

LOI MACRON, RAPPORT COMBREXELLE QUELS ENJEUX, QUEL AVENIR, POUR LA JUSTICE PRUD'HOMALE ?

Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale

par Maude BECKERS, Avocate au Barreau de Seine Saint-Denis

Dans cette période extrêmement trouble et grave, alors que des milliers d'êtres humains trouvent la mort chaque année en Méditerranée pour tenter d'échapper à la misère ou que des barbares viennent assassiner à nos terrasses de café, alors que notre démocratie est mise à mal par un gouvernement dit « de gauche » qui ne cesse de diminuer nos libertés au prétexte de mieux les protéger, alors que de plus en plus d'électeurs se retrouvent dans des discours nationalistes et se tournent vers le parti de la haine, j'avoue la difficulté d'orienter son énergie sur la préparation d'un sujet tel que celui de la médiation conventionnelle et la procédure participative.

Depuis ce matin, à l'écoute des différentes interventions, j'ai cependant retrouvé un peu de mon énergie : les réflexions que nous menons ensemble, Syndicat des Avocats de France, universitaires, magistrats et organisation syndicale de salariés, sur le droit du travail et sur sa justice sociale sont et restent primordiales, et d'autant plus dans ces périodes troublées.

Nos combats pour le droit du travail et la justice sociale conduisent à la protection des libertés : dans une société où chacun peut avoir l'espoir de trouver un emploi digne, protégé par des droits et une justice efficace, plus rares sont les fous de dieu et les

électeurs du parti de la haine. Sans justice sociale, il n'y a pas de paix et c'est la raison pour laquelle nous sommes tout à fait légitimes, en ces moments difficiles, à orienter notre militantisme vers la préservation de notre Code du travail et de sa justice sociale (1).

Ici, il ne va pas être question d'assurer une formation sur la médiation. Si certains pensaient pouvoir aujourd'hui nous écouter dans l'espoir d'élargir leur marge d'intervention sur le marché du droit, ils vont être déçus. Même si, au SAF, nous avons pour habitude de faire des colloques « boîtes à outils », ce sont toujours « des boîtes à outils de la résistance », et il ne me semble pas constituer un acte de résistance de former avocats et magistrats à faire de la médiation. Ce soir, vous ne repartirez donc pas, grâce à moi, avec « la boîte à outils du parfait petit médiateur », mais je pense que vous comprendrez mieux pourquoi les règlements alternatifs au conflit, qui ont pourtant vocation à apaiser les conflits, nous énervent autant.

Pour comprendre la critique qui va être menée (II), il convient, dans un premier temps, d'étudier brièvement les différents modes alternatifs de résolution des litiges qui sont désormais possibles ou qui sont encore en cours d'élaboration (I).

I. Les différents modes alternatifs de résolution des litiges.

Nous ferons tout d'abord un rappel des modes alternatifs au règlement des litiges qui sont consacrés par la loi (A/ Procédure participative et médiation) et de ceux qui ne sont qu'en cours d'élaboration (B/ Arbitrage).

A. La procédure participative et la médiation

Il faut comprendre qu'insidieusement nous sommes passés de l'ère où le Conseil de prud'hommes

avait l'exclusivité des règlements des conflits en droit du travail à l'ère où de très nombreux conflits ne passeront plus devant les juges.

1. La procédure participative

La loi du 6 août 2015 a supprimé, de façon très discrète, un alinéa à l'article 2064 du Code civil et en a ajouté un à l'alinéa 2066. Ces modifications, qui sont passées totalement inaperçues, ont eu pour effet de rendre applicable aux conflits de droit du travail

(1) NDLR. V. la déclaration de la CGT sur les attentats du 13 novembre 2015, reproduite au Dr. Ouv. 2015 p. 702.

une procédure qui, jusqu'alors, était interdite en la matière : la procédure participative.

La procédure participative est prévue aux articles 2064 à 2066 du Code civil et aux articles 1544 à 1567 du Code de procédure civile. En application de ces textes, la procédure participative est une procédure qui va être conduite par des avocats, selon une convention édictée entre eux pour parvenir à un accord sur un litige, et ce sans l'intervention d'un tiers. Il s'agit ainsi d'une négociation encadrée (avec une date butoir, des règles sur la communication des pièces, la possibilité de recourir à un technicien).

Les parties qui sont convenues d'un accord peuvent alors saisir le juge pour l'homologuer. Il est précisé que le juge statue sur la requête qui lui est présentée en principe sans débat, « *à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties* » (article 1566).

Vous me direz qu'à ce stade, vous ne voyez pas trop la différence avec la transaction et vous vous demandez pourquoi cette procédure de transaction encadrée suscite la critique.

Il faut d'abord savoir qu'en application de l'article 2065 du Code civil, durant cette procédure, le recours au juge est interdit, sa saisine étant irrecevable (sauf urgence pour statuer sur des mesures provisoires ou conservatoires). Le salarié qui a initié cette procédure ne pourra pas saisir le juge avant le terme qui a été fixé, et ce même s'il change d'avis, notamment en constatant, par exemple, la mauvaise foi de la partie adverse dans le déroulement des négociations. Le salarié peut donc se voir interdire la saisine de la juridiction pendant un certain temps et ce, alors même que le droit d'ester en justice est un droit fondamental...

Une autre difficulté peut se poser en cas d'accord partiel : dans cette hypothèse, le juge peut être saisi du différend résiduel qui reste à trancher. Il retrouve alors sa mission initiale, à l'exception près, et non des moindres, que, selon l'article 1561 du Code de procédure civile, « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties telles que formulées dans la requête* », la requête reprenant, selon l'article 1560, « *les points sur lesquels* » les parties « *restent en litige* ».

Ces deux articles sont ainsi totalement contraires au principe de l'oralité, qui permet aux parties d'ajouter de nouvelles demandes jusqu'au jour du procès. On pourrait penser que la règle de l'oralité du débat, qui est une règle spéciale, devrait conduire à déroger à cette règle générale, et que le salarié ne devrait pas

être lié par les seules demandes formulées dans la requête.

Mais, comme le relève très justement Frédéric Guiomard dans un excellent article, « *le peu de précaution montrée à l'égard de la spécificité des litiges en droit du travail au cours du vote de la loi laisse planer le doute sur la suite de la mise en œuvre de ce texte. Quand bien même la règle de l'article 1561 serait écartée, on peut percevoir à quel point la procédure participative n'entraîne pas les parties dans la seule exploration d'un accord éventuel, mais pèse sur les droits procéduraux ultérieurs. Les parties ne devraient donc s'y engager sans la plus grande prudence* » (2).

Il est enfin précisé que, si le différend est total, la partie qui veut saisir le Conseil de prud'hommes a toujours la possibilité de le faire, mais alors dans le délai de trois mois.

Le législateur a ainsi créé, sans même que cela ne suscite de réaction, un dispositif qui ressemble à celui de la transaction, mais qui, à la différence de cette dernière, empêche le salarié d'avoir recours au juge tant qu'il est dans les délais fixés de la négociation, menace le principe de l'oralité des débats et diminue considérablement les délais d'action.

Cette modification est d'autant plus fâcheuse que cette procédure, qui existe déjà dans d'autres domaines du droit, est loin de fonctionner puisque, selon les chiffres cités dans l'étude d'impact de la loi, il n'y a eu, en 2013, que 7 procédures participatives devant les Tribunaux de grande instance, 39 devant les tribunaux d'instance et 0 devant les cours d'appel...

Elle est aussi d'autant plus fâcheuse qu'elle a été votée alors que personne n'était convaincu de son efficacité, comme le démontre les propos du rapporteur Denis Robillard à l'Assemblée : « *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...* » et ceux d'Emmanuel Macron : « *si ce dispositif ne sert à rien, ce ne sera pas si grave...* » (3).

2. La médiation conventionnelle et judiciaire.

La loi Macron a également modifié, de façon tout aussi discrète, les règles sur la médiation conventionnelle en abrogeant l'article 24 de la loi du 8 février 1995 n°95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile. Ainsi, la médiation conventionnelle, qui était explicitement exclue dans cet article, « *des différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail* », est désormais possible.

(2) « Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail », RDT octobre 2015, p. 628.

(3) cités par F. Guiomard, préc.

Le dispositif législatif, prévu aux articles 1530 à 1535 du Code de procédure civile, est extrêmement sommaire.

Selon l'article 1530 du Code de procédure civile, la médiation s'entend comme « *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 leur différend, avec l'aide d'un tiers choisi par elles, qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Il est donc désormais possible qu'une personne, qui n'est pas un juge, ni un professionnel du droit, soit investie de la mission de médiation dans un litige en droit du travail.

Pire : le projet de décret sur la justice prud'homale vient consacrer l'utilisation de la médiation devant le Conseil de prud'hommes en prévoyant, à l'article R. 1471-1 du Code du travail, que les dispositions du livre V du Code de procédure civile, intitulé « De la résolution amiable des différends » (qui traite de la médiation conventionnelle et de la procédure participative), sont applicables aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail. Il serait ainsi prévu, à l'article R. 1471-2 du Code du travail, que le Bureau de conciliation et d'orientation ou le Bureau de jugement puissent :

- après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur ;
- enjoindre les parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la procédure.

Le Conseil de prud'hommes, qui a vocation de concilier, se déchargerait donc de sa mission de conciliation au profit d'un médiateur que les parties devraient payer, et ce alors même qu'il résulte d'études sur la médiation que ce système ne fonctionne pas plus que la procédure participative. Les chiffres montrent, en effet, que, dans les procédures où le recours à la médiation est déjà possible, seules 0,6 % des affaires ont donné lieu en 2014 à un envoi en médiation aux tribunaux de grande instance et 0,3% devant les Cours d'appel... (4).

B. L'arbitrage.

Selon la définition de l'Association française d'arbitrage, « L'arbitrage est une justice privée, mise en place par la volonté des parties, reconnue par les États et les institutions internationales, qui répond au besoin d'être jugé en dehors des tribunaux en raison, notamment, de la confidentialité et de l'adaptation de sa procédure au litige ».

La procédure d'arbitrage est définie dans notre droit interne aux articles 1442 et suivants du Code de procédure civile et c'est sur le fondement de ces textes que la création d'un centre d'arbitrage est imaginée en droit du travail. Il est cependant difficile, à ce jour, de comprendre comment fonctionnerait le centre d'arbitrage projeté, tant les imprécisions demeurent sur ce point.

Il est rappelé, en outre, que l'article L.1221-5 du Code du travail dispose que « *Toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet* ».

L'article L. 1411-4 du Code du travail dispose par ailleurs 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* ».

En application de ces textes, il est incontestable que la clause compromissoire, prévoyant dans le contrat de travail la résolution du litige devant un arbitre, est nulle (5) et que la sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une telle clause encourt l'annulation (6). Mais la nullité encourue pour une clause compromissoire doit, à notre sens, être étendue au compromis d'arbitrage, c'est-à-dire au recours à l'arbitre une fois la cessation des relations de travail intervenue. En effet, l'article L. 1411-4 du Code du travail consacre la nullité de la clause compromissoire, mais seulement après avoir rappelé le principe de l'exclusivité de la compétence du conseil de prud'hommes en matière de litiges individuels entre employeurs et salariés. Le texte indique en effet très clairement : « *le conseil de prud'hommes est seul compétent* ».

Le caractère exclusif de la compétence prud'homale, au détriment, notamment, de la justice arbitrale, est d'autant plus incontestable au regard de l'évolution législative sur ce point.

L'ancien article L.511-1, al. 6 du Code du travail, tel que rédigé par la loi du 18 janvier 1978 (réforme Boulin), réputait, lui, non écrite toute convention dérogatoire à la compétence prud'homale, « à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail ». L'arbitrage était alors autorisé comme alternative à la justice prud'homale lorsque le contrat de travail était rompu... C'est d'ailleurs sous cette limite que la Cour de cassation avait admis la validité du compromis (7).

(4) Étude d'impact de la loi portant application des mesures relatives à la justice du 21^{ème} siècle.

(5) Cass. Soc. 30 novembre 2011 n°11-12.905 et 11-12.906.

(6) V. CA Paris, 10 décembre 1985, 1985, Rev. arb. 1987. 157, n. M.-C. Rivier.

(7) Cass. Soc., 5 novembre 1984, JCP 1985.II.20510, note N.S.

La réforme *Auroux* du 6 mai 1982 a gommé cette réserve du compromis d'arbitrage postérieur à la cessation du contrat. Cette suppression vient donc totalement confirmer l'interdiction de la clause compromissoire, mais également celle du recours au compromis d'arbitrage. Cette règle spéciale déroge

ainsi, selon nous, à la règle générale de l'article 2059, qui prévoit que « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Ainsi, le projet de création d'un centre d'arbitrage du travail semble, en l'état du droit interne, bien éloigné de la légalité...

II. L'illégitimité et la dangerosité de ces modes alternatifs de règlement de litige en droit du travail

Mais quelles sont donc les raisons du développement de ces modes alternatifs des conflits en droit du travail ?

La raison du recours au mode alternatif au litige serait, selon l'étude d'impact de la loi sur le 21^{ème} siècle, l'une des 15 actions directrices pour faire de la justice du 21^{ème} siècle une justice plus proche des citoyens. Une phrase de l'étude d'impact résume cependant parfaitement bien l'idéologie sous-jacente à cet objectif : « *Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges contribue à l'apaisement des relations sociales, l'une des missions premières de la justice* ».

Cette phrase signifie donc que l'apaisement des relations sociales est l'une des missions premières de la justice ; mais que, pour y parvenir, il faut favoriser les modes de règlement des litiges en dehors du juge.

Si l'apaisement des relations sociales est ainsi l'une des missions premières du juge, on ne sait pas pourquoi il faudrait l'en dessaisir au profit de procédure alternative... sauf à considérer qu'il y a, en réalité, une autre raison à ces procédures que le rapprochement du juge et du citoyen...

A. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont critiquables parce qu'ils répondent avant tout à une préoccupation essentiellement budgétaire

La médiation, l'arbitrage, la procédure participative sont bien loin de rapprocher le juge du citoyen, puisqu'ils externalisent le règlement des litiges et éloignent ainsi le citoyen du juge.

L'objectif poursuivi est, en réalité, de gérer les flux en dehors du recours au juge et, ainsi, de limiter le budget de la justice. Le but poursuivi est donc encore de limiter le budget consacré à la justice, alors que

ce dernier est déjà très insuffisant. Pour mémoire, la commission européenne de l'efficacité de la justice situe la France, avec ses 0,18% du PIB consacré à la justice, derrière la Pologne, la Roumanie, l'Ukraine, l'Arménie, l'Azerbaïdjan...

Lorsque l'on effectue une comparaison avec les 12 pays européens ayant un niveau de PIB analogue, on s'aperçoit que la France occupe la dixième place (8).

Pour mémoire également, le Tribunal de grande instance de Paris a condamné l'État à de multiples reprises pour les délais totalement déraisonnables des Conseils de prud'hommes au motif que les moyens matériels et humains des juridictions sociales étaient indigents (9). De nouveau, plus de 200 affaires devraient être jugées au cours de cette année 2016, à l'initiative du SAF et aux côtés du syndicat de la Magistrature, de la CGT, FO, Solidaires, du Syndicat CGT des Chancelleries et Services judiciaires, du Syndicat des Greffiers de France FO et de l'AVFT (Association contre les violences faites aux femmes au travail).

Dans ces conditions, on pourrait légitimement attendre de la sixième puissance mondiale une autre réaction que celle de mettre en place des modes alternatifs au règlement des conflits...

B. Ces modes alternatifs aux conflits sont encore moins légitimes dans le cadre de la procédure prud'homale et dans une matière telle que le droit du travail

Ces modes alternatifs aux conflits sont encore moins légitimes dans le cadre de la procédure prud'homale, qui, à l'inverse des autres procédures, consacre une audience préalable et distincte à la recherche de la conciliation.

Si, à l'heure actuelle, il est vrai que le bureau de conciliation ne remplit pas sa mission (10), il serait

(8) 5^{ème} rapport édition 2014 du CEPEJ.

(9) v. par ex. les différentes affaires commentées au Dr. Ouv. 2011 p.173 s.

(10) A de nombreuses reprises la mobilisation des prérogatives du Bureau de conciliation a été revendiquée par les défenseurs des salariés, et notamment le SAF, v. par ex. le colloque de notre commission de droit social de décembre 2005, *L'audience initiale : le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié*, dont les actes sont reproduits au Dr. Ouv. 2006 p.233 s.

ainsi plus utile de réfléchir aux raisons qui sont à l'origine de cet échec, plutôt que de renvoyer vers un médiateur qui ne sera pas forcément aux faits des problématiques de l'ordre public social.

Si la juridiction prud'homale avait les moyens de fonctionner, de prendre connaissance des pièces avant l'audience et d'examiner trois ou quatre affaires par demi-journée, les conciliations seraient bien évidemment plus nombreuses. Cela générerait, cependant, une augmentation des budgets pour permettre d'indemniser les conseillers pour le travail supplémentaire et recruter des greffiers pour tenir les audiences, ce qui, on l'a compris, ne fait pas partie des priorités, et ce même si l'augmentation du budget de la justice prud'homale faisait partie des promesses de campagne du parti socialiste.

La médiation est d'autant moins acceptable en matière de droit du travail qu'elle n'a, à mon sens, dans ce domaine, aucune utilité. Je rappelle que le but de la médiation, telle qu'elle figure dans le Code de déontologie du médiateur créé par certaines associations de médiations, est de « *favoriser, par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement des liens, la prévention, le règlement des conflits* ». Autant, dans un conflit de voisinage ou familial, ou dans un conflit collectif du travail avec des salariés encore en poste, peut-on comprendre le rôle d'un médiateur qui va apaiser le conflit parce que les relations entre les parties doivent se poursuivre, autant, devant le Conseil de prud'hommes, après une rupture des relations de travail, peut-on s'interroger sur son efficacité. C'est donc bien d'une conciliation faite par des juges maîtrisant les règles du droit du travail dont les salariés ont besoin, et non d'une médiation.

Ces orientations sont d'autant plus dommageables que les conséquences pour notre justice sociale sont considérables.

C. La médiation ou l'arbitrage peuvent constituer un danger pour une justice démocratique

Il ne me semble pas critiquable d'affirmer que, dans un pays démocratique, la justice doit reposer sur un certain nombre de principes fondamentaux indérogeables. Or, ces principes fondamentaux risquent d'être bafoués si ces procédures alternatives au juge se développaient.

Ainsi, certains piliers de la justice, tels que la gratuité et l'égalité de tous, l'indépendance du juge et la publicité des décisions de justice, seraient fortement malmenés.

En effet, avec la médiation et l'arbitrage, il est incontestable que le principe de la justice gratuite s'efface derrière celui d'une justice payante. Sauf erreur de ma part, les tarifs actuels envisagés pour la procédure d'arbitrage sont aux alentours de 6.000 euros minimum, et ce sans compter les frais des avocats qui seront engagés par les parties... Les frais de médiation, quant à eux, relèvent du médiateur et peuvent être élevés en fonction du travail effectué par ce dernier pour parvenir à un accord. On se dirige vers une privatisation de la justice et une consécration de l'existence d'une justice rapide de riches, qui pourra être choisie par les parties les plus fortunées, et une justice lente de pauvres devant le Conseil de prud'hommes, qui continuera de tenter de fonctionner avec le peu de moyens qu'on lui accorde.

L'indépendance et la qualité du « juge », au sens de celui qui va régler le litige, semblent également malmenés par le développement de ces procédures alternatives. Qui sont, en effet, les médiateurs et les arbitres ? Le seul diplôme d'État qui existe à l'heure actuelle pour les médiateurs est un diplôme pour les médiateurs familiaux. Pour les autres types de médiation, il suffit ainsi d'avoir suivi une formation telle que celle assurée, par exemple, par l'université de Panthéon-Assas. Ces formations sont ouvertes à partir du niveau Bac ou après une validation des acquis de l'expérience. Ce sont, en règle générale, des formations de 180 heures sur l'année, qui coûtent environ 3.000 euros. Il existe, en outre, un Code de déontologie de la médiation, mais ce dernier ne s'applique qu'aux membres médiateurs des associations signataires. Il apparaît ainsi très clairement que l'État développe des procédures alternatives au juge, alors même que les professionnels qui assurent ces procédures sont très loin du niveau de formation des magistrats, et dépourvus de statut et de déontologie élaborés. Dans ces conditions, il est très difficile, aujourd'hui, de pouvoir affirmer que ces procédures alternatives présentent toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité... Quant aux arbitres, il serait question qu'ils puissent être des avocats, même en exercice. On s'interroge ainsi sur les modalités qui pourront être mises en place pour garantir l'impartialité de ces professionnels encore en exercice, au contact avec une clientèle susceptible d'influencer leur neutralité...

Le caractère public de la justice, qui contribue au fonctionnement d'une société démocratique, est, en outre, mis à mal par ces procédures alternatives. La résolution des litiges dans le cadre de la médiation ou de l'arbitrage assure en effet aux parties une stricte confidentialité sur les négociations et l'accord qui en

découle. Dans des affaires de travail dissimulé, de discrimination ou de harcèlement, on conçoit ainsi que certains employeurs préféreront orienter les procès vers la médiation ou l'arbitrage. Or, il est essentiel, en termes de prévention et de revendications pour les autres salariés encore en exercice au sein de l'entreprise, que ces affaires donnent lieu à des condamnations publiques. La connaissance de ces condamnations par la société civile est également essentielle en termes de prévention générale, les entreprises ayant conscience que l'illégalité de leur comportement d'employeur peut avoir des conséquences commerciales. En d'autres termes, le caractère public de la justice incite plus d'une grande entreprise à respecter la législation sociale, et il est tout à fait préjudiciable de favoriser, dans ce cadre, des modes alternatifs à la justice qui permettent d'assurer la confidentialité des comportements illégaux.

En conclusion, on peut se demander si cette faveur accordée aux modes alternatifs de règlement des conflits ne vient pas, en réalité, traduire un autre phénomène beaucoup plus grave, qui est celui de la remise en cause de l'ordre public social. Dans une perspective où l'ordre public social est, en effet, amené à être réduit à portion congrue, comme semblent le laisser présager les projets de réformes du Code du travail, on comprend qu'il n'y ait aucun impératif pour notre gouvernement à ce que ce soit le juge qui contrôle l'application de la loi.

C'est ainsi, parce que c'est l'ordre public social qui est menacé derrière toutes ces réformes, qu'il est plus que jamais urgent et nécessaire de réunir nos forces et de tenter de faire front face à ces attaques qui viennent de toute part.

Maude Beckers