



PROFESSEURE AGRÉGÉE DE DROIT PRIVÉ
ET SCIENCES CRIMINELLES
DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

LA MÉDIATION EN MATIÈRE SOCIALE

SANA SOUISSI
Maître-Assistante à la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques de Tunis

« S'il y a justice, il y a plusieurs façons de la rendre »¹

¹ E. LE ROY : La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges, Expériences françaises et nord-américaines, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la Magistrature, coll. « Essais et recherches judiciaires », 1989, p. 108.





INTRODUCTION

1- Longtemps interdite d'accès, la médiation serait-elle enfin la bienvenue sur les terres du droit social ? La réponse à cette question est loin d'être une tâche facile. En fait, il s'agit de terres encerclées par des sièges épineux qu'une pénétration ne peut se faire sans réserve. Les terres du droit social sont celles où l'inégalité règne. La volonté se soumet au lieu de s'engager, la subordination opprime, la loi protège².

Le législateur intervient impérativement pour pallier aux inégalités. Le juge, quant à lui, n'échappe pas à cet esprit protecteur. Sa présence est conçue pour le salarié comme une soupape de sécurité dans chaque conflit avec l'employeur.

2- Malencontreusement, la réalité contredit aujourd'hui le supposé. Une crise de justice s'est révélée³. Une désaffection pour le système judiciaire dans son ensemble en raison de son dysfonctionnement demeure à l'origine d'un engouement pour des modes alternatifs à la justice décisionnelle juridictionnelle étatique⁴. Ces modes sont apparus sous appellations diverses. Ainsi, parle-t-on des MARC, des MARD et des MARL⁵. Ces acronymes doivent cependant être clarifiés. En effet, il est indispensable d'établir une distinction entre la notion de conflit d'une part et celle de différend ou de litige d'autre part.

3- Notion plus large que celle du litige⁶, le conflit comprend les difficultés relationnelles à tout ordre⁷. Il exprime « l'opposition de vues et d'intérêts : mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait (violence, voie de fait etc...) »⁸. A l'inverse, le litige, résultant d'un différend entre deux ou plusieurs parties, l'une contestant aux autres l'exercice d'un droit auquel elles prétendent, constitue la dégénérescence juridique du conflit⁹. La saisine du juge est le critère de distinction entre ces deux notions. Ainsi défini, on peut se demander si la médiation a pour

² A. SUPIOT : Le juge et le droit du travail, Dr. Soc. n°5, 1980, p. 61.

³ J.-M. COULON : L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, in « Le conventionnel et juridictionnel dans le règlement des différends », Pascal ANCEL et Marie-Claire RIVER (dir.), Paris, *Economica*, 2001, p. 133.

En ce sens B. GORCHS : La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, *Droit et société*, 62/2006, p. 223 et s.

⁴ P. CHEVALIER, Y. DESDEVICES et Ph. MILEURN (dir.) : Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, Mission de recherche Droit et justice, Paris, La Documentation française, 2003, reprenant des études réalisées sur les modes alternatifs dans le cadre d'un programme lancé par la Mission de recherche Droit et Justice à partir de 1998 spécialement la synthèse de Marie-Claire RIVER : Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? , p. 30 et s.

Ch. JARROSSON : Les modes alternatifs de règlement des conflits : Présentation générale, *RIDC*, 2-1997, p. 326.

⁵ Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC), Modes Alternatifs de Résolution des Différends (MARD) et Modes Alternatifs de Résolution des Litiges (MARL).

L. CADIET : Panorama des modes alternatifs de résolution des conflits en droit français.

⁶ Pour une définition du conflit en sociologie ; A. TOURAINE : Conflits sociaux, in *Encyclopaedia universalis*, Corpus 6, Colbertisme – Déchristianisation, 2002, p. 241-251 : « Un conflit est une situation antagonique entre deux ou plusieurs unités d'actions dont l'un au moins tend à dominer le champ social de leurs rapports ».

⁷ Ch. JARROSSON : Modes alternatifs de règlement des conflits, *Justices*, n°6, avr.-juin, 1997, p. 274.

⁸ G. CORNU : Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., Revue et augmentée, Association Capitant (H.), Paris, PUF, 2005, p. 193. En ce sens A. JEAMMAUD : Conflits, Différend, litige, *Droits*, n° 34, 2001, p. 17 « Relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement, et qui peut connaître une succession d'épisodes d'actions, d'affrontement. Il s'agit donc d'une situation qu'il peut être malaisé d'appréhender et d'écrire dans tous ses éléments ».

⁹ A. JEAMMAUD : Conflit, différend, litige, art. précité, p. 17. « Le litige est l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision ».



objet le conflit ou le litige. Selon une doctrine bien autorisée, la médiation tend à résoudre le conflit du travail individuel et collectif¹⁰.

4- Ceci étant, la définition de la médiation reste particulièrement délicate. En effet, les formes des MARC dues à un mouvement de déjudiciarisation sont extrêmement variées. Cette variation était une source de fréquente confusion rencontrée par la doctrine dans le maniement des concepts de médiation, conciliation, arbitrage et procédure participative.

Définie comme étant « tout mode informel de résolution, par un tiers, de conflits qui aurait dû à priori être résolu dans les formes, par un juge de l'espèce traditionnelle »¹¹, la médiation consiste dans « l'entremise d'un tiers qui est chargé ou se propose, non de trancher en décidant unilatéralement de l'issue de la confrontation, mais de favoriser l'obtention d'un règlement par l'accord des protagonistes, c'est-à-dire de nouer ou animer une négociation susceptible d'aboutir à un « acte de fin » conventionnel »¹².

Ainsi définie la médiation se distingue aisément de l'arbitrage qui constitue un mode de résolution décisionnel¹³. Ce dernier confie, en effet, à un juge privé choisi par les parties le règlement du conflit, permettant par conséquent d'éviter la saisine de juridiction¹⁴.

La médiation se distingue également de la négociation qui même si elles se rapprochent, du fait qu'elles constituent tous les deux un mode de règlement caractérisé par une « activité ou plutôt un processus »¹⁵, restent foncièrement différentes. En effet, la négociation est un dialogue centré sur un problème à résoudre et visant un accord mutuellement acceptable, elle n'exige ni une position de neutralité et d'impartialité ni la présence d'une tierce personne et ce à l'opposé de la médiation¹⁶.

En revanche, toute la difficulté découle de la distinction entre la médiation et la conciliation¹⁷ où le tiers conciliateur est chargé, *a priori*, de proposer aux protagonistes les termes d'un accord. Il est parfois doté de moyens de pression pour les inciter à consentir¹⁸. Malgré sa clarté, ce critère de différenciation tenant au degré d'interventionnisme du tiers autorisé à s'entremettre afin de favoriser le dialogue entre les adversaires n'a pas reçu l'unanimité de la doctrine¹⁹. Un second critère a été dès lors proposé récemment. En effet,

¹⁰ J.-Ph. TRICOIT : La médiation dans les relations de travail, LGDJ, 2008, p. 46.

A. JEAMMAUD : La médiation dans les conflits du travail, in « La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ? », Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut Suisse de droit comparé, 1992, p. 46/47.

¹¹ J. CARBONNIER : Réflexion sur la médiation, in « La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ? » Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1992, p. 11.

¹² A. JEAMMAUD : La médiation dans les conflits du travail, art. précité, p. 36.

¹³ B. OPPETIT : Arbitrage, médiation et conciliation, Revue de l'arbitrage, 1984, p. 307.

¹⁴ L'article 1 du code de l'arbitrage dispose : « L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage ».

Ch. JARROSSON : La médiation et la conciliation : Essai de présentation, Dr. et patrimoine, numéro spécial : Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit, n°17, déc. 1999, p. 36.

¹⁵ A. JEAMMAUD : La médiation dans les conflits du travail, art. précité, p. 36.

¹⁶ A. STIMEC : La négociation, Dunod, 2005, p. 10.

¹⁷ M. BOITTELLE-COUSSAU : Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?, Gaz. Pal., n°164, 13 juin 2015, p. 9.

B. GROCHS : La médiation dans le procès civil : sens et contresens, RTD.civ., 2003, p. 409.

Ch. JARROSSON : Médiation et conciliation : définition et statut juridique, Gaz. Pal., 1996, 2, Doctr. p. 951.

¹⁸ A. JEAMMAUD : La médiation dans les conflits du travail, art. précité, p. 37.

¹⁹ H. TOUZARD : Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail, Dr.Soc., n°4, 1977, p. 87. « La conciliation définit un rôle moins actif de la part du tiers : il consiste à réunir ensemble les parties dans des circonstances et une ambiance les plus propices à une discussion sereine pour la recherche



pour certains, alors que la conciliation consiste à rapprocher des intérêts privés, la médiation tend à faire ressortir l'intérêt commun des parties en conflit. La médiation agit ainsi comme un processus d'élévation au-dessus des intérêts particuliers des parties vers un intérêt général supérieur que seul un tiers peut faire découvrir aux parties²⁰.

5- L'identification de la médiation dans ce contexte devient particulièrement ardue. Ceci est d'autant plus vrai qu'il n'existe pas en matière sociale une médiation mais plutôt des médiations. On évoque ainsi la médiation conventionnelle, la médiation judiciaire la médiation institutionnelle et même la médiation ad hoc²¹.

6- Ces différents modes alternatifs de résolution de conflits n'ont pas connu en droit tunisien la même ampleur. Alors que la conciliation jouit d'une place privilégiée, la médiation n'a pas eu d'écho dans la législation sociale tunisienne, exceptée d'une simple trace détectée dans l'exposé des motifs du décret du 14 novembre 1940 instituant le contrôle de licenciement, qui autorise l'inspection du travail à jouer un rôle de « médiation utile »²². Après son abrogation suite à la promulgation du code du travail en 30 avril 1966, la médiation semble être le mécanisme fantôme auquel le législateur n'a pas pensé. Même avec l'abandon de l'appellation « inspection du travail et conciliation » dans le décret de 15 juillet 2014 et son remplacement par celle « d'inspection du travail et d'administration des conflits de travail », l'utilisation du terme « administration des conflits de travail » ne semble pas en mesure de contourner tous les modes pacifiques de résolution de conflits et d'englober par la même la médiation. La modification des termes s'inscrit simplement dans le cadre de l'harmonisation exigée entre les dispositions du droit interne et celles des conventions internationales ratifiées ; lesquelles prévoient l'incompatibilité des missions de conciliation et d'arbitrage avec celles de l'inspection du travail²³.

De même l'engagement des parties signataires du contrat social²⁴ à veiller à bien gérer les conflits du travail dont l'objectif d'instaurer un climat social serein au sein de l'entreprise, n'était pas de nature à inciter le législateur à percevoir la médiation parmi les modes de

d'un accord. Le conciliateur se contente de faciliter les relations et les communications entre les parties. La médiation définit un rôle qui englobe le précédent mais ajoute une part plus active prise par le médiateur : il peut intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord ».

G. CORNU: Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 583 : Le médiateur s'entend comme « celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend, à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des conflits en conflit ».

²⁰ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 18.

²¹ La médiation conventionnelle est définie par l'article 1530 du code de procédure civile français comme étant : « 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 », Quant à la médiation judiciaire, son élément caractéristique au sens de la commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) dans son rapport, « systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : Efficacité et qualité de la justice », 2014, réside dans le fait qu' : « Il y a toujours intervention d'un juge ou d'un procureur qui conseille, décide et / ou approuve la procédure ». La médiation est appelée institutionnelle quand les parties font appel à un centre spécialisé pour organiser une médiation ou lorsqu'il s'agit d'une médiation interne à l'entreprise. Voir dans ce sens L. MATTEI : La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit, Université Paris-Dauphine, 2012, p. 56.

²² L'exposé des motifs du décret cité relève que « espérant que l'inspection du travail assistée des patrons et d'ouvriers peut jouer un rôle de médiation utile », JORT, 1940.

²³ L'article 3 de la recommandation n° 81 sur l'inspection du travail. La dite recommandation a donné lieu à la convention internationale n°81 sur l'inspection du travail, de 1947 ratifiée par la Tunisie le 15 mai 1957. En dépit de son caractère non obligatoire, la recommandation constitue, après la convention, le deuxième texte de base en la matière.

²⁴ Le contrat social est signé entre l'Etat et les partenaires sociaux le 14 janvier 2013.



règlement de conflits, ni de s'inspirer de son homologue français où la technique de médiation ne cesse de se développer.

7- L'originalité de notre système juridique transparait à travers sa comparaison avec d'autres systèmes juridiques comparés, dont certains interdisent expressément la médiation prud'homale tel que le droit algérien²⁵. D'autres n'admettent que la médiation conventionnelle tel que le droit marocain²⁶, contrairement à d'autres législations comme le droit français qui l'admettent ouvertement où elle a été instituée par le décret-loi du 5 mai 1955 dans le cadre des conflits collectifs. Le législateur français ne cherchait pas seulement à mettre un terme aux grèves mais tenta de désamorcer les conflits dès les négociations de conventions collectives. Dans le cadre du conflit individuel, la médiation est une construction prétorienne née des pratiques innovantes de certains magistrats dès 1970. Elle a fait par la suite l'objet de codification en 1995. Une évolution importante a été opérée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques²⁷. Elle a étendu les méthodes de règlement des litiges à l'amiable aux conflits entre salariés et employeurs. Auparavant ces méthodes étaient soit restreintes à quelques cas du droit soit même totalement fermées. Le champ de la médiation conventionnelle qui était limité aux litiges du travail transfrontaliers couvre désormais le règlement amiable de tous les litiges en droit du travail. Par ailleurs la procédure participative peut être désormais conclue entre salarié et employeur alors qu'elle était exclue auparavant²⁸.

8- La technique de la médiation brille en droit tunisien par son absence non seulement concernant les relations individuelles mais aussi collectives. Les obstacles sérieux à son intégration dans le système judiciaire suscitent l'attention et la réflexion. Les principes directeurs du droit du travail fortement imprégnés d'ordre public semblent constituer un frein à la fluorescence d'un mécanisme consensuel de médiation. Qualifier de transaction le résultat éventuel du processus de médiation ne cesserait de compliquer la situation²⁹. En tenant compte du fait que les parties ne peuvent pas transiger dans les matières innervées par la notion d'ordre public³⁰, interdire la médiation pour tout ce qui touche à l'ordre public aboutirait à son exclusion en droit social³¹.

9- Mais ceci est loin d'être l'unique obstacle à la reconnaissance de la médiation. Un syndicalisme hégémonique caractérise essentiellement la réalité du monde du travail tunisien. Or, ce dernier s'oppose farouchement à la médiation considérée comme un empiètement sur leurs pouvoirs négociateurs.

10- Ceci est fort regrettable, car la médiation semble correspondre aux nouveaux objectifs du droit social orienté vers la régulation³². Faisant suite à une remise en cause du

²⁵ L'article 994 du code de procédure civile et administrative prévoit que : « en toute matière, le juge doit proposer aux parties la médiation à l'exception des affaires familiales et prud'homales ».

²⁶ Section III du chapitre VIII du CPC ajoutée par la loi n° 08-05 relative à l'arbitrage et médiation conventionnelle publié au journal officiel n° 5584 le 6 décembre 2007.

²⁷ Pour plus de précision, V « Qu'est-ce que la justice du XIXème siècle », site du Ministère de la justice (<http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21eme-siecle-12563/qu'est-ce-que-la-justice-du-21eme-siecle-12580/>).

²⁸ L'article 2062 du code civil français définit la convention participative comme : « La 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'engageant à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ».

²⁹ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, Dalloz, chron., n° 3, 2001, p. 253/254.

Voir dans ce sens également, J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 209/210.

³⁰ Art. 1462 C.O.C.

³¹ B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p. 254.

³² A. LYON-CAEN : Destin de la législation du travail, Actes du colloque international « Cinquantenaire du code du travail », Tunis 27 et 28 avril 2016, p. 49 et s.



caractère protecteur du droit de travail sous la pression d'un appel incessant pour plus de flexibilité, le législateur a baissé la garde pour permettre à l'entreprise de trouver une souplesse compatible avec l'état du marché. Un marché fluctuant ne laisse personne profiter longtemps d'une position de force³³. Résister à une concurrence farouche instituée à ces frontières est tributaire à la fois de la maîtrise des coûts sociales et de la conscience de la nécessité de limiter les conflits afin d'instaurer la paix sociale à l'intérieur de l'entreprise. La médiation sera l'une des techniques efficaces répondant à cette fin. Elle vient s'ajouter aux choix adoptés par le législateur dans le cadre d'un droit plus modéré qui tient de plus en plus compte des intérêts de l'entreprise par le biais de réformes intéressantes. Ces dernières préfèrent un plafonnement des indemnités de licenciement, une meilleure flexibilité au niveau de recrutement et une limitation à la résolution pacifique des conflits collectifs³⁴.

11- Quelle place alors peut-on accorder à la médiation dans la résolution des conflits de travail ?

La réponse à cette question dépend de l'approche systémique de notre droit³⁵. Nul n'ignore que tout système, qui se veut évolutif, doit tenir compte de l'élément temps. Le statu quo n'est jamais gage de stabilité. Pis encore, il peut être un facteur de stagnation. « Comme toutes les institutions, les codes évoluent, se vident et s'emplissent. Loin du mythe de la codification éternelle, les codes modernes doivent être reconstruits périodiquement pour conserver leur utilité »³⁶. Notre code du travail et plus généralement notre système juridique ne doit pas échapper à cette évidence.

12- En partant de ces deux grilles de stagnation persistante et d'évolution indispensable du droit de travail, il semble opportun de brosser en premier lieu son présent marqué d'une déficience significative **(I)** et de méditer en second lieu sur son futur en penchant vers une intronisation expectative de la médiation **(II)**.

I- UNE DÉFICIENCE SIGNIFICATIVE :

13- Le silence du législateur concernant la consécration de la médiation est loin d'être l'expression d'une simple inadvertance. C'est un silence qui pourrait non seulement être justifiable **(A)**, mais aussi soutenable **(B)**.

A-Déficience justifiable :

14- L'absence de toute réglementation sur la médiation laisse l'interprète perplexe. Faut-il s'arrêter à ce constat de carence ou tenter de comprendre les justifications profondes de ce dernier. Plusieurs facteurs peuvent légitimer cette absence. *Primo*, la médiation dans un système procédural qui assure ses avantages semble inopportune **(1)**. *Secondo*, l'existence de la conciliation, vrai sœur jumelle de la médiation, rend cette dernière malvenue **(2)**. *Tertio*, le succès du système procédural concernant les conflits collectifs, peut rendre la médiation intrusive **(3)**.

1-L'inopportunité de la médiation dans un système procédural assurant ses avantages :

³³ F. BEN SALEM : L'entreprise et le droit du travail, Infos juridiques du 12 avril au 9 mai 2006, p.7.

³⁴ H. LAHIANI-DAMMAK : Quelle protection du salarié face au licenciement économique dans le code du travail ? Actes du colloque international « Cinquantenaire du code du travail », Tunis les 27 et 28 avril 2016, p. 55.

³⁵ « Le droit est un système organisé de valeurs, de principes, d'instruments techniques... qu'expriment des règles précises dont on ne peut négliger ni les fondements ni les manifestations concrètes ou formelles. L'analyse du droit en tant que système, c'est-à-dire comme « un ensemble d'éléments en interaction constituant une totalité et manifestant une certaine organisation » peut se résumer dans l'affirmation simple mais fondamentale qu'en droit tout se tient », J.-L. BERGEL : Théorie générale du droit, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, p. 9.

³⁶ Ch. RADE : Libres propos, in Recodifier le code du travail, Dr.soc. 2005, p. 483.



15- Le système procédural dérogatoire institué en matière sociale semble rendre inutile toute adoption de la médiation comme mode de résolution des conflits de travail. Le recoupement éprouvé entre les spécificités de la procédure prud'homale et les avantages prêtés à la médiation pourrait servir d'argument.

La médiation présente le mérite d'être plus simple, plus économique en temps et en argent et plus constructive comparativement aux autres modes traditionnels judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits³⁷. Toutes ces particularités ne présentent-elles pas l'essence même de la procédure à suivre devant les juridictions de prud'hommes, juridictions spéciales aux conflits individuels de travail ?

16- La médiation est, en effet, un mécanisme de règlement de conflits plus simple puisqu'elle constitue un processus informel. La procédure n'est pas codifiée. Elle n'exige pas un grand formalisme³⁸.

La médiation se rapproche ainsi de l'une des caractéristiques de la procédure prud'homale. Le législateur a veillé en effet, à rendre les conseils de prud'homme plus accessibles aux salariés que les tribunaux ordinaires³⁹. L'instance est introduite, conformément à l'article 201 du Code de travail, par une simple requête écrite présentée au greffier du conseil de prud'hommes ou adressée par lettre recommandée. Les parties disposent même de la possibilité de se présenter volontairement devant le conseil de prud'homme⁴⁰ comme si l'affaire avait été introduite par une demande déposée ou adressée au greffier. Toute cette procédure déroge à celles du droit commun.

Mieux encore, même si les juridictions de droit commun statuent en matière prud'homale à défaut de juridiction prud'homale territorialement compétente, la procédure applicable devant les conseils de prud'hommes s'y imposera⁴¹. Bref, la justice prud'homale est assez simple et assez accessible.

17- Elle est en outre rapide. En effet, si le recours à la médiation est justifié par la lenteur du procès, le respect du principe de contradiction implique nécessairement des charges successives d'échange de pièces et d'arguments pouvant allonger les délais. Or, ce même souci anime pareillement l'esprit des règles de la législation sociale. Sensibles au caractère vital des revendications des salariés, les délais de procès sont abrégés. Le délai d'assignation à l'audience est diminué à huit jours par rapport à celui du procès ordinaire de vingt et un jours⁴². Le président du conseil de prud'homme peut même, en cas de besoin, autoriser la convocation pour une durée plus courte et même d'heure à heure⁴³. Il en est de même pour la phase de conciliation, qui même si elle est obligatoire, ne doit pas s'éterniser. L'article 207 du code du travail précise, à cet égard, que l'affaire ne peut être ajournée plus que deux fois aux fins de conciliation. L'ajournement ne peut dépasser, en aucun cas, les quinze jours. Si la conciliation échoue sur certains points et réussit sur d'autres, les parties reconnues exactes par le défendeur devraient être immédiatement réglées. Seules les parties contestées seront soumises au jugement. Par ailleurs, les tentatives de conciliation assurées par l'administration du travail en cas de licenciement économique, et par souci de rapidité, ont été également limitées dans le temps. Des délais bien précis ont été prévus afin de l'initier à examiner le dossier et tenter la conciliation entre les parties dans les temps les plus utiles. L'inspection de

³⁷ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS : Droit et pratique de la médiation, Bruylant, 2008, p. 9 et s.

³⁸ N. DION : L'esprit de la médiation, Gaz. Pal. 22-24 décembre 2013, n° 356 à 358, p. 4042.

³⁹ F. MECHRI : Le droit du travail en Tunisie, Sud éditions Tunisie, 2009, p. 164.

⁴⁰ Art. 203 du code de travail.

⁴¹ Art. 185 du code de travail.

⁴² Art. 202 du code du travail, modifié par la loi n° 94-29 du 21 février 1994.

⁴³ Art. 202 du code du travail, paragraphe 2.



travail dispose, à cet effet, d'un délai de quinze jours⁴⁴. En cas d'échec, elle est tenue de soumettre le dossier à la commission de contrôle du licenciement dans un délai de trois jours suivant la tentative de conciliation. Cette commission est appelée également à procéder à une mission active de conciliation dans un délai n'excédant pas quinze jours à partir de sa saisine.

Le même souci de raccourcir les délais domine les règles procédurales des conflits collectifs où la crise est latente. L'article 380 du Code du travail impose à l'organe qui mène la procédure de conciliation de proposer une solution dans un délai n'excédant pas huit jours à compter de la date d'effet du préavis de la grève.

L'urgence de rendre un jugement dans les plus brefs délais s'accroît à l'occasion de l'échec de la phase de conciliation. A cette fin, le législateur n'a épargné aucun effort pour limiter les délais d'examen des litiges. Lors de l'échange des conclusions entre les parties, l'ajournement de l'affaire pour une nouvelle période ne doit pas dépasser à chaque fois le délai de quinze jours⁴⁵.

18- Et pourtant, les adeptes de la médiation ne manquent pas d'arguments supplémentaires pour défendre l'utilité de ce mode alternatif de règlement de litige. Son coût est, semble-t-il, est moins cher qu'un procès. La durée du conflit étant plus courte, la présence d'un avocat n'étant pas obligatoire, l'exécution spontanée de la solution adoptée, font que les coûts fort importants de la procédure judiciaire sont épargnés ou largement réduits.

Si un tel constat se vérifie aisément pour les autres disciplines juridiques, il n'en est pas de même en matière sociale où la justice est supposée gratuite. Les parties supportent les frais de la procédure de médiation notamment la rémunération des médiateurs⁴⁶. Ces frais auxquels les parties sont épargnés lorsqu'ils entament une procédure prud'homale.

En raison des faibles moyens dont disposent généralement les salariés, de multiples règles sont mises en place afin de rendre la procédure moins onéreuse. Le ministère d'un avocat devant les conseils de prud'hommes est facultatif⁴⁷. Un arrêt civil rendu par la cour de cassation le 16 juillet 1970 rappelle ce principe : « Les parties peuvent se faire assister ou se faire représenter devant le conseil de prud'hommes soit par un avocat, soit par un salarié ou un patron exerçant la même profession à condition que celui-ci soit porteur d'un pouvoir rédigé par écrit »⁴⁸. De même, les actes de procédure, les exploits, les jugements et en général tous les actes nécessaires à leur exécution sont exonérés des frais d'enregistrement et de timbre. Par ailleurs, les frais nécessités par les expertises sont avancés par le trésor public⁴⁹. La Cour de cassation dans son arrêt datant du 16 mai 1970 n'a pas manqué de souligner le caractère moins coûteux de la procédure : « Les conseils de prud'hommes ne sont pas des juridictions de droit commun.... La procédure suivie devant ces juridictions se distingue particulièrement de la procédure suivie devant les tribunaux par sa simplicité et le peu de frais qu'elle nécessite. Les dispositions du Code des procédures civiles et commerciales ne sont donc pas applicables aux litiges soumis à ces juridictions »⁵⁰.

La gratuité de la justice sociale face au coût de la médiation semble être en mesure de justifier l'absence de textes accueillant cette dernière.

⁴⁴ Art. 21-3 du code du travail ajouté par la loi n° 96-62 du 15 juillet 1996.

⁴⁵ Art. 207 du code du travail modifié par la loi n° 94-29 du 21 février 1994.

⁴⁶ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 347.

⁴⁷ Art. 204 du code du travail.

⁴⁸ C. de C. civ. n° 7442 du 16 juillet 1970, Bull. civ., 1970, vol.1, p. 128.

Voir dans le même sens : cass.civ. n° 81623, du 10 juin 2013, inédit.

⁴⁹ Art.212 du code du travail.

⁵⁰ C.de C. Chambres Réunies n° 6711 du 16 mai 1970, R.T.I., 1970, p. 672.



19- Qu'en est-il de l'argument selon lequel la médiation est plus constructive qu'un procès ordinaire ? Certes, cet argument pourrait trouver tout son sens et son intérêt devant les juridictions ordinaires puisque la médiation présume l'accompagnement des parties en les aidant à dépasser leur conflit⁵¹. Il ne peut en être ainsi le cas devant les juridictions de travail. Le paritarisme, caractéristique essentielle de la juridiction prud'homale, rend hypothétique le besoin de consécration de la médiation⁵². Le conseil de prud'homme composé d'un magistrat de carrière, d'un prud'homme patron et d'un prud'homme salarié répond au souci d'associer des professionnels à la résolution des litiges individuels du travail⁵³. Un salarié et son employeur peuvent-ils ainsi espérer être mieux accompagnés, entendus et compris devant une juridiction composée notamment de conseillers appartenant à la même spécialité ?⁵⁴ La présence paritaire est de tout temps garante pour les parties d'une juste appréciation sur le devenir de la demande. Elle est aussi garante du consentement des parties à une éventuelle solution négociée⁵⁵. Elle répond ainsi aux aspirations des justiciables à plus de sécurité et d'efficacité dans le traitement des litiges.

2-Inopportunité de la médiation dans un système procédural comportant sa vraie sœur jumelle :

20- A quoi sert la médiation tant que le législateur a prévu une méthode qui lui est fortement apparentée à savoir la conciliation ?⁵⁶ A travers cette dernière, le législateur s'attache à éviter les décisions tranchées et d'assurer, par conséquent le maintien de la paix sociale. La conciliation est la fonction première et fondatrice du conseil de prud'hommes⁵⁷. Elle est aussi la mission prédominante de l'administration du travail⁵⁸. Elle est le noyau même du rôle des organes intervenants pour résoudre les conflits collectifs. Elle présente, de ce fait, un préalable d'ordre public et une phase obligatoire dans les différents types de conflits⁵⁹.

Un tel esprit ne nous rappelle-t-il pas l'objectif de la médiation de pacifier le conflit et d'exercer une « reliance » ?⁶⁰ La consécration de la médiation s'avère, dès lors, sans intérêt. Elle impliquerait en plus une certaine redondance compliquant davantage le parcours judiciaire.

21- Les deux mécanismes, conciliation et médiation relèvent incontestablement du même esprit : trouver une issue consensuelle par opposition à une solution juridictionnelle

⁵¹ N. DION : Art. précité, p. 4043.

⁵² H. GUETTARD : Le paritarisme prud'homal : attachement syndical et pis-aller judiciaire, Gaz.Pal. 3-4 avril 2015, n°93 à 94, p. 845.

A. LACABARATS : Les juridictions du travail, Gaz. Pal. 21-23 décembre 2014, n° 355 à 357, p. 3661.

Y. ROLLAND : Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité, Dr. Soc. n° 7/8, 2013, p. 620.

⁵³ Art. 186 du code du travail modifié par la loi n° 2006-18 du 2 mai 2006.

⁵⁴ F. MECHRI : op. cit., p. 165.

⁵⁵ Augier (B.) : La médiation dans les conflits individuels du travail. Une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? Dr. ouv., n° 6, 1999, p. 225.

⁵⁶ C. PEULVE : Médiation et conciliation. Des jumeaux vrais ou faux ? Gaz. Pal. 26-28 juin 2011, p. 1475.

⁵⁷ A. BESSON : La conciliation devant le conseil de prud'hommes de Grenoble, Gaz. Pal. 2, doct., p. 1904.

Voir également Rapport : L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI siècle, Dir. A. LASCABARTS, Juillet, 2014, p. 14.

⁵⁸ I. BEN MOHSEN SAYARI : Le statut de l'inspection du travail à l'épreuve de l'exigence d'effectivité du droit du travail, Actes du colloque international « Cinquantenaire du code du travail », Tunis les 27-28 avril 2016, p. 92.

⁵⁹ L'article 207 du code du travail dispose que : « Le conseil de prud'hommes doit avant de statuer tenter la conciliation entre les parties en chambre de conseil. Il est fait mention de cette tentative dans le jugement, à peine de nullité ».

L'art. 21-3 du code du travail.

L'art. 377 du code du travail.

⁶⁰ N. DION : Art. précité, p. 4044.



souvent plus conflictuelle⁶¹. Ils ont un mécanisme identique, une finalité commune, des effets juridiques similaires ou pour tout dire une nature analogue.

● **Un mécanisme identique.** Médiation et conciliation privilégient le dialogue, le contact humain, l'écoute ainsi que la participation des parties en vue de parvenir à un accord. Le conciliateur et le médiateur n'y détiennent pas le pouvoir de trancher le litige⁶². La solution est laissée aux parties contrairement à la procédure d'arbitrage où elle est imposée aux parties par un tiers⁶³.

● **Une finalité commune.** La finalité poursuivie par les deux modes est de faire aboutir les protagonistes à une solution transactionnelle mettant fin à leur litige, de leur éviter la voie judiciaire souvent longue et coûteuse tout en leur permettant d'échapper à une solution imposée par le juge ou l'arbitre. Tels sont les avantages d'une justice négociée et non imposée⁶⁴. La solution issue de la médiation ou de la conciliation serait le reflet de la volonté des parties. Il y aurait donc moins de risque d'obtenir une solution non respectueuse des besoins et des intérêts des deux parties. Cet accord serait plus facilement exécuté dans la mesure où ce sont les parties elles-mêmes qui ont choisi leur solution. Les deux mécanismes, conciliation et médiation, satisfont ainsi à un besoin social de pacification des relations d'une part et de maîtrise du règlement par les justiciables, d'autre part⁶⁵.

● **Des effets juridiques similaires.** Le processus de médiation et de conciliation engendrent des effets juridiques similaires⁶⁶. En cas de réussite du processus, ses effets se traduisent par la conclusion d'un accord entre les parties par lequel ils s'engageront officiellement à respecter les solutions convenues.

22- Cette similitude constatée entre la conciliation et la médiation semble être source de confusion susceptible de constituer un argument supplémentaire justifiant l'absence des textes accueillant la médiation⁶⁷. Le législateur pense-t-il peut être que l'adoption de l'une permet d'exclure l'autre ?

23- La confusion est entretenue par la doctrine. Certains auteurs refusent d'admettre toute distinction⁶⁸. Ils les utilisent à plusieurs reprises comme des synonymes sous prétexte que la médiation n'a pas d'âme propre. Ils font de la conciliation une « conception générique

⁶¹ J. JOLY-HURAND : Conciliation et médiation judiciaires,, Thèse de doctorat en Droit, Université d'Aix Marseille, PUAM, 2002, p. 12.

⁶² J. JOLY-HURAND : Thèse précitée, p. 12.

⁶³ Ch. JARROSSON : art. précité, p. 329.

⁶⁴ B. GORCHS : La médiation dans le procès civil : sens et contresens, Essai de mise en perspective du conflit et du litige, RTD.civ. 2003, p. 409.

⁶⁵ F. VERT : La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement, Gaz. Pal., 31 janvier 2015, n° 31, p. 8.

⁶⁶ J. JOLY-HURAND : Thèse précitée, p. 17.

⁶⁷ M. GUILLAUME HAFNUNG : La médiation, que sais-je ? PUF, 2012, p. 48.

L'auteur parle de « nébuleuse médiation – conciliation ».

⁶⁸ A. PEKAR LEMPEREUR : La technique de conciliation : les six étapes du processus, Gaz.Pal., oct. 1998, n° 227-279, p. 36.

A. PEKAR LEMPEREUR : Contractualiser le processus de médiation, Brochet, Coll. Groupe Essec, 2003.



de la médiation »⁶⁹ l'englobant, et de « l'institution prétorienne de la médiation une modalité du processus de conciliation »⁷⁰.

Même les tentatives d'opérer une distinction n'ont eu pour effet que d'accroître l'opacité entre les deux notions. Les critères avancés sont désormais obsolètes. Ils varient entre la distinction en fonction du type de litige qu'elles permettraient de résoudre⁷¹, selon le moment du recours⁷² ou encore selon la présence des parties⁷³. Toutes ces propositions n'ont pas pour autant permis de dégager une réelle distinction entre médiation et conciliation. Une consécration de la seule conciliation pourrait dès lors faire l'affaire. La médiation judiciaire ne constituera dans ce sens selon certains auteurs « qu'une conciliation bis »⁷⁴.

24- La distinction est encore plus difficile lorsque les critères proposés sont non seulement insuffisants mais aussi controversés. On trouve le tout et son contraire. Il s'agit en l'occurrence du critère tenant au rôle du tiers dans la médiation et conciliation et de son degré d'intervention. Ce critère de distinction a animé les discussions doctrinales françaises depuis plus de vingt ans. Une partie de la doctrine considère que le médiateur est un tiers particulièrement actif qui doit apporter la solution aux parties⁷⁵. Il s'agit de la pratique du « tiers aviseur » dont la mission consiste à donner son avis aux parties. Pour d'autres, le critère est inversé. Le conciliateur suggère une solution aux parties alors que le médiateur se contente d'amener les parties à trouver d'elles –même la solution la plus satisfaisante⁷⁶.

⁶⁹ B. GORCHS : La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, *Droit et société*, 62/2006, p. 224.

Dans le même sens :

Ch. JARROSSON : Médiation et conciliation : définition et statut juridique, *Gaz. Pal.*, 1996, *Doct.* 2, p. 951 « La médiation n'est qu'une expression particulière de l'expression ».

⁷⁰ A. JEAMMAUD : Les contentieux collectifs du travail, *Dr. soc.*, n° 9/10, 1988, p. 700.

⁷¹ La médiation serait plus adaptée au conflit collectif alors que la conciliation répondrait davantage à la résolution des litiges individuels. R. GUILLIEN : Saint-Nicolas du Chardonnet, *Bon offices, conciliation, médiation*, in *Mélanges Robert PELLOUX*, éd. L'Hermès, 1980, p. 177. « Le mot médiation doit être réservée (...) aux recherches de grande ou de très grande portée, touchant les intérêts collectifs toujours très vastes, fréquemment immenses ».

⁷² la conciliation est un arrangement qui précède le procès alors que la médiation est un arrangement auquel les parties font recours au cours du procès.

M. ROUSSEAU – LUCHAIRE : Intervention au colloque « La médiation que l'avenir ?, à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de l'institution du médiateur, le 5 et 6 février 1997, La Sorbonne, Paris, cité par A. ANDRERIE : Médiation et conciliation : quelle distinction en matière juridique ?, mémoire de recherche, Université Toulouse 1, Capitole, 2014, 2015, p....

⁷³ La conciliation se caractérise par la recherche d'une mise en présence des protagonistes alors que la médiation tente à surmonter cette rencontre.

PEDROT et KERNALEGUEN : J.-CI, *Concurrence, consommation*, fasc. 1230, n° 35, 1988 : « la conciliation se caractérise par la recherche d'une mise en présence des protagonistes, alors que la médiation tente de surmonter cette rencontre ».

B. HOLLEAUX : Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge (première partie), *SSL*, 2012, p.1538. « La médiation judiciaire doit se comprendre comme une parenthèse dans le déroulement du procès prud'homal pour permettre aux parties de tenter de régler leur différend par la discussion et l'écoute réciproque ».

⁷⁴ A. BESSON : La conciliation devant le conseil de prud'hommes de Grenoble, *Gaz. Pal.* 1999, 2, *Doct.*, p. 1904.

⁷⁵ G. CORNU : *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 583, le médiateur est défini comme « celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend, à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des personnes en conflit ».

Voir dans le même sens : B. OPPETIT : Arbitrage, médiation et conciliation, *Rev. d'arbitrage*, 1984, p. 307 : « En facilitant chez les parties une meilleure connaissance et une appréciation plus précise de leur position respective, le médiateur joue un rôle plus actif et plus directif ».

⁷⁶ P. LEVEL : A propos de la médiation dans la vie des affaires, *JCP.E*, 1989, II, 15615.



Cette opposition doctrinale malmène les frontières entre la médiation et la conciliation. Elle laisse penser que la question de la différence entre ces deux procédures est inutile⁷⁷ voire impossible.

25- En s'abstenant de consacrer la médiation, le législateur tunisien ne voulait- il pas éviter de consacrer un mode de règlement de litige qui risque de brouiller les institutions ?

26- A l'inutilité de différenciation entre ces deux modes alternatifs de règlement de conflits vient s'ajouter un autre justificatif. Le succès de la conciliation au niveau des conflits collectifs de travail semble justifier la position du législateur tenant à l'inopportunité de la médiation.

3- Inopportunité de la médiation face au succès de la conciliation au niveau des conflits collectifs de travail :

27- Afin d'éviter les troubles sociaux, le législateur a prévu des mesures visant à résoudre de façon pacifique les conflits collectifs du travail. Choissant de les écarter de la compétence des conseils de prud'hommes dont la mission consiste à résoudre les conflits individuels⁷⁸, le règlement des conflits collectifs est recherché à travers l'instauration d'une procédure de conciliation obligatoire et d'arbitrage facultative sans pour autant adopter le mode de médiation⁷⁹.

Si l'échec de la phase obligatoire de conciliation au niveau des conflits individuels est constaté, son succès est au contraire établi au niveau des conflits collectifs. La résolution d'un nombre assez élevé de ces derniers par le mécanisme de conciliation plaide en faveur de celle-ci⁸⁰. Toute tentative d'adoption d'un autre mode telle que la médiation est ainsi vidée de tout sens.

28- Un tel succès s'explique principalement par la nature des organes chargés d'assurer cette mission. Il pourrait s'agir soit de la commission paritaire de l'entreprise⁸¹, soit

S. GUINCHARD : Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable, Dalloz, coll. « Précis », 5^{ème} éd., 2009, p. 1188. « *La conciliation se distingue de la médiation en ce que le tiers intervenant en qualité de médiateur a seulement pour mission d'inviter les parties au dialogue* ».

Voir dans le même sens :

G. CONSTEAUX, S. POILLOT PERUZZETO: La médiation, RTC.c, n° 2, 2014, p. 403, « *Le médiateur accompagne les parties dans la résolution du différend sans faire prévaloir son point de vue alors que le conciliateur s'implique dans la recherche d'un accord* ».

⁷⁷ Ch. JARROSSON : La médiation et la conciliation : essai de présentation, Droit et patrimoine, 1999. « *Il n'y a pas de raison en droit de différencier radicalement conciliation et médiation, car toutes deux sont des processus visant à régler un litige par la recherche d'un accord* ».

Dans le même sens :

Ch. JARROSSON : Définition de la médiation : Glossaire, in Rapport Magendie (J.C.), C.A. Paris, « Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie », 2008, p. 16.

⁷⁸ L'article 183 du code du travail modifié par la loi n° 94-29 du 21 février 1994 dispose que : « *Les conseils de prud'hommes ont pour attribution de résoudre les conflits individuels qui peuvent surgir entre les parties contractantes à l'occasion des contrats de travail ...* ».

⁷⁹ L'article 380 du code du travail dispose que : dispose que : « *La commission régionale ou la commission centrale de conciliation doit proposer une solution au conflit dans un délai n'excédant pas 8 jours à compter de la date d'effet du préavis* ».

L'article 381 bis du code du travail dispose que : « *Les conventions collectives ou les accords collectifs peuvent contenir une clause compromissoire en ce qui concerne les conflits qui pourraient surgir* ».

L'article 381 ter du code du travail dispose que : « *Au cas où le conflit concerne un service essentiel, sa commission à l'arbitrage peut être décidée par arrêté du premier ministre* ».

⁸⁰ Selon les statistiques établies par l'administration générale de l'inspection du travail le taux de réussite de la phase de conciliation au niveau des conflits collectifs en 2015 est de 73 %.

⁸¹ Assignée de trouver des solutions convenant aux deux parties au conflit au sein de l'entreprise selon l'article 376 du code du travail.



des inspecteurs du travail soit encore de la commission régionale de conciliation présidée par le gouverneur assistée par le chef de l'inspection du travail et regroupant les représentants des travailleurs et des employeurs⁸². Ces organes présentent la particularité d'être « des hommes de terrain ». Ils disposent d'une connaissance pointue de la réalité de la relation existante entre les parties en conflit et de la législation sociale applicable, ainsi que d'une parfaite connaissance de l'environnement économique et social de l'entreprise. D'ailleurs, les agents de l'inspection du travail disposent d'une compétence accrue leur permettant d'assurer le suivi de l'exécution de l'accord convenu par les parties sociales conformément au procès verbal établi⁸³.

Ces qualités semblent en mesure de garantir la réussite de la procédure de la conciliation. Il est fort probable qu'elles fassent défaut chez les médiateurs. Ce constat pourrait expliquer davantage la carence législative, carence non seulement justifiable mais aussi soutenable.

B- Déficience soutenable :

29- En se limitant à l'esprit prud'homal de la conciliation qui accorde au juge un rôle primordial, estimé comme garantie pour tout procès équitable, la méconnaissance de l'institution de médiation est-elle toujours défendable en droit tunisien ?

A priori, la réponse semble affirmative. D'ailleurs, la médiation n'a pas été toujours accueillie favorablement ni par la doctrine ni par les magistrats, ni d'ailleurs par les syndicats même dans les systèmes comparés qui la consacrent d'une manière expresse⁸⁴.

30- Les avis oscillent en effet entre hésitations⁸⁵, inquiétudes⁸⁶, réserves⁸⁷ voire même une franche hostilité⁸⁸ et un rejet⁸⁹. La médiation est jugée non seulement dangereuse pour les salariés et périlleuse pour la justice prud'homale, mais elle est aussi mal admise par les syndicats.

1 – La médiation serait dangereuse pour les salariés :

31- Si la médiation est dangereuse pour le salarié, ceci serait dû en réalité à l'existence d'une incompatibilité entre l'originalité de l'esprit de la médiation et la particularité de la relation de travail. En effet, si la première repose sur les principes de liberté et d'égalité entre

⁸² Le conflit lui est soumis faute d'accord trouvé au sein de l'entreprise selon les dispositions de l'article 377 du code du travail.

⁸³ I. BEN MOHSEN SAYARI : art. Précité, p. 93.

⁸⁴ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 161 et s.

⁸⁵ J.-M. OLIVIER : Les clauses relatives à l'extinction du contrat de travail, in « La négociation du contrat de travail », B. TEYSSIE (dir.), 2004, p. 75.

⁸⁶ Ph. AUVERGNON : Médiations et droit des relations de travail : entre intérêt et inquiétudes, in « Médiation et action publique : la dynamique des fluides », PUB, 2005, 247-270.

Dans le même sens également :

Ph. AUVERGNON : Les juges et le droit social : interrogations nationales et approche comparative, HAL, 22 janvier 2007, p. 15.

⁸⁷ K. DEROUVROY : La médiation entre par la fenêtre, Dr. ouvr., n° 5, 2002, p. 197.

⁸⁸ D. BOULMIER : Contentieux individuels du travail et conciliation / médiation : état des lieux (dégradé !), Dr. Soc. n°2, 2012, p. 133.

D. BOULMIER : Médiation judiciaire délégué à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ?, Dr. ouv., n° 5, 2002, p. 185-196.

D. BOULMIER : Médiation et conseil de Prud'hommes : quels risques ? in « Le conseil de Prud'hommes au présent, Le conseil de prud'hommes autrement », in D. BOULMIER (dir.), 2003, p. 79-96.

⁸⁹ B. AUGIER : Art. précité, p. 225.

P. HENRIOT : La médiation n'est pas adaptée au litige prud'homal, SSL, 2012, p. 1539.



les médies au niveau de processus⁹⁰ ainsi que sur l'objectif de réconciliation au niveau du résultat⁹¹, la deuxième est en revanche, basée sur l'inégalité entre les salariés et les employeurs. Une inégalité nécessitant incessamment le recours à un ordre public de protection⁹² et une intervention accrue des juges pour dire qui est dans son bon droit (ce qui est de droit). Ce fait semblerait accommoder mal le droit du travail avec la médiation⁹³.

32- • L'incompatibilité de la particularité de la relation de travail avec l'esprit du processus de la médiation. A examiner de près, tout le processus de médiation s'opposerait à son admission en matière sociale. Processus volontaire, dans la mesure où elle est laissée au libre choix des parties en conflit, processus également consensuel ou les parties protagonistes poursuivent une démarche commune⁹⁴, la médiation diverge dès lors radicalement avec l'esprit d'un droit protecteur né pour pallier les inégalités entre les employeurs et les travailleurs⁹⁵. L'état de subordination du salarié laisse le droit social sensible à tout ce qui est consensuel, à tout ce qui laisse présumer l'égalité entre les parties au contrat.

33- La médiation appliquée aux conflits individuels ne peut dès lors qu'être un outil au service de l'employeur aggravant ainsi le déséquilibre des parties au contrat de travail⁹⁶. Elle paraît ainsi comme un moyen faisant pencher la balance du côté du fort au détriment d'une partie faible prête à accepter tout et n'importe quoi. Le salarié se voit renoncer, dans le cadre d'une médiation judiciaire, à une partie importante de ses prétentions au détriment de ses droits dont le seul avantage consiste à obtenir un versement plus rapide que celui qu'aurait permis la solution judiciaire⁹⁷. Sa situation économique difficile ne lui permet aucun choix.

Perdant non seulement sa qualité de contractant, mais aussi un statut, des garanties, un salaire, une rémunération, bref sa principale source de revenu, le salarié licencié serait certainement tenté par un arrangement à tout prix. En contrepartie, l'employeur, en position de force, pourra assez souvent « acheter la renonciation du salarié »⁹⁸.

34- La médiation n'est plus alors un remède à la lenteur de la justice. Elle cacherait une réalité beaucoup plus inquiétante car elle risquerait de devenir un moyen d'obtenir l'abandon des droits et des garanties que procurent le droit, le procès, et l'office du juge⁹⁹. La médiation arrive alors bon gré, à contourner la règle de droit et à faire minimiser les condamnations de l'employeur. Sans exagération aucune, elle est alors qualifiée de « chance pour le patronat » et de « piège pour les salariés »¹⁰⁰. L'entreprise bénéficierait certainement de la douleur consentie des salariés. Bien que douloureuse pour le salarié, la médiation serait avantageuse pour l'entreprise puisque les coûts de la rupture du contrat de travail seraient économisés. L'ordre économique primerait sur l'ordre social¹⁰¹.

⁹⁰ F. VERT : Médiation : mode d'emploi, Gaz. Pal., 15 novembre 2014, n° 318-319, p. 3564.

N. DION : art. précité, p. 4042/4043.

⁹¹ N. DION : art. précité, p. 4045.

⁹² L. ROZES : Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr.soc., n°9-10, 1977, p. 311.

⁹³ P. HEMIOT : art. précité, p. 1540.

⁹⁴ N. DION : art. précité, p. 4043.

⁹⁵ A. SUPIOT : Pourquoi un droit du travail ? , Dr.soc. n° 6, 1990, p. 488.

⁹⁶ Ch. RADE : Ordre public social, transaction et médiation, SSL, 2002, p. 1100.

⁹⁷ D. BOULMIER : art. précité, p. 191.

⁹⁸ Ch. RADE : L'ordre public social et la renonciation du salarié, Dr. soc., n°11, 2002, p. 935.

Dans le même sens :

B. AUGIER : art. précité, p. 225.

⁹⁹ K. DEROUVROY : art. précité, p. 197.

¹⁰⁰ B. AUGIER : art. précité, p. 225.

¹⁰¹ J.-Fr. SIX, V. MUSSAUD : L'entreprise et la médiation, Personnel n° 394, nov. 1992, p. 57-60.



35- La situation serait susceptible de se compliquer davantage si la médiation est conventionnelle. Sauf à altérer la réalité des choses, comment peut-on imaginer un salarié en position de négocier les clauses de son contrat qualifié par excellence de contrat d'adhésion, et de donner son avis à propos d'une clause de médiation ? Celle-ci ne peut être qu'une clause subie. La partie économiquement faible au contrat de travail est loin de pouvoir exprimer un consentement libre¹⁰².

36- A vrai dire, cette liberté de choix se trouve également gâtée même lorsque la médiation est proposée par le juge à l'audience. Elle est acceptée non parce qu'une « planche de salut est offerte, mais parce que l'autorité et le pouvoir du juge ressenti par le salarié demandeur à l'instance lui fait craindre, en cas de refus de l'offre des conséquences directes sur la solution qui sera in fine donnée à son litige »¹⁰³. La crainte de déplaire au juge¹⁰⁴ qui se prononcera sur le sort du litige, pousserait le salarié à faire des concessions préjudiciables.

Un mécanisme érigé sur l'équilibre serait-il dès lors en mesure de pénétrer une matière par essence déséquilibrée¹⁰⁵ ?

37- • **Incompatibilité de la particularité de la relation de travail avec l'esprit du résultat de la médiation.** La recherche d'une solution d'apaisement et de pacification est l'essence même de la médiation. Si elle peut être déterminante du sort des conflits collectifs, elle ne le serait pas dans le cadre des conflits individuels. Le salarié chercherait ici plutôt à se faire restituer judiciairement ses droits tels qu'ils sont prévus par la loi. Il serait alors tout à fait normal que le salarié affiche une nette faveur vers la saisine du juge préférant ainsi celui « qui dit le droit plutôt qu'un médiateur qui en dilue le contour au profit d'un arrangement »¹⁰⁶.

Contrairement à la médiation en matière familiale par exemple où la dimension personnelle du litige est prépondérante, les parties au litige prud'homal n'ont plus de raisons à première vue de se revoir pour élucider et traiter les causes de leur conflit ni pour prospecter l'avenir de leurs relations¹⁰⁷. Le salarié cherche plutôt à se voir reconnaître son droit et non de recréer le lien social. L'harmonie recherchée par le médiateur peut dans ce contexte s'avérer artificielle occultant l'inégalité réelle des rapports de force¹⁰⁸.

38- Ceci est d'autant plus vrai si la médiation échoue purement et simplement. Le retour à la case de départ ne peut qu'envenimer la situation du salarié déjà affaibli par la perte de sa principale source de revenu. Le coût du temps perdu conjugué au coût de la procédure compliquerait certainement le conflit social. L'aversion des parties l'une pour l'autre n'en deviendrait que plus importante¹⁰⁹. Ceci étant, la médiation prud'homale risque davantage d'être périlleuse à la justice prud'homale.

2- La médiation serait périlleuse à la justice prud'homale :

P. LAFARGE : La médiation judiciaire en matière sociale, R.J.Com. numéro spécial : Le contrat au secours de l'entreprise, (les modes contractuels de résolution des conflits), n°11, nov. 1999, pp. 117-134.

¹⁰² J. Ph. TRICOIT : op. cit., p. 166.

¹⁰³ D. BOULMIER : art. précité, p. 193.

¹⁰⁴ Th. GARBY : Le juge et la médiation, Gaz Pal., 21 décembre 2013, n° 354 à 355, p.3666.

¹⁰⁵ G.-Ph. TRICOIT : Thèse précitée, p. 249.

¹⁰⁶ P. HENRIOT (P.) : art. précité, p. 1540.

¹⁰⁷ P. HENRIOT (P.) : art. précité, p. 1540.

¹⁰⁸ F. DREYFUS : L'ingénierie de la réconciliation. Usages locaux des standards internationaux, in « Après le conflit la réconciliation ? », S. LEFRANC (dir.), Michel Houdiard, éd., 2006, p. 193 et s.

¹⁰⁹ P. HENRIOT (P.) : art. précité, p. 1541.





39- Loin de constituer un simple mode de règlement alternatif des litiges individuels de travail, la médiation formerait une justice privée se substituant à l'instance prud'homale, considérée pourtant d'ordre public¹¹⁰.

Cet évitement de la justice, engendrerait non seulement la privatisation de la justice, mais il cacherait aussi, et ce qui est encore plus grave, la démission du juge

40- • La privatisation de la justice. Symbole même de l'ordre public social, la médiation frapperait en profondeur le monopole du conseil de prud'homme en matière de litige individuel. Cette « marchandisation du contentieux du travail » déstabiliserait la justice prud'homale¹¹¹.

Elle ôterait à la phase de la conciliation tout son intérêt résidant essentiellement dans l'information des parties sur l'étendue de leurs droits. Pourtant, la conciliation est assez souvent vouée à l'échec vu la dureté du contentieux social.

Doubler la phase de la conciliation avec la médiation priverait, par ailleurs, à la conciliation tout son sens. Il est difficile d'imaginer des justiciables voulant concilier devant le conseil de prud'homme après avoir constaté la stérilité des efforts du médiateur¹¹².

La privatisation de la justice qui découle de la médiation doit également alerter les juristes. En effet, même si le médiateur veille essentiellement à rapprocher les points de vue des parties sans disposer de pouvoir décisionnel, il n'est pas astreint à respecter les principes directeurs du procès tel que le principe dispositif ou le principe du contradictoire. Les médiateurs ne sont uniquement tenus qu'à des règles déontologiques. Contrairement au juge qui doit nécessairement appliquer le droit social avec son arsenal juridique protecteur, les considérations relatives à l'application de la loi sont secondaires et même non déterminantes dans l'action du médiateur¹¹³.

41- • Une démission du juge. La médiation judiciaire déléguée à une tierce personne pourrait, selon ses adversaires couvrir une démission du juge¹¹⁴. Un regard sur les expériences comparées est riche d'enseignements. C'est ainsi que la présidente de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble, tournant vers la médiation d'une manière fréquente, n'a cessé de justifier ce recours par « l'impossibilité de juger en droit de manière satisfaisante certaines affaires » et que « la médiation c'est l'école de l'humilité pour le juge : il doit reconnaître que parfois il n'a pas toutes les données pour résoudre équitablement le litige et que le dossier qui lui est remis ne reflète peut être pas toute la vérité »¹¹⁵. Cette justification est fortement contestée en doctrine. En déléguant les affaires au médiateur, les juges semblent vouloir favoriser les solutions issues de l'équité au détriment de l'application pure et simple de la

¹¹⁰ D. BOULMIER : Médiation et conseil de prud'hommes : Quels risques ? art. précité, p. 80.

Y. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et P. DOCKES : Les grands arrêts du droit du travail, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 84.

¹¹¹ B. AUGIER : art. précité, p. 225.

Ch. RADE : Ordre public social, transaction et médiation, art. précité, p. 20.

¹¹² B. AUGIER : art. précité, p. 225.

¹¹³ A. JEAMMAUD : La médiation dans les conflits du travail, art. précité, p. 37.

¹¹⁴ D. BOULMIER : art. précité, p. 193.

¹¹⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et une expérience grenobloise, Gaz. Pal. Doctr. 1, 1998, p. 166 et s.

Voir dans ce sens également :

B. BLOHORN-BRENNEUR : Communication faite au colloque Espace judiciaire et social européen, Bruxelles, 5 et 6 novembre 2001 ; présidence, J. HUBIN, cité par D. BOULMIER : art. précité, p.194.



règle du droit écrite¹¹⁶. Mais les reproches sont indéfinis. La médiation est en outre assez souvent mal accueillie par les partenaires sociaux et en particulier par les syndicats.

3-La médiation, institution mal accueillie par les syndicats :

42- Se présentant comme étant les seuls défenseurs des droits des salariés, les syndicats éprouvent sans cesse une hostilité profonde à l'égard de la médiation qui ne constitue selon eux qu'une manœuvre pour les esquiver.¹¹⁷

La médiation présente une menace réelle à leurs pouvoirs revendicatifs au niveau des conflits collectifs du travail ainsi qu'à leur rôle protecteur au niveau des conflits individuels. D'aucuns ignorent que la recherche d'une solution pacifique est également la fin de l'action syndicale. Or, l'échec d'une négociation pourrait aboutir à l'exercice d'un droit de grève ou de lock-out. Autoriser des tiers à partager ce pouvoir négociateur, mettrait en péril l'exercice réel d'un droit de grève ; lequel constitue aujourd'hui un moyen ordinaire de gestion des conflits sociaux¹¹⁸. L'aboutissement de la négociation et le succès des revendications sont conditionnés par le degré de réussite de la grève. C'est ainsi que les organisations syndicales considèrent alors que la médiation empêche le conflit, alors même qu'en matière de relations professionnelles le conflit ne peut qu'apporter un changement positif¹¹⁹.

43- Comment accepter dès lors une concession pure et simple de leurs pouvoirs à une tierce personne appelée médiateur mettant vis-à-vis un employeur et des salariés ou un employeur et un salarié qui va prendre leur place ? Un médiateur qui peut être : « magistrats honoraires, avocats, notaires, fonctionnaires de police, ou officiers de gendarmerie honoraires, des psychologues, des hommes de terrain, chefs d'entreprise ou conseils d'entreprises, personnes ayant une expérience du syndicalisme salarié ou patronal, médecin... »¹²⁰.

Ces professionnels sont, certes, compétents dans leurs champs d'actions, mais ils sont loin de l'être pour le conflit social. Quant aux chefs d'entreprises et syndicaliste patronal ou salarié, ils ne peuvent présenter la neutralité requise.

44- D'un autre côté, les syndicats ne cessent de maintenir que l'éventuelle négociabilité des droits légaux n'est pas la même selon qu'ils sont accordées aux salariés individuellement ou à l'ensemble du personnel¹²¹. La disponibilité de certains droits est énormément plus réduite s'ils sont reconnus dans l'intérêt de la collectivité du personnel. D'ailleurs il est difficile, voire même impossible, pour les représentants des salariés de conclure des actes abdicatifs au motif que leur statut particulier a été conçu dans l'intérêt collectif des salariés qu'ils représentent¹²².

45- Le législateur tunisien n'a-t-il pas épargné tous ces reproches en s'abstenant de règlementer la médiation ? Or, comment peut-on juger de l'efficacité d'une institution si on ne l'a pas essayé ? N'est-il pas temps d'oser ? Un zeste d'audace ne nuit guère en matière de droit, d'où l'opportunité de réfléchir sur une intronisation expectative.

¹¹⁶ D. BOULMIER : art. précité, p. 195.

E. SERVERIN : Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, Rapport pour le conseil de l'Europe, Rev. nat. Barreaux, janvier-juin 2002, p.37.

¹¹⁷ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 203.

¹¹⁸ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 203.

¹¹⁹ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 427.

¹²⁰ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et expérience grenobloise, Gaz. Pal., 27 janvier 1998, p. 1910.

¹²¹ R. VATINET : L'ordre public, in « Les notions fondamentales du droit du travail », Colloques, sous la direction de B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, LGDJ 2009, p. 106.

¹²² R. VATINET : art. précité, p. 106.





II-UNE INTRONISATION EXPECTATIVE :

46- Les critiques adressées à l'égard de la médiation, aussi convaincants soient elles, ne forcent pas l'adhésion. Plusieurs motifs plaident en faveur de son intronisation afin de retrouver le perdu (A). Mais ceci doit bien évidemment s'accompagner par des garanties (B).

A-Retrouver le perdu :

47- Les reproches exagérés (1), ainsi que les vertus certaines de la médiation (2) permettent de mieux retrouver le perdu.

1-Reproches exagérées :

48- Les vives dénonciations exprimées à l'encontre de la pratique de la médiation afin de légitimer son rejet du système judiciaire semblent exagérées. Les arguments avancés sont d'une relativité et d'une fragilité manifestes ainsi que d'une illusion apparente les rendant inacceptables.

49- • **Des arguments relatifs.** Le risque d'un mécanisme lésant les salariés est incessamment abordé pour empêcher tout recours à la médiation. Il peut être atténué par la souplesse même du principe de l'ordre public social¹²³.

S'érigeant en obstacle à l'admission de la médiation, l'ordre public social peut, en revanche, favoriser l'émergence de la médiation. En effet, même si les parties à un contrat de travail sont soumises à l'ordre public social, « elles disposent d'une certaine marge de manœuvre et d'un pouvoir réel de négociation »¹²⁴. Salariés et employeurs ne sont pas privés de toute autonomie, de toute liberté tant individuellement que collectivement. Cette marge de liberté tient à la nature particulière de l'ordre public social. Contrairement à l'ordre public en général, il n'imposerait pas des solutions intouchables¹²⁵. Il édicte seulement des dispositions « plancher » qui n'interdisaient pas de retenir des réponses différentes de celles-ci lorsqu'elles conduisent à améliorer la situation du salarié¹²⁶. Le salarié qui conclut un accord de médiation doit dès lors retirer des avantages réels en contrepartie de sa renonciation à poursuivre judiciairement son employeur. Les dispositions d'ordre public social laissent aux parties une marge non négligeable d'initiative. Elles peuvent, en effet, renoncer à faire valoir une partie de leurs prétentions à condition de compenser ces abandons par l'octroi d'avantages supplémentaires reconnus au salarié¹²⁷. « C'est tout l'attrait du bilan coût –avantages dans les accords « donnant –donnant », dans lesquels les parties ont entendu lier formellement certaines concessions à l'octroi d'avantages supplémentaires accordés en compensation »¹²⁸.

50- Au lieu d'un vainqueur et d'un vaincu résultant d'une décision judiciaire, la solution issue de la médiation sera plus souple et plus innovante¹²⁹. Chacun des parties y trouve son propre intérêt. Un certain équilibre recherché est assuré particulièrement pour le salarié considéré la partie faible et non incapable de la relation du travail. En acceptant de faire recours à la médiation, ce dernier ne percevrait pas nécessairement une somme inférieure

¹²³ Ch. RADE : L'ordre public et la renonciation du salarié, art. précité, p. 938.

¹²⁴ Ch. RADE : art. précité, p. 937.

¹²⁵ R. VATINET : art. précité, p. 97.

- A. LYON-CAEN : Négociation collective et législation d'ordre public, Dr.Soc., n°2, 1973, p. 90.

¹²⁶ R. VATINET : art. précité, p. 99. « L'ordre public plancher doit s'entendre comme d'un minimum intangible, ce qui suppose des droits ou avantages précisément quantifiables, mesurables. Le minimum légal doit alors être intégralement respecté, sans modification ni aménagement d'aucune sorte ».

¹²⁷ Ch. RADE : art. précité, p. 938.

¹²⁸ Cass.soc. 19 février 1997 ; Compagnie générale de géophysique c/Bloyet et a, Dr.Soc. 1997, p.432, obs. G. COUTURIER, Cass. soc., 3 nov. 1999 ; S.A. OXXO c/Bourdon et a ; Dr. Soc. 1999, p.1101, obs. Ph. WAQUET.

¹²⁹ B. BLOHORN-BRENNEUR : Médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, CSBP, n°314, p. 389.



à celle garantie par la loi à titre d'une indemnité réparatrice du préjudice subi. Il pourra néanmoins renoncer à une partie de ses prétentions initiales portant sur les sommes qu'il réclame au-delà du minimum légal¹³⁰. L'employeur pourrait même réintégrer le salarié ou lui proposer, en médiation, une somme supérieure à celle pour laquelle il a été condamné en 1^{ère} instance par une décision dont il fait l'appel¹³¹.

D'ailleurs, certaines études statistiques en droit comparé ont pu montrer que les droits des salariés étaient plus protégés en pratique¹³². Les craintes précédemment exprimées s'en trouvent par conséquent contredites.

51- Il convient encore de préciser que la réduction des sommes réclamées par le salarié n'est en aucun cas synonyme d'un renoncement de ce dernier à ses droits. D'ailleurs, la doctrine admet la possibilité de renonciation en droit de travail. Les parties peuvent toujours s'accorder dans les matières dont elles ont la libre disposition. Il en résulte qu'elles peuvent transiger sur le montant des indemnités et l'évaluation de l'étendue de préjudice¹³³. Il ne s'agit pas de renoncer par avance à des dispositions d'ordre public, dès lors que les droits en cause sont effectivement entrés dans le patrimoine du salarié¹³⁴. Seules sont exclus les renonciations anticipées. A cet égard, l'article 23 du Code de travail dispose que : « Il n'est pas permis de renoncer préalablement au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu du présent article ». Les critiques sus mentionnées doivent dès lors être relativisées à défaut de preuve tangible.

52- La relativité devrait également prendre en considération le fait que le droit du travail a vu ses objectifs modifié. Celui-ci n'est plus le droit ayant en vue la protection du salarié. On est aujourd'hui tenté de le qualifier du droit de l'entreprise¹³⁵. Stabiliser la situation du salarié passerait désormais par la préservation de la survie de l'entreprise, cellule sociale et source d'emplois. Médiation et entreprise font un bon ménage. La première servirait l'intérêt de la deuxième¹³⁶. Un procès donne généralement une mauvaise image de l'entreprise. Il crée un climat social détestable qui aura un impact sur la motivation du personnel et rejaillit sur le chiffre d'affaires de l'entreprise. En revanche une médiation

¹³⁰ Ch. RADE : art. précité, p. 938.

¹³¹ Gemme-France : Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires, L'Harmattan, 2012, Annexe I, 19, p. 284.

B. BLOHORN-BRENNEUR : La pratique grenobloise, SSL, numéro spécial : De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation, n° 1100, 2 déc. 2002, p. 53.

¹³² Il a été ainsi relevé que la médiation judiciaire menée au stade de l'appel profiterait aux salariés dans près de 38,9% des cas. 15,3% des salariés auraient obtenu des sommes supérieures à celles des condamnations prononcées devant le conseil de prud'hommes. Il y apparaît également que 24,5% des salariés déboutés lors de jugement de première instance ont finalement obtenu une satisfaction partielle dans le cadre de la médiation. Ces chiffres contribuent à démontrer que la médiation judiciaire n'est pas un outil à léser le salarié dans ses droits. Il apparaît cependant que dans 37,8% des cas, les employeurs ont obtenu une réduction des sommes à verser par rapport au jugement prud'homal.

Ministère de la justice française, B. CAMUS (dir.), Les chiffres clés de la justice 2014, 2014, p. 11, cité par P. RAYNAUD : Etude comparée de la médiation judiciaire en droit du travail et en droit pénal, Mémoire de Master de recherche Droit du travail et de l'emploi, Université Toulouse 1 Capitole, 2014/ 2015, p. 69.

¹³³ G.-H. CAMERLYNCK : La renonciation du salarié, Dr.Soc. 1960, p. 62.

P. DURAND : Traité de droit du travail, T.III, 1956, n° 205.

G. COUTURIER : L'ordre public de protection, heures et malheurs d'une veille notion neuve, Etudes offertes à J. FLOUR, Défrénois, 1979, p. 95.

¹³⁴ G.-H. CAMERLYNCK : art. précité, p. 62.

¹³⁵ P.-Y. VERKINDT : L'entreprise, in « Les notions fondamentales du droit du travail », B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon Assas, L.G.D.J., 2009, p. 53.

¹³⁶ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 271.



contribue à pacifier les relations sociales, il n'est plus question de conflits sociaux¹³⁷. Dans cette perspective, la médiation serait perçue par le salarié comme un mécanisme de conservation de l'emploi ou encore mécanisme d'accompagnement en cas de rupture du contrat de travail.

53- • Des arguments fragiles. La médiation est condamnée d'être un moyen pour éviter la justice. Particulièrement, concernant la médiation conventionnelle, accusée d'être un moyen de contourner la compétence d'attribution du conseil de prud'homme¹³⁸, cet argument est loin de paraître décisif. En effet, on peut se demander si la clause de médiation est-elle véritablement en mesure de dessaisir le juge prud'homal de sa compétence pour l'attribuer à un tiers médiateur dépourvu de pouvoir juridictionnel. Plusieurs éléments de réponse peuvent en faire douter.

La prorogation volontaire de compétence se décompose en deux actes. Elle implique, d'une part, une renonciation à la juridiction du tribunal compétent et une attribution de juridiction à un tribunal incompétent, d'autre part¹³⁹. Or, un tel raisonnement ne peut pas se transposer à la clause de médiation. Les tribunaux évincés retrouvent leur plénitude sitôt après l'échec de la médiation¹⁴⁰. La clause de médiation ne rend pas, dès lors, le juge incompétent. Elle ne donne compétence à aucune personne. Contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur ne tranche pas le conflit. Il n'est que l'ordonnateur du processus de négociation¹⁴¹. « N'ayant pas les caractéristiques d'une clause de compétence, la clause de médiation n'enfreint donc aucune règle de compétence »¹⁴².

Il serait, par ailleurs, paradoxal de permettre aux parties dans une relation de travail de mettre fin conventionnellement à leur contrat et de ne pas leur laisser la possibilité d'organiser la manière dont elles entendent négocier, tout en sachant que cette faculté ne les contraint pas quant au résultat¹⁴³.

54- Par ailleurs, l'argument selon lequel la compétence exclusive de la juridiction prud'homale constitue un obstacle à la validité des clauses de médiation est un argument peu satisfaisant. En effet la clause de médiation ne remet pas en cause le principe de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes dans tout différend relatif au contrat de travail et ce, du fait qu'elle n'en attribue compétence à aucune autre instance¹⁴⁴.

55- En outre, il ressort de l'article 207 du code de travail que la conciliation est certes un préalable obligatoire mais uniquement un préalable obligatoire à la phase de jugement et

¹³⁷ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 271.

¹³⁸ Plusieurs arrêts de la Cour de cassation française visent ce fondement :

Cass. Soc. 19 juillet 1988, M. Garessus c/M. Fornasier, Pourvoi n° 58-4. 109, Bull. civ. IV, n° 1080, p. 857.

Cass. Soc. 23 avril 1975, Service social de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence c/Dame Gagneuil, Pourvoi n° 74-40, 065, Bull. civ., V., n° 201, p. 180.

¹³⁹ E. BARTIN : Etudes sur les effets internationaux des jugements, Paris, LGDJ, 1907, p. 73.

¹⁴⁰ LIBCHARBER : Note sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003. M. Daniel Poiré c/M. Daniel Tripier et al. Defernois n° 18, 30 sept. 2003, Jurisp. Art. n° 37. 810, p. 1160.

¹⁴¹ L. CADIET : Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », Institut de Droit Affaires d'Aix-En-Provence, n° 19, p.202.

Voir également dans le même sens :

Ch. JARROSSON : La portée des clauses de recours au règlement amiable, in « Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice », P. CHEVALIER, (dir.), Y. DES DEVICES (dir.), Ph. MILBURN (dir.), 2003, p. 146.

¹⁴² J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 163.

¹⁴³ L'article 14 du code du travail dispose que : « Le contrat de travail à durée déterminée ou à durée indéterminée prend fin :

a-par l'accord des parties ».

¹⁴⁴ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 164.



non pas un préalable général. « Ce n'est pas un préalable absolu mais un préalable relatif »¹⁴⁵. La fonction conciliatrice des conseils de prud'hommes est par conséquent loin d'être un argument solide susceptible de fonder la primauté de la phase de conciliation sur une clause conventionnelle instituant un préalable obligatoire de médiation.

La même logique anime la médiation judiciaire. En fait, cette dernière ne remplacerait pas la tentative de conciliation et ne constitue en aucun cas, une délégation du pouvoir du juge au profit de médiateur¹⁴⁶. Conciliation et médiation peuvent, en conséquence, fonctionner ensemble à titre de complémentarité. Rien ne s'oppose à ce que le conseil de prud'homme propose un recours à la médiation. A cet égard, il convient d'indiquer que le recours à la médiation judiciaire ne peut en aucun cas se substituer à la phase préalable de conciliation qui doit obligatoirement avoir lieu¹⁴⁷. Par conséquent, ce n'est qu'en cas de non aboutissement de la conciliation qu'une médiation peut éventuellement être ordonnée¹⁴⁸.

56- Loin d'être un mode de privatisation de la justice, la médiation est ordonnée par le juge lui-même. « Elle n'est plus une démission du juge, mais une des missions du juge »¹⁴⁹. La tentative de refouler la médiation sous prétexte qu'elle constitue une échappatoire pour le juge afin qu'il n'applique pas les règles d'équité est un argument trompe l'œil. L'application des règles d'équité par le médiateur ne semble pas la singularité de la médiation. En effet, l'arbitre à titre d'exemple n'a pas dans certains cas à se conformer aux règles de droit. Il peut trancher le litige en dehors de ces règles. Il statuera nécessairement en équité. « Que le médiateur puisse se passer de droit, après tout ce n'est pas un exploit inouï : les juges s'en passent bien. Même si on est tenté de voir dans l'usage de l'équité le signe distinctif de la justice alternative, il ne s'agit que d'une simple illusion ; comme si la justice classique, pareillement, n'utilise pas l'équité »¹⁵⁰. D'ailleurs, le renversement de la charge de la preuve en matière de licenciement est un exemple qui trouve son fondement dans les règles de l'équité et non pas dans les règles de droit. La jurisprudence sociale n'a cessé de violer l'article 420 C.O.C. incombant la charge de la preuve au demandeur en la déplaçant à la charge de l'employeur. Elle prend en considération la faiblesse économique et sociale du salarié¹⁵¹.

Les données d'équité et de la morale ne font pas l'exclusivité de la médiation. Elles sont présentes plus au moins « dans l'esprit d'un juge classique à la veille de rendre sa sentence »¹⁵².

57- • Des arguments inacceptables. Les arguments relatifs à l'inopportunité de la médiation sont loin d'être acceptables. Raisonner aux termes que la clause de médiation ne présenterait aucun intérêt¹⁵³ car elle ferait double emploi avec la procédure de conciliation

¹⁴⁵ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 165.

¹⁴⁶ M. BOURRY-d'ANTIN, S. LE DAMANY, V. ASSELINEAU et S. BENSIMON : Art et techniques de la négociation, 2^{ème} éd., Paris, Litec, Coll. Pratique professionnelle, 2003, p. 167.

¹⁴⁷ La Chambre Sociale de la cour de cassation française a d'ailleurs admis la validité d'une complémentarité entre médiation et conciliation en permettant au bureau de conciliation d'ordonner une médiation après l'échec de la tentative préalable de conciliation (Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 03-45.44, Bull. Civ., V. n°22).

¹⁴⁸ En ce sens voir notamment Gemme-France : op. cit., p. 59.

¹⁴⁹ F. VERT : Médiation : mode d'emploi, Gaz. Pal. 15 novembre 2014, n° 318-319, p. 3564.

¹⁵⁰ J. CARBONNIER : Réflexion sur la médiation, in « La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ? », art. précité, p. 15.

¹⁵¹ Cass. civ. n° 13502 du 20/10/1986, Bull. de la Cour de cassation, II, 1986, p. 11.

Cass. civ. n° 22619 du 06/05/1991, Bull. de la Cour de cassation I, 1991, p. 52.

¹⁵² J. CARBONNIER : art. précité, p. 16.

¹⁵³ G. CHABOT : Remarque sur la vocation conciliatoire des juridictions prud'homales, D. 2002, Doct., p. 2142.



légale est insensé¹⁵⁴. En effet si l'objet est identique entre les deux procédures, la manière de procéder à la résolution du conflit est complètement différente. Raisonner autrement serait confondre deux cadres d'intervention totalement distincts. « Comment comparer un processus dirigé par un médiateur qui mène éventuellement à une transaction à un acte juridique élaboré sous la surveillance d'un juge conciliateur »¹⁵⁵.

58- De même, la médiation, et contrairement à ce qu'on a pu soutenir, est loin d'être un mode concurrentiel au pouvoir syndical. Le médiateur ne se substitue pas en réalité aux organisations syndicales ou patronales. Au contraire la médiation pourrait constituer un instrument qui servirait à consolider leur succès dans la résolution des conflits collectifs de travail. Elle permettrait d'assurer la pacification des situations conflictuelles et la relance du dialogue¹⁵⁶ d'autant plus que la fonction de médiateur ne peut être en principe dévolue qu'aux personnes expertes ayant acquis une certaine expérience dans le domaine des relations de travail. D'ailleurs, et particulièrement concernant le conflit collectif, le rapport entre employeurs et salariés devient plus qu'équilibré¹⁵⁷. Les travailleurs représentés collectivement se libèrent de leurs subordinations et peuvent négocier d'égal à égal avec l'employeur. Par son caractère collectif, le droit du travail évite dit-on que le renard libre chasse dans le poulailler à sa guise.

2-Vertus certaines :

59- Il est indéniable que toute décision judiciaire comporte un aléa judiciaire pour le salarié puisqu'il y a toujours un gagnant et un perdant¹⁵⁸. Personne n'ignore aussi qu'un procès n'aboutit pas rapidement à une solution définitive satisfaisante. L'encombrement des tribunaux, la multiplication des jugements inexécutés rend la justice assez souvent inopérante ce qui est certainement assez périlleux. Quant aux syndicats, il serait beaucoup plus inquiétant pour eux l'accumulation des conflits non résolus qui entravent la paix sociale. Ce sont là les véritables craintes qui découlent d'un attachement à un modèle processuel traditionnel de justice non confronté à la réalité, une justice « trop lente, trop chère, trop compliquée, trop lointaine et souvent incertaine »¹⁵⁹.

60- La médiation ne serait-elle pas, vu ses vertus le mode de résolution le plus approprié pour répondre aux aspirations des justiciables ?

L'originalité de la médiation correspondant à une « justice qui observe, qui facilite la négociation qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les

¹⁵⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, La pratique Grenobloise, art. précité, p. 1907.

¹⁵⁵ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 166.

¹⁵⁶ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 65.

¹⁵⁷ Ch. NEAU-LEDUC : L'acte collectif, in « Les notions fondamentales du droit du travail », B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon Assas, Colloques, L.G.D.J., 2009, p. 82.

¹⁵⁸ M. BOITTELLE-COUSSAU : Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?, Gaz. Pal. 12-13 janvier 2015, n° 164, p. 13. « La médiation, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire peut-être préconisée dans l'hypothèse d'un aléa judiciaire et lorsque l'application stricte du droit risque de porter atteinte à l'équité ou de conduire à un déséquilibre entre les parties ».

Voir également :

F. VERT : Médiation : mode d'emploi, art. précité, p. 3565.

¹⁵⁹ J.-M. COULON : L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), Paris, Economica, 2001, p. 133.



parties, qui préservent le tissu social »¹⁶⁰, ce qui rime avec la dimension non conflictuelle du droit social.

61- Ce recoupement d'objectif semble faire de la matière sociale un des domaines qui se prête le mieux à cette mesure. Ses notions clés de paix sociale, de négociation et de responsabilisation des parties dans la relation de travail s'accommodent avec la pacification des conflits objectifs même de la médiation. Elle permettrait d'une part à chacun « d'exprimer ses ressentis et de s'expliquer »¹⁶¹. D'autre part, elle responsabilise les parties qui trouveront elles-mêmes rapidement une solution durable volontairement exécutée¹⁶². La médiation dispose dès lors le mérite d'être parallèlement un vecteur de pacification des conflits de travail et un facteur d'enrichissement de la justice prud'homale.

62- • Un vecteur de pacification des conflits de travail. La médiation révèle toute sa force de séduction du moment qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une justice orientée vers le compromis et la paix sociale¹⁶³. Elle permet d'atteindre cet objectif en assumant un rôle préventif qui lui permet de devancer les conflits de travail, d'une part et un rôle curatif qui lui agréé de les résoudre, d'autre part¹⁶⁴.

63- -Une pacification à travers une médiation préventive : La médiation pourrait s'associer ou consolider les efforts des partenaires sociaux dans la recherche de favoriser la paix sociale. On y voit un mécanisme assurant l'effectivité du droit de négociation collective¹⁶⁵.

En tant qu'une forme de justice facilitant la négociation, la médiation est aussi conçue comme un mécanisme de relance de la négociation collective et un moyen de la débloquer¹⁶⁶. Les différends collectifs inhérents à tous les systèmes de relations professionnelles sont la conséquence d'un blocage du processus de négociation collective menée par les partenaires sociaux. Si le blocage n'est pas dépassé, il aboutirait généralement à une action collective conflictuelle telle que la grève. Des relations professionnelles solides et durables impliquent, dès lors, l'établissement de dispositifs de prévention des conflits dont notamment la médiation¹⁶⁷. La « machinerie » de la négociation collective peut la relancer grâce à « une justice de dialogue »¹⁶⁸. Une tierce personne pourra aider les parties protagonistes à poursuivre le processus de négociation en les faisant comprendre qu'elles peuvent avoir des intérêts communs et à rétablir la communication là où la négociation a échoué. Les parties pourront ainsi trouver elles-mêmes une solution aux conflits qui les opposent¹⁶⁹.

64- Par ailleurs, l'instauration de nouveaux dispositifs de prévention des conflits collectifs ainsi que l'adoption des voies de recours alternatives souples sont de nature à

¹⁶⁰ G. CANIVET : Le juge et la recherche de la solution, Semaine sociale Lamy, Supplément n° 1100 du 2 décembre 2002, les actes du colloque de Valence, 2002.

¹⁶¹ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, art. précité, p. 1229.

¹⁶² B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p. 1229.

¹⁶³ J.-M. COULON : Réflexions sur la proposition civile, Rapport au garde des sceaux, Paris, La documentation française, 1997, p. 17.

¹⁶⁴ J.-F. SIX : Le temps des médiateurs, Le Seuil, 1990, p. 50.

V. aussi : M. GUILLAUME HAFNUNG : La médiation : une méthode douce, Gaz.Pal. 28 juin 2007, n° 179, p. 59.

¹⁶⁵ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 65.

¹⁶⁶ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 66.

¹⁶⁷ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 65.

¹⁶⁸ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 65.

¹⁶⁹ S. OLNEY, M. RUEDA : Convention n° 154, Promotion de la négociation collective, Convention sur la négociation collective, 1981 (n° 154), 1ed, OIT/BIT/Département du dialogue sociale de la législation et l'administration du travail (Dialogue) : Genève (Suisse), 2005, p. 13. Disponible en ligne à l'URL suivante : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpial/downloads//>.



concilier entre la compétitivité économique et le progrès sociale. La médiation est par là une technique d'affermissement de la négociation collective érigée en procédé régulier d'équilibre entre les aspirations sociales et la compétitivité de l'entreprise¹⁷⁰.

65- L'entreprise est aujourd'hui au cœur de droit du travail. Elle nécessite la mise à sa disposition des instruments juridiques propres à anticiper et à répondre aux différentes situations sociales économiques et financières qu'elles peuvent rencontrer. La médiation en tant qu'un bon moyen de gestion des risques est l'un de ces outils¹⁷¹. Etant « une justice de reliance »¹⁷², elle permet d'instaurer une bonne ambiance relationnelle, un climat propice au travail et par la même la rentabilité et la performance de l'entreprise¹⁷³. Elle réconcilie de manière à ce qu'un certain équilibre relationnel soit instruit. Les risques de résurgence du conflit seront minimes. La médiation garantit la poursuite de la relation de travail car elle est supposée avoir contourné tous les points conflictuels, mettre en évidence le nœud du problème, liquider les rancœurs et les frustrations en permettant ainsi aux parties d'avancer et de placer le conflit derrière elles¹⁷⁴.

Il y'a même plus. La pacification est également assurée à la lumière de son rôle curatif

66- Une pacification à travers une médiation curative : Le processus de médiation est d'une souplesse fascinante qui contribue à atteindre cette finalité. Il permet, en effet, une prise en compte globale du conflit proposant ainsi des solutions « sur-mesure » loin du « prêt à porter » offert par la justice¹⁷⁵.

La solution judiciaire ne permet de traiter le conflit que dans sa dimension juridique. En revanche, la médiation prend en considération tous ses aspects relationnels, psychologiques et émotionnels. Ces dimensions peuvent revêtir une importance toute particulière dans le cadre d'une relation de travail. Pour le juge, il s'agit de la partie invisible du conflit personnel nourri de rancœurs, de malentendus et de non-dits¹⁷⁶. La méconnaissance de ces aspects revient à apporter au litige une solution tronquée à la situation des parties « de telle sorte que le procès n'aura finalement contribué qu'à cristalliser leurs ressentiments respectifs et non à les dissiper »¹⁷⁷.

La médiation répond ainsi à la quête des parties « d'une justice humaine privilégiant l'écoute à la sécheresse du droit »¹⁷⁸.

67- Cela se vérifie notamment lorsque le contentieux fait suite à la rupture du contrat de travail. Le licenciement n'a pas seulement des répercussions économiques. La spécificité des litiges en droit du travail tient au fait qu'ils se rattachent à l'Homme, à son existence, à ses moyens de substance et à sa dignité. Le licenciement peut heurter également un certain

¹⁷⁰ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 138.

¹⁷¹ L. MATTEI : La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation, Thèse précitée, p. 109.

¹⁷² J.-F. SIX, V. MUSSAUD : Médiation, Seuil, 2002, p. 92.

N. DION : L'esprit de la médiation, art. précité, p. 4045.

¹⁷³ G. DEHARO : Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? Petites Affiches, 13 février 2012, n° 31, p.3.

Voir également :

A. BERNARD : L'optimisation du contentieux par les entreprises, Recueil Dalloz, 2009, p. 1706.

¹⁷⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, art. précité, p. 251.

¹⁷⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, art. précité, p. 1227.

¹⁷⁶ B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p. 1129.

¹⁷⁷ B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p. 1229.

¹⁷⁸ B. GORCHS : La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, art. précité, p.228.



nombre de « besoins fondamentaux »¹⁷⁹ tels que le besoin de créativité puisque le salarié devient inactif, le besoin d'appartenance vu qu'il est évincé de son milieu de travail et mêmes ses besoins affectifs tant qu'il est écarté de ses collègues¹⁸⁰. « Dans de telles hypothèses, la médiation permet de gérer des émotions qui ne sauraient l'être dans un palais de justice »¹⁸¹.

68- Le conflit est un « mal social » qui appelle une résolution adaptée. La médiation épargne, en effet, la verticalité de la solution judiciaire qui n'est pas toujours adéquate aux intérêts divergents de l'employeur et du salarié¹⁸². Elle ne consiste pas à « trouver la solution la plus juste sur le plan juridique mais celle qui s'ajuste le mieux aux intérêts respectifs des parties »¹⁸³. « Le droit sépare. La médiation rapproche »¹⁸⁴. « Il s'agit là d'une justice tournée vers l'avenir au lieu de se borner à juger le passé, d'une justice de réparation qui facilite la coopération et la solidarité »¹⁸⁵. Les parties sont, en réalité, à l'origine même de la solution édictée. Le risque de sa contestation ultérieure est bien moindre que dans le cas d'une solution imposée aux parties de l'extérieur. La sécurité juridique se trouve dès lors renforcée.

69- • Un facteur d'enrichissement de la justice prud'homale : La médiation n'est plus perçue comme un facteur d'évitement de la justice mais plutôt un facteur de son enrichissement¹⁸⁶. Elle participe à assurer une résolution simplifiée et accélérée du conflit de travail d'une part tout en servant par conséquent comme palliatif à l'encombrement juridictionnel d'autre part.

Les règles juridiques auxquelles la décision judiciaire obéit sont très contraignantes au point de mettre en œuvre un rituel particulier¹⁸⁷. L'affranchissement de la médiation à ces règles lui permet de surmonter les obstacles à l'instauration d'un dialogue direct et apaisé entre employeur et salarié. La simplicité découle du fait que la médiation échappe à la lourdeur et à la complexité pratique des règles procédurales et à l'existence d'une manière unique de résoudre les conflits qui convienne à tous¹⁸⁸.

70- La résolution simplifiée du conflit par la médiation assure sa résolution accélérée. La médiation trouve effectivement toute son efficacité en lien avec le facteur temps. Malgré les efforts législatifs d'instaurer un système judiciaire rapide, la pratique le contredit. Les conflits individuels en matière sociale entraînent des années devant les tribunaux avant de rendre une décision définitive, quid de la situation économique des salariés ?¹⁸⁹ « Beaucoup

¹⁷⁹ En ce sens ; GEMME-FRANCE : Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaire, op. cit., p. 58.

¹⁸⁰ GEMME-FRANCE : op. cit., p. 58.

¹⁸¹ B. BLOHORN-BRENNEUR lors de son intervention « Enjeux et intérêts de la conciliation et de la médiation en matière sociale » dans le cadre du colloque Justice du XXIème siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?, tenu à Toulouse le 13 février 2015, cité par P. RAYNAUD : Mémoire précité, p. 64.

¹⁸² B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, art. précité, p.1231.

¹⁸³ B. GORCHS : La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, art. précité, p. 244.

¹⁸⁴ L. FOULETIER : Discours de clôture, in « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail », Colloque de Grenoble, 5 février 1999, Gaz. Pal., 28-30 novembre 1999, p.51.

¹⁸⁵ J. VERIN : Le règlement extra-judiciaire des litiges, Revue de Sciences criminelles et droit pénal comparé, 1982, p. 182.

¹⁸⁶ M. GUILLAUME HAFNUNG et F. VERT : Construire la confiance entre justice et médiation, Gaz. Pal., 20-22 décembre 2015, n° 354 à 356, p. 3565.

M. GUILLAUME HAFNUNG : La médiation : des textes à la pratique – Propos conclusifs, Gaz.Pal., 22-24 décembre 2013, n° 356 à 358, p. 4080.

¹⁸⁷ M. GUILLAUME HAFNUNG : op. cit., p. 113.

¹⁸⁸ B. BLOHORN-BRENNEUR : La pratique grenobloise, art. précité, p. 1110.

¹⁸⁹ B. BANDLER : La médiation et la justice prud'homale : une association nécessaire, Gaz.Pal. 7 juillet 2015, n° 186 à 188, p. 2498.



d'eau aura alors coulé sous les ponts », dit-on. La médiation peut ainsi pallier à la longueur des procédures et à l'insuffisance des moyens de la justice. Sa durée demeure dans tous les cas moindre que celle nécessaire si les parties avaient fait appel aux juridictions concernées¹⁹⁰. Cependant, cette référence à la célérité ne doit pas tromper. La médiation permet d'accélérer le règlement du conflit, mais tout en prenant le temps nécessaire à sa disparition.

71- Par le traitement rapide du conflit, la médiation peut s'avérer également une solution au dysfonctionnement actuel de la justice. Les juridictions prud'homales sont tellement encombrées jusqu'au point de les qualifier de « juridictions prud'homales à bout de souffle »¹⁹¹ ou encore de « justice du travail asphyxiée »¹⁹². La médiation servirait dès lors d'instrument précieux d'évacuer certaines affaires.

72- L'impuissance et l'inadaptation des instruments classiques de traitement du contentieux procurent à la médiation toute sa place dans le système juridictionnel. Elle s'impose, en effet, pour combler les limites de conciliation. Le faible taux des conciliations judiciaires est l'une des causes essentielles des stocks importants des dossiers non résolus¹⁹³. Pendant longtemps, une idée régnait selon laquelle le juge est le mieux placé pour tenter d'amener les parties à rechercher elles – mêmes une solution amiable à leur litige¹⁹⁴. Le législateur a créé en conséquence une phase obligatoire de conciliation¹⁹⁵. « Cependant il faut bien reconnaître que la conciliation a cédé la place à quelque chose de bien plus excitant : le procès »¹⁹⁶.

Le nombre dérisoire des conciliations montre bien son échec dû en réalité à plusieurs causes. Certaines sont imputables directement ou indirectement au juge. D'autres sont dues aux parties et précisément à l'employeur.

Quant aux causes imputables au juge, elles tiennent d'abord au fait que les conseillers de prud'hommes se trouvent submergés par les dossiers. Ils n'ont pas alors le temps de concilier. Ils sont dans l'impossibilité de sacrifier une heure ou deux pour régler une affaire par la conciliation. Ils consacrent généralement une dizaine de minutes par affaire¹⁹⁷. La conciliation ne serait par conséquent admissible que pour les petites affaires¹⁹⁸.

En tenant compte par ailleurs du fait que la conciliation est assurée par celui qui jugera l'affaire, toute garantie de confidentialité fera défaut en cas d'échec. Il serait difficile au juge de juger l'affaire sans prendre en considération tout ce qui se dit devant lui. « La solution transactionnelle pourrait être perçue comme une sorte de jugement anticipé et les parties

¹⁹⁰ J.-B. PERRIER : Médiation pénale, Rep. Dr. pén. Octobre, 2014, n° 25.

¹⁹¹ D. METIN : La juridiction prud'homale à bout de souffle, SSL, Actualités, 2013, p. 1575.

¹⁹² S. FOULON : La justice du travail asphyxiée, Liaisons sociales Magazine, n° 133.

Voir également : A. LACABARTS : L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle, Rapport au Ministre de la justice, juillet 2014.

V. aussi : D. COQUEL : La médiation des textes à la pratique, Gaz.Pal., 22-24 décembre 2013, n° 356 à 358, p.4040.

¹⁹³ B. BANDLER : art. précité, p. 2498.

B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail, Gaz.Pal., 1^{er} et 2 juillet 1998, p.2.

A. SUPLOT : Déclin de la conciliation prud'homale, Dr.Soc., n°3, 1985, p. 225.

¹⁹⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, op. cit., p. 1228.

¹⁹⁵ L'article 207 du code du travail.

¹⁹⁶ A. LACABARTS : Les juridictions du travail, Gaz.Pal., 21-23 décembre 2014, n° 355 à 357, p.3665.

¹⁹⁷ A. BESSON : La conciliation devant le conseil de prud'hommes de Grenoble, Gaz. Pal., 1999, 2 Doct., p.1904.

¹⁹⁸ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, art. précité, p.251.



craindront de trop en dire au risque de desservir une argumentation future »¹⁹⁹. En outre, si la conciliation doit obéir au principe contradictoire, le juge ne pourra faire sortir une partie pour s'entretenir seule avec une autre.

L'insuffisance ou l'absence même de formation des juges à la technique de communication et à la conduite des entretiens semblent être enfin l'une des causes du faible taux de conciliation judiciaire²⁰⁰.

Les causes d'échec de la conciliation pourraient être imputées dans d'autres cas aux parties au procès telle que l'absence de l'employeur. Ce dernier est totalement absent ou seulement représenté par son avocat dans la majorité des cas puisque sa comparution personnelle n'est pas obligatoire²⁰¹.

73- Toutes ces insuffisances rattachées à la conciliation l'empêchent de garantir une résolution des conflits. Dans ce contexte, la souplesse offerte par la médiation peut paraître un remède approprié. Il est préférable de recourir à une tierce personne qui dispose de tout le temps nécessaire et qui aura la formation adaptée. Elle dispose aussi de la possibilité de choisir de recevoir une partie sans l'autre afin d'assurer la confidentialité des débats et devant laquelle les parties du litige sont dans l'obligation d'être présents²⁰².

74- En offrant tous ces avantages, la médiation ne peut qu'être introduite dans le système procédural tunisien à titre d'association nécessaire avec le modèle de justice prud'homale maintenue. Toutefois, cette introduction ne doit être faite que dans le cadre des garanties essentielles.

B-Assurer la garantie :

75- L'intégration de la médiation dans notre système procédural prud'homal doit se faire avec prudence, conscience et attention.

La réception de la médiation doit se faire avec prudence puisqu'elle doit être réalisée au prix de certaines adaptations compte tenu de la spécificité du droit social et de l'ordre public en la matière.

La réception doit se faire aussi avec conscience. Il semble utile, en effet, de tirer les leçons des failles des expériences du droit comparé. Les résultats ne sont pas à la hauteur des attentes étant donné que la médiation est méconnue voire refusée devant les juridictions prud'homales, alors qu'elle se soit développée devant les juridictions civiles²⁰³.

La réception de la médiation doit enfin se faire avec attention. Il s'agit de structurer sans rigidifier²⁰⁴. « La médiation doit rester un processus et non devenir une procédure »²⁰⁵.

76- Pour être rassuré du respect des droits des salariés ainsi que des règles d'ordre public, l'intronisation de la médiation doit être entourée par les garanties nécessaires, sans la

¹⁹⁹ B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p.251.

²⁰⁰ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, art. précité, p.1228.

²⁰¹ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale..., art. précité, p.252.

²⁰² B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p.252.

²⁰³ B. BANDLER : art. précité, p. 2500.

²⁰⁴ F. VERT : art. précité, p. 3564.

« L'un des principaux intérêts de la médiation réside dans sa souplesse, sa faculté de trouver des solutions équitables ».

M. GUILLAUME HAFNUNG, F. VERT : art. Précité, p. 3565.

²⁰⁵ M. GUILLAUME HAFNUNG : op. cit., p. 10.



détourner pour autant de son esprit. Au droit à un procès équitable, on s'attend à prévoir un droit à une médiation équitable²⁰⁶.

Pour y aboutir, il faut en garantir le succès (1) et en assurer la sécurité.

1- Garantir le succès :

77- Garantir le succès de la médiation est une nécessité pour qu'elle ne reste pas un corps sans âme. Elle s'impose non seulement en tant qu'une alternative de règlement de conflit, mais aussi dans le règlement même de conflit.

78- • Garantir le succès de la médiation : une alternative de règlement de conflit de travail. Une médiation doit être bien distinguée des autres MARC et particulièrement de la conciliation²⁰⁷. Pour que ce mode de justice négocié soit « la boîte opérationnelle espérée »²⁰⁸, il faut qu'il soit doté dès son admission d'outils bien définis assurant son particularisme.

Le succès de la médiation est tributaire de la possibilité de l'identifier, en la spécifiant d'une définition propre, d'une nature juridique spéciale et d'un régime juridique spécifique à l'occasion de son accueil dans la législation²⁰⁹. Un encadrement juridique clair est indispensable.

79- Une médiation fructueuse dépend de la « capacité de prendre la médiation au mot, c'est-à-dire à la définir et à la prendre au sérieux, à lui conférer un régime juridique conforme à sa nature et cohérent avec sa définition »²¹⁰.

80- Réussir l'institution de la médiation dans le système procédural prud'homal est aussi tributaire de sa réglementation précise afin d'inciter les parties protagonistes à y recourir. Le salarié ne sera d'ailleurs, tenté de choisir la médiation comme mode de résolution de son conflit que s'il est rassuré du maintien de son droit au recours aux juridictions ainsi que celui de refuser le recours à la médiation.

81- Le droit au recours direct aux juridictions prud'homales doit être préservé même s'il y a une convention de médiation et même si le processus est déjà lancé.

La solution apportée par la jurisprudence française à la première question doit être retenue expressément par le législateur. La cour de cassation française a considéré, à cet égard, que la clause de médiation insérée dans un contrat de travail n'empêche pas de saisir directement le conseil de prud'homme²¹¹. La nécessité d'une libre disposition ne serait exclue pour le salarié²¹². La médiation ne serait, dès lors, un moyen de détourner le recours au juge paritaire du conseil de prud'homme contrairement aux prétentions de ses opposants²¹³.

Le salarié doit avoir aussi la garantie de pouvoir s'engager dans un processus de médiation sans crainte de se voir opposer ultérieurement l'expiration du délai dans lequel il

²⁰⁶ F. VERT : art. précité, p. 3565.

L. CADIET : Construire ensemble une médiation utile, Gaz.Pal. 17-18 juillet 2015, n° 198 à 199, p. 2125.

²⁰⁷ P.-G. MARLY : Les obstacles à la médiation. Gaz.Pal. 22-24 décembre 2013, n° 356 à 358, p.4046.

²⁰⁸ M. GUILLAUME HAFNUNG , F. VERT : art. Précité, p. 3565.

²⁰⁹ M. GUILLAUME HAFNUNG , F. VERT : art. précité, p. 3565.

V. également : L. CADIET : art. précité, p. 2123.

²¹⁰ L. CADIET : art. précité, p. 2123.

²¹¹ Cass.Soc. 5 décembre 2012, Pourvoi n° 20004, JCP, 2013, 1075, note G. FRANÇOIS ; R.D.C. 2013, 1010, obs. C. PELLETIER.

²¹² D. CHALET : La médiation judiciaire en procédure civile, Gaz.Pal. 22-24 décembre 2013, n° 356 à 358, p.4048.

²¹³ D. BOULMIER : Médiation judiciaire délégué à une tierce personne et instance prud'homale..., art. précité, p.191.



pouvait valablement faire valoir ses droits²¹⁴. La suspension de prescription pourrait être un élément déterminant dans le choix de recourir à la médiation. « Le salarié peut y être réticent si la médiation lui faisait courir le risque de se voir privé d'une solution judiciaire en cas d'échec de la mesure du fait de l'écoulement du temps »²¹⁵.

82- Concernant la médiation judiciaire, cette dernière doit avoir aussi un caractère facultatif et non obligatoire. Une médiation attractive nécessite impérativement le recueil préalable du consentement des parties. Toute contrainte conduit inéluctablement à son échec²¹⁶.

La seule incitation à la médiation doit couvrir la forme d'information. Le succès de la médiation dépend dans ce sens de la sensibilisation à l'importance de l'institution et à ses avantages. Informer est le mot clé²¹⁷. Il faut informer les justiciables sur le mode de son fonctionnement et l'intérêt d'y recourir. Une information transparente doit ainsi porter sur le coût de la médiation. Ce dernier doit être raisonnable et proportionnel aux intérêts en cause voire même concurrent à la gratuité théorique supposé de la justice prud'homale²¹⁸.

83- • Garantir le succès de la médiation : une alternative dans le règlement du conflit de travail. Pour une médiation fructueuse, Les maîtres –mots sont la confiance et la confidentialité.

84- La confiance est l'un des éléments clé de la médiation. Il faut que les protagonistes aient confiance en leurs médiateurs pour assurer le bon déroulement et la réussite du processus²¹⁹. Des dispositions juridiques doivent être mises en place afin de prévenir les abus, et notamment de fixer le statut du médiateur et les règles de la procédure de médiation.

Un médiateur inspirant confiance aux parties doit être en principe choisi. Selon les principes fondamentaux de la médiation, la désignation du médiateur relève du libre choix des parties²²⁰. A titre de garanties, ce choix doit être encadré sans pour autant le restreindre. Les garanties doivent prendre en considération les qualités du médiateur, l'impartialité, l'indépendance, la compétence sont les ingrédients d'un bon médiateur²²¹.

85- Ces garanties exigées ne sont pas spécifiques au droit du travail mais elles sont communes aux autres matières. Certains organes ne peuvent remplir les qualités sus-indiquées et ne sont pas en mesure par conséquent de mener le processus de médiation en matière sociale.

²¹⁴ P. RAYNAUD : mémoire précité, p. 44.

²¹⁵ P. RAYNAUD : mémoire précité, p. 45.

L'article 2238 al.1 du code civil français dispose que : « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ».

²¹⁶ En ce sens, V. N. FRICERO (dir.) : Le guide des modes amiables de résolution des différends (M.), Dalloz, coll. Guides Dalloz, 2014, 2015, p. 107.

V. également : C. HAMMERBRATH : La médiation en droit du travail : une solution durable, JSL 2011, p. 302.

²¹⁷ L. CADIET : Construire ensemble une médiation utile, art. précité, p. 2125.

²¹⁸ L. CADIET : art. précité, p. 2126.

²¹⁹ M. LASSNER : Quel médiateur pour quelle médiation ?, Gaz. Pal. 3-4 avril 2015, n° 93-94, p.850.

V. aussi : D. CHOLET : art. précité, p. 4049.

²²⁰ F. VERT : Médiation : mode d'emploi, art. précité, p. 3567.

V. aussi, M. GUILLAUME-HAFNUNG : La médiation : des textes à la pratique – Propos conclusifs, art. précité, p.4082.

²²¹ N. FRICERO (dir.) : op. cit., p. 18.

V. aussi : J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS : Droit et pratique de la médiation, op. cit., p. 131.



Tel est le cas d'ailleurs de l'inspecteur du travail. Il ne peut pas se poser en médiateur crédible dans la mesure où cette fonction irait à l'encontre de la sienne. En assumant le rôle de médiateur ou de pacificateur, l'inspecteur du travail sera naturellement appelé à chercher avant tout le compromis. Du coup, il sera amené à se dessaisir de sa fonction de contrôle et de police où toute idée de compromis devrait être exclue²²². Il n'y a pas alors lieu à transiger là où la loi s'impose de façon impérative. L'un des principes indiqués dans l'article 3 de la convention n° 81 sur l'inspection du travail stipule fermement d'une manière explicite que « la conciliation et l'arbitrage sont deux missions incompatibles avec l'inspection du travail ». La même solution devrait être retenue pour la médiation car elle relève du même esprit. C'est ainsi qu'il faudra s'orienter vers la création d'un corps de médiateurs détachés de l'administration du travail.

Les organisations syndicales sont également touchées par cette exclusion. Le rôle de médiateur, qui est parfois étrangement revendiqué par ces organes, est en opposition avec leurs missions²²³. L'acteur syndical est une partie prenante. Il ne peut se positionner ni en acteur neutre ni même en tant que médiateur. Comment assurer l'impartialité et l'indépendance dans le règlement d'un conflit alors même que l'objet syndical consiste en la défense de l'une des parties en présence ?²²⁴

Les institutions représentatives du personnel à l'intérieur de l'entreprise sont aussi frappées de l'incompatibilité d'accomplir la tâche de médiateur. Leurs fonctions s'opposent à l'exercice d'une fonction de médiation. Le rôle qui leur est dévolu en tant que porte-parole et représentant des intérêts du personnel ne leur permet pas d'être des médiateurs faute de neutralité, d'impartialité et d'indépendance²²⁵.

86- En dépit de l'importance certaine de toutes ces qualités classiques exigées, elles demeurent insuffisantes. La formation du médiateur est l'une des garanties fondamentales. La qualité professionnelle constitue la voie raisonnable dans le choix²²⁶. Bien que la médiation ne soit pas une profession, elle doit être en revanche une qualité professionnelle²²⁷. « Le choix de la professionnalisation de la médiation implique la labellisation des médiateurs par des associations spécialisées en la matière, labellisation de nature à satisfaire les exigences d'un succès »²²⁸.

D'ailleurs, la formation à la médiation ne comprend pas uniquement une « formation à la méthodologie de la médiation mais aussi une formation à la déontologie de la médiation »²²⁹. Cette déontologie est un facteur essentiel de confiance. Elle traduit l'essence des principes directeurs de la justice négociée dont le respect de la confidentialité.

87- De plus, l'employeur ou le salarié pourraient librement s'exprimer devant le médiateur en leur garantissant qu'ils sont à l'abri de se voir invoquées devant les juges les pièces divulguées qui contrarient leurs intérêts. La confidentialité semble être par conséquent

²²² R. VATINET : L'ordre public, art. précité, p.2.

V. également : M. GUILLAUME-HAFNUNG : op. cit., 27. « La nature de la mission première des inspecteurs du travail fournit un butoir d'importance à leurs activités de médiation. Ils demeurent des fonctionnaires investis d'une mission de contrôle et prérogatives de puissance publique qui contraste avec la base contractuelle de leur activité complémentaire de médiation ».

²²³ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 269.

²²⁴ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 269.

²²⁵ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 262.

« Il s'agit avant tout d'un organe consultatif et récepteur d'information ».

²²⁶ M. GUILLAUME-HAFNUNG : art. précité, p. 4082.

²²⁷ L. DRUGEON : Les pratiques de la médiation judiciaire, Gaz-Pal., 27-28 mars 2015, p. 4062.

²²⁸ M. LASSNER : art. précité, p. 849.

²²⁹ L. CADIET : art. précité, p. 2126.



un préalable indispensable à l'instauration d'un dialogue fécond entre employeur et son ex-salarié lors de la médiation²³⁰.

Une médiation bien conduite par un médiateur loyal et crédible dans les bonnes conditions requises peut ainsi mieux aboutir au règlement d'un conflit que tout autre mode de règlement.

La garantie du succès doit épouser également celle de sécurité.

2-Assurer la sécurité :

88- La sécurité juridique²³¹ ne peut être invoquée en dehors de l'institution judiciaire. Le juge ne doit pas être exclu du dispositif. Sa présence est indispensable dans le processus de la médiation étant donné qu'il est le gardien de l'ordre public et le garant des droits des parties. La médiation ne postule pas son exclusion même si elle est extrajudiciaire²³². Le juge interviendra par des prérogatives d'appréciation limitée, non absolue et de contrôle rigoureux.

89- • Appréciation limitée. En matière de médiation judiciaire, c'est le juge qui choisit d'orienter certaines affaires vers la médiation. Quels sont les critères qui lui permettent d'effectuer une telle sélection ?

90- Un regard sur les expériences pratiques en droit comparé pourrait servir à la proposition d'un certain nombre de critères nécessaires pour assurer une bonne sélection et un bon tri du contentieux pouvant relever de la médiation²³³.

La typologie du contentieux pour lequel une médiation est envisageable s'est progressivement dessinée. Elle comporte « les affaires factuelles et affectives »²³⁴. Les critères affectifs sont déduits de l'ancienneté du salarié. Le licenciement du salarié n'a pas le même impact pour celui qui a vingt ans dans l'entreprise ou celui qui n'a qu'un an d'ancienneté. Les critères affectifs sont déduits également de la petite taille de l'entreprise, de l'existence d'un lien familial unissant le salarié et employeur. Il en est de même lorsque les parties doivent garder des liens dans l'avenir²³⁵.

91- Toutefois, la disparité des critères laisse un pouvoir d'appréciation au juge qui procèdera à une certaine harmonisation des pratiques de médiation.

Une fixation typologique « indicative » des dossiers « médiabiles » pourra s'avérer capitale afin d'assurer une certaine cohérence dans la politique judiciaire²³⁶. La sécurité juridique sera ainsi assurée. La même sécurité est aussi assurée pour les conflits collectifs où les conflits juridiques sont exclus du champ d'application de la médiation. Seuls les conflits économiques dits aussi conflits d'intérêts sont « médiabiles ». Une telle restriction trouve sa justification dans « l'absence d'un processus d'unification de recommandations opposées »²³⁷. Seuls les partenaires sociaux auront le monopole de négociation au niveau des conflits juridiques sans l'assistance d'une tierce personne.

²³⁰ D. CHOLET : art. précité, p. 4049.

V. également L. SCHENIQUE : De la confidentialité de la médiation, Petites affiches, n° 121, 18 juin 2014, p. 6.

²³¹ V. Dr.Soc. numéro spécial « La sécurité juridique en droit du travail », n°7/8, 2006, pp. 703-774.

²³² L. CADIET : art. précité, p. 2124.

²³³ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale..., art. précité, p. 253.

²³⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale..., art. précité, p. 253.

²³⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, art. précité, p. 1230.

B. BLOHORN-BRENNEUR : art. précité, p. 1230.

²³⁶ J. CLAVIERE-SCHIELLE : Résurgences de la médiation et pratique de la Cour d'appel de Paris, SSL, numéro spécial : De la rupture négociée du contrat du travail à la médiation judiciaire n°1100, 2002, p. 49.

²³⁷ J.-Ph. TRICOIT : op. cit., p. 339.



92- • Contrôle rigoureux. L'accord de médiation suppose des concessions réciproques, une renonciation de ses parties à une fraction de leurs prétentions.

La subordination du salarié qui constitue l'âme même du droit du travail et la contradiction existante entre les fondements la médiation (égalité, liberté) et ceux du travail salarié (inégalité et subordination) rendent la renonciation risquée. Le juge devra, dès lors, intervenir pour y exercer un contrôle rigoureux. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, la fonction de contrôle prendra la forme d'une homologation de l'accord de médiation²³⁸. L'homologation ne devra pas être ni un choix pour les parties ni une option pour le juge. L'accord ne sera parfait que lorsqu'il est homologué. L'homologation implique une appréciation objective des droits des salariés.

Il ne suffit pas d'une simple appréciation subjective se limitant à s'assurer que les parties adhérentes bien à l'accord signé²³⁹. La vérification de la qualité du consentement des parties qui doit être libre, éclairé et non équivoque relève d'une conception consensualiste. Les partisans de cette conception partent du fait que si le consentement du salarié est valablement donné à une solution négociée, il n'y a pas lieu à subir aux parties les entraves d'un quelconque ordre public²⁴⁰. Or la vérification de la qualité du consentement des parties est insuffisante. Une conception protectrice des droits des salariés réclame une vérification judiciaire des exigences légales même si elle laisse un champ restreint à la créativité et à l'originalité dans l'élaboration des contrats²⁴¹.

Le juge est le garant des droits des salariés. Il vérifiera si la liberté des parties n'est pas altérée et si l'accord a été signé par apaisement et non par épuisement²⁴².

Le jugement d'homologation devra avoir la force exécutoire de sorte qu'il sera impossible postérieurement d'intenter une action en nullité²⁴³. Une telle force participera à préserver la stabilité des accords conclus et par la même à instaurer la sécurité juridique.

CONCLUSION :

93- Telle une famille unie par le sang, mais étant de caractères différents, le destin des modes alternatifs de résolution de conflit ne peut être le même.

Enfant légitime, bien imbibé des règles de bonne manière, la conciliation, à force de vouloir respecter les principes traditionnels a fini par se perdre. Incapable de tenir son rôle concernant les conflits individuels, elle n'a pu jouer un rôle que concernant les conflits collectifs. Quant à l'arbitrage, ayant très tôt, quitté le cocon familial pour rejoindre d'autres terres, il a fini par être écarté des grandes décisions relatives aux conflits individuels. Enfant non désiré, la médiation, a longtemps été relégué aux oubliettes. Pourtant porteuse de bonne

²³⁸ B. BLOHORN-BRENNEUR : La pratique grenobloise, art. précité, p. 55.

J. JOLY-HURAND : Considère également que le juge devrait homologuer l'accord à la demande des parties et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur cette demande : Médiation et conciliation, Rep. Pr.civ., Dalloz, juin, n° 527, pp. 42-43.

Il est à noter que cette interprétation n'est pas celle rendue par la Cour de cassation française datant du 18 juillet 2001, pour cette dernière le juge dispose d'une option : accepter l'homologation ou la refuser.

²³⁹ B. BLOHORN-BRENNEUR : La pratique grenobloise, art. précité, p. 55.

²⁴⁰ B. BLOHORN-BRENNEUR : La pratique grenobloise, art. précité, p. 55.

B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, art. précité, p. 1231.

²⁴¹ S. GUNCHARD (dir.) : Droit et pratique de la procédure civile, 2005/2006, n° 325, p. 592.

²⁴² B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation prud'homale, art. précité, p. 1231.

²⁴³ B. BLOHORN-BRENNEUR : La médiation judiciaire en matière prud'homale, art. précité, p. 252 et s.



graine, elle est capable de gérer les conflits les plus tendus aussi bien individuels que collectifs.

Il est dans notre droit positif des notions et des institutions juridiques qui sommeillent dans l'attente d'une germination future à l'image de ce qui survient dans la nature où singulièrement après qu'une graine ait été enfouie trouvant les conditions climatiques, météorologiques et on ne sait pas encore propices, elle germe donnant la vie à un arbre fécond qui de par sa grandeur est capable de réunir toute la famille.