

MÉDIATION CONVENTIONNELLE : POINT DE VUE SUR LES ENJEUX ET LES MÉTHODES - Etude par Laurent BERTHOMIEUX

Document: La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 44, 1er Novembre 2002, 1590

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 44, 1er Novembre 2002, 1590

MÉDIATION CONVENTIONNELLE : POINT DE VUE SUR LES ENJEUX ET LES MÉTHODES

Etude par Laurent BERTHOMIEUX Notaire, Délégué de l'Institut Notarial de l'Entreprise

[Accès au sommaire](#)

La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits de toutes natures qui trouve dans le droit un champ d'application privilégié. Avec une certaine diversité des méthodes, elle met en jeu des techniques spécifiques nécessitant une formation approfondie. Les enjeux et les perspectives dans un pays comme le notre, où elle est encore marginale, sont tels qu'elle constitue une des solutions face à l'engorgement de la justice voire une alternative au projet des juges de proximité. Associée aux fondements de notre système de droit écrit, elle aurait l'opportunité de se différencier des pratiques anglo-saxonnes par une meilleure prise en compte de l'équité.

1.

1. - La médiation est une tradition bien ancrée dans la pratique en Asie, notamment en Chine avec les "Comités de Conciliation du Peuple". Elle est incontournable aux États-Unis depuis les "Commissioners of Conciliation" institués en 1913 par le Département du travail.

2. - Fréquemment pratiquée en Europe du Nord et en Allemagne, elle a été consacrée en France sous sa forme judiciaire par la loi du 8 février 1995.

3. - Elle est aujourd'hui l'objet d'intérêts croissants sous sa forme conventionnelle tant les enjeux deviennent clairement perceptibles et ce malgré une pratique juridique différente issue de notre système de droit écrit.

4. - La médiation conventionnelle touche tous les domaines du droit par sa parfaite adaptation à la résolution des conflits en général.

5. - C'est un complément, voire une alternative, au projet des nouveaux "juges de paix" dans la lutte contre l'engorgement de la justice. Cette voie dissocie clairement la fonction de juge liée au statut de magistrat de celle de médiateur liée à la qualité de professionnel du droit auxiliaire de la justice.

6. - La clé du processus de médiation est simple dans son principe. Il s'agit de remettre le sort du conflit entre les mains des parties qui construisent un protocole de sortie dans le cadre des dispositions des articles 2044 et suivants du Code civil.

7. - Le processus construit une solution avec le concours de parties responsabilisées et informées qui deviennent les véritables acteurs du règlement du différend par l'écoute, le dialogue, l'analyse et la concertation.

8. - Mais il ne faut pas s'y tromper. Le processus de médiation, bien que volontaire, est une voie difficile.

9. - C'est une voie exigeante pour les parties parce qu'elles doivent accepter, dans une certaine mesure et s'il s'avère fondé, le point de vue de leur contradicteur.

10. - C'est une voie exigeante également pour le médiateur qui doit faire preuve de professionnalisme, d'une extrême rigueur dans le déroulement du processus, d'une bonne maîtrise des outils utilisés et d'une parfaite compréhension de son rôle.

11. - Elle ne s'improvise pas et requiert un savoir-faire essentiellement technique et non de nature psychologique comme on pourrait le penser.

12. - Christopher W. Moore, auteur en 1986 d'un ouvrage intitulé "The Mediation Process : Practical Strategies for Resolving Conflict", définit la médiation comme "l'intervention dans un conflit ou une négociation d'un tiers reconnu, impartial, neutre et qui n'a aucun pouvoir de jugement, pour assister les parties en conflit dans leur volonté commune de trouver une solution".

13. - Il faut comprendre par "intervention", l'entrée dans un système relationnel existant et l'interposition dans les relations entre des acteurs (personnes physiques, sociétés, organisations) en conflit.

14. - Il peut également s'agir d'orienter une négociation en cours, un marchandage, voire un chantage, vers une autre forme de débat après avoir rétabli les équilibres.

15. - Dans ce débat, le tiers médiateur apporte une nouvelle dynamique et conforte les parties en conflit dans le sentiment qu'une autre approche est possible.

16. - Le médiateur influence positivement le comportement relationnel des parties. Il devient le miroir de leurs convictions. Il planifie la négociation engagée. Il leur permet de dégager le point central du conflit.

17. - En d'autres termes, le médiateur devient un facteur déterminant dans la résolution du conflit, mais sans y prendre part.

18. - Les parties en conflit attendent du médiateur une assistance parce qu'elles ne savent plus comment gérer le contentieux.

19. - Mais en toute hypothèse, ce dernier doit se garder d'avoir une attitude active et de faire des propositions au risque d'agir au détriment de l'une ou l'autre des parties en présence.

20. - Des médiateurs devenant un instant négociateurs peuvent aggraver la situation.

21. - Tout le monde garde à l'esprit les pourparlers entre Juifs et Palestiniens à Camp David et cette médiation ratée. On a pu constater comment des médiateurs expérimentés, voyant le processus avancer, ont, par excès de confiance et de leur propre initiative, mis sur le tapis la question de Jérusalem que personne ne voulait évoquer à ce stade du rapprochement entre les deux camps et que rien ne pouvait alors permettre de résoudre.

2. 1 - Une mission claire

22. -

23. - Le médiateur n'est ni conciliateur, ni arbitre, ni même négociateur. Le conciliateur a une certaine connaissance technique de l'objet du conflit. Il assiste les parties, facilite la communication directe entre elles et propose des solutions techniques. Il existerait en France près de 2 000 conciliateurs de justice dont le rôle est défini par le décret du 12 décembre 1996 modifiant celui du 20 mars 1978. L'arbitre est un tiers choisi ou imposé. Il émet une sentence, tranche un litige après avoir écouté les arguments des parties en conflit comme dans un procès. Il agit en âme et conscience. Au même titre qu'un juge, son objectif n'est pas de réconcilier les parties mais de déterminer du mieux

qu'il peut quel est le droit et qui a raison. Le médiateur quant à lui travaille pour que les parties trouvent elles-mêmes les moyens de concilier leurs intérêts respectifs, initialement vécus comme contradictoires. Le médiateur est un tiers neutre dans les relations entre les parties et avec les parties. Il est impartial dans ses attitudes et décisions. Il est indépendant quant au litige qu'il ne connaît pas. Choisi par les parties elles-mêmes, il sera à l'avenir de plus en plus fréquemment désigné par un organisme de médiation auquel les parties se seront adressées. Son premier objectif est de renouer le dialogue. Il s'attache à rétablir un équilibre relationnel en compensant le déficit de communication qui est souvent partie intégrante du conflit. La faculté que développent les parties à trouver une solution à leur propre litige dépend essentiellement du lien de confiance qui doit s'établir entre elles et le médiateur. Dans un article intitulé "Negotiation in the Public and Private Sectors" publié en 1983 dans la revue "American Behavioral Scientist", Thomas Colosi démontre combien la confiance est le pivot de la médiation. Il y ajoute la capacité du médiateur à introduire le doute dans le raisonnement de chacune des parties. Les parties sont ainsi amenées à remettre elles-mêmes en cause leur argumentation par l'effet miroir de la reformulation. Cet effet les amène à examiner de l'extérieur leurs paroles respectives comme elles le font naturellement avec leur contradicteur : le sens critique en plus. Lors de la première séance de médiation, peu de temps suffit à un médiateur expérimenté pour faire le constat de l'existence ou non de cette relation de confiance ou de la possibilité de l'instaurer ultérieurement au fil du processus. Le médiateur gagne la confiance des parties par la démonstration de sa neutralité. Pour y parvenir, le médiateur écoute beaucoup et accepte les idées développées avec un esprit neutre et ouvert. Il s'intéresse aux problèmes évoqués et demande des informations complémentaires. Il parle peu et exprime des opinions neutres et/ou positives. Il ne dévoile pas ses émotions et ne juge jamais car les apparences sont trompeuses. Une fois la confiance établie avec les parties, le médiateur doit être vigilant et ne pas outrepasser son rôle. Il est exposé au risque de perdre le sens de son intervention. Son objectif est que les parties transfèrent progressivement la confiance qu'elles lui accordent, en tant que tiers neutre à l'écoute, au profit du processus de médiation lui-même. Dès que les parties se sentent rassurées sur la neutralité même du processus et sur la capacité de ce dernier à pouvoir conduire à une solution, les fondations sont posées. Les portes de la médiation sont alors ouvertes. Il fait ensuite partie de la mission du médiateur de faire renaître la confiance entre les parties elles-mêmes. Cela se passe plus loin dans le processus, généralement au moment où les parties commencent à inventer des solutions. Elles se prennent à donner du sens et de la valeur à ce que dit ou propose l'autre partie, déjà moins adversaire que partenaire d'une probable solution commune.

3. 2 - Un processus rigoureux

24. -

25. - Recourir au concept de "tiers médiateur" par opposition à ceux de "juge", "arbitre" ou "négociateur", c'est se situer dans un contexte de droit négocié plutôt que de droit imposé. La place est alors laissée à l'imagination dans le respect des règles d'ordre public. Il est surprenant de constater comme le droit peut être appliqué avec créativité. C'est aussi raisonner en termes de satisfaction d'un besoin identifié (la construction du protocole de médiation) plutôt qu'en termes d'acceptation d'un dispositif normalisé (le jugement notifié). Sur un plan plus global, il s'agit de privilégier une solution élaborée par les parties plutôt que l'application d'une norme collective contraignante. En d'autres termes, il s'agit de faire naître le "contrat du conflit". Une médiation suit un processus marqué par des phases successives de plus ou moins longue durée. Tout débute par une entrée en matière permettant de bien cerner les parties et de leur offrir un cadre de confiance. Cela continue par une analyse systématique distinguant points d'accord et points de désaccord. La compréhension des données examinées et leur hiérarchisation permettent d'aborder le conflit dans la limite des objectifs des parties. Tout au long du processus

sont égrainés des principes simples tels que le respect du droit de chaque partie d'exprimer sa situation et ses divergences. Ces principes qui peuvent être imposés, d'une manière autoritaire si nécessaire, apportent la sérénité essentielle au bon déroulement de la médiation. Une médiation réussie se nourrit ainsi d'une analyse préliminaire approfondie de la situation permettant de dégager l'essentiel du conflit, sa réalité profonde et la véritable nature du désaccord. De la qualité de cette analyse dépend bien évidemment la capacité à sortir du conflit mais surtout la pérennité de la solution qui sera mise en place au terme de la médiation. Selon les écoles de médiation, le processus comprend plusieurs phases difficiles à identifier précisément. On peut les regrouper en trois périodes principales.

A. - A - L'exploration du contexte conflictuel pour dégager le désaccord central

26. -

27. - Il s'agit de délimiter le périmètre du conflit en trouvant avec les parties un premier accord portant sur les points de désaccords apparents. Vient ensuite un accord sur leur point de désaccord fondamental : "mettre les parties d'accord sur le désaccord" comme aime à le souligner Éric Guérin, un des spécialistes de la médiation conventionnelle et judiciaire en France ^{Note 1}. C'est le savoir-faire du médiateur lors des débats qui garantit l'émergence de ces premiers accords. Cette phase conduit ainsi à la bonne compréhension du conflit par l'utilisation d'outils comme l'écoute, la reformulation, l'analyse et le questionnement. Elle permet par exemple de cerner la nature d'un problème de communication. Dans un tel cas, le médiateur cherche à comprendre s'il s'agit de la qualité de l'information, de la quantité d'information délivrée ou de la manière dont celle-ci a été transmise ou véhiculée.

B. - B - La concrétisation du désaccord constaté par la recherche de solutions

28. -

29. - Cette étape consiste à développer l'expression de l'intention positive de chaque partie au travers de solutions imaginées par les parties et conduit à suivre les parties dans la recherche de la solution la plus adaptée au désaccord central constaté par elles.

C. - C - La formalisation de la solution choisie mettant fin au conflit

30. -

31. - Cette dernière phase conduit à mettre en œuvre la solution choisie par les parties qui correspondra au mieux à leurs intérêts respectifs. Elle permet aussi de valider les données juridiques, fiscales, sociales, économiques,... de la solution. Cette forme de médiation fonctionne en fait à la manière d'un moteur rotatif. Chaque cycle du processus correspond à un tour complet allant du recueil des données du problème à la mise en œuvre de sa solution en passant par la compréhension des causes, la recherche de solutions et l'analyse de la solution choisie. Plus le conflit est complexe, plus il y a de problèmes à régler et plus il est nécessaire d'accomplir de cycles. Mais conflit exacerbé ne veut pas toujours dire complexe. Quelle que soit l'apprêt du débat, un cycle s'avère souvent suffisant lorsque le point central de désaccord est rapidement dégagé. Le temps passé à chaque phase dépend aussi des parties elles-mêmes. On pourrait s'aventurer à les classer en profils psychologiques anecdotiques allant des "demandeurs" aux "incompris" en passant par les "opposants" et les "durs à cuire" sans oublier les "jouisseurs" et les "pinailleurs". Le processus de médiation est souvent enseigné en Amérique du Nord sous la forme d'un cycle en douze étapes :

32. - - prendre contact avec les parties ;

33. - - définir une méthode avec les parties ;

34. - - collecter les données antérieures sur le conflit ;

35. - - définir un plan pour le déroulement de la médiation ;

36. - - construire la confiance ;

37. - - débiter la médiation proprement dite ;

38. - - définir les enjeux et arrêter un calendrier ;

39. - - mettre à jour les éléments et intérêts non révélés ;

40. - - faire l'éventail des solutions possibles ;

41. - - choisir la solution la mieux adaptée ;

42. - - mener la négociation finale ;

43. - - mettre en forme l'accord.

44. - Il est également possible d'opérer des classifications à partir des causes probables du conflit et des actions corrélatives à privilégier :

45. - - conflit de type "donnée" (data) : pour résoudre un conflit basé sur un manque d'information, il faut définir l'information importante ;

46. - - conflit de type "intérêt" (interest) : pour résoudre un conflit basé sur des intérêts concurrentiels, il est nécessaire de fixer les intérêts de chaque partie en mettant de côté leurs positions sur le marché ;

47. - - conflit de type "hiérarchie" (structural) : pour résoudre un conflit basé sur la répartition de l'autorité, il est utile de décrire l'environnement respectif des parties et les modalités d'exercice de l'autorité ;

48. - - conflit de type "valeurs" (value) : pour résoudre un conflit basé sur des critères de valeurs, il convient de cerner un but fédérateur partagé par les parties ;

49. - - conflit de type "relations" (relationship) : pour résoudre un conflit fortement émotionnel, il est judicieux de préciser le cadre dans lequel une libre expression des émotions est possible.

4. 3 - Avantages de la médiation

50. -

51. - En droit de la famille ou des affaires comme dans beaucoup d'autres domaines du droit, la médiation comporte bien des avantages et offre la possibilité de déboucher sur une solution effective, satisfaisante et pérenne. Sans ordre hiérarchique et de façon non exhaustive, la médiation :

52. - - préserve le futur des relations entre les parties en conflit et peut même déboucher sur un nouveau départ en droit de la famille ou un développement des relations commerciales en droit des affaires ;

53. - - représente un facteur important d'économie de temps, d'efforts, de travail improductif et d'argent avec un coût faible par rapport à une procédure judiciaire ;

54. - - permet de respecter une stricte confidentialité par le nombre limité d'intervenants, l'absence d'audience publique, de publicité... ;

55. - - peut être enfermée dans un délai de quelques semaines au plus et conduit à une utilisation optimale du temps directement consacré au dossier, quelques heures de médiation correspondent à des années de procédures judiciaires ;

56. - - rend les parties "acteur" de leur propre destinée dans le règlement du conflit tout en leur laissant pendant le processus une totale liberté de décision et d'action ;

57. - - évacue l'aléa judiciaire qui est toujours présent quelle que soit la qualité des intervenants ;

58. - - débouche sur des solutions concrètes et immédiatement opérationnelles ;

59. - - "assure la réparation", "colmate la brèche", "soigne la plaie",... ces aspects étant toujours présents quel que soit le conflit, même s'il est rarement opportun d'en faire état.

5. 4 - Médiation, Notaire et Formation

60. -

61. - Parmi les professions du droit, le notariat apparaît être comme prédisposé à la médiation. C'est une profession où la déontologie et la confraternité sont très présentes. C'est une profession dont la culture, l'éthique et les structures peuvent accompagner le développement de la médiation conventionnelle. Toutefois l'efficacité et la sécurité seront immanquablement liées à une formation approfondie à ces techniques spécifiques. Formation à laquelle les notaires comme les autres professionnels du droit devraient se soumettre au plus tôt afin d'acquérir les compétences nécessaires pour tirer partie de tous les atouts de la médiation tant en termes économiques qu'en termes de paix sociale. Ce pourrait être l'occasion d'inventer le difficile concept de "médiation conventionnelle équitable" qui tirerait son objectif d'équilibre de notre système de droit écrit et de ses principes fondateurs ; se différenciant ainsi de la Common Law et de l'application de la loi du plus fort, fusse-t-elle acceptée.

Note 1 Éric Guérin est Directeur de l'Institut Armédès.

© LexisNexis SA