

Le médiateur institué par l'employeur

Jean-Philippe Dunand*

Avocat, docteur en droit, professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

Introduction

I. L'obligation de l'employeur de prévenir et de mettre fin aux conflits sur le lieu de travail

- A. *La responsabilité de l'employeur*
- B. *Les mesures à prendre par l'employeur*

II. La création d'une instance de médiation par l'employeur

- A. *Le statut juridique du médiateur*
 - 1. Le contrat entre l'employeur et le médiateur
 - a) contrat de travail
 - b) contrat de mandat
 - c) contrat de travail sui generis : le cas du « travailleur libre »
 - 2. Le contrat entre le médiateur et les personnes en conflit
- B. *La garantie de l'indépendance et de la confidentialité de l'activité du médiateur*
 - 1. L'indépendance du médiateur institué par l'employeur
 - 2. La confidentialité de l'activité du médiateur

Conclusion

* L'auteur remercie pour leurs remarques critiques, Madame Isabelle Bieri, magistrate et médiatrice, Monsieur Luc Wenger, médiateur, ainsi que Monsieur Samuel Monbaron, doctorant FNRS, Université de Neuchâtel.

Introduction

1. La protection de la personnalité des travailleurs tend à devenir l'un des points de référence majeurs du droit du travail. Cela implique une évolution notable de la conception du rôle de l'employeur dans l'organisation de l'entreprise, ainsi que dans la prévention et la gestion des conflits.
2. Dans un premier temps, nous examinerons la nature de l'obligation de l'employeur de prévenir et de mettre fin aux conflits sur le lieu de travail. Nous verrons que la médiation peut être un instrument utile (**chapitre I**). Dans un second temps, nous étudierons quelques modalités de la création d'une instance de médiation par l'employeur hors conflit judiciaire (**chapitre 2**).

I. L'obligation de l'employeur de prévenir et de mettre fin aux conflits sur le lieu de travail

3. La possibilité de travailler dans un environnement favorable dans lequel les conflits importants sont évités ou rapidement réglés est considérée désormais comme un élément de protection de la personnalité des travailleurs, à charge de l'employeur. Après avoir rappelé les normes qui fondent la responsabilité de l'employeur (**section A**), nous examinerons quelques jurisprudences récentes qui imposent à celui-ci des obligations toujours plus précises et étendues en la matière (**section B**).

A. La responsabilité de l'employeur

4. L'employeur doit protéger et respecter, dans les relations de travail, la personnalité de ses travailleurs (article 328 al. 1 du code suisse des obligations ; ci-après : CO). Il doit également protéger leur vie, leur santé et leur intégrité personnelle (art. 328 al. 2 CO et art. 6 de la loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964).
5. La personnalité recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives et sociales, liées à la personne humaine¹. Sa protection implique aussi bien un devoir d'abstention qu'une obligation positive à charge de l'employeur. La jurisprudence² et la doctrine³ considèrent, en effet, que celui-ci a non seulement l'obligation de s'abstenir directement de toute atteinte à la personnalité, mais qu'il a aussi l'obligation positive d'entreprendre tout ce qui est nécessaire pour

¹ Cf. Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, N 1 ad art. 328 CO, p. 140, ainsi que Kurt Pärli, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in : ARV/DTA 4/2005, p. 227.

² Cf. ATF 125 III 70, c. 3 et arrêt du TF du 18 décembre 2001, cause 4C.253/2001, in ARV/DTA 1/2002, pp. 17s, 18.

³ Cf. Gabriel Aubert, in Commentaire romand, Code des obligations I, Genève-Bâle-Munich 2003, N 2 ad art. 328 CO, p. 1728 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 1), N 1 ad art. 328 CO, p. 140 ; Wolfgang Portmann, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, N 597, p. 134 et Rémy Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 220.

empêcher que le travailleur ne subisse une telle atteinte. Cela nécessite notamment d'organiser le travail en conséquence, de définir les responsabilités et les tâches, de donner les instructions nécessaires et de vérifier qu'elles soient respectées.

6. Il est important de souligner que l'employeur ne répond en principe pas seulement de ses propres actes, mais aussi de ceux de ses auxiliaires, c'est-à-dire principalement de ses collaborateurs, voire de tiers extérieurs à l'entreprise, quand il leur a délégué des tâches (cf. art. 55 et 101 CO)⁴. En outre, lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 du code civil)⁵.

B. Les mesures à prendre par l'employeur

7. L'article 328 CO prescrit de manière générale l'obligation de protéger la personnalité du travailleur, sans en préciser toutefois les modalités. Il s'agit d'une norme « ouverte », destinée à être concrétisée par la jurisprudence⁶.
8. De nombreuses décisions judiciaires ont été rendues ces dernières années qui précisent les devoirs de l'employeur.
9. Quand il apprend l'existence d'un conflit au sein de l'entreprise, notamment sous la forme de l'atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses employés, l'employeur doit agir rapidement. Il lui incombe de faire établir les faits, de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'atteinte et de contrôler par la suite que de nouvelles altercations ne se reproduisent plus⁷. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, lorsqu'un travailleur demande sa protection, l'employeur ne peut rester passif et se contenter d'exiger que les travailleurs s'entendent sous menace de licenciement⁸. Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a précisé que l'employeur doit, au contraire, prendre toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit⁹.
10. La procédure mise en place doit être organisée de manière impartiale et équitable, et permettre aux divers protagonistes du conflit d'être entendus. Ainsi, l'employeur ne saurait confier à une personne mise en cause le soin d'effectuer elle-même une enquête¹⁰. De même, il n'est pas adéquat de convoquer un colloque réunissant les employés d'un service lorsque la personne suspectée de

⁴ Cf. ATF 125 III 70, c. 3. Sur la responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires, cf. Jean-Philippe Dunand, L'usage de l'Internet sur le lieu de travail au vu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: Internet au lieu de travail, Lausanne 2004, pp. 28-30 et Karine Lempen, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Genève-Zurich-Bâle 2006, pp. 250-256.

⁵ Cf. ATF 128 III 76, c. 1b.

⁶ Cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 1), N 1 ad art. 328 CO, pp. 140s.

⁷ Cf. Aubert (note 3), N 6 ad art. 328 CO, p. 1729 et Wyler (note 3), pp. 238s.

⁸ Cf. arrêt du TF du 18 décembre 2001, cause 4C.253/2001, c. 3, in ARV/DTA 1/2002, p. 18.

⁹ Cf. arrêt du TF du 23 septembre 2003, cause 4C.189/2003, c. 5.1.

¹⁰ Cf. ATF 126 III 395, c. 7c.

mauvais caractère, voire de harcèlement, ne peut y prendre part du fait de son départ en vacances prévu de longue date¹¹.

11. Il est intéressant de souligner que l'employeur se doit de protéger également la personnalité de la personne qui paraît être à l'origine du conflit. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le caractère difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, préjudiciable à l'accomplissement du travail, l'employeur ne devrait licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les autres mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui en vue d'améliorer la situation, telles les modifications de son organisation ou des instructions adressées aux autres travailleurs. Si l'employeur omet ces mesures ou s'il se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède néanmoins au licenciement, il viole l'obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné et le licenciement doit alors être qualifié d'abusif¹². Le Tribunal fédéral a qualifié ce devoir de l'employeur d'obligation « d'aide et d'assistance »¹³.
12. Le Tribunal fédéral s'est penché récemment sur le cas d'une vendeuse manutentionnaire auprès d'un magasin de chaussures et d'articles de sport à Genève qui avait été licenciée de manière ordinaire suite à un conflit avec ses supérieurs hiérarchiques. Lors d'un entretien, ceux-ci avaient rappelé à l'employée les termes d'une altercation et lui avaient renouvelé leurs reproches. Selon le Tribunal fédéral, l'attitude de ces cadres « comportait le risque évident de ranimer le conflit, ce qui s'est effectivement produit ». Notre Haute juridiction a estimé qu'ils avaient, par leur attitude, excité la « propension à l'emportement » de l'employée et l'avaient « induite à surajouter de nouvelles impolitesses et insubordinations ». Dès lors, le licenciement notifié à l'employée devait être qualifié d'abusif au sens de l'article 336 al. 1 CO¹⁴.
13. Dans un arrêt du 22 mai 2006, le Tribunal fédéral a estimé qu'il était également abusif de licencier une employée qui avait déposé, apparemment sans raison objective, une lettre de dénonciation auprès du Procureur général du canton de Genève en se plaignant des propos tenus par l'un des dirigeants de la société qui l'employait et en l'accusant d'attouchements sexuels. Cette dénonciation est restée sans suite. Selon le Tribunal fédéral, le fait que le grief de harcèlement sexuel n'ait pas abouti ne signifiait pas que cette critique ait été soulevée en violation du devoir de fidélité de l'employée, voire du principe de la bonne foi. Avant d'envisager de lui notifier un congé, l'employeur aurait-il ainsi dû essayer de « comprendre les motifs » soulevés par l'employée¹⁵.
14. Les jurisprudences précitées, rendues dans ces cas spécifiques, ne peuvent être généralisées sans autre. Il y a lieu en particulier de tenir compte des spécificités de chaque entreprise. On peut cependant déduire de ces diverses décisions que l'employeur doit porter une attention particulière à la prévention et à la gestion des conflits. Chaque entreprise devrait instituer des règles claires

¹¹ Cf. arrêt du TF du 23 septembre 2003, cause 4C.189/2003, c. 5.3.

¹² Cf. arrêt du TF du 21 mars 2006, cause 4C.25/2006, c. 2 ; ATF 132 III 115, c. 2.2 ; ATF 131 III 535, c. 4.

¹³ Cf. arrêt du TF du 12 avril 2006, cause 4C.46/2006, c. 3.2.

¹⁴ Cf. arrêt du TF du 21 mars 2006, cause 4C.25/2006, c. 3.

¹⁵ Cf. arrêt du TF du 22 mai 2006, cause 4C.60/2006, c. 7.3.

définissant les comportements non autorisés ainsi que les procédures à suivre en cas de conflit. La création d'une instance de médiation peut constituer l'un des moyens privilégiés¹⁶.

II. La création d'une instance de médiation par l'employeur

15. De nombreuses entreprises privées et collectivités publiques ont institué des mécanismes de « médiation », souvent liés à la protection des travailleurs contre les diverses formes de harcèlement. Sous cette dénomination se retrouvent toutefois des institutions et des pratiques extrêmement variées qui dépendent notamment du rôle et des pouvoirs attribués au « médiateur ». Souvent, l'instance de médiation se voit conférer des attributions qui outrepassent les caractéristiques de la médiation au sens propre, laquelle est avant tout un processus de gestion de communication. Plutôt que de « médiateur », on parle généralement dans ces cas de « personne de confiance » ou d'« ombudsman ».
16. On peut définir la médiation comme « un processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur, indépendant, neutre et impartial librement désigné par elles »¹⁷. Comme l'a précisé un auteur, le « médiateur n'émet pas de jugement et ne prend pas position, il facilite la négociation. Il est dépourvu d'autorité, ne peut rien imposer, n'est pas amené à trancher »¹⁸.
17. L'employeur a la possibilité de créer divers processus de médiation. L'instance de médiation peut être permanente ou instituée en vue de la résolution d'un conflit spécifique. Par ailleurs, l'employeur peut désigner un médiateur interne à l'entreprise ou alors choisir un médiateur externe¹⁹. La première solution a la préférence de ceux qui considèrent que le médiateur doit connaître la culture de l'entreprise et qu'un médiateur interne peut mieux ressentir de l'intérieur les causes et les effets du conflit. Optent en revanche pour la seconde solution, ceux qui estiment qu'il est impossible d'être à la fois interne et indépendant. Certaines institutions ont d'ailleurs prévu une voie mixte, laissant aux employés le choix de recourir au médiateur interne ou externe.
18. L'institution de tels processus de médiation des conflits de travail pose de très nombreux problèmes complexes. En font notamment partie les questions du statut juridique du médiateur, de ses compétences professionnelles, de sa formation et de sa responsabilité, des pouvoirs qui lui sont attribués ou encore de l'indépendance qui lui est conférée.

¹⁶ Pour une réflexion en droit allemand, cf. Britta Albrecht, *Mediation im Arbeitsrecht*, Francfort-sur-le-Main 2001, notamment pp. 84-94.

¹⁷ Isabelle Bieri/Jean Mirimanoff, *Justice et médiation : autonomie ou complémentarité ?*, Présentation à l'occasion de l'assemblée générale de l'Association suisse des magistrats, Fribourg, 22 novembre 2003, document photocopié, N 1.2.

¹⁸ Dominique Brown-Berset, *La médiation commerciale : le géant s'éveille*, in : *Revue de droit suisse* II/2002, p. 323.

¹⁹ Cf. Jacques Salzer/Jean-Pierre Vouche, *La médiation dans les organisations (entreprises, administrations, associations)*, in : *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne 2003, 170-173.

19. Nous nous concentrerons pour notre part sur deux thèmes qui ont des liens importants avec le droit du travail. Nous nous intéresserons tout d'abord au statut juridique du médiateur (**section A**). Nous traiterons ensuite de l'indépendance du médiateur et de la confidentialité de son activité lorsque l'instance de médiation a été organisée par l'employeur (**section B**). Par souci de simplification, et à défaut de mention contraire, nous excluons de notre analyse les spécificités des régimes de fonction publique.

A. Le statut juridique du médiateur

20. L'instance de médiation instituée par l'employeur présuppose la création de plusieurs relations juridiques. En effet, le médiateur est désigné par l'employeur sur la base d'un contrat dont il faut définir la nature (**sous-section 1**). A cette première relation juridique s'ajoute nécessairement la relation qui unit le médiateur aux personnes en conflit (**sous-section 2**).

1. Le contrat entre l'employeur et le médiateur

21. Dans la pratique, l'employeur et le médiateur sont souvent liés par un contrat de travail ou alors par un contrat de mandat. Il s'agira de rappeler les principaux critères de distinction. Récemment, le Tribunal fédéral a admis la notion de « travailleur libre ». On pourra se demander si cette notion est utilisable dans notre contexte.

a) contrat de travail

22. L'employeur peut désigner un médiateur interne à son entreprise. Divers cas de figure sont envisageables. Soit le médiateur consacre l'intégralité de ses activités à la médiation, soit le médiateur est intégré au service des ressources humaines avec extension de son champ d'activité à la médiation, soit encore le médiateur est un collaborateur « ordinaire » qui consacre une partie de son temps à la médiation.
23. Dans ces trois cas, le médiateur sera en principe soumis à un contrat de travail au sens des articles 319ss CO, soit d'un contrat par lequel il s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à travailler au service de l'employeur et celui-ci à lui payer un salaire (cf. art. 319 al. 1 CO).
24. L'élément caractéristique essentiel du contrat de travail est le lien de subordination du travailleur envers l'employeur²⁰. Selon la jurisprudence, ce lien présuppose que le travailleur soit incorporé dans l'organisation de l'entreprise et qu'il se trouve soumis à l'autorité de l'employeur au triple point de vue personnel, organisationnel et temporel²¹.

²⁰ Cf. Aubert (note 3), N 6 ad art. 319 CO, p. 1674.

²¹ Cf. ATF 122 V 169, c. 3 ; ATF 121 I 259, c. 3a et ATF 107 II 430, c. 1.

b) contrat de mandat

25. L'employeur peut aussi désigner un médiateur externe à son entreprise. Le contrat de mandat, au sens des articles 394ss CO, convient plus particulièrement à ce type de relation. On peut définir le mandat comme le contrat par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre conformément à la volonté de celle-ci²². Dans cette hypothèse, le médiateur intervient en qualité de mandataire qui s'oblige envers son mandant, dans les termes de la convention, à rendre les services qu'il a promis (cf. art. 394 al. 1 CO).
26. Dans un cas d'espèce, la distinction entre contrat de travail et contrat de mandat peut s'avérer très délicate²³. Le rapport de subordination est le critère essentiel de différenciation. Certes, le mandataire doit lui aussi suivre les instructions de son mandant (art. 397 CO) et lui rendre compte de sa gestion (art. 400 CO). Il agit toutefois de manière indépendante et sous sa seule responsabilité économique, alors que le travailleur est intégré dans l'organisation de l'entreprise qui l'emploie.
27. En pratique, la distinction a une grande importance dans la mesure où les régimes contractuels et de sécurité sociale sont très différents. En principe, le statut de mandataire peut conférer au médiateur l'avantage d'une position juridique relativement indépendante. Il est cependant désavantageux à d'autres égards. En effet, le statut de travailleur est de nature à procurer au médiateur une position juridique bien mieux protégée (règles impératives du CO, loi sur le travail). En outre, les litiges liés au contrat de travail sont soumis à des règles spéciales de procédure (cf. art. 343 CO) et, dans de nombreux cantons, à des juridictions spéciales.
28. Enfin, en droit de la sécurité sociale, le travailleur est généralement considéré comme une personne dépendante, bénéficiant d'une large couverture d'assurances, contrairement au mandataire, qui sera généralement considéré comme une personne réalisant ses gains à titre indépendant, ce qui implique des lacunes importantes dans la couverture d'assurance, notamment en matière de prévoyance professionnelle, d'accident et de chômage. Afin d'échapper aux règles impératives du droit du travail et de la sécurité sociale, certaines parties cherchent à dissimuler une relation qui devrait être soumise au droit du travail sous les apparences d'un autre contrat²⁴. Les personnes concernées risquent toutefois de se voir notifier une décision de changement de statut cotisant par la caisse de compensation compétente²⁵.

c) contrat de travail sui generis : le cas du « travailleur libre »

²² Cf. Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, Zurich 2003, N 4563, p. 659.

²³ Cf. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zurich 2006, NN 6 et 7 ad art. 319 CO, pp. 74-79.

²⁴ Cf. Aubert (note 3), N 22 ad art. 319 CO, p. 1676.

²⁵ Cf. Paul Cadotsch, L'AVS n'accorde pas toujours le statut d'indépendant à qui le désire. Pourquoi... ?, in : Sécurité sociale 4/1997, pp. 207-210.

29. Le besoin accru de flexibilité, les modifications sociologiques de la conception du travail, de nouvelles formes d'entreprise ont induit la pratique à concevoir des relations juridiques qui ne correspondent entièrement ni au contrat de travail ni au contrat de mandat, ni au contrat d'entreprise, mais qui sont considérées comme des contrats innommés ou des contrats mixtes. La question est alors de savoir dans quelle mesure ces relations doivent être soumises aux règles du CO sur le contrat de travail lorsque la personne qui fournit ses services est dans une situation de dépendance personnelle ou économique analogue à celle d'un travailleur²⁶.
30. C'est dans ce contexte que l'on peut mentionner la notion de « travailleur libre » que le Tribunal fédéral a expressément mentionnée dans deux jurisprudences récentes²⁷.
31. Selon le Tribunal fédéral, les « travailleurs libres » peuvent être définis comme des personnes indépendantes agissant seules et mettant à disposition d'un autre entrepreneur leur activité personnelle et sans l'aide d'un tiers, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, étant précisé qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant du point de vue temporel que matériel²⁸.
32. Ce type de relation contractuelle n'a pas de statut juridique bien précis. Le Tribunal fédéral est d'avis qu'il convient d'examiner de cas en cas si les articles 319 ss CO s'appliquent, étant précisé que la qualification de contrat de travail sui generis devrait être retenue, pour mettre ces personnes au bénéfice d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans les assimiler toutefois entièrement au travailleur. Celles-ci devraient en particulier être justiciables des tribunaux spéciaux du travail²⁹.
33. La notion de « travailleur libre » dont le contenu doit encore être précisé pourrait convenir dans certains cas au statut de médiateur. Le but serait de conférer à celui-ci une réelle indépendance vis-à-vis de l'entreprise, condition essentielle d'une vraie médiation, tout en lui assurant l'application des normes protectrices du droit du travail, ainsi que la couverture des assurances sociales.

²⁶ Ces questions ont donné lieu à une abondante littérature en Suisse alémanique. Cf. Thomas Geiser, *Neue Arbeitsformen – Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze*, in : AJP 1995, 557-568 ; Michael Christian Hamm, *Die vertragsrechtliche Stellung freier Mitarbeiter in den Massenmedien*, Berne 1994 ; Wolfgang Harder, *Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit*, Berne 2000 ; Wolfgang Harder, *Frei Mitarbeiter/Freelancer/Scheinselbständige - Arbeitnehmer, Selbständige oder beides ?*, in : ArbR 2003, 69-88 ; Roland A. Müller, *Arbeitnehmerähnliche Personen. Rechtsprobleme der Scheinselbständigkeit*, in ArbR 2000, 21-49 ; Streiff/von Kaenel (note 23), N 2 ad art. 319 CO, pp. 69s et Mathias Völker, *Die Scheinselbstständigkeit im schweizerischen Arbeitsrecht*, Ratisbonne 2005. Pour une analyse récente en droit autrichien, cf. Gustav Wachter, *Bemerkungen zu den Anknüpfungspunkten des österreichischen Arbeitsrecht in Gegenwart und Zukunft*, in : *Recht im Wandel, seines sozialen und technologischen Umfeldes*, Festschrift für Manfred Rehbinder, Munich et Berne 2002, 121-147.

²⁷ Cf. arrêt du TF du 24 mai 2005, cause 4P.36/2005 et arrêt du TF du 9 mars 2004, cause 4P.83/2004, c. 3.2.

²⁸ Cf. arrêt du TF du 9 mars 2004, cause 4P.83/2003, c. 3.2.

²⁹ Cf. arrêt du TF du 24 mai 2005, cause 4P.36/2005, c. 2.3 et arrêt du TF du 9 mars 2004, cause 4P.83/2003, c. 3.2.

2. Le contrat entre le médiateur et les personnes en conflit

34. Le fait que le médiateur soit lié contractuellement à l'employeur n'empêche pas qu'il noue également des liens juridiques avec les personnes en conflit. Toute médiation est volontaire par nature³⁰. Cela signifie que le médiateur désigné par l'employeur ne peut entamer sa mission qu'après avoir recueilli l'accord des personnes en conflit. Celles-ci ont la possibilité de se retirer à tout moment de la médiation ou d'y mettre fin. Se pose alors la question de la qualification juridique du contrat de médiation, soit celui qui unit les personnes en conflit au médiateur³¹.
35. Le contrat de mandat est certainement une figure juridique appropriée. Théoriquement, le mandataire peut exercer sa mission en vertu d'un mandat conjoint des deux protagonistes (cf. art. 403 al. 2 CO) ou en vertu de deux mandats concourants. Dans le cas de la médiation, il faut cependant préférer la seconde hypothèse qui permet aux deux personnes en conflit de révoquer chacune, indépendamment de l'autre, le mandat qu'elle a conféré au médiateur³².
36. On trouve cependant en doctrine d'autres suggestions. Constatant que la médiation n'est pas seulement l'œuvre du médiateur mais surtout celle des parties, certains auteurs ont proposé que le contrat de médiation soit considéré comme un contrat sui generis comportant à la fois des caractéristiques de la société simple (art. 530ss CO) et du mandat³³.
37. Notons encore que si un travailleur peut légitimement refuser de s'engager dans un processus de médiation, il ne peut en revanche, sans violer son devoir de fidélité envers l'employeur (cf. art. 321a CO ; art. 321d al. 2 CO), refuser de collaborer à la résolution d'un conflit dont il est l'un des protagonistes.

B. La garantie de l'indépendance et de la confidentialité de l'activité du médiateur

38. Tout médiateur doit être neutre, indépendant, impartial et respectueux de la confidentialité³⁴. Ces principes peuvent être sérieusement mis à mal lorsque l'instance de médiation est organisée par l'employeur. Il s'agira ici d'évoquer les problèmes liés au double statut juridique du médiateur qui est lié contractuellement aussi bien à l'employeur qu'aux personnes en conflit. Nous évoquerons plus particulièrement les questions de l'indépendance du médiateur (**sous-section 1**) et de la confidentialité de son activité (**sous-section 2**).

1. L'indépendance du médiateur institué par l'employeur

39. Corollaire de sa neutralité, le médiateur doit être indépendant à l'égard des personnes en conflit. Il ne doit exister avec l'une d'entre elles aucun lien de

³⁰ Cf. Brown-Berset (note 18), p. 347.

³¹ Sur cette question, cf. Brown-Berset (note 18), 363-365.

³² Cf. Pierre Engel, Contrats de droit suisse, Berne 2000, p. 845.

³³ Cf. Brown-Berset (note 18), 364-365 et Martine Chenou/Jean Mirimanoff, La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des règles, in SJ 2003 II, p. 278.

³⁴ Cf. Bieri/Mirimanoff (note 17), N 5.6, ainsi que Brown-Berset (note 18), 347-351.

dépendance, aucun lien familial, de voisinage, d'amitié ou de sympathie, aucune relation financière ou d'affaires directe ou indirecte³⁵.

40. A titre exemplatif, on citera une disposition des directives pour la médiation de la Fédération Suisse des Avocats entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2005, qui contient des règles strictes en la matière : « Lors de l'examen de l'indépendance et de l'impartialité, il convient d'être particulièrement attentif aux points suivants : intérêt à l'issue du conflit, relations avec les parties au conflit ou avec d'autres personnes intervenant dans la procédure, préférence pour l'une ou plusieurs des parties impliquées dans le conflit, préférence pour une solution particulière mettant fin au conflit (au détriment de l'avis des parties), mandat de médiation confié ou rémunéré par un tiers ou une partie seulement des personnes impliquées dans le conflit » (art. 4.2).
41. Certains doutent qu'un médiateur institué par l'employeur puisse être considéré comme indépendant : « Quelle que soit sa probité personnelle, un médiateur suscité et rémunéré par l'entreprise se voit confier une mission inconcevable en droit et vouée à être mise en doute dans les faits à plus ou moins longue échéance »³⁶.
42. Quand le médiateur est salarié de l'entreprise, soumis au pouvoir de subordination de son employeur, on peut douter que le principe d'indépendance puisse être garanti. « En somme, le médiateur interne d'entreprise en sait trop ; de plus, il est tiraillé entre plusieurs devoirs de fidélité et ne peut guère s'abstraire de la connaissance qu'il a des rapports de force personnels, hiérarchiques, syndicaux et de la place que lui-même occupe dans la dynamique de la société »³⁷.
43. Il faut cependant distinguer diverses hypothèses. Lorsque le conflit s'est développé entre deux travailleurs subalternes, l'indépendance du médiateur peut être juridiquement garantie dans le règlement ou le contrat de travail qui fonde sa mission. On se référera dans ce contexte à une disposition d'un projet de code de déontologie élaboré en France par le Centre national de la médiation relative à l'indépendance du médiateur salarié : « Le lien de subordination, existant entre le médiateur salarié et son employeur, porte uniquement sur les conditions matérielles dans lesquelles le médiateur exerce son art au sein d'un service organisé et en aucun cas sur l'accomplissement même des actes de médiation qui, n'étant pas soumis au contrôle hiérarchique, restent libres et couverts par le secret professionnel visé à l'article 8 » (art. 6 al. 2)³⁸.
44. On trouve des règles assez similaires dans la « Charte des médiateurs » d'une collectivité publique de notre pays : « Le médiateur interne ne relève plus de sa hiérarchie dans l'exercice de sa mission mais de la Direction de l'Office du personnel ; il n'a donc pas à informer ses supérieurs de l'objet du conflit ni des

³⁵ Cf. Henri-Jacques Nougéin/Yves Reinhard/Pascal Ancel/Marie-Claire Rivier/André Boyer/Philippe Genin, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Paris 2004, N 356, p. 216.

³⁶ Martine Bourry d'Antin/Gérard Pluyette/Stephen Bensimon, Art et technique de la médiation, Paris 2004, pp. 417.

³⁷ Bourry d'Antin/Pluyette/Bensimon (note 36), p. 418.

³⁸ Texte cité par Jean-François Six, Le temps des médiateurs, Paris 1990, pp. 223-224.

parties en cause ; seul son emploi du temps fera l'objet d'une information au supérieur ».

45. Evidemment, la situation est encore plus délicate lorsque le conflit concerne un cadre de l'entreprise. Pour que l'indépendance du médiateur soit conservée, il faudrait à tout le moins que celui-ci ne soit pas soumis au pouvoir hiérarchique du cadre. En effet, le médiateur n'est par définition pas indépendant s'il est subordonné à l'une des parties, en raison notamment d'un état de subordination hiérarchique. Enfin, lorsque l'une des personnes en conflit est une personne ayant la qualité d'organe de l'entreprise, le médiateur interne ne devrait jamais intervenir. Dans une telle hypothèse, il va de soi que le médiateur ne peut être indépendant vis-à-vis d'une personne qui représente son propre employeur.
46. Quand le médiateur désigné par l'employeur a le statut de mandataire vis-à-vis de celui-ci, la garantie de son indépendance est mieux assurée, puisque, nous l'avons vu, sur le plan juridique le mandataire agit, contrairement au travailleur, de manière indépendante et sous sa propre responsabilité.
47. C'est sans doute l'une des principales raisons pour lesquelles certaines collectivités publiques recourent au contrat de mandat. On peut citer à titre d'exemple la médiation à l'Université de Lausanne. Dans les principes de fonctionnement, il est précisé qu'au « bénéficiaire d'un contrat de mandat de droit privé, le médiateur ne dépend pas de la structure administrative de l'UNIL. Il jouit d'une indépendance absolue à l'égard du Rectorat, des Décanats et de la Direction administrative, dont il ne reçoit d'autres directives ou instructions que celles figurant dans le présent document » (cf. Principes du fonctionnement de la médiation à l'UNIL du 19 juillet 2003).
48. Le médiateur mandataire est donc susceptible de déployer son activité dans la plupart des conflits nés dans l'entreprise. Lorsque le conflit concerne l'employeur lui-même avec l'un de ses employés, l'indépendance du médiateur présuppose cependant qu'il soit choisi d'un commun accord entre l'employeur et le travailleur en dehors d'un cadre préétabli et qu'il soit rémunéré à parts égales par les personnes en conflit.
49. On doit considérer en conclusion que la désignation d'une instance de médiation par l'employeur devrait toujours être accompagnée d'une clause de garantie d'indépendance, que le médiateur agisse en qualité de travailleur ou de mandataire de l'employeur. Il nous paraît cependant décisif que le processus de médiation génère la confiance au sein de l'entreprise et que le médiateur bénéficie de l'apparence d'indépendance et d'impartialité aux yeux des personnes en conflit.

2. La confidentialité de l'activité du médiateur

50. Le médiateur est tenu à l'obligation de secret à l'égard des tiers. La confidentialité favorise l'échange d'informations et favorise la création d'un climat de confiance³⁹. Par sa nature même, la médiation implique en effet que chaque

³⁹ Cf. Brown-Berset (note 18), p. 347.

partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations reçues ou l'issue de la médiation.

51. Ces principes se trouvent dans tous les codes de déontologie ou les principes éthiques des associations qui œuvrent dans le domaine de la médiation. On prendra comme exemple les principes éthiques de la Fédération suisse des associations de médiation : « La médiation se base fondamentalement sur la confidentialité des informations et des connaissances acquises au cours du processus. Les participants au conflit s'accordent sur la façon de traiter cette confidentialité et de communiquer vers l'extérieur » (art. 4 al. 1 des Principes éthiques, version du 9 décembre 2003).
52. De plus, en qualité de mandataire des personnes en conflit, le médiateur doit suivre les instructions de ses mandants et il est tenu d'un important devoir de discrétion, déduit de son devoir de diligence (cf. art. 398 al. 2 CO).
53. Les principes déontologiques de la médiation ainsi que les règles du mandat entrent en conflit avec les normes définissant les propres rapports du médiateur avec l'employeur. En effet, qu'il agisse en qualité de travailleur ou de mandataire, le médiateur est tenu de respecter les instructions que lui donne l'employeur (art. 321d CO et art. 398 al. 2 CO) et de lui remettre le produit de son activité (art. 321b CO et art. 400 al. 1 CO).
54. Il paraît difficile de concilier ces diverses normes contradictoires. L'enjeu est notamment de déterminer dans quelle mesure le médiateur serait autorisé à délivrer à l'employeur un certain nombre d'informations relatives à sa mission. Dans la règle, seules les personnes qui étaient en conflit sont en mesure de délier le médiateur du secret auquel il est soumis en qualité de mandataire.
55. Le Code de déontologie des médiateurs accrédités de la Chambre suisse de médiation commerciale contient une clause qui concrétise ces principes. Selon l'article 3 de ce code, lorsque le « différend oppose des personnes dépendant du mandant en raison de leur statut, tel employé ou administré (médiation d'entreprise, médiation administrative par exemple), le médiateur rendra son mandant [soit l'employeur] attentif aux principes d'indépendance, d'impartialité et de neutralité du médiateur. Cela signifie notamment que le médiateur ne rendra compte au mandant du contenu ou du résultat du processus de médiation, que si telle est la volonté des parties à la médiation » (code de déontologie du 5 mai 2004).
56. Lorsque la médiation s'est terminée dans des délais assez brefs par un accord, le maintien de la confidentialité peut être garanti plus facilement. En pratique, les règlements d'entreprise relatifs au processus de médiation prévoient que le médiateur assurera un certain suivi. On trouve par exemple la disposition suivante dans la « Charte des médiateurs » d'une entreprise : « Une médiation est dite aboutie lorsque les deux parties ont établi et signé, d'un commun accord, les points qui leur permettront d'instaurer des relations de travail fonctionnelles. Un document faisant état de cet accord signé par les deux parties leur est remis. Le médiateur prendra contact avec les deux parties après une période de 3 mois et 6 mois pour vérifier l'état des relations de travail ».

57. Evidemment, la situation est plus problématique lorsque la médiation n'a pas abouti. Certes, la personne qui se considère victime d'une atteinte à sa personnalité a toujours la possibilité de se plaindre directement auprès de son employeur du conflit. Dans le cadre d'une administration publique, elle peut requérir l'ouverture d'une procédure disciplinaire.
58. L'échec de la médiation implique cependant la poursuite du conflit, et par voie de conséquence, comme nous l'avons vu, la mise en œuvre de la responsabilité de l'employeur. Celui-ci a donc un intérêt spécifique à être renseigné sur le résultat de la médiation pour qu'il soit en mesure de respecter son devoir de protéger la personnalité de ses employés.
59. Il est intéressant de constater que les processus de médiation mis en place auprès de diverses institutions prévoient que le médiateur ou la personne de confiance est autorisé expressément par les parties à renseigner le service des ressources humaines en cas d'échec de la médiation. Ainsi par exemple, dans une entreprise romande les personnes en conflit qui entament un processus de médiation signent un document appelé « consentement à la médiation » par lequel elles acceptent la clause suivante : « Les parties sont également tenues au courant qu'en cas d'échec du processus de médiation, les médiateurs avertissent la hiérarchie et/ou les ressources humaines de l'entreprise de l'existence du conflit issu des rapports de travail ». D'un point de vue juridique, on peut considérer que ces personnes, en qualité de mandantes, délient partiellement le médiateur du secret auquel il est soumis en qualité de mandataire.
60. Ce genre de procédé remet sérieusement en cause la notion même de médiation. Il est cependant souvent un gage d'efficacité qui permet à l'employeur de mettre en œuvre d'autres moyens pour chercher à identifier la nature du conflit et les moyens d'y mettre fin.
61. D'une manière générale, les directions et les services des ressources humaines des entreprises peuvent considérer que la création d'une instance de médiation est un élément de perte de pouvoir et d'information. Elles tentent de limiter ces risques par l'obligation imposée à la personne de confiance de communiquer certaines informations, souvent en une forme anonymisée. Ainsi, par exemple, dans le cahier des charges de la personne de confiance d'une entreprise figure la clause suivante : « Les personnes de confiance s'engagent à faire un compte-rendu régulier à l'entreprise au moyen d'un formulaire ad-hoc et en respect de la confidentialité ».
62. On trouve une règle similaire dans la charte des médiateurs d'une collectivité publique : « Le médiateur transmet régulièrement au coordinateur désigné [...] des informations statistiques relatives au cas de médiation dont il est saisi, en se limitant toutefois à la désignation [des services concernés] et au nombre de séances ».
63. Cette situation du médiateur qui est soumis à diverses normes de confidentialité lui imposant le secret est plutôt singulière. A certains égards, elle se rapproche cependant du statut du médecin-conseil de l'employeur, étant entendu que celui-ci est soumis au secret médical régi par l'article 321 du code

pénal suisse⁴⁰. Or, il est intéressant de citer une clause de la « Directive à l'intention des médecins du travail » élaborée au sein de la Fédération des médecins suisses (FMH) : « Par contre, l'employeur ne peut être informé des conditions d'un examen de contrôle sans l'accord du travailleur concerné ou contre sa volonté que si sa santé et sa sécurité, ou celles des autres travailleurs constituent un intérêt prépondérant à la divulgation de ces informations et si son consentement ne peut être obtenu. Le travailleur doit dans tous les cas en être informé » (art. 18 al. 2). Il nous paraît qu'un principe similaire pourrait être retenu en matière de médiation dans l'entreprise.

64. Evidemment, le cadre de la transmission d'informations par le médiateur à l'employeur doit être bien défini. La loi contient des règles spécifiques en matière de traitement des données concernant les travailleurs. Selon l'article 328b CO, l'employeur ne peut traiter ces données que dans la mesure où elles portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.
65. On considère que l'employeur peut notamment traiter des informations dont il a besoin pour satisfaire à ses obligations légales ou conventionnelles⁴¹. Dans notre cas, l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses travailleurs implique nécessairement de traiter des données relatives aux causes et aux personnes impliquées dans les conflits survenus dans son entreprise. L'employeur est en droit de traiter les données se rapportant à la manière dont la personne concernée remplit ses obligations et respecte les instructions reçues⁴².

Conclusion

66. La médiation dans l'entreprise provoque parfois rejet et perplexité⁴³. Pour l'employeur c'est l'aveu que son entreprise est un « lieu de conflits et d'incompréhension ». Pour les syndicats, c'est une ruse patronale destinée à les écarter. Enfin, pour les salariés, c'est une méthode supplémentaire de « dialogue social » entre partenaires essentiellement inégaux.
67. Malgré ces réserves, la médiation s'installe peu à peu dans les entreprises de notre pays. La médiation est un processus ou une méthode qui peut s'avérer efficace pour résoudre certains conflits qui sont nés sur le lieu de travail, en particulier les conflits entre travailleurs. Elle fait partie des divers moyens que doit mettre en œuvre l'employeur pour garantir à ses employés une atmosphère de travail respectueuse des relations humaines et de leur personnalité.

⁴⁰ Sur le statut du médecin-conseil de l'employeur, cf. Olivier Guillod, Secret médical et rapports de travail, in : Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 64-68.

⁴¹ Cf. Aubert (note 3), N 3 ad art. 328 CO, p. 1731.

⁴² Sur ces questions, cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (note 1), N 3 ad art. 328b CO, p. 155 ; Rebekka Riesselmann-Saxer, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2002, pp. 23-24, 52-59, ainsi que Streiff/von Kaenel (note 23), N 6 ad art. 328b CO, pp. 378-379.

⁴³ Cf. Bourry d'Antin/Pluyette/Bensimon (note 36), pp. 415-416.

68. Il faut louer les procédures de médiation mises en place par certains employeurs qui acceptent ainsi de renoncer temporairement à une partie de leurs pouvoirs.
69. Comme nous l'avons vu, la création d'une instance de médiation par l'employeur soulève de nombreuses questions juridiques délicates qui concernent notamment le statut et le rôle du médiateur. Une des principales difficultés consiste à intégrer le processus de médiation dans le cadre juridique des relations de travail, et en particulier de l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité et la santé de ses employés.