

Assurance de protection juridique : quelle place pour la médiation ?

Judith Nobs

Juriste de Protection Juridique et médiatrice

Auteure correspondante : Madame Judith Nobs juriste et médiatrice, protection Juridique. Email : judith.nobs@hotmail.com

Citation : Nobs, J. (2022). Assurance de protection juridique : quelle place pour la médiation ? Cortica 1(2), 399-416. <https://doi.org/10.26034/cortica.2022.3132>

Résumé

Longtemps méconnue, la médiation, comme mode alternatif de résolution de conflits, connaît actuellement un essor très important. Le désengorgement des tribunaux, la réduction des coûts et de la durée de procédure en constituent les principaux atouts. Ce n'est toutefois que très récemment que la médiation s'est imposée au sein de la protection juridique X comme faisant partie intégrante de son dispositif proposé aux assurés. Par définition, le juriste ou l'avocat ne cherche pas à comprendre la cause du conflit et les émotions qu'il génère mais tente, par tous les moyens, d'apporter une solution. En revanche, le médiateur se concentre précisément sur les affects et tente de faire émerger une solution chez les médiés en travaillant sur leur attitude collaborative. Ce travail permet de garantir une solution pérenne, rapide et peu coûteuse. Tout l'enjeu est de convaincre tant les collaborateurs de la

protection juridique du bienfondé du processus proposé que les autres acteurs du pouvoir judiciaire. Le principe de confidentialité qui est la clé de voûte du processus de médiation implique que les activités du juriste et du médiateur soient dissociées. C'est ce qui explique que les entreprises de protection juridique ont de plus en plus recours à des structures de médiation indépendantes et dissociées financièrement parlant. Ce Cortica journal Club se permet de poser la question : « Assurance de protection juridique : quelle place pour la médiation ? » et tente d'y répondre.

Abstract

Mediation as a form of alternative dispute resolution, which has long been disregarded as such, is currently experiencing a significant growth. The main advantage of mediation is to reduce the court's workload as well as the cost and duration of judicial proceedings. However,

it is not until very recently that mediation has become an integral part of X legal protection insurance company's services. Unlike lawyers who are not required to understand the roots of a conflict and the emotions arising for it in order to handle a legal matter, mediators specifically focus on the emotional aspects of said conflict to assist the parties involved in the process to constructively collaborate towards finding a solution. Such process guarantees a lasting, timely and affordable outcome. The challenge is to convince the legal protection

insurance company as well as the other actors of the judicial system of the merits of the proposed process. Confidentiality, which is a key principle in mediation, implies that the legal practice is clearly dissociated from the mediation process. This explains why legal protection insurance companies have increasingly outsourced mediation processes to financially independent mediation firms. This Cortica journal Club asks the question: "Legal protection insurance: what place for mediation?" and tries to answer it.

Keywords: mediation, legal protection insurance, alternative dispute resolution.

INTRODUCTION

En tant que juriste employée depuis six ans auprès d'une protection juridique lausannoise (dénommée ci-après) X, c'est assez naturellement que je me suis intéressée plus précisément au rôle pratique de la médiation au sein d'une telle institution. Même si la médiation a connu un essor considérable ces dernières années, celle-ci ne s'est imposée au sein d'X que depuis le mois d'octobre 2021. Je n'ai malheureusement pas eu de réponse de la part de sa direction à la question de l'implémentation tardive de la médiation dans nos dispositifs. La question financière a sans doute joué un rôle décisif dans la prise de décision.

Cette évolution nouvelle, en particulier en Romandie, évoque encore une certaine méfiance ou plutôt une méconnaissance face à cette pratique d'intervention entre parties opposées. Son intégration très récente ne me permet pas de dégager une tendance quant aux cas envoyés en médiation par X. Entre juin 2021 et avril 2022, sur l'ensemble des collaborateurs juridiques de Bâle et Lausanne, 40 litiges ont été transmis en médiation. Ce chiffre se décompose de la façon suivante : quinze litiges ont été résolus par la médiation alors que dans treize autres cas la médiation a d'emblée été refusée ou a échoué en cours de processus. Pour le reste des cas, la médiation se poursuit encore à ce jour.

Il sera question, dans ce travail, de la médiation en général et de ses enjeux pour les assurés soit les personnes ayant souscrit une assurance de protection juridique moyennant paiement d'une prime. Au sein d'X, la médiation est exclusivement mise en place pour des conflits entre deux parties assurées ou entre un assuré et une partie adverse externe. Elle n'est donc pas utilisée en cas de litiges entre collaborateurs ou entre des collaborateurs et la hiérarchie. Seules les ressources humaines demeurent compétentes pour traiter de ces litiges.

Le métier de juriste exige et favorise l'écoute. Les conflits et leurs expressions en sont à la base. Thomas Fiutak dit du litige « *qu'il est en général le révélateur d'un conflit plus profond [...]»* (Fiutak, 2019). Or, par définition, le juriste ou l'avocat ne cherche pas à comprendre la cause du conflit mais tente, par tous les moyens dont il dispose, d'apporter une solution. Cela est d'autant plus prégnant en protection juridique que les assurés paient une prime d'assurance qui leur permet d'accéder à nos conseils. Ceux-ci partent dès lors du principe que leur litige sera porté devant les tribunaux quoiqu'il advienne. Cette rémunération du système engendre un effet pervers.

En effet, la partie plaignante qui sollicite une aide juridique présente sa version du conflit

comme étant sa vérité et donc le plus souvent, La Vérité. L'assuré, en général, souhaite voir sa version triompher ce qui laisse peu de place à la prise en compte des contradictions et à l'émergence de modalités de résolution plus nuancées. Le procès, par définition, se fonde sur l'antagonisme des points de vue ce qui favorise la radicalisation des positions et le diktat d'une unique solution (Salberg & Sambeth Glasner, 2008).

De manière schématique, l'avocat qui porte l'action devant les tribunaux va rarement remettre en cause la version des faits qui lui est présentée ou du moins ne la questionnera que si ces faits- sur le plan du droit-, ont une influence directe sur le jugement à venir. Cette affirmation peut être illustrée, par exemple, avec la modification du droit du divorce au 1^{er} janvier 2000.

En effet avant cette date, la notion de faute conjugale, autrement dit l'adultère, était la clé de voûte du système si bien que les avocats et les magistrats « se bornaient » à désigner le coupable et la victime dans la rupture.

Cela se faisait, le plus souvent, au détriment des femmes, encore sous la « tutelle » de leur mari. Or, on s'est aperçu que cette attention particulière attachée à la faute incitait les époux au conflit. Cela était même renforcé par l'attitude de certains avocats rétifs à trouver des solutions consensuelles et prêts à tout

pour exclure l'autre dans la division du patrimoine. Ce constat allait ainsi à l'encontre de la fonction de pacification qu'on est en droit d'attendre de l'intervention de la justice. Cela démontre que le moteur du changement ou au contraire le frein se joue à l'intérieur du système judiciaire au sens large. Désormais, le consentement mutuel a supplanté la faute. Les époux doivent donc se mettre d'accord quant au principe du divorce.

Cela étant, la réponse judiciaire est celle qui prévaut encore largement aujourd'hui dans la majeure partie des domaines du droit. C'est précisément en réaction à cette réponse judiciaire quasi automatique que je me suis intéressée de plus près à la médiation comme mode de résolution alternatif des conflits. Cet intérêt s'est accru durant la pandémie où les valeurs telles que la solidarité, la sécurité, la liberté ont été passablement bouleversées et interrogées. Cet « arrêt sur image » forcé durant plusieurs mois m'ont fait prendre conscience de l'importance de ces valeurs humanistes et démocratiques. Je percevais alors ainsi la technique de la médiation comme une ambition et un projet indispensable dans le champ social (et dans l'exercice de mon métier) où peut régner une très grande violence.

Tout conflit mobilise une part non négligeable d'affects lesquels sont précisément évincés lors de procédures judiciaires. En protection

juridique, les juristes sont les dépositaires des émotions de chaque assuré. Il n'est d'ailleurs pas toujours évident de composer avec ces émotions puisque nous ne sommes précisément pas formés à cela. Les conditions générales d'X liant les assurés à notre entreprise, les obligent dans la mesure du possible, à ne pas saisir d'avocat avant d'avoir annoncé formellement le litige à notre Compagnie. Cela nous permet ainsi de déterminer librement la marche à suivre quant aux suites utiles à donner. Cette intervention en amont nous laisse l'opportunité de proposer une autre réponse que le combat judiciaire précisément par le biais de la médiation.

En fin de travail, je reviendrai sur la question d'une possible introduction d'une clause contraignante pour la médiation dans les conditions générales d'assurance.

La médiation s'est vite imposée à moi comme étant un moyen, par une écoute attentive, de favoriser le lien social et donc, le rapport à l'autre, dans un domaine qui ne peut en faire sa priorité. Ce mode alternatif de résolution de conflits qui prend depuis vingt ans une ampleur remarquable, a toute sa place en protection juridique. Comme son nom l'indique, l'assurance de protection juridique permet aux assurés, pour autant que leur litige soit couvert par les conditions générales applicables, d'accéder à l'ensemble des

modes de résolution des conflits et par là même être protégés.

Au moment de mon inscription à la formation, je souhaitais réfléchir très concrètement à la création d'un « pôle médiation » au sein d'X puisque contrairement à d'autres protections juridiques, cette dernière en était dépourvue.

Mon idée première a dû être abandonnée en raison de la mise sur pied d'une collaboration avec un cabinet de médiatrices indépendantes à compter du mois d'octobre 2021. Le thème de mon travail de CAS est ainsi devenu sans objet. Forte de cette nouvelle inattendue, j'ai souhaité réfléchir aux apports et aux enjeux de la médiation dans une protection juridique et mettre en évidence les principales différences d'avec une médiation dite « classique ». Ce développement constituera la première partie de mon travail.

Dans une deuxième partie, je questionnerai la raison d'être du postulat selon lequel il n'est pas possible d'être à la fois médiateur et juriste salarié d'une protection juridique, en général. Cela me conduira à tenter de comprendre la fonction du médiateur en général, au regard du principe d'impartialité en particulier.

Enfin, je conclurai ce travail par une brève réflexion autour de l'adjonction possible d'une clause contraignante dans les conditions

générales d'assurance tendant à ce que tous litiges passent par le prisme de la médiation avant toute procédure judiciaire et me demanderais si la pandémie a influencé les comportements des assurés en médiation.

LES APPORTS ET LES ENJEUX DE LA MEDIATION

Le désengorgement des tribunaux, la réduction des coûts et de la durée de procédure constituent les principaux atouts de ces modes alternatifs de résolution des conflits. Toutefois, dans le canton de Vaud, l'on relève encore une grande frilosité de la part des avocats et des magistrats face à la médiation.

Dans l'ouvrage de Sophie Demoulin « Psychologie de la médiation et de la gestion des conflits » (2021), l'auteure évoque des recherches montrant que la « perception qu'ont les gens des procédures de gestion des conflits dont ils ont fait l'objet influence de façon fondamentale le respect qu'ils éprouvent à l'égard du système judiciaire et leur volonté future de respecter la loi (Demoulin, 2021) ».

Ce constat est transposable à la médiation et je fais l'hypothèse suivante : tant que les professionnels, en particulier les avocats et magistrats n'auront pas fait l'objet d'une

expérience positive en médiation, ce mode de gestion des conflits ne pourra pas véritablement se développer.

Le contrat d'assurance présente l'avantage de s'adapter aux développements de la société et aux exigences de la population toujours plus soucieuse d'obtenir rapidement satisfaction et à moindre frais. C'est ainsi que la médiation apparaît comme une nouvelle attente des consommateurs que l'assureur doit intégrer dans son offre de service d'autant plus que désormais le Code de procédure civile suisse y consacre plusieurs articles (Genoud & Paquier, 2016).

S'agissant d'X, la collaboration avec un cabinet de médiatrices indépendantes a débuté au siège de l'entreprise basé à Bâle. Ce n'est qu'au mois d'octobre 2021 que la collaboration a été étendue à l'antenne de Lausanne. Le projet pilote de médiation a été présenté à quelques collègues volontaires dont je fais partie.

En effet, il s'agit de transmettre le plus de cas possible à ce cabinet de médiatrices afin d'avoir une idée plus concrète de l'efficacité de ce nouveau mode de gestion des conflits au sein de notre compagnie et de pouvoir en extraire quelques statistiques.

Philippe Genoud et Marcel Paquier évoquent la médiation comme un état d'esprit qui doit se répandre dans toutes les équipes (Genoud & Paquier, 2016).

Cela suppose un véritable changement structurel et de vision du conflit puisque jusqu'à l'introduction de la médiation, nous fonctionnions uniquement autour des prestations juridiques (conseils et règlements amiables) et financières (honoraires d'avocat, frais d'expertise et de justice).

Je déplore cependant que l'ensemble des collaborateurs d'X ne bénéficient pas d'une sensibilisation au processus de médiation si bien que la plupart d'entre eux restent encore dubitatifs quant aux apports réels de cette autre perspective. Comment promouvoir la médiation lorsque l'on est soi-même sceptique et donc peu intéressé ? Quels sont les « cas typiques » susceptibles d'être envoyés en médiation ? Si les chances de succès sur le plan juridique ne sont pas réunies, la médiation peut-elle permettre de trouver néanmoins une solution satisfaisante pour les parties ? Quelle est la plus-value de la médiation par rapport au traitement du cas à l'interne par le juriste ? Ce sont les interrogations les plus fréquentes auxquelles je suis confrontée lorsque l'on parle de médiation avec mes collègues.

La compréhension des motivations qui poussent une personne à opter pour l'une ou l'autre des procédures est déterminante mais trop souvent inexploitée par les juristes et les avocats. C'est ce qui permettrait pourtant de répondre au mieux aux besoins du client.

De manière générale, plus la médiation sera présentée comme un mode de gestion des conflits à part entière dans le panel du système légal, plus le public y aura spontanément recours. Il sera alors perçu comme accessible et partant, légitime. Une autre possibilité de promotion de la médiation serait d'en imposer l'utilisation avant toute procédure judiciaire. C'est ce que j'aborderai brièvement dans la dernière partie de mon travail mais sous le prisme particulier de la protection juridique et de son fonctionnement.

La méfiance vis-à-vis de la médiation s'explique aussi par le fait que les sentiments négatifs éprouvés par les personnes en conflit sont difficilement compatibles avec l'idée d'un dialogue constructif (Demoulin, 2021). La chercheuse Elisabeth Stokoe (Stokoe, 2013) a examiné les appels passés par plus de deux cents contribuables britanniques à des services de médiation communautaires dans le cadre de conflit de voisinage. Les données indiquent qu'une des raisons la plus communément avancée par la population pour refuser la médiation est la croyance que le voisin ou la voisine ne voudra pas coopérer.

Si les résistances à la médiation sont nombreuses et multifactorielles, notre intérêt se portera bien plutôt sur ce qui motive les parties à entrer en médiation.

La médiation est une solution très opportune lorsque les parties au conflit sont contraintes de cohabiter dans le présent ou à l'avenir (par exemple avec des voisins d'immeuble ou des parents qui divorcent). La procédure judiciaire vise uniquement à établir les faits et répondre aux prétentions des parties et détermine de facto un gagnant et un perdant. Or, la perte de l'un ne constitue pas forcément un gain pour l'autre. Les besoins et les intérêts des parties sont donc rarement considérés.

Stéphanie Demoulin a dégagé quatre motivations que poursuivent les parties en conflit auxquelles la médiation peut répondre à savoir : le besoin de contrôle, le besoin de justice, le besoin d'expertise et le besoin de soutien socioaffectif (Demoulin, 2021).

Lorsque la décision est prise par une autorité judiciaire, les parties perdent de fait le contrôle sur la décision à venir et n'auront d'autre choix que de respecter le jugement à venir. La véritable force de la médiation est précisément de redonner aux médiés le plein contrôle sur le déroulement du processus. Le deuxième est la perception des parties que le résultat obtenu est juste. Plus celui-ci leur paraîtra

équitable et plus la solution dégagée sera respectée de manière durable. La notion d'expertise est directement liée à la formation, à la connaissance de la personne en charge du processus. Enfin, la médiation se concentre sur les émotions qui émergent lors de conflits. Les médiés disposent ainsi d'un temps et d'un espace nécessaires à la considération de leurs émotions et à leur régulation (Demoulin, 2021).

La mesure du succès ou de l'échec de la médiation ne se mesure pas à l'accord obtenu mais par la capacité des personnes en litige à se réapproprier la gestion de leur conflit (capacité à écouter le point de vue de l'autre...). Le médiateur est ainsi le garant d'une égale participation de tous.

C'est ainsi que j'ai soumis quelques interrogations pratiques à Daniela Sieber, médiatrice responsable du développement du pôle médiation d'X. Selon Daniela Sieber, les dénominateurs communs pour une médiation réussie résident premièrement dans la volonté des parties de prendre part activement au processus de médiation. En second lieu, les médiateurs doivent être prêts à coopérer et à donner du crédit à des informations qui ne leur sont pas toujours agréables à entendre. Ils doivent être prêts à chercher des solutions et à véritablement comprendre ce qui a pu engendrer le conflit. C'est par le biais de l'écoute du récit de l'autre, de la confrontation

des positions de chacune des parties au litige que ces dernières peuvent précisément commencer à envisager et élaborer une solution à leur conflit.

Cette première grille de lecture permet également aux médiatrices de savoir si le processus de médiation va pouvoir avoir lieu ou non.

Il est intéressant de constater que la réponse donnée par la médiatrice correspond à la conclusion d'une étude menée en 2005 par Patrice Mareshal et repris dans le livre de Stéphanie Demoulin (Demoulin, 2021) lequel a analysé des médiations portant sur des conflits contractuels pour tenter de faire ressortir les facteurs favorisant un non la signature d'un accord.

Il a pu être mis en évidence que ce ne sont pas uniquement les tactiques et les stratégies mises en place par le médiateur qui influencent la possible conclusion d'un accord mais bien la capacité de ce dernier à faire émerger la solution chez les médiés en travaillant sur leur attitude collaborative (Charkoudian & Eisenberg, 2019).

Ces constats permettent de souligner l'importance du rôle du médiateur et comme dans tout contrat de mandat, d'observer la relation de confiance qui se construit entre le

médiateur et les médians. Il s'agit véritablement d'un travail particulier qui implique des qualités relationnelles et les conditions (internes et externes) qui les favorisent, légitimant ainsi les nombreuses formations proposées pour accéder à ce métier.

L'attitude des médians est elle aussi déterminante et dans certaines situations, elle pourra mettre en échec le savoir-faire du médiateur.

Dans le contexte d'une entreprise telle que la protection juridique, la question des coûts est centrale. Les « bons risques » sont par définition les assurés qui paient régulièrement leur prime sans jamais rencontrer de litiges. Le taux de sinistralité est le ratio utilisé en assurance pour déterminer les tarifs des primes. Cela détermine un pourcentage entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes encaissées.

Dans des termes plus triviaux, cela signifie que plus un assuré annonce des litiges et plus il court le risque de voir sa police résiliée faute de rendement. On se trouve face au paradoxe de la protection juridique. Celle-ci joue le rôle, d'une part de régulateur social démocratique puisqu'elle permet à tous citoyens d'avoir accès au droit et à la justice moyennant une prime modique tout en le limitant d'autre part, pour des raisons financières.

La médiation n'échappe dès lors pas à ces considérations de rentabilité. En général, plus un cas se règle rapidement moins il coûte pour l'assurance. Le processus de médiation présente en principe l'avantage de la rapidité. Toutefois, pour que les bénéfices de la médiation au sens propre comme au sens figuré perdurent dans le temps, il convient de s'intéresser à ce qui constitue la réussite d'un accord ou sa probabilité.

En effet, il a pu être démontré que la satisfaction éprouvée par les parties est l'indicateur le plus sûr du respect de l'accord trouvé (Demoulin, 2021). Il y a lieu de souligner que la satisfaction d'un médiant ne dépend pas (uniquement) du fait que l'accord obtenu lui soit objectivement favorable.

Ce constat qui relativise la qualité de l'accord obtenu permet de saisir un peu mieux les raisons pour lesquelles les jugements rendus en justice n'emportent de loin pas l'adhésion de l'ensemble des parties. Aussi étrange que cela puisse paraître, un gain économique octroyé à une partie ou la signature d'un accord qui lui est favorable n'est pas forcément le miroir de sa satisfaction (Demoulin, 2021). D'autres facteurs entrent en ligne de compte et sont bien trop souvent niés dans un processus judiciaire faute de temps et de formation !

Une étude américaine a permis de mettre en évidence les critères importants en négociation par ordre d'importance à savoir : les termes objectifs de l'accord, les aspects liés à la préservation de l'image de soi pendant les discussions, la qualité du processus, l'impact des discussions sur les relations entre les parties et enfin les perceptions de justice, de moralité, de confiance ainsi que la reconnaissance des torts passés (Curhan & Elfenbain, 2006). Plus l'accord trouvé en médiation remplit les critères susmentionnés, plus il sera pérenne. Le litige sortira alors définitivement des radars de la protection juridique ou des tribunaux expliquant ainsi la réduction des coûts sociétaux et économiques.

DEROULEMENT DU PROCESSUS DE MEDIATION AU SEIN D'X

Lorsque nous estimons qu'un cas est médiable, nous sollicitons le cabinet de médiatrices afin qu'elles prennent le relais. Ce sont les médiatrices qui vont déterminer quelle est la procédure optimale à adopter. Pour ce faire, elles disposent d'un forfait en argent. Le plus souvent, la proposition de médiation se déroule exclusivement par téléphone. Les médiateurs appellent successivement l'une puis l'autre des parties jusqu'à ce qu'un possible accord soit trouvé.

Dans d'autres situations plus complexes ou lorsque la communication est difficile à établir, la médiation se déroule en présentiel. C'est dans ce contexte que le forfait est plus élevé. Au sein de notre protection juridique, la médiation s'exerce le plus souvent par téléphone sans mettre en présence les parties. Cette méthode va à l'encontre de l'arène authentique définie (comme espace et temps d'accueil des sujets en présence) par un espace physique plus ou moins agencé. Cela marque une rupture avec la relation ternaire de la médiation classique. Le médiateur se retrouve seul à seul au téléphone avec chacune des parties.

X n'a pas attendu la fin de la pandémie pour penser son système de médiation à distance. La mise en œuvre d'un processus de médiation par téléphone se justifie, du côté de l'entreprise, en raison des coûts que cela permet d'économiser et de l'éloignement géographique de certains assurés par rapport au cabinet de médiateurs.

Ce système présente l'avantage de réunir rapidement un nombre important de parties à qui on évite de se déplacer. La non-présence physique réduit les risques éventuels d'agression ou d'insulte mais le médiateur perd de fait toute la communication non verbale et n'est plus à même de garantir la confidentialité dont le respect repose plus que

jamais sur la confiance réciproque que se font les médiateurs.

Le choix de l'une ou l'autre des méthodes débute toujours par un téléphone aux médiateurs lesquels exposent la problématique et les affects associés. Ce sont ensuite les médiateurs qui, sur la base des informations transmises sur le cas, des émotions témoignées durant l'entretien et de la valeur litigieuse, vont décider pour quelle méthode ils vont opter. En cas de conflit de voisinage, la médiation en présentiel est très fréquemment utilisée.

De manière générale, il n'y a pas de signature d'un contrat de médiation écrit par les assurés. Les parties sont informées oralement et dans certains cas, par écrit des principes fondamentaux en médiation. Il n'est pas aisé de déterminer les critères qui permettent aux parties d'entrer en médiation tant ces derniers sont multifactoriels et mouvants. C'est la multiplication de facteurs favorables ou non qui va permettre de trancher dans chaque cas d'espèce si la médiation est adaptée ou non.

Dans l'ouvrage intitulé « la médiation en entreprise », les auteurs Arnaud Stimec et Sylvie Adijès (2015) ont établi une grille succincte où le médiateur est amené pour chaque situation conflictuelle donnée à se demander si la médiation apparaît opportune

ou non. Cette grille est reproduite ci-dessous (Stimec & Adijès, 2015) :

	VRAI	FAUX
Le problème a besoin de l'accord et de la participation de plusieurs protagonistes pour être tranché de manière satisfaisante.		
Les parties impliquées ont (au moins en partie) besoin l'une de l'autre pour avancer.		
Les parties se reconnaissent comme interlocuteur pour l'enjeu considéré.		
Les enjeux du problème sont dans la sphère d'autonomie des personnes considérées et ne reposent pas exclusivement sur des décisions prises à un autre niveau.		
L'intervention d'un médiateur ne serait pas mal perçue dans l'entreprise.		
L'intervention d'un tiers ne serait pas perçue comme une dégradation ou un manque d'autorité.		
Le coût de la médiation est raisonnable eu égard aux enjeux.		
Les deux parties ont intérêt à un arrangement négocié.		
Les parties auront ou souhaitent avoir des relations dans le futur.		

Plus il y a de réponses positives dans le tableau et plus la médiation paraît pertinente pour la situation donnée. Au sein même de l'entreprise, je perçois encore quelques réticences sur les réels apports de la médiation au sein d'X et en particulier des interrogations quant aux difficultés de choix des situations, relevant ou pas d'une médiation. L'enjeu est réel puisqu'il en va de la poursuite ou non de notre collaboration avec le cabinet de médiatrices indépendantes. J'ai donc sciemment retranscrit cette grille dans le but de la présenter à mes collègues.

Les réponses à ces questions permettent, à mon sens, de faire un premier tri des cas et qui pourra aboutir à l'indication d'une éventuelle médiation.

On a vu que la médiation repose sur la libre adhésion des parties au processus. Il est ainsi primordial que les assurés bénéficient dès le départ d'informations précises sur ce qu'elle représente. Cela implique pour les collaborateurs d'avoir conscience des enjeux, de ce qui se passe en cas d'échec de la médiation, du cadre d'intervention, et des modalités pratiques (Stimec & Adijès, 2015).

Idéalement, les collaborateurs devraient être convaincus du bienfondé du processus proposé. Cette tâche est rendue moins évidente encore par le fait que nos conditions générales prévoient le libre choix de l'avocat en cas de procédure. Ainsi, la plupart du

temps, les assurés ont la conviction que si aucune solution n'est trouvée à l'interne, le dossier sera mandaté auprès d'un avocat qui pourra porter leur action en justice quoiqu'il advienne. C'est précisément ce paradigme qu'il convient de transformer afin que l'assuré puisse également penser la médiation comme une option à retenir.

MEDIATRICE ET SALARIEE D'UNE PROTECTION JURIDIQUE : UNE DOUBLE CASQUETTE IMPOSSIBLE ?

X fait partie des protections juridiques qui excluent la possibilité pour un salarié d'exercer à la fois comme collaborateur juridique et comme médiateur. Il ne m'est donc pas possible d'exercer la médiation comme telle sur mon lieu de travail. Cela n'est pas sans nourrir quelque frustration et c'est pour cette raison que je tenterai de comprendre ce qui justifie cette séparation nette à l'aune des principes fondamentaux que sont les règles d'impartialité et de libre adhésion. Il convient de préciser que cela vaut uniquement si la médiation implique un assuré de notre Compagnie face à une partie adverse ou encore si deux personnes assurées auprès d'X souhaitent recourir à la médiation.

Il m'est en revanche possible de poursuivre mon activité en tant que juriste salariée et d'exercer comme médiatrice indépendante. C'est d'ailleurs le parcours de Marion

Schöttker, médiatrice indépendante au sein de l'association « médiation solution » et juriste à 50% au sein de Protekta. Les deux médiatrices interrogées et avec lesquelles X collabore travaillent comme avocates indépendantes à côté de leur cabinet de médiatrices. C'est en référence à ce modèle et en me projetant dans une situation analogue que j'agirai sous ma propre responsabilité.

PRINCIPES D'IMPARTIALITE OU DE NEUTRALITE ET PRINCIPE DE LIBRE ADHESION

Ce sont deux principes cardinaux que l'on retrouve dans bon nombre d'ouvrages sur la médiation et qui sont perçus comme les plus importants à garantir si l'on veut incarner un « bon médiateur ». Je propose d'interroger ces principes pour savoir ce qu'ils recouvrent avant de me demander si les médiateurs sont réellement aptes à assurer ces principes et de conclure en me basant sur mon activité au sein d'X.

Les deux premières notions sont éminemment subjectives et les définitions varient en fonction de ceux qui les appliquent.

Le critère d'impartialité implique de ne pas favoriser une partie au détriment de l'autre et par conséquent de ne pas prendre parti dans le conflit. Cela permet de garantir l'objectif de justice que prône la médiation et qui se

recoupe avec le but de toute procédure judiciaire.

Les facteurs de satisfaction sont multiples et subjectifs. Ils ont déjà été évoqués dans le chapitre précédent auquel je renvoie le lecteur.

Un des critères fondamentaux pour déterminer si le résultat obtenu apparaît satisfaisant réside dans la perception que les médiateurs se font d'un processus de médiation déroulé de manière juste et équitable. Une étude, menée dans le monde du travail, a montré que plus un médiateur est partial, moins les parties sont satisfaites du résultat obtenu (Jehn & Rupert 2006).

Stéphanie Demoulin (2021) dans son ouvrage déjà cité « psychologie de la médiation et de la gestion des conflits (Demoulin, 2021) » reprend le second objectif (de la médiation) développé par N.A Welsh en 2017, qui est celui de l'autodétermination des parties. Cela sous-entend que chacune d'elle est totalement libre de décider d'adhérer ou non au processus de médiation. Ainsi, contrairement à un procès, les parties ne sont pas contraintes, du moins en principe, par des personnes ou par un système extérieurs. Le médiateur se doit de rester en retrait afin de ne pas influencer le choix des parties ou leurs décisions. Ce dernier doit dans la mesure du possible se défaire de tout aprioris ce qui

s'avère en réalité impossible. Florence Studer et Marc Rosset dans leur petit livre intitulé « médiation » et remis en début de formation, affirment que nous ne sommes jamais neutres (Studer & Rosset, 2020). Ils précisent que le médiateur veille à n'intervenir que sur le cadre de la médiation et non sur le contenu. Cette vigilance lui permet ainsi de prendre conscience de ses propres résonances afin d'éviter qu'elles ne débordent et orientent le processus.

L'auteure Stéphanie Demoulin évoque deux moments qui permettent au principe de justice et à celui d'autodétermination de s'exercer, à savoir : avant la médiation dans le choix du médiateur et pendant la médiation, dans la posture que le médiateur incarne.

Le choix du médiateur n'est pas anodin et les futurs médiateurs seront sensibles au fait qu'ils n'entretiennent pas ou ne donnent pas l'apparence d'entretenir une relation préalable avec l'une ou l'autre des parties. C'est assurément ce qui a poussé X à collaborer avec une structure externe de médiateurs comme la majeure partie des protections juridiques désormais. En effet, comment légitimer la liberté d'action du médiateur-juriste alors qu'il est lui-même dans un rapport de subordination à l'entreprise qui l'emploie ? Dans un article rédigé par Philippe Genoud et Marcel Paquier, Directeur, respectivement Key Account manager au sein de la protection

juridique Protekta, il est question très sommairement sous le chapitre intitulé le principe de la confidentialité, des raisons motivant la création d'une cellule de médiation distincte du département juridique.

Ils la justifient en indiquant que « même si les deux types de prestations visent les mêmes objectifs, les moyens mis en œuvre pour y arriver sont si différents qu'ils ne doivent pas être confiés à la même personne (Genoud & Paquier, 2016) ». Ils reconnaissent ainsi implicitement que la « double casquette » sur une même tête est impossible en protection juridique. En cas d'échec de la médiation, le dossier revient chez le gestionnaire du dossier qui décide de la suite à donner aussi librement que possible sans être parasité par des éléments confidentiels dont il aurait eu connaissance dans le cadre de la médiation.

On l'a bien compris, la crainte majeure vise une éventuelle remise en cause du processus puisque le médiateur est également salarié de l'entreprise. Comment justifier auprès des assurés que l'employé exerce son travail en conscience et sans a priori si la structure même chargée de les défendre n'est pas irréprochable ? Il est relativement rare que deux assurés de la même protection juridique annoncent au même moment leur litige. Ce ne serait alors que dans ce contexte que le choix du médiateur et employé d'X pourrait se justifier puisque celui-là se présenterait pour la

première fois de manière identique pour les deux parties. Toutefois, cette possibilité a été exclue par X. L'écueil majeur dans l'exemple cité est de savoir à qui confier le dossier en cas d'échec de la médiation. Seuls les cas transmis par d'autres protections juridiques pourraient être « médiables » au sein d'X. Par principe, le médiateur ne doit pas tirer profit de la décision à venir ou du futur accord conclu. En outre, le désintéressement du médiateur est plus crédible s'il n'est pas salarié de l'entreprise et qu'il est ainsi rémunéré en fonction du travail effectué ou du type d'accord obtenu. Sa rémunération doit être indépendante de ces aspects de manière à garantir au mieux les deux principes précités. C'est ce qui explique sans doute que les entreprises de protection juridique ont de plus en plus recours à des structures indépendantes et complètement dissociées financièrement parlant.

En définitive, ce sera toujours au travers de la perception des médians que l'on pourra conclure au respect des principes de neutralité et d'impartialité. La difficulté de la « double casquette » tient essentiellement aux craintes des assurés.

Le risque d'une attaque sur le cadre même de la médiation ou le questionnement sur la légitimité de la personne du médiateur ne pouvant être exclu. Dans un marché toujours plus concurrentiel, les protections juridiques

se doivent d'être irréprochables quant à la manière de traiter les litiges et par voie de conséquence leurs assurés.

LA MEDIATION A L'EPREUVE DU COVID-19

L'annonce de la pandémie avec toute sa panoplie de restrictions puis les confinements successifs ont engendré des bouleversements, voire des tensions importantes dans nos rapports familiaux, professionnels ou amicaux. Face à cette situation inédite, nos nerfs ont été mis à rude épreuve. La temporalité a changé durant ces deux années de pandémie. Si nous avons vécu un arrêt sur image forcé et prôné des valeurs de solidarité et d'empathie, ce n'est pas pour autant que la vie en société en est devenue plus sereine, elle aurait plutôt tendance à une certaine crispation et d'un désarroi. Interrogée à ce sujet Daniela Sieber, médiatrice indépendante qui collabore avec X, indique que la pandémie a rendu les médiations plus complexes, intenses et plus chargées d'affects. Celle-ci doit faire preuve de plus de patience avec les médians et constate de plus fréquentes régressions dans le processus de médiation.

Le Covid-19 a été un révélateur de nombreux enjeux sociaux dont l'importance restait jusque-là marginale : -le traitement des personnes âgées, le manque de personnel

hospitalier n'en sont qu'une petite illustration. Le virus nous a contraint d'accepter que le sort des uns dépende de celui des autres. L'obligation du port du masque ou celle du télétravail visait une protection mutuelle.

Toutefois, on se rend compte que l'individualisme se heurte aux impératifs de la vie collective. Comment conjuguer la peur de mourir, la crainte de perdre son emploi, l'angoisse de contaminer ses proches et les autres avec l'injonction du vivre ensemble ? Comment apprendre à faire ou créer du lien alors que précisément tout autour de soi nous pousse à faire le contraire ?

C'est ce qui explique sans doute les raisons pour lesquelles le nombre de cas envoyés en médiation a bondi durant la pandémie. La médiation affirme la nécessité d'une bonne utilisation par les médiateurs de l'interdépendance.

REFLEXION AUTOUR DE L'ADJONCTION D'UNE CLAUSE CONTRAIGNANTE POUR LA MEDIATION

En Suisse, il n'existe pas de dispositif légal permettant de contraindre les parties à débattre de leur différend en médiation avant tout autre processus judiciaire ou arbitral (Salberg & Sambeth Glasner, 2008). Il est possible en dehors de toute procédure civile, soit avant la saisine du tribunal soit avant même l'audience de conciliation, que les

parties puissent soumettre au juge compétent la convention de médiation pour qu'elle soit homologuée. Elle acquerra ensuite force de jugement et sera exécutoire (Salberg & Sambeth Glasner, 2008).

La mise en place d'une clause contraignante dans les conditions générales d'assurance se heurte au principe fondamental de la participation volontaire des parties au processus de médiation. La légitimité du pouvoir du médiateur se construit précisément à partir de l'acceptation de son rôle par les parties. Or, si ces dernières, en souscrivant une police d'assurance, se voient imposer une marche à suivre préétablie pour le règlement de leur litige, il est probable que cette adhésion forcée risque de mettre en péril le processus lui-même. On peut réellement s'interroger sur l'opportunité de mettre sur pied une telle clause dans les conditions générales des protections juridiques.

Certains médiateurs et législateurs sont favorables à la médiation obligatoire et font de ce mode de résolution des conflits une problématique d'intérêt public au même titre que l'obligation du port de la ceinture de sécurité ou le taux de 0,5 pour mille. Ils la « justifient » en estimant que les personnes en conflit ne parviennent plus à raisonner de manière objective et rationnelle. Ainsi, en les contraignant, on les aide à faire le bon choix (Lévy & Kiepe, 2020).

L'approche majoritaire soutient en revanche le mouvement inverse et prône le libre choix des parties. L'adhésion libre et sans réserve par les futurs médiateurs demeure fondamentale. C'est précisément dans la responsabilisation des parties par rapport à leur conflit que le processus de médiation prend tout son sens. Le cabinet de médiation qui collabore avec X adhère à ce courant majoritaire. Je doute dès lors qu'une clause contraignante fasse une entrée prochaine dans nos conditions générales.

CONCLUSION

Tout comme la médiation permet de penser l'interdépendance, cette discipline doit également être vue comme complémentaire à notre système judiciaire. Les avocats ont longtemps observé avec méfiance cette profession nouvelle et le risque de concurrence qu'elle met en jeu. Non seulement le conflit est une source qui ne tarira pas mais aussi les modalités d'action de la médiation ne visent pas les mêmes buts que les professions judiciaires.

Bien que très différentes dans leur approche, ces professions apparaissent complémentaires ou à tout le moins parfaitement conciliables. Le monde judiciaire se complexifie et aucun des acteurs ne peut prétendre fournir à lui seul l'unique réponse

aux demandes du justiciable (Genoud & Paquier, 2016). Si l'exercice de la double compétence au sein d'X paraît impossible, il n'en demeure pas moins qu'en achevant la formation j'incarnerai de fait deux métiers et donc deux postures bien définies. Au travers des discussions avec mes collègues, je prends la mesure de l'importance de la formation en médiation et déplore qu'X n'en fasse pas plus une politique d'entreprise.

Si X a perçu l'opportunité de satisfaire ses assurés en proposant une alternative supplémentaire à la résolution des conflits, elle doit l'incarner vraiment et cela passe par un vrai choix politique de la Direction. Autrement dit, pour que la collaboration perdure avec le cabinet des médiatrices indépendantes- du moins à l'antenne de Lausanne-, il est fondamental que les employés comprennent les objectifs de la médiation sans percevoir celle-ci uniquement comme un simple lieu d'écoute assimilable à un soutien psychologique des médiateurs (Ben Mrad, 2006). Cette conviction quant à l'utilité de la médiation ne devrait donc pas se cantonner à l'activité déployée en protection juridique mais bien plutôt être assimilée à l'ensemble de nos interactions sociales.

Le juriste en protection juridique se sert des dispositions légales, de la doctrine, de la jurisprudence comme rempart à ses émotions. Le médiateur, quant à lui, ne peut s'appuyer

sur des règles objectives pour se distancer du conflit. Au contraire, celui-ci est partie prenante du processus de médiation et se trouve confronté directement aux affects, aux souffrances des médians. Le juriste ou l'avocat s'occupe en majorité d'une seule partie qui lui soumet son litige. En revanche, le médiateur doit redoubler de vigilance car son écoute est double et se partage, le plus souvent, entre deux parties ou plus. Une autre distinction a trait à la responsabilisation des médians qui décident de prendre part ou non au processus de manière libre et consciente.

Ils n'encourent aucune sanction s'ils n'adhèrent pas au processus contrairement à notre système judiciaire. L'assuré en protection juridique peut facilement se déresponsabiliser. Ce phénomène peut s'expliquer par le fait que l'assuré se sent libéré d'un poids dès lors qu'il a pu exposer son litige à des professionnels du droit. Il n'est pas rare, qu'une fois les faits exposés, l'assuré ne réponde plus à nos appels et/ou nos courriers rendant ainsi la poursuite de notre travail impossible. Ainsi, dans certaines situations l'annonce même du cas à des tiers constitue déjà une réponse à leur problème. L'activité du médiateur s'inscrit également dans une autre temporalité que celle du juriste ou de l'avocat. Alors que celui-ci s'évertue à

retracer les faits et donc à comprendre le passé, celui-là est orienté vers le présent et l'avenir.

La médiation juridique est « médiée » par le droit même si son approche du conflit est complexifiée par la prise en compte des subjectivités en présence, y compris celle du médiateur.

Dans un article commun Philippe Genoud et Marcel Paquier voient la médiation comme un instrument de régulation sociale et démocratique tout comme l'assistance judiciaire et la protection juridique (Genoud & Paquier, 2016). L'assertion de ces auteurs rejoint ce que dit Jacques Faget de la médiation dans son livre « médiations : les ateliers silencieux de la démocratie » : c'est un « *outil de transformation des relations sociales et un vecteur de démocratie participative* (Faget, 2015) ».

Ainsi, dans un monde plus que divisé où les guerres font rage, où l'individualisme prend toujours plus de place, ces mots résonnent et confirment l'ambition attachée à l'exercice de la médiation auquel je me prépare.

RÉFÉRENCES

- Ben Mrad Fathi (2006). Équité, Neutralité, Responsabilité. A propos des principes de la médiation In : *Négociations* 206/1 (n°5). <https://www.cairn.info/revue-negociations-2006-1-page-51.htm> (14.4.2022).
- Charkoudian, Lorig. Eisenberg, Déborah & Walter, Jamie (2019). What works in alternative dispute resolution ? The Impact of third-party neutral strategies in small claims cases. *Conflict Resolution Quarterly* (July), 37(2), 101-121. <https://doi.org/10.1001/crq.21264>.
- Curhan, Jared. Elfenbain, Hillary Anger & Xu, Heng (2006). What do people value when they negotiate ? Mapping the domain of subjective value in negotiation. *Journal of Personality and Social Psychology*. 91(3), 493-512. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.91.3.493>.
- Demoulin, Stéphanie (2021). *Psychologie de la médiation et de la gestion des conflits*. Bruxelles : Mardaga.
- Faget, Jacques (2015). *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*. Toulouse : Erès.
- Fiutak, Thomas/ Planès Gabrielle & Colin Yvette (2019). *Le médiateur dans l'arène. Réflexion sur l'art de la médiation*. Toulouse : Eres.
- Genoud, Philippe & Paquier, Marcel (2016). Protection juridique : un besoin socio-économique ? In : Blaise, Carron & Christophe, Müller. 2e Journée des droits de la consommation et de la distribution. Neuchâtel : Helbing Lichtenhahn. 96-127.
- Jehn, Karen. A. Rupert, Joyce. & Nauta Aukje. (2006). The effects of conflict asymmetry on work group and individual outcomes : Satisfaction, work motivation and absenteeism. *International Journal of Conflict Management*, 17(2), 96-109. <https://doi.org/10.1108/10444060610736594>.
- Lévy, Cinthia & Kiepe, Maya (2020). Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire ? *Revue de l'avocat* p. 446-453.
- Monroy, Michel & Fournier, Anne (1997), *Figures du conflit. Une analyse des systémiques des situations conflictuelles*. Paris : PUF.
- Salberg, Anne-Catherine & Sambeth Glasner, Birgit (2008). *La médiation*. In: *La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens*, Lausanne : CEDIDAC n° 78.
- Stimec, Arnaud & Adijès Sylvie (2015). *La médiation en entreprise*. Paris : Dunod.
- Stokoe, Elisabeth (2013). Overcoming barriers to mediation in intake calls to services: Research-based strategies for mediators. *Negotiation Journal*, 29(3), 289-314. <https://doi.org/10.1111/nej.12026>.
- Studer, Florence & Rosset, Marc (2020). *Médiation*. Fribourg : Musumeci S.p.A.