Seconde session extraordinaire 1981-1982, annexe au procès-verbal du 14 avr. 1982, p. 10.

Rapport n°237, Sénat, A. Rabineau, Seconde session extraordinaire 1981-1982, rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 5 févr. 1982 et enregistré à la Présidence du Sénat le 26 mars 1982, pp. 26-27.

Rapport de l'Employment Tribunal System

Rapport de l'ACAS pour la période 2002-2003.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de 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.

Rapport du Conseil supérieur de la prud'homie, mai 2011, p. 772.

Rapport sur la commission sur la répartition des contentieux entre les juridictions civiles et sur la déjudiciarisation.

Rapp. AN, n°2622 déposé le 10 juin 2010 et fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°1451), adoptée par le Sénat, relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées

JO. Déb., AN, 28 janv. 1982 p. 582 et 14 avr. 1982, p. 1054 ; JO. Déb., Sénat, 7 avr. 1982, p. 934.

Site Internet du Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada (PAVAC) : <http://www.camvap.ca/fr/darbitrage/convention-darbitrage/#29>

Site Internet de l'ACAS : www.acas.org.uk

Site Internet de l'ACAS : <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=2006>

Site Internet du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) : <http://www.cmap.fr/notre-offre/la-mediation/la-mediation-intra-entreprise/>

Site Internet de l'Association Française des Praticiens du Droit Collaboratif, *Le droit collaboratif, Qu'est-ce que c'est ?*

Site Internet de l'Association Française des Praticiens du droit collaboratif.

V/ Autres ouvrages

Arnaud A. J.,

« Du lien tribunal dans le village planétaire, in *La quête anthropologique du droit*, C. Eberhard et G. Vernicos (dir.), Karthala, 2006, p. 27.

Balzac (de) H.,

Le colonel Chabert, 1832.

Balzac (de) H.,

Illusions perdues, 1843.

Épictète,

Pensées, 3, 32.

Fisher R., Ury W. L., Patton B.,

Comment réussir une négociation, Seuil, 2008 – trad. de *Getting to yes*, Penguin Books, 1981.

Habermas J.,

Théorie de l'agir communicationnel, 1981.

Habermas J.,

Morale et communication, 1983.

Maslow A.,

A Theory of Human Motivation (Une théorie de la motivation), 1943 ;

Maslow A.,

Motivation and Personality, 1954 et 1970.

Rivière-Mariette S., Mollard-Courtau C.,

Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?, Site Internet du Village de la justice, 25 sept. 2013.

Rogers C. R.,

Le développement de la personne, Dunod, 2005.

Rogers C. R., Kinget G. M.,

Psychothérapie et relations humaines, vol. II, 4^e éd., Montréal, Institut de recherches psychologiques et sociales, 1969.

Saint Matthieu

Évangile de Jésus Christ selon Saint Matthieu (18, 15-20).

Saint Paul,

Épître aux Corinthiens, 1. 6,4 ; 6,5 ; 6.6.

Stimec A.,

La négociation, Dunod, 2005, p. 10

La Philosophie de A à Z, Hatier.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros indiqués renvoient au numéro de paragraphes.

A

ACAS 58
Accès au juge 137, 138, 162, 388, 584
Accord de fin de conflit 537 et s.
Alternatif 8
Alternative dispute resolution 16
Antiquité 39 et s.
Arbitrage (conflits collectifs)
 Arbitrage conventionnel 509
 Arbitrage légal 491
Arbitrage (conflits individuels) 31, 235
Arbitre 272, 276 et s.
Avis 523
Avocat 113, 221, 360 et s., 405, 412

B

Bible 35 et s.
Bureau de conciliation et d'orientation
69, 83 et s.
Bureau de jugement 116

C

Catégorie juridique 25 et s., 30.
Célérité 71, 273, 280, 298
Clause compromissoire 252 et s., 510
Commission de conciliation 464 et s.
Commission d'interprétation et de conciliation 516 et s.,
Communication 60
Compromis d'arbitrage 249 et s.

Conciliateur 104 et s., 125
Conciliation (conflits collectifs) 460 et s.
Conciliation (conflits individuels) 92 et s.
 Conciliation conventionnelle 122 et s.,
137
 Conciliation judiciaire 67, 96 et s.
Conflit 12
Conflit collectif 455
Confidentialité 176, 212, 280, 299, 382,
386, 404, 439
Conseil de prud'hommes 104, 105 et s.
Consentement 266
Contradictoire 287
Contrat de médiation 228 et s.
Convention d'arbitrage 260 et s.
Cour supérieure d'arbitrage 497 et s.
Coût 183, 306, 381

D

Défenseur des droits 164 et s.
Définition (des MARC) 32
Délai raisonnable 70 et s.
Démocratie 588
Désistement 118
Différend 13
Discrimination 164 et s.
Dispense de conciliation préalable 68,
335, 336
Disponibilité des droits 242, 243, 247,
333

E

Échange 61

Expert 277, 306, 344, 347, 362 et s., 391, 395, 396, 412, 419, 487, 521, 591

Exequatur 295

F

Force obligatoire 120, 132, 134, 140, 142, 143, 148, 186

H

Harcèlement moral 159 et s.

Histoire 34 et s.

Homologation 133, 134, 190, 368 et s., 431

I

Immunité 279

Impartialité 77, 211, 278

Indépendance 211, 277

Inopposabilité 252 et s., 310

Inspecteur du travail 573

Institution d'arbitrage 273, 319

J

Judge hosted settlement conference 57

L

Litige 11

Littérature 52

M

MARC, MARD, MARL (concepts) 19 et s.

Med-arb 57

Méiateur (conflits collectifs) 482 et s., 579

Méiateur (conflits individuels) 203

Médiation (conflits collectifs) 478 et s.

Médiation (conflits individuels) 150

Médiation conventionnelle 169

Médiation judiciaire 195

Médiation en entreprise 577

Méthode 4

Mini-trial 57

Mode 3

Moyen 7

N

Napoléon 50

Neutralité 211

NLRA 55

O

Objet 269

Obligation d'information 315

Ombudsman 57, 580

Ordre public 100, 169, 241, 243, 251, 527

Origine 33

P

Paix 63

Partie faible 185 ; 586

Peer review panel 57

Préliminaire de conciliation 92 et s.

Principes directeurs (du procès) 283

Procédure 6

Procédure *ad hoc* d'interprétation 512 et s.

Procès équitable 57, 84, 273, 287, 302, 317, 386, 588

Procès-verbal de conciliation 120

Processus 5

R

Rapidité 181, 298

Recommandation 488

Règlement 9

Rémunération 196, 218 et s., 347, 362, 418, 543

Renaissance 44 et s.

Résolution 9

Révélation 277, 280, 304, 363, 376, 386

Révolution 47 et s.

S

Sentence 275, 289 et s., 495 et s.

Souplesse 182, 592

T

Taux d'appel 75, 76

Traitement 9

Tribu 42

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
I- Recherche d'une définition des modes alternatifs de règlement des litiges	9
A- Étymologie des « modes alternatifs de règlement des litiges ».....	9
B- Qualification des modes alternatifs.....	13
1- Une distinction doctrinale.....	13
2- Une distinction peu pertinente ?	15
C- Une pluralité de modes alternatifs de règlement des litiges.....	17
1- Des notions différentes	17
2- Une finalité commune.....	18
II- Recherche des origines des modes alternatifs de règlement de litiges	20
A- Approche historique	20
1- Des procédés anciens	20
2- Les solutions négociées au XVIIe et XVIIIe siècles : entre incitation et méfiance 26	
3- Le renouveau des modes alternatifs de règlement des litiges : l'influence anglo- saxonne au XXe siècle	30
B- Approche philosophique	36
III- Recherche des causes des dysfonctionnements de la justice du travail.....	39
A- Les défaillances de la justice du travail.....	39
1- L'inefficacité de la phase de conciliation	39
2- L'allongement des délais : le non-respect du délai raisonnable	40
3- Un taux d'appel élevé	42
4- L'impartialité des juges prud'hommes en question	43
5- Un manque de clarté et de visibilité pour les justiciables.....	45
B- La loi du 6 août 2015 : avancée ou manque d'audace ?.....	46

TITRE IER : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL50

CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES CLASSIQUES DE RÈGLEMENT DES LITIGES..... 50

SECTION 1 – LA CONCILIATION..... 50

Sous-section 1- La conciliation judiciaire dans le cadre du contentieux prud'homal ... 53

§1- Le préliminaire de conciliation : spécificité des relations individuelles de travail 53

I- Le préliminaire de conciliation comme « phase de démarrage de l'instance prud'homale » 54

II- Le caractère obligatoire du préliminaire de conciliation en matière prud'homale 54

§2- Les acteurs..... 55

I- Les conseillers « conciliateurs »..... 55

A- Composition 55

B- Rôle..... 56

C- Pouvoirs..... 56

II- Les parties à l'instance 58

A- Comparution..... 58

B- Assistance 59

§3- Les issues de la phase de conciliation devant le conseil de prud'hommes 60

I- Échec de la conciliation devant le conseil de prud'hommes 60

II- Conciliation devant le conseil de prud'hommes 61

§4- La remise en cause du bureau de conciliation..... 62

Sous-section 2- La conciliation conventionnelle 62

§1- La configuration de la conciliation contractuelle 63

I- Une conciliation née de la pratique 63

II- Diversité de conciliateurs 64

III- Devoirs 65

IV- Rôle	65
V- Méthodes de conciliation	65
VI- L'accord issu de la conciliation.....	66
§2- La difficile émergence de la conciliation contractuelle en matière prud'homale	67
I- La conciliation conventionnelle à l'épreuve de la jurisprudence sociale	67
A- Le principe posé par l'arrêt de chambre mixte du 14 février 2003	68
B- Une exclusion regrettable par l'arrêt de la chambre sociale du 5 décembre 2012.....	69
C- L'arrêt de chambre mixte du 12 décembre 2014	72
II- Une évolution avec la loi du 6 août 2015.....	72
SECTION 2 – LA MÉDIATION	75
Sous-section 1 – Les particularismes de la médiation en droit du travail.....	77
§1- Les médiations spéciales	77
I- La médiation en matière de harcèlement moral.....	78
II- La médiation en matière de discrimination	81
§2- La médiation conventionnelle face à l'ordre public social	83
§3- La loi du 6 août 2015 : une volonté de généraliser la médiation conventionnelle	84
Sous-section 2- Les enjeux de la médiation en matière sociale.....	85
§1- Avantages de la médiation	85
I- Confidentialité	86
II- « Responsabiliser » et rapprocher les partenaires	86
III- Dépasser le droit pour trouver une solution au différend.....	88
IV- Éviter les contraintes judiciaires en cas de médiation conventionnelle	88
§2- Contestation de la médiation.....	89
§3- Regard comparatiste sur la médiation : le cas belge	91
Sous-section 3- Le déroulement de la médiation.....	92
§1- Les acteurs.....	93

I-	Le juge.....	93
A-	Le rôle du juge en matière de médiation judiciaire.....	93
B-	Le rôle du juge en matière de médiation conventionnelle.....	95
II-	Les partenaires.....	96
III-	Le médiateur.....	97
A-	Désignation du médiateur.....	97
1-	Désignation en matière conventionnelle.....	97
2-	Désignation en matière judiciaire.....	98
B-	Qualités du médiateur : conditions requises.....	98
C-	Obligations du médiateur.....	100
D-	Missions du médiateur.....	103
E-	Rémunération du médiateur.....	103
1-	Rémunération en matière de médiation judiciaire.....	104
2-	Rémunération en matière de médiation conventionnelle.....	105
IV-	L'avocat.....	106
A-	Avant la médiation.....	106
B-	Pendant la médiation.....	106
C-	Après la médiation.....	107
§2-	Le processus de médiation.....	108
I-	Le contrat de médiation.....	108
II-	Le protocole d'accord.....	109
	SECTION 3 – L'ARBITRAGE.....	111
	Sous-section 1 – Le droit de l'arbitrage en matière sociale.....	112
§1 –	Le recours à l'arbitrage.....	112
I-	L'arbitrage en droit du travail.....	113
II-	Validité du compromis d'arbitrage.....	119
III-	Inopposabilité de la clause compromissoire.....	120

§2- Le déroulement de la procédure d'arbitrage	124
I- La convention d'arbitrage comme outil de règlement du procès arbitral.....	124
A- Matérialisation de la convention d'arbitrage.....	124
B- Contenu de la convention d'arbitrage.....	126
1- Contenu obligatoire.....	126
2- Contenu facultatif	128
C- L'arbitre.....	133
D- Principes directeurs du procès applicables à l'arbitrage	139
II- La sentence.....	142
A- La sentence arbitrale.....	142
B- Exécution de la sentence.....	144
Sous-section 2- Les enjeux de l'arbitrage en matière sociale	145
§1- Avantages de l'arbitrage en matière sociale.....	145
I- Rapidité.....	145
II- Confidentialité.....	146
III- Un temps accru consacré au dossier.....	146
IV- Flexibilité du processus.....	147
V- Garantie d'un procès équitable.....	147
§2- Contestation de l'arbitrage en matière sociale	147
I- Le risque de partialité des arbitres.....	148
II- Le principe de gratuité de la justice écarté.....	149
III- Un manque de compétence juridique des arbitres.....	149
IV- L'absence de force exécutoire de la sentence	149
§3- « Sécurisation » de l'arbitrage en matière sociale.....	150
I- Conditions de validité tenant à la forme de la convention d'arbitrage.....	151
II- Conditions de validité tenant au contenu de la convention d'arbitrage	152
§4- Le recours à l'arbitrage en matière sociale en droit comparé	153

CHAPITRE 2 – LES TECHNIQUES INNOVANTES DE RÈGLEMENT DES LITIGES..... 157

SECTION 1 – UN PROCESSUS LÉGAL : LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE
..... 157

Sous-section 1 – L’esprit de la procédure participative..... 157

§1- Un projet issu de la commission Guinchard..... 157

§2- Une consécration législative excluant le droit du travail : la loi du 22 décembre 2010 158

§3- L’intégration du droit du travail à la procédure participative : la loi du 6 août 2015 160

Sous-section 2- Les caractéristiques de la procédure participative 161

§1- La convention de procédure participative 162

I- Forme de la convention de procédure participative..... 162

II- Effets de la convention de procédure participative 164

§2- Les caractéristiques de la procédure participative..... 165

I- Les particularités de la procédure participative 166

A- Une volonté de « participer » à la négociation de la part des parties 166

B- Objectif : trouver des points d’accord 166

II- Des modalités différentes des autres modes alternatifs de règlement des litiges¹⁶⁷

A- La négociation est-elle un mode alternatif de règlement des litiges ?..... 167

B- Spécificités de la procédure participative 167

1- L’application des principes fondamentaux du droit processuel..... 167

2- L’absence d’intervention d’un tiers médiateur ou conciliateur 168

III- L’assistance obligatoire d’un avocat comme garantie indispensable..... 168

IV- Le possible recours à un technicien..... 169

§3- L’issue de la procédure participative : la procédure à fin de jugement..... 171

I- L’homologation de l’accord 171

II- La procédure de jugement du différend persistant 173

A- Procédure de jugement du différend persistant	173
B- Procédure de jugement de l'entier différend	174
Sous-section 3- L'appréciation de la procédure participative.....	175
§1- Défense de la procédure participative	176
I- Réduction des coûts et des délais	176
II- Confidentialité.....	176
III- Organisation d'une procédure de négociation.....	177
IV- Une libre discussion porteuse d'une solution.....	177
§2- La contestation de la procédure participative.....	178
I- Une confidentialité limitée	178
II- Encadrement excessif.....	179
III- Interdiction de saisir le juge	179
SECTION 2 – UN PROCESSUS PRATIQUE : LE DROIT COLLABORATIF ...	181
Sous-section 1- Les spécificités du droit collaboratif.....	183
§1- La charte collaborative	183
I- Caractéristiques générales de la charte collaborative	183
II- Caractéristiques spéciales de la charte collaborative : les six piliers du droit collaboratif	184
§2- Les acteurs.....	187
I- Le rôle prééminent des avocats	187
A- Formation préalable.....	187
1- Acquisition de techniques de communication	187
2- Apprentissage d'une logique de négociation et d'échange pacifique.....	188
B- Un devoir de conseil renforcé.....	189
II- La nécessaire implication des parties	190
III- L'éventuelle intervention d'un tiers	190
§3- Les étapes du processus devant aboutir à un accord	190

I- Une série d'étapes.....	191
II- Le protocole d'accord.....	193
Sous-section 2- L'appréciation du droit collaboratif	193
§1- Défense du droit collaboratif.....	193
I- Les parties : acteurs de leur différend.....	193
A- Renouer le dialogue et rapprocher les parties	193
B- Choisir la solution du différend.....	194
II- Des intérêts procéduraux.....	194
A- Un processus sur-mesure.....	194
B- Une confidentialité	195
C- Une obtention de preuves facilitée	195
§2- La contestation du droit collaboratif	195
I- Un processus pouvant potentiellement porter atteinte au droit d'accès à la justice	195
II- Une mauvaise ou partielle résolution du conflit induisant une résurgence de celui-ci.....	196
III- Absence de suspension du délai de prescription	196

TITRE II : RÈGLEMENTS ALTERNATIFS DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL 198

CHAPITRE IER : LES TECHNIQUES LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES 198

SECTION 1 – LES MODES ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS 198

Introduction.....	198
§1- Histoire	198
§2- Domaine	200
§3- Types de conflits	201
§4- Parties	203

Sous-section 1- La conciliation.....	203
§1- Le caractère facultatif de la conciliation	204
§2- Les organes de la procédure	205
I- Les commissions régionales de conciliation	205
II- La commission nationale de conciliation.....	206
§3- La procédure de conciliation	207
I- Engagement de la procédure.....	207
II- Comparution des parties.....	207
III- Issue de la procédure	208
A- Succès de la conciliation	209
B- Échec de la conciliation.....	209
Sous-section 2- La médiation.....	209
§1- L’engagement de la procédure de médiation	210
I- Déclenchement de la procédure.....	210
II- Le médiateur.....	211
A- Désignation du médiateur.....	211
B- Indemnisation du médiateur	211
§2- Le déroulement de la procédure de médiation	212
I- Pouvoirs d’investigation du médiateur	212
II- La recommandation du médiateur.....	212
Sous-section 3- L’arbitrage.....	213
§1- Organisation de la procédure.....	213
§2- Les sentences arbitrales	214
§3- Recours devant la Cour supérieure de l’arbitrage	215
Conclusion : l’échec des modes organisés.....	217
§1- Une préférence pour « l’informel ».....	217
I- Un encadrement inadapté et contraignant	217

II-	Une défiance vis-à-vis du tiers chargé de régler le conflit.....	217
III-	Une volonté de trouver une solution adéquate et pratique.....	218
§2-	Une quasi inexistence en pratique.....	218
SECTION 2 – LES MODES NON-ORGANISÉS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS.....		220
Sous-section 1- L’arbitrage prévu par la convention ou l’accord collectif.....		220
Sous-section 2- La procédure <i>ad hoc</i> d’interprétation des conventions et des accords collectifs.....		222
§1-	Caractéristiques générales de la procédure.....	222
I-	La liberté du processus : une procédure non encadrée.....	222
II-	Les commissions d’interprétation ou de conciliation.....	223
A-	Composition.....	223
B-	Fonction.....	225
C-	Procédure.....	225
D-	L’avis de la commission.....	226
§2-	L’articulation entre la procédure conventionnelle d’interprétation et la procédure juridictionnelle.....	226
I-	Le salarié et l’interprétation des conventions et accords collectifs.....	226
A-	Une compétence d’ordre public face à une création conventionnelle.....	226
B-	L’inopposabilité d’une clause d’interprétation préalable à la saisine du juge	227
II-	La valeur de l’avis de la commission d’interprétation.....	227
§3-	Enjeux de la procédure <i>ad hoc</i>	228
I-	Avantages de la procédure <i>ad hoc</i>	228
A-	Interprétation de la volonté des parties par les parties elles-mêmes.....	229
B-	Adaptation des conventions et accords collectifs au regard de la pratique	229
II-	L’exercice d’un attribut dévolu au juge : vers une autonomie normative des partenaires sociaux.....	230

CHAPITRE 2 : LES TECHNIQUES EXTRA-LÉGALES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	231
SECTION 1 – LA NÉGOCIATION DE FIN DE CONFLIT	231
Sous-section 1- La pratique de l'accord de fin de conflit.....	231
§1- Objet de l'accord.....	231
I- Définition de l'accord de fin de conflit.....	231
II- Clauses visant à la résolution du conflit stricto sensu.....	232
III- Clauses visant au règlement des litiges nés du conflit.....	233
§2- Parties à l'accord.....	234
§3- Conditions de validité de l'accord.....	235
I- Un devoir de loyauté.....	235
II- Un engagement purgé de tout vice.....	236
III- Le consentement à l'accord.....	236
§4- Exécution de l'accord.....	237
I- Une exécution de bonne foi.....	237
II- Une possible action en justice aux fins d'application de l'accord.....	237
III- Des sanctions en cas de violation de l'accord.....	238
Sous-section 2- La qualification de l'accord de fin de conflit.....	238
§1- La recherche d'une qualification pour les accords de fin de conflit.....	238
I- L'accord de fin de conflit comme accord collectif.....	239
II- L'accord de fin de conflit comme contrat civil.....	239
III- L'accord de fin de conflit comme engagement unilatéral.....	240
§2- Une opposabilité dépendant de la qualification donnée à l'accord.....	240
I- Une application à l'ensemble des salariés en cas d'accord collectif et d'engagement unilatéral.....	241
II- Distinction relative à la qualification de contrat civil.....	241

SECTION 2 – DES PRATIQUES ORIGINALES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS	243
§1- Les tentatives de règlement des conflits par l’inspecteur du travail	243
§2- La médiation en entreprise	245
CONCLUSION GÉNÉRALE	250
I- Les dangers inhérents au développement des modes alternatifs de règlement des litiges	
250	
II- Les modes alternatifs de règlement des litiges comme évitement d’une « société contentieuse »	252
BIBLIOGRAPHIE	254
INDEX ALPHABETIQUE	276
TABLE DES MATIERES	279