

## GÉNÉRALITÉS

### ◆ La médiation : phénomène de mode ou état d'esprit ?

**Hélène GEBHARDT, Magistrate honoraire, Médiateure et Présidente de l'ASM<sup>1</sup> (Association Strasbourg Médiations)**

« *La médiation est un processus social qui se développe de plus en plus dans nos sociétés* » : ainsi commence l'ouvrage de Thomas Fiutak paru en février 2009<sup>2</sup>. L'on constate d'ailleurs un engouement pour la médiation au point que le mot est galvaudé et utilisé pour des pratiques qui n'ont retenu que la fonction d'intermédiaire, tels les médiateurs culturels dans les musées par exemple qui « provoquent une rencontre entre un objet exposé et le public ».

La médiation, dont il est ici question, c'est l'intervention d'un tiers avec un objectif de dialogue et d'apaisement. C'est un mode amiable, - ce terme est plus approprié que celui souvent utilisé d'alternatif -, de résolution des conflits<sup>3</sup> parmi d'autres (transaction, arbitrage, conciliation, ...). En effet, la médiation élargit la palette des réponses possibles et ne saurait se substituer par exemple au juge. La place grandissante de la médiation, que ce soit dans l'enceinte des tribunaux ou dans la société civile (cf la médiation scolaire<sup>4</sup>) conduit à s'interroger sur les raisons du développement de cette façon d'aborder les relations humaines qui en fait a toujours existé et qui concourt à la construction de la paix sociale.

Avec dix ans de retard sur l'Amérique du nord, et en particulier le Québec, on assiste actuellement en Europe à un essor important de la médiation ainsi que de processus proches

comme le droit collaboratif. Si la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 portant sur certains aspects de la médiation civile et commerciale enjoint aux Etats d'introduire dans leur législation avant mai 2011 des modalités minimales, la France, qui dispose en la matière d'une loi depuis 15 ans<sup>5</sup>, a déjà dans son arsenal tous les éléments nécessaires, y compris la suspension de la prescription en cas de recours à la médiation (article 2238 du Code civil introduit en juin 2008).

Pour bien comprendre l'enjeu de la médiation, il convient dans un premier temps de rappeler ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas avant d'aborder quelle est son utilité.

#### I.

La médiation est un **processus** - et non une procédure - **volontaire et coopératif**, c'est-à-dire qu'il ne peut être imposé puisqu'il implique l'adhésion des personnes qui acceptent de se parler, **de négociation facilitée par un tiers** neutre et sans pouvoir de décision qui aide les participants à trouver eux-mêmes la solution qui leur convient à tous.

Le médiateur n'est ni un juge, ni un expert, ni un arbitre; c'est un professionnel de la communication dont le rôle consiste à (r)établir le dialogue en instituant un **espace particulier et confidentiel** grâce à un **cadre** très précis qui permet aux personnes de s'écouter vraiment et de comprendre la logique ainsi que les

1. [www.strasbourg-mediations.eu](http://www.strasbourg-mediations.eu)

2. Th. Fiutak « *Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation* » éd. ERES

3. ce qu'on appelle les MARC ou en anglais ADRA Alternative Dispute Resolution

4. DNA du 30 avril 2010 « *Violences et médiation* » débat avec le médiateur de l'académie de Strasbourg Paul Muller

5. loi n°95-125 du 8 février 1995 et décret n°96-652 du 22 juillet 1996 devenus les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile

intérêts fondamentaux de l'autre. Le médiateur s'attache à la forme et non au contenu des échanges, il cherche à faire émerger les véritables besoins qui devront être satisfaits, au moins partiellement, pour que la solution retenue soit durable.

Il convient d'insister d'une part sur la nécessité d'une formation spécifique car la médiation comporte des techniques (écoute active, empathie, reformulation...) et des étapes (passé, présent, futur / quoi, pourquoi, comment) qui doivent être respectées, d'autre part sur l'indispensable déontologie. Si la bonne volonté ne suffit pas, l'humilité doit rester la règle du fait de la responsabilisation des personnes. L'indépendance est également un point important et certains médiateurs institutionnels (comme les médiateurs bancaires instaurés en 2001) peuvent, malgré des garanties apportées, ne pas être considérés comme réellement tiers.

On distingue la **médiation préventive** (médiation dite de projet) pour anticiper les conflits, domaine qui est certainement amené à prendre de l'ampleur, de la **médiation curative** la plus largement connue,

- soit **conventionnelle** ou spontanée, c'est-à-dire en dehors de tout procès, la demande est alors faite par une partie ou par les deux parties conjointement qui choisissent le médiateur, lequel peut avoir pour mission de contacter l'autre protagoniste ;
- soit **judiciaire**, c'est le juge qui désigne un médiateur après avoir recueilli l'accord des parties et qui peut, en cas de succès, homologuer la solution trouvée lui conférant ainsi force exécutoire.

L'abandon de la parole au profit des procédures écrites devant les juridictions renforce la nécessité de trouver un lieu pour que cette parole puisse s'exprimer. Autant les individus sont souvent spectateurs de leur procès, autant ils sont acteurs dans le processus de médiation. Il est également acquis que le juge ne peut statuer en dehors ou au-delà de ce qui lui est demandé.

La mission première du juge est de « *dire le droit* » ; le juge tranche le différend juridique conformément aux règles de droit sans forcément résoudre le conflit humain. Les émotions n'ont pas leur place dans un litige juridique. Le procès se termine par la solution imposée par le juge qui rend une décision en fonction des éléments juridiques qui lui ont été soumis. Si le conflit est plus profond, la réponse judiciaire atteint ses limites, comme le décrit Béatrice Brenneur<sup>6</sup>, fondatrice du GEMME fin 2003 (Groupement Européen des Magistrats pour la MEdiation, 350 membres dans 20 pays, [www.gemme.eu](http://www.gemme.eu)).

Diverses expérimentations sont en cours dans les juridictions. Cinq tribunaux pilotes ont été retenus : Bordeaux, Arras, Paris, Niort et Saint-Pierre. Au niveau de la cour d'appel de Paris<sup>7</sup>, c'est principalement devant les chambres sociales que depuis décembre 2009, une quarantaine de médiateurs tiennent des permanences devant neuf chambres sociales (soit environ 25 audiences hebdomadaires) avec un résultat encourageant (100 médiations ordonnées les trois premiers mois)<sup>8</sup>. Devant une dizaine de chambres civiles du tribunal de grande instance de Paris (l'expérience antérieure en matière familiale, y compris à Bobigny et à Créteil, ayant été concluante), c'est le système dit de la « double convocation » (convocation des parties et de leurs avocats devant un médiateur en vue d'une information en même temps que la convocation à une première audience environ 6 semaines après) qui a débuté le 1<sup>er</sup> mars 2010 avec 17 demi-journées de permanence d'information assurées bénévolement par quatre associations.

6. B. Blohorn-Brenneur « *Justice et Médiation, un juge du travail témoigne* », Le cherche midi 2006

7. Fabrice Vert, *L'expérimentation du rapport Magendie sur la médiation*, Gazette du Palais 25-27 avril 2010 p. 7

8. Médiation n°4 mars 2010, Revue de l'ANM (association nationale des médiateurs)

Un bémol doit être apporté quant au recours obligatoire à la médiation tel qu'il est actuellement prévu dans un projet de décret en matière familiale dans le cadre de l'après-divorce. La médiation ne saurait être utilisée comme un moyen pour désengorger les tribunaux. Une tentative préalable de médiation systématique avant la saisine du juge est vouée à l'échec comme la tentative préalable de conciliation devant le conseil de prud'hommes qui est devenue une simple formalité. Cela heurte le principe même de l'adhésion authentique des personnes et le caractère volontaire de ce processus particulier. A ne pas confondre avec l'injonction judiciaire de rencontrer un médiateur pour un entretien d'information qui, elle, pourrait être généralisée car c'est un moyen efficace pour faire connaître ce service méconnu, chacun décidant pour son compte après avoir été éclairé.

Enfin, la médiation n'est pas un remède-miracle. Il est nécessaire de souligner que tout litige ne relève pas de la médiation ; les dossiers privilégiés sont ceux où les personnes sont obligées de continuer à être en relation (parents séparés, voisins, fournisseur ou sous-traitant sur un créneau étroit en matière commerciale...). Par ailleurs, refuser d'aller en médiation ne doit pas non plus se retourner contre la personne qui n'en veut pas. En d'autres termes, la médiation ne doit pas devenir la norme.

## II.

La médiation, qui suppose un nouvel état d'esprit, convient à ceux qui préfèrent une réponse négociée plutôt qu'imposée. Toutefois, trois freins principaux au développement de la médiation ont été relevés : la peur du changement en général, la crainte d'une perte de ressources pour les avocats (alors qu'ils ont toute leur place en médiation où ils sont pleinement dans leur rôle de conseil) et l'idée d'une perte de pouvoir pour les magistrats.

L'utilité de la médiation, notamment dans l'entreprise par exemple, est indéniable: elle amé-

liore en interne le dialogue social, la prévention des risques psycho-sociaux ou le traitement du harcèlement ainsi que de la discrimination. C'est un « accélérateur de démocratie »<sup>9</sup> avec des rapports horizontaux et non plus verticaux entre les personnes.

L'avantage incontestable de la médiation, indépendamment de sa rapidité, est sa **souplesse** qui permet de régler globalement l'ensemble d'une situation alors que les domaines d'intervention du juge sont cloisonnés (tel le juge du divorce qui ne peut régler un litige de droit commercial). La médiation offre en outre la possibilité de trouver des solutions inventives et originales parfaitement adaptées à chaque cas.

Ce processus convient particulièrement pour les **litiges transfrontaliers** lorsque les systèmes juridiques ne sont pas compatibles. Ainsi, EURO-INFO<sup>10</sup>, association franco-allemande de consommateurs, promeut la médiation (elle a même édité une brochure spécifique) et rappelle que la commission européenne a instauré un mécanisme de « notification » [certification] de médiateurs répondant à certains critères selon les secteurs.

Les clauses de médiation se développent dans les contrats, de plus en plus à la place des clauses d'arbitrage, procédure plus onéreuse. C'est avant l'émergence d'un conflit que les parties conviennent volontairement de recourir à la médiation avant d'engager une éventuelle action judiciaire.

On vient en médiation, non pas pour convaincre, mais pour **comprendre, ce qui ne signifie pas être d'accord**. Lors d'une médiation, ce n'est plus la logique de « gagnant/perdant », « tu as tort, j'ai raison » qui prévaut. On ne cherche plus à écraser l'autre ou à faire

9. thème du 9<sup>e</sup> Rendez-vous d'automne de l'ANM le 5 novembre 2009 à l'Assemblée Nationale

10. qui a ses bureaux en Allemagne Rehfusplatz 11 D-77694 Kehl, [www.euroinfo-kehl.eu](http://www.euroinfo-kehl.eu)

« triompher le droit » mais à préserver la relation alors que le procès ne fait souvent qu'exacerber le conflit (le gagnant est parfois le perdant au final si l'autre, qui aura été par exemple humilié, refuse d'exécuter la décision).

La médiation n'est pas seulement un mode de résolution des conflits, c'est aussi un **mode de construction des comportements** qui privilégie la confiance et le respect. Souvent, nous prêtons à l'autre une intention qu'il n'a pas et restons centrés sur nous au lieu d'examiner réellement le point de vue de l'autre. La peur consomme une énergie considérable et nous avons tendance à penser la réalité telle que nous craignons qu'elle soit. La médiation rejoint la communication non-violente (CNV) développée par Marshall Rosenberg<sup>11</sup> et par Thomas d'Ansembourg<sup>12</sup> qui prônent de pas perdre de vue l'être humain. C'est précisément ce besoin d'humanité qui est universel et que chacun, à condition de le vouloir et d'en être capable, peut partager.

En conclusion, on s'aperçoit que la médiation, qui se structure ainsi qu'il a été exposé, n'est pas qu'un simple phénomène de mode mais un mouvement plus profond. *« Si, au lieu de la réduire à une technique, la médiation devient projet de société (...), elle nous permettra de passer de l'ordre ancien, conçu dans un rapport de soumission du citoyen aux instances supérieures, à l'ordre nouveau, centré sur sa participation réelle et active dans la vie de tous les jours »*, telle était la conclusion de Jacqueline Morineau<sup>13</sup> il y a plus

de dix ans. Jean-Paul Delevoye, actuel Médiateur de la République, constate aujourd'hui que le rapport à l'autorité a changé entraînant une multiplication des conflits, ce qui en soi n'est pas négatif car le conflit bien géré fait avancer. Enfin, lors des 1ères Assises internationales de la médiation judiciaire qui ont eu lieu au Sénat en octobre 2009 et qui ont réuni 300 personnes du monde entier, une intervenante brésilienne a résumé ainsi la médiation : *« c'est un état d'esprit qui transforme le désespoir en espoir »*.

---

11. « Les mots sont des fenêtres » 1999 et « Parler de paix dans un monde de conflits » 2009

12. notamment « Cessez d'être gentil, soyez vrai ! » 2001

13. J. Morineau « L'esprit de la médiation » éd ERES 1<sup>ère</sup> éd 1998 rééd 2005 p.169