

MÉDIATION

Les avocats parlent aux avocats 270d0

Ou tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur le processus de médiation sans avoir à le demander

L'essentiel

Avocats conseils et de contentieux, Michèle Jaudel et Bertrand Delcourt sont tombés dans la marmite de la médiation lorsqu'ils ont compris que ce processus était un outil performant à la disposition des avocats et de leurs clients pour construire une solution sur-mesure adaptée à leurs besoins.

Les objections opposées par les avocats aux magistrats qui proposent, à l'audience, de mettre en œuvre une médiation, procèdent selon eux soit d'une connaissance imparfaite de ce processus, soit d'une insuffisante mise en perspective du rôle de conseil. C'est en se formant (à titre indicatif CMAP, CNPM, EIMA (École du barreau de Paris), IEAM, IFOMENE, Paris 2, Resolvers et autres), comme médiateur et/ou comme avocat accompagnateur, et en pratiquant, que les avocats seront définitivement convaincus de l'utilité du processus.



Libre propos par
Michèle JAUDEL
Avocat au barreau de Paris, médiateur agréé auprès du centre de médiation et d'arbitrage de Paris, certifié IFCM (IMI), membre de l'AME et du centre de médiation culture



et **Bertrand DELCOURT**
Avocat au barreau de Paris, médiateur, délégué régional Île-de-France de la Chambre nationale des praticiens de la médiation

Au cours des permanences d'information sur la médiation que, comme d'autres médiateurs, nous assurons bénévolement auprès des chambres sociales de la cour d'appel de Paris, il nous est donné d'entendre une grande variété de motifs que nos confrères avocats invoquent pour décliner l'invitation des magistrats, désormais favorables dans leur grande majorité à ce processus, à s'engager dans une médiation.

Profondément convaincus du fait que ces motifs ne sont pas, dans la plupart des cas, pertinents, et puisque l'ordonnancement de ces audiences ne nous permet pas d'exprimer sur le moment les réserves que ces objections nous inspirent, nous voulons livrer ici, à l'intention de ceux de nos confrères qui se reconnaîtront, une critique bienveillante et constructive des motifs qui sont le plus fréquemment invoqués.

1. « Nous n'avons pas reçu de mandat pour aller en médiation ». Vous n'avez pas non plus reçu mandat pour soulever une exception d'incompétence territoriale, pour exciper d'une prescription et pourtant, si l'occasion s'en présente, vous ne manquez pas de le faire. Et ce, pour la

bonne et simple raison que le mandat que vous avez reçu vous confie toute latitude pour tirer le meilleur parti du dossier qui vous est confié, pour défendre au mieux les intérêts de votre client.

Or, il se trouve que dans certaines circonstances (dans des conflits opposant un employeur à un salarié toujours en poste, par exemple, ou encore lorsque les parties au contrat de travail sont unies par ailleurs par des liens familiaux, lorsque des non-dits persistants ont perturbé la compréhension du conflit...), c'est par le recours à la médiation que peut être trouvée la solution qui sera la plus appropriée à la situation de votre mandant au regard, notamment, d'une éradication durable de toutes les manifestations du conflit qui émaillent les relations entre les parties.

Ainsi, bien que vous n'ayez pas été mandaté spécifiquement pour mettre en œuvre une médiation, vous n'en devriez pas moins envisager les atouts de ce processus, plus particulièrement si le magistrat vous y invite et, si le bilan avantages/inconvénients est conforme aux intérêts de votre client, la lui recommander, vous acquittant de façon novatrice et performante de votre obligation de conseil.

Et, au final, c'est bien votre client qui décidera, lorsque vous lui aurez donné les éléments d'information et lorsque vous l'aurez conseillé utilement. Il s'agit de l'exercice de votre devoir de conseil et de la liberté de votre client d'adhérer, ou non, à vos recommandations. Son choix sera éclairé.

Il est de votre devoir éthique et déontologique d'éclairer complètement la décision de votre client qui ne manquera pas un jour, inéluctablement, comme le Code européen déontologique le retient déjà, de mettre en cause la responsabilité de l'avocat qui ne l'aura pas, à titre de conseil, informé sur l'opportunité du recours à la médiation.

2. « Nous avons déjà essayé de négocier entre avocats, mais nous ne sommes pas parvenus à un accord, ou encore la médiation nous a déjà été proposée ». Imaginer que la médiation est vouée à l'échec là où des pourparlers entre avocats n'ont pu aboutir, procède malheureusement d'une méconnaissance, ou, à tout le moins, d'une

pratique insuffisante, de ce mode amiable de résolution des conflits.

Entre autres apports, l'intervention d'un tiers neutre, indépendant et impartial aide à s'extraire d'une logique de négociation frontale dans laquelle ce que gagne l'un, l'autre le perd, et réciproquement, en sorte que les marges de manœuvre sont rapidement consommées, pour s'inscrire dans une autre logique, dans laquelle certains gains de l'un sont compatibles avec des gains de l'autre et dans laquelle d'autres modes de compensation sont identifiables.

Et si le tiers favorise cette approche, ce n'est pas qu'il soit plus compétent ou plus habile que ne le sont les conseils des deux parties, c'est que sa seule présence ouvre des perspectives de discussion auxquelles une négociation bilatérale ne permet pas nécessairement d'accéder.

Par exemple, la pratique des entretiens séparés, ou apartés, permet de faire « bouger les lignes », chacun étant à même de confier au médiateur, en toute confidentialité, ce que sont ses besoins essentiels, et quelles concessions il serait prêt à consentir pour les voir satisfaits.

En d'autres termes, vous ne devez pas présumer qu'un médiateur ne pourrait vous aider à construire un accord mutuellement satisfaisant que vos talents de négociateur n'ont pu faire émerger ni, moins encore, redouter que vos aptitudes professionnelles ne soient mises en doute si vous ne parvenez à un tel accord que dans le cadre d'une médiation.

Qu'un tiers conduise les parties en conflit à dessiner une solution, qui leur paraissait introuvable avant qu'il ne crée les conditions d'une coopération et ne mette en œuvre une méthode éprouvée, est dans l'ordre des choses.

Dans le processus de médiation, un cheminement s'opère, des équipes se forment à la recherche d'un résultat prenant en considération les besoins, les préoccupations, les valeurs : le sport est collectif, contrairement à la négociation frontale traditionnelle où nous sommes l'un contre l'autre, position contre position, dans un rapport de force qui conduit souvent les justiciables à accepter un compromis, ce qui n'est pas toujours le gage d'une solution performante et durable.

3. « Nos positions sont trop éloignées ». Si vos positions vous paraissent trop éloignées, ce n'est que parce qu'elles sont l'aboutissement de la stratégie que chaque partie à l'instance a, fort logiquement, mise en œuvre en excipant d'arguments maximalistes, destinés à optimiser sa position dans le litige qu'il est demandé au juge de trancher.

Mais chacun sait que ces stratégies, par lesquelles on s'évertue à ne laisser aucun pouce de terrain à « l'adversaire », recèlent toujours un talon d'Achille, en sorte que ces positions ne procèdent en somme que d'un affichage, mais ne peuvent être regardées comme le juste reflet de ce qu'il est raisonnable d'attendre de la décision.

Pour simplifier, qui ne voit que ce salarié, qui poursuit l'octroi d'une indemnité correspondant à vingt-quatre mois de rémunération brute, estime en son for intérieur que son préjudice serait justement réparé s'il était indemnisé dans une mesure comprise entre neuf et douze mois de rémunération ?

Qui ne sait que cet employeur, qui s'arc-boute sur un argumentaire visant au débouté de ce salarié de l'intégralité de

ses demandes, n'ignore pas qu'il encourt un risque important de condamnation au paiement d'une indemnité dont le montant sera nécessairement supérieur à six mois au regard de son ancienneté et des effectifs de l'entreprise ? Comment, dans ces conditions, soutenir raisonnablement que leurs positions respectives de condamnation dans une mesure de vingt-quatre mois et de débouté intégral sont trop éloignées puisqu'elles ne sont, en définitive, que trop souvent opportunistes et artificielles ?

La médiation est une occasion que les parties peuvent saisir afin de mettre un terme à ce théâtre d'apparences et de tenir un langage sincère dans la recherche d'un compromis équilibré, en toute confidentialité, puisque jamais le juge ne connaîtra les termes des propositions échangées, des offres et des renoncements conditionnelles, ni même ne saura si l'une d'entre elles a fait preuve de plus d'inflexibilité que l'autre, le médiateur étant garant de cette stricte confidentialité.

Autrement dit, entrer en médiation c'est aussi, le temps de ce processus, tomber les masques, abandonner ces « positions trop éloignées », pour se donner une chance de maîtriser ensemble le dénouement d'une situation conflictuelle.

Et, si un accord peut être trouvé, ce dénouement ne résultera pas d'une décision autoritaire qui s'imposera aux parties, décision la plus souvent génératrice de bien des amertumes, mais emportera des concessions librement consenties, traduction de l'exercice, par chacune des parties en conflit, de sa pleine responsabilité.

Trouver par soi-même, avec l'aide des avocats présents dans le processus et celle du médiateur, la solution à un conflit dont les développements ont miné le quotidien, ont parfois obéré l'avenir, a quelque chose de gratifiant et procède d'une réappropriation de sa destinée, qu'il s'agisse de celle d'un individu ou de celle d'une entreprise, avantage sur lequel vous ne sauriez trop attirer l'attention de vos mandants.

4. « C'est une question de principe ». Combien de fois un justiciable assure-t-il à son conseil qu'il s'agit d'une question de principe... avant que l'instruction de son dossier ne révèle qu'il s'agit en réalité bien plus d'un conflit de valeurs, d'un écart entre les perceptions subjectives d'une même situation de fait, parfois d'un simple malentendu ? Combien de questions de principe résistent à l'épreuve du temps, tel dossier qui, à son origine, paraissait essentiel et déterminant, ne suscitant plus, après quelques mois de procédure, qu'un intérêt strictement comptable ?

Précisément, la médiation, parce qu'elle offre à chaque protagoniste la faculté d'exposer sa compréhension des « raisons pour lesquelles on en est arrivé là », se prête tout particulièrement à la résolution d'un conflit empreint de subjectivité.

L'expérience montre que, parmi les litiges qui paraissent caractériser une question de principe, peu d'entre eux conservent cette qualification, du point de vue des médiés, une fois que chacun a pu exprimer ce qui ne pouvait être dit dans le cadre de l'instance, soit par manque de temps – la disponibilité des juridictions n'étant pas extensible à loisir, soit, plus prosaïquement encore, parce que certaines considérations sont parfaitement inopérantes,

et donc inaudibles, dans le cadre du débat strictement juridique qui se tient dans l'enceinte judiciaire.

Il est au demeurant peu probable que la juridiction, si elle considère qu'il s'agit effectivement d'une question de principe qui demande à être tranchée, propose aux avocats d'inviter leurs mandants respectifs à recourir à la médiation.

Autrement dit, si cette proposition est formulée, c'est bien qu'il s'agit, en tout cas du point de vue du juge, d'un litige dans lequel des considérations de pur fait surgissent de façon prépondérante, la seule application de la règle de droit ne lui paraissant pas de nature à offrir une solution globalement satisfaisante.

Nous avons entendu encore tout récemment, alors qu'une médiation avait échoué, le président le regretter et dire aux avocats : « Je crains que la décision de la Cour ne soit pas plus favorable, que ce soit à l'un ou l'autre de vos clients, qu'une solution construite par eux. »

Et nous reprendrons ici avec conviction les propos du président Pierre Bellet (citation reprise par le président Pierre Drail) : « Il faut que le juge aime la justice au point de vouloir rectifier plutôt que de trancher, qu'il préfère la balance au glaive », rejoignant en cela Paul Ricœur qui disait : « La finalité courte de l'acte de juger, c'est de trancher un litige, sa finalité longue, c'est de contribuer à la paix sociale ».

Mais parfois, trop souvent, l'avocat est joueur... Et pourtant, l'arène de la justice est-elle propice à une partie de poker ?

Et, de façon très pragmatique, si vous êtes dans une situation où le président, après avoir entendu les plaidoiries des deux parties, suggère qu'une alternative à une décision de justice tranchée leur serait préférable, quel est l'obstacle dirimant à essayer ?

5. « Cela nous est proposé trop tard ». À première vue, c'est le motif le plus pertinent : comment convaincre un justiciable qui vient d'entendre la Cour annoncer la date du délibéré, à l'issue des plaidoiries, et qui entrevoit enfin le terme d'un marathon procédural de plusieurs années, d'emprunter ce chemin de traverse que constitue la médiation et qui, pour comble, outre qu'il risque selon lui de différer nécessairement ce terme, va le conduire à exposer de nouvelles dépenses ? Mais à y regarder de plus près, ce motif n'est, en définitive, pas mieux fondé que les précédents :

– tout d'abord, parce que la mise en œuvre d'une médiation permet parfois de trouver un accord dans des délais extrêmement brefs, avant même la date retenue pour le prononcé du délibéré, dans l'hypothèse où les parties ne feraient pas le choix de la médiation ;

– ensuite, parce que des opportunités de résolution du conflit par une voie alternative à la voie contentieuse se sont le plus souvent présentées plus tôt (ne serait-ce que la tentative obligatoire de conciliation en matière prud'homale, ou les pourparlers transactionnels qui ont pu s'engager entre avocats), sans toutefois que cette occasion ne soit saisie ou que cette tentative ne soit concrétisée, non pas du fait de la mauvaise volonté ou de la mauvaise foi de l'une ou l'autre des parties, mais tout simplement parce que le litige n'était pas mûr pour une telle issue.

C'est parfois le cours du temps qui amène chacun à relativiser ses exigences, qui le conduit à prendre la mesure

de l'aléa judiciaire, raison pour laquelle nous connaissons tous des médiations qui n'ont pu aboutir qu'après plusieurs années de procédure, cette circonstance ne constituant pas un obstacle à la mise en œuvre de ce processus mais, *a contrario*, un élément facilitateur ;

– enfin, parce qu'il n'est jamais trop tard pour parvenir à un accord mutuellement satisfaisant qui évitera que le conflit ne ressurgisse sous d'autres formes. Qui peut être assuré, à l'issue des plaidoiries devant la cour d'appel, que l'arrêt qui viendrait à être prononcé ne ferait pas l'objet d'un pourvoi à l'initiative de l'autre partie ? N'existe-t-il véritablement aucun autre terrain sur lequel l'autre partie, frustrée de n'avoir pas vu sa thèse prospérer, serait tentée de porter le contentieux ? Le propre de la médiation est d'amener chaque médié à comprendre, si ce n'est à accepter, les ressorts de l'attitude de l'autre, et cette compréhension mutuelle est le gage d'un apaisement durable de la relation, si elle se poursuit, de même qu'elle autorise chacun à « tourner la page », lorsque la relation est rompue.

Ainsi n'y-a-t-il pas lieu de considérer que le fait que la proposition de s'engager dans un processus de médiation ne survient qu'après les plaidoiries devant la Cour vouerait, à cause d'une prétendue tardiveté, l'initiative à l'échec.

Le professeur Jarrosson, à ce propos du temps de la médiation, assure qu'elle peut être mise en œuvre à tout moment, mais pas à n'importe quel moment. C'est toujours dans notre rôle de conseil que nous pouvons aider notre client à discerner ce bon moment.

Encore n'avons-nous évoqué ici que les motifs expressément invoqués par les avocats lorsque le magistrat suggère la mise en œuvre d'une médiation. D'autres motifs, plus inavouables ceux-là, sont tout aussi peu opérants.

D'aucuns énoncent, de façon quelque peu péremptoire, que ces modes amiables de règlement des litiges ressortissent d'un « droit mou », qualificatif péjoratif qu'ils préfèrent à celui de « flexible droit » qu'employa jadis le professeur Carbonnier, afin de mieux disqualifier la médiation. Comme si le recours à ce processus avait quelque chose de moins noble que la conduite du contentieux.

À ceux-là nous serions tentés de rappeler que l'avocat est un auxiliaire de justice, qu'en cette qualité il lui revient de contribuer à l'œuvre de justice, que les voies de cette contribution ne passent pas nécessairement par l'exacerbation d'un rapport de force entre « adversaires », et que les intérêts d'un justiciable peuvent être mieux défendus et garantis par la co-construction d'un accord sur-mesure mutuellement accepté et pérenne entre « partenaires ».

Il faudrait encore battre en brèche l'indiscrutable conviction selon laquelle accepter la mise en œuvre d'une médiation constituerait un aveu de faiblesse parce que la recherche d'un compromis, d'une alternative durable, équivaldrait à reconnaître implicitement que la thèse défendue n'est finalement pas si inébranlable qu'on l'a soutenu en ses conclusions en arguant d'une jurisprudence qui, comme chacun sait, est constante...

C'est faire offense aux magistrats de croire que leur délibéré pourrait être influencé par la confiance que l'avocat manifeste, parfois de façon ostentatoire à l'audience, dans la thèse qu'il soutient, ou bien par l'ouverture d'esprit dont il témoigne en acceptant d'envisager une issue amiable.