

Géraldine GIRAUD

Pourquoi recourir à la
Médiation pour résoudre un litige ?

- ANNEE 2016-

Plan

Introduction.....page 3

Partie 1 : Les aspects attrayants de la médiation.....page 4

Partie 2 : Les obstacles à la mise en œuvre de la médiation..... page 12

Conclusion.....page 17

Bibliographie.....page 18

Introduction

La médiation est un Mode Alternatif de Résolution des Conflits (M.A.R.C.). A ce titre et à l'instar de la conciliation, la négociation ou encore le droit collaboratif, elle s'inscrit dans une dynamique consistant à permettre au justiciable d'envisager une solution amiable à son litige en dehors de toute intervention du juge.

De nos jours, ce mouvement est fortement encouragé et soutenu par notre gouvernement, lequel souhaite procéder à un désengorgement important des tribunaux. C'est ainsi que le 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, incite vivement le justiciable à rechercher, avant toute saisine du juge, une solution amiable à son litige.

Pour ma part et en ma qualité d'avocat, je suis partisane de ce mouvement. Et eu égard à ma personnalité, j'ai décidé de m'ouvrir et de me former à la médiation.

Thomas FIUTAK, Universitaire et Médiateur, définit la médiation comme un mode de résolution des conflits par lequel "*le médiateur facilite la communication des parties, appelées médiateurs, afin de parvenir à un accord durable*". (1)

La médiation place les médiateurs au cœur de la résolution de leur litige.

Une justice privée semble éclore et évoluer à l'intérieur du système de la justice publique, profondément ancré dans notre société depuis des décennies.

Le présent mémoire a pour but de promouvoir la médiation, laquelle présente incontestablement et à mon sens pléthore d'aspects attrayants face à l'institution judiciaire (I), et ce malgré les obstacles existant à sa mise en œuvre (II).

(1) Thomas FIUTAK, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, Introduction.

I. Les aspects attrayants de la médiation

En premier lieu et d'une manière un peu classique, je commencerai par effectuer une brève comparaison entre la médiation et l'institution judiciaire afin d'éveiller votre curiosité sur l'intérêt d'une médiation.

De nos jours, la justice telle qu'elle est rendue par les tribunaux est entachée de nombreux inconvénients, notamment :

a) Le manque de visibilité : les aléas qui affectent un dossier empêchent l'avocat de se prononcer avec certitude sur l'issue d'un procès.

b) La lenteur de la justice : ainsi et en matière sociale, il faut compter presque deux ans entre la déclaration d'appel et la fixation d'une date d'audience.

c) Le coût d'un procès : la procédure est extrêmement onéreuse en raison des nombreux actes et diligences effectués par les avocats, augmentés par la durée de la procédure.

d) La méconnaissance du système judiciaire par le justiciable : la multiplication des procédures par les législations perd les justiciables, déjà non initiés au domaine du droit, à ses règles et à son langage.

Par essence, la médiation présente naturellement les avantages des aspects négatifs du système judiciaire, savoir :

a) La transparence : en amont du processus, chaque médieur est informé de ce qu'est la médiation, de la manière dont elle est mise en œuvre par le médiateur, du rôle et de l'identité de celui-ci, des règles applicables au processus, des méthodes utilisées, de l'existence d'une convention de médiation contenant l'ensemble des règles la gouvernant et d'un protocole signé par les médieurs en cas d'accord.

Le médiateur s'assure que l'ensemble des règles et du processus a été entendu, compris et accepté par chaque médieur. De sorte que la transparence sous-tend la mise en œuvre de ce mode de résolution amiable des litiges.

b) La durée de la médiation : en principe, une médiation ne peut excéder trois mois renouvelables. En pratique, certaines médiations se font en quelques heures ou en quelques jours.

c) Le coût de la médiation : il est largement inférieur à celui d'un procès, quand bien même la médiation serait menée par un avocat, lequel appliquerait aux heures de réunions passées le taux horaire appliqué dans ses dossiers.

Jacques SALZER, Médiateur, affirme qu'une médiation correctement menée aboutit à **un accord dans 70% des cas**. Ce chiffre atteste de l'efficacité de ce mode amiable de résolution des litiges, sachant que dans le cadre d'une procédure le pourcentage de réussite est bien moindre. (1)

En second lieu, on enseigne à l'étudiant en droit que « *le procès est la chose des parties* » et que les règles de procédure leur permettent de défendre, devant le juge, le bien-fondé de leur prétention à l'aide d'éléments probants, sous réserve de respecter un certain nombre de principes fondamentaux.

En pratique, chaque partie confie son litige à un avocat, lequel va tenter de démontrer au juge le bien-fondé de la position de son client par l'exposé d'arguments factuels et juridiques. Par suite, le juge tranche le litige, en fonction de son appréciation souveraine des faits, de son intime conviction, appliquant la règle de droit qu'il estime juste.

De sorte qu'en pratique, l'expression selon laquelle « *le procès est la chose des parties* » est en réalité dénuée de tout sens. En revanche, la pratique de la médiation et la maîtrise de son processus permettent aisément d'affirmer que **la médiation est la chose des médiateurs**.

En effet, la médiation offre à deux ou plusieurs personnes en conflit la possibilité de trouver elles-mêmes une solution durable à leur litige, correspondant à leurs besoins et intérêts réciproques.

Le rôle du médiateur consiste, par l'application d'un certain nombre de techniques, telles l'écoute active, le questionnement, la reformulation, à rétablir la communication entre les médiateurs afin de leur permettre de trouver la solution au litige qui les oppose. Bien qu'ayant un rôle actif, le médiateur demeure un tiers dans un processus fondé sur une démarche volontaire et commune des médiateurs.

D'ailleurs, une des règles applicables à la médiation, outre la confidentialité des échanges, la courtoisie et le respect dans la communication, est le volontariat. Les médiateurs doivent s'accorder sur le fait d'entrer en médiation et tout au long du processus jusqu'à la signature du protocole matérialisant la ou les solutions trouvée(s).

En outre et contrairement au procès, la médiation aboutit nécessairement à un résultat positif.

En effet, la médiation permet aux médiateurs de trouver une solution, aboutissant ainsi à un accord pérenne consacré au sein d'un protocole, lequel peut, le cas échéant, être homologué par un juge.

(1) Les étapes de la médiation par Jacques SALZER
<https://www.youtube.com/watch?v=gRckDWax0VE>

Etant précisé que la solution trouvée par les médiateurs est une solution choisie par eux (1), contrairement à la décision judiciaire imposée aux parties.

En revanche, **l'absence d'accord n'est pas synonyme d'échec de la médiation**. Bien au contraire, puisque le médiateur sera parvenu à rétablir la communication entre les médiateurs. Ce qui est en soi une victoire.

En effet, lorsque que des personnes sont en conflit, cela signifie, en général, qu'elles ne communiquent plus : soit, parce qu'elles ne se comprennent plus ou ne font plus l'effort de se comprendre ; soit parce qu'elles ont décidé de ne plus s'adresser la parole.

La médiation va leur permettre de :

- renouer le contact, puisqu'elles vont se retrouver assises l'une à côté de l'autre dans un même espace.
- d'exprimer, à tour de rôle, leurs émotions (colère, peur, jalousie, rancœur...), leur vision du litige, leurs intérêts et leurs besoins.
- peut-être même de faire reconnaître par l'autre leur propre vision du litige même si l'autre ne l'admet pas au regard de sa vision personnelle du conflit, de sa personnalité, son vécu....

La médiation permet ainsi aux médiateurs de retrouver une communication constructive et plus apaisée. Quand bien même aucun accord n'est trouvé, le lien entre les médiateurs aura été rétabli, de sorte qu'ils pourront poursuivre leur chemin et peut être envisager une autre médiation, un autre MARC ou bien la voie judiciaire.

PEKAR-L'EMPEREUR-SALZER-COLZON soulignent pertinemment cet aspect de la médiation, en imaginant les pensées pouvant traverser l'esprit d'un médiateur qui constaterait l'absence d'accord entre les médiateurs, en ces termes : « *Sans doute ici, où la liberté et la responsabilité des parties sont privilégiées, faut-il que j'apprenne en toute humilité à me satisfaire de la mise en œuvre de tous les moyens possibles, sans nécessairement obtenir d'accord. Peut-être devrais-je expliquer plus et mieux ? Ce qui me semble évident en tant que médiation, l'intérêt de telle solution, ne l'est pas forcément pour les parties* ». (2)

Mettant ainsi en exergue l'**efficacité** d'un tel mode de résolution des conflits : « *Enfin, si tel piège n'est pas surmonté et que la médiation n'aboutit pas : est-ce un échec ? Pour les parties ? Pour le médiateur ? Pour tous ? A notre sens : ni pour celles-ci ni pour celui-là. Pour les parties, une médiation qui ne débouche pas sur un accord sur le fond n'est pas pour autant sans résultat : un échange d'informations, une écoute réciproque, une analyse du différend, un examen des possibilités, une reprise de la relation sont autant d'aspects positifs qui peuvent préparer le succès d'une nouvelle tentative de médiation ou bien d'une négociation en direct* ». (2)

(1) Les étapes de la médiation par Jacques SALZER
<https://www.youtube.com/watch?v=gRCkDWax0VE>

(2) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLSON, Méthode de Médiation, pages 226 et 244.

Par ailleurs, la médiation place la personne au cœur du processus de résolution des litiges. Elle lui permet de s'exprimer dans la vérité de son être et de rechercher en elle la solution qu'elle souhaite voir aboutir afin de la libérer du conflit qui l'opresse.

a) La médiation donne, selon moi, tout son sens au mot justice car elle permet d'aboutir à une solution recherchée et estimée juste par chacun des médiateurs.

Il ne s'agit pas de rendre la justice telle qu'elle est définie par les normes en vigueur. Il s'agit de rechercher la justice telle qu'elle est perçue par les médiateurs en les interrogeant notamment sur leurs besoins et leurs intérêts. La justice est alors rendue selon la loi et les règles de chacun, dans la limite toutefois du respect de l'ordre public établi.

Ce constat m'amène, à une nouvelle comparaison entre la médiation et l'institution judiciaire. Ainsi et dans le cadre d'un procès, le contentieux est objectif par l'application pure et simple de la règle de droit. Les décisions rendues forment la jurisprudence, laquelle a vocation à constituer un référentiel permettant, le cas échéant, d'aider à la résolution d'un cas d'espèce similaire.

A l'inverse et par la médiation, le litige devient subjectif, les médiateurs participent au processus qui leur permet de trouver eux-mêmes la solution au litige qui les oppose. Ainsi, chaque médiation aboutit à une solution différente de sorte qu'il n'est nullement possible de faire jurisprudence en la matière. Le recours à la médiation offre autant de solutions qu'il y a de médiateurs en conflit.

b) La médiation s'avère également d'une grande souplesse dans la résolution du litige dans la mesure où la méthode utilisée s'adapte en fonction de la personnalité des médiateurs.

Thomas FIUTAK a créé un modèle de médiation reposant sur cinq phases. Selon lui, par le questionnement et la reformulation, le médiateur cerne le problème auquel les médiateurs sont confrontés (**Quoi**) et en perçoit les raisons (**Pourquoi**). Il poursuit le processus jusqu'à permettre la reconnaissance par chaque médiateur de la position de l'autre sans forcément l'admettre (**Reconnaissance réciproque**). Par suite, les médiateurs envisagent l'ensemble des solutions qui pourraient résoudre le litige (**Et si**) avant d'établir les moyens permettant de mettre en œuvre la solution retenue (**Comment**).

Ce modèle ne constitue pas un schéma type s'appliquant strictement à chaque médiation. Il sert de référentiel au médiateur, lequel en pratique s'adapte à la personnalité des médiateurs et à leur culture, à la nature du litige, à son contexte, et ainsi à l'ensemble des composantes du problème à traiter.

C'est ainsi que selon la culture des médiateurs ou la gravité du litige à résoudre, le médiateur va envisager de recevoir les médiateurs dans un lieu approprié, lequel aura, par exemple, à leurs yeux une valeur symbolique. Le but étant de mettre les médiateurs en confiance et de les accueillir dans des conditions optimales de calme et de sérénité.

Le médiateur accueille ainsi la personne telle qu'elle est, avec son passé, sa personnalité, son vécu, sa manière de gérer ses émotions et de les exprimer. Thomas FIUTAK décrit parfaitement cette **adaptabilité** lorsqu'il affirme que : « *l'objectif du médiateur est de créer une arène qui est rendue authentique parce qu'elle respecte les conditions physiques et psychologiques qui reflètent les cultures du différend* ». (1)

Ce modus operandi tranche avec le fonctionnement rigide du système judiciaire dans lequel il appartient aux parties, généralement confrontées à la froideur et l'impersonnalité des salles d'audience, de se soumettre aux règles, exigences et contraintes de la procédure. Quant aux émotions, elles ne sont peu voire pas considérées.

En réalité, la médiation travaille véritablement sur l'être.

c) De plus, la médiation permet de placer ou de tenter de **placer chaque médiateur dans une situation égalitaire** par rapport à l'autre contrairement au procès dont le résultat aboutit nécessairement à désigner un gagnant et un perdant.

Thomas FIUTAK décrit ce rapport gagnant/perdant, lequel n'existe pas en médiation. Il indique que : « *lorsque nous donnons plus de valeur aux intérêts en jeu qu'à nos relations, nous entrons en compétition. Si nous gagnons nous risquons d'entacher la relation. C'est le dilemme classique gagnant / perdant* ». (2)

C'est un aspect qui me gêne dans l'exercice de ma profession. J'ai pris conscience que le procès n'est qu'un jeu de pouvoir : l'avocat qui conclut en dernier a le sentiment d'avoir remporté "la bataille des argumentaires", un confrère peut exiger que les écritures lui soient communiquées à telle date, cherche à avoir la maîtrise des renvois d'audience, essaie parfois de déstabiliser l'autre lors de sa plaidoirie.....

Comme l'évoquent justement PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLZON « *le conflit comporte sa dynamique qui est celle de l'escalade : la première mise en cause suscite la riposte, qui nourrit un nouvel assaut d'intensité supérieure, qui déclenche une contre-attaque plus massive encore, et ainsi de suite, chacun cherchant à dominer l'autre pour lui imposer sa conception du nouvel équilibre* »(3).

Cet aspect n'existe pas en médiation.

(1)Thomas FIUTAK, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, page 74.

(2)Thomas FIUTAK, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, page 69.

(3) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLSON, Méthode de Médiation, Introduction

Quand bien même le litige à traiter concernerait une personne ayant une position dominante par rapport à l'autre (employeur/salarié ; homme/femme battue ; femme/homme battu etc...), la médiation permet de restaurer l'équilibre dans la relation des médieurs grâce notamment aux règles qu'elle instaure, savoir :

Chacun parle à tour de rôle, respecte le temps de parole de l'autre en évitant de l'interrompre, chaque médieur peut s'exprimer librement et en toute confiance dans un espace de sécurité, de confidentialité créée par un médiateur qui se doit d'être neutre, indépendant et impartial. Et d'une manière générale, chaque médieur œuvre conjointement avec l'autre à la recherche de la solution durable que chacun s'engagera à appliquer et à respecter.

d) Par ailleurs, **la médiation favorise la créativité des médieurs** grâce à laquelle ils trouveront la solution appropriée à leur litige.

Cette créativité est sollicitée dans la 4ème phase du modèle FIUTAK, communément appelée "*le brain-storming*". Après avoir évacué leur émotionnel, les médieurs recouvrant alors leurs pleines et entières capacités intellectuelles, vont stimuler leur imagination afin de trouver la solution au litige qui les oppose.

Ils vont alors envisager l'ensemble des solutions, même la plus incongrue soit-elle, en les jetant spontanément sur le papier. Le médiateur en prend note au fur et à mesure de leur élaboration afin de favoriser l'imaginaire des médieurs et les encourager à en trouver davantage. Lors de la dernière étape du processus la solution aboutissant à l'accord durable sera retenue parmi toutes celles imaginées.

Cet aspect n'existe pas dans le fonctionnement de notre système judiciaire. Tout au plus la créativité pourrait résider dans l'argumentaire élaboré par l'avocat, lequel demeure cependant limité par le respect des règles de droit.

e) La médiation permet également **d'obtenir satisfaction sur des demandes que le juge ne peut pas accueillir**. A titre d'exemple, je vais vous raconter un cas que j'ai eu à traiter dans le cadre de mon exercice professionnel.

Une cliente est venue me consulter pour un problème rencontré dans le cadre de son emploi. Assistante maternelle, elle m'a indiqué avoir gardé un enfant dont les parents, en instance de divorce, entretenaient des relations conflictuelles. Ma cliente me confiait qu'elle gardait souvent l'enfant au delà des heures prévues dans son contrat de travail et qu'elle était amenée à pallier la carence des parents, lesquels oublièrent régulièrement de préparer les repas et affaires pour le change. Ma cliente estimait ainsi avoir largement dépassé les fonctions initialement attribuées.

Suite à la rupture de son contrat de travail, ma cliente s'est sentie blessée par le manque de reconnaissance de son employeur. Elle souhaitait donc l'assigner en justice afin d'obtenir réparation du préjudice moral subi en l'absence de toute reconnaissance de ce

dernier pour le travail effectué. Elle était d'ailleurs prête, selon ses dires, à réclamer un euro symbolique.

Je lui ai alors expliqué que sa demande ne serait pas accueillie par le Conseil des Prud'hommes, la reconnaissance n'étant pas un préjudice indemnisable. Cependant et eu égard à la particularité de sa demande, je lui ai proposé une médiation. Ma cliente a spontanément accepté.

La médiation n'a malheureusement pas eu lieu lorsque ma cliente a compris que la médiation avait un coût. Quand bien même je lui ai affirmé que le coût était peu élevé, elle a préféré décliner ma proposition.

Je déplore cet échec mais j'y trouve un côté positif : l'absence de médiation résulte d'un trait de la personnalité de ma cliente, laquelle a d'ailleurs rechigné à régler ma prestation. Il faut donc persévérer afin de convaincre les clients d'opter pour ce MARC.

Ainsi, la médiation présente, selon moi, un avantage incontestable par rapport au procès, savoir que toute demande, même la plus originale soit-elle, peut être accueillie et traitée.

f) Par ailleurs, dans son ouvrage, Thomas FIUTAK décrit, ce qu'il nomme le paradoxe de la **confidentialité**, de la façon suivante : « *le groupe social donne de la valeur à la médiation en raison précisément de sa confidentialité* » (1).

L'aspect qui m'impressionne le plus dans la médiation est la facilité avec laquelle le médieur confie au médiateur les éléments les plus intimes de sa vie.

Cela est d'autant plus étonnant qu'en ma qualité d'avocat, je pensais que le client se confiait beaucoup à son conseil. L'expérience me montre qu'en réalité le client dissimule souvent des éléments à son avocat, alors pourtant qu'il est informé du fait que ses déclarations sont couvertes par le secret professionnel.

g) En outre, la médiation offre un autre avantage incontestable : la résolution du conflit.

Dans le langage courant, on a tendance à confondre les termes conflit et litige. Or ces deux mots renvoient à des situations bien distinctes : **le conflit** peut se définir comme l'expression d'exigences internes inconciliables. Il s'agit d'oppositions violentes d'opinions, de sentiments ressentis par l'être humain tandis que le **litige** est l'expression externalisée de cette opposition. En d'autres termes, le litige est la face émergée d'un conflit profond.

Le recours à la médiation permet de résoudre le conflit par l'évacuation de la sphère émotionnelle, laquelle s'avère d'ailleurs souvent plus importante que le problème en lui-même.

(1)Thomas FIUTAK, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, page 97.

Le recours au procès permet de résoudre uniquement le litige (matériel, financier, moral) mais ne traite pas le conflit profond opposant les parties, lequel peut ultérieurement se manifester par l'émergence d'un nouveau litige.

Mieux encore, le recours à la **médiation facilite la résolution de plusieurs conflits** là où le juge ne peut traiter qu'un litige à la fois.

L'EMPEREUR-SALZER et COLZON ont parfaitement résumé cet atout : « [...] s'ajoute une autre source de complexité que la médiation réussit bien à gérer : l'existence de plusieurs conflits enchevêtrés, indépendants mais reliés. On n'attendait qu'un seul conflit mais il y en a plusieurs. Dans ces affaires où un conflit en cache un ou plusieurs autres, le juge se trouve vite embarrassé : saisi pour tel litige, il ne peut en traiter un autre, fût-il lié par le premier. Le médiateur, au contraire, embrasse l'affaire dans la complexité de ses diverses composantes. »⁽²⁾

Ce qui, à mon sens, permet la résolution du conflit dans le cadre de la médiation, est la présence de l'autre dans cet espace de sécurité et de confiance crée par le médiateur. L'interaction avec l'autre pousse consciemment ou inconsciemment le médiateur à exprimer ses émotions (peur, colère, jalousie, rancœur...) avec l'aide du médiateur. C'est la raison pour laquelle le conflit peut être résolu : les émotions sont évacuées et le conflit réglé.

Cet aspect n'existe pas en procédure. Certes, le client peut exprimer ses émotions, notamment devant son avocat. Ce dernier peut les accueillir mais elles ne pourront pas être totalement évacuées en l'absence de toute interaction avec l'autre partie. L'absence de gestion des émotions dans le cadre du procès amène d'ailleurs certains justiciables à entreprendre une thérapie concomitamment ou consécutivement à ce dernier.

Le recours à la médiation permet non seulement de résoudre les aspects matériels du litige mais également d'apaiser voire de soigner les émotions sous-jacentes. D'ailleurs, de nombreuses personnes reconnaissent à la médiation un effet thérapeutique.

Cet atout qu'offre la médiation peut s'avérer être un frein à sa promotion. En effet, nombreuses sont les personnes que la psychologie rebute par peur ou incompréhension. Pourtant, elle fait partie intégrante du relationnel humain.

Le recours à la médiation suppose, selon moi, une certaine ouverture d'esprit, au monde, à l'être humain dans toutes ses composantes. Il permet d'avoir un autre regard sur l'exercice de la profession d'avocat et la justice. De sorte qu'il n'est pas certain que l'ensemble des avocats y adhère, notamment pour cette raison.

Dès lors, comment convaincre un avocat d'avoir recours à la médiation ?

(2) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLZON, Méthode de Médiation, page 45.

En lui soutenant l'ensemble des atouts qu'offre la médiation, précédemment évoqué.

Par suite, il conviendra de rassurer ceux qui craignent que le chiffre d'affaires de leur cabinet soit impacté par le recours à la médiation et d'éveiller l'humaniste qui existe en chaque avocat. Et en fonction des personnalités, la médiation pourra davantage être intégrée par la profession.

Enfin, une médiation correctement menée enrichit considérablement le médiateur sur un plan personnel, lequel aura le sentiment d'avoir réellement apporté son aide aux médieurs et en sera d'ailleurs généreusement remercié. Ce dernier aspect de la médiation ne se perçoit pas intellectuellement, il se vit.

II. Les obstacles à la mise en œuvre de la médiation

Vous l'aurez compris, la médiation présente de très nombreux avantages, de sorte que les médieurs en retirent pleine et entière satisfaction à de nombreux égards.

Ce constat établi, je me suis demandée pour quelles raisons les personnes opposées par un litige ne choisiraient-elles pas systématiquement d'entrer en médiation pour le résoudre ?

A priori, un seul obstacle pourrait empêcher le recours à la médiation, savoir la nature du conflit : la médiation permet-elle de résoudre tous types de litiges ?

A ce jour, mon expérience et l'étude de la médiation réalisée à travers mes lectures et les modules de formation suivis ne me permettent pas d'apporter une réponse claire et précise à cette interrogation. Ma première impulsion serait de répondre par l'affirmative, l'ouvrage de Thomas FIUTAK regorge d'exemples de résolution de conflits à échelle internationale par la médiation. En réalité, seule l'expérience du processus apportera des éléments de réponse.

Dans l'attente, j'ai néanmoins relevé quelques éléments qui constituent, selon moi, des obstacles au recours à la médiation.

En premier lieu, dans son ouvrage⁽¹⁾, Thomas FIUTAK disserte sur la culture et la façon dont elle imprègne la médiation en raison de l'origine des médieurs, créant ce qu'il nomme « *l'arène authentique* » de la médiation.

La médiation existe depuis des années mais est peu utilisée en France car peu connue.

Il n'est pas dans **culture française** de résoudre un litige en s'asseyant naturellement autour d'une table afin de discuter. Contrairement aux Etats-Unis où le système procédural accusatoire facilite le recours des avocats à la négociation. Il semble, en effet, naturel pour les avocats américains d'engager une discussion dans le cadre d'une procédure : cette démarche spontanée est ancrée dans la culture américaine.

En France, les avocats sont amenés à discuter et échanger dans le cadre du respect des règles de procédure et notamment celui du célèbre principe du contradictoire. Il n'est cependant pas dans la culture française de spontanément discuter et négocier lorsqu'une procédure judiciaire a été engagée.

Aujourd'hui, la législation française tente de modifier cet état de fait et cet esprit en s'inspirant des modèles anglo-saxons. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a récemment et totalement été refondu notre droit des contrats.

Revenant à la médiation, sous l'impulsion du gouvernement français les avocats vont être de plus en plus contraints à privilégier une solution amiable à la saisine du juge. Il faudra encore attendre quelques années avant que le recours à ce procédé entre définitivement dans les réflexes des juges et des auxiliaires de justice et, de surcroît dans les mœurs.

Ensuite, il me semble que **la personnalité du médiateur** peut constituer un frein au recours à la médiation. En effet, le rôle de médiateur suppose que la personne ait conscience de sa propre personnalité (qualités, défauts, préjugés) afin de pouvoir demeurer le plus neutre, indépendant et impartial possible. Personne ne l'est réellement et les événements révélés au cours d'une médiation peuvent ébranler le médiateur à un tel point qu'il ne parviendra pas à aller au bout du processus et se déportera.

Le médiateur doit être capable d'effectuer un travail sur lui-même et se remettre en question afin d'accueillir les émotions et événements révélés par les médiateurs au cours de la médiation et de les accompagner jusqu'à son terme.

Il s'agit d'une limite car, mon expérience, aussi ténue soit-elle, me fait craindre que peu de personnes sont capables de se remettre en question. Les personnes préfèrent en général rejeter la faute sur l'autre plutôt que de s'interroger sur leur comportement et de revoir leurs idées. Au surplus, regarder en soi afin de savoir ce qui s'y trouve effraie et par conséquent rebute les individus. J'espère qu'avec le temps l'expérience me fera mentir sur ce point.

(1) Thomas Fiutak, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation

Poursuivant sur l'interaction entre médiation et personnalité, une limite au recours à ce mode de résolution des litiges peut se trouver, cette fois, dans **la personnalité des médieurs**. Le bon fonctionnement d'une médiation repose sur le volontariat des médieurs, ces derniers devant s'accorder sur tout le processus y compris sur l'idée de recourir à ce MARC pour la résolution de leur litige.

Or, une personnalité naturellement belligérante, ayant un égo surdimensionné ou un esprit étriqué ne donnera probablement pas son accord pour une médiation. D'ailleurs, la mauvaise foi du médieur fait nécessairement échec à la médiation.

A l'instar de l'avocat qui se formera à tel ou tel MARC au regard de sa personnalité, chaque individu choisira le mode de résolution de conflit qui lui correspond (procédure, droit collaboratif, conciliation, négociation...).

L'EMPEREUR-SALZER et COLZON précise que « *seule une médiation véritablement acceptée au départ aboutit à un accord* »⁽¹⁾. En d'autres termes, la médiation ne peut aboutir qu'à partir du moment où les médieurs adhèrent au processus, se laissent totalement porter par lui en faisant pleine et entière confiance au médiateur. Partant de ce postulat, il est possible de raisonnablement en conclure que certaines personnes n'auront pas recours à la médiation.

En effet, certaines personnes ont besoin, de par leur personnalité, leur vécu, leur caractère de recourir à un mode de résolution des litiges qui leur donnera la sensation de se battre. Elles préféreront alors certainement les outils qu'offre la procédure : stratégies, coup bas, manœuvres dilatoires, confrontation, faisant écho à la personnalité guerrière du justiciable.

L'EMPEREUR-SALZER et COLZON parlent à cet égard de « *pathologies du conflit* ». Ils indiquent, en effet, que « *certains groupes ou personnes n'existent que dans l'opposition systématique à tel autre groupe ou personne, affirmant leur identité dans la confrontation, la négation, le nihilisme même.* »⁽²⁾

Il est peu probable que ces personnalités adhèrent à l'esprit de la médiation.

Il en est de même pour les personnes qui ont un égo surdimensionné ou pour lesquelles il est important de sauvegarder les apparences, dit plus vulgairement « la face ». En acceptant la médiation, elles pourraient avoir la sensation de se dévoiler, de montrer leur(s) faiblesse(s). Ce qui est, pour elles, simplement inacceptable.

Par ailleurs, l'épanouissement de la médiation au sein de notre société peut se heurter à l'un de ses principaux fléaux : **les préjugés**.

(1) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLSON, Méthode de Médiation, page 23.

(2) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLSON, Méthode de Médiation, page 36.

En effet, depuis des décennies, les justiciables ont recours à la procédure et ses rouages pour résoudre leur litige. Avec la civilisation, la violence du conflit s'exprime à travers les expressions blessantes et vexatoires et accusations en tout genre contenues dans les conclusions des avocats. De même, les stratégies développées par chaque partie peuvent s'apparenter aux stratégies de batailles qui ont pu autrefois se tenir.

La présentation de la médiation, de son modus operandi et ses conséquences tant sur le litige que sur la vie personnelle des médiateurs et du médiateur, pourrait faire esquisser un sourire auprès de certains, lesquels pourraient être convaincus qu'il s'agit d'une **utopie**. Comme si, résoudre un conflit par une communication constructive et sereine relèverait de l'illusion.

La médiation n'est pas une utopie. La maîtrise de son processus permet d'acquérir une autre vision non seulement du conflit mais également et surtout de la manière dont l'homme peut y apporter une solution. Elle permet de modifier notre regard et notre manière de penser.

La promotion de la médiation passe nécessairement par le fait de convaincre les individus que la communication est aussi efficace que l'affrontement, voire meilleure. Et d'essayer de leur démontrer que ce qui est différent n'est pas nécessairement moins bénéfique et performant.

C'est ici, à mon sens, que se pose le réel obstacle à la médiation : tenter de convaincre les personnes dont le passé et les valeurs communs ont encre dans leur esprit que litige rime avec combat et que la discussion est sans doute l'arme des faibles. C'est en réalité sans doute sur ce point que se situerait l'utopie...

Enfin et revenant sur un débat plus pragmatique, **la médiation est peu** connue tant par les justiciables que par les avocats. La loi offre pléthore de procédés permettant de résoudre un litige et la médiation n'est pas le premier auquel vont penser notamment les avocats.

Les avocats sont formés à la procédure et lorsqu'ils envisagent une solution amiable au litige qui leur est soumis, ils proposent souvent une transaction. Conformément à leur enseignement, transiger consiste à faire des concessions réciproques en vue de parvenir à un accord.

J'ai personnellement été témoin, dans l'exercice de ma profession, d'une tentative de transaction proposée par une consœur avec laquelle je partage les locaux du cabinet. Au téléphone, cette dernière a demandé à un autre avocat s'il était enclin à envisager une solution amiable dans le dossier qui les concerne. Celui-ci lui a répondu « *si votre client est prêt à payer, nous pouvons envisager une solution amiable au litige* ».

Malheureusement, dans l'esprit de certains avocats la transaction a pour seule clé de voûte l'argent. Dans cet exemple, on est bien loin d'une véritable transaction.

A ce jour, certains avocats se sont ouverts au droit collaboratif et à la procédure participative. Cependant, la médiation et son *modus operandi* demeurent inconnus pour bon nombre de ces praticiens.

Je suis convaincue que la promotion de la médiation doit être faite par les avocats, lesquels sont justement placés afin d'en vanter les mérites auprès de leurs clients. Et si de nombreux avocats comprennent ce qu'est la médiation et peuvent effectivement en faire la promotion, il me semble que beaucoup y sont réfractaires.

En effet, **bon nombre d'avocats craignent que le développement de la médiation impacte négativement le chiffre d'affaires de leur cabinet.** Il est vrai que la procédure judiciaire génère un coût important, de sorte que ce coût constitue la majeure partie du chiffre d'affaires d'un cabinet d'avocat. L'avocat ignore cependant qu'il peut réaliser un chiffre d'affaires confortable en pratiquant la médiation. Il peut appliquer son taux horaire à celle-ci et plus il fera de médiation plus son chiffre d'affaires augmentera d'autant.

Sans doute seront-ils convaincus par le raisonnement développé, sur ce point, par PEKAR-L'EMPEREUR-SALZER-COLZON, lesquels précisent à juste titre que : *« Par comparaison avec le tribunal et ses aléas, la recherche d'une solution transactionnelle permet en général la clôture plus rapide et à moindre frais d'une affaire, au mieux des intérêts du client. C'est aussi dans l'intérêt de l'avocat : plus vite et mieux satisfaits, ses clients reviendront vers lui et le recommanderont à d'autres ».* (1)

Ce raisonnement a priori infaillible convaincra peut-être l'avocat de s'ouvrir à la médiation. En sa qualité d'auxiliaire de justice, il lui appartient d'appréhender cette réalité afin d'abattre cette limite qui me semble chimérique.

Pour ma part, je pense qu'il est important d'évoluer avec son temps : notre gouvernement souhaite aboutir à un désengorgement important des tribunaux. Adopter la pratique d'un mode amiable de résolution des conflits et, en l'occurrence celle de la médiation, c'est s'adapter aux exigences et évolutions législatives.

C'est également s'adapter à la demande des clients car tous les justiciables ne sont pas fondamentalement procéduriers.

Le temps joue en faveur du développement de la médiation malgré l'absence de culture française pour la discussion, les préjugés et la personnalité de chacun. Il nous appartient de la faire découvrir, adopter et peut être la faire pleinement intégrer notre culture.

(1) PEKAR-L'EMPEREUR, SALZER et COLSON, *Méthode de Médiation*, page 106.

Conclusion

La lecture de ce mini mémoire permet d'aboutir à une conclusion évidente : la médiation présente incontestablement de nombreux avantages.

Le recours à ce Mode Alternatif de Résolution des Conflits permettra d'apporter une solution pérenne et efficace à de nombreux litiges et contribuera sans nul doute à désengorger les juridictions.

Encore faut-il que la médiation soit choisie parmi toutes les alternatives à la saisine du juge et correctement mise en œuvre.

Il appartient, selon moi, à l'avocat de promouvoir le recours à ce mode alternatif de résolution des litiges auprès de ses clients et à s'y former.

Il ne pourra que s'enrichir personnellement et enrichir l'exercice de sa profession, élargissant la palette d'outils en sa possession afin de conseiller et d'assister au mieux ses clients.

Je conclurai sur la médiation et le rôle de l'avocat dans sa promotion, par la citation d'un Magistrat, Alain DAMECOURT, reprise par PEKAR-L'EMPEREUR-SALZER et COLZON, en ces termes : « *Est alors donnée à l'avocat : « une nouvelle mission qui est toute à son honneur, semblable à celle d'un juge : être, avec l'autre ou les autres avocats, créateur de juste » »* ».

Bibliographie

Livres

- Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, Thomas FUITAK.
- Méthode de médiation, Alain PEKAR L'EMPEREUR, Jacques SALZER, Aurélien COLSON.
- Comment réussir une négociation, Roger FISHER, William URY, Bruce PATTON

Interviews

- Les étapes de la médiation par Jacques SALZER
<https://www.youtube.com/watch?v=gRckDWax0VE>