

Christine Guy-Ecabert

Proposer la médiation ?

Après avoir plongé dans l'analyse d'arrêts d'une instance judiciaire supérieure, il semble évident qu'une médiation administrative a davantage de chances de succès en procédure gracieuse, lorsque les positions ne sont pas cristallisées et que le conflit n'est encore que faiblement juridicisé. Au niveau d'une instance de recours, la médiation requiert du médiateur la compétence de déconstruire les positions juridicisées pour pouvoir reconstruire le conflit dans ses différents univers de sens. Il faut également que la partie gagnante en première instance accepte de remettre son gain en jeu. Or, il n'est pas facile de réunir ces conditions. Cela devrait toutefois être possible lorsque c'est l'administration qui a eu gain de cause et que le bien commun ou des principes fondamentaux de justice le requièrent.

Zitiervorschlag: Christine Guy-Ecabert, Proposer la médiation ? , in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4

Table des matières

1. Introduction en forme d'avertissement
2. Introduction en forme de présentation
3. Procédure et médiation : écarts et complémentarités
 - a) L'objet de la procédure et l'objet du litige
 - b) La constatation des faits et l'administration des preuves
 - c) L'application du droit
 - d) La décision
4. Les potentialités de la médiation
 - a) Les conditions de la médiation et les indicateurs en sa faveur
 - b) Examen des potentialités de la médiation au regard de trois procédures de la compétence du Tribunal administratif fédéral
5. Conclusion en forme de question : Proposer la médiation ? Oui, mais quand ?

1. Introduction en forme d'avertissement

[Rz 1] Etudiant la médiation depuis plus de douze ans, je fais régulièrement le constat qu'elle se trouve en tension négative entre deux pôles, l'idéalisme et le scepticisme. Comment analyser cette polarisation ? L'idéalisme est en particulier véhiculé par une perception quelque peu naïve de la gestion des conflits. Si celle-ci ne peut se concevoir autrement que comme une pratique interdisciplinaire, le risque est grand aujourd'hui de se contenter d'une pseudo-interdisciplinarité qui tend à importer dans la médiation des connaissances de psycho-sociologie, de psychologie voire de neuroscience superficielles et parfois surannées¹. Cet idéalisme éveille ou renforce le scepticisme d'un nombreux public. Comment donc réagir contre ses conséquences négatives ? En faisant un travail scientifique de valeur dans les différents champs disciplinaires concernés par la médiation, en partageant véritablement ces savoirs par la délibération et en formant de façon scientifique les médiateurs.

[Rz 2] Sortons donc de l'idéologie régnante. La médiation n'est pas un « état d'esprit »², ce n'est pas « un langage universel du règlement des conflits »³. C'est à la fois un symptôme des changements de l'Etat et de ses formes d'action et un remède à ces symptômes⁴. C'est aussi un dispositif complexe, qui ne se contente pas de méthodes a priori de règlement des conflits⁵. Les juristes ont bien sûr leur pierre

à ajouter à l'édifice de la médiation, en articulant au mieux la procédure et la médiation et en reconnaissant l'autonomie de la médiation, mais également en s'ouvrant aux apports d'un mode de prévention et de règlement des conflits requérant de grandes compétences. A cet égard, une approche psychosociologique, sociologique, politologique et philosophique, telle que la développent scientifiquement des chercheurs de l'Université catholique de Louvain⁶, est de nature à faire avancer la compréhension de la médiation davantage qu'une approche psychologisante, trop fortement et exclusivement focalisée sur les émotions.

2. Introduction en forme de présentation

[Rz 3] Dans la présente contribution, je vais me soumettre aux exigences de rigueur que j'ai moi-même posées dans l'avertissement ci-dessus, en partant de mes connaissances de la procédure administrative. Je laisserai également de côté les généralités de la médiation déjà abordées par mes préopinants, pour approfondir, par une analyse comparative, l'écart et aussi la complémentarité entre la procédure administrative et la médiation administrative. Je me limiterai à examiner les règles régissant la procédure devant les autorités fédérales, c'est-à-dire la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA RS 172.021). C'est également à son article 33b que je me référerai lorsque je parlerai de médiation administrative. J'entrerai ensuite rapidement en matière sur la question de savoir quelles sont les conditions de la médiation administrative et les indicateurs en sa faveur. Enfin, j'analyserai trois affaires jugées par le Tribunal administratif fédéral dans le but de présenter les perspectives de la médiation à la lumière de conflits concrets. Pour ce faire, j'ai lu et analysé un certain nombre d'arrêts, pour finalement sélectionner parmi eux les plus illustratifs de mon propos⁷. Cette confrontation de la théorie de la procédure et de la médiation avec la réalité judiciaire me semble susceptible d'éclairer sous un jour nouveau la pertinence de la médiation.

¹ Combien d'icebergs du conflit et de cerveaux primitifs les participants à des formations à la médiation n'ont-ils pas visionnés ? Iceberg du conflit inspiré des travaux de Freud sur l'inconscient théorie du cerveau triunique, dont l'un serait le cerveau reptilien, critiquée par la biologie, voir par exemple : http://fr.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9orie_du_cerveau_triunique.

² Jacqueline MORINEAU, L'esprit de la médiation, Ramonville St Agnès 1998.

³ Intitulé des premières Assises internationales de la médiation, 16 au 17 octobre 2009. Organisées par le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation, GEMME, sous le haut patronage de Michèle Alliot-Marie, ministre d'Etat, garde des Sceaux, ces assises marquent la naissance de la Confédération Internationale pour la Médiation Judiciaire.

⁴ La médiation n'est bien sûr qu'un remède parmi d'autres, dont toutes les nouvelles formes de gouvernance actuellement étudiées tant dans les entreprises publiques que privées, le recours à de nouveaux instruments d'action contractuels et négociés.

⁵ Par exemple le modèle de médiation raisonnée, fondé sur la méthode de

recherche des intérêts, préoccupations et besoin des parties en conflit.

⁶ Jean DE MUNCK, Le pluralisme des modèles de justice, in : La justice des mineurs, A. Garrapon/ D. Salas (édit.), Paris 1994, p. 91 ss Jean DE MUNCK, De la loi à la médiation, in : France : Les révolutions invisibles, P. Rosanvallon (éd.), Paris 1998, p. 311 ss Elisabeth VOLCKRICK, La question du tiers dans les dispositifs de médiation. Vers une approche pragmatique, in J.-P. Lebrun et E. Volckrick (édit.), Avons-nous encore besoin d'un tiers ?, 2005 Elisabeth VOLCKRICK, Intervenir en tiers aujourd'hui, in Négociations, 2007/1, n°7, pp.75-88 Christine GUY-ECABERT, Contexte et perspectives de la médiation, in : Plädoyer 5/2006, p. 48 ; Christine GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, Inscription d'un modèle procédural de médiation dans un contexte en mutation (thèse de doctorat, Schulthess/ Bruylant, 2002.

⁷ Je remercie ici M. Markus METZ, juge administratif fédéral, qui a bien voulu me transmettre une présélection d'arrêts pertinents.

3. Procédure et médiation : écarts et complémentarités

[Rz 4] Quatre éléments fondamentaux de la procédure administrative, qui en constituent également des phases – l'objet de la procédure et l'objet du litige la constatation des faits et l'administration des preuves l'application du droit la décision – permettent de mieux mettre en évidence l'écart et les complémentarités entre la procédure administrative et la médiation administrative, entendue au sens de médiation déléguée à un tiers par l'administration.

a) L'objet de la procédure et l'objet du litige

[Rz 5] L'objet de la procédure est déterminé par les lois de procédure, en l'occurrence par la PA. En première instance, il s'agit des « affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours » (art. 1, al. 1 PA). C'est une première délimitation puisque sont exclus de l'application de l'article 33b PA les actes bilatéraux, tels les contrats de droit administratifs, les plans et les actes matériels, sauf, pour ces derniers, lorsque le destinataire demande une décision en constatation (art. 25a PA). L'objet de la procédure est par ailleurs différemment déterminé selon que la décision relève de l'administration de police, auquel cas l'administration ouvre d'office la procédure et décide par là-même de l'objet du litige, ou de l'administration de prestation, auquel cas c'est l'administré qui introduit la procédure et délimite son objet. En procédure de recours, on distingue l'objet du litige (Streitgegenstand) de l'objet de l'annulation (Anfechtungsgegenstand). L'objet du litige est constitué par le rapport de droit qui fonde la décision, tandis que l'objet de l'annulation est constitué par la décision attaquée⁸. L'administré détermine lui-même, à travers ses conclusions, l'objet de l'annulation (art. 52, al. 1 PA). En cas de recours partiel, celui-ci peut se réduire, au gré des instances successives, à tel point que le règlement du conflit peut perdre parfois de sa cohérence.

[Rz 6] En médiation administrative, l'objet du conflit est co-déterminé par les parties avec le soutien du médiateur. Il n'est pas limité par la loi, hormis par le droit impératif. Il n'est pas touché par les délimitations traditionnellement opérées par l'ordre juridique, notamment les règles fondant la compétence de l'autorité. Les aspects relevant du droit privé et du droit public, par exemple dans une affaire de bruit, peuvent être traités simultanément, de sorte que la médiation permet l'examen d'une situation problématique dans sa globalité. Tout au plus, le processus se terminera par un accord ayant à la fois valeur de décision et de contrat de droit administratif.

b) La constatation des faits et l'administration des preuves

[Rz 7] L'autorité constate les faits d'office. S'il y a lieu, elle procède à l'administration des preuves (art. 12 PA). La décision contient un résumé des faits essentiels (art. 61 PA).

[Rz 8] La constatation de l'état de fait est dominée par la maxime inquisitoire. L'autorité détermine quels sont les faits pertinents et, si nécessaire, quelles preuves doivent être administrées. Il y a donc un lien particulièrement étroit entre les faits et les preuves puisque l'autorité ne peut apprécier la pertinence des faits sans avoir préalablement déterminé le droit applicable⁹.

[Rz 9] La loi énumère les preuves que l'autorité peut administrer pour établir la vérité juridique. Il s'agit des moyens probatoires traditionnels : preuves documentaires, renseignements des parties ou de tiers ou témoignages de tiers, visite des lieux et expertises (art. 12, 2e partie, PA). L'autorité détermine librement les preuves, ce qui signifie qu'elle peut refuser de mettre en œuvre celles qu'elle juge inutiles. En revanche, elle est liée par les expertises à moins que celles-ci ne reposent sur des bases juridiques non pertinentes, qu'elles ne soient incomplètes ou contradictoires. L'intime conviction de l'autorité a beaucoup de poids. Pour qu'elle puisse retenir les faits comme établis, il suffit que « l'autorité aie l'impression qu'ils se sont déroulés de cette façon là, même s'il est possible qu'ils se soient déroulés autrement »¹⁰.

[Rz 10] Dans l'application de la maxime de l'instruction, l'autorité administrative traduit en langage juridique la situation vécue par les parties. Elle retient les faits pertinents du point de vue du droit. C'est donc une « vérité administrative » ou une « vérité juridique » qu'elle établit et non pas, comme l'affirme la doctrine, une « vérité matérielle »¹¹. La situation problématique est traduite en langage juridique et en conséquence objectivée. Il n'y a guère de place pour la subjectivité des acteurs, – c'est-à-dire pour leur libre arbitre – même si, dans les procédures que les parties introduisent elles-mêmes, elles ont le droit d'être entendues (art. 29 PA) et le devoir – qui peut aussi se traduire par un droit – de collaborer à la constatation des faits.

[Rz 11] En médiation administrative, en revanche, la situation problématique n'est pas objectivée par le médiateur. Il

⁸ Frank SEETHALER/Fabia BOCHSLER, in : Waldmann/Weissenberger, Praxis-kommentar VWG, Art. 52 N 40.

⁹ Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, p. 114 et 122.

¹⁰ Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, N 289.

¹¹ Isabelle HÄNER par exemple oppose la vérité matérielle – obtenue dans les procédures où s'applique la maxime inquisitoire – à la vérité formelle, obtenue en particulier dans les procédures civiles où domine la maxime des débats (Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, in : Die erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 35). Voir également Patrick L. KRAUSKOPF/Katrin EMMENEGGER, in : Waldmann/Weissenberger, Praxis-kommentar VWG, Art. 12 N 8.

n'est en effet utile ni de détecter ni de retenir les faits pertinents, parce qu'il s'agit de construire ensemble, c'est-à-dire d'entente entre les parties et l'administration et avec le soutien du médiateur une vérité intersubjective. Il s'agit d'une action de partenariat dans laquelle les parties élaborent une interprétation commune de la situation. La loi prévoit néanmoins que le médiateur peut administrer des preuves mais qu'il ne peut procéder à une inspection locale, demander une expertise ou entendre des témoins qu'après y avoir été habilité par l'autorité (art. 33b, al. 3 PA). Cette disposition semble a priori peu utile dans le cadre d'un processus axé sur le consensus. On ne peut toutefois exclure que des tiers qui détiennent des informations soient réticents à les donner bien qu'elles soient indispensables à la problématisation et au règlement du cas litigieux. Cette disposition permet aussi de mettre les frais de ces preuves à la charge de l'Etat si la procédure aboutit, ce qui n'est pas choquant dans un contexte de droit public. En tout état de cause, la question des preuves à administrer devrait être discutée avec les parties¹².

[Rz 12] On peut donc dire que les règles de la procédure administrative simplifient la construction de la situation conflictuelle qui est, somme toute, dite, décrétée unilatéralement par l'autorité compétente, alors que la médiation – qui implique une recherche d'accord sur l'interprétation intersubjective de la situation, mais laisse précisément une place à la subjectivité des acteurs –, complexifie le processus.

c) L'application du droit

[Rz 13] L'autorité applique d'office le droit aux faits qu'elle a retenus comme pertinents, si nécessaire en les établissant par des preuves. Cela signifie en particulier qu'elle détermine d'office, à travers le droit applicable, les intérêts publics en jeu à ce stade. Elle est aussi liée par l'objet de la procédure. Lorsque les parties ont un devoir de collaboration, elles contribuent également à déterminer les intérêts publics et privés en jeu. En procédure de recours, elles indiquent leurs motifs et leurs moyens de preuve sous peine d'irrecevabilité de leur recours (art. 52 PA). Seuls les intérêts juridiques sont pertinents. Or, n'importe qui ne peut pas faire valoir des intérêts juridiques. Pour être partie à une procédure de recours, il convient d'être spécialement atteint par la décision attaquée et d'avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ou d'être particulièrement habilité par la loi à recourir (art. 48, al. 1, let. b et c PA).

[Rz 14] Le médiateur, en revanche, ne confine pas le règlement du conflit au seul champ juridique. Il déploie le conflit dans ses différentes dimensions, par exemple sociales, morales, familiales, économiques, psychologiques et, bien sûr, juridiques. Le principe de la légalité, cela va de soi, est applicable en médiation administrative. En tant qu'actrice de la

médiation, l'autorité administrative est d'ailleurs garante de la conformité de l'accord de médiation à la loi, puisque c'est elle qui a la faculté de faire de l'accord sa décision, en exerçant un plein pouvoir d'appréciation (art. 33, al. 4 et 49 PA).

[Rz 15] Dans le volet de l'application du droit, l'autorité donne du sens à une situation problématique en fonction d'une loi préexistante. En médiation, en revanche, les parties construisent, avec l'aide du médiateur, une règle commune qui est élaborée dans la situation conflictuelle concernée. Le médiateur ne donne pas lui-même un sens à la situation. Il permet en revanche à des savoirs différents de circuler et de trouver une légitimité. Le droit n'est pas le seul registre pertinent d'interprétation et de résolution du conflit. Il en est un, pertinent parmi d'autres.

d) La décision

[Rz 16] La procédure administrative de première instance, de même que la procédure de recours administratif, se terminent sur une décision que l'autorité doit motiver (art. 1, al. 1 et 35 al. 1 PA). La décision est un acte unilatéral que l'autorité peut exécuter, contre la volonté des parties, à condition qu'elle ne puisse plus être attaquée par un moyen de droit, que le moyen de droit possible n'ait pas d'effet suspensif ou que l'effet suspensif attribué à un moyen de droit ait été retiré (art. 39 PA).

[Rz 17] En médiation administrative, l'autorité fait de l'accord sa décision, qui reste une décision au sens de l'article 5 PA. Elle est toutefois le résultat d'une négociation entre les parties et l'autorité, sous les auspices du tiers médiateur, ce qui a pour effet que, mieux acceptée, elle est mieux mise en œuvre par les parties.

4. Les potentialités de la médiation

a) Les conditions de la médiation et les indicateurs en sa faveur

[Rz 18] Une demande récurrente, provenant en particulier de l'administration et des juges, porte sur la question de savoir quand il est opportun de déléguer la situation problématique à un médiateur. Selon l'art. 33b al. 2 PA, le but est « de favoriser la conclusion d'un accord », ce qui ne nous mène pas très loin.

[Rz 19] Les conditions objectives de la médiation sont limitées à leur plus simple expression. Elles sont au nombre de quatre. Il faut et il suffit que deux acteurs soient en conflit ou en désaccord (acteurs et non pas parties, car le désaccord entre l'autorité de première instance et le destinataire de la décision suffit pour permettre une médiation), que le droit impératif n'exclue pas une solution négociée, que l'autorité ait un pouvoir d'appréciation suffisant et que toutes les parties aient intérêt à une solution qui ne soit pas exclusivement

¹² SIEGWART, in : Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VWG, Art. 33b N 62.

juridique, en d'autres termes, qu'elles n'aient pas intérêt à provoquer une jurisprudence. A ces conditions objectives, on pourrait ajouter encore des conditions subjectives : l'aptitude des acteurs à la négociation et la non-prévisibilité de la décision (si l'on est sûr de gagner la procédure, on ne va pas en négocier le résultat). A la première condition subjective, il me semblerait sage d'en substituer une autre plus réaliste et mieux mesurable, l'information des parties sur la médiation, car l'aptitude à la négociation passe par une meilleure information sur la médiation.

[Rz 20] Il ne me semble ni possible ni surtout pertinent de définir des conditions plus précises sans prendre le risque de poser des règles a priori de procédure qui n'auraient de toute façon qu'une portée très relative. Cette question doit être examinée dans le contexte de l'affaire concernée et non pas abstraitement.

b) Examen des potentialités de la médiation au regard de trois procédures de la compétence du Tribunal administratif fédéral

[Rz 21] Il convient maintenant d'examiner, à travers trois procédures dans lesquelles le Tribunal administratif a statué, les potentialités de la médiation dans ces causes très différentes.

1. Un cas de jurisprudence

[Rz 22] La première affaire (arrêt du 14 janvier 2010, A-681/2009) concerne la protection des données en matière de casier judiciaire. Il s'agit de déterminer si, faute de notification de l'annulation de la radiation d'une inscription au casier judiciaire, le droit d'être entendu du recourant a été respecté et si le jugement concerné pouvait encore figurer sur l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers (fait 2.3). Les questions tranchées par le Tribunal administratif fédéral sont des questions purement juridiques, en particulier la deuxième question, qui concerne le droit transitoire (c. 6). Dans une telle situation, l'autorité de décision n'a aucune marge d'appréciation. Il s'agit d'un cas d'application du droit non encore tranché et l'une et l'autre partie au différend – l'autorité comme le recourant – ont intérêt à faire de ce cas jurisprudence. Une médiation n'est donc pas opportune.

2. Une procédure complexe d'aménagement du territoire

[Rz 23] La deuxième affaire (arrêt du 17 décembre 2009, A-1844/2009) a trait à un passage à niveau pour piétons lors de la correction du tracé d'une voie ferrée dont le but est de permettre l'augmentation de la vitesse des trains. La commune concernée en souhaite le maintien parce qu'il évite aux piétons un long détour. Dans son recours, le propriétaire d'une maison voisine estime cette installation inutile et impossible à sécuriser et se plaint de ses conséquences acoustiques dommageables. Toutefois, faute d'avoir invoqué ces questions dans son opposition lors de la première procédure d'approbation de la planification, le recourant ne peut plus remettre en question le tracé de la voie ferrée. Aussi l'arrêt du

Tribunal administratif fédéral ne peut-il porter que sur le seul objet du litige encore en jeu, l'espace de sécurité destiné aux piétons entre le rail et la route (c. 2).

[Rz 24] Bien que le Tribunal administratif fédéral jouisse d'un plein pouvoir d'appréciation, il s'impose une certaine retenue dès lors que l'autorité de première instance était une autorité spécialisée mieux à même que lui de trancher des questions techniques comme la dangerosité d'un passage à niveau et la charge en trafic. On voit donc bien que, en vertu de règles de procédure correctement appliquées, le véritable objet du conflit, celui vécu par l'opposant, à savoir l'augmentation des nuisances de bruit et de vibrations, ne pourra pas être examiné. Le Tribunal administratif fédéral ne peut plus entrer en matière que sur des intérêts publics, sous un angle purement technique (fréquence du trafic moyenne journalière des piétons détour imposé en cas de fermeture du passage nature du quartier desservi, c. 8), qui l'amèneront à confirmer le besoin fondé de ce passage à niveau (c. 8) et à juger sa sécurité suffisante (c. 9), bien que certains aménagement soient encore renvoyés à une planification de détail (c. 9.2 et 12).

[Rz 25] Il en va de même de la question du bruit de l'alarme acoustique (c. 10). Cette affaire fait ainsi exception au principe de l'unité et de l'indivisibilité de la décision, en vertu de la possibilité d'échelonner les différentes planifications et les procédures d'autorisation ou de planification de détail ultérieures (c. 12.1). Les questions de détail que sont le type de barrière de protection, le niveau du signal sonore, la durée du temps d'avertissement et de fermeture, l'organisation de la place d'attente sont donc renvoyées à une procédure de planification de détail ultérieure (c. 12.3 et 12.4) et le recours complètement rejeté.

[Rz 26] En médiation administrative, le conflit réel – la correction d'une voie ferrée engendrant des nuisances supplémentaires – et non pas le seul conflit juridique – l'aménagement de la place d'attente pour les piétons – aurait été pris en considération. Le règlement aurait pu porter sur l'ensemble du conflit. Enfin, contrairement à l'autorité de recours qui calque son opinion sur celle de l'autorité spécialisée de première instance, le médiateur n'a aucun préjugé sur le sens à donner à la situation conflictuelle.

3. Un cas tragique de mobbing

[Rz 27] La troisième affaire (arrêt du 16 décembre 2010, A-301/2009) illustre un cas tragique de mobbing allégué. Il s'agit d'une femme, engagée par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), dont les rapports de travail sont résiliés avant la fin du temps d'essai, en décembre 2001. Alors qu'un recours est pendant en deuxième instance, une transaction est passée qui permet le classement du dossier. En novembre 2007, cette femme ouvre action en responsabilité et demande le paiement d'une somme de 230'000 francs pour cause de mobbing puis réclame ultérieurement une somme supplémentaire, à titre de réhabilitation, et des excuses écrites. En mai 2008, le Département des finances

rejette sa demande pour cause de prescription et d'absence de preuve du lien de causalité entre la résiliation des rapports de travail et le chômage de la requérante. Après avoir répété dans divers écrits qu'elle ne souhaite pas recourir devant le Tribunal administratif fédéral, elle adresse une deuxième demande d'indemnité pour tort moral au Département des finances qui la rejette, en décembre 2008, pour divers motifs de procédure, en particulier l'exception de chose jugée, et pour des motifs de fond. En janvier 2009, la personne saisit le Tribunal administratif fédéral d'un recours contre les deux décisions du Département des finances. Elle se plaint d'actes de mobbing postérieurs à son licenciement et de divulgation de données personnelles (son âge et sa situation financière) dans la décision sur son recours. Cette personne défend toute seule ses intérêts, à tout le moins devant le Tribunal administratif fédéral.

[Rz 28] Ce dernier juge le recours contre la première décision irrecevable. La recourante n'ayant jamais exprimé sa volonté de recourir, la première instance, à qui elle s'était adressée, n'avait pas l'obligation de transmettre ses réclamations à l'instance supérieure, de sorte que le recours est tardif. Elle n'invoque pas de violation du droit mais s'en prend seulement à la motivation de la décision elle n'en demande pas même la reconsidération (c. 2.1). Le deuxième recours est aussi partiellement irrecevable : il revient sur des questions définitivement jugées dans la première décision et n'invoque pas de motifs de révision. Sur le fond, le Tribunal administratif fédéral examine les arguments qui n'ont pas encore été tranchés dans la décision de mai 2008. Il constate que le comportement des collaborateurs du DFAE ne peut être taxé d'illicite dans la mesure où leur devoir de surveillance n'impliquait pas d'obligation juridique d'agir. Une des conditions cumulatives d'une action en responsabilité faisant défaut, il n'est pas nécessaire d'entrer en matière sur les autres conditions. S'agissant de la violation des droits de la personnalité qui résulterait de la communication de son âge et de sa situation financière, il s'agissait d'éléments pertinents pour la motivation de la décision (difficulté à retrouver du travail et demande d'assistance judiciaire) dont la révélation à l'autorité supérieure ne constitue pas une atteinte grave à la personnalité (c. 9). De plus, lorsqu'une autorité inférieure est amenée à prendre position sur une action en responsabilité, elle n'est pas obligée de faire preuve de retenue ni d'affabilité particulière, mais de présenter sa propre vision des choses. Ses observations, destinées à l'autorité supérieure, n'ont pas été largement divulguées. Sa position est certes critique, mais formulée objectivement.

[Rz 29] Que révèle cette affaire ? Avant tout, une communication impossible. Le codage juridique du conflit veut que la situation vécue par la recourante soit traduite en termes juridiques. Devant l'instance de recours, les questions de recevabilité occupent le centre de la scène. La justiciable, qui n'est pas assistée par un avocat, n'a aucune chance de s'en tirer parce qu'elle ne comprend ou ne maîtrise pas les règles

du jeu de la procédure. Le Tribunal administratif fédéral se prononce sur de nombreuses questions : sa volonté déclarée de ne pas recourir, la tardiveté de son recours, l'irrecevabilité de ses griefs pour cause de force de chose jugée. Sur le plan du sentiment de justice, le résultat s'avère désastreux. La question fondamentale pour cette femme, celle du mobbing, n'est pas tranchée par les instances de recours. La recourante perd non seulement toutes les procédures, mais également la face, après une affaire qui dure finalement neuf ans et lui coûte 7'550 francs de frais.

[Rz 30] Que se serait-il passé si une médiation avait pu être mise en œuvre suffisamment tôt ? Le médiateur aurait déployé le conflit dans ses différents registres et en particulier celui des émotions. La question de la demande d'excuses aurait été mise en délibération. La situation aurait été problématisée par les parties. Cela ne veut certes pas dire qu'assurément la médiation aurait abouti à un accord plus solide que la première transaction (dont l'arrêt ne dévoile pas le contenu). En revanche, on pourrait en attendre une meilleure communication entre les parties et davantage d'intercompréhension. Dans de tels cas, un processus de médiation, géré par une personne bien formée, permet de décharger les tribunaux de ces procédures difficiles dans lesquelles les parties, parce qu'elles ne comprennent pas les règles de droit, risquent de se transformer en querulents. Finalement, les 7'500 francs de frais auraient permis de faire plus de 60 heures de médiation.

5. Conclusion en forme de question : Proposer la médiation ? Oui, mais quand ?

[Rz 31] Après avoir plongé dans l'analyse d'arrêts d'une instance judiciaire supérieure, il semble évident qu'une médiation administrative a davantage de chances de succès en procédure gracieuse, lorsque les positions ne sont pas cristallisées et que le conflit n'est encore que faiblement juridicisé. Au niveau d'une instance de recours, la médiation requiert du médiateur la compétence de déconstruire les positions juridicisées pour pouvoir reconstruire le conflit dans ses différents univers de sens. Il faut également que la partie gagnante en première instance accepte de remettre son gain en jeu. Or, il n'est pas facile de réunir ces conditions. Cela devrait toutefois être possible lorsque c'est l'administration qui a eu gain de cause et que le bien commun ou des principes fondamentaux de justice le requièrent

* * *