

Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?

Martin HAUSER *

La question de savoir pourquoi, en dépit de ses avantages, la médiation n'est toujours pas parvenue à s'imposer¹ comme méthode de résolution de différends dans les échanges économiques transfrontaliers est soulevée de manière récurrente par différentes parties en Europe ces derniers temps. Abstraction faite des cas où la médiation est impérativement prévue par contrat ou au titre d'étape préliminaire à une procédure judiciaire, les avocats et leurs clients de la sphère économique hésitent encore à choisir volontairement cette forme alternative de gestion des conflits. L'étude du Parlement européen en date de janvier 2014 parle même d'un « *paradoxe de la médiation dans l'UE* » selon lequel il n'est encore fait recours à la médiation² que dans moins d'1 % de tous les litiges en matière civile et commerciale dans l'UE, « *en dépit de ses avantages nombreux et prouvés* ». Dans son rapport à la ministre française de la Justice en date de décembre 2013, la « *Cour de Cassation* », juridiction suprême de l'ordre judiciaire français en matière commerciale et civile, a qualifié elle aussi la médiation de processus de résolution de différends méritant d'être promu et dont l'usage doit être encouragé³. Comment expliquer qu'en dépit d'un intérêt théorique croissant, la médiation n'ait pas rencontré à ce jour en Europe auprès des parties et des avocats le succès qui lui revient ? Nous allons tenter ci-après d'analyser ce qui motive les parties impliquées dans un conflit économique, y compris interculturel (III.), à choisir la voie judiciaire (I.) plutôt que d'opter pour des négociations autodéterminées dans le cadre d'une médiation (II.) avant de formuler des suggestions à titre de conclusions (IV.).

I. La motivation des parties en faveur d'une procédure judiciaire

La Déléguée générale du CMAP⁴ à Paris, *Sophie Henry*, a souligné récemment que « *la médiation ne connaîtra un réel essor qu'à la condition d'un changement des mentalités : il convient de passer de la culture de l'affrontement à la culture du compromis* ». Tout comme le Parlement européen, la Cour de Cassation française recommande dans son étude de promouvoir⁵ le développement d'une culture de la médiation. Mais comment migrer d'une « *culture du combat* » à une « *culture du compromis* » ? Comment les mentalités changent-elles ? On lit un peu partout des articles sur les avantages de la médiation commerciale qui seraient évidents⁶. Ceci ne convainc toutefois manifestement pas la grande majorité des parties et des avocats de faire le choix de la médiation. Quels motifs incitent les parties en conflit à continuer d'aller devant les tribunaux alors que le règlement amiable était déjà prôné dans la Bible il y a plus de 2 000 ans par rapport à la décision de justice⁷ ? Le monopole du recours à la force détenu par l'Etat de droit selon lequel les conflits sont traditionnellement arbitrés par des tribunaux d'Etat depuis env. 200 ans ne peut à lui seul expliquer ce comportement des parties au vu des avantages de la médiation. Il faut éventuellement chercher l'origine dans la vie affective des parties au différend (A.). Se battre devant les tribunaux avec pour objectif de l'emporter sur l'autre partie pourrait procurer au vainqueur un gain de plaisir constituant un facteur de motivation particulièrement fort (B.).

A. La force motrice du déclenchement de conflits : la pulsion agressive

On dit qu'il faut vivre avec les conflits⁸, mais on ne sait cependant pas très bien pourquoi il en est ainsi. Les théories des conflits tentent certes de déterminer les facteurs qui déclenchent les conflits⁹, mais elles éclairent peu sur la force physiologique et psychique qui pousse les hommes à entrer en conflit. Selon le psychosociologue *Hubert Touzard*, les personnes impliquées dans un conflit affichent un comportement agressif pour poursuivre soit le même but, soit des buts contradictoires, et veulent porter préjudice à l'autre afin de l'empêcher d'atteindre son but¹⁰. Pour comprendre le rapport entre conflit et agression, il est intéressant de considérer les découvertes de la biologie du comportement et de l'évolution. L'expert en biologie du comportement *Felix von Cube* souligne que l'agression, c.-à-d. l'envie d'attaquer et de s'affronter, a toujours existé de par le monde. L'agression n'est pas uniquement réactive, mais peut être parfaitement spontanée¹¹. On peut supposer que l'agression est un phénomène évolutionnaire, la pulsion de la victoire¹². L'agression ne doit pas être amalgamée avec la violence physique. Cette dernière peut constituer un moyen¹³ destiné à faire triompher l'agression¹⁴,

au même titre p. ex. que la « *violence verbale* », la « *menace (de faire appel à un avocat)* » ou d'autres « *moyens et stratégies cognitifs* ». L'agression est une pulsion, un drive¹⁵ : une propension à défier qui croît spontanément et qui est perçue comme un sentiment. Elle est déclenchée par des rivaux et conduit au combat ainsi qu'à la victoire, laquelle est vécue avec plaisir¹⁶. Sachant que la victoire est génératrice de plaisir, le fait de l'emporter sur ses prochains va toujours plus loin, avec des moyens sans cesse renouvelés et à l'encontre d'un nombre croissant de rivaux¹⁷. L'homme aspire à vaincre et au plaisir qui y est associé¹⁸. Par la puissance, l'homme veut en outre rendre sa victoire durable afin de pouvoir « *savourer* » sa stimulation agressive dans toutes les règles de l'art¹⁹. L'agression s'intensifie non seulement dans les situations de détresse, mais aussi précisément dans la prospérité, par manque d'action commune et de situations concurrentielles croissantes²⁰. La société prospère incite à rechercher la délectation, le plaisir sans effort, la « *co-victoire* »²¹ (par représentants interposés). Selon *Felix von Cube*, on ne peut rien changer au fait que les hommes ont un drive d'agression. On ne peut nier l'agression, ni la tabouiser. Nous devons vivre avec elle, il reste seulement à savoir comment. En qualité d'êtres humains ayant capacité de réflexion, de primates dotés d'un cerveau²², nous ne sommes cependant pas à la merci de cette pulsion. L'homme ne doit pas faire usage de la force pour remporter une victoire ou résoudre un conflit. Il dispose d'autres capacités, de l'intelligence, de l'intelligence émotionnelle, de l'empathie etc.²³. Gérer l'agression dignement signifie d'une part éviter l'agression destructrice, et notamment la violence, et d'autre part promouvoir l'agression nécessaire sous forme de reconnaissance de la performance et d'action démocratique. La reconnaissance de la performance est la forme la plus humaine de satisfaction pulsionnelle agressive²⁴. Entre l'agression destructrice et l'agression nécessaire, il existe une pléthore d'agressions admissibles et tolérables et notamment la « *co-victoire* » par l'identification (supporters de sportifs) sans effort. « *Les supporters laissent se battre* »²⁵. Vaincre sans effort peut toutefois devenir une addiction²⁶. Le biologiste évolutionniste *Josef H. Reichholf* explique que pour les hommes primitifs, le combat pour la viande « *est devenu la force motrice dans l'évolution vers l'homme* »²⁷. « *Nous voulons tous vaincre, nous sommes programmés pour gagner de par nos antécédents* ». « *Nous avons un tempérament de vainqueur parce que nos ancêtres qui l'avaient aussi ont survécu. Parce qu'ils nous ont doublement donné leur héritage : à travers le patrimoine génétique et à travers les cultures !* »²⁸. Pour *Josef H. Reichholf*, il s'ensuit la supériorité du secteur économique privé et des systèmes sociaux qui laissent l'essentiel comme « *gain* » dans la possession personnelle car vaincre doit être rémunérateur et digne d'efforts. Seules les victoires rémunératrices peuvent maintenir la concurrence, laquelle est à son tour la source de nouvelles stratégies en vue de nouvelles victoires dans d'autres domaines²⁹. Elle puise dans la force de la volonté de vaincre et exploite la réserve des possibilités non encore découvertes, ce que nous appelons l'économie³⁰. Les victoires des vainqueurs se sont accumulées maintenant en valeurs monétaires et c'est ce qui « *gouverne le monde* »³¹. « *La volonté de vaincre imprègne notre vie tout entière, même si nous n'en sommes généralement pas conscients. Conformément au principe de la performance, nous recherchons la confirmation, le succès et l'appelons travail* »³². « *Rien n'est plus sexy que le succès ! Le travail sans succès est insipide et vide de sens !* »³³. Après un combat particulièrement ardu, de la même manière que dans une compétition sportive, le vainqueur ne s'effondre pas, il vit au contraire l'« *ivresse de la victoire* » comme un sentiment de bonheur intense, quasiment indescriptible. L'organisme est inondé d'« *hormones de bonheur* », d'« *endorphines* » qui ont un effet similaire aux « *morphines* » appartenant à la catégorie des stupéfiants et qui créent également une « *dépendance à la victoire et au bonheur* ». Dans l'ivresse de l'enthousiasme se prépare ce qui peut finir bien et trouver une conclusion grandiose ou bien aboutir à la catastrophe³⁴. L'esprit, c.-à-d. la pensée rationnelle, logique, se rapportant à une cause, constitue la seule et unique chance en tant qu'antidote au déclenchement des émotions et à la résolution des problèmes du présent³⁵. *Josef H. Reichholf* tire néanmoins comme conclusion que dans le futur aussi, l'avenir appartiendra aux vainqueurs car le passé a fait de nous des êtres incapables d'autre chose que de vouloir gagner³⁶.

B. La motivation pour engager une procédure judiciaire : le drive de la victoire

La dépendance à la victoire et au bonheur attendue pourrait-elle motiver les parties et leurs avocats à engager et mener une procédure judiciaire dans un esprit combatif ? La motivation désigne les processus qui déclenchent, dirigent ou maintiennent dans le temps les phénomènes physiques et

psychiques³⁷. La psychologie enseigne que la source des motivations se situe dans les pulsions, les drives internes, dans le comportement instinctif et dans les besoins (hiérarchie des besoins de Abraham Maslow)³⁸, auxquels s'ajouteraient les émotions et les attentes chez la personne dotée de qualités cognitives³⁹. Dans la littérature, il est décrit que les parties impliquées dans un conflit règlent leur différend de manière pour ainsi dire martiale afin de remporter la victoire sur l'autre partie, et ce non sans un certain enthousiasme⁴⁰. On peut en conclure que le drive d'agression instinctif, centré sur une victoire génératrice de plaisir, constitue une source de motivation majeure pour les parties, y compris dans un litige économique, en vue de régler leur conflit devant les tribunaux dans un esprit combatif. Les émotions déclenchées par la félicité de la victoire et le bonheur attendus pourraient avoir un effet motivateur supplémentaire. On pourrait objecter à cela que les parties issues de la sphère économique sont des entreprises agissant de manière rationnelle, dont les responsables ne s'abandonnent guère à ce genre de « *sentimentalisme irrationnel* »⁴¹. En raison de leur perception sélective et de distorsions cognitives de leur perception, les parties au conflit, dans les différends économiques précisément, sont toutefois souvent victimes d'« *estimations excessivement optimistes de leur situation juridique* » et de « *prédictions s'auto-réalisant* » qui font qu'elles surestiment leurs chances de succès et poursuivent néanmoins la procédure judiciaire avec persévérance⁴². On peut retenir en conclusion que leurs émotions et les distorsions de leur perception ne permettent souvent pas aux parties en conflit d'estimer justement leur situation de manière réfléchie, en dépit du conseil de leurs avocats. Elles se laissent dominer par leur drive d'agression interne et mènent le combat contre la partie adverse devant les tribunaux afin de remporter la victoire génératrice de plaisir.

II. La motivation des parties en faveur de la médiation

Compte tenu de la source de motivation puissante pour se pourvoir en justice, quelle est la motivation qui incite les parties à engager une médiation ? La médiation est généralement présentée comme une alternative⁴³ à la procédure judiciaire et l'on met en avant un grand nombre d'avantages censés la démarquer de la procédure judiciaire.

A. Les « avantages » de la médiation comme sources de motivation

C'est en premier lieu pour des raisons d'« *économies de temps et de coûts* », parce qu'il s'agit d'une « *négociation sur la base d'intérêts au lieu de positions juridiques* »⁴⁴, en raison du « *caractère non obligatoire* »⁴⁵ de la procédure et de sa « *confidentialité* »⁴⁶ que l'on tente de susciter l'intérêt des parties pour la médiation, par opposition à la procédure judiciaire. On évoque plus rarement les « *solutions gagnant-gagnant* » (« *win-win* ») ou les « *solutions à somme non nulle* » (« *non-zero-sum* »)⁴⁷, de même que l'« *analyse des structures profondes du conflit* »⁴⁸, la « *gestion des émotions engendrées* »⁴⁹, la « *décision auto-responsable des parties au conflit* »⁵⁰, le « *caractère durable du règlement du différend* »⁵¹, le « *maintien d'une relation persistante* »⁵², le « *développement d'une nouvelle culture de l'affrontement* »⁵³ et enfin « *l'avantage social* »⁵⁴ d'un usage accru de la médiation. Dans les services juridiques des grandes entreprises, on affirme que « *les sociétés pratiquant une gestion avisée des conflits* » (« *dispute-wise companies* ») *sont toutes pareilles* », ce qui expliquerait que la médiation serait devenue l'un des principaux processus de gestion de différends, affirmation qui ne concorde guère cependant avec le nombre de médiations recensées en Europe par le Parlement européen au cours de ces derniers mois⁵⁵. Dans la pratique, au contraire, il s'avère que les entreprises se montrent souvent sceptiques à l'égard de la médiation, notamment lorsqu'elles n'ont pas d'expérience de la médiation et qu'en dépit des arguments avancés en faveur de la médiation, elles préfèrent « *mener un combat frontal dans l'arène judiciaire* » qu'elles « *considèrent comme un moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre des conflits* »⁵⁶.

B. Les « avantages » de la médiation motivent-ils à engager un processus de médiation ?

Si l'on considère de plus près les avantages mentionnés en faveur de la médiation, on remarque effectivement qu'aucun n'est approprié pour satisfaire le drive d'agression profondément ancré dans l'être humain et centré sur une victoire génératrice de plaisir. Par ailleurs, les avantages de la médiation ne contribuent pas non plus à satisfaire les pulsions internes, le comportement instinctif ou les besoins fondamentaux des parties, aussi ont-ils un effet peu motivateur par rapport à la victoire génératrice de plaisir que celles-ci attendent de l'issue du combat devant les tribunaux. Il s'agit en partie de lieux communs qui ne sont absolument pas pertinents dans cette globalité⁵⁷. Au contraire, on

peut se demander si certains « avantages » ou du moins la manière dont ils sont présentés n'ont pas pour ainsi dire un effet contreproductif sur les parties, à l'exemple du concept « gagnant-gagnant » (« win-win ») tant prôné et de l'« autodétermination » des parties. Comme nous l'avons vu précédemment, les hommes sont préprogrammés affectivement pour vaincre, ce qui explique pourquoi, intérieurement, ils ont du mal à se familiariser avec l'idée selon laquelle, dans une médiation, toutes les parties sont susceptibles de gagner. S'y ajoute le fait que dans une société prospère, comme nous l'avons vu précédemment, la victoire génératrice de plaisir doit être remportée autant que possible sans efforts personnels. On peut effectivement constater dans la pratique que les parties n'acceptent qu'à contre cœur l'idée de conduire en première ligne des négociations, même menées sous forme d'une médiation, puisque dans la médiation, contrairement à ce qui passe devant les tribunaux⁵⁸, elles sont « seulement » accompagnées par leur avocat, ce qui suscite par ailleurs des angoisses et des craintes quant à leur statut et à leur réputation auprès des avocats⁵⁹. *Arthur Trossen* écrit que « la médiation exploite les connaissances de la théorie des jeux en proposant un autre jeu aux parties en conflit »⁶⁰. Le peuple ne veut toutefois « pas des jeux, mais un combat », et rien n'a changé à cet égard depuis les combats de gladiateurs de la Rome antique évoqués dans les documents historiques, comme le pense *Josef H. Reichholf*⁶¹. Il s'avère en conclusion qu'aucun des avantages cités, tout au moins dans la forme présentée, ne paraisse « sexy »⁶² aux parties en conflit, ni convenir pour satisfaire le drive d'agression de l'être humain, centré sur la victoire génératrice de plaisir, par le choix de la médiation⁶³, par rapport à celui du tribunal. Négociations et compromis ont la tonalité d'un échec et l'opprobre n'est plus très loin, écrit *Marc Bonnant*⁶⁴. En revanche, si l'on considère les capacités cognitives des hommes, leurs expériences de la culture de l'affrontement judiciaire⁶⁵ et leurs attentes quant à la gestion future des conflits peuvent parfaitement avoir un effet motivateur au profit de la médiation, compte tenu des avantages de celle-ci. Il faudra néanmoins un certain temps avant que l'empreinte culturelle de la « culture judiciaire héritée » n'évolue vers une nouvelle « culture du conflit » au sens du « mouvement de la médiation » et que celle-ci s'impose⁶⁶. « La culture ne marque donc pas seulement les hommes, mais elle est également faite par les hommes » et dans cet esprit, « les cultures ne sont jamais statiques, mais dynamiques, et elles sont soumises à des changements permanents qui s'accroissent considérablement dans la société moderne »⁶⁷, cependant « la réaction réfléchie est au fond en contradiction avec le phénomène de notre évolution et requiert de ce fait une phase d'éducation particulièrement laborieuse et difficile »⁶⁸.

III. La motivation des parties en faveur de la médiation dans le conflit interculturel

La question de la motivation en faveur de la médiation se pose particulièrement dans le contexte interculturel, d'autant que les biologistes évolutionnistes et spécialistes du comportement enseignent que le potentiel d'agression en dehors de la société est plus élevé que le potentiel d'agression au sein de la société⁶⁹. Selon *Josef H. Reichholf*, la « lutte pour la viande » est devenue pour les hommes primitifs « la force motrice dans l'évolution vers l'homme » qui « favorisait ceux qui manifestaient un comportement coopératif à l'intérieur de la société et combatif envers l'extérieur ». Ce type de concurrence a amorcé ce mécanisme lourd de conséquences qui contraint les hommes à une concurrence réciproque quasiment ininterrompue et qui, quelque soit leur attachement à la paix et à une vie de bon voisinage, maintient latent le risque permanent d'une querelle⁷⁰. Les avocats et les médiateurs qui se mobilisent en faveur d'une médiation interculturelle devraient prendre conscience de la difficulté particulière de motiver en faveur de la médiation des parties en conflit impliquées dans un litige en dehors de leur propre monde sociétal et en tenir compte⁷¹.

IV. Conclusion et recommandations relatives à la motivation en faveur de la médiation

On retiendra pour résumer que les parties, même impliquées dans un différend commercial, sont programmées, tant en termes d'évolution que de culture, pour vouloir l'emporter sur l'autre partie, et ce durablement, par un jugement exécutoire doté de la revendication du pouvoir de l'Etat. C'est pourquoi elles sont motivées pour la plupart d'entre elles, et notamment en cas d'émotions fortes (colère, indignation, déception), pour engager une procédure judiciaire. Elles préfèrent laisser leurs avocats se battre et vaincre sans avoir à fournir d'efforts personnels. En revanche, les « avantages » mis en avant en faveur de la médiation en tant qu'alternative à la procédure judiciaire ne satisfont pas le drive d'agression humain, centré sur une victoire génératrice de plaisir, et ils le satisfont encore

moins en cas d'émotions fortes. Au contraire, les différents « avantages » de la médiation devraient avoir pour ainsi dire un effet contreproductif au regard de la motivation (p. ex. solution « gagnant-gagnant » (« win-win ») pour toutes les parties impliquées dans le conflit et négociations responsables et autodéterminées, au lieu du combat devant les tribunaux au moyen d'avocats jouant le rôle de « représentants »). Dans les situations chargées de peu d'émotions, les avantages de la médiation peuvent en revanche avoir un effet tout à fait motivateur si l'on tient compte de la capacité de réflexion des parties en conflit. Cependant, la « culture de l'affrontement » qui reste prédominante fait obstacle à cette réflexion, ce qui devrait avoir des incidences particulièrement désavantageuses dans le contexte interculturel. « *L'esprit constitue (néanmoins) ... le seul et unique antidote connu au déchaînement des émotions et à la résolution des problèmes. C'est notre chance* »⁷². Nous répondrons à présent à la question du passage d'une « culture du combat » à une « culture du compromis » posée en début d'exposé en disant qu'il y a peu d'espoir de voir une évolution rapide d'une « culture de l'affrontement » vers une « culture du compromis » dans la mesure où cette évolution culturelle est un processus social de longue haleine que contrarie en outre le phénomène évolutionnaire du drive d'agression. Nous allons tenter d'émettre quelques recommandations à partir des enseignements tirés ci-dessus :

1. Les avocats pourraient tenter dès aujourd'hui de motiver en faveur de la médiation les clients sujets à des élans émotionnels, impliqués dans des différends en matière commerciale, par les observations suivants :
 - 1.1 « *La médiation fait partie intégrante d'un processus de gestion de différends échelonné dont l'ultima ratio consisterait à engager une procédure judiciaire complexe et coûteuse* »⁷⁴.
 - 1.2 « *Dans la médiation, nous nous emploierons à obtenir de la partie adverse qu'elle reconnaisse explicitement les prestations que vous avez fournies (exécution du contrat etc.) bien qu'elle les ait vigoureusement contestées jusqu'ici* » (« *La gestion la plus humaine et la plus utile de notre énergie agressive est sans nul doute la victoire par la reconnaissance, et précisément par la reconnaissance de la performance* »⁷⁵. « *Il n'y a de reconnaissance que pour la performance* »⁷⁶. La performance professionnelle a valeur d'« *agression souhaitée* » qui peut même être génératrice de plaisir et mérite la reconnaissance⁷⁷. L'un des objectifs de la médiation est précisément de traiter la structure profonde du conflit, ce à quoi contribuent la compréhension mutuelle et la reconnaissance réciproque des points de vue et intérêts de l'autre partie au conflit dans un cadre confidentiel⁷⁸).
 - 1.3 « *Dans la médiation, nous représenterons vos positions juridiques avec la même détermination que devant les tribunaux et renforcerons ainsi votre position dans la négociation lors de la recherche coopérative d'une solution* » (ceci correspond à la répartition des rôles entre clients (approche coopérative) et avocats (approche compétitive) dans les médiations commerciales, d'autant que le droit joue un rôle significatif (pouvoir de négociation des parties) dans la médiation proprement dite et lors de sa préparation. La solidité de la situation juridique et des risques des parties est constatée par la BATNA (meilleure alternative à un accord négocié) de chacune d'elles. La représentation des positions juridiques par les avocats devrait correspondre au « *comportement ostentatoire* » évolutionnaire visant à « *éviter le conflit* », « *à éviter le combat toujours risqué...* »⁷⁹).
 - 1.4 « *Dans la libre concurrence, traiter librement des conflits correspond à négocier librement des transactions* »⁸⁰.
 - 1.5 *On peut également mentionner à titre complémentaire les autres « avantages » de la médiation cités précédemment (économies de temps et de coûts etc.)*.
2. Si les parties devaient néanmoins poursuivre une procédure judiciaire, il serait souhaitable que le juge statuant au fond puisse, comme en Allemagne, révéler les perspectives de succès par des indications juridiques à l'adresse des parties. Le juge saisi de l'affaire est le mieux à même de convaincre les parties de telle ou telle procédure. Si les parties choisissent la coopération, elles doivent reconnaître que la confrontation devant les tribunaux ne constitue pas pour elles une stratégie pertinente. Il serait donc utile que le juge puisse représenter aux deux parties ce qu'elles

peuvent attendre concrètement de l'issue de la procédure⁸¹. Ceci ne correspond toujours pas à la pratique judiciaire en France p. ex., et ne peut donc être attendu.

3. Sachant que la réaction cognitive est au fond contraire au mental évolutionnaire humain, comme nous l'avons exposé précédemment, il restera néanmoins difficile à l'avenir de motiver en faveur de la médiation les parties impliquées dans un conflit économique. Il restera difficile de leur faire comprendre que négocier soi-même de manière responsable dans le cadre de la médiation leur permet pareillement d'obtenir la reconnaissance de la prestation qu'elles auront fournie à titre professionnel et que pour ce faire, elles ne doivent pas saisir immédiatement les tribunaux. Dans la mesure où l'on ne peut envisager de changement de la culture de l'affrontement que lorsque les parties auront connu elles-mêmes la satisfaction par leurs propres expériences, la question se pose de savoir si une réglementation légale de la médiation (« *opt-out* ») ne « forcerait » pas les parties à trouver leur bonheur malgré elles, en vue de faire progresser plus rapidement une évolution culturelle de la culture de l'affrontement en Europe⁸².

* Avocat aux barreaux de Paris et Munich, Médiateur CMAP, **BMH AVOCATS**, Paris, traduction de l'allemand par Nelly Hervé et Martin Hauser

¹ Sophie Henry, Quelles perspectives pour la médiation ?, Dalloz Avocats, n°1 janvier 2014, p. 12-13 : « Néanmoins, la médiation ne connaîtra un réel essor qu'à la condition d'un changement des mentalités : il convient de passer de la culture de l'affrontement à celle du compromis » ; Cinthia Lévy, les avantages de la médiation pour l'avocat, Anwalts Revue de l'Avocat, Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes, 11/ 12/ 2013, p. 470-476 (475-476) ; Arthur Trossen, *Mediation ist DIE-oder KEINE Alternative !*, ZRP 2012, p. 23-25 (25) : « Les médiateurs partent du principe que le besoin général qu'ont les hommes de résoudre les conflits de manière constructive est infiniment grand. Cette idée n'est en principe pas fausse. Elle ne coïncide toutefois pas avec la réalité. Il n'existe pas de demande de médiation soutenant cette idée. ... Il existe aujourd'hui encore davantage de médiateurs que de cas demandés » ; Nadja Alexander, *Global trends in mediation*, Cologne 2003, p. 23

²Parlement européen, „Rebooting“ the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, p. 1- 231 (1-10)

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

³ Pierre Delmas-Goyon, Conseiller à la Cour de Cassation, Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, « *Le juge du 21ème siècle - un citoyen acteur, une équipe de justice* », p. 1-113 (61-69), http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf

⁴ *Centre de médiation et d'arbitrage*, de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, fondé en 1995, <http://www.cmap.fr>

⁵ Pierre Delmas-Goyon, *ibid.* note 3, p. 1-113 (64)

⁶ Abhijit Mukhopadhyay, Kai-Uwe Karl, *Does Business need mediation?*, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 24/ numéro 2-2013, p. 25-31 (27-28): « ...les avantages de la médiation sont évidents ... »

⁷ La Bible : Evangile selon Saint Matthieu (Sermon sur la Montagne : discours sur la vraie justice) 5,25 : « *Mets-toi vite d'accord avec ton adversaire pendant que tu es en chemin avec lui, pour éviter que ton adversaire ne te livre au juge, le juge au garde, et qu'on ne te jette en prison* ». Evangile selon Saint Luc, chapitre 12, 57-59 : « *Et pourquoi aussi ne jugez-vous pas par vous-mêmes ce qui est juste ? Ainsi, quand tu vas avec ton adversaire devant le magistrat, pendant que tu es en chemin, mets tout en œuvre pour t'arranger avec lui, afin d'éviter qu'il ne te traîne devant le juge, que le juge ne te livre à l'huissier, et que l'huissier ne te jette en prison. Je te le dis : tu n'en sortiras pas avant d'avoir payé jusqu'au dernier centime.* »

⁸ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 1 : « *Depuis toujours l'homme a progressé par le conflit* ».

⁹ La répartition inégale, verticale (*K. Marx*) ou horizontale (*M. Weber*) du pouvoir et de la richesse et les structures du pouvoir ou les appartenances sociales (*Simmel*) y afférentes, c.-à-d. finalement les structures sociales (théories sociologiques des conflits) génèrent les conflits. Mais les conflits peuvent également être conditionnés par le principe naturel de la sélection (*Darwin*) (théorie biologique des conflits) ou se révéler être l'expression de la contradiction entre les attentes sociales normatives et les besoins individuels de la personne (théorie psychanalytique de conflit).

¹⁰ Hubert, Touzard, *La médiation et la résolution des conflits – étude psychosociologique*, Paris 1977, p. 21 : « *Le conflit, qu'il soit interpersonnel, social, international, est une situation dans laquelle les protagonistes manifestent des comportements d'agression, violents ou non. L'agression est un comportement dont le but est soit de tuer, de blesser, de faire mal ou de nuire à quelqu'un, soit de détruire ou de s'emparer de ses biens. Elle peut s'accompagner ou non de violence physique* », 32 : « *L'agression est souvent ce qui permet d'atteindre le but que l'on s'est fixé. Elle est un moyen d'action efficace* », 69 : « *Le conflit, qui se définit par une relation antagoniste par rapport à un même but ou par la poursuite interdépendante de buts contradictoires ainsi que par la nature et la quantité de pouvoir possédé par les acteurs, entraîne certaines attitudes, stéréotypes et représentations de la part de ces acteurs les uns à l'égard des autres* ».

¹¹ Felix von Cube, *Besiege deinen Nächsten wie dich selbst – wie wir mit Aggression umgehen*, Stuttgart 2011, p. 9 : « *L'agression n'est pas seulement une réaction à la frustration ou un processus d'apprentissage par l'imitation. L'agression peut également se manifester spontanément.* » ; avis divergeant A. Richard Gerrig, Philip Zimbardo, *Psychologie*, traduction française, 18^e édition, Montreuil 2013, p. 12-13, 304-306 ; Hubert, Touzard, *ibid.* note 10, 81-82, selon lequel aucune des théories ne peut expliquer à elle seule la survenance des conflits.

¹² Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 38 suiv.

¹³ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 14, 99 distingue la « *violence agressive* » associée à l'intention de nuire, particulièrement brutale et cruelle, de la « *violence pour autres motifs* ». L'« *avidité du pouvoir* » et la « *folie des grandeurs* » constituent également des formes de violence agressive.

¹⁴ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p.10, 42, 44

¹⁵ Les autres drives sont la faim (faim, stimuli alimentaires, glotonnerie, alimentation) et la sexualité (disposition sexuelle, stimuli sexuels, acte sexuel, orgasme), Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 11, 24, 25

¹⁶ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 11, 24

¹⁷ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 13, 28 suiv.

¹⁸ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 45 ; Hubert, Touzard, *ibid.* note 10, p. 21, 27, 32 : « *l'agression est gratifiante* », « *le plaisir éprouvé dans l'agression* »

¹⁹ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 45

²⁰ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 32, 49

²¹ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 74, 110

²² Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 25

²³ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 40

²⁴ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 112

²⁵ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 15, 16, 49, 83

²⁶ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 95

²⁷ Josef H. Reichholf, *Warum wir siegen wollen*, Francfort sur le Main 2011, p. 144 ; Reichholf souligne que les hommes ont toujours voulu être les premiers, gagner. La compétition pour la viande a marqué notre caractère humain après que les singes anthropomorphes ont quitté les arbres en Afrique pour partir à la recherche de protéines dans les steppes, ce qui devrait avoir donné lieu à des combats entre les différents groupes de primates. Sans cette concurrence, l'australopithèque ne se serait sans doute jamais dressé aussi rapidement sur ses deux jambes pour marcher debout (p. 111). « *Avec le goût pour la viande, le « singe pacifique des forêts » s'est transformé en un être totalement différent qui ne correspond même pas à la fiabilité des vrais prédateurs lorsque ceux-ci sont rassasiés. Au contraire, la proie est devenue un « bien » ayant une haute valeur d'échange ; quelque chose que l'on peut non seulement obtenir et « avoir », mais dont on peut également prendre possession et sur quoi on peut exercer un pouvoir de disposition. Cette « convention » qui s'associe très étroitement au principe « Le premier, le plus rapide, le meilleur » devient le pivot de l'évolution future. Et la véritable origine de l'équité (« Fairness ») !* » (p. 112). Là où ce n'est pas le « *droit du premier* », mais le « *droit du plus fort* » (la concurrence non régulée – p. 118) qui domine, il n'y a pas d'incitation à prendre des risques ou même à quérir le bien tentant pour d'autres (p. 116). La forme ordonnée, civilisée de la concurrence requiert manifestement des accords solides qu'il peut être rémunérateur de respecter dans des conditions cadres définies (p. 119). C'est ici que s'effectue le revirement du « *droit du plus fort* » vers le « *droit du premier* » (p. 119). Avec l'augmentation de la taille du cerveau et le développement des capacités cognitives de l'homme, les bases auraient été posées pour passer « *de la force à la victoire, de la concurrence brute à la concurrence ordonnée et de la querelle à la collaboration* » (p. 120).

²⁸ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 225

²⁹ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 227

³⁰ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 228, 230

³¹ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 230

³² Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 235

³³ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 237

³⁴ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 143

³⁵ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 241

³⁶ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 246

³⁷ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, *ibid.* note 11, p. 319 – 7.1

³⁸ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, *ibid.* note 11, p. 320 suiv. – 7.1.2

³⁹ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, *ibid.* note 11, p. 366 – 8.3 : « *Les émotions remplissent en effet une fonction motivationnelle en introduisant un éveil qui pousse l'individu à l'action. Mais le rôle motivationnel des émotions va au-delà du déclenchement de l'action puisque les émotions dirigent également le comportement vers un but précis et permettent son maintien dans le temps - Emotionen haben eine motivierende Funktion dadurch, dass sie zum Handeln in Bezug auf ein tatsächlich erlebtes oder vorgestelltes Ereignis anspornen. Emotionen richten dann das Verhalten auf spezielle Ziele und halten es aufrecht* ».

⁴⁰ De même Geoffrey Gibson, *Are trial lawyers bad for ADR?* Dans *ADR, Arbitration and mediation*, a collection of essays, Bloomington (USA) 2014, p. 211-228 (214) : « *L'objectif des parties est toujours la victoire et non la vérité absolue* », 226 : « *Les prêtres prient pour les ennemis, mais les princes tuent* » ; Thierry Garby, *ibid.* note 8, p. 2 : « *L'activité économique concurrentielle est conflictuelle par essence* », « *Au fond, dans une certaine mesure, nous aimons le conflit* » ; Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la négociation*, Paris 2003, p. 291 : « *Lorsqu'on décrit la négociation, on emploie des termes empruntés au vocabulaire militaire, on détermine une « stratégie », on applique une tactique qui doit faire remporter la « victoire » sur l'adversaire* » ; Marc Bonnant, Postface, dans Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, *ibid.* note 40, p. 306 : « *Traditionnellement, notre monde familier est celui du combat. Notre discours exalte les vertus agonistiques. Notre vocabulaire est guerrier : nous remportons des victoires et essuyons des défaites, largement tempérées il est vrai, par le récit que nous en faisons ; nous élaborons des tactiques. Or, négocier, c'est céder ; plier, c'est déjà rompre ; se rendre aux raisons de l'autre, c'est encore se rendre, donc capituler. La négociation ne vise pas la victoire, mais le compromis qui est une paix et la paix a des allures d'armistices. Le déshonneur n'est pas loin. Nous exaltons volontiers les vertus homériques : intrépidité, intransigeance. Nous sommes prompts à élever au rang du principe à portée universelle la moindre atteinte à des intérêts particuliers... Par contraste la négociation nous apparaît une tiédeur à laquelle notre orgueil répugne* » ;

⁴¹ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *ibid.* note 41, p. 138

⁴² Geoffrey Gibson, *ibid.* note 40, p. 211-228 (219); Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *ibid.* note 41, p. 28, 29

⁴³ Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation – psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2013, p. 31 « *actions alternatives dans les conflits sociaux* »

⁴⁴ Abhijit Mukhopadhyay, Kai-Uwe Karl, *ibid.* note 6, p. 25-31 (27-28)

⁴⁵ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 44

⁴⁶ Cinthia Lévy, *ibid.* note 1, p. 470-476 (476)

⁴⁷ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 44

⁴⁸ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 46

⁴⁹ Cinthia Lévy, *ibid.* note 1, p. 470-476 (472)

⁵⁰ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 45

⁵¹ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 44

⁵² Pierre Delmas-Goyon, *ibid.* note 3, p. 1-113 (64)

⁵³ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 45

⁵⁴ Parlement européen, *ibid.* note 2, p. 1- 231 (7) : « *Un plus grand usage de la médiation peut apporter de nombreux avantages pour la société* ».

⁵⁵ Cf. note 2

⁵⁶ Cinthia Lévy, *ibid.* note 1, p. 470-476 (474) : « *Il arrive ... que les clients soient effectivement demandeurs d'une procédure, d'un « combat frontal dans l'arène judiciaire » considérant qu'il s'agit là du « moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre des conflits* ».

⁵⁷ Arthur Trossen, *ibid.* note 1, p. 23-25 (24)

⁵⁸ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 215 « *Le combat et la victoire sont en effet depuis longtemps disjointes de l'individu qui y participe directement. Celui-ci n'est que représentant, pas plus* ».

⁵⁹ Cinthia Lévy, *ibid.* note 1, p. 470-476 (474-475)

⁶⁰ Arthur Trossen, *ibid.* note 1, p. 23-25 (24)

⁶¹ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 180

⁶² Cf. Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 237

⁶³ Similaire dans sa conclusion - Arthur Trossen, *ibid.* note 1, p. 23-25 (24, 25): « *Plus les parties sont convaincues, à la suite des progrès faits au cours de la médiation, que leur problème ne peut être résolu qu'ainsi et pas autrement, plus la médiation porte ses fruits. On assiste durant la médiation à une prise de conscience des parties impliquées qui permet même*

aux parties en conflit contraintes à la médiation contre leur gré par un juge de faire, dans le cours de la médiation, le choix intérieur d'y prendre part volontairement... Les parties accomplissent ainsi à l'intérieur du processus une étape essentielle de la prise de conscience qui leur est déjà demandée en dehors de ce processus ... Cette prise de conscience fait même défaut aux parties ayant fait le choix de la médiation ».

⁶⁴ Marc Bonnant, Postface, dans Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, *ibid.* note 40, p. 306

⁶⁵ Alexander Thomas, *Kultur und Kulturstandards* dans : Tomas, Kamhuber, Schroll-Machl, *Handbuch interkultureller Kommunikation und Kooperation*, volume 1, Göttingen 2003, p. 22 « Les hommes vivent tous dans une culture spécifique et la développent ».

⁶⁶ Leo Montada, *Mediation – Pfad zum Frieden*, EWE 20 (2009) 4, p. 501-511 (509, 510) ; Richard Gerrig, Philip Zimbardo, *ibid.* note 11, p. 498 : « La recherche démontre que les humains ont plus de contrôle inhibiteur sur leur agressivité que Lorenz ne le pensait. En fait, les humains font des choix par rapport à leur agression affichée et conditionnée par leur environnement social...les cultures spécifient des normes sur les circonstances dans lesquelles l'agression est acceptable ou requise...les cultures elles-mêmes jouent un rôle essentiel, car elles déterminent dans quelle mesure les personnes sont « capables » d'inhiber l'agression », 501 « les contraintes culturelles », 503 « les normes du comportement agressif »

⁶⁷ Peter Knapp, Andreas Novak, *Die Bedeutung der Kultur in der Mediation*, ZKM 2002, p. 4-8 (5)

⁶⁸ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 158; Frans de Waal, *Le singe en nous*, traduction française, Paris 2006, p. 278, 279

⁶⁹ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 35, 112 suiv., 122

⁷⁰ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 134, 135, 139, 144, 213 : « La guerre est le revers de la culture » et le plus grand facteur promoteur de cette face obscure de l'humanité est le langage car c'est lui qui fait que « les autres » sont perçus et évalués comme étant différents et dissemblables, 222 : « La culture porte toutefois malheureusement en elle la démarcation par rapport « aux autres » car sans cette démarcation, elle ne peut acquérir ni autonomie, ni constance ».

⁷¹ Dans la littérature spécialisée dans la médiation interculturelle (p. ex. David W. Augsburg, *Conflict mediation across cultures*, Louisville 1992, p. 28 suiv. ; Beate A. Fischer, *Konfliktlösungsstrategien in interkulturellen Geschäftsbeziehungen*, ZKM 2006, 181-184) qui traite des questions de l'empreinte individualiste et collectiviste de la société respective et des malentendus qui en découlent pour les partenaires de négociations, il n'est toutefois pas fait mention du problème interculturel de la motivation pour choisir la médiation comme processus de règlement de différends dans le contexte interculturel.

⁷² Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, p. 241; Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 163 : « ...le rôle clé de la réflexion. Elle est l'ultime instance de commande des mobiles comportementaux instinctifs » ; Frans de Waal, *Le singe en nous*, traduction française Paris 2006, p. 278, 279

⁷³ De même Geoffrey Gibson, *ibid.* note 40, p. 227 : « Pourquoi devrions-nous par conséquent traiter le droit comme étant l'un des premiers recours plutôt que le dernier ? Pourquoi ne devrions-nous pas enseigner la procédure civile dans les écoles de droit : d'abord la médiation, puis l'arbitrage et ensuite le contentieux ».

⁷⁴ La médiation ne constituant donc pas une alternative à la procédure judiciaire, les parties impliquées dans un conflit économique attestant d'une forte charge émotionnelle comprennent elles aussi que la médiation est une étape préliminaire plus souple avant une procédure judiciaire ou d'arbitrage centrée sur le combat absolu.

⁷⁵ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 158

⁷⁶ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 143 : « La promotion et la victoire par la performance sont récompensées par un plaisir qu'aucune autre forme de promotion ou de victoire n'apporte : la reconnaissance ».

⁷⁷ Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 148 suiv.

⁷⁸ Leo Montada, Elisabeth Kals, *ibid.* note 43, p. 195; ce moyen de compréhension et de reconnaissance explicite n'est pas prôné à ce jour comme étant un « avantage » motivateur de la médiation, mais il constitue un élément de la gestion des intérêts sur la voie de la recherche d'options de solution.

⁷⁹ Josef H. Reichholf, *ibid.* note 27, S. 172, 180 ; Felix von Cube, *ibid.* note 11, p. 148, 150 : « le comportement ostentatoire agressif » relève de l'« agression admissible – réfléchie et assumée »

⁸⁰ Référence à la liberté de contracter et d'exercer une activité professionnelle, soit une « agression nécessaire » sous forme d'action démocratique

⁸¹ Arthur Trossen, *ibid.* note 1, p. 23-25 (24)

⁸² Parlement européen, *ibid.* note 2, p. 1- 231 (1-10) ; Nadja Alexander, *Global trends in mediation*, Cologne 2003, p. 23
