

PROCÉDURE CIVILE

L'existence d'une clause de médiation préalable n'empêche pas la saisine directe du juge prud'homal GPL439y2

L'essentiel

Par un avis du 14 juin 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation réitère une solution déjà affirmée par un arrêt du 5 décembre 2012. Déjà contestable il y a dix ans, la réaffirmation de cette position est l'occasion de faire un point sur la place des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) en matière de conflits du travail, et ce en particulier au regard de l'évolution législative de ces dernières années et des préconisations des récents États généraux de la justice.

Cass. soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70004 (demande d'avis CA Colmar, 22 févr. 2022)

Note par
Olivier CUPERLIER
Avocat au barreau
de Paris, arbitre et
médiateur

1. Par un arrêt de principe du 5 décembre 2012⁽¹⁾, la chambre sociale de la Cour de cassation avait déclaré, au visa de l'article L. 1411-1 du Code du travail et de ma-

nière parfaitement claire, 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 ».

2. Saisie par la cour d'appel de Colmar de la question « La convention instituant un préliminaire obligatoire de médiation s'impose-t-elle au juge du fond dès lors que les parties l'invoquent et doit-elle en conséquence entraîner l'irrecevabilité d'une demande formée sans que la procédure de médiation ait été mise en œuvre ? », la Cour de cassation a apporté une réponse identique sous la forme d'avis reprenant quasiment mot pour mot⁽²⁾ l'attendu de l'arrêt du 5 décembre 2012 précité⁽³⁾.

Bref, pour la Cour de cassation, en dépit de toutes les évolutions législatives en la matière en dix ans, rien de neuf sous le soleil de la médiation conventionnelle en matière sociale, ce qui ne peut qu'interroger.

3. La forme interroge également ; en effet, comment expliquer une demande d'avis sur une question déjà tranchée alors même que l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire spécifie qu'« avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non

susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation » ? En l'espèce, on ne peut pas dire que la question soit nouvelle et que, à supposer que cette question ait par le passé soulevé une difficulté sérieuse, celle-ci n'ait pas déjà été réglée par la Cour de cassation. Quant à la question de savoir si elle se pose dans de nombreux litiges, de l'aveu même du conseiller rapporteur : « Il apparaît que les contrats de travail contenant un tel préalable demeurent anecdotiques. »⁽⁴⁾

Alors, pourquoi un tel avis ?

4. Peut-être faut-il y voir la volonté d'une cour d'appel de susciter une évolution dans la « doctrine » de la Cour de cassation, évolution qui serait justifiée à la fois par une évolution du contexte depuis l'arrêt du 5 décembre 2012 mais également par les nouvelles perspectives de réforme ouvertes par le rapport rédigé à l'occasion des États généraux sur la justice ? Il convient tout d'abord de s'interroger sur les raisons de cette position avant de proposer quelques pistes de réflexion.

I. SUR LA JUSTIFICATION DE LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION

5. On sait la justice prud'homale jalouse de sa compétence exclusive proclamée par l'article L 1441-4 du Code du travail⁽⁵⁾. Ce principe peut trouver sa justification dans le fait que le conseil de prud'hommes est la seule juridiction à offrir aux justiciables un processus intégré de règlement amiable (v. C. trav., art. L. 1441-1 qui fait même de la conciliation le principe et du jugement l'exception⁽⁶⁾).

En d'autres termes et s'agissant du règlement de leurs différends, pour l'employé (comme pour l'employeur du reste), en dehors du conseil de prud'hommes, point de salut !

(1) Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20004 : JCP S 2013, n° 6, 1075, note G. François ; « Quel avenir pour la médiation conventionnelle en matière sociale ? », JCP G 2013, n° 10, 272, note O. Cuperlier.

(2) En remplaçant uniquement le mot « conciliation » par celui de « médiation », ce qui est sans incidence, la Cour de cassation ayant décidé depuis longtemps de réserver le même traitement aux deux types de clauses. Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 08-10866 : JCP G 2009, n° 26, p. 20, note O. Cuperlier ; en ce sens également, les observations écrites de l'avocat général en vue de l'avis, p. 5.

(3) Cass. soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70004 : JSL, juillet 2022, n° 549, p. 8, note H. Nasom-Tissandier ; JCP E n° 25, 576, act. p. 14.

(4) Rapp., conseiller rapporteur, p. 8.

(5) C. trav., art. L. 1441-4 : « 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 ».

(6) C. trav., art. L. 1441-1 : « 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 ».

6. En effet, dans l'esprit du législateur, cette juridiction semble apparaître comme indépassable au point d'interdire à ses usagers de confier le règlement de leurs litiges, comme le font nombre d'autres justiciables, à un médiateur, à des avocats dans le cadre d'une procédure participative ou encore à un arbitre. Une telle politique législative ne pouvait être motivée que par le postulat selon lequel un employé ne saurait être bien concilié ou bien jugé qu'en présence d'un autre employé, seul à même d'assurer un équilibre protecteur des droits de l'employé. Pour les pouvoirs publics, il importait donc de protéger l'employé de l'émergence d'autres modes de règlement des conflits, considérés à tort comme moins protecteurs que celui de tout temps proposé par le conseil de prud'hommes.

II. SUR SES CONSÉQUENCES PRATIQUES

7. Une telle position entraînait en effet des conséquences bien concrètes, comme amener le législateur à exclure du champ de la justice du travail les nouveaux outils de l'amiable telle la procédure participative, laquelle a été introduite dans notre droit en 2010... pour être immédiatement bannie du règlement des conflits du travail avant d'y être finalement réintroduite ⁽⁷⁾...

8. Or, la réalité des chiffres ⁽⁸⁾ ne peut qu'inquiéter : moins de 10 % d'accords devant le bureau de conciliation devenu en 2015 « bureau d'orientation et de conciliation » sans que rien ne change véritablement, des délais de jugement pouvant aller jusqu'à 36 mois en première instance, un taux d'appel de 60 % qui témoigne de la non-acceptation par le justiciable de la décision rendue par le conseil de prud'hommes et un taux de réformation en appel de 72 % qui se passe de tout commentaire. De tels chiffres n'auto-risent aucun *statu quo*, pourtant favorisé par l'avis de la chambre sociale présentement commenté.

9. En effet, il est bien évident qu'un État de droit ne peut se permettre de traiter aussi mal et d'offrir aussi peu en termes de règlement des litiges à toute une catégorie de sa population pour qui la relation de travail, par ses implications économiques, sociales et psychologiques, doit, lorsqu'elle est source de conflit, recevoir un traitement rapide et véritablement réparateur, non seulement d'un point de vue économique mais également psychologique. Or, l'instrument qui permet cela est incontestablement la médiation – et d'ailleurs, le législateur lorsqu'il prévoit un préalable obligatoire de conciliation en matière prud'homale, bien avant de l'avoir réintroduit en matière civile (cf. CPC, art. 750-1) en a parfaitement conscience –, de sorte qu'il apparaît surprenant que la Cour de cassation, dans son avis du 14 juin 2022, reste sur une position qui se révèle aussi passéiste.

10. Cette attitude de la Cour de cassation est d'autant plus surprenante qu'elle a su, par le passé, faire preuve d'audace en faveur du développement des MARD. En effet, il y

a près de 20 ans, elle n'hésitait pas, alors que rien ne l'y obligeait, à affirmer qu'une clause de médiation préalable et obligatoire devait impérativement être mise en œuvre avant toute saisine du juge, faute de quoi celui-ci pouvait déclarer la demande irrecevable ⁽⁹⁾.

Il est donc surprenant de constater que la chambre sociale de la Cour de cassation continue en 2022 d'exclure cette règle des conflits du travail (dont personne ne semble pourtant contester qu'ils aient grandement besoin d'amiable), et ce alors même qu'elle a largement contribué à permettre le traitement de ces conflits par l'arbitrage !

III. LA RÉCENTE APPARITION DE L'ARBITRAGE DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL

11. Il a longtemps découlé de la règle d'ordre public posée par l'article L. 1441-4 du Code du travail un principe de prohibition du règlement par la voie de l'arbitrage des litiges nés du contrat de travail. Or, ce principe, d'abord battu en brèche par la doctrine ⁽¹⁰⁾, a fini par tomber sous les coups successifs de la Cour de cassation qui a d'abord admis l'arbitrabilité du litige par le biais d'un compromis conclu après la rupture du contrat de travail ⁽¹¹⁾ puis la validité d'une clause compromissoire, d'abord dans un contrat de travail international pour finalement l'admettre dans un contrat interne ⁽¹²⁾. Ceci ne s'est pas fait sans garde-fou pour l'employé, celui-ci pouvant dans tous les cas, même en présence d'une clause compromissoire acceptée par ses soins, valablement s'opposer à la mise en œuvre de ladite clause par son employeur. Ainsi, initialement frappée de nullité, la clause est devenue valable tout en restant inopposable à l'employé.

12. Cette jurisprudence, que l'on pourrait qualifier de libertaire tout en restant protectrice des droits de l'employé (qui conserve en toute hypothèse le droit d'être concilié et jugé par un conseil de prud'hommes s'il le souhaite), a été entérinée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite loi J. 21, réformant notamment l'article 2061 du Code civil.

Il est donc surprenant que la Cour soit aussi timorée, en particulier dans le contexte législatif initié depuis une dizaine d'années en faveur de l'amiable et récemment encore mis en avant par les États généraux de la justice.

IV. LES ÉVOLUTIONS RÉCENTES

13. On le sait, depuis plus de dix ans, l'amiable a la faveur de l'autorité réglementaire française qui multiplie les interventions en la matière. Sans prétendre à l'exhaustivité et pour en rester aux avancées les plus saillantes, on peut relever l'ordonnance de transposition n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, modifiant les articles 21 et suivants

(7) V. C. civ., art. 2064, al. 2, créé par la L. n° 2010-1609, 22 déc. 2010 qui disposait que « toutefois, aucune convention [de procédure participative] 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 », alinéa heureusement abrogé par la L. n° 2015-990, 6 août 2015.

(8) Issus du rapport du groupe de travail sur la justice économique et sociale dans le cadre des États généraux de la justice, p. 95.

(9) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423, arrêt *Poiré* : D. 2003, Jur., p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; RID civ. 2003, p. 349, obs. R. Perrot.

(10) V. not. T. Clay, « L'arbitrage, justice du travail », in M. Keller (dir.), *Procès du travail. Travail du procès*, 2008, LGDJ.

(11) Cass. soc., 5 nov. 1984 : JCP G 1985, II 20510, note S.

(12) Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41860 – Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-43288 – Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-55042, validant une clause compromissoire dans le contrat de travail international – puis Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905 et 11-12906, Deloitte, avec possibilité pour l'employé de faire valoir l'inopposabilité de la clause à son encontre.

de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, créant un livre cinquième dans le Code de procédure civile consacré à « la résolution amiable des différends » et s'appliquant « aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction », le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, obligeant à mentionner dans l'acte introductif d'instance « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige », le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, réformant la procédure civile et créant un préalable amiable obligatoire dans certaines matières avant la saisine du tribunal judiciaire (CPC, art. 750-1) ou encore, très récemment, le décret n° 2022-245 du 25 février 2022, favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions.

“ En matière sociale, les parties doivent pouvoir faire appel à des professionnels de l'amiable dûment formés ”

14. Or, la plupart de ces évolutions en faveur du développement de l'amiable dans le règlement des conflits ont pris soin de réserver un traitement spécifique aux conflits du travail, le plus souvent pour les exclure du dispositif nouvellement créé.

En effet, l'ordonnance du 16 novembre 2011, visant à encadrer – et donc à sécuriser – la médiation conventionnelle, a pris soin de limiter son application, s'agissant des différends s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail, aux différends transfrontaliers (L. n°95-125 du 8 févr. 1995, art. 24 anc.), ce qui n'avait pour seul objectif que d'exclure les litiges du travail de la réforme sans heurter la directive européenne du 21 mai 2018. Le décret du 20 janvier 2012 a immédiatement exclu les conflits du travail du champ d'application de la procédure participative (v. C. civ., art. 2064 anc.). Quant au décret du 11 mars 2015, son effet a été essentiellement propédeutique.

15. Certes, le législateur est ensuite revenu sur ces errements par la loi du 6 août 2015 rendant applicables aux litiges du travail les dispositions de la loi du 8 février 1995, relatives à la médiation puis l'autorité réglementaire, par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 qui a expressément indiqué dans l'article R. 1471-1 du Code du travail que les modes de règlement amiable des conflits tels que prévus par le livre V du Code de procédure civile sont applicables aux différends qui s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail ouvrant ainsi la médiation judiciaire et la procédure participative aux conflits du travail. Pour autant, contrairement aux conflits relevant d'autres domaines, l'échec de la procédure participative ne dispense pas les parties à un

litige en matière prud'homale « de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue »^[13].

16. Ainsi, les pouvoirs publics, jusque dans leurs réformes les plus récentes affichant un volontarisme parfois maladroit mais réel, ont souhaité conserver la conciliation préalable et obligatoire devant le bureau de conciliation et d'orientation comme l'épicentre de la conciliation en matière de règlement des litiges du travail, et ce alors même que ce bureau (quelle que soit son appellation) a depuis longtemps apporté la preuve de son incapacité à régler amiablement les litiges^[14].

Comment pourrait-on sortir de cette situation ?

V. LES SOLUTIONS ?

17. Une fois posé le constat de l'inefficacité de la conciliation devant le bureau d'orientation et de conciliation, il importe de rechercher les remèdes.

18. Il faut tout d'abord sortir de l'idée que la conciliation devant une formation du conseil de prud'hommes doit être un passage obligé. C'est en effet ce principe, gravé dans le marbre de la loi, qui peut justifier la solution de la Cour de cassation dont on peut comprendre que, en présence d'un texte prévoyant un préalable obligatoire de conciliation, elle n'entende pas imposer (le plus souvent à l'employé qui est presque toujours le demandeur), en sus de ce préalable, une médiation. En effet, il importe de ne pas faire de l'accès au juge une course d'obstacles.

D'ailleurs, les textes prévoient déjà des possibilités de saisine directe du conseil de prud'hommes dans certains cas (par exemple en matière de prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou de demande de requalification de contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée), ce qui montre que la règle peut connaître des exceptions mais, malheureusement, l'article 2066 du Code civil ne dispense pas les parties ayant échoué à trouver un accord dans le cadre d'une procédure participative, d'une tentative de conciliation préalable devant le conseil de prud'hommes. C'est une mauvaise idée car, en présence à la fois d'un processus facultatif et d'un processus obligatoire, le justiciable peut être amené à établir une hiérarchie entre les deux, en particulier si, comme c'est souvent et légitimement le cas, l'employé est pressé d'obtenir en justice ce qu'il considère comme lui étant dû. C'est particulièrement dommage car la procédure participative ou la médiation donne des résultats bien meilleurs que le bureau de conciliation dans son fonctionnement actuel^[15].

19. Il est important également de se démarquer sensiblement du postulat selon lequel l'employé serait nécessairement la partie faible qu'il faudrait protéger, y

[13] C. civ., art. 2066, al. 2 et 3, pourtant récemment réformés par L. n° 2021-1729, 20 déc. 2021 mais pas sur ce point.

[14] Le taux de conciliation, aux alentours de 10 % est même, selon le rapport du groupe de travail, en baisse constante, v. groupe de travail sur la justice économique et sociale dans le cadre des États généraux de la justice, rapp., p. 96. Sur les causes profondes de cet insuccès durable, v. O. Cuperlier, « Quel avenir pour la médiation conventionnelle en matière sociale ? », note ss Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20004, JCP G 2013, n° 10, 272.

[15] Dans le ressort de la cour d'appel de Paris, la médiation est d'ailleurs souvent mise en œuvre (avec succès) au stade de l'appel, ce qui peut être considéré comme tardif. La médiation présente un taux de réussite de l'ordre de 70 %. V. statistiques du centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

compris de lui-même. D'abord, les études révèlent que les employés saisissant les prud'hommes sont très majoritairement des cadres ⁽¹⁶⁾, tout à fait à même, d'une part, de faire valoir leurs droits et, d'autre part, de choisir la manière dont ils entendent régler leurs conflits du travail. De ce point de vue, la solution dégagée par la Cour de cassation en matière d'arbitrage et reprise par le législateur s'avère particulièrement expédiente ⁽¹⁷⁾ et mériterait d'être étendue à la médiation, à condition que les parties, en cas d'échec de la médiation, puissent alors être dispensées du préalable de conciliation prud'homale et saisir directement la formation de jugement ⁽¹⁸⁾.

20. S'il est vrai que la position prise par la Cour de cassation dans le présent avis aboutit quasiment au même résultat que celle prise en matière d'arbitrage – dans la mesure où l'employé est très majoritairement

demandeur –, il n'en demeure pas moins qu'elle témoigne d'une défiance à l'égard de processus amiables qui, parce qu'ils sont payants et qu'ils se déroulent hors du conseil de prud'hommes, ravivent toujours le spectre d'une privatisation de la justice ⁽¹⁹⁾. Pourquoi, dans ce cas, ne pas développer la conciliation en matière prud'homale avec des conciliateurs bénévoles, dûment formés et disposant du temps nécessaire pour rapprocher les parties en dehors d'une enceinte judiciaire comme cela se pratique depuis longtemps en matière civile ?

21. Il ne semble pas que les propositions du groupe de travail sur la justice économique et sociale dans le cadre des États généraux de la justice aillent dans cette direction, préférant miser sur une nouvelle réforme du bureau de conciliation ⁽²⁰⁾ qui s'avèrera sans doute aussi inefficace que les précédentes.

(16) V. groupe de travail sur la justice économique et sociale dans le cadre des États généraux de la justice, rapp., p. 99.

(17) V. *supra*, § 11 et 12.

(18) Ce qui semble être une proposition du groupe de travail sur la justice économique et sociale dans le cadre des États généraux de la justice, rapp., p. 100.

(19) Ce qui en soi n'a rien de choquant dans la mesure où le justiciable peut, selon son choix, évidemment préférer payer pour quelque chose qui fonctionne que de se voir imposer un service gratuit qui ne fonctionne pas et qui retarde sa procédure (et donc qui génère un coût lié à ce retard).

(20) Notamment avec des conseillers dédiés et formés aux MARD ne siégeant pas dans la formation de jugement en cas d'échec de la médiation, rapp., p. 100.