

## 1165 Libres et brefs propos sur la médiation

Romain CHISS,  
avocat associé Vivant Chiss



**La médiation présente des intérêts que l'on ne retrouve pas dans les autres modes alternatifs de règlement des conflits. Pour autant, son succès dépend d'un certain nombre de conditions qui devraient être réunies préalablement à la décision de s'engager dans un tel processus.**

1 - « Rapide et dynamique, plus économique qu'une procédure, loin de l'aléa judiciaire, la médiation permet de restaurer la relation et donne aux parties la possibilité d'élaborer elles-mêmes la solution à leur différend ». Ces mots en forme de slogan sont ceux du courrier désormais adressé par la chambre sociale du tribunal de grande instance de Nanterre pour proposer aux parties d'entrer en médiation dans le cours de la mise en état de leur affaire.

« Rapide et dynamique », « loin de l'aléa judiciaire », propos audacieux de la part d'une juridiction... Mais attention : la médiation ne doit pas devenir le dérivatif systématique des dysfonctionnements de la justice. Certaines affaires se prêtent à la médiation, d'autres non. Et pour celles pour lesquelles c'est le cas, cela doit l'être indépendamment de considérations liées à l'engorgement des tribunaux ou à leur manque réel de moyens.

Soyons donc vigilants vis-à-vis de cette systématisation des propositions de médiation (parfois de manière insistante) qui se propage aujourd'hui à grande vitesse dans les tribunaux et des cours. Et ce d'autant plus que cette tendance devrait d'ailleurs s'accélérer : la dernière loi de programmation et de réforme de la justice<sup>1</sup> prévoit que le juge peut désormais enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur pour un entretien informatif sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation en tout état de la procédure, y compris en référé<sup>2</sup>. Parions donc sur le fait que les tribunaux conserveront leur libre arbitre et sélectionneront (sur la base de critères qu'il leur appartiendra de définir) les affaires pouvant être efficacement résolues dans le cadre d'une médiation.

**Ndlr :** cette étude est issue de l'intervention de l'auteur au colloque organisé le 5 avril 2019 au Sénat, sous la présidence de Jean-Guy Huglo et Denis Piveteau, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II), sur le thème « Les contentieux du travail ».

1. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : JO 24 mars 2019 ; JCP S 2019, act. 169, aperçu rapide Th. Lahalle.
2. Cette loi prévoit également que l'instance pourra être reprise malgré la caducité de la désignation du médiateur pour défaut de consignation si la médiation a été ordonnée en cours d'instance.

Plus généralement, et ce sera l'objet de notre propos, la médiation est clairement une alternative intéressante et efficace au contentieux, mais si et seulement si certaines conditions (sur lesquelles nous reviendrons) sont réunies. Et ce sera donc tout naturellement dans ce cas qu'elle trouvera son intérêt.

2 - **Définition.** – On distingue la médiation « judiciaire », c'est-à-dire celle qui intervient alors qu'un procès est engagé, et la médiation « conventionnelle », c'est-à-dire celle qui peut être décidée en dehors de toute procédure judiciaire.

Une définition en est donnée à l'article 21 de la loi du 8 février 1995<sup>3</sup> : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ». Une définition à peu près similaire de la médiation conventionnelle est donnée à l'article 1530 du Code de procédure civile<sup>4</sup> : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

En résumé, la médiation est un **processus structuré**, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

L'idée est donc assez simple en apparence : la médiation consiste dans la recherche d'une solution négociée et élaborée avec l'aide d'un médiateur. Contrairement à la conciliation, elle n'est pas élaborée avec l'aide du juge. Et contrairement à la transaction, elle n'est pas

3. L. n° 95-125, 8 févr. 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : JO 9 févr. 1995.
4. Créé par l'article 2 du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, relatif à la résolution amiable des différends.

élaborée par l'intermédiaire de l'avocat mais par les parties elles-mêmes, aidées par un médiateur. Ce sont les caractéristiques et singularité de la médiation.

Il est possible de recourir à la médiation dans de nombreux domaines du droit : en droit du travail, en droit de la famille, en droit pénal, en droit administratif, ou encore, par exemple, en droit de la consommation (notamment par l'intermédiaire du médiateur bancaire ou du médiateur des télécommunications).

**3 - Médiation en droit du travail.** – Aussi étonnant que cela puisse paraître, la médiation conventionnelle ne s'appliquait, jusqu'en 2015, qu'aux différends transfrontaliers (*C. trav., art. R. 1471-1*). Sans doute devait-il être considéré qu'il n'était pas nécessaire d'étendre au droit du travail les dispositions relatives à la médiation conventionnelle, dans la mesure où la procédure prud'homale comprenait déjà un préalable de conciliation.

En 2015, le législateur<sup>5</sup> a finalement élargi le champ de la médiation conventionnelle à l'ensemble des différends s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail. Depuis cette date, il est donc possible d'avoir recours « sans modération » à la médiation conventionnelle en droit du travail. Les parties peuvent même mettre en œuvre la médiation conventionnelle convenue aux termes du contrat de travail ou stipulée par la convention collective applicable dans l'entreprise. Le législateur a en effet mis un terme à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui considérait qu'une clause de médiation stipulée par une convention collective n'était pas opposable au salarié<sup>6</sup>. Il en était de même pour la clause de médiation prévue par le contrat de travail, la chambre sociale ne lui reconnaissant pas d'effet contraignant au motif que le salarié ne pouvait pas être empêché de saisir directement le juge prud'homal devant lequel il existe une procédure de conciliation obligatoire<sup>7</sup>. Cette position de la chambre sociale était en sérieux décalage avec celle des chambres civile et commerciale pour lesquelles, depuis longtemps, la clause de médiation constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent<sup>8</sup>.

Aujourd'hui, il n'y a donc plus de frein à la possibilité de recourir à une médiation en droit du travail, que ce soit dans le cadre des relations individuelles de travail, ou à l'occasion de conflits collectifs. À propos des conflits collectifs, il convient de rappeler que la médiation existe depuis très longtemps dans le Code du travail (*C. trav., art. L. 2523-1 et s.*). On a coutume, à ce titre, de citer comme première médiation judiciaire dans un conflit collectif, celle qui fut ordonnée par le président du tribunal de grande instance de Paris dans le conflit Citroën-Talbot en 1968<sup>9</sup>.

Mais la pratique de cette médiation très (trop) encadrée par les textes s'avère très contraignante. Elle ne peut en effet intervenir qu'en cas d'échec d'une procédure de conciliation préalable<sup>10</sup>. Elle est donc à notre connaissance très peu utilisée.

Notons également que, depuis 2012, la loi prévoit un mécanisme de médiation ayant vocation à traiter spécifiquement des situations de harcèlement moral<sup>11</sup>. Là aussi, cette médiation apparaît peu mise en œuvre en pratique, les entreprises préférant en cette matière les procédures idoines qu'elles ont elles-mêmes mises en place, unilatéralement ou par accord collectif.

**4 -** Après ce très bref rappel, venons-en aux deux questions qui nous paraissent essentielles : quel est l'intérêt de recourir à la médiation ? (1) Comment faire du recours à la médiation une réussite ? (2)

## 1. Quel intérêt de recourir à la médiation ?

**5 -** Les intérêts de la médiation sont essentiellement de trois ordres :

- D'abord, elle permet de contourner la lenteur des procédures judiciaires liée à l'engorgement des tribunaux (d'après les dernières statistiques disponibles du ministère de la Justice : la durée moyenne des affaires au fond terminées au conseil de prud'hommes était de 17,3 mois en 2017).

- Ensuite, elle est un moyen de pallier l'aléa judiciaire, et donc, par ricochet, d'éviter la décision défavorable qui pourrait faire jurisprudence.

- Enfin, elle est une façon de parvenir à un accord qui revêt, par nature, un caractère confidentiel.

**6 -** Ce sont en effet des intérêts très importants. Mais au fond, qu'apporte la médiation par rapport à une transaction ? Tous les intérêts précités se retrouvent dans le cadre d'une transaction : les parties négocient un accord par l'intermédiaire de leurs avocats ; cet accord est confidentiel ; il évite l'aléa judiciaire.

**7 -** Où est donc la spécificité de la médiation ? En fait, nous n'en voyons qu'une seule : contrairement à la transaction, la médiation permet de donner la possibilité aux parties de s'exprimer, de verbaliser elles-mêmes leur ressenti. Exprimé ainsi, cela peut avoir l'air insignifiant. Mais c'est pourtant le cœur de la médiation. On pourrait presque dire qu'elle consiste en une sorte de « thérapie de groupe ». L'effet de catharsis doit faciliter le rapprochement des parties. La dimension psychologique du conflit revêt ici une importance majeure. Il s'agit de travailler sur la dimension humaine du conflit ainsi que sur les ressorts psychologiques des protagonistes. L'objectif est de retrouver un équilibre relationnel entre ces derniers qui puisse favoriser des discussions (redevvenues) rationnelles, apaisées et constructives. La dimension juridique doit quant à elle s'effacer (en tous les cas dans un premier temps).

**8 -** Ce processus a été très bien expliqué par un universitaire américain, Thomas Fiutak<sup>12</sup>, professeur de médiation à l'université du Minnesota, connu pour sa « roue », communément appelée « la roue de Fiutak ».

au chapitre III, soit à la procédure d'arbitrage prévue au chapitre IV si les deux parties en conviennent ».

11. *L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, de modernisation sociale, complétée par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.*

*C. trav., art. L. 1152-6, al. 1<sup>er</sup> : « Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause ».*

12. *Th. Fiutak, Le médiateur dans l'arène. Réflexions sur l'art de la médiation : Éditions Erès, 2009.*

5. *L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO 7 août 2015.*

6. *Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.518.*

7. *Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, JurisData n° 2012-028265 ; JCP S 2013, 1075, note G. François. – V. D. Boulmier, Contentieux individuels de travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !) : Dr. soc. 2012, p. 121. – B. Holleaux, Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge : SSL 2012, n° 1538.*

8. *Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424 : JurisData n° 2003-017812.*

9. *P. Draï, Libres propos sur la médiation judiciaire, Etudes Pierre Bellet, Litec, 1996, p. 123. – G. Flécheux et P. Lafarge, La médiation », Mélanges offerts à Pierre Draï, Le juge entre deux millénaires : Dalloz, 2012, 301.*

10. *C. trav., art. L. 2522-6 : « En cas d'échec de la procédure de conciliation, le conflit est soumis soit à la procédure de médiation dans les conditions prévues*