

Recueils
de textes

Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert

Édité par
Rémy Wyler
Anne Meier
Sylvain Marchand



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



CG
Collection
Genevoise

Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert

Édité par
Rémy Wyler
Anne Meier
Sylvain Marchand



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2015

Citation suggérée de l'ouvrage: RÉMY WYLER / ANNE MEIER / SYLVAIN MARCHAND (éds), Regards croisés sur le droit du travail: *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève / Zurich 2015, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8544-1

ISSN Collection Genevoise 1661-8963

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Avant-propos : hommages à Gabriel Aubert	IX
Une journée du Juge Gabriel	
RÉMY WYLER	
DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE	1
Le sort des attestations écrites de tiers (« affidavits ») en procédure civile	
DAVID AUBERT	
DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL.....	9
La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail	
FLORENCE AUBRY GIRARDIN	
DRE EN DROIT, JUGE AU TRIBUNAL FEDERAL.....	27
Le droit de la concurrence en tant que droit social	
CHRISTIAN BOVET	
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE.....	41
Médiation et conflits de travail	
PASCALE BYRNE-SUTTON	
DRE EN DROIT, MÉDIATRICE ASSERMENTÉE.....	53
Assurance-chômage et droit du travail : quelques cas tessinois	
DANIELE CATTANEO	
DR EN DROIT, JUGE AU TRIBUNALE DI APPELLO, PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DES ASSURANCES DU CANTON DU TESSIN.....	73
Arbeitsrecht und Wettbewerb	
WOLFGANG DÄUBLER	
DR EN DROIT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE BRÈME.....	93
Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante : entre Charybde et Scylla	
GIUSEPPE DONATIELLO	
DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL	109

Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC)

JEAN-PHILIPPE DUNAND

DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL..... 131

Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen Personen

THOMAS GEISER

DR EN DROIT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE ST-GALL 149

L'incapacité de travail « à géométrie variable »

WERNER GLOOR

AVOCAT, JUGE SUPPLÉANT À LA COUR DE JUSTICE, GENÈVE 163

Les clauses d'effectivité dans les conventions collectives de travail

BORIS HEINZER

DR. EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL..... 177

La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail

MICHEL HOTTELIER

PROFESSEUR À LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE 185

Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189)

KARINE LEMPEN

DRE EN DROIT, BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES 201

Le compte épargne-temps en droit suisse du travail

ANNE MEIER

DRE EN DROIT, AVOCATE 213

Quelle place réserver au licenciement par actes concluants en droit du travail suisse ?

ELSA PERDAEMS

DOCTORANTE, ASSISTANTE AU DPT DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE 233

Aktuelle Rechtsprobleme bei Arbeitszeugnissen Eine kritische Betrachtung ausgewählter neuerer Urteile

PROF. DR. IUR. WOLFGANG PORTMANN, RA MLAW ANDREAS HOLENSTEIN 249

Les effets de l'incapacité de travailler pour cause d'une maladie successive à la résolution du contrat de travail	
IVANO RANZANICI	
JUGE CANTONAL, TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES DU TESSIN	271
Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement	
JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER	
DR EN DROIT, AVOCAT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE	285
Réflexions libres sur le contrat de stage	
ZOÉ SEILER	
DRE EN DROIT, LL.M., AVOCATE-STAGIAIRE	299
De quelques idées reçues en droit de la fonction publique	
THIERRY TANQUEREL	
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	311
Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO	
ANNE TROILLET	
LL.M., AVOCATE SPÉCIALISTE FSA DE DROIT DU TRAVAIL	321
Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers	
ADRIAN VON KAENEL	
DR EN DROIT, AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT DU TRAVAIL, CHARGÉ DE COURS À L'UNIVERSITÉ DE ZURICH.....	331
Ressorts méconnus du droit du travail suisse	
AURÉLIEN WITZIG	
DR EN DROIT, AVOCAT	347
Le Tribunal fédéral et Gabriel Aubert	
RÉMY WYLER.....	359
Notice biographique de Gabriel Aubert	383
Liste des publications de Gabriel Aubert	385

Médiation et conflits de travail¹

PASCALE BYRNE-SUTTON

DRE EN DROIT, MÉDIATRICE ASSERMENTÉE

I. Préambule

Des chefs d'entreprise confrontés à de multiples conflits de travail. Un coût en honoraires d'avocat qui dépasse bien souvent les prévisions. Des travailleuses et des travailleurs comme figés dans des blessures incicatrisables. Des rancoeurs, souvent contagieuses, qui alimentent des tensions au sein des équipes. En bref, des climats de travail qui en deviennent délétères².

Et cette conviction qu'il doit bien y avoir d'autres manières de résoudre les problèmes à la satisfaction des parties, en les responsabilisant, en leur rendant leur autonomie, en leur offrant la faculté de décider de façon consensuelle de la solution qui permettra à chacun de sortir à l'aise d'un problème qui leur empoisonne la vie.

Ces dernières années, je me suis éloignée du droit du travail pour me tourner résolument vers la médiation dans les relations du travail³, les conflits de voisinage et la médiation administrative.

Les lignes qui suivent ont pour but de présenter la médiation dans les relations du travail, en tant qu'alternative ou en complément à la voie judiciaire. Quelques années de pratique de la médiation permettent de mettre en relief la place du droit du travail face aux cas rencontrés.

¹ L'auteure de cet article a rédigé une thèse sur le travail à temps partiel, sous la supervision du professeur Gabriel Aubert ; elle a travaillé vingt ans à l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) à Genève, en tant qu'inspectrice du travail, inspectrice cantonale du travail adjointe, puis directrice adjointe.

² Parce que la communication est à la fois la plus naturelle et la plus compliquée des choses, à lire PICAR Dominique, MARC Edmond, *Petit traité des conflits ordinaires*, Editions du Seuil, Paris, 2006. Selon ces auteurs, les relations interpersonnelles peuvent aussi bien produire écoute et bonne entente que malentendus et disputes. Le conflit naît de la manière de communiquer ensemble.

³ La médiation est une et plurielle. L'expérience de ces trois domaines différents montre que si les règles déontologiques sont bien les mêmes dans chacun d'entre eux, les modalités pratiques varient sensiblement d'un champ à l'autre. Pour une description des différents modèles, voir FAGET Jacques, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Collection Trajets, Eres, Paris, 2010, pp. 109 ss.

« Le tribunal peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation » (art. 214 CPC). Dans son message à l'appui du projet de code de procédure civile, le Conseil fédéral envoyait un signal clair en faveur de la médiation :

« L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le tribunal ... est une autorité. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir »⁴.

L'on verra qu'on est encore loin du changement de paradigme qu'invoquent les fervents adeptes de la médiation. Si elle est bien implantée dans le domaine familial, elle peine encore à s'installer en tant que solution pour permettre de résoudre les conflits de travail. C'est ce que montre en tous les cas le très faible nombre de cas de médiations à la juridiction des Prud'hommes à Genève.

II. Délimitations préalables

La médiation est prévue aux articles 213 à 218 CPC dans la partie II du titre II consacré aux dispositions spéciales, sans qu'elle y soit formellement définie. La médiation peut être choisie en tout temps ne fois une procédure initiée devant le Tribunal, au stade de la conciliation (art. 213 CPC) ou pendant la procédure au fond (art. 214 CPC).

Il existe de multiples définitions de ce qu'est la médiation, selon qu'elle a vocation à établir ou rétablir le lien social ou qu'elle est plus tournée vers la prévention ou la recherche d'une solution, etc. Retenons que selon Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, la médiation rejoint la maïeutique (art de faire accoucher) avec pour objectif d'amener les participants à trouver par eux-mêmes une solution autonome grâce à l'intervention d'un tiers⁵.

⁴ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841.

⁵ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, La médiation, Presses Universitaires de France Collection «Que sais-je?», n° 29030, 5e édition mise à jour, Paris, 2009, p. 86 ss.

En matière de relations du travail, tout différend peut trouver une solution par la voie de la médiation : un tel processus peut d'ailleurs être prévu dans le contrat de travail ou une convention collective, les parties – ou les partenaires sociaux⁶ – s'engageant à l'avance à résoudre tout conflit par cette voie amiable préalablement à la voie judiciaire.

La médiation peut être le moyen choisi par l'entreprise pour prévenir les conflits à l'interne ; une petite entreprise aura tendance à recourir aux services d'un médiateur indépendant auquel les collaboratrices et collaborateurs pourront faire appel en toute discrétion.

Les grandes entreprises se dotent de leur propre service interne de médiation pour gérer les conflits interpersonnels⁷. Les employeurs sont d'ailleurs plus qu'encouragés à prendre de telles mesures au vu de l'obligation de protection de la santé qui leur incombe en application de l'art. 6 de la loi fédérale sur le travail (LTr). Rappelons à cet égard que, dans un arrêt du 9 mai 2012, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'étendue de l'obligation posée par cet article 6 LTr.

Sur dénonciation de T., l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) avait mené une enquête dans l'entreprise et examiné les mesures mises en place par E pour protéger son personnel. Les jugeant insuffisantes, l'inspecteur du travail avait demandé leur amélioration. Lors d'une nouvelle inspection, il considéra que le dispositif en place n'étaient pas conforme aux directives du Secrétariat à l'économie (SECO), les employés devant avoir la possibilité de se confier à une personne de confiance n'appartenant pas à la hiérarchie, ce à quoi E s'était opposé. Selon le Tribunal fédéral, il importe que la personne désignée par l'entreprise dispose d'une formation adéquate et noue une relation de confiance avec les personnes amenées à lui demander conseil. *« Il ne s'agit donc pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse mais seulement de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui le personnel puisse s'adresser en toute connaissance de cause »*⁸.

⁶ Dans le cadre de négociations tendues entre partenaires sociaux à l'occasion du renouvellement d'une convention collective de travail ou d'indexations salariales, l'aide d'un médiateur pourra être bienvenue en soutien des secrétaires patronaux et syndicaux.

⁷ C'est un constat que fait Arnaud STIMEC : « La médiation interne est préférée à la médiation externe dans toutes les situations types. Le médiateur externe semble particulièrement mal perçu dans des situations mettant en cause le pouvoir du répondant (c'est à dire incluant ses subordonnés). La médiation externe semble plus acceptable en situation de relation externe (relations clients – fournisseurs) ou face à la hiérarchie (le répondant étant en position de subordonné). » in : STIMEC Arnaud, La médiation et l'entreprise en France, p. 20.

⁸ 2C_462/2011, consid. 5.2.

La médiation s'est développée à l'origine à la faveur de différentes catégories de professionnels provenant du social, de l'éducation et du monde juridique. Si, dans le cadre de la médiation familiale, l'on rencontre plus fréquemment des médiateurs ayant une formation initiale en psychologie ou en éducation sociale, les juristes sont passablement plus nombreux dans les relations du travail⁹.

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG critique le flou conceptuel qui entoure la notion même de médiation en comparaison avec la conciliation judiciaire ou l'arbitrage ; elle relève en particulier que nombre de professionnels se proclament médiateurs, sans avoir suivi une quelconque formation dans le domaine¹⁰.

En Suisse, l'activité de médiateur ne fait pas partie des professions dont le titre est reconnu à l'échelon fédéral, de sorte qu'une large place est laissée aux associations, voire aux gouvernements cantonaux, pour définir les critères de reconnaissance de l'exercice de cette activité¹¹. A Genève, le Conseil d'Etat a fait le choix d'assermenter les médiateurs et les médiatrices, après qu'une commission de préavis ait pu vérifié les compétences acquises en matière de formation et le contexte dans lequel ces derniers exercent leur activité. Un tableau des médiateurs civils comportant les noms de près de 100 médiateurs assermentés par le Conseil d'Etat figure sur le site du pouvoir judiciaire¹².

La médiation n'est ni de la conciliation, avec laquelle elle est malheureusement régulièrement confondue, ni de l'arbitrage, avec lequel elle est parfois combinée¹³. La médiation permet de sortir de la logique du litige tranché par le juge ou l'arbitre qui dit le droit¹⁴. Le médiateur est

⁹ « Il existe peu de médiateurs « tous terrains » qui auraient une grande plasticité instrumentale et une vision d'ensemble des enjeux de leurs pratiques. On constate au contraire une spécialisation assez marquée alors que les principes généraux de la médiation sont, à peu de choses près similaires », FAGET Jacques, op. cit. p. 77.

¹⁰ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *Le concept de médiation et l'urgence théorique*, Les cahiers du CREMOC, n° 35, p. 19, www.cremoc.org/articles/medhofnung.pdf.

¹¹ A titre d'exemples, les associations suivantes peut être citées : l'Association suisse de médiation (ASM), la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), la Chambre suisse de médiation commerciale (SVKM). Le Conseil fédéral évoque ce point dans son message à l'appui du code de procédure civile unifié en soulignant que le médiateur doit être formé, FF 2006 6943.

¹² Voir sur [:ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/listes/mediateurs/ Tableau_mediateurs_civils.pdf](http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/listes/mediateurs/ Tableau_mediateurs_civils.pdf).

¹³ Ce qui ne facilite pas la compréhension pour les non avertis ; voir IMHOOS Christophe dans « Les liens nouveaux entre la médiation et l'arbitrage en particulier dans les différents issus du commerce international », in : La gestion des conflits, p. 132 à 135. « *Arb-Méd* » : un processus se déroulant sous l'égide du même tiers, d'abord en tant qu'arbitre, puis médiateur. La « *Méd-Arb* » fait d'abord intervenir le processus de médiation et, si tout ou partie du litige n'est pas réglé, alors la même personne tranchera en tant qu'arbitre.

¹⁴ « Le caractère général et abstrait de la norme induit chez le justiciable une attente : la règle doit être « juste » et « objective ». ... La loi n'est plus systématiquement l'expression du juste et de l'objectif. ... Il y a confusion entre sentiment de justice et de justesse » (Isabelle BIERI, La justice est-elle une médiation alternative ? Justice et médiation, quelle alternative ?, IUKB, 3 octobre 2006, article figurant sur le site www.gemme.ch).

fondamentalement dans une position de non jugement. La justice s'intéresse aux faits, apporte une solution juridique qui règle le passé. Le médiateur tente « d'établir ou de rétablir une communication entre les partenaires d'une situation, sans chercher à dire le droit, mais en le respectant »¹⁵. La médiation explore par contre les aspects subjectifs, tels que les perceptions, les valeurs, les malentendus ; dans la recherche de solutions tournée vers l'avenir, elle se fonde sur les intérêts communs des participants.

Au Tribunal des Prud'hommes, le juge conciliateur a la faculté de soumettre aux parties « une proposition de jugement » qu'il formule sur la base des faits qui ont été portés à sa connaissance, des positions et des prétentions des parties. C'est le cas en particulier lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.- (art. 210 al. 1 let. c. CPC). Le juge conciliateur peut aussi statuer sur les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.- sur requête du demandeur (art. 212 al. 1 CPC).

L'arbitre tranche également ; il rend, comme le juge, une décision qui s'impose aux parties, quand bien même elles ont conjointement fait le choix de l'arbitrage pour trouver une solution à leur conflit.

III. La médiation – un instrument souple régi par l'autonomie des parties

C'est la liberté contractuelle et l'autonomie des parties qui président à toutes étapes de la médiation, sous réserve toutefois des normes impératives auxquelles il ne peut être dérogé ; c'est un processus souple et flexible dont le contenu est déterminé par les parties elles-mêmes, qui décident librement de soumettre tout, ou partie, de leur conflit au médiateur.

Il est fréquent d'entendre que la médiation est bien adaptée pour les conflits de faible importance ou pour les aspects d'un conflit comportant beaucoup d'affect. Béatrice BRENNEUR, qui a développé la médiation à la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble durant près de dix ans, est d'avis que la médiation est adaptée aux situations dans lesquelles l'employé a une grande ancienneté dans l'entreprise, que le litige concerne des personnes qui ont des liens familiaux, sont des anciens associés ou que les rapports de travail sont encore en cours¹⁶.

¹⁵ GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, op. cit., p. 113.

¹⁶ BRENNEUR, Béatrice, France – La médiation dans les conflits individuels du travail devant la Cour d'appel de Grenoble in : Panorama des médiations du monde, La médiation, langage universel de règlement des conflits, L'Harmattan, 2010, p. 46.

Arnaud STIMEC¹⁷ a dégagé différents points qui permettent de déterminer si la médiation peut être appropriée à la résolution du conflit en cause, par exemple :

- Aucune des personnes en cause dans le conflit n'a le pouvoir de trouver seule la solution.
- Les parties se reconnaissent comme étant les bons interlocuteurs pour l'enjeu en cause.
- Cet enjeu se trouve en bonne partie dans leur sphère d'autonomie.
- Les deux parties ont un intérêt à trouver une solution négociée à leur conflit.
- Les deux parties doivent continuer à avoir des relations dans le futur

A cette liste exemplative, je me permets d'ajouter celles-ci au vu de situations rencontrées :

- Les parties sont épuisées par des mois ou années de bataille juridique et souhaitent trouver une solution à court terme.
- Les parties ont plusieurs litiges en cours devant différentes institutions judiciaires.
- L'une des parties ou les deux ne maîtrisent pas le français de sorte que tous les documents échangés dans le cadre de la procédure doivent être traduits, induisant pas là-même un surcoût important.
- Les questions juridiques soulevées par le litige sont très complexes.

Sylvianne ZEDER-AUBERT, vice-présidente du Tribunal des Prud'hommes, fait également remarquer très justement l'intérêt que peut représenter la médiation pour les employeurs au vu de : *« la crainte de l'atteinte à l'image et au climat au sein de l'entreprise. En effet, indépendamment du risque de l'issue de la procédure, le fait pour des parties de devoir faire défiler un grand nombre de témoins, parfois encore employés de l'entreprise et souvent actifs dans la même sphère professionnelle, constitue un obstacle de taille, de nature à les motiver à chercher un autre moyen de résoudre leur conflit »*¹⁸.

¹⁷ STIMEC Arnaud, *La médiation en entreprise*, Editions Dunod, Paris, 2007, p. 14.

¹⁸ ZEDER-AUBERT Sylvianne, *La médiation face aux procédures engagées devant le tribunal*, Intervention à l'occasion de la présentation de la brochure Médiation et Relations du Travail de l'association MédiationS, 8 octobre 2013.

IV. Cadre déontologique de la médiation

Le travail du médiateur est encadré par des règles déontologiques explicitées par les différentes associations présentes sur le terrain¹⁹ ; des principes que l'on retrouve également clairement ancrés dans la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2006 (LOJ) à son titre IX²⁰ ainsi que dans le code de procédure civile :

Caractère volontaire de la médiation : pour que la médiation soit possible, il faut que les parties soient prêtes à dialoguer de façon constructive. En tant qu'elle est volontaire, il peut y être mis fin en tous temps. Le médiateur doit lui aussi se poser la question de sa propre adhésion et ce à tout moment, avant et pendant le processus. « *Si toutes les parties en font la demande* », nous dit l'art. 213, al. 1 CPC, la procédure de conciliation est alors remplacée par une médiation. En pratique, l'adhésion à la médiation ne va pas toujours de soi et pourra prendre un certain temps. C'est au médiateur qu'il appartient de s'assurer que chacun donne son consentement libre et éclairé²¹, ce qui nécessitera un travail d'information préalable, souvent par le biais d'entretiens préalables avec les parties et leurs avocats. Il peut y être renoncé à tout moment. Les parties ont aussi toute liberté de renoncer à la médiation. Le médiateur ne peut rien imposer sur le contenu. Il est le garant du cadre et du processus. Le caractère volontaire de la médiation s'applique aussi pour le médiateur, qui peut décider de mettre un terme à la médiation s'il estime que les conditions ne sont plus réunies.

- **Confidentialité du processus** (art. 216 al. 1 et 2 CPC) : la confidentialité est au cœur des principes déontologiques de la médiation ; elle favorise l'engagement des participants durant les rencontres et la sincérité de leurs échanges, sans crainte que ce qui aura été dit ou présenté durant le processus soit utilisé ultérieurement si, par hypothèse, la procédure judiciaire devait reprendre. La confidentialité est absolue pour le médiateur, qui doit refuser de témoigner devant le juge²². Avant le début de la

¹⁹ Voir « *Règles déontologiques pour médiatrices et médiateurs* », sur le site internet de la Fédération suisse des associations de médiation, Adopté par l'Assemblée des délégués du 22.4.2008, entré en vigueur le 1.7.2008 sur Adopté par l'Assemblée des délégués du 22.4.2008, www.infomediation.ch.

²⁰ RSGe E 2 05.

²¹ Le fait de renoncer à un procès équitable au sens de l'art. 6 CEDH n'est valable qu'à la condition d'être libre et éclairé, CourEDH, 10 novembre 2004, Sejtovi c/Italie, req. 56.581, n° 33 ; CourEDH, 25 février 1992, Pfeifer et Plankl c/Autriche, série A, n° 227, p. 16 et 17.

²² L'art. 71 LOJ impose le secret au médiateur assermenté et le soumet à des sanctions en cas de violation de cette obligation (voir l'art. 72 LOJ). S'agissant des médiateurs non assermentés, seul l'article 166 let. d CPC est applicable. Selon cette disposition, qui s'applique à tout tiers, le médiateur a le droit de refuser de collaborer à l'administration des preuves, ce qui lui permet de refuser de témoigner sur les faits dont il a eu connaissance durant la médiation. Cela dit, ce secret

médiation, les parties s'engagent formellement au secret par la signature du consentement à la médiation ; cas échéant, elles décideront d'un commun accord de la communication qu'elles souhaitent faire du contenu du compromis auquel elles seront parvenues. C'est pourquoi la notion de confidentialité négociée est parfois utilisée.

- **Neutralité, indépendance et impartialité du médiateur** : il est tiers neutre quant à la solution : il ne faut pas que le médiateur s'implique dans le conflit, s'identifie à la cause ou qu'il soit intéressé par le résultat ou la solution choisie. Sa neutralité s'exprime aussi par le choix du lieu de la médiation, laquelle ne se déroule pas dans les locaux de l'une des deux parties, mais dans un cadre convenant à chacun, quant à son lieu, son aménagement, aux possibilités d'avoir des entretiens séparés, si nécessaire.

Indépendant, le médiateur ne doit pas être lié au plan personnel avec l'une des parties, ou au plan institutionnel. Il n'est, en particulier, pas un auxiliaire de justice. Si les parties le souhaitent, le juge peut néanmoins conseiller des noms de médiateurs potentiels lorsqu'il les invite à entamer une médiation.

Il est impartial - vis-à-vis des parties - il accorde une écoute bienveillante à chacune, « il doit traiter équitablement les parties, ... il n'a pas à savoir qui a tort et qui a raison. Il doit en quelque sorte faire le deuil de la vérité »²³ car chacun exprime sa propre vérité.

Facilitateur du dialogue dans le cadre de rencontres organisées, le médiateur n'a, a priori, pas à être spécialisé en droit du travail, même si cette compétence spécifique peut être source de légitimité lors de sa désignation ou aider les parties qui ont parfois besoin qu'on leur précise la situation juridique pour mieux comprendre les enjeux.

A. cadre licenciée d'une organisation internationale non gouvernementale au bénéfice d'un contrat de durée déterminée de 18 mois, et B., secrétaire général, ont accepté la médiation sur proposition du juge (qui avait perçu une composante émotionnelle forte dans cette situation). Lors de la deuxième rencontre de médiation où les déterminants de l'accord potentiel devaient être dégagés, le médiateur a pris l'initiative de présenter une synthèse sous la forme d'une description objective des prétentions juridiques de chacun et de leurs conséquences en termes financiers

du médiateur n'est pas protégé par le code pénal comme le secret professionnel du médecin (art. 321 CP).

²³ FAGET, Jacques, op. cit., p. 98.

si l'un ou l'autre devait obtenir satisfaction : pour A., rupture d'un contrat de durée déterminée et obligation de payer le salaire jusqu'au terme du contrat ; pour B. respect de la procédure fixée par le règlement interne permettant sous conditions de mettre un terme au contrat de durée déterminée, pas de prestations complémentaires de l'employeur. A. et B. ont manifestement été aidés par cette présentation qui a permis d'avancer vers le choix d'une solution de compromis.

Cela dit, il faut bien comprendre que cet exemple n'a rien à voir avec l'expression d'un point de vue juridique, avec des conseils ou la prise en main de la situation en donnant son avis sur la solution. Cet élément doit impérativement être clarifié dès le début du processus et pourra être utilement indiqué dans le consentement à la médiation, en particulier quand l'un des participants, ou les deux, auront choisi tel médiateur précisément parce qu'il est avocat ou spécialiste en droit du travail.

La seule légitimité du médiateur est celle que les participants vont lui accorder. Son pouvoir réside dans son absence de pouvoir, dans son unique capacité à créer un cadre bienveillant dans lequel les parties en conflit vont se sentir suffisamment à l'aise pour accepter d'entrer en dialogue ensemble, où elles auront confiance dans le médiateur qui aura démontré par son attitude qu'il était là pour assurer l'équilibre dans le dialogue entre elles, pour les écouter, les croire, sans porter de jugement, les aider à passer d'une logique de position à une logique de collaboration en vue d'une solution adéquate et durable qui tienne compte des besoins de chacun, un *modus vivendi* pour l'avenir.

Toute la difficulté (et l'intérêt) de la tâche du médiateur réside dans la faculté à inciter les participants à s'écouter, à déceler, au-delà des propos exprimés, les malentendus en reformulant les paroles exprimées pour les clarifier (miroir). Son attention doit se porter non seulement sur les paroles exprimées et celles qui ne le sont pas, mais aussi sur la gestuelle pour déceler l'intention réelle qui se cache derrière cet ensemble. Le médiateur a une obligation de moyens et non une obligation de résultats. Il se concentre sur les intérêts et non sur les positions.

La médiation est un mélange subtil de savoir « être » et de savoir-faire qui nécessite absolument d'avoir suivi une formation spécialisée ; il faut se défaire de tendances naturelles à vouloir conseiller, à trouver des solutions soi-même et suggérer mille pistes absolument appropriées. Le médiateur concentre son attention sur les sentiments et sur les besoins des participants. Il est capable de ne pas se laisser envahir par les émotions si le ton monte, la colère explose ou si une personne fond en larmes. A propos du savoir « être » du médiateur,

LASCOUX²⁴ insiste sur la connaissance de soi, de son propre mode de fonctionnement, de ses éventuels préjugés ou croyances qui pourraient affecter le processus.

FIUTAK exprime la même idée en mettant l'accent sur l'attention que le médiateur doit porter sur la manière dont il réagit à ce qui est dit, car « *pour être authentique, le médiateur doit être plus conscient de ses limites que de ses talents* »²⁵. Selon ce puriste de la médiation, être médiateur implique introspection, authenticité, de reconnaître ses propres limites car en avoir conscience donne plus de chances de pouvoir les surmonter. Par son attitude, le médiateur doit pousser les participants à la créativité dans la recherche de solutions, leur demander d'envisager la mise en œuvre de leur accord pour vérifier s'il est bien praticable et s'il n'existe pas d'obstacles cachés.

Le médiateur doit porter une attention permanente à l'équilibre dans la médiation, éviter de se faire piéger avec une médiation alibi, être instrumentalisé par l'un ou l'autre, être attentif aux non-dits, à la communication non verbale car tout est communication. Ainsi que WATZLAWICK le relève : « *Dans une interaction, tout comportement a la valeur d'un message ... on ne peut pas ne pas communiquer ...* »²⁶.

S'il est une qualité du médiateur qui est moins souvent que d'autres mises en avant dans les ouvrages sur la médiation, l'humilité est essentielle : il importe, tout en restant garant du cadre, de ne pas se mettre en avant, de ne pas monopoliser la parole, de se faire suffisamment discret pour laisser la place à la parole de l'autre²⁷. Jacqueline MORINEAU l'évoque dans son ouvrage « *L'esprit de la médiation* » en remarquant que c'est l'humilité qui permet de rencontrer les médiateurs sans jugement²⁸.

²⁴ LASCOUX Jean-Louis, *Pratique de la médiation, une méthode alternative*, Editions ESF, Paris, 2013, p. 50.

²⁵ FIUTAK, Thomas, *Le Médiateur dans l'arène. Réflexion sur l'art de la médiation*, Erès, 2009, p. 206.

²⁶ WATZLAWICK Paul, HELMICK Janet, JACKSON Don D., *Une logique de la communication. Proposition pour une axiomatique de la communication*, Éditions du Seuil, Paris, 1967, pages 45 à 69. SALBERG Anne-Catherine, *Introduction à la communication active*, pp. 25 ss. in : *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*.

²⁷ JEANDIN Nicolas, *Introduction à la gestion des conflits*, p. 10 in : *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*.

²⁸ Voir sur le site www.ge.ch/ justice le Compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire 2013, Statistiques du Tribunal des mineurs, p. 27.

V. Déclenchement de la demande – étape préliminaire

Après s’être posé la question de sa propre disponibilité²⁹, avant que ne démarre la médiation, le médiateur vérifie que les parties sont bien d’accord d’y participer. Si une seule partie lui a présenté la demande, il contacte l’autre pour lui en faire part. Le médiateur doit veiller à ce que le consentement à la médiation soit libre et éclairé. Pour atteindre cet objectif, il s’assure que les principes ont non seulement bien été expliqués, mais aussi compris. Le fait de signer un document permet de mieux s’assurer que tel est bien le cas. A ce stade, le médiateur n’a pas à connaître les faits et moins encore le dossier. FIUTAK insiste sur l’état de « vide »³⁰ dans lequel il doit arriver dans la médiation pour éviter d’être influencé de quelconque manière par ce qu’il aurait pu apprendre avant d’entamer le processus.

Ce contrat, qui porte des qualificatifs variables (consentement à la médiation, engagement à la médiation, accord de médiation), rappelle les principes déontologiques, la confidentialité des débats pour le médiateur et pour les participants, fixe les règles du jeu (respect mutuel), décrit le rôle du médiateur, les honoraires du médiateur. Cette première phase est adaptée à chaque cas : aller voir les partenaires séparément ou non, prévoir d’emblée une réunion en commun.

Il est signé par les participants avant que la médiation démarre, y compris par les avocats s’ils sont présents durant les rencontres. L’horaire et la durée des rencontres doivent être tels que les parties sont complètement disponibles pour les échanges. La coordination des agendas est un véritable enjeu lorsque les participants sont nombreux ou des personnes très occupées. Autant prévoir plusieurs dates de rencontres à l’avance à des dates rapprochées, quitte à en supprimer si un accord devait intervenir plus vite. Un grand nombre de séances est plutôt le signe que la médiation s’enlise.

Avocat et médiateur jouent des rôles complémentaires. L’avocat est important à tous les stades du processus de médiation, tout particulièrement avant le début et à la fin du processus, son rôle étant moins actif durant les séances qui donnent la place principale aux participants. Au début, il contribue à renseigner son mandant sur l’intérêt du processus et souvent à le convaincre. Au terme du processus, il examine le contenu de l’accord du point de vue juridique en portant son attention sur le respect du droit impératif. Les avocats ne participent pas nécessairement aux séances et, si c’est le cas, sont placés de manière à rester en retrait. Leur présence et leur intervention se fait à

²⁹ Il doit évaluer sa propre capacité à gérer le processus, seul avec un co-médiateur. Contrairement au juge, le médiateur peut refuser la médiation s’il estime qu’elle n’est pas appropriée ou ne se sent prêt.

³⁰ FIUTAK Thomas, op. cit., p. 30.

la demande des parties. Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas de « plaider » en faveur de la position de leur mandant.

VI. Déroulement de la médiation

Une médiation ne suit pas un schéma défini de manière stricte. Chacune se déroule selon sa propre dynamique, les participants décidant du nombre de séances et de la durée de celles-ci³¹. Chaque médiateur a aussi son propre style. Il peut ainsi y avoir quelques séances, d'une heure trente à deux heures, durant la journée ou en soirée, une seule rencontre d'une journée, etc. Elle se fait en respectant un processus et non une procédure³².

Dans la règle, ce processus nécessite un certain rituel et se déroule en plusieurs étapes décrites ci-après selon le modèle de Thomas FIUTAK³³, qui utilise le terme d'« arène » pour désigner l'espace psychique et physique dans lequel se déroule la médiation.

1^{ère} phase : Les parties communiquent leur propre perception de la réalité. Le médiateur questionne et répartit équitablement le temps de parole.

2^e phase: Les parties font émerger leur représentation de la réalité, commencent à comprendre leurs besoins et leurs intérêts par rapport à la situation. Le point de transition de la médiation intervient lors de la « catharsis » ; c'est un moment déterminant qui permet d'aller vers la construction d'une nouvelle réalité où s'expriment les émotions ; il peut survenir à un moment variable, entre l'écoute de l'histoire de chacun et la recherche des options possibles.

3^e phase : Les différentes solutions sont explorées, en recherchant le maximum d'options possibles pour l'un et l'autre.

4^e phase: Cette dernière phase permet de mettre en place la solution ; il s'agit de choisir parmi les différentes options dégagées celles qui conduiront à un accord. L'accord est durable si les parties sont au clair sur les réponses aux questions suivantes : « *Qui fait quoi quand et comment ?* ».

Ces étapes ne se déroulent pas de façon rigide. Il peut y avoir de nombreux allers et retours. Ce n'est qu'en réussissant à dépasser leur position initiale, en s'exprimant sur leurs besoins, en observant que leurs intérêts peuvent rejoindre ceux de l'autre, qu'ils partagent au fond des valeurs communes, que les participants à la médiation pourront progressivement dessiner la solution qui va régler leur conflit.

³¹ Les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation (art. 215 CPC).

³² GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, op. cit., p. 83.

³³ FIUTAK Thomas, op. cit., p. 35.

Quand la discussion est bloquée ou que la tension monte, le médiateur trouvera le moyen de recadrer, soit en proposant des entretiens séparés (apartés), une pause ou portera l'attention momentanément sur un autre point car lui aussi doit constamment faire appel à son imagination pour contenir le cadre.

VII. Droit et médiation³⁴

La médiation porte en elle une autre vision du droit puisqu'il s'agit de quitter les normes générales et abstraites pour aller vers des règles subjectives négociées directement par les personnes concernées³⁵, s'éloigner des notions telles que la faute ou la responsabilité pour travailler sur les intérêts et les besoins de chacun. Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT utilise la notion de « justice douce »³⁶ ; c'est une nouvelle philosophie où chacun redevient responsable de la résolution du conflit qui l'oppose à l'autre.

L'accord, s'il intervient, aura été obtenu grâce à des concessions réciproques, plus en référence au sentiment d'équité qu'aux normes juridiques. En médiation, il est très peu question de l'application de dispositions légales.

Lorsqu'elles sont arrivées en médiation pour la journée (de 8h30 à 16h30) après près de trois ans de bataille juridique, deux des trois parties venaient de l'étranger pour cette tentative de médiation, à laquelle personne ne croyait. Les conseils des parties (sept avocats pour les trois parties) avaient exprimé leur adhésion à cette tentative de résolution du litige, pour l'une des parties pourvu que le médiateur soit spécialisé en droit du travail. Le médiateur avait convaincu les conseils que la médiation aurait lieu avec les parties hors leur présence, mais que des pauses seraient organisées afin de permettre les échanges avec leur mandant en cas de besoin, ce dont l'une des parties fit usage durant la pause de repas. Les questions de droit du travail furent totalement absentes de la médiation, deux des trois parties – le cadre licencié et le responsable des ressources humaines délégué par la direction générale – n'ayant pas de formation juridique. Après une première phase où chacune a pu s'exprimer longuement sur sa vérité

³⁴ Sur les dispositions du CPC, voir Pastore Florence, Sambeth Glasner Birgit, La médiation civile dans le code de procédure civile unifié, in *Revue de l'avocat*, 8/2010, pp. 331 ss.

³⁵ YOUNES Carole et LE ROY Etienne, *La médiation et le droit* in : Médiation et diversité culturelle – pour quelle société ?, Editions Karthala, Paris, 2002, p. 47.

³⁶ BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, « *La médiation : une justice douce* », Syros Alternatives, Paris, 1992.

(jusqu'à 10h30), les parties ont progressivement pris conscience que le sort de la médiation était entre leurs mains, tant et si bien qu'à la fin de la journée, alors qu'il restait un désaccord ténu (à 16h25) et que la fin de la médiation s'annonçait, le médiateur est sorti pour se donner quelques minutes de réflexion. A son retour, les deux parties susmentionnées, qui avaient fait le choix de rester ensemble dans la salle de réunion, ont prié le médiateur d'attendre encore avant d'entrer dans la salle... et c'est ainsi que quelques minutes plus tard, manifestement satisfaites de ce qu'elles avaient réussi, ces deux personnes ont dicté au médiateur le contenu de l'accord qu'elles avaient réussi à dégager en commun avant de le signer.

Le régime juridique applicable à la médiation est peu détaillé. Il n'y a pas de disposition spécifique aux modalités du recours à la médiation, au déroulement et à la durée de celle-ci ou encore concernant la ratification des accords. Les parties conviennent elles-mêmes de leurs rapports, de sorte que leur liberté contractuelle n'est encadrée par le droit que de manière subsidiaire (art. 1 al. 2 CO).

Selon l'article 214 al. 1 CPC, le Tribunal peut en tout temps conseiller aux parties de procéder à une médiation, y compris les aider dans le choix du médiateur³⁷, en remplacement de la procédure de conciliation (art. 213 al. 1 CPC).

Le formulaire de requête de conciliation pour les litiges de travail, figurant sur le site de l'office fédéral de la justice, comprend un espace permettant aux parties d'indiquer leur souhait de voir leur conflit soumis à la médiation plutôt qu'à la conciliation judiciaire³⁸. Cela dit, ainsi que le souligne la Vice-Présidente du Tribunal des Prud'hommes : « *A ce stade, à savoir celui où la partie demanderesse s'apprête à déposer une action en justice, il est illusoire d'imaginer que les parties vont pouvoir se rencontrer pour apposer, toutes deux, une signature sur ledit formulaire* »³⁹.

Une demande de médiation peut être également formulée en tout temps par les parties en cours de procédure (art. 214 CPC) et porter sur tout ou partie du litige. Si c'est le cas, la procédure sera suspendue pendant une durée dont la limite maximale n'est pas fixée⁴⁰. Si l'art. 203, al. 4 CPC fixe une durée maximale de 12 mois pour la conciliation par le juge, il ne dit en effet rien, en revanche, de la durée maximale de la médiation. L'on notera cependant que

³⁷ FF 2006, p. 6944.

³⁸ Voir sur le site www.bj.admin.ch le formulaire intitulé Requête de conciliation en matière de litiges de travail.

³⁹ ZEDER-AUBERT Sylvianne, La médiation face aux procédures engagées devant le tribunal, op. cit.

⁴⁰ Sur http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/formulaires_officiels/requete_en_conciliation.pdf.

l'étalement dans le temps et un grand nombre de séances devraient conduire à questionner la pertinence du maintien du processus, de s'interroger sur son adéquation et sur la volonté réelle des participants.

Pour que le recours à la médiation ne soit pas entravé par le risque d'expiration du délai de prescription, ce dernier est suspendu dès le jour où les parties décident de recourir à la médiation ; une requête de médiation produit ainsi le même effet que la création de la litispendance au plan judiciaire par le dépôt en conciliation (art. 210 al. 1 CPC). Pendant la procédure au fond, « *la procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation* » (art. 214 al. 3 CPC).

Tel n'est pas le cas en revanche lors d'une médiation conventionnelle qui n'est pas couverte par le CPC. Les parties doivent être attentives au délai de prescription de cinq ans pour réclamer une créance de nature salariale (art. 128, chiffre 3 CO). Lorsque les rapports de travail prennent fin, toutes les créances sont exigibles et le délai de prescription commence à courir dès l'exigibilité des créances. A noter également que, en cas de licenciement abusif, le travailleur doit faire opposition à son licenciement par écrit pendant le délai de congé et saisir l'autorité judiciaire dans un délai de 180 jours qui suivent la fin du contrat (art. 336b CO). Il s'agit d'un délai de péremption, de sorte que son non-respect entraîne la perte du droit⁴¹.

Si la médiation aboutit, l'accord aura généralement la forme écrite. Cette transaction produit les mêmes effets que tout autre type d'accord et il est soumis aux règles générales du droit des obligations. L'accord doit être clair, praticable, éviter de laisser des points en suspens, prévoir les mesures relatives à sa mise en œuvre effective.

Les parties pourront convenir de sa ratification par le juge pour lui donner force exécutoire (art. 217 CPC)⁴². Sans cette ratification du juge, l'accord est plus fragile et peut être contesté. En médiation, il est fréquent qu'une partie des points d'accord soient dépourvus de portée juridique et comporte une dimension symbolique (présentation d'excuses, engagement à se saluer par exemple). Lors de la rédaction de l'accord, les parties et le médiateur seront attentifs à bien distinguer les clauses ayant une valeur juridique des autres. En présence de telles clauses à valeur symbolique dans l'accord, le juge ne devrait pas refuser la ratification de l'accord et se limiter à constater l'absence d'effet juridique des celles-ci.

Face à une demande de ratification de l'accord, le juge n'a pas le même rôle que lorsqu'il est saisi du litige ; il n'a là que deux possibilités : soit il le ratifie,

⁴¹ ATF 134 III 67, 70, consid. 5.

⁴² Voir sur le site www.gemme.ch l'article de Béatrice GORCHS, *Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable*, publié in : Revue de l'arbitrage, 2008, n° 1, p. 34 à 67 ainsi que *L'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil* ; voir également sur le même site, GELZER Philippe, *La situation en Suisse*.

soit il ne le ratifie pas parce qu'il le considère comme contrevenant à des règles impératives ou qu'il contient des stipulations contraires à l'ordre public (accord de médiation immoral) ou observe dans l'accord que l'une des parties a renoncé de façon inadmissible à ses droits. Son rôle consiste à s'assurer que l'accord reflète bien la volonté des parties, qu'elles y sont parvenues en faisant des choix libres et éclairés.

En le ratifiant, il donne à l'accord l'autorité de la chose jugée, ce qui empêche que le litige fasse l'objet d'une nouvelle réclamation auprès de l'institution judiciaire. Une fois homologué, l'accord a la même force exécutoire qu'une décision de justice. Le cas échéant, il peut être exécuté par la force. Ainsi, l'autre partie peut être condamnée à l'exécuter. Une contestation de l'accord est difficile et le cas échéant, son exécution sera du ressort des juridictions ordinaires (et non pas du Tribunal des Prud'hommes). Si l'accord ratifié porte sur le versement d'une somme d'argent, il sera possible de procéder par la voie de la poursuite. En cas d'opposition à poursuite, l'accord vaudra titre de mainlevée définitive.

Si le juge refuse la ratification, il restera encore aux parties la faculté de modifier leur accord⁴³ de façon à permettre son homologation. Si tel n'est pas le cas, bien que non ratifié, leur accord reste valable et produit ses effets, tant qu'il n'est pas contesté par l'une des parties. Le cas échéant, le Tribunal des prud'hommes est compétent si l'une des parties considère que l'accord n'est pas appliqué.

Si la médiation n'a pas abouti, le médiateur en atteste, si la demande lui en est faite. Tel est le cas lorsque c'est l'employeur qui a mandaté le médiateur. En aucun cas, le médiateur ne rend compte de ce qui s'est passé, ni de l'engagement des parties dans le cadre du processus. Quand l'employeur invite ses collaborateurs à résoudre leur différend grâce à la médiation, il n'est pas partie à la médiation. C'est un élément auquel l'employeur doit bien être rendu attentif. Seules les parties auront pu convenir ensemble d'une éventuelle communication qu'elles entendent faire à la direction de l'accord auquel elles seront parvenues.

Si la plainte a été déposée devant le juge de conciliation, l'autorité de conciliation reconvoque les parties après avoir été informée de l'échec de la médiation. Le juge délivre alors l'autorisation de procéder (art. 213 al. 3 CPC), ce qui signifie que le Tribunal devra statuer sur la demande.

Lorsque la médiation est intervenue durant cette phase ultérieure, la procédure au fond a été suspendue (art. 214 al. 3 CPC). Si ce processus de médiation vient à terme, les avocats des parties communiqueront au juge que

⁴³ Voir Bulletin officiel du Conseil des Etats, BO CE 2007, p. 525 EPINEY ; Bulletin officiel du Conseil national, BOCN 2008, p. 632 LÜSCHER.

la médiation a pris fin sans accord et la procédure devant le Tribunal reprendra son cours.

VIII. Droit à la médiation ?

Il y a peu d'informations chiffrées sur les médiations du travail à Genève. Les statistiques du rapport d'activité 2012 de la Maison genevoise des médiations portent sur 56 médiations : 76% dans le contexte familial ; 3% en médiation de voisinage et 13% concernant les conflits de travail. Le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2013 ne donne, quant à lui, aucune information à ce sujet. Seul le Tribunal des mineurs fait état de 30 procédures classées à la suite de médiations en 2013, par rapport à 20 en 2012⁴⁴.

S'il n'existe pas de données statistiques publiées pour la juridiction des Prud'hommes, c'est qu'en réalité, la médiation y est absolument marginale, que ce soit au stade de la conciliation – aucun cas à ce jour – ou au Tribunal des Prud'hommes – trois retraits à la suite d'accords trouvés en médiation entre 2013 et 2014, deux cas toujours en cours⁴⁵.

Autant dire qu'il reste une bonne marge de progression en regard du grand nombre de procédures en conciliation : 1458 en 2011, 1659 en 2012, 1683 en 2013, et au Tribunal des Prud'hommes : 989 en 2011, 1159 en 2012, 1278 en 2013⁴⁶.

« L'incitation devrait alors venir des conciliateurs, pendant l'audience ou lors de la délivrance de l'autorisation de procéder, étant précisé qu'un des prérequis pour assumer cette fonction est précisément d'avoir une sensibilité marquée pour les méthodes alternatives de résolution des conflits en général et pour la médiation en particulier »⁴⁷. Bien qu'une formation-sensibilisation à la médiation de plus 60 conciliateurs et juges de la juridiction soit intervenue en décembre 2013, le faible nombre de médiations démontrent que des impulsions supplémentaires restent nécessaires vraisemblablement au plus haut niveau du pouvoir judiciaire. Force est en effet de constater que les juges pensent qu'ils sont là pour dire le droit et trancher des litiges, qu'en envoyant des situations en médiation, ils s'écartent de leur mission.

Car, sans aucun doute, à l'heure où les tribunaux sont encombrés et au vu de la lenteur des procédures, « les juges ont un rôle important à jouer dans le développement de la médiation. Ils devraient être capables de fournir des informations, d'organiser des séances d'information sur la médiation et, le cas

⁴⁴ Béatrice BRENNEUR, op. cit., p. 46.

⁴⁵ Source : Tribunal des Prud'hommes, 1^{er} septembre 2014.

⁴⁶ Compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire 2013, op. cit. p. 37 et 38.

⁴⁷ ZEDER-AUBERT Sylvianne, La médiation face aux procédures engagées devant le tribunal, op. cit.

échéant, inviter les parties au litige à utiliser la médiation et/ou à renvoyer l'affaire à la médiation. Il importe donc que les services de médiation soient disponibles, soit en créant des services de médiation annexés aux tribunaux, soit en orientant les parties vers des listes de prestataires de services de médiation »⁴⁸.

Pour que s'inscrive un droit effectif à la médiation, il faut qu'une action plus volontaire intervienne. A titre d'exemple, au sein de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble, Béatrice BRENNEUR avait organisé le travail (cellule de tri à l'arrivée des dossiers) selon les critères mentionnés supra de sorte que la médiation y était proposée pour 20% du contentieux. Pendant la phase d'instruction du dossier, le juge donnait une information sur ce mode de résolution des conflits, par une lettre et un questionnaire pour faire réfléchir à l'intérêt de la médiation. En outre, des audiences spécifiques « *de proposition de la médiation* » lors desquelles 40 dossiers étaient enrôlés par audience étaient organisées. Les parties y étaient convoquées avec leurs avocats et le juge donnait toute explication utile. Au final, il semble que la médiation y était acceptée dans environ 50% des cas⁴⁹.

Il y a probablement également un travail de sensibilisation important à faire auprès des avocats qui jouent un rôle déterminant vis-à-vis de leur client. Rappelons ici que selon les statuts de l'Ordre des avocats du canton de Genève : « *L'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas* » ; « *l'avocat doit autant que possible favoriser les solutions transactionnelles* », des principes que l'on retrouve également dans d'autres textes internationaux et qu'il serait manifestement nécessaire de rappeler à un certain nombre d'avocats très querulents⁵⁰.

IX. Coût de la médiation

La médiation est une prestation rendue par un professionnel qui n'est pas gratuite. Son coût est déterminé par les honoraires du médiateur – en règle générale selon un montant à l'heure, la journée ou demi-journée – qui peuvent varier (il n'y a pas de tarif fixé par l'Etat) et par les éventuels frais et débours. Ce coût, à la charge des parties (art. 218 CPC), est en principe réparti à parts égales entre elles. Il peut arriver également que l'entreprise les prenne entièrement en charge.

⁴⁸ CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice), *Améliorer la médiation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, p. 15.

⁴⁹ BRENNEUR, Béatrice, op. cit., p. 47.

⁵⁰ « ... de nos jours, une méconnaissance du processus de médiation et de ses règles constitue indubitablement une faute professionnelle et déontologique grave de laquelle l'avocat négligent devra un jour répondre », SALBERG Anne-Catherine, SAMBETH-GLASNER Birgit, *La médiation*, p. 72, in : *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*.

Au même titre qu'une procédure judiciaire, une assurance de protection juridique pourra prendre les honoraires en charge (ce n'est toutefois pas toujours le cas).

En outre, l'assistance juridique couvre les honoraires des médiateurs assermentés lorsque le requérant en remplit les conditions⁵¹.

X. Conclusion

La médiation, qui compte de plus en plus d'adeptes formés, reste peu pratiquée. Dans un contexte où les résistances à la médiation paraissent assez fortes, où la culture de l'appel à la justice pour tout est encore très présente, il reste donc encore beaucoup à faire pour faire avancer la cause de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits.

Le rôle des juges est fondamental, car c'est sur eux que repose en bonne partie l'incitation à recourir à la médiation au stade de la conciliation ou durant la procédure au fond. Pour pouvoir la proposer, encore faut-il que le recours à la médiation soit organisé, que les juges en soient informés et convaincus pour amener les parties à essayer de négocier. Car c'est de l'intensité de l'exhortation aux parties que cela dépend en bonne partie.

S'il est peut-être regrettable que la loi soit restée muette sur la question de l'injonction à la médiation, il ne fait aucun doute que rien n'interdit au pouvoir judiciaire de mettre sur pied au sein de ses différentes juridictions des projets pilotes ayant vocation à guider les juges, dans le traitement de leurs dossiers, sur les situations dans lesquelles la médiation pourrait s'avérer adéquate. « *Face à l'engorgement des tribunaux, aux coûts des procédures ..., il faut développer la médiation pour favoriser, par des processus plus flexibles, moins coûteux, plus rapides, plus consensuels, l'accès au droit et à la justice des citoyens* »⁵².

⁵¹ Article 2 du règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale, E 2 05.04 : « *l'assistance juridique judiciaire prend en charge ... les frais relatifs au recours à une médiation en lien avec une procédure judiciaire. L'assistance juridique extrajudiciaire ... couvre également les frais relatifs au recours à une médiation en dehors d'une procédure judiciaire.* », <http://ge.ch/justice/guide-assistance-juridique> ; voir SAMBETH-GLASNER Birgit, *Médiation civile, administrative, pénale*, p. 753.

⁵² Commission des Communautés européennes, Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial (com (2002) 196), 2002.

A l'heure où le budget du canton de Genève réclame la recherche d'économies, que les taux de recours à l'encontre des décisions de justice sont substantiels, manifestant la difficulté de mettre un terme aux litiges, que la solution retenue par le juge mécontente l'une des parties (parfois les deux), c'est sans grand risque qu'un renforcement de l'incitation à la médiation peut être mis sur pied. Au mieux, cela permet de résorber une partie du contentieux de la juridiction des Prud'hommes d'une façon plus appropriée aux besoins des parties que la justice institutionnelle dans certains types de conflits. Au pire, cela ne change rien.