



ETUDE COMPAREE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE EN DROIT DU TRAVAIL ET EN DROIT PENAL

Mémoire de recherche présenté par Pauline Raynaud

Sous la direction conjointe de Madame Lise Casaux-Labrunée,
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole,
& de Madame Carole Dupouey-Dehan,
Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole,

Université Toulouse 1 Capitole
MASTER 2 DROIT DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI
Dirigé par Madame le Professeur Lise Casaux-Labrunée
Année universitaire 2014-2015

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à Madame Carole Dupouey-Dehan. Sa disponibilité, son soutien et ses précieux conseils auront permis de faire avancer ma réflexion tout au long de l'élaboration de ce travail.

Je tiens également à remercier Madame le Professeur Lise Casaux-Labrunée, responsable du Master 2 Droit du travail et de l'emploi, pour m'avoir suggéré ce sujet et pour son attention au cours de cette année.

Je remercie ma famille et mes amis pour la confiance et le réconfort qu'ils ont su m'apporter.

Enfin, je remercie tout particulièrement ma mère, pour ses encouragements et sa relecture attentive, ainsi que Jean, sans la patience duquel ce mémoire en serait encore à son chapitre premier.

TABLE DES ABBREVIATIONS

ADR	Alternative Dispute Resolution
AJ Pénal	Actualité juridique droit pénal
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
Cf.	Confer, voir
D.	Recueil Dalloz
D. actualité	Dalloz actualités
Dr. soc.	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEMME	Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation
Ibid	<i>Ibidem</i> , au même endroit
JCP G	La Semaine Juridique, Edition Général
JCP S	La Semaine Juridique, Edition Social
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne
MARC	Mode Alternatif de Règlement des Conflits
MARD	Mode Alternatif de Règlement des Différends
MARL	Mode Alternatif de Règlement des Litiges
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Rapp.	Rapport
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. dr. pén.	Répertoire de droit pénal Dalloz
RDT	Revue de droit du travail
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RSC	Revue de sciences criminelles
SSL	Semaine Sociale Lamy
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union Européennes

SOMMAIRE

Une table des matières figure p. 122

Introduction

PARTIE 1 : LE CADRE JURIDIQUE DE LA MEDIATION EN DROIT DU TRAVAIL ET EN DROIT PENAL

CHAPITRE 1 :

LA NOTION DE MEDIATION SAISIE PAR LE DROIT DU TRAVAIL ET PAR LE DROIT PENAL

CHAPITRE 2 :

LE REGIME JURIDIQUE DE LA MEDIATION EN DROIT DU TRAVAIL ET EN DROIT PENAL

PARTIE 2 : L'INTERET DE LA MEDIATION POUR LE DROIT DU TRAVAIL ET LE DROIT PENAL

CHAPITRE 1 :

EVALUATION DE L'INTERET DE LA MEDIATION

CHAPITRE 2 :

APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DU DEVELOPPEMENT DE LA MEDIATION

Conclusion générale

INTRODUCTION

*« Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société.
Empêcher les procès, c'est la première.
Il faut que la société dise aux parties
« Pour arriver au temple de la justice,
passez d'abord par celui de la concorde.
J'espère qu'en passant vous transigerez » »*

Louis Prugnon, député à l'assemblée constituante, le 7 juillet 1790¹

Il y a de grandes chances pour que chacun d'entre nous ait déjà été confronté au concept de médiation, sans forcément le réaliser. Tel aura été le cas lorsque, au cours d'une conversation, se sera élevé un désaccord que l'entremise d'un tiers aura eu pour objectif de dénouer. La plupart du temps, la banalité de cette situation l'aura fait passer inaperçue.

Pourtant, sur le plan théorique, la médiation constitue un sujet riche qui pourrait se prêter à l'analyse dans de nombreux domaines. Psychologues, sociologues ou encore historiens sont autant de chercheurs qui pourraient s'approprier ce concept pour en livrer une étude approfondie. Cela étant, c'est ici sous l'angle purement juridique que sera conduite l'étude de la médiation. Quelques références à ces matières pourront toutefois intervenir dans la mesure où le droit est nécessairement lié à des facteurs externes tels que l'histoire, les évolutions sociétales, ou encore le contexte culturel et politique. La présente étude s'attachera ainsi à analyser cette notion qu'est la médiation à travers une comparaison de deux de ses déclinaisons juridiques : la médiation pénale et la médiation judiciaire en droit du travail². Mais avant de s'attarder sur le choix des matières et l'intérêt de cette entreprise, il convient tout d'abord de nous accorder sur les termes et limites du sujet.

¹ Ces propos ont été issus d'une intervention au colloque sur le thème de la déjudiciarisation organisé par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans les 26 et 27 octobre 2011.

² Il convient d'ores et déjà de préciser que la médiation judiciaire en droit du travail est un mécanisme de procédure civile. Et plus largement, le contentieux du travail est régi par le Livre Ier du Code de procédure civile, en vertu notamment de l'article 749 du même code. Il conviendra de le garder à l'esprit chaque fois que la procédure civile sera abordée dans les présents développements.

DELIMITATION DU SUJET

Parce que la médiation *lato sensu* est un sujet dense et complexe, il a été décidé que certaines de ses facettes ne seraient pas traitées à l'occasion du présent travail de recherche. Tel sera le cas si elles sont tellement différentes d'une matière à l'autre que la comparaison n'a pas lieu d'intervenir, ou bien si elles ne sont pas susceptibles d'apporter de plus value à cette étude. Pour cette raison, il sera ici question de la seule médiation *judiciaire* en droit du travail et en droit pénal.

Étudier la médiation sous le seul prisme du droit du travail aurait conduit à s'intéresser également à la médiation conventionnelle, dont l'encadrement juridique vient d'être étendu aux différends nés à l'occasion du contrat de travail par la récente loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques³. Si elle aurait en effet mérité d'être exposée plus en détails dans le cadre d'une approche purement travailliste du sujet, tel n'est pas le cas dans l'approche comparée qui nous retient présentement.

En effet, en matière pénale, seul un magistrat peut décider de recourir à la médiation. Sa mise en œuvre ne peut en aucun cas résulter de la seule volonté de personnes privées, en dehors de tout cadre procédural. Or, la médiation conventionnelle se définit précisément comme « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* »⁴. Il est donc clair qu'il s'agit d'une particularité de la procédure civile et du droit du travail qui n'a pas son équivalent en matière pénale. C'est pourquoi il conviendra de se concentrer sur l'étude de la médiation judiciaire au sens de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), et dont l'élément caractéristique est le suivant : « *il y a toujours intervention d'un juge ou d'un procureur qui conseille, décide et/ou approuve la procédure* »⁵. Cependant, il convient d'indiquer que s'il est bien question de

³ Jusqu'à ce que cette loi, autrement connue sous le nom de « Loi Macron », l'article R. 1471-1 du Code du travail disposait : « *Les dispositions du livre V (titre Ier, chapitre Ier) du code de procédure civile ne s'appliquent, en cas de médiation conventionnelle intervenant dans les différends s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail, que lorsque ceux-ci sont de nature transfrontalière au sens de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* ». Ainsi, la loi Macron revient sur cette exclusion dans la mesure où l'article 258, § III pose que : « *L'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative est abrogé* ».

⁴ Article 1530 du Code de procédure civile.

⁵ CEPEJ, Rapp. *Systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : Efficacité et qualité de la justice*, 2014.

médiation judiciaire, dans un cas comme dans l'autre, l'on préférera à l'expression de « médiation judiciaire pénale » celle de « médiation pénale », laquelle recouvre la même réalité tout en ayant l'atout de la simplicité.

D'autre part, il conviendra de cantonner l'étude de la médiation en droit du travail à celle qui est mise en œuvre à l'occasion de *litiges individuels de travail*. Il est vrai qu'il existe notamment un mécanisme de médiation pour les conflits collectifs de travail, mais celui-ci étant très particulier, il ne sera pas abordé dans le cadre de cette étude.

LE CHOIX DES MATIERES ET L'INTERET DE LA COMPARAISON

Quelques praticiens et universitaires ont déjà pu balayer l'intérêt d'une telle approche, jugeant les divergences des médiations « civile » et pénale trop importantes. À titre d'exemple, alors que le Professeur M. Guillaume-Hofnung considère que « l'expression « médiation pénale » est probablement la pire chose advenue à la médiation »⁶, le magistrat G. Cousteaux dissipe la pertinence de toute comparaison entre ces deux mécanismes au motif que « la médiation pénale, mise en place à la demande de la seule victime, n'est pas dans l'esprit de la médiation »⁷. Evidemment, le fait que ces deux types de médiation s'inscrivent dans deux procédures distinctes implique nécessairement des divergences. Mais l'intérêt de toute comparaison doit-il être éludé pour autant ? Il peut sembler étonnant de constater, qu'à ce jour, aucun auteur n'ait entrepris de s'engager dans cette démarche processuelle. Il semble pourtant qu'une telle entreprise soit particulièrement riche sur le plan théorique, et ce pour plusieurs raisons.

Mouvement de convergence entre les procédures civile et pénale. Le premier argument mettant en exergue l'intérêt de la confrontation de ces deux mécanismes réside dans l'atténuation de la césure entre procédure civile et procédure pénale. Il est de plus en plus fréquemment avancé que l'opposition traditionnelle entre le modèle accusatoire de la procédure civile et le modèle inquisitoire de la procédure pénale ne se justifie plus. En effet, les auteurs sont de plus en plus nombreux à critiquer cette dichotomie entre ces deux modèles

⁶ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 2015, p. 61.

⁷ G. COUSTEAUX, *Le juge et la médiation*, Réunion de l'Académie de législation de Toulouse, Séance du 16 mai 2014.

de procès⁸. Les justifications conduisant à ce type d'affirmation sont multiples et, pour ce qui nous intéresse, deux d'entre elles méritent d'être mentionnées.

Dans un premier temps, il apparaît que le caractère indispensable de la procédure pénale tend aujourd'hui à être relativisé. En effet, l'application du droit pénal ne passe plus exclusivement par la tenue d'un procès. Cette évolution est principalement attribuée au développement des troisièmes voies, qui désignent l'ensemble des alternatives aux poursuites⁹ à la disposition du ministère public. En cela, elles peuvent constituer de véritables alternatives au procès pénal. Par l'atténuation de son caractère indispensable, le procès pénal se rapproche davantage du modèle civil, notamment en ce qu'il admet lui aussi la possibilité de modes alternatifs de règlement des conflits. Ces alternatives au procès nous intéressent tout particulièrement dans le cadre de cette étude puisque c'est dans cette catégorie que se place la médiation, quelle que soit la matière dans laquelle elle s'inscrit. La médiation pénale participerait ainsi à part entière de ce mouvement de convergence entre les procédures civile et pénale. Il conviendra donc de s'interroger sur la possibilité d'un prolongement de ce rapprochement jusque dans l'acception retenue de la médiation dans ces matières.

Dans un second temps, le rapprochement observé entre procès pénal et procès civil est très souvent attribué¹⁰ à l'évolution du rôle qui y est tenu par les parties et le juge. Alors que la procédure civile est le siège d'une augmentation des prérogatives du juge, la procédure pénale, quant à elle, accorde de plus en plus de place à la recherche d'un accord par les parties privées. Ce deuxième phénomène est tel que les expressions « *contractualisation* »¹¹ ou « *privatisation* »¹² du procès pénal sont devenues courantes pour décrire l'évolution à laquelle est sujet la matière.

Au vu de ces constatations, le mouvement de convergence entre procédure civile et procédure pénale constitue effectivement une première raison de penser que le présent travail de recherche est digne d'intérêt. Puisqu'il est admis que les règles qui les régissent font l'objet de rapprochements, il semble opportun d'en vérifier l'incidence sur le mécanisme de médiation.

⁸ En ce sens, v. notamment : E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Paris : Montchrétien, coll. *DOMAT – Droit privé*, 2012, pp. 32-33.

⁹ Il s'agit là du terme employé par l'article 40-1 du Code de procédure pénale, même si nous verrons dans les futurs développements qu'il n'est pas forcément approprié.

¹⁰ V. notamment : Y. JOSEPH-RATINEAU, « La privatisation de la répression pénale », *RSC* 2014, p. 883 ; E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441.

¹¹ Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.* 2008, p. 1035.

¹² Y. JOSEPH-RATINEAU, « La privatisation de la répression pénale », *RSC* 2014, p. 883.

La composante d'ordre public au cœur du droit du travail et du droit pénal. Le second argument légitimant cette approche comparative réside dans le paradoxe résultant de l'utilisation d'un tel instrument dans ces matières. En effet, le droit du travail comme le droit pénal sont tous deux innervés par la notion d'ordre public, ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses questions sur son articulation avec le consensualisme qui imprègne, quant à lui, le processus de médiation.

Non seulement l'ordre public est une notion particulièrement délicate à définir, mais il apparaît en plus que son contenu diffère selon la matière considérée. Ainsi, s'il est tourné vers la protection de la partie la plus faible au contrat – à savoir le salarié – en droit du travail, c'est par sa finalité de protection des valeurs sociales fondamentales de la société qu'il se justifie en matière pénale. Dès lors, il convient de s'interroger sur la conciliation de ces impératifs avec la recherche d'une solution entre parties privées placées sur un pied d'égalité. Il s'agit là d'un aspect capital de l'approche comparative dont on peut légitimement penser qu'il apparaîtra en filigranes de notre étude, en justifiant certaines des convergences et divergences observées entre les deux matières. Il semble en effet que la comparaison menée soit à même de mesurer l'influence de l'ordre public sur l'appropriation de la médiation par le droit du travail et par le droit pénal.

Similitudes dans la genèse et la promotion du mécanisme de médiation. Ensuite, le choix des matières sur lesquelles s'est portée la comparaison se justifie, à la fois par les ressemblances lors de l'émergence de ce mécanisme en leur sein, et par la récente évolution qui a touché la matière pénale. Celle-ci semble en effet suivre celle qui a été amorcée il y a déjà plusieurs années en droit du travail.

Médiation judiciaire en droit du travail et médiation pénale ont pour point commun de devoir leur existence au pragmatisme de quelques magistrats soucieux de palier à certains dysfonctionnements du système judiciaire. La médiation judiciaire est ainsi née d'une pratique prétorienne dès les années 1970. Ceux-ci ont en effet réalisé, notamment en matière de conflit du travail, que la stricte application de la règle juridique ne leur permettait pas de rendre systématiquement des décisions « *humainement satisfaisantes* »¹³. Ils ont alors ordonné les premières médiations dans le cadre de leur pouvoir général de conciliation des parties. Ils

¹³ En ce sens, v. notamment : B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

tendaient ainsi à lutter contre les problèmes d'exécution ou d'acceptation des décisions judiciaires. En outre, cela permettait aux parties qui le devaient de pouvoir continuer à vivre ensemble, considération qui a tout son poids quand il est question de conflits nés du contrat de travail. En droit pénal, la médiation s'est quant à elle développée dans les années 1980, afin de limiter le nombre de classements sans suite résultant d'un encombrement des tribunaux généré par la multiplication des actes de délinquance¹⁴. C'est ainsi qu'est née la volonté de certains Parquetiers novateurs de trouver des issues alternatives aux possibilités existantes¹⁵, répondant à la fois aux nécessités sociétales¹⁶ et à la satisfaction des victimes. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la médiation judiciaire est la résultante d'une justice qui ne permettait plus d'apporter des réponses satisfaisantes à toutes les situations dont elles avaient à connaître.

Plus récemment, et depuis la loi du 15 août 2014¹⁷, aux côtés des actions publique et civiles – fondements mêmes du procès pénal –, le titre préliminaire du Code de procédure pénale compte désormais la notion de justice restaurative. Celle-ci est définie comme suit par l'article 10-1 du même code : *« À l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des*

¹⁴ En effet, la multiplication des actes de délinquance a eu pour conséquence directe de contraindre les magistrats du Parquet à procéder à de plus en plus de classements sans suite pour des affaires d'une gravité relative. Si les poursuites venaient toutefois à être déclenchées, la réponse se faisait bien souvent trop tardive, ôtant à la solution judiciaire toute sa signification. En ce sens, v. notamment : S. POKORA, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.

¹⁵ À l'époque, seul le classement sans suite ou le déclenchement des poursuites était possible.

¹⁶ Ils cherchaient notamment à lutter contre la récidive, puisque le nombre grandissant de classements sans suite concourrait à faire naître chez les délinquants un certain sentiment d'impunité, favorisant lui-même un fort risque de récidive.

¹⁷ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

informations relatives au déroulement de la mesure soient portés à la connaissance du procureur de la République ». Parce qu'elle envisage de laisser la victime et l'auteur d'une infraction participer activement à la résolution des difficultés résultant d'une infraction avec l'aide d'un tiers indépendant, tout porte à croire que la justice restaurative recouvrerait la médiation. Tel est d'ailleurs le point de vue de nombreux auteurs et pionniers en la matière¹⁸. Ils semblent particulièrement bien fondés à le penser dans la mesure où la médiation est l'une des modalités de la justice restaurative dans les pays où elle est mise en œuvre depuis plusieurs dizaines d'années, tels que les Etats-Unis ou le Canada¹⁹. C'est également ce que prévoit la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012²⁰, dont la transposition est à l'origine de l'introduction de la justice restaurative en droit français.

Ainsi, les dispositions générales du Code de procédure pénale ne comptent plus seulement l'action publique et l'action civile, mais aussi la voie parallèle qu'est la justice restaurative. Cet emplacement dans les textes témoigne clairement de la volonté des pouvoirs publics de faire une plus grande place à la médiation dans la gestion des affaires pénales.

En droit du travail, la promotion de la médiation judiciaire s'inscrit principalement dans un mouvement plus global qui est celui de la promotion de la médiation judiciaire dans le cadre de la procédure civile en général. Celle-ci a été amorcée il y a de ça plusieurs années. Elle se manifeste aussi bien au niveau du Conseil de l'Europe²¹, que de l'Union européenne²², ou encore dans les initiatives des pouvoirs publics internes²³. Elle est également relayée par

¹⁸ V. notamment : R. CARIO, « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.* 2013, p. 1077 ; G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

¹⁹ Pour des exemples, v. notamment : M. JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2003, pp. 25-27 ; J. MOYERSON, « Chronique d'une justice restaurative au-delà des frontières », *Les Cahiers Dynamiques*, 2014/1, n° 59, pp. 96-103.

²⁰ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

²¹ V. notamment : Rec. (2002)10 du 18 septembre 2002 sur la médiation en matière civile ; Plus récemment, le Rapport sur les systèmes judiciaires européens, pour l'efficacité et la qualité de la justice, établi par la CEPEJ contient un chapitre 6 consacré aux mesures alternatives au règlement des litiges. Il insiste sur le fait que des processus amiables tels que la médiation doivent être organisés pour améliorer la qualité du système judiciaire.

²² V. notamment : Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, dont l'objectif est de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre médiation et procédures judiciaires ; Plus récemment, v. le Rapport du Parlement européen *Rebooting the médiation directive* de 2014.

²³ V. notamment : Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE ; Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends ; Plus récemment, v. Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

de nombreux universitaires²⁴ et certains praticiens²⁵ qui font preuve d'une implication toute particulière dans la promotion de ce mécanisme. Le nombre de rapports²⁶ qui traitent de cette question – exclusivement ou non – devient d'ailleurs particulièrement conséquent.

Cette tendance commune, bien qu'évoluant à un rythme différent selon la matière considérée, conduit à s'interroger sur l'intérêt que peut présenter la médiation pour le droit pénal et le droit du travail. La médiation tend-elle à satisfaire les mêmes objectifs ? Souhaite-t-on en retirer les mêmes avantages ? Les raisons de ce mouvement au sein de ces contentieux sont-elles les mêmes ? Ce sont autant de questions qui devront trouver leurs réponses dans le cadre de l'étude comparée, afin de déterminer quels sont les arguments juridiques en mesure de justifier l'existence des convergences et divergences qui seront nécessairement notées. Comment peuvent-elles se créer alors que l'évolution est relativement similaire ?

Le paradoxe partagé d'une absence de développement de la médiation. Enfin, si la promotion de la médiation est amorcée depuis plus longtemps en droit du travail qu'elle ne l'est en matière pénale, toutes deux trouvent doré et déjà pour point commun le très relatif succès du mécanisme à l'heure actuelle. Malgré ses vingt années d'ancienneté, la médiation telle qu'elle existe aujourd'hui en droit positif ne convainc pas encore. Aucun outil statistique ne permet d'en attester pour ce qui concerne le volet civil, mais les explications à cette carence suffisent à s'en persuader. Ainsi, F. Vert, conseiller à la cour d'appel de Paris, résume clairement la situation lorsqu'il indique que « *le président du tribunal de commerce de Paris, très favorable au développement des modes amiables de résolution des litiges, se plaint pour sa part à répéter fort justement que lorsque l'on ne compte pas, les choses ne se développent pas* »²⁷. L'absence d'évaluation précise des mesures de médiation, dans les litiges civils en général, et ceux du travail en particulier, serait donc l'indicateur de son absence de succès.

En matière pénale, celui-ci n'est d'ailleurs pas mieux assuré, et peut laisser dubitatif quant à l'avenir de la médiation dans le cadre de la justice restaurative. En effet, le nombre

²⁴ V. notamment : Colloque *Justice du XXIème siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?*, Toulouse, 13 février 2015.

²⁵ À titre d'exemple : L'ancienne Bâtonnière de l'Ordre des avocats de Paris, Mme Ferral-Schul, avait déclaré l'année 2013 « *année de la médiation pour son barreau* » ; Un événement a été organisé à la Cour d'appel de Paris le 19 mai 2015, *La médiation judiciaire : déjà 20 ans*.

²⁶ À titre d'exemple : J.-C. MAGENDIE, Rapp. *Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie*, 2008 ; P. DELMAS-GOYON, Rapp. *Le juge du 21ème siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013 ; INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapp. *Le développement des modes amiables de règlement des différends*, n°22-15, Avril 2015.

²⁷ F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n° 18, 18 janvier 2014, p. 9.

d'affaires ayant fait l'objet d'une médiation pénale représente seulement 1,13%²⁸ des affaires susceptibles de faire l'objet d'une réponse pénale.

Ainsi, quelle que soit la matière considérée, force est de constater que ces chiffres – ou cette absence de chiffres – n'est pas la conséquence logique de l'engouement qui s'intensifie autour de la médiation. Il semble au contraire que l'usage encore très marginal de cet outil soit le reflet des réticences auxquelles il se heurte. Or, sans identification des obstacles qui lui font face, les ambitions de développement de la médiation au sein de ces contentieux risquent de ne jamais se concrétiser. Cette marginalité du recours à la médiation conduit à s'interroger sur la possibilité juridique du développement de la médiation en ces matières. Ces résistances sont-elles justifiées sur le plan juridique ? Sont-elles identiques d'une matière à l'autre ? Il s'agit là d'éléments qui ne sauraient être éludés de l'approche comparative dans la mesure où ils conduisent à se questionner sur le devenir de la médiation dans ces contentieux.

Afin d'apporter une réponse cohérente à l'ensemble des questions soulevées par cette thématique, il conviendra d'adopter la démarche suivante. Tout d'abord, il apparaît indispensable de s'interroger sur la notion de médiation, telle qu'elle est saisie par le droit du travail et par le droit pénal. Il faut en effet savoir si l'emploi de cette terminologie révèle la même conception selon que l'on se trouve dans une discipline ou dans l'autre. Que la médiation judiciaire puisse donner lieu à une approche univoque ou non, il conviendra ensuite d'appréhender son régime juridique au sein de ces matières pour voir s'il en porte la marque. Tout ceci participera d'une vision comparative du cadre juridique de la médiation en droit du travail et en droit pénal (**Partie 1**).

Ces seules considérations, si elles sont essentielles dans l'optique de mener à bien la comparaison entreprise, ne sont pas suffisantes. Savoir comment un mécanisme est mis en œuvre n'a d'utilité que si l'on sait *pourquoi* il est mis en œuvre, et quel est son intérêt (**Partie 2**). Procéder à l'évaluation de l'intérêt de la médiation pour le droit du travail et le droit pénal semble donc s'imposer. Ses enseignements se poseront en effet comme des préalables à la bonne appréhension de la problématique de développement de la médiation dans ces matières, tout comme de ses possibilités de concrétisation.

²⁸ En effet, selon le rapport *La criminalité en France* de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, 2014, p. 7, seules 16.384 médiations pénales ont été mises en œuvre pour un total de 1.443.459 auteurs « poursuivables » correspondant à des infractions dites « poursuivables ».

PARTIE 1

LE CADRE JURIDIQUE DE LA MEDIATION EN DROIT DU TRAVAIL ET EN DROIT PENAL

Le droit du travail et le droit pénal sont deux disciplines juridiques différentes. Pourtant, toutes deux prévoient l'existence d'un mécanisme de médiation judiciaire. Afin de déterminer si cette communauté de vocabulaire traduit les similitudes des mécanismes, il faut en passer par l'étude du cadre juridique structurant la médiation. Celle-ci implique de s'interroger à la fois sur la manière dont la notion de médiation a été saisie par le droit positif (**Section 1**), et sur son régime juridique, soit sa mise en œuvre concrète, au delà de l'acception extensive qui a pu être retenue par les textes (**Section 2**).

CHAPITRE 1 : LA NOTION DE MEDIATION SAISIE PAR LE DROIT DU TRAVAIL ET PAR LE DROIT PENAL

S'il n'existe pas en droit positif de définition de la médiation judiciaire susceptible de s'appliquer à toutes les disciplines, le concept n'en a pas moins été saisi par le droit du travail et le droit pénal (**Section 1**). Mais au delà des définitions qu'ils en donnent, cerner le concept de médiation tel qu'il est appréhendé par ces matières suppose également de le distinguer de notions avec lesquelles il serait susceptible d'être confondu (**Section 2**).

SECTION 1 | LES DEFINITIONS DE LA MEDIATION

À l'heure actuelle, l'existence en droit positif d'une définition de la médiation partagée à la fois par la matière civile et la matière pénale fait défaut. Cette absence d'approche univoque peut conduire à s'interroger sur l'appropriation de ce concept par les deux matières. Le terme « *médiation* » désigne-t-il la même réalité selon que l'on y fasse référence en droit du travail ou bien en droit pénal ? La question s'avère en effet centrale dans l'optique de déterminer si les rapprochements observés entre ces deux matières trouvent à se prolonger dans l'acception de la médiation qui y est retenue. Ainsi, si l'analyse du droit positif révèle

l'existence de nombreuses définitions de la médiation (I), elles demeurent très proches dans leur contenu malgré leurs fondements distincts (II).

I. DE MULTIPLES DEFINITIONS

L'analyse des définitions de la médiation conduira à aborder successivement celles qui trouvent à s'appliquer en droit du travail (A), avant d'examiner celles afférentes à la médiation en matière pénale (B).

A. En droit du travail

Avant toute chose, il convient de préciser qu'à ce jour, il n'existe en droit positif aucune définition de la médiation judiciaire qui soit spécifique au droit du travail. En effet, la médiation est définie en droit du travail de la même manière que pour les autres pans de la matière civile. De prime abord, cela pourrait sembler étonnant tant les spécificités de la matière sont importantes, et ont d'ordinaire tendance à influencer sur les règles procédurales de son contentieux. Pourtant, c'est au détriment de ces particularités que la médiation a été définie au sein de textes dont la dénomination traduit la généralité, tous reposant sur le postulat d'appartenance du droit du travail à la matière civile.

Il est tout d'abord possible de noter le désintérêt des institutions internationales, lesquelles n'ont édicté aucun texte porteur d'une définition de la médiation.

Dans le système du Conseil de l'Europe, la médiation a été envisagée de manière large, selon une définition qui paraît pouvoir s'appliquer aussi bien à la médiation judiciaire qu'à la médiation conventionnelle. Ainsi, la Recommandation Rec 2002(10) du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile, adoptée le 18 septembre 2002, conçoit la médiation comme : « *un processus par lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir à un accord avec l'assistance d'un ou plusieurs médiateurs* »²⁹. Il y est également exposé que « *l'expression « en matière civile » signifie toute matière impliquant des droits et obligations de caractère civil, y compris ceux qui*

²⁹ Recommandation Rec 2002(10) du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile, adoptée le 18 septembre 2002, paragraphe A), I), 1.

relèvent du droit commercial, du droit de la consommation et du droit du travail »³⁰. Cette définition de la médiation trouve donc effectivement à s'appliquer à toute la matière civile, y compris au droit du travail, sans que cette dernière constatation ne justifie une quelconque adaptation de la présente définition.

Dans le système de l'Union européenne, c'est la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale qui entend définir la médiation, dans son article 3, a), comme : « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre* ». Là encore, le champ d'application de la directive s'étend à la matière civile et commerciale, et le droit du travail ne fait pas partie des exceptions³¹ à son application. Ainsi, cette définition concerne aussi la médiation telle qu'elle serait mise en œuvre lors de conflits relatifs au droit du travail.

C'est l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a transposé cette directive en droit interne à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative³². Celle-ci vient désormais définir la médiation comme « *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* ». La définition de l'article 21 de la loi du 8 février 1995 s'inspire donc très largement de la définition figurant dans la directive susmentionnée.

Il est également possible d'observer une définition de la médiation judiciaire au sein de l'article 131-1 du Code de procédure civile qui dispose : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». La médiation judiciaire consisterait ainsi dans cette tâche confiée par le juge préalablement saisi d'un litige.

³⁰ Recommandation Rec 2002(10) du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile, adoptée le 18 septembre 2002, paragraphe A), I), 2.

³¹ Directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Article 1^{er}, §2.

³² Loi connue pour avoir consacré le mécanisme de médiation en droit positif en matière civile.

Encore une fois, même en droit interne, la médiation ne connaît pas de définition particulière dès lors qu'elle est susceptible d'être mise en œuvre pour résoudre des conflits nés du contrat de travail. Il convient en effet de se rappeler que la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par tout le Livre I du Code de procédure civile³³. Or, c'est justement en son sein que sont énoncées les règles afférentes à la mise en œuvre de la médiation judiciaire. À défaut de disposition spécifique, il semble que les pouvoirs publics aient jugé que cette définition ne nécessitait pas d'adaptation.

B. En droit pénal

La médiation pénale, contrairement à la médiation judiciaire en droit du travail, connaît des définitions qui lui sont spécifiques. S'il est possible de noter une certaine symétrie dans les instruments utilisés pour définir la médiation en droit européen, il n'est pas possible d'en dire autant pour ce qui concerne le droit interne.

Avant toute chose, il convient de relever que le droit international n'a pas entrepris de définir la médiation en matière pénale, pas plus qu'il n'avait entrepris de le faire en matière civile.

Dans le système du Conseil de l'Europe, la médiation pénale a fait l'objet d'une Recommandation R (99)19 du Comité des Ministres aux Etats membres adoptée le 15 septembre 1999. Elle y est définie en annexe comme « *tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur)* »³⁴. Toutefois, un complément de définition apparaît également dans le corps de la Recommandation lorsqu'il y est indiqué que la médiation en matière pénale constitue « *une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties, en complément ou en tant qu'alternative à la procédure pénale traditionnelle* ». Là encore, c'est par une Recommandation qu'a été

³³ L'article 749 du Code de procédure civile dispose en effet : « *Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* ».

³⁴ Recommandation R (99)19 du Comité des Ministres aux Etats membres adoptée le 15 septembre 1999, Annexe, §1.

posée la définition de ce mécanisme. Ainsi, si les Etats membres ne sont pas tenus par les termes de ce texte, il n'en constitue pas moins un instrument utile pour discerner les contours de la notion de médiation pénale, telle qu'elle est envisagée par le Conseil de l'Europe.

Dans le système de l'Union européenne, la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre des procédures pénales pose que la « *médiation dans les affaires pénales* » s'entend de « *la recherche, avant ou pendant la procédure pénale, d'une solution négociée entre la victime et l'auteur d'une infraction, par la médiation d'une personne compétente* »³⁵. Jusqu'au Traité de Lisbonne³⁶, dans le troisième pilier de l'Union européenne, la décision-cadre était l'acte comparable à la directive telle qu'elle est utilisée aujourd'hui en droit européen³⁷. Il est donc une nouvelle fois possible de noter la symétrie dans les instruments utilisés pour définir la médiation pénale et la médiation en matière civile, bien que leur dénomination soit différente en raison du décalage temporaire dans l'élaboration de ces définitions.

En droit interne, en revanche, contrairement à ce qu'il se passe en matière civile, la médiation pénale n'est pas expressément définie par la loi. En effet, dans l'article 41-1, 5° du Code de procédure pénale, il est indiqué que : « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République : 5° Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime* ». Si ce texte permet d'en savoir plus sur les objectifs poursuivis par la médiation pénale, rien ne permet de savoir comment celle-ci permettrait de les atteindre.

Pour une véritable définition de la médiation pénale, il faut se tourner non pas vers les textes législatifs mais vers les circulaires. C'est en effet une circulaire du 2 octobre 1992 qui a

³⁵ Article 1^{er}, e) de la Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre des procédures pénales.

³⁶ Traité de Lisbonne modifiant le TUE et le Traité instituant la communauté européenne (2007/C 306/01), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

³⁷ Ainsi, alors que les décisions-cadres visaient les actes qui « *lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au fond et à la forme* », la directive désigne aujourd'hui l'instrument qui « *lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » (Article 288 du TFUE, JOUE C 326).

proposé une première définition de la médiation pénale, et selon laquelle : « *la médiation pénale consiste à rechercher, grâce à l'intervention d'un tiers, une solution librement négociée entre les parties à un conflit né d'une infraction* »³⁸. Une autre circulaire du 16 mars 2004 a finalement été plus explicite en posant que : « *la mesure de médiation pénale consiste, sous l'égide d'un tiers, à mettre en relation l'auteur et la victime afin de trouver un accord sur les modalités de réparation mais aussi de rétablir un lien et de favoriser, autant que possible, les conditions de non réitération de l'infraction alors même que les parties sont appelées à se revoir* »³⁹. En l'état actuel de nos recherches, il ne semble pas que la médiation pénale ait donné lieu à une nouvelle définition depuis.

Si ce panorama des définitions de la médiation en matière civile et en matière pénale laisse augurer d'inévitables divergences dans leur mise en œuvre, force est de constater qu'il révèle néanmoins des notions dont les nombreux points communs révèlent la proximité.

II. DES DEFINITIONS PROCHES

L'analyse des définitions de la médiation en matière civile et en matière pénale met en évidence leur proximité, non seulement au regard de la démarche de médiation (A), mais aussi à l'aune des acteurs de la médiation (B).

A. Quant à la démarche de médiation

Quel que soit le vocabulaire utilisé⁴⁰, la médiation est justifiée par une même réalité : l'existence d'un conflit entre parties privées⁴¹. Que celui-ci résulte d'incidents liés au déroulement de la relation de travail, ou bien de la commission d'une infraction, le but

³⁸ Note d'orientation jointe à la circulaire du 2 octobre 1992 relative aux réponses à la délinquance urbaine n° CRIM.92.13/SDJC-2.10.92.

³⁹ Circulaire du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur n° CRIM.04-3/E5-16-03-04.

⁴⁰ « *questions litigieuses* », « *litige* », « *différend* », « *problème* », « *trouble résultant de l'infraction* », « *conflit né d'une infraction* », etc.

⁴¹ Ce terme sera préféré aux autres termes qui ont pu être employés par les différents textes étudiés. Il permet d'envisager le processus d'une manière beaucoup plus large, et pas seulement centré sur des prétentions juridiques. Ce que l'on cherche à résoudre en médiation, c'est bien plus que des questions juridiques. Il est possible d'y régler des aspects de l'opposition qui sont de l'ordre du psychologique, du relationnel, de l'affectif, etc. Parce que le terme de « conflit » permet une prise en compte de la dimension extra-juridique du conflit, il sera préféré. Il aurait aussi été possible de choisir le terme de « différend », mais dans le cadre de la médiation judiciaire, les institutions ont déjà été saisies d'un problème factuel, traduit sur le terrain juridique. Pour cette raison, il conviendra de s'en tenir au terme de « conflit ».

poursuivi par la médiation est de parvenir à sa résolution ; Résolution qui, si elle doit intervenir, se concrétisera par la conclusion d'un accord entre les deux parties. Cette communauté d'objectifs entre la médiation judiciaire en droit du travail et la médiation pénale s'explique par l'essence même de la médiation.

En effet, la médiation est une « *démarche consensuelle, commune* »⁴², où le dialogue et l'écoute réciproque entre les deux parties jouent un rôle primordial. Cette démarche est orientée vers la recherche d'une solution consensuelle et acceptée au litige qui les opposait initialement. Il s'agit là d'une particularité du mécanisme qui ne trouve apparemment pas à varier selon le domaine où il est mis en œuvre.

Pour ce qui concerne le volet travailliste, ce mécanisme peut ainsi se concevoir comme une opportunité de recréer le dialogue qui a été rompu entre l'employeur et le salarié (ou ex salarié), afin qu'ils élaborent ensemble la solution à même de les sortir de l'impasse ; impasse qui avait conduit à introduire l'action en justice initialement. Cet aspect est particulièrement bien présenté par le magistrat B. Holleaux lorsqu'il indique que « *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* »⁴³. Le magistrat G. Pluyette voit quant à lui dans la médiation judiciaire « *un traitement consensuel sous l'égide du juge, pour la recherche d'une solution négociée du procès, acceptable et acceptée* »⁴⁴.

La matière pénale, en dépit de la nature du contentieux dont elle a à connaître, ne fait pas exception à cette logique. En effet, malgré le fait qu'une infraction soit à l'origine du conflit créé entre les parties, une médiation pénale réussie suppose que la victime et l'auteur de l'infraction – qui sont des parties privées – aient trouvé par eux-mêmes une solution aux difficultés résultant de sa commission. À ce propos, J.-B. Perrier relève justement que « *la médiation pénale est certes conclue à la suite d'une infraction, mais elle n'en demeure pas moins une véritable médiation conduite entre des protagonistes privés, leur permettant de trouver une solution apaisée à leur différend* »⁴⁵. Il voit même dans ce procédé « la

⁴² N. DION, « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n°358, 24 décembre 2013, p. 5.

⁴³ B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge (Première partie) », *SSL* 2012, 1538.

⁴⁴ G. PLUYETTE, « *La médiation judiciaire*, discours à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Paris », *Gaz. Pal.*, 9 juin 1998, pp. 702-705.

⁴⁵ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014, n° 36.

manifestation la plus visible de l'insertion du consensualisme dans la matière pénale »⁴⁶, tandis que R. Ollard y décèle quant à lui l'un des mécanismes qui participent « *d'une certaine forme de justice pénale négociée* »⁴⁷.

À ce stade, il semble possible de considérer que même si la médiation s'insère dans le cadre pénal, elle n'en est pas pour autant dénaturée dans cette recherche de consensus qui la caractérise. Il s'agit là d'une première constatation particulièrement surprenante lorsque l'on se souvient que le droit pénal a initialement pour vocation la protection de l'intérêt général. Les règles qui gouvernent la matière sont toutes d'ordre public, comme le soulève justement le Professeur E. Dreyer lorsqu'il indique que « *rien n'est négociable en droit pénal ; c'est le droit imposé par excellence* »⁴⁸. Dès lors, envisager que deux personnes privées puissent rechercher ensemble la solution au conflit né d'une infraction a de quoi étonner. Cela a d'ailleurs conduit certains membres de la doctrine à qualifier le processus d' « *oxymore* »⁴⁹, ou bien encore à considérer que « *les deux termes – le nom « médiation » et l'adjectif « pénal » – jurent ensemble* »⁵⁰.

Malgré tout, c'est bien l'idée de contrat qui est au cœur du mécanisme, et même si cela peut sembler choquant au regard des fondements juridiques de la matière, force est de se rallier au point de vue de J.-B. Perrier lorsqu'il considère que « *l'adjectif pénal peut rendre l'expression incongrue, mais il ne doit pas tromper. Il vise à préciser le cadre dans lequel la médiation s'insère, l'origine du litige auquel elle tente d'apporter une réponse. Ainsi, si la médiation familiale est un accord conclu pour mettre un terme à un litige né d'un différend familial, la médiation pénale est un accord conclu pour mettre un terme à un litige né d'une infraction pénale* »⁵¹.

Par ailleurs, il convient de noter que si la médiation pénale est définie de manière relativement large par les textes de droit européen et les circulaires précitées, ses objectifs, eux, ont été définis plus strictement par la loi. En effet, l'article 41-1 du Code de procédure pénale pose trois hypothèses dans lesquelles le recours à la médiation peut avoir lieu. Ainsi, comme cela a déjà été précisé, il peut y avoir médiation pénale uniquement si « *une telle mesure est*

⁴⁶ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, *Rép. dr. pén.*, Octobre 2014, n° 8.

⁴⁷ R. OLLARD, « La médiation pénale, entre droit pénal et droit civil », *Revue Lexbase Hebdo édition privée*, n°527, 16 mai 2013.

⁴⁸ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

⁴⁹ J. FAGET, « Les « accommodements raisonnables » de la médiation pénale », *RSC* 2009, p. 981.

⁵⁰ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

⁵¹ J.-B. PERRIER, « Le caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale », *D.* 2013, p. 1663.

susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits ». Ces trois hypothèses ont pour particularité de constituer à la fois les objectifs poursuivis par la médiation – objectifs qui seraient alternatifs et non pas cumulatifs⁵² – et des conditions de recours. En effet, la mesure de médiation pénale ne saurait avoir lieu si sa mise en œuvre n'est pas susceptible d'entraîner au moins l'une de ces trois conséquences. Il est possible d'y voir une résurgence de la finalité de protection de l'intérêt général, sur laquelle devraient se « calquer » les accords conclu en médiation pénale. Il s'agit là de précisions sur les finalités de la médiation qui n'existent pas en droit du travail. En effet, en droit du travail, la résolution du litige est poursuivie pour elle-même, et le juge n'a pas besoin de s'assurer qu'elle atteigne des objectifs autrement plus précis.

À ce stade, un élément peut surprendre. En droit pénal comme en droit du travail, la médiation apparaît comme un processus à même de permettre aux parties de trouver elles-mêmes la solution au litige qui les oppose. En cela, un premier point de convergence a été mis en évidence. Cependant, droit du travail et droit pénal en présentent un autre : ils sont tous deux largement innervées par des considérations d'ordre public. Si l'ordre public est une notion extrêmement difficile à définir, il est majoritairement admis que : *« l'ordre public, au moins dans son acception d'origine, c'est l'antithèse à la liberté contractuelle ou conventionnelle. C'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle »*⁵³. Dès lors, il est possible de s'interroger sur la manière de concilier les considérations d'ordre public propres au droit du travail et au droit pénal avec la mise en œuvre d'un dispositif tel que la médiation. Outre cette question, s'ajoute celle de l'influence des particularités de l'ordre public qui touchent chaque matière⁵⁴. Ainsi, si les démarches de médiation, à ce stade, semblent relativement proches, il est possible de dire que leur mise en œuvre devra trouver à s'articuler avec les composantes d'ordre public qui imprègnent chaque matière.

⁵² Depuis la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

⁵³ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. dr. civ., Avril 2015, n° 37.

⁵⁴ En effet, si l'ordre public en droit du travail est principalement tourné vers une finalité de protection de la partie faible au contrat (le salarié), en droit pénal, c'est vers la protection des valeurs fondamentales de la société à un moment donné qu'il est tourné.

B. Quant aux acteurs de la médiation

L'autre point commun que présentent la médiation judiciaire en droit du travail et la médiation pénale réside dans les acteurs amenés à intervenir lors de la médiation. Au fil des différentes définitions, il apparaît que les personnes présentes lors de la médiation sont les mêmes : les parties privées et un tiers médiateur.

En effet, alors que la médiation judiciaire suppose la présence des parties au litige, la médiation pénale suppose quant à elle la présence de la victime et de l'auteur d'une infraction⁵⁵. Ainsi quelle que soit l'hypothèse visée, la présence de deux personnes privées est indispensable à la mise en œuvre de la médiation. Toutefois, la terminologie des termes employés laisse supposer que des divergences interviendront dans la mise en œuvre de la médiation. En effet, le terme de « *parties* » employé pour ce qui concerne la médiation judiciaire en droit du travail est autrement plus neutre que ceux de « *victime* » et d'« *auteur de l'infraction* » employés en droit pénal. Il conviendra donc d'examiner les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la médiation. Puisqu'il est question de victime et d'auteur d'infraction, et pas de simples parties privées pour la médiation pénale, il faudra s'interroger sur l'existence d'une obligation de reconnaissance des faits par l'auteur de l'infraction préalablement à la mise en œuvre du processus de médiation.

En outre, il est possible de s'étonner encore une fois que le conflit soit laissé « aux mains » de parties privées placées sur un pied d'égalité quand le droit du travail a normalement pour vocation la protection de la partie faible, et le droit pénal celle de l'intérêt général. Une telle configuration peut d'abord sembler particulièrement incongrue au regard de l'essence même de la procédure pénale dont on se trouve désormais aux antipodes : le procès du délinquant contre la société dont il a transgressé les règles. La médiation pénale arbore les apparences d'un mécanisme où priment les intérêts privés et où est délaissée la finalité de rétablissement de l'ordre social. En cela, elle atteste clairement d'une « *privatisation du procès pénal* »⁵⁶, dans la mesure où le délinquant n'est plus face à la société, mais face à sa victime. De même, en droit du travail, il est possible de s'interroger sur les moyens à même d'assurer la protection du salarié au cours de la médiation.

⁵⁵ Tantôt désigné comme « *l'auteur de l'infraction* », tantôt comme le « *délinquant* ».

⁵⁶ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », RSC 2002, p.245.

Par ailleurs, la médiation suppose la présence d'un tiers. Dans les textes afférents à la médiation judiciaire, ce tiers est tantôt envisagé comme un « *médiateur* », tantôt comme une simple « *tierce personne* ». Pour ce qui concerne la médiation pénale, ils font rarement usage du terme « médiateur » lorsqu'ils définissent la médiation. En effet, la Recommandation n° R (99)19 est le seul texte définissant la médiation à employer ce mot. Les autres textes ne visent pas expressément le médiateur. Ils lui préfèrent le terme de « *personne compétente* », ou celui encore plus neutre de « *tiers* ». Aussi, alors qu'en matière civile, il est possible de voir dans le médiateur un « *facilitateur de dialogue* », par l'emploi de termes tels que « *aide* », « *assistance* », rien de tel ne ressort des textes définissant la médiation pénale. Faut-il en déduire des divergences de régimes juridiques ? Voici une question qui devra trouver une réponse dans les développements ultérieurs.

Mais quoi qu'il en soit, en droit du travail comme en droit pénal, la médiation est envisagée comme un mécanisme ternaire du point de vue de ses acteurs. En effet, elle suppose nécessairement que soient réunies les parties privées opposées par le conflit et un tiers. Il s'agit là d'une caractéristique fondamentale de la médiation, qui conduit notamment le Professeur M. Guillaume-Hofnung à considérer que « *sans l'élément tiers, la médiation n'existe pas* »⁵⁷. En cela, la médiation judiciaire en droit du travail et la médiation pénale ne font que se conformer aux définitions les plus générales de la médiation. En effet, dans le Dictionnaire historique de la langue française, la médiation est définie comme une « *entremise destinée à concilier les personnes* »⁵⁸, tandis que le Dictionnaire Larousse l'envisage comme une « *entremise, intervention destinée à amener un accord* »⁵⁹. Dans chacune de ces définitions, il apparaît que la médiation suppose nécessairement l'immixtion d'un tiers au sein d'une situation préexistante. Médiation judiciaire en matière civile et médiation pénale n'y font pas exception.

Si les définitions de la médiation précisent le plus souvent quels sont les acteurs intervenant lors du déroulement de la médiation, elles restent généralement silencieuses sur ceux qui interviendront en amont du processus. Alors que dans le cadre de la médiation judiciaire en droit du travail, c'est le juge saisi du litige qui viendra le plus souvent suggérer cette alternative aux parties, c'est le procureur de la République qui jouera ce rôle dans le cadre de la procédure pénale, et selon des modalités bien différentes. Ainsi, et il ne s'agit là

⁵⁷ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, P.U.F., coll. « *Que sais-je ?* », 7^e éd., 2015, p. 70.

⁵⁸ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, 4^e éd.

⁵⁹ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/m%C3%A9diation/50103?q=m%C3%A9diation#50001>.

que d'un exemple, des définitions proches en elles-mêmes ne signifient pas nécessairement que leur mise en œuvre répondra à la même proximité.

Si les définitions posées par les textes sont des instruments utiles dans l'optique de cerner la notion de médiation, encore faut-il éviter de la confondre avec d'autres procédés aux similitudes parfois importantes. Dès lors la distinction de la médiation avec des notions voisines participe à part entière de la tâche de caractérisation de la médiation judiciaire en droit du travail comme en droit pénal.

SECTION 2 | LA DISTINCTION FACE A DES NOTIONS VOISINES

Parce que les définitions qui en sont données conduisent à une conception extensive de la médiation en droit du travail comme en droit pénal, le risque de confusion est parfois prégnant (I). Pour cette raison, il est nécessaire de bien la distinguer des mécanismes qui peuvent lui ressembler afin de mieux cerner ses contours, étant alors entendu que cette tâche ne recèle pas les mêmes difficultés d'une matière à l'autre (II).

I. LA POSSIBILITE DE CONFUSIONS

En droit du travail, de la même manière qu'en droit pénal, la médiation s'inscrit dans une catégorie plus vaste, participant elle-même du mouvement global de déjudiciarisation⁶⁰ qui les imprègne de plus en plus. Tandis que la médiation judiciaire se trouve englobée au sein des MARC en droit du travail (A), la médiation pénale est assimilée aux alternatives aux poursuites, aussi connues sous le nom de troisièmes voies (B).

A. La médiation judiciaire au sein des MARC en droit du travail

Pour ce qui concerne la matière civile, la médiation judiciaire s'inscrit dans un ensemble plus vaste qui est celui des MARC⁶¹. Outre la médiation judiciaire, ils englobent l'arbitrage, la conciliation judiciaire, la conciliation conventionnelle, la médiation

⁶⁰ En ce sens, v. GABORIAU (S.), « Déjudiciarisation et administration de la justice ; Promouvoir la « juridiversité » », *Petites affiches*, n°119, 14 juin 2012, p. 3.

⁶¹ Cette appellation a été préférée à celles parfois utilisées de modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ou modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) pour les raisons exposées au sein de la note de bas de page n° 41.

conventionnelle, et la procédure participative. Ils ont en commun de désigner l'ensemble des procédés visant à résoudre des conflits, sans recourir à un juge⁶².

Le droit du travail connaît depuis quelques années un mouvement en faveur du développement des MARC pour les conflits individuels de travail. La toute récente loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁶³ en fournit d'ailleurs un exemple particulièrement éloquent. Elle entend en effet étendre la possibilité du recours à la procédure participative⁶⁴ et à la médiation conventionnelle⁶⁵ pour les litiges individuels de travail. En cela, le nombre de mécanismes susceptibles de résoudre ce type de conflits sans recourir au juge est encore sur le point de s'étoffer, concurrençant par là-même la médiation judiciaire. Il ne s'agira pas dans les présents développements de faire un examen détaillé de leurs règles de fonctionnement, mais simplement d'en dresser un bref inventaire pour être à même d'opérer ultérieurement la distinction entre ces mécanismes et la médiation judiciaire.

L'arbitrage⁶⁶ est le fait pour les parties de désigner une tierce personne pour trancher le litige. C'est la particularité du mécanisme : une personne lambda va être désignée afin de faire l'objet de juge privé – et non pas étatique – en vue de trancher le conflit opposant les deux parties, tout comme le ferait un juge étatique. La sentence arbitrale s'impose aux parties de la même manière qu'un jugement s'impose aux parties au litige. Comme dans la médiation judiciaire, l'arbitrage suppose l'intervention d'un tiers ainsi que des parties au conflit ; Parties qui sont toutes deux d'accord, à la fois sur le fait de recourir à l'arbitrage pour trancher leur litige, et sur le choix de l'arbitre.

⁶² Cf. S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd. 2015-2016, p. 685.

⁶³ Autrement connue sous le nom de « loi Macron » du nom du Ministre de l'économie, E. Macron, qui en est à l'initiative, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537.

⁶⁴ Jusqu'à ce que la loi Macron soit promulguée, l'article 2064, alinéa 2 du Code civil qui concerne justement la convention de procédure participative, disposait : « aucune convention ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient ». La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dans son article 258, § IV, 1°, est revenu sur cette exclusion en disposant : « Le second alinéa de l'article 2064 est supprimé ».

⁶⁵ Jusqu'à ce que la loi Macron soit promulguée, l'article R. 1471-1 du Code du travail disposait : « Les dispositions du livre V (titre Ier, chapitre Ier) du code de procédure civile ne s'appliquent, en cas de médiation conventionnelle intervenant dans les différends s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail, que lorsque ceux-ci sont de nature transfrontalière au sens de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ». La loi Macron revient là aussi sur cette exclusion dans la mesure où l'article 258, § III pose que : « L'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative est abrogé ».

⁶⁶ Dont la réglementation se trouve aux articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile et aux articles 2059 à 2061 du Code civil.

La procédure participative, quant à elle, est un mécanisme relativement récent⁶⁷ défini par l'article 2062 du Code civil qui dispose : « *La convention de procédure participative est une 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'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leurs différends* ». La procédure participative a une double nature. Elle est contractuelle dans son fondement mais elle est procédurale dans son objet et dans son régime. En effet, le but de ce contrat est d'organiser la procédure participative. Tout l'objet du contrat est de fixer les règles de la future négociation. C'est pourquoi son encadrement juridique est contenu à la fois dans le Code civil pour les aspects du contrat, et dans le Code de procédure civile pour tous les aspects procéduraux. Si ce mécanisme se rapproche de la médiation judiciaire par son objectif de résolution amiable du différend, les points de convergence entre les deux procédés semblent, en dehors de celui-ci, plutôt limités.

La médiation et la conciliation conventionnelles ont cela de particulier qu'elles partagent la même définition, posée par l'article 1530 du Code de procédure civile, qui les envisage comme : « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Les points de convergences entre ces deux procédés et la médiation judiciaire sont nombreux. Ils sont eux aussi désignés comme des « processus structurés ». Il s'agit là d'un terme qui est systématiquement employé pour définir la médiation judiciaire. En outre, et surtout, ces deux mécanismes présentent une communauté de structure⁶⁸ et de finalité avec la médiation judiciaire. En effet, ils tendent à parvenir à la résolution amiable d'un différend.

Enfin, la conciliation judiciaire interviendra quant à elle lorsqu'un juge sera saisi d'un litige entre deux parties. En matière prud'homale, celle-ci ne peut être menée que par le juge lui-même. En effet, l'article 129-1 du Code de procédure civile indique que le juge ne peut déléguer cette mission à un conciliateur de justice qu'en vertu d'une disposition particulière. Or, il n'en existe aucune pour la matière prud'homale. Quoi qu'il en soit, la conciliation judiciaire est sans doute le mécanisme qui se rapproche le plus de la médiation judiciaire. La

⁶⁷ Elle a été créée par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées, et aux experts judiciaires.

⁶⁸ Il s'agit de mécanismes ternaires, supposant à la fois l'intervention de deux parties en conflit et d'un tiers.

confusion peut se faire d'autant plus prégnante qu'il n'existe pas de définition à proprement parler de la conciliation.

Ce bref panorama des MARC susceptibles de favoriser la résolution des litiges individuels de travail montre qu'une certaine confusion peut se créer lors de l'appréhension de ces mécanismes. Si les définitions de ces différents procédés présentent des points communs qui sont parfois conséquents, il est impératif de pouvoir les distinguer les uns des autres. En effet, d'une part, ils ne présentent pas toujours les mêmes régimes juridiques et, d'autre part, une assimilation peut s'avérer problématique dans la concrétisation de la dynamique en faveur du développement des MARC initiée par les pouvoirs publics.

B. La médiation pénale au sein des alternatives aux poursuites

La médiation pénale fait elle aussi partie d'un ensemble plus vaste où s'inscrivent un ensemble de procédés présentant entre eux un certain nombre de similitudes. Il s'agit des procédures alternatives aux poursuites, autrement connues sous le nom de « troisièmes voies »⁶⁹. Celles-ci s'inscrivent dans la dynamique générale d'extension qui frappe le procès pénal depuis maintenant plusieurs années. Cette évolution prend deux directions, à la fois en amont et en aval du procès pénal traditionnel. Les troisièmes voies participent du mouvement d'extension en amont du procès pénal. Elles visent en fait les procédés alternatifs de traitement de la délinquance sans déclenchement de l'action publique. Elles se sont tellement développées qu'elles représentent aujourd'hui près de 38,9%⁷⁰ des réactions de l'autorité publique face à la délinquance.

Les alternatives aux poursuites ont en commun avec les MARC précédemment étudiés l'éviction du jugement de l'affaire par une juridiction pénale. Dans le cadre de la procédure pénale, pour décider s'il y a lieu ou pas d'intenter des poursuites, la personne chargée de prendre cette décision – pratiquement, le Procureur de la République –, doit examiner deux points : la légalité d'une poursuite éventuelle et l'opportunité de celle-ci. Une fois que le procureur de la République a constaté l'existence d'une infraction qu'aucun obstacle juridique

⁶⁹ Cette appellation leur est donnée en raison du fait que, grâce à elles, le Ministère public dispose d'une troisième voie, outre le classement sans suite et le déclenchement de l'action publique, lorsqu'une infraction est portée à sa connaissance.

⁷⁰ OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DELINQUANCE ET DES REPONSES PENALES, *La criminalité en France*, Rapp. annuel sur la criminalité en France, *L'activité judiciaire pénale en 2013, 2014*, p. 7.

n'empêche de poursuivre, il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 40-1 du Code de procédure pénale. Ainsi, il demeure libre d'apprécier l'opportunité et les modalités de la poursuite⁷¹. Dès lors, ce dernier peut soit déclencher l'action publique, soit au contraire classer sans suite si la poursuite lui paraît inopportune, ou bien opter pour l'une des procédures alternatives aux poursuites prévues par les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale. Elles correspondent en fait à des réponses graduées à la délinquance.

Les alternatives énoncées dans l'article 41-1 du Code de procédure pénale, dans lequel est prévue la possibilité du recours à la médiation, constituent une réponse minimale à la délinquance. Le ministère public va choisir cette réponse lorsqu'il aurait naturellement eu tendance à classer sans suite. L'autre alternative, la composition pénale, qui figure dans l'article 41-2 du Code de procédure pénale est une réponse plus affirmée et plus nette à la délinquance. Le parquet la choisira lorsqu'il aurait eu tendance à déclencher l'action publique. En outre, depuis la réforme du 15 août 2014, un nouveau genre d'alternative aux poursuites a vu le jour : la transaction policière, prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale.

L'article 41-1 du Code de procédure pénale indique que le procureur de la République peut recourir à l'une des alternatives qu'il énonce « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits* ». C'est justement au sein de cet article qu'est prévue la faculté pour le procureur de la République de faire procéder à une médiation. Mais il prévoit également la possibilité de formuler un rappel à la loi, d'orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, de demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation à l'égard de la loi ou des règlements, de demander à l'auteur des faits de réparer le dommage qu'il a causé, ou encore, en cas d'infraction commise contre certaines personnes déterminées, de demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. Ce sont autant de mesures qui répondront aux mêmes conditions de recours, et qui, du fait de l'ambiguïté de la formulation du texte, viseront les mêmes résultats. Pour cette raison, elles présentent entre elles une certaine proximité.

⁷¹ Cela a notamment été rappelé par un arrêt Cass. crim. 28 février 1997, n° 06-84.266, *Bull. crim.* n°65.

La mesure de composition pénale de l'article 41-2 du Code de procédure pénale est quant à elle définie comme une « *mesure de compensation ou de réparation proposée par le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, à une personne majeure qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits ou une ou plusieurs contraventions dont la liste est fixée par la loi ou le règlement. Après avoir été validée par le président du tribunal, son exécution éteint l'action publique* ». La composition pénale se rapproche ainsi de la médiation pénale en ce qu'elles ont pour point commun de tendre à éviter de soumettre l'affaire à une juridiction, sur initiative du procureur de la République.

Enfin, l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale prévoit que : « *L'officier de police judiciaire peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et sur autorisation du procureur de la République, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales* ». Y sont ensuite définies les conditions dans lesquelles cette transaction policière peut intervenir, et laissant transparaître que celle-ci ne pourra être utilisée que pour les infractions de faible ou moyenne gravité. Constituant elle aussi une alternative au déclenchement de l'action publique, la transaction policière pourrait contribuer à brouiller la distinction entre médiation pénale et procédés voisins.

Cette rapide présentation des alternatives aux poursuites a pour but de montrer que les mécanismes tendant à éviter le recours au juge sont également nombreux en procédure pénale. Il convient, tout autant qu'en droit du travail, d'en dégager des éléments distinctifs dès lors que le simple énoncé des différentes mesures qui appartiennent à cette catégorie laisse présager des modalités différentes pour leur mise en œuvre.

II. L'INEGALE DIFFICULTE DE LA DISTINCTION

La recherche d'éléments distinctifs entre la médiation et les notions qui s'en rapprochent révèle une tâche parfois délicate pour ce qui concerne le droit du travail (**A**), alors que si les apparences pouvaient conduire à ce qu'il en soit de même en matière pénale, il n'en est finalement rien (**B**).

A. Une distinction parfois malaisée en droit du travail

Il a été mis en évidence dans les précédents développements que la médiation pouvait finalement sembler assez proche des autres MARC tels l'arbitrage, la procédure participative, la médiation conventionnelle ou encore la conciliation. Si le risque de confusion peut être relativement facilement éludé pour certains de ces mécanismes, force est de constater qu'il n'en est pas de même pour d'autres. En particulier, il apparaît que la distinction entre médiation et conciliation peut s'avérer extrêmement délicate.

Pour ce qui concerne l'arbitrage et la procédure participative, tout risque de confusion avec la médiation judiciaire peut être assez rapidement écarté. Il apparaît tout d'abord que l'arbitrage est en réalité très différent de la médiation judiciaire. En effet, dans l'arbitrage, les parties ne participent pas à la recherche de la solution. Elles ne sont pas actives mais passives en attendant la sentence arbitrale. C'est un mécanisme de résolution du conflit qui se caractérise par la verticalité de la solution qui est ainsi imposée aux parties. En revanche, dans le cadre de la médiation judiciaire, les parties sont les seules décisionnaires de l'accord qui sera conclu. Le médiateur n'est là que pour faciliter leurs échanges et ne doit en aucun cas leur dicter une solution, à l'instar du juge ou de l'arbitre.

Pour ce qui concerne la procédure participative, elle se différencie de la médiation par un élément essentiel. En effet, la procédure participative suppose la seule présence des parties assistées chacune d'un avocat mais n'implique en aucun cas la présence d'un tiers, comme tel est le cas dans la médiation judiciaire.

Les mécanismes conventionnels que sont la médiation et la conciliation conventionnelle, quant à eux, se différencient de la médiation judiciaire de par leur origine. Dans la médiation comme dans la conciliation conventionnelle, ce sont les parties qui décident de recourir à ce mécanisme en dehors de toute saisine d'une juridiction, alors que dans la médiation judiciaire, c'est le juge qui, après avoir été saisi, propose la médiation aux parties en guise d'alternative.

Si un bref examen des précédents mécanismes peut être suffisant à les dissocier de la médiation, il n'est pas possible d'en dire autant pour ce qui est de la conciliation. Déjà en 1993, la Cour de cassation donnait de la médiation la définition suivante : *« l'objet de la médiation, qui est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en*

*vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du Nouveau Code de procédure civile »⁷². Or, l'article 21 du Code de procédure civile dispose justement qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Dès lors, la médiation apparaît comme une déclinaison de la mission de conciliation qui incombe au juge. Cette confusion n'a par la suite nullement été dissipée, ni par les textes européens, ni par les textes de droit interne. Ainsi, la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008, par l'emploi de l'expression « *quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé* » rend la définition particulièrement inefficace dans l'optique de distinguer les deux mécanismes puisqu'au vu de ce texte, la médiation pourrait recouvrir aussi bien la médiation que la conciliation. Cette confusion entre les deux notions a d'ailleurs fini par être entérinée dans le droit interne puisque le décret du 20 janvier 2012, codifiant l'ordonnance du 16 novembre 2011 venant transposer ladite directive, a arrogé médiation et conciliation conventionnelle d'une même définition. Voilà qui n'est pas de nature à faciliter la distinction entre ces deux notions que sont la médiation et la conciliation, et qui donne raison à l'avocat C. Peulve selon lequel : « *sur le plan général des notions juridiques, les notions de médiation et de conciliation ne sont pas distinctes* »⁷³.*

Pour autant, est-ce vraiment utile de les distinguer ? La question peut se poser tant les éléments de différenciation manquent, à la fois quant aux finalités des processus, ainsi que du point de vue de leur régimes juridiques indifférenciés⁷⁴. Cette distinction de notion aux frontières floues est problématique en droit du travail. En effet, le taux de conciliation devant le conseil de prud'hommes, qui est une phase préalable obligatoire à l'audience de l'affaire en bureau de jugement, y est très bas. Oppressés par le nombre d'affaires grandissant qui leur sont soumises, les conseillers prud'hommes ne disposent bien souvent que de quelques minutes pour tenter de concilier les parties, ce qui n'est pas suffisant. En revanche, en médiation, les réunions peuvent s'étaler sur trois mois. Les conditions ne sont pas les mêmes et les chances de succès de la médiation s'en trouvent décuplées par rapport à la conciliation. Seulement, ce préalable infructueux de conciliation peut venir cristalliser les réticences au recours à la médiation des parties, au motif qu'elle n'avait pas fonctionné. Cette assimilation regrettable conduit à s'interroger sur la nécessité de disposer de deux mécanismes difficilement distinguables sur le plan juridique. Ne serait-il pas préférable, compte tenu de

⁷² Cass. civ. 2^e, 16 juin 1993, n°91-15.332, *Bull. civ.* II, n°211.

⁷³ C. PEULVE, « Médiation et conciliation. Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n°179, 28 juin 2011, p. 17.

⁷⁴ En ce sens, v. INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapp. sur *Le développement des modes amiables de règlement des différends*, n°22-15, Avril 2015, p. 14.

l'identité du processus, et comme le préconise le rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends d'avril 2015, de regrouper ces deux notions sous une même terminologie⁷⁵ ?

B. Une distinction facilitée en matière pénale

En matière pénale, la distinction entre la médiation et les autres troisièmes voies n'est pas si problématique, pour une raison simple. Parmi toutes les mesures alternatives auxquelles peut recourir le procureur de la République, seule la médiation suppose à la fois la présence de l'auteur des faits, de la victime et d'un tiers. Dans le cadre de toutes les autres alternatives présentées, l'auteur des faits se trouve confronté au seul procureur de la République. Et si les objectifs de ces mesures sont bien semblables à ceux de la médiation pénale, la difficulté de la distinction est modérée, voire inexistante. La médiation pénale, de par ses intervenants se différencie aisément de toutes les autres alternatives aux poursuites. Si des alternatives lui sont proches de par leurs objectifs et conditions de recours, elles s'en dissocient simplement de par le particularisme de la médiation pénale qui réside notamment dans sa structure ternaire. Ainsi, en matière pénale, la conception extensive de la médiation telle qu'elle est définie par les textes ne lui est pas préjudiciable dans l'optique de la distinguer avec d'autres dispositifs de même nature. La médiation pénale est unique en son genre et aucun mécanisme ne se rapproche suffisamment de ses caractéristiques principales pour donner lieu à une confusion.

Par conséquent, les contours de la médiation seront moins délicats à identifier en matière pénale qu'en droit du travail, alors même que les éléments à même de créer la confusion au début de l'analyse étaient sensiblement similaires. Là encore, il semble possible de trouver la justification à ce constat dans la finalité de protection de l'intérêt général fondant la procédure pénale. En effet, le droit du travail, comme les autres pans de la matière civile, régle des relations entre parties privées. Le droit pénal, en revanche, condamne un certain nombre de comportements contrevenant aux valeurs fondamentales de la société. La médiation, semble alors « plus à sa place » en droit du travail qu'en droit pénal. Bien que la question du déséquilibre entre employeur et salarié se pose, il ne semble pas réellement choquant que soient mis à leur disposition des moyens de résoudre le conflit sans passer nécessairement devant le juge. En droit pénal, par contre, la médiation se pose comme un

⁷⁵ *Ibid*, p. 16.

mécanisme autrement plus original, voire marginal. En effet, de toutes les autres alternatives aux poursuites, seule la médiation implique la participation simultanée de la victime et de l'auteur des faits. Elle fait en quelque sorte figure d'*exception* face à d'autres mécanismes qui confrontent ce dernier au procureur de la République, représentant la société dont les valeurs ont été bafouées.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

Il ressort de l'étude menée dans ce chapitre que la médiation, qu'elle soit appréhendée en matière civile ou pénale, désigne des notions proches, à la fois quant à leurs finalités, et quant aux acteurs dont elles supposent l'intervention. En cela, elle opère confirmation de notre hypothèse de départ selon laquelle le mouvement de rapprochement des procédures civile et pénale pourrait trouver une traduction dans l'appropriation de la notion de médiation par ces deux matières. Néanmoins, il convient de noter que les définitions posées par les textes sont d'une grande généralité et fixent simplement une orientation globale que doit suivre la médiation, sans en définir précisément les modalités.

Pour cette raison, la notion peut être difficile à cerner. Cependant, si les risques de confusions sont sensiblement proches, dans la mesure où les dispositifs s'y regroupant servent des objectifs relativement similaires, force est de constater que la distinction ne recèle pas du tout les mêmes difficultés. En droit du travail notamment, la médiation est particulièrement délicate à discerner de celle de conciliation, au point qu'une telle indétermination des contours de la médiation peut être préjudiciable pour sa mise en œuvre. En revanche, la médiation pénale se distingue aisément des autres procédés de même nature qu'elle ; Attestant ainsi du fait que cette notion se trouve *a priori* plus en contradiction avec les objectifs propres au droit pénal que ceux innervant la matière civile, où la surprise est moindre face à la recherche d'une solution entre deux protagonistes privés.

Si une approche univoque de la médiation semble susceptible de transcender droit du travail et droit pénal, il faut se garder de toute conclusion hâtive. En effet, ces définitions ne portent pas la marque des spécificités de chaque matière, telles que la dimension d'ordre public ou encore les acteurs en charge de mener la procédure. Or, il s'agit justement d'éléments à même d'influer sur leur mise en œuvre au sein de ces deux matières. En cela, si les définitions montrent des convergences incontestables dans l'acception retenue de la médiation, il n'est pas certain qu'elles trouvent une continuité lors de l'étude de ses régimes juridiques.

CHAPITRE 2 : LE REGIME JURIDIQUE DE LA MEDIATION EN DROIT DU TRAVAIL ET EN DROIT PENAL

Appréhender la médiation dans ses deux déclinaisons que sont la médiation pénale et la médiation judiciaire en droit du travail implique nécessairement de s'interroger sur les caractéristiques de son régime juridique. La logique comparative présidant notre étude impliquera d'aborder les modalités de mise en œuvre de la médiation judiciaire (**Section 1**), avant de s'intéresser aux conséquences juridiques de l'issue du processus (**Section 2**).

SECTION 1 | LA MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION

Si le recours à la médiation est certainement le siège des plus grandes disparités entre les deux matières (**I**), il n'est pas possible d'en dire autant pour ce qui concerne le processus de médiation en lui-même. En effet, qu'il soit mis en œuvre pour régler les conséquences d'un conflit individuel de travail ou celles découlant de la commission d'une infraction, les similitudes sont nombreuses (**II**).

I. LE RECOURS A LA MEDIATION AU COMBLE DES DIFFERENCIATIONS

Il apparaît que médiation judiciaire en droit du travail et médiation pénale trouvent à se distinguer l'une de l'autre, tant au regard des conditions du recours à la mesure (**A**) qu'à celui des personnes qui en sont à l'initiative, et de celles à qui appartient la décision dudit recours (**B**).

A. Les conditions du recours

Dans le cadre de ces développements, il s'agira de s'interroger à la fois sur les conditions relatives au stade du recours (**1**), ainsi qu'à celles afférentes au domaine d'application de la médiation (**2**).

1. Condition relative au stade du recours

Pour ce qui concerne le stade du recours à la médiation, il convient de noter que si celle-ci peut être mise en œuvre à des stades très divers de la procédure en droit du travail, tel n'est pas le cas en matière pénale.

À l'occasion d'un conflit individuel de travail, la médiation peut être proposée à tout moment de la procédure. Il apparaît toutefois qu'en pratique, c'est principalement devant les chambres sociales des cours d'appel que le recours à la médiation a pu avoir lieu, à défaut d'avoir, à ce jour, trouvé sa place devant les Conseils de prud'hommes⁷⁶. Pourtant, aucune règle ne vient exclure la possibilité du recours à la médiation judiciaire devant cette juridiction particulière. La question méritait d'être posée, notamment en raison de l'existence de la phase de conciliation, qui est un préalable obligatoire à la tenue de l'audience devant le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes. Or, 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 lieu⁷⁷. Par conséquent, ce n'est qu'en cas de non aboutissement de la conciliation qu'une médiation peut éventuellement être ordonnée⁷⁸.

Ensuite, comme l'article 131-1 du Code de procédure civile pose qu'elle peut être proposée par « *le juge saisi d'un litige* », il faut en déduire que la médiation judiciaire peut être proposée aussi bien par le bureau de jugement que par le juge des référés. Il semble en effet qu'ils puissent tous deux être considérés comme des « *juges saisis d'un litige* », conformément aux exigences de l'article précité. La possibilité de proposer la médiation judiciaire est également admise au stade l'audience de départage, dans la mesure où le juge départiteur procède là aussi comme à toute audience d'une juridiction de jugement⁷⁹. Enfin, le recours à la médiation peut également avoir lieu au stade de l'appel, les magistrats siégeant au niveau de cette juridiction ayant incontestablement la qualité de « *juge saisi du litige* » au sens de l'article 131-1 du Code de procédure civile. Cette faculté a d'ailleurs été reconnue par un

⁷⁶ Pour plus d'informations, se référer aux développements du Chapitre 2 de la Partie 2.

⁷⁷ Toute instance prud'homale débute par une tentative de conciliation assurée par le bureau de conciliation. Il s'agit là d'une phase obligatoire ayant un caractère d'ordre public. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 20 octobre 1953 a d'ailleurs posé que le « *préliminaire de conciliation tient à l'essence même de l'institution* » (Cass. soc. 20 octobre 1953, *Bull. civ.* IV, n°32).

⁷⁸ La chambre sociale de la Cour de cassation 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° 03-45.444, *Bull. civ.* V, n° 22).

⁷⁹ En ce sens, v. notamment GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, p. 59.

arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 18 juillet 2001⁸⁰. Finalement, le recours à la médiation judiciaire pour résoudre les conflits individuels de travail peut intervenir à des moments très variés.

En matière pénale, tel n'est pas le cas. En effet, le recours à la médiation pénale peut avoir lieu à un seul moment : avant le déclenchement de l'action publique⁸¹. Cette condition de recours est posée par l'alinéa 1^{er} de l'article 41-1 du Code de procédure pénale en ce qu'il indique que les mesures qu'il édicte ne peuvent être proposées par le procureur de la République que « *préalablement à sa décision sur l'action publique* ». La médiation pénale ne saurait donc en aucun cas être proposée par le juge ayant à connaître de l'infraction, ni en première instance, ni au stade de l'appel.

Cette restriction du champ des possibles quant au moment de mise en œuvre de la médiation tient à la nature de la mesure. En effet, alors que la médiation judiciaire s'inscrit, en droit du travail, dans le vaste ensemble des modes alternatifs de règlement des conflits, la médiation pénale s'insère quant à elle dans la catégorie des alternatives aux poursuites. Or, si le conflit est nécessairement patent à tous les stades de la procédure⁸² en droit du travail, la question des poursuites ne se pose qu'avant le déclenchement de l'action publique, et donc avant le procès à proprement parler. Les opportunités de recours à ce mécanisme s'en trouvent nécessairement réduites⁸³. Et ce, même si, dans les faits, il apparaît qu'elle constitue un moyen de résolution du conflit découlant de l'infraction, qui serait potentiellement pertinent à tous les stades de la procédure, et pas uniquement avant les poursuites.

2. Condition relative au domaine d'application

Médiation judiciaire en droit du travail et médiation pénale se distinguent également de par leur domaine d'application.

⁸⁰ Cass. soc. 18 juillet 2001, n° 99-45534, *Bull. civ.* V, n° 279.

⁸¹ Principalement consécutivement au dépôt de plainte de la victime, mais aussi si le procureur de la République a vu l'infraction portée à sa connaissance par d'autres moyens.

⁸² La saisine des juridictions prud'homale implique nécessairement en amont l'existence d'un conflit entre l'employeur et le salarié.

⁸³ Sur ce point, l'insertion récente de la notion de justice restaurative dans le Code de procédure pénale pourrait bien entraîner certains changements. En effet, celle-ci, comme cela a été indiqué, pourra se concrétiser sous la forme d'une mesure de médiation entre l'auteur de la victime de l'infraction qui, selon l'article 10-1 du Code de procédure pénale, pourra avoir lieu « *à tous les stades de la procédure* ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 131-2 du Code de procédure civile dispose : « *La médiation porte sur tout ou partie d'un litige* ». La médiation judiciaire, en droit du travail comme dans les autres pans de la matière civile, semble ainsi pouvoir concerner tout litige, quel que soit son objet. Cependant, il apparaît qu'en vertu de l'article 21-4 de la loi du 8 février 1995⁸⁴, aucun accord de volonté ne peut porter sur un droit dont les parties n'ont pas la libre disposition. La médiation judiciaire a donc un domaine limité aux droits disponibles⁸⁵. Que faut-il en déduire dès lors qu'elle est justifiée par l'existence d'un conflit né du contrat de travail ? Le droit du travail est en effet irrigué par un important ordre public de protection, fondé sur le déséquilibre de la relation contractuelle employeur/salarié au préjudice du salarié. Cet ordre public de protection vient-il réduire le champ d'application de la médiation judiciaire en droit du travail ? C'est toute la difficulté de la médiation judiciaire en droit du travail, où l'on se trouve à mi-chemin entre le contractuel et le processuel. À notre sens, il semble que le domaine de la médiation ne soit pas limité en raison de la nature du conflit touchant au contrat de travail. D'ailleurs, le législateur ne paraît pas aller en ce sens puisqu'il n'a pas exclu les litiges individuels de travail du champ de la médiation. Toutefois, il convient de penser que le contenu de l'accord conclu – si accord il devait y avoir – devrait quant à lui se conformer au respect de certaines exigences propres au droit du travail.

En matière pénale, en revanche, l'article 41-1 du Code de procédure pénale cantonne le domaine de la médiation aux situations où cette mesure est « *susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits* ». Il est toujours aussi troublant de remarquer que cet article assimile les conditions de recours à la médiation et les objectifs qu'elle poursuit. Ces derniers sont demeurés inchangés depuis la loi du 4 janvier 1993. Toutefois, la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale⁸⁶ a eu pour conséquence de rendre ces conditions de recours non plus cumulatives mais alternatives en remplaçant le « *et* » par le « *ou* ». Il est possible d'être surpris de constater que la médiation pénale ne voit pas son domaine limité en fonction de la nature des infractions commises. Celle-ci n'est pas explicitement limitée aux infractions les moins graves par la loi. Elle pourrait donc – théoriquement – trouver à être mise en œuvre suite à la commission d'un

⁸⁴ Cet article a été modifié par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne 2008/52/CE.

⁸⁵ En ce sens, v. N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, coll. *Guides Dalloz*, 2014/2015, p. 109.

⁸⁶ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

crime. C'est ce que relève le Professeur E. Dreyer : « *certaines, elle suppose que le trouble résultant de l'infraction puisse disparaître grâce à la médiation, ce qui serait fort douteux en cas de crime mais l'hypothèse reste théoriquement envisageable* »⁸⁷ ; imaginant par exemple la possibilité d'une tentative de meurtre ou d'empoisonnement « sur demande » par une personne souhaitant voir abrégées ses souffrances. Pour autant, la circulaire du 16 mars 2004 était venue préciser que la médiation pénale devait être réservée à des infractions d'une gravité modérée. Il y était mentionné qu' « *il paraît nécessaire d'opter pour de telles mesures dans des cas relevant d'une délinquance de faible importance* », excluant « *les atteintes conséquentes à l'intégrité de la personne, notamment les agressions sexuelles* »⁸⁸.

Si les textes, en droit du travail comme en droit pénal, ouvrent largement le champ des possibles quant aux affaires susceptibles de donner lieu à une mesure de médiation, il convient de relever que la pratique est venue préciser les choses, en faisant preuve d'un certain pragmatisme. En effet, dans ces deux matières, l'on constate que les magistrats ont tendance à cantonner le domaine de la médiation à des affaires présentant certaines caractéristiques déterminées. Ainsi, il apparaît que le recours à la médiation sera privilégié lorsque les deux parties seront amenées à entretenir des relations suivies, ou bien lorsque l'affaire présente une dimension affective importante. La magistrate B. Blohorn-Brenner par exemple, considère que « *relèvent de la médiation toutes les affaires factuelles et affectives* »⁸⁹, étant entendu qu'elles pourront notamment être déduites de l'ancienneté du salarié, ou encore du caractère familial d'un conflit. Elle ajoute que « *recourir à la médiation est également important lorsque les parties doivent garder un lien dans l'avenir* »⁹⁰. Il semble que l'on retrouve le même pragmatisme pour ce qui concerne la médiation pénale. Le procureur de la République T. Lebehot considère ainsi qu'elle « *doit s'inscrire dans un contexte relationnel mettant en cause des auteurs et des victimes qui se connaissent et sont dans l'obligation de vivre ensemble ou à proximité. Ces domaines privilégiés sont : les conflits familiaux, les conflits de voisinage, et de manière générale, les conflits relationnels* »⁹¹. La doctrine semble se rallier à ce point de vue, à l'instar de R. Ollard qui relève que « *quoique le texte n'en dise mot, le recours privilégié à la médiation pénale se*

⁸⁷ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

⁸⁸ Circulaire du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur n° CRIM.04-3/ES-16-03-04.

⁸⁹ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 216.

situe en effet dans le domaine des relations suivies entre l'auteur et la victime, dans les rapports de famille, de voisinage ou de travail, notamment lorsque l'auteur et la victime sont amenés à se côtoyer après l'infraction, de sorte que la médiation consensuelle paraît préférable à des poursuites pénales qui crispent nécessairement les relations à venir »⁹².

B. L'initiative et la décision du recours

Selon qu'il soit question de droit du travail ou de droit pénal, l'initiative du recours (1), comme la décision du recours (2) n'appartiennent pas aux mêmes acteurs.

1. L'initiative du recours

Si les deux types de médiation présentement étudiés s'inscrivent bien dans un cadre judiciaire, il n'en demeure pas moins que ce ne sont pas les mêmes entités qui vont venir suggérer leur mise en œuvre.

En droit du travail, c'est le juge qui est à l'initiative de la médiation. Cela ressort clairement de la formulation de l'article 131-1 du Code de procédure civile qui dispose, rappelons-le : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». Cette proposition pourra prendre diverses formes. Ainsi, le juge pourra décider de procéder à l'information des parties par le biais d'une lettre circulaire d'information relative à la médiation judiciaire. Il pourra également avoir convié les parties à une audience de proposition de la médiation, après avoir sélectionné certains dossiers⁹³. Mais, en tout état de cause, le juge ne peut que suggérer la médiation⁹⁴. Il ne peut en aucun cas obliger les parties à y recourir.

⁹² R. OLLARD, « La médiation pénale, entre droit pénal et droit civil », *Lexbase Hebdo édition privée*, n°527, 16 mai 2013.

⁹³ Telle est notamment la pratique qui avait cours au sein de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble (En ce sens, cf. B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227), ou bien encore celle qui a cours actuellement devant la chambre sociale de la Cour d'appel de Toulouse.

⁹⁴ En ce sens, v. N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, coll. *Guides Dalloz*, 2014/2015, p. 107. Elle y indique que cela ressort notamment d'un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 16 juin 1993 (n° 91-15.332, *Bull. civ. I*, n° 21) selon lequel : « *la cour d'appel retient exactement, hors de toute dénaturation de la requête, que la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du Nouveau Code de procédure civile tendant au règlement*

En droit pénal en revanche, deux entités peuvent être à l'initiative de la médiation. Il s'agit des autorités de poursuites, plus particulièrement du procureur de la République, et, depuis la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010⁹⁵, de la victime qui peut désormais jouer un rôle actif en sollicitant la mise en œuvre d'une mission de médiation. Ainsi, depuis 2010, le procureur de la République n'est plus le « *metteur en scène exclusif de cette nouvelle réponse judiciaire* »⁹⁶ comme avait pu l'écrire en 2008 le procureur E. Maurel. Cependant, comme le relève justement J.-B. Perrier, il n'est « *pas certain en effet que les victimes d'infractions disposent d'une information suffisante, tant sur l'existence de la médiation pénale que sur ses modalités, pour pouvoir solliciter le procureur à cette fin* »⁹⁷. Pour lui, cette possibilité risque « *de ne rester qu'un vœu pieux* »⁹⁸. Il apparaît donc que le procureur de la République est le plus souvent à l'initiative de la médiation. Son choix est à la fois libre et concret. Il est libre en ce qu'il n'a aucune obligation⁹⁹ de mettre en place une telle mesure, et en ce qu'il peut faire son choix au regard de considérations très pratiques. Ainsi, il peut tout à fait prendre en compte l'encombrement de la juridiction pour ordonner une médiation, dès lors que celle-ci est susceptible de satisfaire aux conditions de recours posées par l'article 41-1 du Code de procédure pénale qui sont, rappelons-le, relativement larges. Il est ensuite concret puisqu'il peut tout à fait arrêter sa décision au regard de la gravité des faits, ou de leurs circonstances.

Ainsi, l'on constate à ce stade que si les principales entités à l'initiative de la médiation judiciaire exercent des fonctions différentes, elles disposent malgré tout de la même faculté de proposition de la médiation. Cela a notamment conduit certains auteurs à considérer que « *« par l'effet de la médiation le parquetier devient un peu le juge civil des petites affaires pénales »*¹⁰⁰. *Le double oxymore est éloquent* »^{101,102}. Cela montre que même

amiable des litiges, et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel, dont le juge ne peut être investi par les parties que par la volonté commune exprimée en ce sens de manière certaine ».

⁹⁵ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

⁹⁶ E. MAUREL, *Paroles de procureur*, Gallimard, Paris, 2008, p. 172.

⁹⁷ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rep. dr. pén., Octobre 2014, n° 49.

⁹⁸ J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, Thèse sous la direction de J.-C. SOYER & A. DECOCQ, *Bibliothèque des Sciences criminelles*, Tome 61, 2014, p. 73.

⁹⁹ En vertu du principe d'opportunité des poursuites.

¹⁰⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 14^e éd. 2008, p.542.

¹⁰¹ A.-M. TOURNEPICHE & J.-P. MARGUENAUD, *La médiation, aspects transversaux*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2010.

¹⁰² Une telle affirmation est imagée mais ne correspond pas, selon nous, à la réalité juridique. Si les magistrats ont tous deux la possibilité de suggérer la médiation, il n'en reste pas moins qu'en cas de refus de la mesure ou

les points les plus divergents de la comparaison ne sont pas exclusifs de quelques rapprochements.

2. La décision du recours

Au regard des textes, droit du travail et droit pénal semblent radicalement s'opposer sur les modalités de la décision de recours à la médiation.

L'article 131-1 du Code de procédure civile indique clairement que la médiation judiciaire ne peut en aucun cas avoir lieu si l'accord des deux parties au conflit n'a pas été recueilli en amont. Il s'agit là d'un point que doctrine et praticiens considèrent comme indispensable. Alors que la magistrate B. Blohorn-Brenneur considère à ce propos que « *le caractère consensuel est l'essence même de la mesure* »¹⁰³, l'avocate C. Hammelrath est convaincue que « *pour qu'une médiation puisse aboutir, il est impératif que les parties soient totalement libres d'accepter le recours à la médiation puisque toute contrainte conduirait inéluctablement à un échec de la médiation* »¹⁰⁴. Ainsi, employeur comme salarié doivent être parfaitement libre d'accepter ou de refuser la médiation.

Néanmoins, tant devant les conseils de prud'hommes¹⁰⁵ que devant les chambres sociales des cours d'appel¹⁰⁶, il est possible de s'interroger sur l'effectivité de cette condition de libre acceptation par les parties. Le salarié, en particulier, qui souhaite être rapidement « débarrassé » du conflit qui l'oppose à son employeur n'est-il pas quelque peu contraint d'accepter la mesure de médiation pour qu'il en soit ainsi ? Il s'agit là d'une problématique parfaitement cernée par le magistrat P. Henriot : « *avec le système dit de la double convocation, la partie qui a fait enregistrer son appel et dont le dossier a été sélectionné par une « cellule de médiation », se voit proposer une alternative qui se résume ainsi : s'engager dès à présent dans un processus de médiation ou attendre au minimum dix-huit mois pour être enfin appelé à l'audience. En somme, négocier et concéder pour ne pas subir les lenteurs d'une juridiction entièrement embouteillée [...] N'est-il pas déraisonnable, dans ces conditions, de soutenir que les parties – et singulièrement les salariés – s'engageraient*

d'échec de cette dernière, le juge tranchera le litige en droit, tandis que le procureur de la République aura lui le rôle de partie si l'action publique venait à être déclenchée.

¹⁰³ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

¹⁰⁴ C. HAMMELRATH, « La médiation en droit du travail : une solution durable », *JSL* 2011, 302.

¹⁰⁵ Sur ce point, cf. explications du Chapitre 1 de la Partie 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*

pourtant librement dans ce processus et ce, alors même que les créances dont ils attendent la consécration ont le plus souvent un caractère alimentaire ? »¹⁰⁷.

Dans le cadre de la médiation pénale, par contre, si le choix de la victime est pris en considération par les textes, tel n'est pas le cas de celui de l'auteur des faits. Pourtant, jusqu'en 2010, le consentement des deux parties était exigé pour que la mesure de médiation pénale ait lieu. C'est la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants qui a modifié le 5° de l'article 41-1 du Code de procédure pénale en remplaçant l'expression « *avec l'accord des parties* » par celle d' « *à la demande ou avec l'accord de la victime* ». L'accord de l'auteur des faits n'est plus nécessaire, et même totalement ignoré. Le retrait de cette exigence semble justifié par le fait que, face à la menace de poursuites pénales, l'auteur de l'infraction est généralement toujours enclin à y substituer le dialogue proposé dans le cadre de la médiation pénale¹⁰⁸. Pour autant, en retirant cette exigence, les pouvoirs publics manifestent clairement leur volonté d'éviter que l'auteur de l'infraction puisse faire barrage à la mise en œuvre de la médiation pénale. Elle apparaît donc désormais comme un mécanisme à la disposition de la victime.

La nécessité de recueillir l'accord des deux parties paraissait pourtant évidente pour certains auteurs. C'est notamment le cas de J. Lhuillier qui écrivant en 2007 que « *l'absence totale de contrainte venant biaiser la libre acceptation des justiciables apparaît comme une évidence. Le choix de la victime et du délinquant de recourir à la médiation pénale ne doit être fondé que sur une base volontaire. Parce que son efficacité repose sur la coopération de l'auteur et de la victime, la médiation pénale ne peut être que volontaire* »¹⁰⁹. Il convient toutefois de relativiser l'absence de nécessité d'accord de l'auteur des faits. En effet, pour qu'un accord soit conclu à l'issue de la mesure, son consentement devra être recueilli en tout état de cause.

À ce stade, il faut aussi préciser que si l'accord de la victime est nécessaire, il n'est pas suffisant. En effet, si celle-ci manifestait son souhait de recourir à une telle mesure, elle

¹⁰⁷ P. HENRIOT, « La médiation n'est pas adaptée au litige prud'homal », *SSL* 2012, 1539.

¹⁰⁸ Le rapport n° 2683 déposé le 28 juin 2010 à l'Assemblée nationale confirme cette constatation puisqu'il y est indiqué : « *La commission spéciale avait également souhaité que la médiation pénale ne puisse plus être engagée « avec l'accord des parties », mais seulement « à la demande ou avec l'accord de la victime ». En effet, l'auteur des faits est présumé consentir à une telle mesure dont l'échec pourrait se traduire par l'engagement de poursuites à son encontre par le procureur de la République* ».

¹⁰⁹ J. LHUILLIER, *La qualité de la médiation pénale en Europe*, Rapport remis à la CEPEJ, 2007.

devrait obtenir l'accord du procureur de la République, ce dernier restant alors « *souverain* » dans le choix de recourir ou non à la médiation.

Alors que la décision ordonnant la médiation en droit du travail pourra prendre diverses formes¹¹⁰, elle prendra celle d'un procès-verbal¹¹¹ en matière pénale. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le magistrat à l'initiative de la mesure garde une forme de maîtrise de l'affaire. Ainsi, si le juge peut mettre fin au processus à tout moment en droit du travail¹¹², le procureur de la République peut lui aussi choisir d'engager les poursuites à tout moment.

Bien que médiation judiciaire en droit du travail et médiation pénale se distinguent aisément quant aux modalités de leur recours, force est de constater qu'il n'est pas possible d'en dire autant pour ce qui concerne le processus de médiation *stricto sensu*.

II. LE PROCESSUS DE MEDIATION, SIEGE DE NOMBREUSES SIMILITUDES

Le processus de médiation en lui-même est très peu défini par les textes, ce qui en fait un processus souple, où les parties comme le médiateur disposent d'une grande liberté afin de le mener à bien (A). Il apparaît néanmoins que si ce processus n'est pas spécialement organisé par les textes, il y est tout de même encadré et doit notamment supposer que certaines garanties soient assurées (B).

A. Le rôle des acteurs de la médiation

En droit du travail comme en droit pénal, les principaux acteurs du processus de médiation sont les mêmes : le tiers faisant office de médiateur (1), et les parties au conflit (2).

1. Le rôle du médiateur

Le médiateur occupe une place centrale dans le bon déroulement du processus, et qu'il intervienne dans le cadre d'une médiation judiciaire en droit du travail, ou bien dans le cadre d'une médiation pénale, son rôle reste le même.

¹¹⁰ Mention au dossier, ordonnance, jugement avant dire droit, ou arrêt avant dire droit.

¹¹¹ En ce sens, v. T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 216.

¹¹² Article 131-10 du Code de procédure civile.

Seul le Code de procédure civile l'aborde expressément dans l'article 131-1 qui pose qu'il consiste dans le fait « *d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». Toutefois, si une telle précision n'est posée nulle part dans les textes relatifs à la médiation pénale, les auteurs sont nombreux à considérer qu'il y occupe exactement la même fonction. Ainsi, son rôle tient essentiellement dans le fait d'aider les parties à rétablir le dialogue entre elles, afin qu'elles soient à mêmes, par la suite, d'élaborer ensemble la solution au conflit qui les oppose. Finalement, qu'ils s'intéressent à la médiation judiciaire en droit du travail ou bien à la médiation pénale, les auteurs utilisent des formules équivalentes pour désigner la mission du médiateur. A titre d'exemple, P. Mbanzoulou, ancien médiateur pénal, considère qu'il s'agit « *pour la personne qui en est chargée, de créer les conditions favorables au dialogue entre la victime et l'auteur des faits afin de parvenir à une solution librement négociée entre les parties* »¹¹³. J.-B. Perrier, quant à lui, considère que son intervention dans le cadre de la médiation pénale est « *utile, en ce que ce tiers spécialement habilité vient favoriser l'accord des parties, facilitant ainsi l'instauration d'un dialogue apaisé* »¹¹⁴. Le médiateur ne voit pas sa mission envisagée différemment par les auteurs s'étant intéressés à la médiation judiciaire pour résoudre les conflits nés du contrat de travail. Ainsi, si l'avocat L. Flament considère que sa mission est de « *veiller aux conditions d'un dialogue réel et fécond* »¹¹⁵, il est utilement complété par l'avocat C. Hammelrath qui l'envisage comme la personne qui « *analyse avec elles (les parties) sa position dans le litige et s'assure de la parfaite compréhension par chacune de la position de l'autre afin de lever les malentendus et d'éventuels préjugés* »¹¹⁶. Ainsi, le médiateur est un « *« facilitateur » de dialogue* »¹¹⁷, ou encore un « *accoucheur* »¹¹⁸ de la solution finale trouvée par les parties, dont la mission ne trouvera pas fondamentalement à varier selon que l'on se situe dans le cadre de la médiation judiciaire en droit du travail ou bien dans celui d'une médiation pénale.

Il va presque sans dire qu'une telle mission nécessitera la bonne connaissance d'un ensemble de stratégies de communication, le médiateur devant retranscrire les priorités des

¹¹³ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2012, p. 49.

¹¹⁴ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014, § n° 56.

¹¹⁵ L. FLAMENT, « La médiation en matière prud'homale », *JCP S*, n°35, 31 août 2010, 1326.

¹¹⁶ C. HAMMELRATH, « La médiation en droit du travail : une solution durable », *JSL* 2011, 302.

¹¹⁷ N. DION, « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 358, 24 décembre 2013, p. 5.

¹¹⁸ *Ibid.*

médiés sans laisser transparaître son propre point de vue. Le tout au service d'une même finalité : le rétablissement du dialogue entre les parties.

Le corollaire de cette mission entre les parties réside dans le fait que le médiateur n'aura pas de pouvoir de décision. S'il est admis que sa mission vise au rétablissement du dialogue entre les deux parties, ce n'est que dans l'optique de permettre à ces dernières de trouver elles-mêmes la solution à leur différend. En droit du travail comme en droit pénal, le médiateur n'a nullement pour rôle d'imposer une solution aux parties. Ainsi, alors que L. Flament indique que dans le cadre de la médiation prud'homale « *le médiateur ne dispose pas du pouvoir de trancher immédiatement ou dans un second temps, contrairement à l'arbitre ou au conciliateur* »¹¹⁹, la réciproque est clairement posée pour la médiation pénale dans la mesure où « *le médiateur ne doit pas trancher le litige mais veiller à ce que la solution soit véritablement acceptée par chacune des parties* »¹²⁰.

Finalement, la magistrate B. Blohorn-Brenneur a eu une formule particulièrement juste quand elle a écrit que « *lorsque le dialogue entre les parties est rétabli, le médiateur doit s'effacer pour laisser les parties occuper la première place* »¹²¹. Si celle-ci avait vocation à décrire le rôle du médiateur dans le cadre de la médiation prud'homale, elle peut tout aussi bien s'appliquer à la médiation pénale.

2. Le rôle des parties

Là encore, le rôle des parties dans le processus de médiation ne permet pas de différencier médiation pénale et médiation judiciaire en droit du travail. Celles-ci seront dans chaque cas au premier plan, jouant un rôle actif dans la recherche d'une solution au conflit qui les oppose. Leurs négociations seront toutefois encadrées par le médiateur qui veillera à ce qu'elles ne lèsent l'intérêt d'aucune d'entre elles.

Ce rôle accordé aux parties dans la résolution de leur conflit peut surprendre, en droit du travail comme en droit pénal. Il ne s'agit pas là de domaines où l'autonomie de la volonté joue en principe un rôle prépondérant. Alors que le droit pénal a pour finalité la protection de l'intérêt général et des valeurs fondamentales de la société, le droit du travail, quant à lui, s'attache à compenser le déséquilibre naturel de la relation contractuelle entre l'employeur et

¹¹⁹ N. DION, « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 358, 24 décembre 2013, p. 5.

¹²⁰ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014, n° 62.

¹²¹ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

le salarié. Ainsi, ces deux matières n'étaient pas celles qui laissaient présumer la mise à égalité de deux parties privées en vue de la résolution d'un conflit. Dès lors, comment justifier des négociations entre parties privées sur un pied d'égalité dans le cadre d'une médiation ?

Ce rôle actif accordé aux parties dans le cadre de la médiation peut paraître plus surprenant encore en droit pénal qu'en droit du travail. En effet, en droit du travail, évidemment, le fait qu'employeur et salarié soient acteurs à part entière de l'élaboration d'une solution à un conflit les opposant n'est pas une situation fréquente. Mais le médiateur est justement présent pour veiller à ce que l'accord conclu n'enfreigne pas les règles d'ordre public qui s'imposent. La médiation pénale, en revanche, en accordant une telle faculté à des personnes privées constitue un total renversement des fondements de la procédure pénale. Normalement, son but n'est en aucun cas de protéger l'intérêt des victimes ou des auteurs d'infractions, ni *a fortiori* d'assurer une adéquation entre leurs intérêts particuliers, mais bien d'assurer la protection de la société, de l'intérêt général. Par là, la négociation présidant à la médiation pénale pourrait passer pour une forme de glissement du centre de gravité du procès pénal de l'intérêt général vers des intérêts particuliers. Pour autant, cette affirmation se devra d'être nuancée, dans la mesure où l'accord conclu par les parties n'a pas pour conséquence d'interdire le déclenchement de l'action publique. Cela revient à dire qu'en théorie l'intérêt général peut toujours être défendu. Finalement, si le rôle accordé aux parties est le même, il n'est pas sûr que l'aboutissement de leurs négociations ait pour conséquence d'entraîner les mêmes effets en droit du travail et en droit pénal.

B. Les garanties de la médiation

S'il apparaît que la suspension de la prescription (1), tout comme l'exigence de certaines qualités inhérentes au médiateur (2) constituent des garanties épousant la médiation judiciaire en droit du travail comme en droit pénal, l'exigence de confidentialité qui pourrait être légitimement attendue lors du processus prête davantage à discussion (3).

1. La suspension de la prescription

Dans un cas comme dans l'autre, les parties ont la garantie de pouvoir s'engager dans le processus de médiation sans craindre de se voir opposer ultérieurement l'expiration du délai dans lequel ils pouvaient valablement faire valoir leurs droits. Cela peut être un élément

déterminant dans le choix de recourir à la médiation, en particulier pour la victime ou pour le salarié, qui sont respectivement à l'origine soit de la plainte déposée, soit de l'action intentée. Ceux-ci pourraient en effet y être réticents si elle leur faisait courir leur risque de se voir privés d'une solution judiciaire en cas d'échec de la mesure, du fait de l'écoulement du temps.

Pour les conflits nés du contrat de travail, la suspension de la prescription du fait de la mise en œuvre de la mesure de médiation se déduit de l'article 2238, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose : « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation* ».

En matière pénale, la suspension de la prescription touche aussi bien l'action publique¹²² que l'action civile¹²³. Aux termes de l'article 10 al. 1^{er} du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 17 juin 2008 : « *Lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique* ». Or, l'alinéa 8 de l'article 41-1 du Code de procédure pénale dispose quant à lui que « *la procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique* ». Ainsi, il en ira de même pour celle de l'action civile. La loi entérine ainsi une jurisprudence préexistante¹²⁴. Il convient de préciser que si l'action civile venait à ne plus pouvoir être exercée devant un tribunal répressif en cas de prescription de l'action publique, elle pourrait toujours être portée devant un tribunal civil si le délai de prescription de l'action civile n'était pas dépassé.

2. Les qualités attendues du médiateur

Pour l'essentiel, les garanties exigées du médiateur, qu'il intervienne à l'occasion d'une médiation judiciaire ou d'une médiation pénale sont principalement des garanties d'indépendance, d'impartialité et de compétence. Là encore, il ne s'agit pas d'une exigence spécifique au droit du travail mais d'une exigence générale à la matière civile posée par

¹²² L'action publique se définit comme la mise en œuvre de la répression pouvant aboutir au prononcé d'une peine. Elle est toujours mise en œuvre au nom de la société dans l'intérêt public, ce qui explique sa dénomination.

¹²³ L'action civile se définit quant à elle comme l'action en justice par laquelle une victime demande réparation de son préjudice au juge pénal.

¹²⁴ V. notamment : CA Fort-de-France, ch. correct., 4 juin 1998, Mme Manuella Maître, RG n° 98/00.110, *BICC* n° 489, 15 mars 1999, n° 340, *Juris Data* n° 1998-048.610 ; CA Reims, 11 oct. 2001, Bresson et ministère public c/ une décision rendue par le Tribunal de police de Bar-sur-Seine du 23 février 2001, RG n° 01/00/379.

l'article 21-2 de la loi du 8 février 1995, introduit par l'ordonnance du 16 novembre 2011. Pour ce qui concerne la médiation pénale, ces exigences sont posées au 3° de l'article R. 15-33-33 du Code de procédure pénale. Le médiateur est donc soumis aux mêmes exigences selon qu'il exerce sa mission dans le cadre d'une médiation judiciaire en droit du travail ou dans celui d'une médiation pénale.

La condition d'indépendance du médiateur peut sembler naturelle. Elle peut se définir comme un statut permettant à une personne de résister aux pressions provenant des autorités extérieures. Comme le souligne le Professeur N. Fricero, « *l'indépendance du médiateur se traduit donc surtout par l'absence de pression ou de pouvoir d'une instance extérieure qui aurait droit de regard ou d'intervention sur la médiation* »¹²⁵. Si cette garantie n'est pas spécialement sujette à discussion en droit du travail du point de vue de son effectivité, il n'est pas possible d'en dire autant pour ce qui concerne la médiation pénale. En effet, l'article 41-1 du Code de procédure pénale mentionne le médiateur « *du procureur* » et pas de médiateur « tout-court ». Cela peut induire une fâcheuse assimilation du médiateur à l'autorité de poursuites. Cette appellation ne tend-elle pas à faire du médiateur un simple outil à la disposition du procureur ? La dénomination de « *médiateur pénal* » retenue auparavant¹²⁶ était préférable en ce qu'elle n'induisait pas ce lien implicite de soumission entre le médiateur et le procureur de la République. Les règles édictées par le Code de procédure pénale tendent d'ailleurs à nous conforter dans cette inquiétude. L'article R. 15-33-35 du même code y indique en effet que les autorisations d'habilitation des médiateurs sont octroyées par le procureur de la République. De plus, l'article R. 15-33-36-1 du même code pose que les médiateurs lui adressent une copie de leurs procès-verbaux et lui rendent compte de leurs missions annuellement. Où se trouve donc l'indépendance du médiateur face à de telles ambiguïtés ?

Pour ce qui est de l'impartialité attendue des médiateurs, là encore, la matière pénale peut se prêter à la critique. Si cette garantie y est pourtant clairement affirmée par les textes, sa réalité pratique est quelque peu discutable. En effet, l'impartialité suppose que le médiateur soit dépourvu de parti pris, de préjugé, de favoritisme ou d'idées préconçues quant à l'affaire

¹²⁵ N. FRICERO (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, coll. *Guides Dalloz*, 2014/2015, p. 118.

¹²⁶ L'appellation a été modifiée par le décret n° 2001-71 du 29 janvier 2001 modifiant le Code de procédure pénale.

que lui exposent les parties. Il semble d'ailleurs que ce soit pour satisfaire à cette exigence que le décret du 27 septembre 2004¹²⁷ ait exclu la possibilité de devenir médiateurs pour les membres exerçant des fonctions judiciaires ou participant au fonctionnement de la justice. Pourtant, il apparaît par ailleurs que les associations de victimes jouent un rôle extrêmement actif dans la mise en œuvre de la médiation pénale, ses membres y assurant souvent le rôle de médiateur¹²⁸. Ne semble-t-il pas un peu contraire à l'indépendance que d'habiliter des associations spécialisées dans la défense des victimes ? La question reste en suspens.

Quant à la compétence du médiateur, même si le relationnel et la communication occupent une place centrale dans le processus, il faut tout de même que le tiers faisant face aux parties soit en mesure d'adopter une double lecture des faits, comprenant outre cette lecture relationnelle, une lecture juridique. Mais au-delà de cette considération pouvant sembler de bon sens, il apparaît que la « *compétence* » attendue des médiateurs, tant en matière civile que pénale n'est clairement définie par aucun texte.

3. *La confidentialité du processus*

Quant à la question de savoir si les propos recueillis en médiation seront ou pas frappés du sceau de la confidentialité, les réponses divergent selon qu'elles concernent la médiation en matière civile ou en matière pénale. Il apparaît toutefois que si les textes ne prévoient pas les mêmes conditions, on se retrouve confronté à un potentiel manque d'effectivité de la confidentialité dans les deux procédés.

En droit pénal, l'article R. 15-33-34 du Code de procédure pénale dispose que : « *Le médiateur et le délégué du procureur de la République sont tenus à l'obligation du secret dans les conditions fixées par l'article 226-13 du Code pénal* ». Cependant, ni l'article 226-13 du Code pénal, ni aucun autre n'apporte d'indication sur les personnes à l'égard desquelles ce secret trouve à s'appliquer. Y a-t-il une obligation de secret à l'égard des membres du Ministère public ? À l'égard de la juridiction de jugement qui aurait potentiellement à connaître des faits ? À l'égard des tiers ? Les textes n'en disent pas plus. C'est finalement la

¹²⁷ Décret n° 2004-1021 du 27 septembre 2004 portant modification du code pénal et du code de procédure pénale et relatif notamment au stage de citoyenneté, à la composition pénale, aux sûretés prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire et à la juridiction de proximité.

¹²⁸ V. notamment les activités de l'Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation (INAVEM).

jurisprudence qui est venue clarifier les choses par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 mai 2004¹²⁹. Il apparaît ainsi que les éléments de médiation peuvent être versés aux débats devant le tribunal correctionnel si l'action publique est déclenchée, même si les parties ne sont pas d'accord pour ce versement. Il est alors possible de noter que la solution retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation entre en contradiction avec les préconisations du Conseil de l'Europe¹³⁰.

De plus, cet arrêt conduit à s'interroger sur le contenu réel de l'obligation de secret mentionnée à l'article R. 15-33-34 du Code de procédure pénale. Il semble qu'il s'agisse d'une obligation qui vaille seulement à l'égard des tiers au système judiciaire. Pour le reste, cette absence de confidentialité semble justifiée par les intérêts en jeu dans le cadre de la procédure pénale, à savoir la protection de l'intérêt général. Il ne serait nullement justifié qu'une atteinte aux valeurs fondamentales de la société révélée en médiation et justifiant des poursuites ne puisse pas y donner lieu au seul motif que le mécanisme est confidentiel. Même si cette ineffectivité du principe de confidentialité lors de la médiation pénale se comprend, il en résulte qu'elle n'est pas incitative pour l'auteur comme pour la victime de l'infraction. En effet, il est possible de s'interroger sur l'intérêt d'une négociation lors de laquelle les parties n'osent pas s'exprimer librement, faute d'avoir la garantie que ce qu'elles peuvent dire ne jouera pas en leur défaveur par la suite.

En droit du travail, en revanche, le principe de confidentialité est clairement affirmé par les textes. C'est l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, modifié par l'ordonnance de 2011, qui indique que : « *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* ». Cette obligation telle qu'elle est posée par le droit du travail semble préférable à la configuration retenue en matière pénale. L'on peut en effet se rallier au point de vue de L. Schenique qui considère que « *les parties ne pourront parler, échanger librement que si elles ont l'assurance que les paroles ou les actes qu'elles pourront révéler auront vocation à rester dans la stricte arène de la médiation* »¹³¹. Néanmoins, si la confidentialité semble être un préalable indispensable à l'instauration d'un dialogue fécond entre employeur et salarié ou ex-salarié lors de la médiation, elle constate également que « *bien que le principe de l'interdiction de divulgations des éléments avancés en médiation soit*

¹²⁹ Cass. crim. 12 mai 2004, n° 03-82098, *Bull. crim.* n° 121, p. 466.

¹³⁰ Rec. R (99) 19 du Comité des ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale, adoptée le 15 septembre 1999, lors de la 679^{ème} réunion des Délégués des Ministres, point 2 : « *Les discussions relevant de la médiation sont confidentielles et ne peuvent être utilisées ultérieurement, sauf avec l'accord des parties* ».

¹³¹ L. SCHENIQUE, « De la confidentialité de la médiation », *Petites affiches*, n°121, 18 juin 2014, p. 6.

doté d'une certaine autorité théorique, il en va différemment en pratique »¹³², ajoutant que « *ce principe n'est pas absolu car il souffre de certaines imperfections rendant son application délicate et tendant à remettre en cause à la fois son efficacité et son existence* »¹³³.

À ce titre, il est vrai que le problème d'une instrumentalisation de la médiation par les parties peut se poser. Il serait par exemple possible d'imaginer qu'un employeur ou un salarié divulgue des pièces qui ne vont pas dans son intérêt, se pensant à l'abri de les voir invoquées devant un juge à partir du moment où la médiation judiciaire est couverte par le principe de confidentialité. Toutefois, il ne ressort pas des diverses expériences de développement de la médiation judiciaires tentées à ce jour que ce risque ait trouvé à se concrétiser. En outre, l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 pose des exceptions à ce principe de confidentialité à son alinéa 3, a) et b). Il pourra ainsi être fait exception au principe de confidentialité « *en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne* » ou encore « *lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution* ». Or, la notion d'ordre public est extrêmement difficile à cerner. L'idée de son contenu pourra varier d'un médiateur à l'autre. Il en ira de même des atteintes portées au principe de confidentialité qui, selon la nature de l'affaire en cause, pourra se voir ébranlé ou pas selon que le médiateur considère que cela touche à « *une raison impérieuse d'ordre public* » ou pas.

Bien que l'étude de la mise en œuvre de la médiation soit indispensable à l'appréhension de son régime juridique, une vision globale suppose d'en étudier l'issue.

SECTION 2 | L'ISSUE DE LA MEDIATION

Si plusieurs scénarios sont envisageables lorsqu'il est question de l'issue de la médiation en droit du travail comme en droit pénal (I), tel n'est pas nécessairement le cas lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la nature de l'accord de médiation conclu (II).

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

I. LES CONSEQUENCES DISTINCTES DE LA MEDIATION SUR LE COURS DE LA PROCEDURE

Les conséquences de la médiation sur le cours de la procédure sont tellement différentes selon qu'il soit question de droit du travail (**A**) ou de droit pénal (**B**), qu'il conviendra de les aborder séparément.

A. Les issues de la médiation judiciaire en droit du travail

Pour les conflits individuels de travail comme pour tout autre conflit de la matière civile pouvant donner lieu à la mise en œuvre de ce mécanisme, l'issue de la médiation judiciaire peut prendre différentes formes. L'article 131-11 du Code de procédure civile dispose d'ailleurs qu' « *à l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose. Le juge fixé, l'affaire revient devant le juge* ». Ainsi, dans tous les cas, il faudra que l'affaire soit préalablement rappelée à une audience à l'occasion de laquelle le juge constatera les résultats (ou l'absence de résultat) de la médiation. C'est ce qu'il ressort de l'article 131-10 alinéa 3 du Code de procédure civile.

1. Absence d'accord

Tout d'abord, il se peut que les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord durant la médiation. Elles n'ont aucune obligation de trouver un consensus et il se peut tout à fait que la recherche d'une solution dans ce cadre-là se soit avérée infructueuse. Dans une telle hypothèse, le juge saisi pourra mettre fin à la médiation¹³⁴ et poursuivre l'instance. Il faudra que le médiateur soit informé de cette décision. Une fois que cela sera chose faite, l'affaire sera audiencée suivant le numéro de rôle qui lui a été attribuée par la juridiction lors de la saisine, et suivra le cheminement judiciaire « classique ». Ainsi, si la médiation judiciaire a été proposée en amont des audiences de plaidoiries, les parties devront se conformer au « contrat de procédure » qui leur a été donné par la juridiction en charge du dossier. Si au contraire l'affaire a été rappelée à l'occasion de l'audience devant le bureau de jugement ou à l'audience devant la cour d'appel, l'affaire sera plaidée normalement. Dans cette hypothèse,

¹³⁴ En ce sens : Article 131-10 du Code de procédure civile et Cass. soc. 14 janvier 2014, n° 12-28.295.

l'expression de « *parenthèse dans le déroulement du procès prud'homal* »¹³⁵ employée par le magistrat B. Holleaux prend alors tout son sens.

Sans attendre le positionnement définitif des parties quant à la recherche d'un accord, le juge peut aussi mettre fin d'office à la mesure lorsqu'il estime que son bon déroulement paraît compromis¹³⁶. Il peut également y mettre fin à tout moment sur demande de l'une des parties ou bien à l'initiative du médiateur¹³⁷.

Si aucun accord n'est conclu au terme de la durée initialement prévue pour le déroulement de la médiation, le juge pourra également proroger pour une période de trois mois au maximum la durée de la médiation. Le médiateur peut, en effet, en vertu de l'article 131-3 du Code de procédure civile, demander à ce que sa mission soit renouvelée. Il apparaît cependant que cette prorogation n'a d'intérêt que si « *le médiateur et les parties pensent sérieusement qu'une solution est bien susceptible d'être trouvée* »¹³⁸. En tout état de cause, le juge devra alors modifier la date à laquelle l'affaire doit être rappelée à l'audience, et veiller à ce que cela ne retarde pas trop la date de l'audience initialement prévue pour plaider.

2. Réussite de la mesure

La médiation judiciaire peut se solder par un accord partiel. Il se peut en effet que les parties, une fois parvenues à renouer le dialogue, aient réussi à se mettre d'accord non pas sur la solution à donner à tout le litige, mais seulement sur certains aspects du litige. Dans ce cas, elles pourront solliciter du juge l'homologation de cet accord si elles le souhaitent, et l'instance se poursuivra pour ce qui est des points de désaccord persistants.

Enfin, si les parties ont, au contraire, trouvé un accord total à l'occasion de la mise en œuvre de la médiation judiciaire, le juge n'aura pas à prononcer de jugement sur le fond et il mettra fin à la procédure. Pour ce faire, l'article 384 du Code de procédure civile, dans son alinéa 1^{er}, indique que : « *En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance*

¹³⁵ B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge (Première partie) », *SSL* 2012, 1538.

¹³⁶ Article 131-10, alinéa 2 du Code de procédure civile.

¹³⁷ Article 131-10, alinéa 3 du Code de procédure civile.

¹³⁸ GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, p. 25.

s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ».

Les parties devront ainsi être particulièrement vigilantes quant au fait de ne pas oublier de demander au juge de donner acte de leur désistement d'action et d'instance (dans l'hypothèse où l'accord conclu n'aurait pas la nature d'une transaction) car, autrement, l'affaire sera toujours pendante devant la juridiction concernée. Ainsi, il faudra nécessairement que l'accord des parties prenne l'une de ces formes pour qu'il soit réellement mis fin à la procédure. Le juge rendra alors, conformément à l'article 384, alinéa 2^{ème} du Code civil, une décision de dessaisissement.

B. Les issues de la médiation pénale

En matière pénale comme en droit du travail, la médiation peut donner lieu à plusieurs résultats différents. Au vu de la spécificité du droit pénal, il faudra, lors de leur analyse, s'interroger à la fois sur l'influence qu'ils exercent envers l'action civile, et celle qu'ils exercent envers l'action publique.

1. Echec de la médiation pénale

Il se peut que la victime et l'auteur de l'infraction, lors de la médiation pénale, ne parviennent pas à trouver un accord, ou que la mesure soit infructueuse pour diverses raisons. Il a été avancé que les motifs les plus courants, selon le stade d'avancement du processus, sont : *« la carence d'une des parties (non réponse aux courriers du médiateur) ; le refus de principe d'une des parties de s'engager dans la médiation ; la contestation des faits ; la préférence pour un jugement ; le désaccord persistant sur le montant (ou la nature) de l'indemnisation ; le refus d'une des parties de poursuivre le processus de médiation »*¹³⁹.

L'article 41-1, alinéa 8 du Code de procédure pénale dispose qu' *« en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites »*. Dès lors, le Ministère public a l'obligation de déclencher l'action publique lorsque l'échec de la mesure est imputable à l'auteur de l'infraction. Certains auteurs ont à

¹³⁹ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, L'Harmattan, 2012, p. 71.

juste titre relevé que, dans ce cas, le pouvoir d'opportunité des poursuites dont cette entité dispose en temps normal est « bridé »¹⁴⁰. Cette conséquence de l'échec de la médiation pénale du fait du comportement de l'auteur des faits semble néanmoins légitime. En effet, autrement, quel serait le sentiment de la victime qui, en plus de n'avoir pas vu respectés les engagements pris par l'auteur des faits, le verrait en plus échapper aux poursuites ?

Toutefois, si l'échec de la médiation n'était pas imputable à l'auteur des faits, il convient de penser que cette disposition ne trouverait pas à s'appliquer. Dans ce cas, l'affaire suivrait le cours normal d'une affaire pénale « classique », notamment envisagé par les articles 1 et 2 du Code de procédure pénale. Plusieurs scénarios seraient alors envisageables.

Comme dans le cas précédent, le procureur de la République pourrait déclencher l'action publique ou bien mettre en œuvre une mesure de composition pénale¹⁴¹. Dans le premier cas, la victime pourrait se constituer partie civile devant le juge pénal ou bien demander la réparation de son préjudice devant le juge civil. Dans le second cas, l'article 41-2, alinéa 20 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République doit proposer à l'auteur des faits de réparer le dommage causé à la victime. Si la mesure est correctement exécutée, la victime obtiendra alors réparation du dommage causé par l'infraction. En revanche, si le mis en cause refuse la mesure ou bien qu'elle n'est pas exécutée, l'action publique devra nécessairement être déclenchée en vertu de l'article précité. Auquel cas, l'on retombe dans le schéma des plus classiques qui autorise la victime à se constituer partie civile, et obtenir réparation du préjudice subi. En revanche, si l'échec n'est pas uniquement imputable à l'auteur des faits, le procureur de la République pourra tout à fait faire jouer le principe d'opportunité des poursuites en décidant de classer sans suite les faits constitutifs de l'infraction. Auquel cas, si la victime souhaite obtenir réparation, elle pourra à son choix, vaincre l'inertie du Parquet en forçant la mise en mouvement de l'action publique, conformément à ce qui est prévu l'article 1^{er} du Code de procédure civile¹⁴² ; comme elle pourra également agir devant le juge civil afin d'obtenir réparation du préjudice subi par le fait constitutif de l'infraction.

¹⁴⁰ R. OLLARD, « La médiation pénale, entre droit pénal et droit civil », *Lexbase Hebdo édition privée*, n° 527, 16 mai 2013.

¹⁴¹ Pour autant que l'infraction en cause corresponde aux conditions édictées par l'article 41-2 du Code de procédure pénale.

¹⁴² Il ne conviendra pas d'en détailler les conditions ici puisque ce n'est pas l'objet de notre propos.

L'éventail des possibilités suite à l'échec d'une médiation pénale n'a pas vraiment de quoi surprendre. Il s'agit là de règles classiques de procédure pénale. Les conséquences de la réussite de la mesure de médiation pénale sont plus originales.

2. Réussite de la médiation pénale

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 avril 2013 a posé que « *le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte et, le cas échéant, à une indemnisation intégrale, afin d'assurer la réparation des conséquences dommageables de l'infraction et d'en prévenir la réitération par le règlement des désaccords entre les parties, constitue une transaction qui, en dehors de toute procédure pénale, tend à régler tous les différends s'y trouvant compris et laisse au procureur de la République la libre appréciation des poursuites en considération du comportement du mis en cause* »¹⁴³. Une telle formulation peut sembler un peu curieuse. En effet, elle reviendrait à limiter la portée de la transaction au seul volet civil du conflit opposant les parties, son effet extinctif ne touchant pas l'action publique. Pourtant, c'est conforme à ce que prévoit l'article 2046, alinéa 2nd du Code civil selon lequel : « *La transaction n'empêche pas la poursuite par le ministère public* ». Dès lors, plusieurs séries de remarques s'imposent.

Tout d'abord, il convient d'en déduire que l'accord de médiation pénale correctement exécuté s'oppose à ce que la victime indemnisée puisse saisir le juge civil d'une demande portant sur le conflit résolu par la médiation. À moins qu'elle fasse valoir l'aggravation imprévue du préjudice ou l'existence d'un préjudice nouveau, ou bien à contester la validité de l'accord. À cela, rien d'étonnant puisque la transaction est un contrat qui a pour but de terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître¹⁴⁴. Lorsque ces objectifs sont atteints, il n'y a plus d'intérêt à agir. La victime ayant obtenu réparation de son préjudice grâce à la transaction conclue durant la médiation pénale, l'action civile s'éteint.

Pour ce qui concerne l'action publique, les choses sont un peu plus complexes. En effet, l'arrêt précité indiquait que le procureur de la République, même en cas de médiation

¹⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 02-13.672.

¹⁴⁴ Article 2044 du Code civil.

pénale réussie, pouvait apprécier librement les suites à donner à l'affaire. S'il paraît logique que celui-ci puisse classer sans suite au regard du succès de la mesure, il paraît un peu plus surprenant qu'il puisse tout aussi bien décider de poursuivre en dépit de l'accord trouvé entre les parties. Une telle affirmation peut surprendre dans la mesure où l'article 40-1 du Code de procédure pénale envisage les mesures de l'article 41-1 du Code de procédure pénale comme des « *procédures alternatives aux poursuites* ». Or, si le succès de la médiation pénale ne suffit pas à éteindre l'action publique, quels sont les éléments justifiant qu'elle soit qualifiée de mesure alternative aux poursuites ? Cette interrogation a conduit J.-B. Perrier¹⁴⁵ à considérer, selon nous à juste titre, que la médiation pénale devrait finalement plutôt être envisagée comme un mode alternatif de règlement des conflits et non comme une alternative aux poursuites. En effet, si la médiation pénale permet à la victime et à l'auteur de l'infraction de régler les conséquences dommageables d'un fait infractionnel, elle n'est pas en mesure d'éviter le déclenchement de l'action publique par le procureur de la République.

Dès lors, une médiation pénale réussie et correctement exécutée n'est pas garante de l'éviction d'un procès devant les juridictions répressives, même si elle exclut que celui-ci ait lieu devant les juridictions civiles entre les parties. Si elle peut sembler critiquable à de nombreux niveaux, cette solution n'en demeure pas moins conforme à l'essence même du droit pénal. Puisque l'action publique a pour finalité la protection de l'intérêt général, il semble légitime que celle-ci puisse être mise en œuvre quand bien même les deux parties auraient trouvé un terrain d'entente. L'atteinte à l'une des valeurs fondamentales de la société n'en est pas moins consommée. En outre, cela contribue à montrer que la médiation pénale n'a pas une finalité punitive mais bien réparatrice. Ainsi, le terme de médiation *pénale* peut sembler mal choisi : elle n'est pas susceptible d'aboutir à une peine car, auquel cas, il ne serait pas possible d'envisager un déclenchement de l'action publique postérieurement à son succès. Cela tomberait sous le coup de la règle *non bis in idem* qui interdit que l'on soit puni deux fois pour la même infraction.

Pour en revenir au possible déclenchement des poursuites, si une telle faculté n'est pas contestable au regard des textes ou de la jurisprudence, il apparaît toutefois qu'en pratique, une médiation pénale réussie débouche rarement sur le déclenchement de l'action publique. Si la réussite de la médiation pénale ne s'oppose pas au déclenchement de l'action publique, la décision du procureur de la République reste prise au regard du principe d'opportunité des

¹⁴⁵ J.-B. PERRIER, « Le caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale », *D.* 2013, p. 1663.

poursuites. Or, si l'auteur de l'infraction se conforme aux dispositions de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, tout en exécutant correctement les engagements découlant de l'accord qu'il a conclu avec la victime, il semble que déclencher des poursuites pénales serait particulièrement inopportun. Cette réalité des pratiques parquetières est d'ailleurs saluée par la doctrine. À titre d'exemple, le Professeur E. Dreyer a écrit que « *la procédure semble inutile puisque les conditions de la dispense de peine sont réunies ; mettre en mouvement l'action publique serait contre-productif en rappelant une infraction que ses protagonistes acceptent d'oublier. La poursuite radicaliserait les positions* »¹⁴⁶. Ainsi, si au sens strictement théorique, la médiation pénale ne mérite pas la qualification d'alternative aux poursuites, elle est tout de même utilisée dans cette logique en pratique.

Bien que l'issue de la médiation judiciaire soit sujette à discussion autant pour ce qui concerne le droit du travail que le droit pénal, force est de constater qu'il en va de même lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de l'accord sur lequel peut déboucher la mesure.

II. LA NATURE DISCUTÉE DE L'ACCORD DE MÉDIATION

Alors que l'accord de médiation judiciaire peut revêtir plusieurs qualifications pour ce qui concerne le droit du travail (A), il ne semble pas en aller de même pour l'accord conclu à l'issue de la médiation pénale (B).

A. Les multiples qualifications de l'accord de médiation

Il semble que les textes n'aient doté l'accord obtenu à l'issue d'une médiation judiciaire d'aucune nature juridique particulière. Dès lors, l'accord conclu aura la nature juridique et la force obligatoire d'un contrat¹⁴⁷. Cela ne semble pas particulièrement étonnant à partir du moment où il a été démontré qu'en droit du travail comme dans les autres domaines du droit civil, la médiation est un processus dont les principaux acteurs sont les parties. S'ils ont été accompagnés par le médiateur dans son élaboration, il n'en reste pas moins que ce sont eux qui ont façonné la solution finale. Dès lors, ils ont conclu un contrat

¹⁴⁶ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

¹⁴⁷ En ce sens : N. FRICERO, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, Guides Dalloz, 2014/2015, p. 137 ; N. CAMART, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse sous la direction de A. ARSEGUEL, Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 549.

comme un autre. En tant que tel, et en vertu de l'article 1134 du Code civil, l'accord de médiation tiendra lieu de loi aux parties qui en ont convenu et devra être exécuté de bonne foi. Certains auteurs ont d'ailleurs mis en exergue que, du fait de sa nature contractuelle, l'accord de médiation pouvait revêtir diverses qualifications. C'est notamment le cas de N. Camart qui relève qu'en droit du travail, cet accord prendra le plus souvent la forme d'une transaction ou bien d'un accord de rupture amiable du contrat de travail¹⁴⁸. Auquel cas, il faudra bien entendu que les accords se conforment aux exigences particulières de ces deux types d'actes appliqués au droit du travail.

Cependant, les parties peuvent préférer que l'accord qu'elles ont conclu soit homologué par le juge en charge de l'affaire, conformément aux dispositions de l'article 131-12 du Code de procédure civile. Il s'agit là d'un choix et pas d'une obligation. L'homologation leur confèrera force exécutoire. Dès lors, l'accord de médiation aura le même effet que celui qui est normalement attaché aux décisions judiciaires, qu'elles soient juridictionnelles ou gracieuses. Cela permettra au bénéficiaire de l'accord de médiation de recourir aux procédures civiles d'exécution si le débiteur ne s'exécute pas spontanément.

La chambre sociale de la Cour de cassation a alors précisé qu'« *en tout état de cause, le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles* »¹⁴⁹. Il semble que cette jurisprudence soit directement liée aux spécificités du droit du travail. Elle implique en quelque sorte un contrôle poussé de la part du juge en charge de l'affaire dans une optique de protection de la partie faible au contrat. Dans le cas d'un accord homologué, l'accord semble donc avoir une nature « hybride » puisque si sa nature contractuelle n'est pas mise en doute, il acquiert en plus la force exécutoire d'un acte judiciaire¹⁵⁰.

B. La qualification de l'accord de médiation pénale

Si la transaction est l'une des qualifications possibles de l'accord résultant de la mesure de médiation judiciaire en droit du travail, en droit pénal, il semble bien que ce soit l'unique qualification possible. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans son

¹⁴⁸ N. CAMART, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse sous la direction de A. ARSEQUEL, Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 549.

¹⁴⁹ Cass. soc. 18 juillet 2001, *Bull. civ.*, V, n° 279.

¹⁵⁰ En ce sens : I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridique », *RTD civ.* 1978, 46 s.

arrêt 10 avril 2013 considérait en effet que constituait une transaction : « *le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte et, le cas échéant, à une indemnisation intégrale, afin d'assurer la réparation des conséquences dommageables de l'infraction et d'en prévenir la réitération par le règlement des désaccords entre les parties* ».

En l'occurrence, il était question d'un procès-verbal de médiation selon lequel l'auteur des faits s'engageait à verser à sa concubine une certaine somme, « *toutes causes de préjudices confondues* », à prendre en charge deux crédits bancaires et à annuler une reconnaissance de dette qu'elle lui avait consenti en échange de la renonciation de sa plainte. Il s'agit bien là de concessions réciproques de la part de chacune des parties, conditions de l'existence d'une transaction. Cet arrêt met bien en exergue la dimension d'expression de l'autonomie de la volonté lors de la médiation pénale. Les parties peuvent bien évidemment convenir d'une réparation pécuniaire du préjudice, mais aussi d'une réparation symbolique telle que des excuses ou encore la simple reconnaissance des faits, à même d'entraîner une satisfaction morale de la victime. Mais le contenu de la transaction n'est pas limité à cette dualité. Comme le relève justement J.-B. Perrier, « *l'autonomie de la volonté permet aux parties, sous l'impulsion ou sous le contrôle du médiateur, de prévoir tout engagement utile à la disparition de leur différend* »¹⁵¹. Le contenu de l'accord conclu par les parties dans l'espèce en atteste puisque certains des engagements pris par l'auteur de l'infraction n'ont absolument rien à voir avec elle, mais peuvent « *parfaitement, sinon réparer les conséquences de l'infraction, du moins participer du reclassement de l'auteur des faits* »¹⁵².

En tant que transaction au sens civil du terme, l'accord conclu consécutivement à une médiation pénale sera soumis aux règles du droit civil de l'exécution. L'intérêt de la qualification est alors considérable dans l'hypothèse d'un manquement aux obligations découlant de la transaction. La loi du 9 mars 2004 prévoyait déjà que la victime pouvait obtenir le recouvrement des dommages et intérêts par le biais de la procédure d'injonction de payer. Il existait donc déjà une manière de contraindre le débiteur à exécuter ses obligations, si tant est qu'elles soient relatives à une somme d'argent. C'est justement là que se situe l'apport de la qualification de transaction appliquée aux accords de médiation pénale : elle

¹⁵¹ J.-B. PERRIER, « Le caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale », *D.* 2013, p. 1663.

¹⁵² R. OLLARD, « La médiation pénale, entre droit pénal et droit civil », *Lexbase Hebdo édition privée*, n°527, 16 mai 2013.

permet d'obtenir l'exécution de toutes les obligations auxquelles s'était engagé l'auteur de l'infraction, quelle que soit leur nature, même s'il ne s'agit pas d'une somme d'argent comme dans l'arrêt susmentionné.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

Comme nous l'avons précédemment indiqué, l'étude des définitions en droit du travail comme en droit pénal, bien qu'elle mettait en exergue la proximité qui existe entre elles, marquait également la généralité de l'acception retenue de la médiation. En cela, elle laissait penser que l'étude des régimes juridiques des mécanismes serait susceptible d'« inverser la tendance ».

Il est vrai que les divergences sont à leur paroxysme lorsqu'il est question des conditions de recours à la médiation. Celles-ci résultent vraisemblablement de la nature de la médiation, qui trouve à varier selon que l'on se trouve dans le champ du droit du travail ou dans celui du droit pénal. Mode alternatif au règlement des conflits en droit du travail, elle laisse un rôle actif au juge, sans que son ingérence ne dépasse certaines limites, *le conflit restant ainsi « la chose des parties »* ; Alternative aux poursuites en matière pénale, elle est placée entre les mains du procureur, son immixtion pouvant confiner à la contrainte, rappelant que si le conflit est bien la chose des parties, l'infraction, elle, est l'affaire de la société. En cela, l'ordre public pénal semble créer un cadre juridique plus contraignant que l'ordre public de protection dont la marque n'apparaît pas spécialement lorsque la médiation judiciaire est mise en œuvre en droit du travail. Elle semble simplement se manifester postérieurement à la conclusion de l'accord, lors du contrôle éventuellement mené par le juge, ou bien par l'incidence indirecte de la jurisprudence qui existe en matière de transaction ou de *rupture amiable*. Quant à l'influence de la médiation judiciaire sur le cours de la procédure, du point de vue des textes, il serait possible de dresser le même bilan : des divergences si ce n'est une opposition des deux procédés. Cela reviendrait toutefois à occulter qu'en pratique, la médiation, lorsqu'elle est réussie, a le même effet : l'absence de tenue d'un procès.

Par ailleurs, le présent chapitre a permis de montrer que les processus de médiation, dans un cas comme dans l'autre, sont sensiblement similaires, tant du point de vue du rôle des intervenants que de celui des garanties qu'ils supposent. Il apparaît néanmoins que la médiation pénale semble moins à même d'en assurer l'effectivité que le droit du travail. Se profile ainsi l'impression que l'on cherche à faire rentrer la médiation dans le moule de la matière pénale, en préservant cette finalité de protection de l'intérêt général. Et ce, quand bien

même cela devrait créer des incohérences au vu de l'essence fondamentalement consensuelle de la mesure.

En définitive, l'étude des régimes juridiques de la médiation judiciaire en droit du travail et en droit pénal n'appelle pas de conclusion franche. Ainsi, selon que l'on retienne une acception large de la médiation judiciaire – globalité du régime juridique – ou une acception plus ciblée – seul processus de médiation – les raisonnements divergeront, caractérisant des mécanismes différents dans un cas et similaires dans l'autre. Pour notre part, à ce stade, médiation judiciaire en droit du travail et médiation pénale se pose comme des notions similaires mises en œuvre de manière différente.

Ces seules considérations, si elles sont *essentielles* dans l'optique de mener à bien la comparaison entreprise, ne sont pas suffisantes pour autant. Savoir comment un mécanisme est mis en œuvre n'a d'intérêt que si l'on sait *pourquoi* il est mis en œuvre.

PARTIE 2

L'INTERET DE LA MEDIATION

POUR LE DROIT DU TRAVAIL ET LE DROIT PENAL

Pour bien saisir l'intérêt que peut avoir la médiation judiciaire au sein de matières telles que le droit du travail et le droit pénal, il faut inévitablement en passer par une évaluation de ses avantages et de ses inconvénients (**Chapitre 1**). Il s'agit en effet d'un préalable indispensable pour appréhender la dynamique en faveur du développement de la médiation qui imprègne ces disciplines. Si cet engouement ne semble pas contestable, force est de constater que sa concrétisation paraît se heurter à un certain nombre d'obstacles. Ainsi, l'approche comparative s'orientera dans un second temps vers l'appréciation de la possibilité du développement de la médiation (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : EVALUATION DE L'INTERET DE LA MEDIATION

En droit du travail comme en droit pénal, l'intérêt de la médiation se mesure, sans surprise, à l'aune de ses avantages (**Section 1**) et de ses inconvénients (**Section 2**).

SECTION 1 | LES AVANTAGES DE LA MEDIATION

Parce que la médiation peut constituer un vecteur de pacification des relations sociales (**I**), elle s'érige par là-même en plus-value pour le système judiciaire (**II**), et ce, quel que soit le domaine considéré.

I. UN VECTEUR DE PACIFICATION

Comme l'avait souligné la magistrate B. Blohorn-Brenneur lors de son passage à Toulouse pour un colloque sur le thème de la conciliation et de la médiation en matière sociale : « *Le juge est là pour trancher le litige en droit. Mais c'est la finalité courte du litige. La finalité longue de l'acte de juger, c'est de contribuer à la paix sociale : cela ne sert à rien de trancher des litiges si on ne contribue pas de manière essentielle à la paix sociale* ». Parce

qu'elle permet une prise en compte globale du conflit (A), laissant les parties libres d'y apporter des solutions sur-mesure (B), la médiation judiciaire contribue à cette finalité en droit du travail, aussi bien qu'en droit pénal.

A. La prise en compte globale du conflit

Quelle que soit la nature du litige qu'elle entendra résoudre, la solution judiciaire a cela de particulier qu'elle ne permet de prendre en considération que les aspects juridiques du conflit. Or, la seule traduction en termes juridiques du conflit ne permet pas toujours de prendre en compte sa dimension émotionnelle, qui peut revêtir une importance toute particulière dès lors qu'il est question d'une relation de travail ou d'une infraction pénale. Trancher le litige au regard du seul droit revient, dans ces cas-là, à apporter 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 pas à les dissiper. Comme le constate très justement J.-P. Tricoit : « *l'animosité des parties ne cesse pas avec l'abstraction juridique : le procès n'abolit pas le rapport de force entre les parties et n'entrave en rien l'animosité entre les parties* »¹⁵³. Pour ces affaires à forte dimension affective, la solution judiciaire apparaît insuffisante à résoudre le conflit, qui ne se résume souvent pas aux seules prétentions juridiques des parties. À ce propos, la magistrate B. Blohorn-Brenneur a eu une formule particulièrement juste qui pourrait trouver à s'appliquer quel que soit le type de médiation envisagé : « *Un procès peut être comparé à un iceberg : le juge est saisi d'un dossier qui comprend des preuves et décrit le litige juridique : il correspond à la partie visible de l'iceberg. Le juge ne connaît pas la partie invisible, qui est celle du conflit personnel nourri de rancœur, de malentendus et de non-dits* »¹⁵⁴.

À l'inverse du procès, la médiation judiciaire en droit du travail, comme la médiation pénale, ont pour point commun de permettre une prise en compte globale du conflit, dans sa dimension juridique, mais aussi dans ses aspects relationnels, psychologiques, émotionnels. Elle est l'occasion pour les parties de se réapproprier le conflit en leur permettant de dialoguer librement, sans se cantonner aux aspects juridiques de leur désaccord. Les parties pourront ainsi appréhender le conflit « sous toutes ses coutures », et y apporter une solution

¹⁵³ J.-P. TRICOIT, *La médiation dans les relations de travail*, Thèse sous la direction de A. MAZEAUD, *Bibliothèque de droit social*, Tome 48, 2008, p. 15.

¹⁵⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

pragmatique, quand bien même celle-ci serait finalement totalement différente de celle qui aurait été prononcée dans le cadre judiciaire. Ainsi, la médiation est un lieu privilégié d'expression qui leur permet d'aborder et de dénouer tous les points cristallisant leur désaccord, quelle que soit leur nature. En cela, elle est clairement un vecteur de paix sociale puisque les risques de résurgences du conflit seront minimales. En effet, quelles sont les chances que le conflit ressurgisse après une médiation supposée avoir réglé tous les points conflictuels, en comparaison d'une solution judiciaire laissant subsister tous les non-dits et les malentendus ?

En droit du travail, cela peut trouver à se vérifier que le contentieux porte sur l'exécution du contrat de travail, ou bien qu'il soit consécutif à la rupture du contrat de travail.

Lorsque le contentieux porte sur l'exécution même du contrat de travail, la solution judiciaire apportée par le procès peut s'avérer insuffisante à résoudre la situation conflictuelle qui existe entre les parties. Cela sera notamment le cas si des rancœurs ou des frustrations persistent entre les parties, à même d'altérer la poursuite de la relation de travail. Comme le relève justement la magistrate B. Blohorn-Brenneur : « *Que l'employeur gagne ou perde le procès, ce n'est pas la décision de justice qui restaurera le climat de travail* »¹⁵⁵. Au contraire, la médiation mettra en évidence le nœud du problème, et permettra ainsi aux parties d'avancer en mettant le conflit derrière elles. Prenons un exemple concret. Un litige était pendant entre une salariée et son employeuse, la première demandant à la seconde un rappel d'heures supplémentaires. L'affaire était allée jusqu'en appel où il leur avait été proposé de recourir à une mesure de médiation qu'elles ont accepté. À cette occasion, il est clairement ressorti que le procès en cours ne visait qu'à masquer derrière des prétentions juridiques un conflit plus profond. En effet, ces dernières étaient auparavant très amies, et la salariée avait mal vécu le fait que son employeuse lui cache qu'elle avait un compagnon, expliquant lors de la médiation que « puisqu'elle était devenue une salariée ordinaire, elle s'est comportée comme telle en réclamant ses heures supplémentaires »¹⁵⁶. Une fois pointé le fond du problème, celles-ci ont pu trouver ensemble la solution adéquate à la situation. Dans ce cas là, le débat judiciaire n'aurait en aucun cas pu dénouer la situation comme a pu le faire la médiation judiciaire.

¹⁵⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La pratique grenobloise », *SSL* 2002, 1110.

¹⁵⁶ GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, Annexe I.19, p. 283.

Il en va de même lorsque le contentieux fait suite à la rupture du contrat de travail. Le licenciement n'a pas seulement des répercussions économiques. Il peut aussi heurter un certain nombre de « *besoins fondamentaux de l'homme* »¹⁵⁷. C'est en tous cas ce que constate le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) : « *le salarié devient inactif (besoin de créativité), il est écarté de son milieu de travail (besoin d'appartenance) et de ses camarades (besoins affectifs)* »¹⁵⁸. Dans de telles hypothèses, la médiation permet de gérer des émotions qui ne sauraient l'être dans un Palais de justice, où elles n'ont pas leur place et ne sont pas prises en considération¹⁵⁹.

De ce point de vue, la médiation pénale présente les mêmes avantages. Contrairement au procès pénal, qui ne règle que la question de la culpabilité et, le cas échéant, de la peine du mis en cause, et éventuellement l'indemnisation pécuniaire de la victime en raison de son préjudice subi, la médiation pénale permet d'appréhender le conflit « *dans sa genèse comme dans sa dynamique* »¹⁶⁰ et de l'envisager dans sa globalité. À l'image des prétentions juridiques soutenues devant le Conseil de prud'hommes ou devant la chambre sociale de la cour d'appel, « *dans le domaine pénal, la plainte ne représente que la partie émergée du conflit. Et dans un procès-verbal de la police, le conflit se concrétise par deux positions divergentes, chacun des protagonistes campant sur sa propre version des faits. La plainte et le procès-verbal ne sont que l'enveloppe du conflit, la médiation peut permettre un travail intérieur et profond centré sur les personnes elles-mêmes* »¹⁶¹. En matière pénale également, la médiation permet d'aborder des questions qui n'auraient pu l'être lors d'un procès, et

¹⁵⁷ En ce sens : GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, p. 58.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ 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 en avait donné un exemple concret. Il s'agissait d'un plombier licencié à la suite d'un accident du travail. Il ne pouvait être reclassé dans l'entreprise et s'est donc vu notifier son licenciement pour inaptitude. Il était alors devenu difficile à vivre et son épouse avait décidé de divorcer. Il a ensuite perdu son fils dans un accident de la route. Dans l'impossibilité de payer son loyer, il vivait dans le garage de son neveu. Le Conseil de prud'hommes l'a débouté de sa demande pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il n'y avait d'autres possibilités dans l'entreprise : le licenciement était donc justifié. La médiation a donc été proposée et l'employeur a accepté. L'employeur, en médiation, commence à camper sur ses positions juridiques, soutenant qu'il n'était pas une institution d'assistance publique et qu'il avait pour seule solution de le licencier. Le médiateur a demandé sa version au salarié : Silence. Celui qui a rompu le silence, c'est le salarié. Il a enlevé sa veste, sa chemise et lui a montré ses cicatrices « *qui font de lui l'infirme qu'il a jeté à la misère* ». L'employeur a alors fondu en larmes. Il lui demande alors pardon et explique ne pas s'être rendu compte de ce qu'il avait fait. Le salarié a tendu la main à son employeur, lui a dit que cela ne réparerait pas le mal qu'il avait subi, mais que cela lui suffisait.

¹⁶⁰ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2012, p. 24.

¹⁶¹ F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Paris : Buenos Books International, coll. *Humanitas*, 1^{ère} éd., 2010, p. 45.

encore moins si l'affaire avait été classée sans suite. Par exemple¹⁶², dans le cas d'un homme ayant porté plainte pour non-représentation de son fils âgé de huit ans contre la mère de celui-ci, la médiation pénale leur a permis de faire le point ensemble sur les changements nécessaires en vue d'offrir à leur fils une relation plus stable avec son père, qui a pu manifester sa volonté de s'impliquer davantage dans ce rôle. La stricte application de la règle de droit à l'occasion du procès pénal n'aurait certainement pas contribué à pacifier la situation comme a pu le faire la médiation pénale.

Dans le cadre de la médiation pénale, « *la réparation globale de la victime contribue à la paix sociale dans la mesure où elle seule permet de renouer les fils de la relation rompue par l'infraction, de parvenir éventuellement à une réconciliation et, par conséquent, à la cessation du trouble à l'ordre public* »¹⁶³. J. Faget, médiateur en matière pénale, confirme les bienfaits de réappropriation du conflit par les parties : « *L'auteur se responsabilise souvent en sortant d'une logique de déni systématique, en reconnaissant la souffrance de sa victime. Elle-même a donné du sens à un conflit qu'elle trouvait absurde, en a compris la genèse, en a mieux réparé psychologiquement les conséquences. Les protagonistes ont dans des situations complexes levé les malentendus qui ont été générateurs du conflit* »¹⁶⁴.

B. L'élaboration de solutions « sur-mesure »

L'un des avantages de la médiation réside dans la possibilité d'apporter une solution « *a-juridique* » au conflit, c'est-à-dire une solution qui serait complètement différente de celle que pourrait rendre une juridiction. Les solutions apportées au conflit au cours de ces médiations, quel que soit le domaine considéré dans le cadre de cette étude, s'affranchissent de l'application rigide de la règle de droit pour dégager une solution à la fois plus souple, innovante, et pragmatique. D'un point de vue juridique, l'explication à cette liberté laissée aux parties est très clairement exposée par le Professeur J.-P. Tricoit : « *Fondamentalement, la solution juridictionnelle résulte d'un raisonnement logique et bien connu des juristes : le syllogisme, qui est une méthode juste tant que les prémisses dont il fait usage sont elles-mêmes vraies et justes. Or, la médiation ne met pas en œuvre un raisonnement syllogistique car le médiateur n'est pas le juge qui impose une solution juste et conforme au droit. Dès*

¹⁶² F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Paris : Buenos Books International, coll. *Humanitas*, 1^{ère} éd., 2010, pp. 46-47.

¹⁶³ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, L'Harmattan, 2012, p. 23.

¹⁶⁴ J. FAGET, « Les « accommodements raisonnables » de la médiation pénale », *RSC* 2009, p. 981.

*lors, aucune solution de type juridique ne ressort d'un processus de médiation »*¹⁶⁵. La seule limite à la liberté des parties réside alors dans l'existence de l'ordre public auquel elles ne doivent pas contrevenir. Ni la médiation judiciaire en droit du travail, ni la médiation pénale ne font exception à cette règle.

Ainsi, en droit du travail, il est déjà arrivé qu'à l'issue d'une médiation, l'employeur ait proposé de réintégrer le salarié ou bien l'ait aidé à retrouver du travail en faisant jouer ses relations ou bien en finançant une société de recrutement¹⁶⁶. Il se peut également que le salarié qui réclamait à l'origine une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse se retrouve finalement, à l'issue de la médiation, à verser 200 000 F à son employeur pour le rachat de la société dont il était accusé d'avoir détourné la clientèle¹⁶⁷. De même, dans les deux affaires dont les circonstances ont été détaillées plus haut, un accord original a pu être trouvé entre les parties. Dans le premier cas¹⁶⁸, l'employeuse envisageait de fusionner son entreprise avec celle de son compagnon tandis que sa salariée souhaitait se reconvertir professionnellement. Il est apparu que la modification structurelle de l'entreprise autorisait un licenciement pour motif économique, lequel ouvrait droit à un stage de formation reconversion. L'accord fut conclu sur cette base¹⁶⁹. Dans le second cas de figure¹⁷⁰, le plombier licencié s'est finalement vu proposer par son ex-employeur un CDD de gardien de nuit pouvant déboucher sur un CDI l'année suivante, outre l'indemnité qu'il entendait lui verser pour qu'il vive convenablement d'ici là¹⁷¹.

En matière pénale, un exemple de cette liberté des parties a été clairement mis en évidence lors du célèbre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 10 avril 2013. À cette occasion, il a été admis que la solution trouvée en médiation pénale n'était pas nécessairement cantonnée à la seule indemnisation du préjudice résultant de l'infraction. Ainsi, il avait été convenu que l'auteur de l'infraction consentait à l'annulation d'une reconnaissance de dettes antérieures aux faits, ainsi qu'à la prise en charge de divers crédits.

¹⁶⁵ J. J.-P. TRICOIT, *La médiation dans les relations de travail*, Thèse sous la direction de A. MAZEAUD, *Bibliothèque de droit social*, Tome 48, 2008 p. 17.

¹⁶⁶ GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, p. 62.

¹⁶⁷ BLOHORN-BRENNEUR, « La pratique grenobloise », *SSL* 2002, 1110.

¹⁶⁸ Cas des parties qui avaient entretenu des relations amicales.

¹⁶⁹ GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, Annexe I.19, p. 284.

¹⁷⁰ Cas du plombier licencié pour inaptitude.

¹⁷¹ 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 XXI^{ème} siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?*, tenu à Toulouse le 13 février 2015.

La réparation matérielle du dommage subi peut ainsi prendre une forme différente de la simple indemnisation. Rien n'interdit d'ailleurs que la victime se contente d'une simple réparation symbolique. En ce sens, l'avocat S. Pokora note « *l'importance que revêt pour la victime la réparation psychologique, bien plus très souvent que la réparation matérielle, du préjudice prenant la forme d'excuses, de promesses de ne plus réitérer le comportement par le mis en cause* »¹⁷².

La diversité de ces solutions illustre le fait qu'en droit du travail comme en droit pénal, la médiation ne consiste pas tellement à trouver la solution la plus juste sur le plan juridique, mais plutôt celle qui s'ajuste le mieux aux intérêts respectifs des parties. Le Professeur G. Deharo considère d'ailleurs que « *ce qui importe ce n'est pas de trancher un conflit mais de s'unir dans un intérêt supérieur à lui, l'intérêt de la relation dégradée* »¹⁷³. Cette union se matérialiserait ainsi par des accords originaux, à même de dénouer le conflit dans toutes ses composantes. Finalement, dans chaque cas, les parties sont actrices à part entière de la résolution de leur conflit. Elles s'épargnent ainsi la verticalité de la solution judiciaire qui n'est pas toujours en adéquation simultanée avec leurs intérêts divergents. Puisque les parties sont à l'origine même de la solution édictée, le risque qu'elles le contestent ultérieurement est bien moindre que dans le cas d'une solution judiciaire qui leur est imposée de l'extérieur. Les parties participant à l'élaboration de la réponse à apporter au conflit, cette dernière sera mieux acceptée, la sécurité juridique s'en trouvant alors renforcée.

Puisque la médiation, qu'elle soit mise en œuvre suite à un conflit du travail ou à une infraction, est susceptible de constituer un véritable outil de pacification, elle s'avère être un outil précieux pour le fonctionnement du système judiciaire.

II. UNE PLUS-VALUE POUR LE SYSTEME JUDICIAIRE

Parce que la médiation constitue une alternative efficace à la résolution du conflit par le système judiciaire (A), elle participe parfois directement au désencombrement de son rôle (B). Cette vérité trouve à être constatée quelle que soit la matière considérée dans le cadre de cette étude.

¹⁷² S. POKORA, « La médiation pénale », *AJ Pénal*, 2003, p. 58.

¹⁷³ G. DEHARO, « Médiation, une justice équitable et durable ? », *Gaz. Pal.*, n° 234, 22 août 2006, p. 2.

A. Une alternative efficace

Médiations judiciaires en droit du travail comme en droit pénal apparaissent comme des modes efficaces de gestion des affaires normalement destinées au système judiciaire. Elles permettent en effet, dans un certain nombre de cas, d'aboutir plus simplement (1) et plus rapidement (2) à la résolution du conflit entre les parties que ne l'aurait fait le cheminement judiciaire « classique ».

1. La résolution simplifiée du conflit

La médiation permet de s'affranchir des règles juridiques très contraignantes, sur la forme et sur le fond, auxquelles obéit la décision de justice. Les règles de procédure sont parfois lourdes et, si la médiation judiciaire n'échappe pas à tout cadre juridique, sa mise en œuvre est nettement plus simple que celle d'un procès. Comme le rappelle le Professeur M. Guillaume-Hofnung : « *Les juridictions judiciaires tranchent les litiges selon une procédure et des règles juridiques. Les médiateurs ne tranchent rien, ils tentent d'établir ou de rétablir une communication entre les partenaires d'une situation, sans chercher à dire le droit mais simplement en le respectant* »¹⁷⁴. En droit du travail comme en droit pénal, les modalités du processus même de médiation ne sont pas appréhendées par le droit. Il n'existe pas de loi ou de texte d'une autre nature qui viendrait régir précisément la manière dont doit se dérouler la médiation, ce qui peut sembler bienvenu dans la mesure où il ne saurait exister une manière unique de résoudre du conflit qui convienne à tous.

Le contentieux né du contrat de travail comme celui qui est né d'une infraction supposent la mise en œuvre d'un rituel particulier. Alors que B. Blohorn-Brenneur rappelle justement que « *même la conciliation, qui est une phase obligatoire de la procédure prud'homale, obéit à des règles strictes* »¹⁷⁵, J.-B. Perrier considère que « *le caractère secret, inquisitoire de la phase préparatoire de la procédure pénale enferme le traitement de l'affaire dans l'observation de certaines règles de procédure impératives* »¹⁷⁶. Ce sont là autant d'obstacles à l'instauration d'un dialogue direct et apaisé entre les deux parties.

¹⁷⁴ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, P.U.F., coll. « *Que sais-je ?* », 7^e éd., 2015, p. 113.

¹⁷⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La pratique grenobloise », *SSL* 2002, 1110.

¹⁷⁶ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014, n°19.

Cette dé-ritualisation des suites du conflit, si elle n'est pas pour autant exonérée du droit en tant que tel, participe clairement de l'efficacité de la médiation dans sa finalité de résolution du conflit, qui ne sera pas « parasitée » par un ensemble de facteurs externes faisant indirectement pression sur les parties.

2. La résolution accélérée du conflit

Cette référence à la célérité ne doit pas tromper. Il ne s'agit pas en médiation de bousculer les parties pour qu'elles parviennent à un accord le plus vite possible, quand bien même celui-ci devrait leur être défavorable. Cela signifie simplement qu'elles auront le temps nécessaire pour chercher l'accord qui épouse le mieux leurs intérêts mais que, malgré tout, si elles y parviennent, leur conflit aura été plus vite résolu que si elles avaient fait appel aux juridictions concernées. De telle sorte que la médiation permet finalement d'accélérer le règlement du conflit, tout en prenant le temps nécessaire à sa disparition. Elle permet de faire un usage constructif du temps. La célérité ne doit donc pas être envisagée comme une fin en soi, mais comme une conséquence parmi d'autres du recours à la médiation.

L'article 131-3 du Code de procédure civile dispose que : « *La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur* ». Ainsi, en droit du travail, les parties ont trois mois – éventuellement six – pour trouver la solution au conflit qui les oppose. Cette durée peut sembler considérable. Pour autant, en l'état actuel du contentieux du travail, la durée d'une médiation, même si elle venait à être prolongée, demeure moindre que celle qui est nécessaire à l'obtention d'un jugement de première instance, et à plus forte raison d'un jugement en appel. En effet, la durée moyenne de jugement d'une affaire devant le Conseil des prud'hommes s'élevait à 13,7 mois¹⁷⁷ en 2013. Etant entendu que le taux d'appel des jugements rendus par cette juridiction était de 67%¹⁷⁸ en 2012. Cela signifie que dans près de 70% des cas, en plus des 14 mois à attendre la décision du Conseil de prud'hommes, les parties vont devoir attendre que la chambre sociale de la Cour d'appel rende sa décision. Finalement, dans ce cas, les parties auront attendu en moyenne plus de deux ans avant d'avoir une solution définitive¹⁷⁹. Inutile de dire qu'en tout état de cause, une médiation réussie sera

¹⁷⁷ Ministère de la justice, B. CAMUS (dir.), *Les chiffres-clés de la Justice 2014*, 2014, p. 11.

¹⁷⁸ *Ibid*, p. 12.

¹⁷⁹ Sous réserve d'une éventuelle cassation, le pourvoi n'ayant pas de nature suspensive.

nécessairement plus rapide, à plus forte raison lorsqu'elle est mise en œuvre dès la première instance même si cela est très rare en pratique devant le Conseil de prud'hommes.

Aucune règle de droit ne vient fixer la durée de la mesure de médiation pénale. Il faut donc se tourner vers ceux qui la pratiquent pour avoir de plus amples informations. Ainsi, la médiatrice F. Grou-Radenez indique que « *la durée moyenne d'une médiation est de deux heures trente mais une médiation peut durer jusqu'à quatre-cinq heures. Il arrive qu'une seconde médiation soit organisée parce que le conflit est complexe et parce que le temps entre les deux rendez-vous est nécessaire pour le processus de médiation* »¹⁸⁰. Cette mesure peut donc aboutir à des résultats relativement rapides, d'autant plus qu'elle ne semble pas s'étaler sur une période de plusieurs mois, à l'instar dans le cas de la médiation judiciaire en droit du travail. Comme le relève J.-B. Perrier, en médiation pénale : « *le gain de temps permis par les solutions négociées est évident puisque ces modes consensuels de règlement des conflits évitent le recours au juge* »¹⁸¹. Pour autant, il est possible de se demander si les parties auront le recul suffisant sur leur situation en seulement quelques heures.

Quoi qu'il en soit, en droit du travail comme en droit pénal, la médiation judiciaire permet d'éviter un enracinement du conflit par un traitement rapide de ce dernier.

B. Un palliatif à l'encombrement juridictionnel ?

Parce que la médiation judiciaire peut constituer une alternative efficace au traitement judiciaire du contentieux du travail comme du contentieux pénal, elle peut être un outil précieux à la disposition des magistrats. Elle pourrait en effet leur permettre d'évacuer certaines affaires du rôle de leur juridiction. Il est effectivement une réalité que partagent le contentieux du travail et le contentieux pénal : l'impératif de gestion d'un stock de dossiers particulièrement important.

Pour ce qui concerne le contentieux du travail, ce constat est établi à l'aune de délais de procédure de plus en plus longs, traduction directe d'un encombrement que les juridictions

¹⁸⁰ F. GROU-RADENEZ, *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Paris : Buenos Books International, coll. *Humanitas*, 1^{ère} éd., 2010, p. 65.

¹⁸¹ J.-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014, n° 25.

ne parviennent pas à gérer convenablement, faute de moyens suffisants¹⁸². D'ailleurs, depuis quelques années, le nombre de condamnations de l'Etat pour des dysfonctionnements de la juridiction prud'homale est en augmentation constante. Le rapport Lacabarats sur l'avenir des juridictions du travail¹⁸³, reprenant les chiffres du Ministère de la Justice, indiquait ainsi qu'en 2013, sur les 66 condamnations de l'Etat pour dysfonctionnement de la justice civile, 51 portaient sur un déni de justice en matière prud'homale, sanctionnant généralement des délais excessifs de procédure¹⁸⁴, ou bien parfois des délais excessifs entre le prononcé du jugement et sa date de notification¹⁸⁵. Les auteurs vont quant à eux jusqu'à parler de « *justice du travail asphyxiée* »¹⁸⁶ ou encore de « *juridiction prud'homale à bout de souffle* »¹⁸⁷.

Le contentieux pénal n'échappe pas non plus à cet impératif de gestion des flux. Les praticiens sont d'ailleurs nombreux à en faire état. Alors que le procureur E. Maurel considère que sa fonction implique de savoir gérer les stocks d'affaires au motif que « *l'engorgement des juridictions et l'impératif de délais raisonnables pour juger ont conduit les procureurs à faire leurs des techniques issues du monde de l'entreprise* »¹⁸⁸, le procureur général honoraire près la Cour de cassation, J.-L. Nadal parle quant à lui de « *défi quantitatif, celui de la gestion de flux considérables de procédures* »¹⁸⁹.

Face à une telle situation, la recherche de solutions alternatives au traitement judiciaire de ces dossiers se fait urgente. Il semble que ce soit en partie dans cette logique que s'inscrit la récente volonté de développement des MARC en droit du travail, comme des troisièmes voies en matière pénale. Il apparaît en effet que les affaires ayant abouti à l'élaboration d'une solution entre les parties sont, en toute logique, autant d'affaires dont n'auront pas à connaître par la suite les juridictions du travail ou par les juridictions pénales¹⁹⁰. C'est d'ailleurs ce que relève le Professeur G. Deharo selon laquelle : « *la médiation permet de dériver une partie du*

¹⁸² En ce sens, v. notamment (X.), « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *SSL* 2013, 1575.

¹⁸³ A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Juillet 2014, pp. 7 s.

¹⁸⁴ Allant parfois jusqu'à 5 ans.

¹⁸⁵ Seule la notification du jugement en permet l'exécution.

¹⁸⁶ S. FOULON, « La justice du travail asphyxiée », *Liaisons sociales Magazine*, n° 133.

¹⁸⁷ (X.), « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *SSL*, Actualités, 2013, 1575.

¹⁸⁸ E. MAUREL, « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ Pénal*, 2011, p. 219.

¹⁸⁹ J.-L. NADAL, Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, Novembre 2013, p. 3.

¹⁹⁰ Sous réserve, pour ces dernières, que le Ministère public ne décide pas de déclencher l'action publique consécutivement à une médiation réussie.

*flux d'affaires entrant, voire du stock, d'alléger la charge de travail des magistrats et, par conséquent, de maximiser leurs efforts sur d'autres dossiers »*¹⁹¹.

Il semble toutefois nécessaire de préciser que cet effet de la médiation sur le fonctionnement global de la Justice ne pourra être constaté, à notre sens, que si la sélection des affaires y donnant lieu est sérieusement effectuée. Le choix des affaires a toute son importance dans l'effectivité des avantages sur lesquels elle peut aboutir. Il se peut en effet que certains dossiers ne se prêtent pas à une résolution par le biais de la médiation, soit parce que le problème est strictement juridique, soit parce que les parties ne sont pas du tout disposées à entamer le dialogue. Envoyer ce type d'affaires en médiation n'aurait aucun effet de désencombrement sur le système judiciaire dans la mesure où l'échec du processus conduirait nécessairement à les ramener devant les juridictions. En ce sens, une utilisation managériale de la médiation aurait un effet contre-productif puisqu'il ne mènerait qu'à différer la même charge de travail pesant sur les magistrats. De la même manière, se priver de suggérer la médiation dans des dossiers où elle pourrait s'avérer pertinente serait là aussi de nature à en annihiler ses bienfaits sur le fonctionnement de la justice. Finalement, la médiation ne peut être un outil de désengorgement pour le contentieux du travail et le contentieux pénal qu'à la condition que la sélection soit correctement opérée, en n'étant ni systématique, ni infime.

Si l'inventaire des avantages de la médiation qui vient d'être dressé a de quoi susciter le plus vif intérêt, ses inconvénients doivent aussi être envisagés.

SECTION 2 | LES INCONVENIENTS DE LA MEDIATION

Si le succès de la médiation peut sans aucun doute concourir au meilleur fonctionnement du système judiciaire tout en entraînant un certain apaisement des relations sociales, force est de constater qu'elle demeure un mécanisme au succès incertain (I), et sujet à critique quant au risque qu'il peut présenter pour ses participants (II).

¹⁹¹ G. DEHARO, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *Petites affiches*, n°31, 13 février 2012, p. 3.

I. UN SUCCES INCERTAIN

Si les avantages d'une médiation réussie sont nombreux, il ne faut pas pour autant en occulter l'hypothèse de son échec et les inconvénients dont il peut s'assortir, à savoir : un retour à la situation antérieure à la médiation (**A**) ainsi que d'une possible exacerbation du conflit (**B**).

A. Un retour à la situation antérieure

Comme cela a été mis en évidence précédemment, l'étude de l'issue de la médiation montre que son échec est une éventualité. Il semble toutefois que cette hypothèse soit plus fréquente suite à une mesure de médiation pénale que consécutivement à une médiation judiciaire ayant pour objet un conflit individuel de travail. En effet, les statistiques semblent indiquer que les parties parviennent davantage à trouver un accord durable lorsqu'il est question de leur relation de travail que lorsqu'il s'agit d'une infraction dans laquelle elles se sont trouvées impliquées¹⁹². En effet, les derniers chiffres¹⁹³ en attestant pour la médiation pénale indiquent que son échec représente en moyenne 44,2% des mesures intentées entre 2006 et 2010. Pour ce qui concerne le droit du travail, il n'existe pas de statistiques globales tenant compte de toutes les mesures de médiation judiciaire sur le territoire français¹⁹⁴. Il conviendra donc de s'appuyer sur les statistiques propres aux expériences menées dans quelques juridictions. Ainsi, par exemple, lors de l'expérience menée au sein de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble, le taux d'échec s'élevait à 33%¹⁹⁵.

De prime abord, il est peut-être possible d'imputer ce taux d'échec légèrement supérieur en droit pénal au fait que la médiation y soit obligatoire pour le mis en cause, alors qu'elle doit être librement consentie par les deux parties pour les conflits individuels de travail. En effet, cela revient potentiellement à envoyer en médiation des affaires où le délinquant n'est pas dans un état d'esprit propice au rétablissement du dialogue ou à la recherche d'une solution.

¹⁹² Que ce soit en tant qu'auteur ou bien en tant que victime.

¹⁹³ *Annuaire statistique de la justice*, éd. 2011-2012, p. 113.

¹⁹⁴ En ce sens, voir notamment : F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

¹⁹⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La pratique grenobloise », *SSL* 2002, 1110.

Quoi qu'il en soit, le plus souvent, l'échec de la médiation judiciaire a pour conséquence un retour à la configuration dans laquelle s'inscrivaient les parties avant que la mesure ne soit ordonnée. Les parties à un conflit individuel de travail se retrouveront à attendre que leur affaire soit audiencée devant la juridiction saisie, tandis que la victime et l'auteur d'une infraction devront quant à eux attendre que le procureur de la République arrête sa décision quant au déclenchement de l'action publique.

En droit du travail, ce retour à la situation antérieure peut sembler moins préjudiciable aux parties. En effet, si ce n'est le coût financier – parfois non négligeable¹⁹⁶ – de la médiation, ce retour à la situation antérieure ne présente pas de désagrément particulier, si ce n'est celui de n'avoir pu s'extirper de la situation conflictuelle plus rapidement. En effet, en cas d'échec de la médiation, l'affaire suivra son cours normal, celui que souhaitent les parties avant le recours à la mesure. Il n'y a pas de mauvaise surprise, ni de perte de temps dans la résolution du litige. La suite donnée à l'affaire non résolue sera exactement celle à laquelle prétendaient les parties avant que la mesure ne leur soit proposée. Elles pouvaient donc parfaitement envisager une telle éventualité et, parce qu'elles étaient toutes deux d'accord pour recourir à la médiation, en avaient en toute logique accepté le risque.

En droit pénal en revanche, l'échec de la mesure de médiation et ce retour à la situation antérieure peut sembler davantage problématique. En effet, comme il l'a été exposé précédemment, la médiation pénale est davantage envisagée comme une alternative au classement sans suite qu'une alternative aux poursuites. Ainsi, dans l'hypothèse où la mesure a échoué, à moins que cet échec ne résulte du seul comportement de l'auteur de l'infraction¹⁹⁷, les chances que le procureur de la République ne décide de le poursuivre sont relativement faibles. Dans une telle hypothèse, la victime, à moins qu'elle ne soit en mesure de se constituer partie civile – et par là même, en position de forcer la mise en mouvement de l'action publique –, expérimentera certainement un certain sentiment d'injustice, tandis que l'auteur de l'infraction ne sera aucunement puni de l'infraction qu'il a commise, le laissant peut-être avec une sensation d'impunité.

¹⁹⁶ Environ 200 euros par séance sur la région toulousaine par exemple, soit un total de 600 euros, souvent réparti entre les deux parties.

¹⁹⁷ Article 41-1 al. 9 du Code de procédure pénale.

Bien que les conséquences de l'échec de la médiation sur le plan procédural puissent sembler plus difficilement acceptables en droit pénal qu'en droit du travail, il n'en demeure pas moins que cette issue peut favoriser une exacerbation du conflit entre les deux parties.

B. Une possible exacerbation du conflit

En droit du travail comme en droit pénal, un échec de la mesure de médiation peut être à l'origine d'une exacerbation du conflit entre les deux participants. Il semble toutefois nécessaire de préciser qu'il ne s'agit certainement pas d'une situation automatique. L'échec de la médiation peut parfois s'avérer constructif pour les parties.

L'exacerbation du conflit du fait de l'échec de la mesure semble aussi probable en droit du travail qu'en droit pénal. Une médiation qui se passe mal peut contribuer à conforter les parties dans leurs ressentiments respectifs. Ne pas parvenir à renouer le dialogue peut être une source directe d'accroissement des rancœurs et des malentendus entre ces dernières.

Il se peut par exemple, lors d'un conflit individuel de travail, que l'employeur n'accepte la mesure que dans l'optique de faire « bonne impression » auprès du juge à l'origine de la proposition, et potentiellement en charge de l'affaire par la suite, mais n'ait nullement dans l'idée de trouver une solution avec son (ex-)salarié à cette occasion. Il paraît également possible d'envisager que l'employeur, bien avisé du principe de confidentialité gouvernant la médiation, soit tenté de l'instrumentaliser dans la seule optique de voir frappé de son sceau des pièces compromettantes pour lui ; mais là encore, sans aucune volonté de renouer le dialogue avec son (ex-)salarié. Il en irait de même d'un salarié ne voulant pas entendre les explications de son employeur de bonne foi faisant état de ses difficultés, dans la seule hypothèse d'obtenir une indemnisation conséquente. Dans de pareils cas, il semble difficile d'envisager la médiation comme un outil de pacification. Elle apparaît au contraire comme un vecteur d'accroissement de la situation conflictuelle à l'origine du litige, l'aversion des parties l'une pour l'autre n'en devenant que plus importante.

Dans l'hypothèse d'un échec de la médiation pénale, il semble que ce soit surtout le ressentiment de la victime qui risque de s'exacerber. Peut-elle se sentir prise au sérieux si, malgré la reconnaissance des faits par le délinquant, aucune poursuite n'est déclenchée à son encontre ? Il pourra en aller ainsi si l'auteur des faits conteste la version présentée par la victime lors de la médiation, en adoptant un comportement vindicatif. Dans ce type de

situation, l'avocat S. Pokora relève justement qu' « *il arrive en effet parfois que, malheureusement, dans ces conditions, la médiation parvienne à un résultat très éloigné de sa finalité, soit une aversion plus grande encore des parties entre elles* »¹⁹⁸. Il peut également arriver que la victime ne se rende en médiation qu'avec l'intention d'être indemnisée « plus vite et bien »¹⁹⁹, avec une certaine envie de se venger. Dans une pareille hypothèse, la médiation n'est pas non plus envisageable, et le fait de ne pas arriver à un accord a là aussi pour effet potentiel d'accroître la dimension du conflit entre les deux parties.

Cette dimension peut être d'autant plus importante en droit pénal que la victime peut ressentir un sentiment d'insécurité consécutivement à l'absence de poursuites contre l'auteur de l'infraction additionnée à l'échec d'une médiation. Le risque de réitération peut lui sembler décuplé et affecter son quotidien de manière non négligeable. S'il est certain qu'un procès va avoir une influence sur le quotidien d'un salarié ayant intenté un recours contre son employeur, tout comme sur celui de ce dernier, la nature de l'inquiétude qui pourra en découler ne sera pas la même. Alors que la victime d'une infraction peut craindre pour son intégrité physique et morale, un salarié licencié ou un employeur accusé à tort ressentiront le plus souvent des craintes d'ordre financier, bien que l'impact moral d'un licenciement ou d'une relation de travail difficile puisse être important. Il est peut-être davantage prévisible.

Pour éviter ces situations, il semble encore une fois que la manière de mener la sélection des dossiers éligibles à la médiation soit primordiale, quel que soit le domaine où elle sera finalement mise en œuvre. En effet, il convient que les magistrats en charge de ces affaires fassent preuve de beaucoup de discernement dans le choix du recours à cette mesure. S'il a été mis en évidence que la médiation peut participer, au sein du contentieux du travail comme du contentieux pénal, à la gestion des flux d'affaires, il ne faut pas que cette approche prenne trop d'ampleur au risque de conduire à un grand nombre d'échec participant de l'exacerbation d'un certain nombre de conflits, éludant ainsi toute l'essence pacificatrice originelle de la mesure.

En dépit de ce constat, ces situations constituent de simples potentialités qu'il convient de ne pas généraliser. En effet, certains universitaires et praticiens soutiennent que, même en l'absence d'accord entre les parties à l'issue de la médiation, il ne convient pas toujours de parler d' « échec » à proprement parler. Ainsi, même si la médiation n'a pas conduit à un

¹⁹⁸ S. POKORA, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.

¹⁹⁹ *Ibid.*

accord mettant fin au conflit, il se peut qu'elle ait tout de même permis de rétablir la communication entre les parties, et contribué à pacifier un tant soit peu le conflit qui les oppose. Par exemple, comme l'indique le Professeur G. Pluyette : *« la notion d'échec est impropre à l'esprit de la médiation, car on constate souvent en pratique, même si un accord ne s'est pas réalisé, que la mesure constitue une phase utile pour l'acceptation de la solution judiciaire, notamment lorsque les parties doivent continuer à vivre ensemble »*²⁰⁰.

Une telle affirmation trouve à s'appliquer aussi bien en droit du travail, notamment entre un salarié et son employeur lorsque la relation de travail n'est pas encore rompue, qu'en droit pénal même si cela peut paraître plus surprenant. Pourtant, P. Mbanzoulou soutient que : *« Lorsque les parties se sont engagées dans le processus de recherche de la solution amiable, mais ne sont pas parvenues à un accord, la notion d'échec de la médiation devient relative. L'absence d'un tel accord n'exclut pas l'évolution personnelle des protagonistes, qui peut avoir une incidence positive sur l'évolution de leur conflit »*²⁰¹. Il se peut notamment que les parties aient trouvé entre elles un accord qu'elles ne souhaitent pas formaliser par écrit, ou bien encore qu'elles n'aient pas trouvé d'accord mais que chacune d'entre elles ait pu s'exprimer, ôtant ainsi le sentiment d'insécurité de la victime qui aurait pu, sans médiation, rester dans une logique de crainte à l'égard de l'auteur des faits.

Dans des matières telles que le droit du travail et le droit pénal, où une partie peut sembler en situation d'infériorité par rapport à l'autre, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si la médiation ne constitue pas finalement un mécanisme préjudiciable.

II. UN MECANISME PREJUDICIALE ?

Si le risque d'un mécanisme lésant les salariés a parfois été abordé en droit du travail, il convient aujourd'hui de le relativiser **(A)**. En revanche, pour ce qui concerne la médiation pénale, ce risque semble bien présent **(B)**.

²⁰⁰ G. PLUYETTE, « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire », *Rev. Arb.* 1997, p. 519.

²⁰¹ P. MBANZOULOU, *La médiation pénale*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2012, p. 72.

A. Un risque à relativiser pour les conflits individuels de travail

Certains auteurs et praticiens considèrent que la médiation judiciaire, quel que soit le moment où elle est mise en œuvre, serait un mécanisme préjudiciable aux droits des salariés. Ils sont en effet quelques-uns à considérer que le salarié renoncerait, dans le cadre de la médiation judiciaire, à une partie importante de ses prétentions au profit d'une certaine rapidité dans l'octroi des deniers, quand bien même leur somme s'avèrerait bien moindre que dans le cadre des prétentions initiales.

Tel est en tous cas la position du Professeur C. Radé qui, face à une vision angélique de la médiation judiciaire en droit du travail formule ses inquiétudes de la manière suivante : « *Là où vous voyez de la confiance et de l'équité, j'ai tendance à y voir une réalité plus inquiétante, celle d'un rapport de force qui ne dit pas son nom, d'un salarié toujours soumis à l'influence et au pouvoir de son employeur et prêt à accepter tout et n'importe quoi* »²⁰². M. Derouvroy, alors membre du Conseil Supérieur de la Prud'homie, soulignait quant à lui en 2002 que, la médiation judiciaire était un mécanisme peu satisfaisant pour « *des salariés qui pour être invités à abandonner une partie de leurs droits sur l'autel de la rentabilité judiciaire* »²⁰³. Le Maître de conférences à l'Institut régional du travail est allé jusqu'à considérer que : « *le but qui semble être effectivement recherché par la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne est de contourner la règle de droit et de minimiser les condamnations de l'employeur qui a violé cette règle de droit* »²⁰⁴. Plus récemment, le magistrat P. Henriot considérait que la célérité promise par la mise en œuvre de la médiation judiciaire : « *ce justiciable n'entend pas, pour autant, l'obtenir à n'importe quel prix. Et sans doute pas au prix, notamment, d'un abandon des garanties que procurent le droit, le procès et l'office du juge* »²⁰⁵. La médiation judiciaire appliquée aux conflits individuels de travail apparaîtrait ainsi pour certains comme un outil au service de l'employeur, contribuant à diminuer les prétentions du salarié, au détriment de ses droits, avec pour seul avantage d'obtenir un versement plus rapide que celui qu'aurait permis la solution judiciaire.

²⁰² C. RADE, « Ordre public social, transaction et médiation », *SSL*, 2002, 1100.

²⁰³ K. DEROUVROY, « La médiation entre par la fenêtre », *Dr. ouv.* Mai 2002, p. 197.

²⁰⁴ D. BOULMIER, « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice », *Petites affiches*, n°170, 26 août 2002, p. 53.

²⁰⁵ P. HENRIOT, « La médiation n'est pas adaptée au litige prud'homal », *SSL* 2012, 1539.

Pourtant, divers éléments conduisent à atténuer cet *a priori*, à commencer par l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 juillet 2001. Il précise qu'« *en tout état de cause, le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles* »²⁰⁶. Ainsi, le juge ne pourrait en aucun cas homologuer un accord qui aurait pour objet de léser le salarié dans les droits qui découlent de son statut inhérent à la relation de travail.

En outre, certaines études statistiques²⁰⁷ ont pu montrer que les droits des salariés étaient finalement correctement protégés en pratique, les craintes précédemment exprimées s'en trouvant par conséquent contredites. Il a ainsi été révélé que la médiation judiciaire menée au stade de l'appel profiterait aux salariés dans près de 38,9% des cas. 15,3% des salariés y auraient d'ailleurs obtenu des sommes d'un montant supérieur à celui des condamnations prononcées devant le conseil de prud'hommes. Il y apparaît également que 24,5% des salariés déboutés lors du 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 tendant à léser le salarié dans ses droits. Il apparaît cependant que dans 37,8% des cas, l'employeur a obtenu une réduction des sommes à verser par rapport au jugement prud'homal. Il convient toutefois de préciser que la baisse des sommes réclamées par le salarié n'est en aucun cas synonyme d'un renoncement de ce dernier à ses droits. Dès lors, les critiques susmentionnées doivent être relativisées à défaut de preuve tangible en ce sens.

Il convient aussi de relever que, dans la plupart des cas, les parties à la médiation sont assistées par leur conseil. Il apparaît aussi que dans la très grande majorité des accords conclus, les accords de médiation stipulent expressément que « *le médiateur s'est assuré que les parties ont été informées de leurs droits respectifs* »²⁰⁸. Dès lors, c'est à juste titre que le Président de la chambre sociale de la Cour de cassation indiquait en 2002 que « *pour qu'une partie soit lésée par l'accord de médiation, une conjonction frauduleuse entre tous les conseils, le ou les médiateurs et même tous les magistrats qui l'homologuent ; ce serait inimaginable* »²⁰⁹. Finalement, l'on comprend que les craintes selon lesquelles la médiation

²⁰⁶ Cass. soc. 18 juillet 2001, Bull. civ., V. n° 279.

²⁰⁷ Cf. étude CNRS-ISH-Université Lumière-Lyon II - (Jean-Pierre Bonafé-Schmitt & Jean-Claude Robert). Avril 2001. Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice.

²⁰⁸ Cf. N. CAMART, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, sous la direction de A. ARSEGUEL, Thèse imprimée, Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 564.

²⁰⁹ P. SARGOS, « L'accord de médiation », *SSL* numéro spécial : *De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire*, n° 1100, 2 décembre 2002, p. 55.

judiciaire serait un mécanisme préjudiciable au salarié doivent être relativisées en ce qu'elles impliqueraient la réunion improbable d'un ensemble de facteurs.

B. Un risque avéré pour les conflits résultant d'une infraction

Si la médiation pénale présente des avantages qui ne sont pas négligeables, elle recèle aussi quelques menaces sous-jacentes qu'il ne faut pas éluder dans l'appréhension globale de ce dispositif. Force est en effet de constater que sa mise en œuvre conduit à malmener certaines règles fondamentales du procès pénal, pourtant indispensables au respect des libertés individuelles de tout un chacun. Il a été vu précédemment que l'échec de la mesure pouvait s'avérer potentiellement anxiogène pour la victime de l'infraction, mais il apparaît que c'est essentiellement à l'égard du délinquant que le mécanisme peut s'avérer préjudiciable.

Avant toute chose, il convient d'évoquer l'argument²¹⁰ selon lequel la médiation pénale contreviendrait au principe de légalité, irriguant tant les règles de fond que les règles de forme propres à la matière pénale. Celui-ci aurait pour fonction substantielle de soumettre l'exercice du pouvoir de punir à une prédétermination textuelle des infractions, des peines et de la procédure pénale²¹¹. La médiation pénale participerait de l'érosion de ce principe dans la mesure où ses conditions de mise en œuvre et ses effets ne sont précisés par aucun texte. Or, alors que le principe de légalité a pour finalité originelle d'encadrer les pratiques et d'éviter l'arbitraire, il peut sembler surprenant de constater que, dans le cadre de la médiation pénale, l'autorité de poursuite se voit accorder une totale liberté d'appréciation. Et ce, d'autant plus que cette constatation est susceptible d'avoir une incidence directe sur l'égalité de traitement des justiciables. En effet, puisque le choix de recours à une telle mesure tout comme sa mise en œuvre dépend essentiellement des décisions prises par l'autorité de poursuites, des disparités seront susceptibles d'être constatées, dépendant tantôt des ressources des délinquants, tantôt des secteurs géographiques où l'infraction aura été commise. En fonction du secteur géographique tout d'abord, puisque selon le Tribunal auquel appartient le procureur de la République, il se peut que les infractions qui donnent lieu à la mise en œuvre d'une mesure de médiation pénale ne soient pas les mêmes. Un individu ayant commis un vol

²¹⁰ En ce sens, v. notamment E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n° 14, 2 avril 2008, I 131.

²¹¹ En ce sens, v. notamment : A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

pourrait, selon la juridiction et les objectifs qu'elle s'est fixés, au choix, se voir proposer une mesure de médiation pénale, mais aussi se trouver directement poursuivi ou encore voir son affaire classé sans suite. Par ailleurs, selon que le délinquant participant à la médiation dispose de revenus suffisants, ou qu'il soit insolvable, son parcours judiciaire pourra être différent alors que l'infraction commise reste inchangée. Une telle possibilité conduirait à une inégalité de traitement judiciaire selon que l'auteur des faits soit riche ou pauvre, et risquerait donc de subordonner à un motif totalement illégitime la solution judiciaire, qui ne devrait en aucune manière être conditionnée par les ressources financières des parties

Par ailleurs, l'un des problèmes intrinsèque à la mise en œuvre de la médiation pénale résulte de l'atteinte qui est portée à la présomption d'innocence. En vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. L'article 9-1 du Code civil dispose quant à lui : « *Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* », cette modification ayant d'ailleurs été introduite par la loi du 4 janvier 1993 qui a simultanément introduit la médiation pénale. Classiquement, le procès pénal se focalise sur le débat conduisant à reconnaître l'innocence ou la culpabilité d'un individu. Lors de la médiation pénale, le débat est amputé, et même inexistant dans la mesure où la reconnaissance des faits par le mis en cause semble être une condition implicite mais non moins préalable à la mise en œuvre de la mesure²¹². Il n'y aurait donc plus, à partir du déroulement de la médiation pénale, présomption d'innocence mais bien présomption de culpabilité sur le seul fondement de l'aveu du mis en cause. Or, l'aveu n'est pas un élément de preuve infaillible.

Cette affirmation, dans le cadre des alternatives aux poursuites en général et de la médiation pénale en particulier, est particulièrement véridique. En effet, il semble que le mis en cause ait tout intérêt à accepter la mise en œuvre d'une mesure de médiation pénale qui lui

²¹² La formulation de l'article 41-1 du Code de procédure pénale interpelle en ce qu'elle mentionne « *l'auteur des faits et la victime* ». En cela, il est possible de se demander si le recours à la médiation ne supposerait pas la reconnaissance préalable de la matérialité des faits constitutifs de l'infraction. Autrement, il aurait été sûrement fait mention du « *mis en cause* » et non pas de l'auteur des faits, qui présuppose de sa culpabilité. La circulaire CRIM n° 04-3/E5 du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur indique à ce propos que la médiation pénale s'applique à des faits « *reconnus par le mis en cause, ou à tout le moins non sérieusement contestables par celui-ci* ». Finalement, la reconnaissance explicite des faits par l'auteur, si elle n'est pas imposée par un texte et n'a pas à être formalisée, est sous-entendue et nécessaire.

permettrait d'échapper à des poursuites pénales et à une condamnation, certes plus aléatoire, mais aussi potentiellement plus lourde. De ce fait, il est possible de penser que le mis en cause sera tenté d'avouer sa culpabilité pour bénéficier d'une mesure alternative aux poursuites, et non pas que c'est parce qu'il avouera sa culpabilité qu'il en bénéficiera. Le mis en cause aura nécessairement des scrupules à nier sa culpabilité s'il est conscient que cela aura pour conséquence de le voir déférer devant le Tribunal correctionnel. Bien que cette affirmation nous paraisse un peu extrême, ces considérations ont conduit S. Voisin à considérer que « *même non coupable, mieux vaut une médiation pénale qu'un procès pénal* »²¹³.

Toutefois, s'il apparaît qu'en pratique, une médiation pénale réussie ne conduit qu'exceptionnellement le Ministère public à déclencher l'action publique, il s'agit là d'une hypothèse qui reste envisageable. Cette faculté des autorités de poursuites assortie à l'absence de confidentialité de la médiation pénale concourent à faire de cette mesure un mécanisme potentiellement très préjudiciable pour le mis en cause. En effet, ce dernier, qui aura parfois admis sa culpabilité dans le seul but d'éviter le procès pénal, peut non seulement se voir poursuivi, mais peut en plus voir utilisé les propos qu'il aura tenus dans le cadre de la médiation pour servir la thèse de l'accusation. Tout ce qu'il aura pu dire dans le cadre de la mesure pourra alors se retourner contre lui à l'occasion d'un procès que l'aveu de sa culpabilité avait pour seul but d'éviter. Admettre que l'accord de l'auteur des faits puisse être ignoré dès lors qu'il est présumé est donc quelque peu critiquable.

En outre, il est possible de s'interroger sur les qualités attendues des personnes auxquelles la médiation pénale est le plus souvent déléguée. Comme cela a été exposé plus haut, l'article R. 15-33-33, 3° du Code de procédure pénale exige notamment d'elles des qualités d'indépendance et d'impartialité. Quid de ces garanties dans l'hypothèse où le médiateur est issu d'une association d'aide aux victimes ? Il s'agit là d'une situation relativement fréquente²¹⁴. Comment s'assurer de leur indépendance ou de leur impartialité quand leur finalité et leur essence mêmes résident dans la protection des victimes d'infractions pénales ? En outre, dans la mesure où c'est le procureur de la République qui habilite les médiateurs²¹⁵, ces derniers sont nécessairement dans une position relativement ambiguë vis-à-vis de l'autorité de poursuites. Cette ambiguïté est d'autant plus caractérisée

²¹³ S. VOISIN, « La médiation pénale est-elle juste ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, n° 170, p. 49.

²¹⁴ Ce cas est relativement fréquent. En ce sens, v. notamment DENIS L'HOURS, « Le secteur associatif, un acteur incontournable mais méconnu des mutations judiciaires », *AJ Pénal* 2011, p. 228.

²¹⁵ Cf. article R. 15-33-35 du Code de procédure pénale.

lorsqu'on se souvient que les médiateurs adressent une copie de leurs procès-verbaux au procureur à l'issue de toute médiation pénale, et qu'ils rendent annuellement compte de leurs missions.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

S'il est un enseignement essentiel résultant de l'évaluation de l'intérêt de la médiation judiciaire, c'est que les avantages qui en découlent sont sensiblement les mêmes d'une matière à l'autre. Autant en droit du travail qu'en droit pénal, la médiation peut constituer un véritable facteur de paix sociale, tout comme elle est à-même de participer du bon fonctionnement du système judiciaire. Bien que leur mise en œuvre ne réponde pas toujours aux mêmes modalités, le résultat d'une médiation réussie demeure inchangé, exposant un autre point de convergence entre les deux matières.

Néanmoins, le mécanisme n'est pas exempt de reproches qui ne sauraient être éludés dans l'approche retenue lors de cette étude. La médiation judiciaire présente des inconvénients, ne serait-ce que parce qu'elle constitue, en toute matière, un mécanisme au succès incertain ; Succès incertain qui, bien qu'il puisse exacerber le conflit, semble susceptible d'être limité par la mise en œuvre d'une sélection pertinente des affaires éligibles à la médiation. L'évaluation de l'intérêt de la médiation judiciaire a surtout contribué à révéler la prépondérance des inconvénients de la médiation pénale sur ceux de la médiation judiciaire mise en œuvre pour les conflits du travail. Alors que les risques de cette dernière y sont relativement limités pour chacune des parties, la médiation pénale s'avère susceptible de constituer un mécanisme à double tranchant pour la victime comme pour le mis en cause. Ainsi, si la victime n'a pas la garantie de voir le délinquant puni en cas d'échec de la mesure, le mis en cause n'a quant à lui pas non plus la garantie que son aveu lui permettra d'échapper aux poursuites, même en cas de réussite de la mesure. Principe de légalité, égalité de traitement entre les justiciables, présomption d'innocence, sont autant de règles fondamentales qui se trouvent quelque peu « malmenées » par la médiation pénale. On y oscille constamment entre le consensualisme de la médiation et l'impérativité des règles pénales, malmenant tantôt les uns au profit de l'autre, tantôt l'inverse.

Au vu de ces éléments, il serait possible de penser que le développement de la médiation soit plus confortablement enclenché au sein du contentieux du travail. Pour autant, force est de constater qu'il n'en est rien, et il convient de se demander pourquoi.

CHAPITRE 2 : APPRECIATION DE LA POSSIBILITE DU DEVELOPPEMENT DE LA MEDIATION

Bien que le bilan « coût-avantage » de la médiation judiciaire pour le contentieux du travail et le contentieux pénal ne donne pas nécessairement les mêmes résultats, il apparaît qu'une dynamique commune en faveur du développement de la médiation tend à s'y infiltrer (**Section 1**). Néanmoins, malgré que cet engouement ne fasse pas de doute, il risque de se heurter à un certain nombre d'obstacles (**Section 2**) qu'il conviendra d'étudier, afin de déterminer la possibilité de sa concrétisation.

SECTION 1 | L'EXISTENCE D'UNE DYNAMIQUE COMMUNE

L'existence de la dynamique en faveur du développement de la médiation qui imprègne à la fois la matière pénale et le droit du travail semble y prendre des formes différentes. Alors qu'en droit du travail, il s'agit de promouvoir le dispositif tel qu'il est déjà envisagé par les textes (**I**), en droit pénal, la question de la médiation semble se poser sous un nouveau jour (**II**).

I. LA PROMOTION DE LA MEDIATION EN DROIT DU TRAVAIL

Encore une fois, le fait que la médiation judiciaire soit un mécanisme général à la matière civile transparait dans l'étude du mouvement de promotion autour de la médiation judiciaire en droit du travail. En effet, si l'engouement autour de ce dispositif infiltre l'ensemble de la matière civile (**A**), il n'en reste pas moins particulièrement opportun en droit du travail au vu de la crise que traversent actuellement ses juridictions (**B**).

A. Un engouement infiltrant l'ensemble de la matière civile

Comme cela vient d'être mentionné, la promotion de la médiation judiciaire en vue de la résolution des conflits individuels de travail s'inscrit principalement dans le mouvement

plus global qu'est celui de la promotion de la médiation judiciaire dans le cadre de la procédure civile en général. Et ce, tant au niveau européen²¹⁶ (1), qu'au niveau interne (2).

1. Impulsions d'origine européenne

Il est intéressant de noter que le Conseil de l'Europe (a), comme l'Union européenne (b) ont souvent initié d'importants changements législatifs en faveur du développement de la médiation judiciaire en matière civile, tout en continuant par ailleurs à en souligner les mérites.

a) Dans le système du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe s'inscrit dans cette dynamique de promotion de la médiation pour les litiges de droit civil depuis près d'une quinzaine d'années. Déjà lors de la 23^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice, qui s'est tenue les 8 et 9 juin 2000 à Londres, au Royaume-Uni, ceux-ci adoptaient une « Résolution n° 1 « Rendre la justice au XXI^{ème} siècle » » incitant le Conseil des ministres à adopter un programme encourageant le recours aux procédures alternatives de règlement des litiges dans le but d'améliorer l'efficacité et le fonctionnement du système judiciaire. S'en est logiquement suivie une Recommandation R (2002)10 sur la médiation en matière civile²¹⁷, enjoignant les Etats membres à « *faciliter, chaque fois que nécessaire, la médiation en matière civile* »²¹⁸. Des lignes directrices²¹⁹ ont ensuite été adoptées par la CEPEJ²²⁰ en 2007 pour faciliter la mise en œuvre de cette Recommandation dans les Etats membres.

Plus récemment, l'action du Conseil de l'Europe en faveur du développement de la médiation judiciaire en matière civile s'est essentiellement poursuivie au travers de l'organisation de conférences et de la production de rapports. À titre d'exemple, le Rapport de

²¹⁶ Dans le système du Conseil de l'Europe, comme dans celui de l'Union européenne.

²¹⁷ Recommandation Rec(2002)10 du 18 septembre 2002 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile.

²¹⁸ Etant alors précisé que le terme « matière civile » désigne toute matière impliquant des droits et obligations de caractère civil, y compris ceux qui relèvent du droit du travail

²¹⁹ CEPEJ (2007)14, Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile.

²²⁰ Commission européenne pour l'efficacité de la justice.

2014 sur les systèmes judiciaires européens, pour l'efficacité et la qualité de la justice²²¹ établi par la CEPEJ contient un chapitre 6 consacré aux mesures alternatives au règlement des litiges qui insiste sur le fait que des processus amiables tels que la médiation doivent être organisés pour améliorer la qualité du système judiciaire. Il y est en effet rappelé que la médiation judiciaire, comme tous les ADR²²², est susceptible d' « *améliorer l'efficacité de la justice en diminuant la charge des tribunaux, mais aussi d'améliorer la qualité de la réponse aux citoyens en leur offrant une possibilité de résoudre un litige et en limitant les conséquences dommageables et le coût ou (et) en réduisant la situation contentieuse présentée au juge* »²²³. Dans le même esprit, lors de la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015²²⁴, la Conférence réunie à l'initiative du Comité des ministres a encouragé les Etats à donner la priorité aux solutions alternatives aux poursuites contentieuses, telles que les règlements amiables, catégorie dans laquelle s'inscrit justement la médiation judiciaire.

La CEDH a également œuvré à sa façon pour le développement de la médiation, notamment par le contenu de sa décision « Momcilovic c/ Croatie »²²⁵ du 26 mars 2015, qui sera étudiée ultérieurement.

b) Dans le système de l'Union européenne

Dans le système de l'Union européenne, c'est la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008²²⁶ qui a participé de ce mouvement en faveur du développement de la médiation judiciaire en matière civile. Elle faisait suite au Livre vert de 2002 sur les modes alternatifs de règlement des conflits²²⁷ et au Code de conduite pour les médiateurs²²⁸ rédigé en octobre 2004. Il semble que l'accélération de cette dynamique de promotion en droit interne puisse lui être imputable en grande partie. Son objectif est de faciliter l'accès à des procédures

²²¹ CEPEJ, Rapp. sur les « Systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : efficacité et qualité de la justice », 2014.

²²² Alternative Dispute Resolution, traduite en français au sein du rapport comme des « Mesures alternatives au règlement des litiges ».

²²³ CEPEJ, Rapp. sur les « Systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : efficacité et qualité de la justice », 2014, p. 152.

²²⁴ Cette déclaration a été adoptée lors de la Conférence de haut niveau sur « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée » qui s'est déroulée à Bruxelles, en Belgique, les 26 et 27 mars 2015.

²²⁵ CEDH, « Momcilovic c/ Croatie », 26 mars 2015, req. n° 11239/11.

²²⁶ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²²⁷ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Com (2002)196 final – Non publié au Journal officiel.

²²⁸ Code de conduite européen pour les médiateurs, adopté en octobre 2004.

alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable en encourageant le recours à la médiation, et en garantissant une articulation satisfaisante entre médiation et procédures judiciaires²²⁹.

Plus récemment, c'est un rapport du Parlement européen qui atteste de cette volonté toujours présente de promouvoir la médiation comme alternative au règlement des litiges. Le rapport « Rebooting' the Mediation Directive »²³⁰ met d'abord en exergue, cinq ans après l'adoption de la directive du 21 mai 2008, ce qui est désigné comme l' « EU Mediation Paradox ». Cette expression désigne le fait que, malgré que ses multiples avantages aient été prouvés, la médiation en matière civile et commerciale représente moins d'un pourcent des affaires traitées dans l'Union européenne. L'étude, qui a sollicité près de 800 experts originaires de toute l'Europe, s'est alors employée à édicter un certain nombre de propositions de mesures non-législatives qui seraient susceptibles de promouvoir le développement de la médiation de manière effective. Ainsi, cinq ans après l'adoption de la directive sur la médiation en matière civile et commerciale, l'Union européenne reste mobilisée dans cette optique, consciente des résistances auxquelles elle se heurte.

2. Impulsions d'origine interne

Cette dynamique d'ensemble a conduit la Première Présidente de la Cour d'appel de Paris, C. Arens, et le Professeur N. Fricero, à considérer que : *« les récentes réformes révèlent que des changements profonds se manifestent dans le système judiciaire français. Une véritable politique publique des modes amiables se met en place, pour structurer les processus et inciter tous les professionnels du droit, avocats, huissiers de justice, notaires, à recourir à une solution amiable avant toute saisine d'un juge »*²³¹. Il conviendra en effet de voir que si cette dynamique se concrétise par un certain engouement des pouvoirs publics **(a)**, elle est aussi le fruit d'autres initiatives plus variées, telles la production de rapports **(b)**, la mobilisation des professions judiciaires **(c)**, et la mobilisation de certaines juridictions **(d)**.

²²⁹ C. ARENS & N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n°115, 25 avril 2015, p. 13.

²³⁰ Parlement européen, Rapp. « Rebooting' the Mediation Directive : Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU », Janvier 2014.

²³¹ C. ARENS & N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n°115, 25 avril 2015, p. 13.

a) *Le dynamisme des pouvoirs publics*

D'un point de vue « textuel », le dynamisme des pouvoirs publics dans ce mouvement de promotion de la médiation s'est d'abord et principalement traduit par l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive européenne de 2008. D'autant plus que le choix a été fait de transposer, non pas *a minima* la directive, mais de façon pleine et entière, en l'appliquant également aux litiges non transfrontaliers ; Obligation que ne prévoyait pas la directive européenne de 2008.

Plus récemment, c'est un décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends qui est venu implicitement confirmer cette volonté de développer les modes amiables, dont la médiation judiciaire. Certains auteurs considèrent qu'il opère « *une mutation de culture des citoyens, des avocats et des juges* »²³². Et pour cause, celui-ci prévoit que, depuis le 1^{er} avril 2015, toute assignation, requête ou déclaration au greffe doit préciser « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »²³³, sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public. Toutefois, il son influence sera limitée pour ce qui concerne la médiation judiciaire en droit du travail. En effet, bien qu'il ait introduit un nouvel article 127 du Code de procédure civile qui prévoit désormais que : « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* », il semble qu'elle ne trouvera pas à s'appliquer pour la matière qui nous intéresse. En effet, en droit du travail, le préalable obligatoire de conciliation suffira vraisemblablement à caractériser les diligences visées par cet article. Le juge n'aura donc pas plus de raisons de faire plus usage de sa faculté de proposer la médiation que d'ordinaire.

Il convient toutefois de préciser que l'adoption de ce décret s'inscrit dans une démarche générale du Gouvernement, connue sous le nom de « réforme de la Justice du 21^e siècle », annoncée par la ministre de la Justice, Christiane Taubira, le 10 septembre 2014 en Conseil des ministres. L'un de ses grands axes est justement de favoriser les modes alternatifs

²³² C. ARENS & N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n°115, 25 avril 2015, p. 13.

²³³ Dernier alinéa du nouvel article 56 du Code de procédure civile.

de règlement des litiges, notamment en arrêtant une politique nationale de la conciliation et de la médiation qui sera définie par la garde des Sceaux et animée par un Conseil national de la conciliation et de la médiation. L'action des pouvoirs publics en matière de promotion de la médiation ne risque donc pas de s'arrêter là, dans la mesure où la médiation judiciaire fait partie de la vision de la justice d'avenir.

b) La production de rapports

Alors que le rapport *Guinchard* préconisait seulement de « conforter la médiation »²³⁴, les rapports qui ont suivi ont davantage affiché leur conviction en faveur du développement de ce mécanisme. Ainsi, le rapport *Magendie* s'était fixé pour principal objet « la promotion et le développement significatif de la médiation au sein de la Cour d'appel de Paris »²³⁵, tandis que le rapport *Delmas-Goyon* suggérait, dans sa proposition n° 16 de « promouvoir dans les universités une culture de la médiation et faire assurer par les facultés de droit, ainsi que par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) et les écoles d'avocats, un enseignement méthodologique approprié »²³⁶. Plus récemment, le rapport d'Avril 2015 sur le développement des modes amiables de règlement des différends propose quant à lui d'étendre la possibilité pour le juge d'enjoindre aux parties de se rendre à un entretien d'information sur la conciliation et la médiation à toutes les matières civiles, commerciale et sociale²³⁷.

c) La mobilisation des professions judiciaires

S'il conviendra de voir par la suite que la médiation judiciaire ne suscite pas un enthousiasme systématique de la part des praticiens, force est de constater que ces derniers sont tout de même de plus en plus nombreux à se mobiliser pour son développement dans les litiges intervenant en matière civile. Ainsi, l'Ecole Nationale de la Magistrature organise chaque année une session consacrée à la médiation dans le cadre de la formation continue des

²³⁴ S. GUINCHARD (dir.), COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX, Rapp. *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008, p. 24.

²³⁵ J.-C. MAGENDIE (dir.), GROUPE DE TRAVAIL SUR LA MEDIATION, Rapp. *Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie*, 2008, p. 4.

²³⁶ P. DELMAS-GOYON (dir.), Rapp. *Le juge du 21^{ème} siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, p. 16.

²³⁷ INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapp. *Le développement des modes amiables de règlement des différends*, n°22-15, Avril 2015, p. 45.

magistrats²³⁸. Le Conseil national des barreaux vient de reconnaître la spécialisation en droit des modes amiables de résolution des différends²³⁹.

De manière plus ciblée, le barreau de Paris a inauguré en 2013 l'Ecole de la médiation du barreau afin que les avocats deviennent familiers et/ou spécialisés dans la pratique de la médiation, en qualité de conseil et de prescripteur et, le cas échéant, de médiateur. De la même manière, des sessions de 40 heures de formation continue sur les modes amiables de règlement des différends ont été mises en place avec l'école des avocats et l'université du barreau de Lyon sur l'initiative du barreau de cette même ville²⁴⁰. Des informations sur la médiation, entre autres modes de règlement des litiges sont désormais à la disposition du grand public sur le site internet barreau Lyon.com, à la rubrique « Centre de justice amiable des avocats »²⁴¹.

d) La mobilisation de certaines juridictions

Outre ces initiatives propres à certaines professions judiciaires, il apparaît que certaines juridictions se mobilisent également en vue de développer, en leur sein, la médiation judiciaire, et cette fois-ci de manière ciblée pour ce qui concerne les conflits individuels de travail. Ces expériences ont généralement lieu au sein de cours d'appel, les conseillers prud'hommes étant plutôt hostiles à ce type d'initiative, considérant qu'elles viennent concurrencer leurs prérogatives de conciliation²⁴².

L'expérience de ce type la plus célèbre est certainement celle tentée par la Cour d'appel de Grenoble entre 1996 et 2003. Elle consistait dans la convocation des parties à une audience de proposition de médiation. Une personne sur deux acceptait d'aller en médiation quand elle était proposée par le juge lors de cette audience²⁴³. Environ 1000 médiations ont

²³⁸ En ce sens, v. notamment le catalogue de formation continue des magistrats pour l'année 2015.

²³⁹ V. Résolution du Conseil national des barreaux, Instauration d'une mention de spécialisation en « Droit des modes amiables de résolution des différends », adoptée par l'assemblée générale du Conseil national des barreaux des 13 et 14 décembre 2013.

²⁴⁰ En ce sens : L. JUNOD-FANGET, « L'avocat, acteur privilégié des modes amiables », *Gaz. Pal.*, 31 mars 2015, n°90, p. 46.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² V. en ce sens : A. LACABARATS (dir.), Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, 2014, p. 14 qui évoque « la réticence, sinon l'hostilité » des conseillers prud'hommes à l'égard de la médiation.

²⁴³ En ce sens, cf. : GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, L'Harmattan, 2012, p. 60.

ainsi été ordonnées avec un taux de réussite de plus de 70%²⁴⁴. La médiation avait été proposée dans près de 20%²⁴⁵ du contentieux relevant de la chambre sociale. Il semble qu'elle ait d'ailleurs servi de « base » à des expériences similaires au sein d'autres juridictions. Ainsi, la Cour d'appel de Paris mène une expérience de développement de la médiation judiciaire²⁴⁶ au sein de certaines de ses chambres sociales, tout en essayant d'enrichir la démarche pour qu'elle soit la plus constructive possible²⁴⁷. De même, la Cour d'appel de Toulouse entreprend elle aussi de développer la médiation judiciaire pour la gestion des affaires relevant de la chambre sociale²⁴⁸.

B. Un engouement opportun au vu de la crise de la Justice du travail

Le mouvement en faveur du développement de la médiation judiciaire ne touche pas plus le droit du travail²⁴⁹ qu'il ne toucherait d'autres domaines de la matière civile. Pour autant, il apparaît qu'une augmentation du recours à la médiation judiciaire serait susceptible d'atténuer certains aspects symptomatiques de la crise que traverse actuellement la Justice du travail²⁵⁰. Les constats qu'ont pu dresser les derniers rapports à son sujet sont en effet alarmants. Le Rapport *Marshall*²⁵¹ comme le rapport *Lacabarats*²⁵² ont ainsi pu pointer les nombreux maux qui affectent aujourd'hui les juridictions prud'homales. Le rapport *Lacabarats* est même allé jusqu'à faire part d'un constat qu'il juge unanime : « la juridiction

²⁴⁴ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Ainsi, lors du colloque organisé par la Cour d'appel de Paris le 19 mai 2015, *La médiation judiciaire, 20^{ème} anniversaire*, C. Arens, Première Présidente de cette juridiction, déclarait : « Je peux ainsi vous dire, à titre d'exemple que 223 médiations ont été ordonnées dans les Chambres sociales de la Cour en 2014 avec un taux de réussite de près de 70% ».

²⁴⁷ En ce sens, v. : B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : pratique suivie à la Cour d'appel de Paris – Deuxième partie », *SSL* 2012, 1539, ou encore l'intervention de C. ARENS, « Le rôle de la Cour d'appel de Paris dans la construction prétorienne de la médiation », lors du colloque organisé par la Cour d'appel de Paris « La médiation judiciaire : 20 ans déjà ! », organisé à Paris le 29 mai 2015 : celle-ci considère que la démarche menée au sein de cette juridiction contribue à « assurer un développement harmonieux et significatif de la médiation judiciaire ».

²⁴⁸ En ce sens, v. l'intervention des présidentes de la chambre sociale de la Cour d'appel de Toulouse, Mmes C. LATRABE et R. GRUAS, « Conciliation et médiation sociale devant les cours d'appel », lors du colloque *Justice du XXI^{ème} siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?*, organisé par le Master 2 Droit du travail et de l'emploi de l'Université Toulouse 1 Capitole, le 13 février 2015.

²⁴⁹ Sous réserve de certains événements y étant spécialement consacrés, tel le colloque *Justice du XXI^{ème} siècle : quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?* organisé par le Master 2 Droit du travail et de l'emploi, à Toulouse, le 13 février 2015.

²⁵⁰ En ce sens, v. notamment : X., « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *SSL* 2013, 1575 ; Y. ROLLAND, « Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité », *Dr. soc.* 2013, p. 618.

²⁵¹ A. LACABARATS (dir.), Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, 2014.

²⁵² D. MARSHALL (dir.), Rapp. *Les juridictions du XXI^{ème} siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, 2013.

du travail, dans son mode d'organisation actuel, ne fonctionne pas dans des conditions conformes aux exigences des standards européens et connaît de graves carences »²⁵³. Faiblesse du taux de conciliation obtenu devant les CPH, délais de jugements anormalement longs, taux d'appels des décisions rendues par les CPH anormalement haut, problèmes de formation des conseillers prud'hommes... Voilà autant de dysfonctionnements qui ne suffisent pas à illustrer de manière exhaustive la crise touchant ces juridictions.

Il serait certainement exagéré de soutenir que le développement de la médiation judiciaire serait en mesure de résorber tous les problèmes auxquels se trouvent confrontées les juridictions du travail. Il semble néanmoins qu'il serait à même de permettre aux justiciables d'en contourner, voire d'en éluder certains.

Tout d'abord, il apparaît que le taux de conciliation devant les conseils de prud'hommes est en constante baisse, au point de n'être que de 5,5% en 2013²⁵⁴, quand il était de 80% avant la seconde guerre mondiale²⁵⁵. Plusieurs raisons concourent à expliquer ce taux extrêmement faible, au titre desquelles le défaut de comparution des parties, l'absence de volonté commune de recherche d'un accord, la complexité des affaires, et le nombre trop important de dossiers fixés à chaque audience au regard du temps que nécessiterait la recherche d'un accord amiable²⁵⁶. Lors d'une intervention dans le cadre d'un colloque sur la médiation et la conciliation en matière sociale, B. Cazalbou et J. Mader, Président et Vice-Président du Conseil de prud'hommes de Toulouse avaient indiqué que les conseillers ne pouvaient consacrer que 5 minutes à chaque partie lors d'une conciliation, faisant ainsi état du manque de temps qui leur serait nécessaire pour mener à bien leur mission²⁵⁷. En ce sens, le magistrat A. Lacabarats, avait lui aussi souligné lors d'une conférence sur le thème de l'avenir des juridictions du travail en France²⁵⁸ qu'il n'est pas aisé de rapprocher des parties en 10 minutes, avec, de surcroît, un enrôlement de 6 à 8 affaires par heure, rappelant ainsi que les

²⁵³ A. LACABARATS (dir.), *op. cit.*, p.7.

²⁵⁴ A. LACABARATS (dir.), Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, 2014, p. 17.

²⁵⁵ D. MARSHALL (dir.), Rapp. *Les juridictions du XXIème siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, 2013, p. 47.

²⁵⁶ En ce sens : A. LACABARATS (dir.), Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, 2014, p. 67.

²⁵⁷ B. CAZALBOU et J. MADER, « Conciliation et médiation devant les conseils de prud'hommes », intervention lors du colloque *Justice du XXIème siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ?*, organisé par le Master 2 Droit du travail et de l'emploi de l'Université Toulouse 1 Capitole, le 13 février 2015.

²⁵⁸ A. LACABARATS, « L'avenir des juridictions du travail en France », Conférence, Toulouse, 10 octobre 2014.

conseillers prud'hommes n'avaient pas le temps de faire mieux que ce qui était fait actuellement.

Si ce laps de temps relativement faible ne permet pas aux conseillers de concilier les parties eux-mêmes, peut-être peut-il s'avérer suffisant pour déterminer si une mesure de médiation serait opportune. En tant que conseillers prud'hommes, ils ont en effet toute qualité pour proposer une telle mesure aux parties²⁵⁹. Le renvoi devant le bureau de jugement n'est pas un passage obligé s'ils sentent que les parties pourraient trouver un terrain d'entente. N'ayant pas le temps pour exploiter cette potentialité eux-mêmes, ils peuvent tout à fait confier cette tâche à un médiateur qui, lui, disposerait du temps nécessaire pour aider à résoudre le conflit opposant les deux parties. Si tel n'était finalement pas le cas, l'affaire pourrait malgré tout rejoindre le circuit judiciaire « classique ». La phase de conciliation pourrait ainsi être directement mise à profit en vue de cerner les affaires pouvant donner lieu à une résolution amiable. En pratique, il semble toutefois que cela ne risque pas de se concrétiser de suite au vu des résistances que manifestent les conseillers prud'hommes à l'égard de la médiation.

En outre, comme cela a déjà été évoqué, un développement de la médiation judiciaire au sein des juridictions du travail pourrait contribuer au respect des exigences de délais raisonnables posés par la CEDH, en entraînant un certain désengorgement des Conseils de prud'hommes comme des cours d'appel, l'un entraînant l'autre. En effet, il ne faut pas oublier que la CEDH considère que l'exigence de respect du délai raisonnable est encore plus poussée en matière prud'homale. C'est ce qu'elle est venue entériner dans une décision Delgado²⁶⁰ du 14 novembre 2000 qui a posé la chose suivante : « *Il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (...). Tel est d'autant plus le cas en matière de conflits du travail, qui, portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité toute particulière* ».

²⁵⁹ Mais ils ne pourront la proposer qu'en cas de non aboutissement de la conciliation, qui doit obligatoirement avoir lieu.

²⁶⁰ CEDH, *Delgado c/ France*, 14 novembre 2000, req. n° 38437/97.

Toutefois, si la médiation peut participer à l'atténuation de certains dysfonctionnements des juridictions du travail, celle-ci ne doit pas être utilisée dans une seule fin de désengorgement de ces dernières. Son succès dépend en effet de circonstances particulières, et son but premier est la recherche de renouement du lien social. Il convient de ne pas le perdre de vue afin de ne pas dénaturer ce processus. Le magistrat B. Holleaux, à ce propos, indiquait d'ailleurs très justement que : « *La médiation appliquée notamment au traitement du contentieux social est un beau sujet qui mérite un débat de qualité dans lequel n'ont pas leur place l'outrance et la dénaturation* »²⁶¹. Ainsi, si le développement de la médiation judiciaire pour les conflits du travail apparaît réellement opportun, c'est à la condition qu'il se fasse dans des proportions cohérentes avec l'essence même de ce dispositif, qui tend avant tout pacifier les relations lorsque cela est possible, et non à la gestion des flux judiciaires coûte que coûte.

S'il vient d'être démontré que la dynamique en faveur du développement de la médiation a été amorcée depuis déjà plusieurs années, celle qui traverse le droit pénal est nettement plus récente.

II. LA QUESTION RENOUVELEE DE LA MEDIATION EN DROIT PENAL

Comme le relève justement le Professeur G. Rabut-Bonaldi : « *A l'instar des astronomes et des amateurs de science-fiction, qui scrutent le ciel à la recherche d'objets volants inconnus, les juristes se plaisent à découvrir, de temps à autre, des OJNI, objets juridiques non identifiés. La mesure prévue au nouveau article 10-1 du CPP semble pouvoir s'ajouter à la liste de ces mystérieuses manifestations* »²⁶². Si ce nouvel outil a en effet été récemment consacré par les textes (A), il n'en demeure pas moins difficile à appréhender concrètement (B).

²⁶¹ B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : pratique suivie à la Cour d'appel de Paris (Deuxième partie) », *SSL* 2012, 1539.

²⁶² G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *Recueil Dalloz* 2015, p. 97

A. La consécration de la notion de justice restaurative

S'il est possible de considérer que la question de la médiation se pose sous un nouveau jour en droit pénal, c'est principalement à cause de l'entrée en vigueur de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Même si son intitulé ne le laissait pas présager, cette loi a consacré la notion de justice restaurative à l'article 10-1 du Code de procédure pénale. Celui-ci dispose, dans son alinéa 2^{ème} : « *Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission* », ajoutant qu'elle est nécessairement mise en œuvre par un « *tiers indépendant* ». Si cette formule met en exergue la proximité de cette notion avec la médiation, ce sont vers les pays qui la mettent en œuvre depuis longtemps, ainsi que vers l'Union européenne qu'il convient de se tourner pour tenter de la cerner, et comprendre en quoi elle constitue un moyen de promotion de la médiation en matière pénale. En effet, la notion de justice restaurative est un concept d'importation, importation de certains pays anglo-saxons vers l'Europe, puis du système de l'Union européenne vers notre droit interne.

L'idée de justice restaurative, ou *restorative justice*, trouverait son origine dans une affaire canadienne datant de 1974, qui a eu lieu à Kitchener, dans l'Ontario²⁶³. Un fonctionnaire de probation des mineurs aurait proposé, lors d'une réunion d'un groupe d'étude chrétien, à deux jeunes hommes ayant plaidé coupable pour des actes de vandalisme, de rencontrer leurs victimes pour mettre en place les conditions de leur réparation. Les deux mineurs ont ainsi rencontré les propriétaires de vingt-deux maisons dégradées, afin de discuter avec eux de la façon de les dédommager des conséquences de leurs actes. Ce fut la première apparition du mouvement de *victim-offendeur mediation*, l'une des modalités de la justice restaurative²⁶⁴, souvent désignée par d'autres terminologies, du fait de la difficulté à la traduire précisément dans différentes langues²⁶⁵.

²⁶³ V. notamment : J. MOYERSON, « Chronique d'une justice restaurative au-delà des frontières », *Les Cahiers Dynamiques*, 2014/1, n° 59, pp. 96-103.

²⁶⁴ M. JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale, convergences ou divergences ?*, coll. Sciences criminelles, l'Harmattan, 2003, p. 26.

²⁶⁵ Ainsi, pour désigner la même chose, les expressions « justice restauratrice », « justice réparatrice », sont alternativement utilisées avec celle de « justice restaurative ».

Cette notion se présente donc comme un système opposé à la justice rétributive fondée sur le prononcée d'une peine et la passivité de l'auteur des faits comme de la victime. Elle suppose au contraire leur participation active dans une idée de dialogue et de pédagogie²⁶⁶. Pour l'Organisation des Nations Unies, il s'agit d'un : « *processus par lequel on combat la délinquance en réparant le mal fait aux victimes, en rendant les délinquants comptables de leurs actes et, souvent, en associant la communauté à la résolution du conflit. La participation des parties est un aspect essentiel de ce processus, qui place l'accent sur l'établissement d'une relation, sur la réconciliation et sur la recherche d'une entente entre les victimes et le délinquant* »²⁶⁷. À en croire les nombreux articles y faisant référence, ses principales modalités d'application seraient essentiellement la conférence du groupe familial, les cercles de sentences et, pour ce qui nous intéresse dans le cadre de cette étude, la médiation victime-infracteur²⁶⁸. Certains auteurs relèvent d'ailleurs le succès de ces mesures en soulignant par exemple que « *le taux de récidive est bien moins élevé, grâce à la responsabilisation subséquente du condamné* »²⁶⁹ ou encore qu'elles « *présentent en effet le suprême avantage d'avoir le souci de la sanction des actes, mais aussi de la réparation des personnes en vue de rétablir la paix sociale fortement compromise par le crime* »²⁷⁰.

À l'instar de ce qui s'est produit pour la médiation judiciaire en matière civile, c'est à l'Union européenne que l'on doit ce débat renouvelé autour de la médiation en matière pénale, mais pour des raisons, semble-t-il, quelque peu différentes. En effet, loin de l'encombrement juridictionnel ou de la gestion des flux, il semble que l'émergence de la justice réparatrice soit plutôt due à la crise de la pénalité moderne, à la (re)découverte des modalités traditionnelles de régulation des conflits d'ordre pénal ou bien encore à la (re)considération de la victime²⁷¹. La justice réparatrice a été présentée comme « *l'évolution majeure* »²⁷² de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des

²⁶⁶ En ce sens : G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », Recueil Dalloz 2015, p. 97.

²⁶⁷ ONU, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice*, New-York, 2008.

²⁶⁸ En ce sens : R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal* 2007, p. 373 ; B. SAYOUS, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ Pénal* 2014, p. 461 ; E. VERGES, « Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *RSC* 2013, p. 121.

²⁶⁹ R. CARIO, « Justice restaurative : principes et promesses », *Les cahiers dynamiques*, 2014/1, n°59, p. 24-31.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Pour plus de précisions, v. R. CARIO, *Justice restaurative*, Rep. dr. pén., 2014, n°s 1 s.

²⁷² E. VERGES, « Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *RSC* 2013, p. 121.

victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil. Elle y est définie, dans l'article 2 de la directive, comme : « *tout processus permettant à la victime et à l'auteur de l'infraction de participer activement, s'ils y consentent librement à la solution des difficultés résultant de l'infraction pénale* ». Le considérant 46 de la directive donne quant à lui de plus amples précisions sur les modalités d'application de la justice réparatrice, qui comprennent au premier chef « *la médiation entre la victime et l'auteur de l'infraction* ». Dès lors, l'instauration de la notion de justice réparatrice dans le système de l'Union européenne a été l'élément déclencheur dans le renouvellement de la question de la médiation en matière pénale. En effet, s'il ne conviendra pas de le détailler de manière exhaustive dans ces développements, la directive pose un cadre strict pour cette notion dans l'optique d'éviter que la victime ne subisse une victimisation secondaire et répétée, des intimidations ou des représailles ; qui la différencie, pour certains aspects de la médiation pénale telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre en vertu des dispositions de l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Va-t-on assister à l'émergence d'une nouvelle forme de médiation en matière pénale ? Va-t-elle remplacer la médiation pénale déjà existante ? Ces deux formes de médiations devront-elles trouver à s'articuler ? Ce sont autant de questions que pouvait susciter l'adoption de cette directive, et auxquelles la loi du 15 août 2014 ne répond pas vraiment.

La justice réparatrice était en effet un grand « chantier » que la France se devait de mettre en œuvre pour assurer la transposition de la directive. Ce fut chose faite par l'adoption de la loi précitée, employant quant à elle l'expression de justice restaurative et non réparatrice bien que ce changement de terminologie n'emporte pas de divergence conceptuelle majeure. Si l'article 10-1 du Code de procédure pénale définit cette notion, il n'en précise pas exactement les modalités. Il pose néanmoins des conditions spécifiques pour la mise en place d'une telle mesure. Ainsi, la reconnaissance des faits par l'auteur de l'infraction est posée comme une condition préalable à l'exécution de cette mesure, l'auteur et victime de l'infraction doivent avoir été informés du contenu de la démarche et y avoir consenti expressément. Il ressort également de l'alinéa 1^{er} de cet article que ce type de mesure peut être mis en œuvre à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine. Elle devra être confidentielle et placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Au bref énoncé de ces quelques conditions qui devront être satisfaites, et au regard de ce qui a été précédemment exposé sur le fonctionnement de la médiation pénale, il est dorénavant et déjà possible de noter que si médiation il y a dans le cadre de la justice restaurative, elle sera bien différente de la médiation pénale existante dans ses modalités de mise en œuvre.

B. Les incertitudes de la mise en œuvre de la justice restaurative

La lecture complète de l'article 10-1 du Code de procédure pénale permet de mettre en lumière les questionnements que peut susciter l'introduction de la justice restaurative en droit positif, et notamment son articulation avec la médiation pénale existant depuis 1993. Cet article dispose en effet : *« A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».*

Il est indiqué dans cet article que les mesures de justice restaurative pourraient être mises en œuvre à *« tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine »*. Ainsi, alors que la médiation pénale ne peut être utilisée qu'en tant qu'alternative aux poursuites, la médiation en tant que mesure de justice restaurative pourrait intervenir à la fois avant les poursuites, durant l'instruction, ou encore après le jugement lorsque celui-ci a conduit à une condamnation. Cependant, comme le souligne justement le Professeur G. Rabut-Bonaldi, *« l'importation en droit français de la justice restaurative pêche toutefois par son manque de précision »*²⁷³, car s'il est clair que la mesure de justice restaurative peut être mise en œuvre à tous les stades de la procédure, rien ne précise son incidence sur le cours de celle-ci. Ne fait-elle que « graviter » en parallèle de la procédure pénale ? Ou bien a-t-elle une réelle incidence sur le devenir de l'instance ? La seule certitude semble finalement résulter dans le fait que deux types de médiations risquent de « cohabiter », avec des incidences

²⁷³ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

encore indéterminées. En effet, le texte ne dit mot sur son articulation avec la médiation pénale déjà existante. Mais ne risque-t-on pas de rendre encore plus complexe la mise en œuvre de la médiation en démultipliant les procédés employant cette terminologie ?

Pour le reste, il semble que la médiation qui pourrait trouver sa place parmi les mesures de justice restaurative tende à se rapprocher du modèle de la médiation judiciaire tel qu'il existe en matière civile. En effet, l'article 10-1 du Code de procédure pénale pose des exigences qui n'existaient pas pour la médiation pénale et qui semblent désormais érigées en condition de validité de la mesure de justice restaurative. Ainsi, les parties devront toutes deux donner leur consentement, et pas seulement la victime comme cela était le cas dans l'hypothèse de la médiation pénale. Il est également indiqué que la mesure sera confidentielle, alors qu'une telle garantie ne trouvait pas à s'appliquer pour ce qui concerne la médiation pénale. Ce sont autant d'exigences qui sont posées pour ce qui concerne la médiation judiciaire telle qu'elle est mise en œuvre en droit du travail, et en matière civile en général. Peut-être sommes-nous en train de nous rapprocher d'un modèle unique de médiation ? Une telle question peut sembler prématurée mais le rapprochement n'en reste pas moins notable, du moins quant aux exigences de mise en œuvre de la médiation.

Certains points abordés dans cette disposition laissent également planer quelques incertitudes sur la mise en œuvre de la médiation dans le cadre de la justice restaurative. Tout d'abord, qui est le tiers impartial visé par le texte ? Rien n'en est dit. Ensuite, il est indiqué que la mesure se déroulera « *sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire* ». Rien n'est précisé sur la nature du contrôle²⁷⁴ qui sera exercé, ni sur la qualité du magistrat²⁷⁵ appartenant à cette autorité judiciaire. De surcroît, l'on peut s'interroger sur la possibilité de concilier tout contrôle avec l'exigence de confidentialité posée par le même article. Enfin, rien n'est indiqué quant à la nature de l'accord conclu à l'issue de la mesure de justice restaurative, ni de son incidence sur l'action publique ou l'action civile dans l'hypothèse où elles n'auraient pas encore été déclenchées.

Finalement, si l'impulsion en faveur de plus de consensualisme au sein de la procédure pénale est manifeste, notamment grâce au recours à la médiation en tant que mesure de justice restaurative, l'article 10-1 du Code de procédure pénale laisse beaucoup de questions sans

²⁷⁴ Contrôle de l'accord ? Contrôle du déroulement de la mesure ? Autre ?

²⁷⁵ Magistrat du Parquet ou magistrat du siège ?

réponse, faisant de la justice restaurative, à l'instar de la médiation pénale, un « objet juridique non identifié »²⁷⁶.

Cette dynamique risque toutefois d'être freinée dans sa concrétisation par l'existence de divers obstacles qu'il convient d'envisager afin d'en déterminer l'incidence.

SECTION 2 | LES OBSTACLES AU DEVELOPPEMENT

Malgré la dynamique commune au droit du travail et au droit pénal en faveur du développement de la médiation, force est de constater qu'à l'heure actuelle, sa concrétisation apparaît quelque peu compromise. En matière civile, le recours à la médiation judiciaire est tellement marginal qu'il n'existe même pas de statistiques les recensant²⁷⁷, et les rapports les plus récents sur le sujet dénoncent son « *insuccès* »²⁷⁸. En matière pénale, celui-ci n'est pas mieux assuré. En effet, la faiblesse du recours à la médiation pénale²⁷⁹ conduit à se poser la même question pour ce qui est de la justice restaurative. Pour l'essentiel, il semble que les obstacles puissent être identifiés dans la limite à l'expression du consensualisme que constitue l'ordre public innervant les deux matières (I), autant que dans l'existence de considérations pratiques pouvant s'avérer problématiques (II).

I. L'ORDRE PUBLIC, LIMITE A L'EXPRESSION DU CONSENSUALISME

Comme cela a été indiqué dans les précédents développements, la médiation, quand bien même elle se déroule dans le cadre judiciaire, reste un mécanisme fondamentalement consensuel. En cela, il est possible de voir dans l'ordre public imprégnant le droit du travail et le droit pénal un obstacle à son développement (A). S'il aurait été possible, de prime abord,

²⁷⁶ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

²⁷⁷ En ce sens, v. notamment : F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9 ; C. ARENS & N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n°115, 25 avril 2015, p. 13.

²⁷⁸ INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapp. *Le développement des modes amiables de règlement des différends*, n°22-15, Avril 2015, p. 16.

²⁷⁹ En effet, selon le rapport *La criminalité en France*, Rapport annuel 2014 de l'ONDRP, *L'activité judiciaire pénale en 2013*, p.7, seules 16.384 médiations pénales ont été mise en œuvre pour un total de 1.443.459 auteurs « poursuivables » correspondant à des infractions « poursuivables », ce qui représente seulement 1,13% des affaires susceptibles de faire l'objet d'une réponse pénale.

d'en penser autant de l'ordre public processuel, force est de constater que cet obstacle est aujourd'hui quelque peu déclinant (B).

A. Le souci de matières innervées par l'ordre public

Bien qu'ils soient, par bien des aspects, fondamentalement différents, le droit du travail et le droit pénal ont au moins un point commun : il s'agit de matières innervées par l'ordre public. En effet, alors que les professeurs J. Hauser et J.-J. Lemuland soulignent que « depuis le début du XXe siècle, le bloc de l'ordre public n'a cessé de se développer en matière sociale »²⁸⁰, le Professeur E. Dreyer pose quant à lui que « rien n'est négociable en droit pénal ; c'est le droit imposé par excellence »²⁸¹, réduisant ainsi l'expression « ordre public pénal » à un simple pléonasme. Toutefois, l'ordre public a cette particularité d'être une notion protéiforme, qui n'aura pas toujours le même contenu selon la discipline considérée. Par là-même, cette notion fait certainement partie de celles qui sont le plus difficile à cerner d'un point de vue juridique. *Planiol* en donnait la définition suivante : « une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par des considérations d'intérêt général qui se trouveraient compromises si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »²⁸². Pour ce qui nous intéresse, il conviendra de retenir la définition proposée par les professeurs J. Hauser et J.-J. Lemuland selon laquelle « l'ordre public, au moins dans son acception d'origine, c'est l'antithèse de la liberté contractuelle ou conventionnelle. C'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle »²⁸³. Dès lors, l'on comprend en quoi cette composante d'ordre public peut s'ériger en obstacle au développement de la médiation judiciaire dans ces matières, dans la mesure où le mécanisme tout entier repose sur le consensualisme et l'expression de la volonté des parties.

Comme cela a déjà été indiqué précédemment, la médiation judiciaire, au sein de la procédure civile, a un objet limité aux droits dont les parties ont la libre disposition. L'article 6 du Code civil dispose qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois d'ordre public puisqu'en droit civil l'ordre public est un ordre absolu. Mais en droit du travail, les principes sont différents parce que l'ordre public est surtout un ordre de protection

²⁸⁰ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rep. dr. civ., Janvier 2015, n° 85.

²⁸¹ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n° 14, 2 avril 2008, I 131.

²⁸² Définition citée par P. MALAURIE, in *Les contrats contraires à l'ordre public*, Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S., Matot-Braine, Reims, 1953, p. 261.

²⁸³ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rep. dr. civ., Janvier 2015, n° 37.

du salarié. En conséquence, rien ne s'oppose à ce que des garanties ou des avantages au bénéfice des salariés soient accrus ou institués par la norme contractuelle. Finalement, *« l'ordre public social, contrairement à l'ordre public en général, n'imposerait donc pas des solutions intouchables mais seulement des dispositions planchers qui n'interdiraient pas de retenir des réponses différentes si elles conduisent à améliorer la situation du salarié »*²⁸⁴. Dès lors, *« il faudrait donc conclure que l'OP social, au moins en droit du travail, conserve une certaine originalité qui supporte des nuances que la notion qui git à l'article 6 du code civil ne supporterait pas et que ce particularisme ne consacre pas toujours « l'indéroabilité » absolue de l'ordre public en général »*²⁸⁵. Selon le Professeur C. Radé, cela signifie que : *« les magistrats pourraient valider des procès-verbaux de conciliation ou homologuer des conventions de médiation dès lors qu'il apparaît que, globalement, la solution retenue pour le salarié est plus favorable que le minimum que lui garantissent les lois, les règlements et les statuts collectifs »*²⁸⁶. Ainsi, si les parties veulent voir homologuer leur accord par le juge, il faut qu'elles respectent les règles propres à l'ordre public.

Cela peut être considéré comme un frein au développement de la médiation dans la mesure où les parties ne peuvent pas laisser un total « libre cours » à l'expression de leur volonté dans le cadre de la médiation. Il semble que cette constatation soit surtout susceptible de contrer l'acceptation de l'employeur, se sachant astreint au paiement d'un minimum incompressible au bénéfice de son salarié. En cela, il s'agit peut-être d'un frein au développement de la médiation judiciaire, mais d'un frein salubre et utile pour le salarié, qui pourrait être tenté de renoncer à des sommes auxquelles il avait droit dans un seul souci de célérité. Si tant est qu'il soit un motif de refus de la médiation par certains employeurs se sachant fautifs, les ambitions de développement de la médiation ne sauraient trouver leur seule justification dans cet argument.

En droit pénal, il semble que le frein constitué par la dimension d'ordre public de la matière soit autrement plus problématique pour le développement de la médiation. En effet, comme cela a déjà été exposé, le droit pénal, dans sa finalité, est tourné vers la protection de la société et non vers celle des parties privées. Il en résulte que l'accord de médiation conclu entre les parties privées ne peut conduire à une extinction de l'action publique, qui a quant à elle pour vocation la défense de l'intérêt général et des valeurs de la société. Dans ces

²⁸⁴ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rep. dr. civ., Janvier 2015, n° 85.

²⁸⁵ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rep. dr. civ., Janvier 2015, n° 85.

²⁸⁶ C. RADE, « Ordre public social, transaction et médiation », *SSL* 2002, 1100.

conditions, il apparaît que le mis en cause n'a qu'un intérêt limité à accepter de coopérer dans le cadre de la médiation puisque les concessions qu'il y consentira ne seront en aucun cas de nature à influencer sur le déroulement consécutif de l'action publique. La justice restaurative, si elle présente de nombreuses vertues, notamment pour ce qui concerne la paix sociale, rencontrera certainement les mêmes difficultés. La médiation aura certainement du mal à se développer en matière pénale tant que le mécanisme ne sera pas plus incitatif pour *toutes* les parties, et pas seulement pour la victime.

B. L'obstacle déclinant de l'ordre public processuel

Se contenter d'exposer les quelques lignes directrices des composantes d'ordre public inhérentes au droit du travail et au droit pénal serait insuffisant dans l'optique de cerner l'influence de cette notion sur le développement de la médiation judiciaire dans ces matières. Il est en effet possible de dire avec certitude que, depuis ces dernières années, s'est considérablement développé un ordre public processuel qui, selon les Professeurs J. Hauser et J.-J. Lemuland est « *lié aux droits élémentaires du citoyen, droit au juge, droit à un juge impartial, droit à l'égalité des armes, etc. et qui doit beaucoup à l'action de la Cour EDH* »²⁸⁷. Il semble que le développement de cet ordre public processuel soit principalement imputable à l'importante jurisprudence de la CEDH quant à l'application de l'article 6 de la Conv. EDH ; Jurisprudence qui a bien souvent conduit les Etats parties à la Convention à modifier certaines de leurs règles de procédure, voire certaines de leurs pratiques judiciaires contrevenant aux garanties qu'elle est venue dessiner au fil des ans. Droit d'accès au juge, principe du contradictoire, droit à un tribunal impartial, à un procès équitable, à une justice statuant dans un délai raisonnable seraient autant d'exigences façonnant cet ordre public processuel, prégnant aussi bien au niveau interne qu'au niveau européen, et transcendant tous les domaines du droit.

De prime abord, il serait possible de douter de l'influence de cet ordre public processuel sur le développement de la médiation en droit du travail. Après tout, il est vrai que celle-ci n'est pas obligatoire, et ne semble dès lors pas se heurter aux exigences découlant de l'article 6 de la Conv. EDH, et particulièrement pas au droit d'accès au juge. Cependant, face à l'absence de succès que connaît aujourd'hui la médiation judiciaire, praticiens et

²⁸⁷ J. HAUSER & J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rep. dr. civ., Janvier 2015, n° 45.

universitaires s'interrogent de plus en plus sur la nécessité de la rendre obligatoire dans la sphère civile. Par exemple, une délibération adoptée par la Conférence des premiers présidents des cours d'appels en 2013²⁸⁸ avait créé la polémique, en ce qu'elle souhaitait « *développer les modes alternatifs de règlement des conflits, spécialement la médiation qui deviendrait obligatoire en matière sociale et familiale* ». De même, les discussions avaient été particulièrement vives lors d'un débat organisé à l'Assemblée nationale le 16 décembre 2013 à l'initiative du barreau de Paris. Réunissant magistrats, parlementaires, avocats, et médiateurs, cet événement avait pour objectif la formulation de propositions de réformes législatives à même d'assurer un développement significatif de ce mode amiable de résolution des différends. Parmi les thématiques abordées, l'une d'entre elles était consacrée à la question suivante : « Faut-il rendre la médiation obligatoire ? ». Si ces débats ne sont pas toujours ciblés sur la médiation judiciaire en droit du travail, il peut aisément s'y appliquer. Toute la problématique est très justement exposée par le magistrat F. Vert : « *Pourquoi cette polémique ? Parce que la médiation judiciaire, malgré les discours des différentes autorités publiques appelant à son développement, connaît un succès mitigé, voire régresse, et que la rendre obligatoire pourrait en assurer la réussite* »²⁸⁹.

Or, rendre la médiation obligatoire reviendrait à priver les parties – au moins pendant un temps²⁹⁰ – de leur droit au juge. Celui-ci avait été affirmé très tôt par la CEDH dans un arrêt « Golder c/ Royaume-Uni » en date du 21 février 1975, à l'occasion duquel il avait été considéré que : « *on ne comprendrait pas que l'art. 6, §1 décrive en détail les garanties de procédure (...) et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge* ». L'article 6, §1 de la Conv. EDH consacre ainsi le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès ne constituerait qu'un aspect. Au regard de cette jurisprudence bien établie, il est possible de s'interroger sur la possibilité de rendre obligatoire le recours à la médiation judiciaire. Celui-ci ne reviendrait-il pas à priver les parties du droit d'accès au Tribunal, au moins pendant le temps nécessaire à la médiation ?

Tout récemment, la CEDH a pourtant jugé, dans un arrêt « Momcilovic c/ Croatie »²⁹¹ du 26 mars 2015, que la restriction au droit d'accès à un tribunal découlant de l'obligation de passer par une procédure de règlement amiable avant d'engager une action en indemnisation

²⁸⁸ Conférence des premiers présidents, Séminaire de la Baule, Délibération sur l'accès au droit, l'office du juge, l'organisation judiciaire et processuelle, adoptée le 31 mai 2013.

²⁸⁹ F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

²⁹⁰ Celui de la médiation ainsi rendue obligatoire.

²⁹¹ CEDH, « Momcilovic c/ Croatie », 26 mars 2015, req. n° 11239/11.

contre l'Etat était conforme à l'article 6, §1 de la Conv. EDH. Pour ce faire, elle s'est fondé sur le fait que l'obligation en question était prévue par la loi et poursuivait le but légitime d'assurer l'économie judiciaire en évitant des procédures longues et coûteuses, tout en tendant à réduire le nombre d'affaires. La CEDH admet ainsi qu'il puisse y avoir des limitations au droit d'accès à un tribunal, en rendant obligatoire le recours à un mode amiable de règlement des conflits, dès lors que sa mise en œuvre permet d'assurer des économies pour le service public de la justice, tout en ouvrant la possibilité pour les parties de résoudre leur différend sans l'intervention des tribunaux. On note donc un certain recul de l'ordre public processuel face à la nécessité de développer les modes amiables de règlement des conflits. Toutefois, il est possible de s'interroger sur la possibilité d'une telle obligation en France, dans la mesure où la mise en œuvre d'une médiation judiciaire pour un conflit individuel de travail nécessite que les parties versent une somme approximative de 600 euros. Leur imposer de déboursier cette somme avant tout recours au juge paraît quelque peu contestable.

En matière pénale, la problématique se pose sous un angle différent. En effet, dans le cadre de la médiation pénale, les parties n'ont souvent accès qu'au procureur de la République, ce qui conduit certains auteurs à le qualifier de « *juge civil des petites affaires pénales* »²⁹². Cette assimilation des membres Ministère public au juge est pourtant discutable. En effet, s'ils disposent de la qualité de magistrat²⁹³, leur indépendance et leur impartialité n'en demeure pas moins sujet à caution dans la mesure où ils sont normalement une véritable partie au procès pénal²⁹⁴. Leur situation est donc pour le moins ambiguë.

En l'état de ces constatations, un problème pourrait se poser au regard du droit d'accès au juge, surtout pour ce qui concerne le délinquant qui n'a absolument pas son mot à dire. Pourtant, à ce jour, le mécanisme n'a pas été attaqué au motif d'une violation de ce droit, qui y est pourtant fortement mis à mal, du moins pour ce qui concerne la médiation pénale telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre. Là encore, le droit fondamental d'accès au juge semble

²⁹² J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 14^e éd. 2008, p. 542.

²⁹³ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et les magistrats du parquet* »

²⁹⁴ La jurisprudence de la CEDH a fait rebondir le débat sur ce sujet au travers de plusieurs arrêts qui l'ont conduit à considérer que le procureur de la République n'était pas une autorité judiciaire. Cela ressort notamment des arrêts « Medvedyev c/ France » du 10 juillet 2008, « Medvedyev c/ France » du 29 mars 2010, et de l'arrêt « Moulin c/ France » du 23 novembre 2010. Dans ce dernier arrêt la Cour se fonde sur deux arguments distincts : les connexions du Parquet avec l'exécutif, et la qualité de partie au procès pénal. En droit interne, la question divise davantage. Alors que la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre criminelle en date du 15 décembre 2010, a considéré que le ministère public ne présentait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité pour être considéré comme une autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel continue à considérer qu'il appartient à cette catégorie.

atténué dans sa substance puisque bien qu'il soit manifestement mis à mal dans le cadre des alternatives aux poursuites, aucune décision n'est venue condamner ce mécanisme. D'aucuns l'attribuent à l'illusion créée par la présence du quasi-juge que constituerait le Procureur de la République²⁹⁵. Quant à la justice restaurative, les choses risquent certainement d'être différentes. En effet, dans le cadre cette dernière, le recours à la mesure ne sera *a priori* nullement obligatoire.

Aujourd'hui, force est donc de constater que la notion d'ordre public processuel apparaît quelque peu limitée dans son application, ne constituant qu'un obstacle relatif. Alors qu'en droit du travail, et en matière civile en général, elle trouve à s'atténuer dans la conciliation avec d'autres impératifs telles que la nécessité d'économies pour le service public de la justice, elle est taisante en droit pénal face à un mécanisme qui pourrait pourtant susciter de vifs débats.

Les obstacles au développement de la médiation en droit du travail comme en droit pénal ne sont pas seulement théoriques. Ils ressortent également de considérations pratiques propres à ces contentieux.

II. L'ESSOR DE LA MEDIATION FREINE PAR DES CONSIDERATIONS PRATIQUES

Les obstacles pratiques au développement de la médiation résultent principalement de l'absence de lignes directrices dont souffrent les politiques judiciaires autant en droit du travail, qu'en matière pénale pour ce qui concerne la justice restaurative (A), mais il est surprenant de constater que ces obstacles s'avèrent prépondérants en droit du travail qu'en droit pénal (B).

A. Une carence de lignes directrices dans la mise en œuvre de la médiation

Pour avoir une chance de se concrétiser, la dynamique en faveur du développement de la médiation doit vraisemblablement se fixer un cadre d'action structuré. Or, tel n'est pas le cas ni en matière civile, ni pour ce qui concerne la justice restaurative. Normalement, pour ce

²⁹⁵ En ce sens, v. R. LAURENT, *Alternatives aux poursuites et droit au juge*, sous la direction de Y. MAYAUD, Mémoire de Master 2 de Droit pénal et Sciences criminelles, Université Panthéon-Assas, 2011.

qui concerne la politique judiciaire, il appartient à l'Exécutif, et particulièrement au Garde des sceaux, de déterminer les lignes d'actions relatives à la politique judiciaire à mener. À cette fin, sont généralement édictées des circulaires ayant vocation à guider les magistrats dans la mise en œuvre des dispositions législatives et réglementaires. Cet outil permet d'homogénéiser les pratiques, afin d'éviter que des disparités trop importantes ne soient constatées dans la mise en œuvre d'une même disposition, voire même qu'elles ne soient pas du tout mises en œuvre à défaut de plus amples précisions. La médiation pénale telle qu'elle est prévue à l'article 41-1 du Code de procédure pénale ne connaît pas ce problème puisqu'elle a donné lieu à l'édition de quelques circulaires, fixant ainsi une orientation dans sa mise en œuvre. Mais la réciproque n'est pas vraie, ni pour la médiation judiciaire en matière civile et a fortiori en droit du travail, ni pour la justice restaurative.

Pour ce qui concerne la matière civile, en 2008 déjà, le Professeur J.-P. Tricoit relevait qu' « *en matière de médiation judiciaire, la détermination de la politique judiciaire est laissée à l'initiative personnelle de quelques magistrats inspirés* »²⁹⁶. C'est ainsi que les chambres sociales des cours d'appels de Grenoble ou bien de Paris ont beaucoup fait parler d'elles pour leur rôle actif dans le développement de la médiation judiciaire en droit du travail, alors que d'autres juridictions peuvent à l'inverse être qualifiées de « *passives* »²⁹⁷ en ce qu'elles ne procèdent à aucune sélection des dossiers, laissant aux parties le soin d'évaluer elles-mêmes leur besoin de médiation²⁹⁸. Il s'agit là d'une conséquence directe de l'absence d'objectifs donnés par les pouvoirs publics, de moyens pour les réaliser et d'évaluation de ses résultats. Ainsi, il apparaît que lors du débat organisé à l'Assemblée nationale le 16 décembre 2013, représentants de magistrats, avocats et parlementaires ont tous pointé le défaut de politique nationale sur la médiation comme cause principale de son absence de développement²⁹⁹. Tel est également le point de vue de Mesdames C. Arens et N. Fricero³⁰⁰. Il serait ainsi bienvenu que les pouvoirs publics « tirent du positif » des disparités qui ont

²⁹⁶ J.-P. TRICOIT, *La médiation dans les relations de travail*, Thèse rédigée sous la direction de A. MAZEAUD, *Bibliothèque de droit social*, Tome 48, pp. 333-334.

²⁹⁷ En ce sens, v. notamment J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, p. 336.

²⁹⁸ Tel était par exemple le cas à cette époque pour les cours d'appel d'Angers, ou de Rouen. Ce constat relativement ancien ne doit pas préjuger de ce qu'il en est à l'heure actuelle dans la mesure où les pratiques peuvent très vite évoluer au sein d'une juridiction, notamment en fonction des magistrats qui la composent.

²⁹⁹ En ce sens : F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

³⁰⁰ C. ARENS & N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avril 2015, n°115, p. 13 : « *Si ces rappels dans la loi de ce rôle du juge constituent un encouragement indéniable pour tous les acteurs judiciaires qui se sont investis depuis de nombreuses années dans cette voie, ils ne pourront se concrétiser par un développement significatif de la médiation et de la conciliation dans les juridictions que s'ils sont accompagnés concrètement d'une politique publique en la matière* ».

actuellement cours en capitalisant les acquis des expériences individuelles qui ont été menées sur l'ensemble du territoire en vue du développement de la médiation judiciaire. En effet, il apparaît que l'institutionnalisation d'un service de médiation dans les juridictions est souvent le gage d'un système qui fonctionne³⁰¹. Si cette pratique n'est pas encore généralisée, faire le bilan du fonctionnement des juridictions qui ont adopté ce système ne peut qu'être utile en vue de concrétiser les ambitions des pouvoirs publics. De même, elle pourrait épargner certains écueils aux juridictions qui souhaitent elles aussi s'impliquer dans le développement de cette mesure en fixant des lignes directrices – tant dans la sélection des dossiers que dans les modalités d'application du mécanisme – dont le succès a été avéré.

Il conviendrait également, à l'instar de ce que recommande le magistrat F. VERT, d'instituer un outil statistique informatisé dans les juridictions pour compter et évaluer les mesures de médiation³⁰². Cela faisait notamment partie des préconisations du rapport *Delmas-Goyon* qui proposait que soient mis en place des indicateurs statistiques spécifiques pour que le développement des modes amiables de règlement des litiges, et donc de la médiation judiciaire, puisse devenir un véritable « *objectif de performance qualitative assigné aux chefs de juridiction* »³⁰³. Car là encore, comme le relève le président du Tribunal de commerce de Paris, « *lorsque l'on ne compte pas, les choses ne se développent pas* »³⁰⁴. L'absence d'objectifs fixés par les pouvoirs publics conjuguée à l'absence de recensement des données relatives à la médiation freine son développement de manière indirecte. En effet, sans objectif à atteindre dans ce domaine, les chefs de juridictions peuvent être tentés de s'en tenir au strict minimum, voire à une stagnation de leurs pratiques de médiation judiciaire.

En matière pénale, le problème ne se pose pas pour la médiation telle qu'elle est régie par l'article 41-1 du Code de procédure pénale, mais pour la médiation telle qu'elle serait mise en œuvre dans le cadre des mesures de justice restaurative. Cependant, si l'absence de circulaire n'est pas moins gênante qu'en matière civile, elle semble encrée depuis moins longtemps. En effet, depuis sa consécration par la loi du 15 août 2014, la notion de justice restaurative a été à maintes reprises critiquée pour son absence de précision, et le flou ainsi

³⁰¹ V. expériences mises en œuvre au niveau de la Cour d'appel de Grenoble ou de Paris. V. en ce sens : F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ P. DELMAS-GOYON (dir.), Rapp. *Le juge du 21^{ème} siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, pp. 16-17.

³⁰⁴ Propos cités dans l'article suivant : F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

instauré par le législateur³⁰⁵. Ainsi, comme il l'a déjà été exposé, aucune indication n'est fournie par le texte sur la teneur ou les modalités de mise en œuvre des mesures de justice restaurative prévues par l'article 10-1 du Code de procédure pénale. F. Lauferon, président de l'Association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale (APCARS) a d'ailleurs récemment déclaré: « *Certains sont dans les startings-blocks, beaucoup attendent de l'information, de la formation* »³⁰⁶. Si la justice restaurative semble encore peu utilisée en France, les choses risquent de changer très prochainement. En effet, dans une note d'information du 8 avril 2015³⁰⁷, il a été annoncé qu'un travail était actuellement en cours au sein du Ministère de la Justice en vue d'élaborer une circulaire spécifique à la justice restaurative pour en préciser le contenu. Il est d'ailleurs précisé que cette notion ne constitue pour l'instant qu'une « *enveloppe juridique* » qui nécessite un travail de détermination de son contenu, notamment pour la distinguer de la mesure de réparation³⁰⁸.

Il est d'ailleurs surprenant que les choses évoluent si vite en matière pénale et pas en matière civile. On observe en effet, en matière civile, que le problème d'absence de politique nationale autour de la mise en œuvre de la médiation judiciaire n'est pas résolu alors que le procédé existe depuis maintenant 20 ans, alors qu'en matière pénale, une circulaire est en train d'être rédigée alors que le dispositif fêtera son premier anniversaire cette année.

B. L'existence de résistances propres au droit du travail

S'il est vrai que l'on constate un engouement certain autour du développement de la médiation judiciaire en matière civile, qui s'avèrerait particulièrement opportun en droit du travail, force est de constater qu'il n'est pas partagé par tous. En particulier, certains praticiens montrent de vives réticences envers l'utilisation de ce mécanisme pour résoudre les conflits individuels de travail. Si la médiation en matière pénale essuie nécessairement

³⁰⁵ En ce sens, v. notamment : G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97 ou M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal.*, n° 143, 23 mai 2015, p. 6.

³⁰⁶ Propos cités dans l'article suivant : C. FLEURIOT, « Vers plus de dialogue entre auteurs et victimes d'infractions », *D. Actualités* 25 novembre 2014.

³⁰⁷ Note d'information du 8 avril 2015 relative aux dispositions de la loi n° 2014-896 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, NOR : JUSF1509101N.

³⁰⁸ Note d'information du 8 avril 2015, *op. cit.*, p. 4.

quelques critiques³⁰⁹, les résistances exprimées ne font pas l'objet de « mobilisations » comme peut en connaître la médiation judiciaire en droit du travail. Il semble que les particularités du contentieux du travail fondent certaines des réticences.

Comme il l'a déjà été exposé, la médiation judiciaire pour les conflits individuels de travail est surtout mise en œuvre devant les cours d'appel. Son utilisation par les Conseils de prud'hommes, en revanche, si elle n'est pas inexistante, reste infime³¹⁰. Ce n'est pas là un hasard. En effet, les conseillers prud'hommes sont souvent réticents envers l'utilisation de la médiation judiciaire devant leur juridiction, semble-t-il à cause de la concurrence qu'elle fait à la conciliation qu'il leur incombe d'y mener. À titre d'illustration, P. Fosse, membre du Conseil Supérieur de la Prud'homie, et Président de l'Institut de Formation des Conseillers Prud'hommes, avait fait part de ses réticences lors des III^{ème} Assises internationales de la Médiation judiciaire qui se sont tenues du 4 au 7 juillet 2012, à Nice. Celui-ci avait alors déclaré : « *Nous utilisons la médiation et l'arbitrage dans le cas de conflits internes. Par contre, dans le domaine prud'homal, nous ne sommes pas favorables à la médiation telle qu'elle existe actuellement. Nous souhaitons non seulement le maintien mais également le développement de la conciliation. La conciliation a pour nous au moins deux avantages sur la médiation : elle est gratuite et pratiquée de façon paritaire. Elle préserve ainsi l'esprit de l'institution prud'homale. Nous ne pensons pas qu'elle puisse permettre de faire gagner du temps aux justiciables. De plus, les justiciables n'ont pas à payer pour compenser un désengagement de l'Etat. Une généralisation de la médiation risque d'entraîner une privatisation de la Justice et nous ne voulons pas de cette dérive* »³¹¹. Les propos recueillis dans le cadre du colloque du 13 février 2015 sur le thème de la conciliation et de la médiation en matière sociale vont dans le même sens. Les Président et Vice-Président du Conseil de prud'hommes de Toulouse, B. Cazalbou et J. Mader, amenés à s'expliquer sur les difficultés rencontrés lors de la mise en œuvre de la conciliation devant leur juridiction, ont également manifesté leurs réticences face au coût que représente une mesure de médiation quand la

³⁰⁹ V. notamment : E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

³¹⁰ En ce sens : J.-P. TRICOIT, *La médiation dans les relations de travail*, Thèse rédigée sous la direction de A. MAZEAUD, Bibliothèque de droit social, Tome 48, pp. 336 ; N. CAMART, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, sous la direction de A. ARSEGUEL, Thèse imprimée, Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 558.

³¹¹ Propos retranscrits dans l'article suivant : D. GANTELME, « III^{ème} Assises internationales de la Médiation Judiciaire », *Les annonces de la Seine*, n° 49, 30 juillet 2012.

justice sociale, elle, est gratuite³¹². Finalement, comme le relevaient les rapports *Marshall*³¹³ et *Lacabarats*³¹⁴, les conseillers prud'hommes manifestent des réticences envers la médiation, semble-t-il en partie à cause de leur attachement à la phase de conciliation dont ils ne veulent pas se voir dépossédés.

S'il a déjà été indiqué que les avocats s'impliquent de plus en plus dans le développement de la médiation judiciaire en matière civile, il apparaît toutefois que certains membres de la profession ont pu manifester leurs réticences envers l'utilisation de ce procédé. Ainsi, un communiqué du Syndicat des avocats de France en date du 16 décembre 2011, sous l'intitulé général « *non à la médiation comme alternative au juge prud'homal* », avançait dans ses développements que : « *La médiation, processus utile en matière de conflits collectifs, ne saurait avoir pour objet de substituer une forme de justice privée à la justice prud'homale, d'ordre public* ». Bien que cet obstacle soit toujours présent, il semble toutefois en train de s'atténuer comme en attestent les différentes mobilisations de la professions qui ont été évoquées dans les précédents développements.

En matière pénale, l'on ne constate pas de tels mouvements de résistance au développement de la médiation ou à sa mise en œuvre. Il est vrai qu'au vu des fondements de ces contentieux, la médiation ne paraît pas « innée ». Mais il faut bien noter qu'elle apparaît tout de même plus conforme à l'esprit du droit du travail, qui s'inscrit dans la matière civile, qu'à l'esprit du droit pénal. Pourtant, le mécanisme y suscite moins de réticences. Comment le justifier alors que les garanties y sont moindres pour les deux parties ? À notre sens, il semble qu'aucune raison ne justifie la prépondérance de ces résistances en droit du travail. Outre son coût, dont on peut comprendre qu'il suscite des réticences, les autres arguments avancés ne semblent pas suffisants à justifier qu'il soit aussi difficile de développer concrètement ce mécanisme pour les relations de travail. L'argument tenant à la parité du

³¹² Du moins, en théorie, puisque les parties sont représentées en très grande majorité, ce qui induit des frais d'avocats qui peuvent parfois s'avérer conséquents, et bien plus qu'une mesure de médiation.

³¹³ D. MARSHALL (dir.), Rapp. *Les juridictions du XXI^e siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, 2013, p.47 : Les constats partagés par les membres du CSP confirment ce qui a été indiqué dans la mesure où il est noté « *une réticence envers la médiation : les CPH ont pour mission de concilier gratuitement les parties, pourquoi aller chercher ailleurs un tiers dont il faudra assurer la rémunération ?* ».

³¹⁴ A. LACABARATS (dir.), Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, 2014, p. 14 qui évoque « *la réticence, sinon l'hostilité* » des conseillers prud'hommes à l'égard de la médiation.

bureau de conciliation n'est pas plus opérant que celui tenant à l'ordre public, étant donné que la mise en œuvre de la médiation ne saurait contrevenir ni à l'un³¹⁵, ni à l'autre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

Bien que l'évaluation de l'intérêt de la médiation ne donne pas les mêmes résultats en droit du travail ou en droit pénal, force est de constater qu'il existe un réel engouement autour de la promotion de ce mécanisme. En droit du travail, cette dynamique, qui infiltre l'ensemble de la matière civile depuis de nombreuses années, a des allures protéiformes, de l'édiction de lois ou de règlement, jusqu'aux initiatives plus ciblées de certaines chambres sociales. Les acteurs du monde judiciaire sont ainsi de plus en plus nombreux à prendre conscience des bienfaits que peut avoir la médiation à l'égard du fonctionnement de la justice. Cette considération est d'autant moins négligeable lorsque l'on garde à l'esprit l'encombrement des juridictions prud'homales qui peinent de plus en plus à apporter une solution aux justiciables dans un délai raisonnable, et dont l'efficacité de la phase de conciliation est contestée et contestable. Pour ce qui est du droit pénal, cet engouement est plus récent mais non moins révélateur d'un besoin qui semble finalement toucher la matière civile comme la matière pénale. Ainsi, l'introduction de la justice restaurative au même rang que l'action publique et l'action civile promet de donner un nouveau souffle à la notion de médiation en matière pénale. Elle nous conduit même à nous interroger sur la possibilité d'un modèle de médiation commun au droit pénal et au droit du travail.

Si ces éléments devraient, en toute logique, avoir pour conséquence directe le développement de la médiation en ces matières, tel n'est pourtant pas encore le cas. Une explication à ce phénomène semblait pouvoir être justifiée par la composante d'ordre public qui trouve une consistance particulière en droit pénal comme en droit du travail. Or, s'il est clair qu'elle vient limiter l'expression du consensualisme à l'occasion, et à l'issue de la médiation, il ne semble pas qu'elle soit suffisante à justifier l'absence de concrétisation de cette dynamique. Bien au contraire, à notre sens, les réels obstacles à son efficacité se trouvent dans la pratique. D'une part, de par l'absence de lignes directrices venant à l'appui de cette politique en faveur du développement de la médiation. Cependant, si les deux matières rencontrent ce même problème, il faut bien reconnaître que le droit du travail le connaît depuis une dizaine d'années sans réaction notoire, tandis que le droit pénal y est

³¹⁵ Le médiateur doit présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité.

confronté depuis seulement un an et s'apprête à y remédier. D'autre part, il s'avère que le droit du travail se heurte à des résistances qui n'existent pas en droit pénal. Ainsi, il est le lieu de l'expression de résistances révélant le réel paradoxe de la médiation judiciaire en droit du travail. Bien qu'elle y serait parfaitement utile, certaines hostilités à son égard demeurent, l'empêchant de déployer pleinement ses effets. Pour y remédier, il pourrait être opportun d'associer plus étroitement les avocats et les conseillers prud'hommes à la promotion de la médiation afin qu'ils puissent se sentir acteurs de ce changement, sans avoir l'impression qu'il leur est imposé sans autre forme de ménagement. Tenter d'éviter qu'ils ne le vivent comme une atteinte à leurs fonctions originelles doit ainsi être évité, même si le contexte actuel de la Justice les pousse à évoluer.

CONCLUSION GENERALE

Pour l'essentiel, l'objectif du présent travail de recherche était de vérifier l'incidence d'un ensemble de points de convergences entre le droit du travail et le droit pénal sur le mécanisme de médiation judiciaire. Le rapprochement des procédures civile et pénale, la composante d'ordre public imprégnant ces matières, ou encore, plus spécifiquement, les évolutions similaires y touchant la médiation, sont-elles le symptôme de la proximité de ces deux mécanismes ? Telle était, succinctement résumée, notre problématique de départ.

Au terme de nos recherches, à la question « médiation judiciaire en droit du travail et en droit pénal, convergences ou divergences ? », nous répondrons sans aucun doute : convergences *et* divergences.

Qu'elle soit appréhendée par le droit du travail ou par le droit pénal, la médiation judiciaire y désigne des *notions quasi-identiques* tendant à satisfaire les mêmes objectifs, et dont le succès est porteur des mêmes avantages. Ainsi, que la médiation soit mise en œuvre suite à un conflit né du contrat de travail ou bien d'une infraction, elle tend indistinctement à la recherche d'une solution négociée entre parties privées, avec l'aide d'un tiers médiateur ; Le tout selon des processus parfaitement similaires, tant du point de vue du rôle tenu par ses acteurs que de celui des garanties dont elle suppose l'effectivité. En toute hypothèse, il apparaît ainsi que sa réussite se pose en véritable vecteur de paix sociale à même d'optimiser le fonctionnement du système judiciaire.

Pour autant, parce que la médiation ne se voit pas attribuée la même nature selon qu'il soit question de droit du travail ou de droit pénal, sa mise en œuvre constituera le point de paroxysme des différenciations observées. En effet, si elle est un *mode alternatif de règlement des conflits* en droit du travail, elle est désignée par les textes de droit pénal comme une *alternative aux poursuites*. Sa mise en œuvre ne dépend donc pas des mêmes acteurs dans une matière ou dans l'autre. Ni le recours à la médiation, ni l'issue du processus n'obéissent aux mêmes règles. Nous nous attendions à ce que l'ordre public apparaisse en filigrane de notre étude. Si celui-ci trouve surtout à s'exprimer lors de la conclusion de l'accord de médiation en droit du travail, en matière pénale il innerve toute la mise en œuvre du mécanisme. Puisque la médiation judiciaire y est une alternative aux poursuites, elle est aux mains du procureur de la République dont le rôle est la protection de la société. Cette confrontation constante entre le

souci de sauvegarde de l'intérêt général et celui de l'expression d'intérêts particuliers dans le cadre de la médiation justifie d'ailleurs l'essentiel des divergences observées. Ainsi, si l'ordre public est présent dans les deux matières, il se fait nettement plus contraignant en droit pénal qu'il ne l'est en droit du travail.

L'approche comparée a également révélé que si ces deux formes de médiation judiciaire présentent les mêmes avantages, les inconvénients sont bien supérieurs en droit pénal. Ainsi, outre les incertitudes quant au succès de la mesure qui visent n'importe quel type de médiation, la médiation pénale présente notamment des risques d'atteinte au principe d'égalité entre les justiciables, ainsi qu'à la présomption d'innocence.

Or, en dépit de ces constatations, le droit pénal, tout autant que le droit du travail, connaît un engouement en faveur du développement de la médiation. Il semble en effet que les pouvoirs publics, que ce soit par la promotion du mécanisme tel qu'il existe aujourd'hui en droit du travail, ou bien par la création de la justice restaurative en droit pénal, entendent lui donner plus de place. L'étude de ce mouvement a d'ailleurs mis en lumière que la médiation telle qu'elle est envisagée au sein de la justice restaurative se rapproche de la médiation judiciaire telle qu'elle est mise en œuvre en matière civile en général, et en droit du travail en particulier. En cela, elle laisse peut-être entrevoir les prémices d'un modèle commun de médiation, partagé à la fois par le droit civil et par le droit pénal.

Ce qui semble clair en revanche, c'est que l'ordre public n'est pas suffisant à justifier l'ineffectivité du développement de la médiation judiciaire à l'heure actuelle. En effet, il semble au contraire que ses justifications se nichent dans des considérations pratiques, plus qu'au sein de préoccupations strictement juridiques. Ainsi, l'existence d'une politique judiciaire nationale de la médiation judiciaire semble selon nous indispensable à la concrétisation de cette dynamique. Mais, au-delà de cette constatation, cette étude aura également montré qu'une analyse approfondie des résistances s'impose en droit du travail. En effet, alors que ses inconvénients sont bien moindres par rapport à ceux touchant la médiation pénale, elle y suscite des réticences bien supérieures. En cela, le projet de recherche sur « Les freins et résistances au développement de la médiation » porté par les Professeurs Lise Casaux-Labrunée et Marie-Claire Belleau paraît particulièrement opportun en ce qu'il est susceptible d'apporter des réponses à cette apparente incohérence ; Ouvrant ainsi la possibilité de voir la médiation judiciaire se développer à la hauteur de ce à quoi elle peut prétendre pour les conflits nés du contrat de travail.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

TRAITES ET MANUELS

- BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrétien, coll. *DOMAT – LMD*, 2011.
- BOULOC (B.), *Procédure pénale*, 23^e éd., Paris : Dalloz, coll. *Précis – Droit privé*, 2012.
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, 2^e éd., Paris : Montchrétien, coll. *DOMAT – Droit privé*, 2012.
- PESKINE (E) & WOLMARK (C), *Droit du travail*, 8^e éd., Paris : Dalloz, coll. *Hypercours – Cours et travaux dirigés*, 2014.
- PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Cujas, 14^e éd. 2008.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES ET REPERTOIRES

- CARIO (R.), *Justice restaurative*, Rép. dr. pén., Octobre 2014.
- GUINCHARD (S.), & DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd. 2015-2016, p. 685.
- HAUSER (J.) & LEMOULAND (J.-J.), *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. dr. civ., Avril 2015.
- PERRIER (J.-B.), *Médiation pénale*, Rép. dr. pén., Octobre 2014.
- REY (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, 4^e éd.

OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MEMOIRES

- CAMART (N.), *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse sous la direction de A. ARSEQUEL, Université Toulouse 1 Capitole, 2007.
- FRICERO (N.) (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, coll. *Guides Dalloz*, 2014/2015.
- GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaire*, L'Harmattan, 2012.
- GROU-RADENEZ (F.), *La médiation pénale, une source d'humanisation de la justice*, Paris : Buenos Books International, coll. *Humanitas*, 1^{ère} éd. 2010.
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, P.U.F., coll. « *Que sais-je ?* », 7^e éd., 2015.
- JACCOUD (M.) (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2003.
- LAURENT (R.), *Alternatives aux poursuites et droit au juge*, sous la direction de Y. MAYAUD, Mémoire de Master 2 Recherche Droit pénal et Sciences pénales, Université Panthéon-Assas, 2011.
- E. MAUREL, *Paroles de procureur*, Gallimard, Paris, 2008.
- MBANZOULOU (P.), *La médiation pénale*, L'Harmattan, coll. *Sciences criminelles*, 2012.
- PERRIER (J.-B.), *La transaction en matière pénale*, Thèse sous la direction de SOYER (J.-C.) & DECOCQ (A.), *Bibliothèque des Sciences criminelles*, Tome 61, 2014.
- TOURNEPICHE (A.-M.) & MARGUENAUD (J.-P.), *La médiation, aspects transversaux*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2010.

TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, Thèse sous la direction de MAZEAUD (A.), *Bibliothèque de Droit social*, Tome 48, 2008.

ARTICLES, CHRONIQUES

ARENS (C.) & FRICERO (N.), « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n°115, 25 avril 2015, p. 13.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, 46 s.

BARTHELEMY (J.), « Faut-il renforcer les modes alternatifs de résolution des litiges entre employeurs et salariés ? », *RDT* 2010, p. 205.

BEAUSSONIE (G.), « Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC* 2014, p. 809.

BENYEKHELF (K.), CALLIPEL (V.) & AMAR (E.), « La médiation en ligne pour les conflits de basse intensité », *Gaz. Pal.*, n°87, 28 mars 2015, p. 17.

BLERY (C.) & TBOUL (J.-P.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *Gaz. Pal.*, n°108, 18 avril 2015, p. 7.

BLOHORN-BRENNEUR (B.) :

- « La pratique grenobloise », *SSL*, numéro spécial : De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire, n° 1100, 2 déc. 2002, pp. 51-55.
- « La médiation prud'homale », *Dr. soc.* 2009, p. 1227.

BOULMIER (D.) :

- « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? », *Petites affiches*, n° 170, 26 août 2002, p. 53.
- « Contentieux individuels du travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !) », *Dr. soc.* 2012, p. 121.

BUSSY (F.), « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, p. 39.

CARIO (R.) :

- « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal* 2007, p. 373.
- « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.* 2013, p. 1077.
- « Justice restaurative : principes et promesses », *Les cahiers dynamiques*, 2014/1, n°59, pp. 24-31.

CARVAJAL SANCHEZ (F.), « La justice réparatrice, la médiation pénale et leur implantation comme cas particuliers de transactions sociales », *Pensée plurielle*, 2009/1, n°20, pp.51-61.

CHOLET (D.), « La médiation judiciaire en procédure civile », *Gaz. Pal.*, n°358, 24 décembre 2013, p. 12.

CHISS (R.), « Les accords d'extinction du procès, point de vue », *JCP S*, n°18-19, 6 mai 2014, 1192.

CREUX-THOMAS (F.), « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *JCP G*, n°51, 14 décembre 2009, 558.

DANET (J.), « Bref commentaire de l'annuaire statistique 2009-2010 en matière pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 122.

DASSA-LE DEIST (D.), « La consécration d'une justice restaurative, une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? », *Gaz. Pal.*, n°294, 21 octobre 2014, p. 5.

DE BELVAL (B.) :

- « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.*, n°129, 8 mai 2012, p. 11.
- « Retour sur le développement de la médiation par rapport à la justice traditionnelle », *Gaz. Pal.*, n°311, 6 novembre 2012, p. 14.

DEHARO (G.) :

- « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *Petites affiches*, n°31, 13 février 2012, p. 3.
- « Médiation, une justice équitable et durable ? », *Gaz. Pal.*, n°234, 22 août 2006, p. 2.

DELMAS-MARTY (M.), « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres », *RSC* 1994, p. 150.

DEROUVROY (K.), « La médiation entre par la fenêtre », *Dr. ouv.* Mai 2002, p. 197.

DESDEVISES (M.-C.), « Réparer ou punir : la médiation pénale », *Petites affiches*, n°102, 25 août 1997, p. 3.

DION (N.), « L'esprit de la médiation », *Gaz. Pal.*, n°358, 24 décembre 2013, p. 5.

DREYER (E.), « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, n°14, 2 avril 2008, I 131.

FAGET (J.), « Les « accommodements raisonnables » de la médiation pénale », *RSC* 2009, p. 981.

FLAMENT (L.), « La médiation en matière prud'homale », *JCP S*, n°35, 31 août 2010, 1326.

FLEURIOT (C.), « Vers plus de dialogue entre auteurs et victimes d'infractions », *D. actualité*, 25 novembre 2014.

FOULON (S.), « La justice du travail asphyxiée », *Liaisons sociales Magazine*, n° 133.

GABORIAU (S.), « Déjudiciarisation et administration de la justice ; Promouvoir la « juridiversité » », *Petites affiches*, n°119, 14 juin 2012, p. 3.

GANTELME (D.), « IIIème Assises internationales de la Médiation Judiciaire », *Les annonces de la Seine*, n° 49, 30 juillet 2012.

GAURIAU (B.), « Les accords d'extinction du procès », *JCP S*, n°18-19, 6 mai 2014, 1191.

GAUTRON (V.) & RETIERE (J.-N.), « Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? », Présentation du dossier, *Droit et société*, 2014/3, n°88, p. 579-590

GIUDICELLI (A.), « Le principe de la légalité en droit pénal français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

GORCHS (B.), « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

GRUNVALD (S.), « La diversification de la réponse pénale : approche du point de vue des victimes », *Droit et société*, 2014/3, n°88, pp. 649-664.

GUILLAUME-HOFNUNG (M.), « La médiation : des textes à la pratique – Propos conclusifs », *Gaz. Pal.*, n°358, 24 décembre 2013, p. 44.

GUINCHARD (E.), « La médiation, contrainte à la réussite ? Brèves remarques à l'occasion de la transposition de la Directive Médiation en Europe », *RTD Eur.* 2012, p. 689.

GUZNICZAK (B.), « Plaidoyer pour une justice restaurative », *Les cahiers dynamiques*, 2014/1, n°59, pp. 4-5.

HENRIOT (P.), « La médiation n'est pas adaptée au litige prud'homal », *SSL* 2012, 1539.

HAMMELRATH (C.), « La médiation en droit du travail : une solution durable », *JSL* 2011, 302.

HOLLEAUX (B.) :

- « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge (Première partie) », *SSL* 2012, 1538.
- « Médiation prud'homale : pratique suivie à la Cour d'appel de Paris (Deuxième partie) », *SSL* 2012, 1539.

JACCOUD (M.), « Peuples autochtones et pratiques d'accommodements en matière de justice pénale au Canada et au Québec », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n°36, pp. 227-239.

JAUDEL (M.), « Ethique et loyauté au service des modes amiables : l'avocat vigie de ces principes au service d'une justice apaisée », *Gaz. Pal.*, n°90, 31 mars 2015, p. 45.

JEAN (J.-P.), « La justice pénale en Europe dans le rapport de la CEPEJ », *AJ Pénal* 2015, p. 76.

JOSEPH-RATINEAU (Y.) :

- « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.* 2008, p. 1035.
- « La privatisation de la répression pénale », *RSC* 2014, p. 883.

JUNOD-FANGET (L.), « L'avocat, acteur privilégié des modes amiables », *Gaz. Pal.*, n°90, 31 mars 2015, p. 46.

KRIEF (B.), « Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux Etats-Unis », *JCP S*, n° 15, 9 avril 2013, 1157.

LACABARATS (A.), « Les juridictions du travail », *Gaz. Pal.*, n°357, 23 décembre 2014, p. 17.

LAMEYRE (X.), « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », *Petites affiches*, n°138, 13 juillet 2005, p. 17.

LASSNER (M.), « Quel médiateur pour quelle médiation ? », *Gaz. Pal.*, n°94, 4 avril 2015, p. 15.

LAZERGES (C.), « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 186.

LEBEHOT (T.), « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 216.

LEBLOIS-HAPPE (J.), « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525.

LENOIR (A.) & GAUTRON (V.), « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société*, 2014/3, n°88, pp. 591-606.

L'HOURS (D.), « Le secteur associatif : un acteur incontournable mais méconnu des mutations judiciaires », *AJ Pénal* 2011, p. 228.

LUDWICZAK (F.), « La qualification de transaction appliquée à l'accord de médiation pénale : entre consécration et imperfections », *Petites affiches*, n°193, 26 septembre 2013, p. 12.

MAUREL (E.), « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ Pénal* 2011, p. 219.

MEDJAOUI (K.), « L'injonction pénale et la médiation pénale », *RSC* 1996, p. 823.

MILBURN (P.), « Evolution de la place de la médiation dans la justice française », *Négociations*, 2009/2, n°12, p. 147-153.

MOYERSON (J.), « Chronique d'une justice restaurative au-delà des frontières », *Les Cahiers Dynamiques*, 2014/1, n° 59, pp. 96-103.

NORD-WAGNER (M.), « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal.*, n° 143, 23 mai 2015, p. 6.

OLLARD (R.), « La médiation pénale, entre droit pénal et droit civil », *Lexbase Hebdo édition privée*, n°527, 16 mai 2013.

PARIGUET (M.), « Une autre rationalité pénale », *RSC* 2014, p. 543.

PARRAS (L.), « Les inconvénients de la transaction en matière prud'homale sous trois angles », *JSL* 2013, 350.

PERRIER (J.-B.), « Le caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale », *D.* 2013, p. 1663.

PEULVE (C.), « Médiation et conciliation. Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n°179, 28 juin 2011, p. 17.

PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245.

POKORA (S.), « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.

PLUYETTE (G.), « *La médiation judiciaire*, discours à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Paris », *Gaz. Pal.*, 9 juin 1998, pp. 702-705.

PUYLAGARDE (M.), « En questions : La médiation en droit du travail dans le projet de loi Macron », *JCP S*, n°13, 31 mars 2015, act. 143.

RABUT-BONALDI (G.), « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

RADE (C.) :

- « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 931.
- « Ordre public social, transaction et médiation », *SSL* 2002, numéro spécial : De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire, n° 1100.

ROLLAND (Y.), « Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité », *Dr. soc.* 2013, p. 618.

RONGEAT-ODUN (F.), « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *JCP G*, n°7, 13 février 2012, 157.

ROTHMAYR ALLISON (C.), « Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux », Présentation du dossier, *Droit et société*, 2013/2, n°84, p. 275-289.

ROUCOUX (D.), « Réflexions sur le rôle du juge », *Petites affiches*, n°92, 7 mai 2008, p. 5.

P. SARGOS, « L'accord de médiation », *SSL* numéro spécial : De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire, n° 1100, 2 décembre 2002, p. 55.

SAYOUS (B.), « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ Pénal* 2014, p. 461.

SCHENIQUE (L.), « De la confidentialité de la médiation », *Petites affiches*, n°121, 18 juin 2014, p. 6.

TIMSIT (J.), « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n°319, 15 novembre 2001, p. 53.

VAN DE KERCHOVE (M.), « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société*, 2013/2, n°84, pp. 411-432.

VERGES (E.), « Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *RSC* 2013, p. 121.

VERT (F.) :

- « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, n°31, 31 janvier 2015, p. 8.
- « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2014, p. 9.

VOISIN (S.), « La médiation pénale est-elle juste ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, p.49.

(X.), « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *SSL* 2013, 1575.

RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

BRUNIN (L.), *Les chiffres de la justice française à l'aune des critères européens d'efficacité*, Infostat Justice, n° 131, Octobre 2014.

CEPEJ, *Scheme for evaluating judicial systems 2013*, 2014.

CEPEJ, *Rapp. sur les « systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : efficacité et qualité de la justice*, 2014.

CRETIN (L.), *L'opinion des français sur la justice*, Infostat Justice, n°125, Janvier 2014.

DELMAS-GOYON (P.), *Rapp. Le juge du 21^{ème} siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013.

GUINCHARD (S.) (dir.), COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX, *Rapp. L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008.

INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *Rapp. Le développement des modes amiables de règlement des différends*, n°22-15, Avril 2015.

L'HUILLIER (J.), *La qualité de la médiation pénale en Europe*, *Rapp. remis à la CEPEJ*, 2007.

MAGENDIE (J.-C.), *Rapp. Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie*, 2008.

MAGENDIE (J.-C.), *Rapp. Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, 24 mai 2008.

MARSHALL (D.), *Rapp. Les juridictions du XXI^e siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, 2013.

NADAL (J.-L.), Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, Novembre 2013.

CAMUS (B.) (dir.), MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice 2014*.

LACABARATS (A.), *Rapp. L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Juillet 2014.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DELINQUANCE ET DES REPONSES PENALES, *Rapp. annuel sur la criminalité en France, L'activité judiciaire pénale en 2013*, 2014.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	2
Partie 1 : Le cadre juridique de la médiation en droit du travail et en droit pénal.....	11
Chapitre 1 : La notion de médiation saisie par le droit du travail et par le droit pénal	11
Section 1 Les définitions de la médiation	11
I. De multiples définitions	12
A. En droit du travail	12
B. En droit pénal.....	14
II. Des définitions proches.....	16
A. Quant à la démarche de médiation	16
B. Quant aux acteurs de la médiation.....	20
Section 2 La distinction face à des notions voisines	22
I. La possibilité de confusions.....	22
A. La médiation judiciaire au sein des MARC en droit du travail	22
B. La médiation pénale au sein des alternatives aux poursuites	25
II. L'inégale difficulté de la distinction.....	27
A. Une distinction parfois malaisée en droit du travail	28
B. Une distinction facilitée en matière pénale.....	30
Conclusion du chapitre 1	31
Chapitre 2 : Le régime juridique de la médiation en droit du travail et en droit pénal	32
Section 1 La mise en œuvre de la médiation.....	32
I. Le recours à la médiation au comble des différenciations	32
A. Les conditions du recours	32
1. Condition relative au stade du recours	33
2. Condition relative au domaine d'application	34
B. L'initiative et la décision du recours	37
1. L'initiative du recours	37
2. La décision du recours.....	39
II. Le processus de médiation, siège de nombreuses similitudes	41
A. Le rôle des acteurs de la médiation	41
1. Le rôle du médiateur.....	41
2. Le rôle des parties.....	43
B. Les garanties de la médiation	44
1. La suspension de la prescription	44
2. Les qualités attendues du médiateur.....	45
3. La confidentialité du processus	47

Section 2 L'issue de la médiation	49
I. Les conséquences distinctes de la médiation sur le cours de la procédure	50
A. Les issues de la médiation judiciaire en droit du travail.....	50
1. Absence d'accord	50
2. Réussite de la mesure	51
B. Les issues de la médiation pénale.....	52
1. Echec de la médiation pénale	52
2. Réussite de la médiation pénale	54
II. La nature discutée de l'accord de médiation	56
A. Les multiples qualifications de l'accord de médiation	56
B. La qualification de l'accord de médiation pénale.....	57
Conclusion du chapitre 2	59
Partie 2 : L'intérêt de la médiation pour le droit du travail et le droit penal.....	61
Chapitre 1 : Evaluation de l'intérêt de la médiation	61
Section 1 Les avantages de la médiation.....	61
I. Un vecteur de pacification	61
A. La prise en compte globale du conflit	62
B. L'élaboration de solutions « sur-mesure »	65
II. Une plus-value pour le système judiciaire.....	67
A. Une alternative efficace	68
1. La résolution simplifiée du conflit	68
2. La résolution accélérée du conflit.....	69
B. Un palliatif à l'encombrement juridictionnel ?.....	70
Section 2 Les inconvénients de la médiation	72
I. Un succès incertain	73
A. Un retour à la situation antérieure	73
B. Une possible exacerbation du conflit.....	75
II. Un mécanisme préjudiciable ?	77
A. Un risque à relativiser pour les conflits individuels de travail	78
B. Un risque avéré pour les conflits résultant d'une infraction.....	80
Conclusion du chapitre 1	83
Chapitre 2 : Appréciation de la possibilité du développement de la mediation.....	84
Section 1 L'existence d'une dynamique commune.....	84
I. La promotion de la médiation en droit du travail.....	84
A. Un engouement infiltrant l'ensemble de la matière civile.....	84
1. Impulsions d'origine européenne	85

a) Dans le système du Conseil de l'Europe	85
b) Dans le système de l'Union européenne	86
2. Impulsions d'origine interne	87
a) Le dynamisme des pouvoirs publics.....	88
b) La production de rapports.....	89
c) La mobilisation des professions judiciaires	89
d) La mobilisation de certaines juridictions.....	90
B. Un engouement opportun au vu de la crise de la Justice du travail.....	91
II. La question renouvelée de la médiation en droit pénal	94
A. La consécration de la notion de justice restaurative	95
B. Les incertitudes de la mise en œuvre de la justice restaurative	98
Section 2 Les obstacles au développement	100
I. L'ordre public, limite à l'expression du consensualisme.....	100
A. Le souci de matières innervées par l'ordre public.....	101
B. L'obstacle déclinant de l'ordre public processuel	103
II. L'essor de la médiation freiné par des considérations pratiques	106
A. Une carence de lignes directrices dans la mise en œuvre de la médiation	106
B. L'existence de résistances propres au droit du travail	109
Conclusion du chapitre 2	112
Conclusion générale.....	114