



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE)

« MIEUX ORGANISER LES RELATIONS ENTRE JUGES ET AVOCATS
POUR UNE JUSTICE MEILLEURE »

PARIS, 7 NOVEMBRE 2012

Maison du Barreau, 2 rue de Harley, 75001 Paris: (Auditorium, 9h-18h)

Conférence européenne organisée par le Conseil Consultatif des Juges européens (CCJE) et le Barreau de Paris

Discours de Mme Michèle JAUDEL (France), avocat, Président de la commission ouverte au barreau de Paris sur la médiation

Thème n°4 : juges et avocats répondant au besoin des parties ?

Rôle commun du juge et de l'avocat pour aboutir à une solution négociée des litiges.

Introduction :

De la coopération nécessaire entre le juge et l'avocat pour légitimer les modes alternatifs de règlement des litiges par la recherche d'une solution négociée, et notamment par la médiation.

Qu'est-ce qu'une justice meilleure et comment les juges et les avocats peuvent-ils répondre aux besoins des parties en concourant à une justice meilleure ?

Les juges, en appliquant la loi, répondent-ils aux besoins des parties ou à ceux de la justice, de la société, éventuellement à ceux d'une partie ?

Les avocats répondent-ils aux besoins des parties ? De leurs clients, on l'espère, oui, et encore... faut-il qu'ils proposent à leur client tous les outils de l'arsenal juridique en conseillant celui qui est le mieux adapté aux besoins spécifiques d'une situation.

Juges et avocats ont-ils un rôle commun à jouer pour aboutir à une solution négociée des litiges ? Et cette solution négociée, doit-elle être encouragée parce qu'elle répondrait aux besoins des parties ?

Bertrand de Belval, avocat au barreau de Lyon, a écrit une chronique remarquée dans la Gazette du Palais du 8 mai 2012 au titre éloquent « *Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit* ». Et d'ajouter aussitôt : « *si les techniques alternatives de règlement des conflits semblent largement plébiscitées par différents acteurs de la justice, elles comportent également des limites, relatives notamment au caractère subjectif des accords qui en sont issus* ».

En quoi est-il dirimant d'être subjectif dans sa relation avec l'autre, si les deux parties y consentent et qu'elles aménagent et surpassent cette subjectivité, leurs ressentis, leurs émotions, pour parvenir à un accord qu'elles auront elles-mêmes construit, pour vivre ensemble, pour faire la paix...

Imposer une décision subjective à l'autre, cela est insupportable. Mais être d'accord sur un désaccord et construire une solution à deux, avec l'aide d'un tiers neutre et impartial, solution qui convient aux deux

parties, acceptée par elles, à condition de ne pas être contraire à l'ordre public, non seulement ne « délégitime » pas le droit et le juge, mais encore sera plus aisément et même à coup sûr exécutée.

Et n'est-ce pas cela la justice meilleure ?

- Celle qui est adaptée aux besoins des parties,
- dans le respect des lois,
- celle qui est exécutée,
- celle qui restaure la paix sociale et scelle un lien durable.

Alors la médiation judiciaire, puisque nous sommes invités à réfléchir sur l'action concertée des juges et des avocats en faveur d'une solution négociée, la médiation judiciaire visée par l'article 21 nouveau du CPC, issu de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, comment cela fonctionne t'il ?

Première partie : La médiation du côté du juge.

Les enjeux, les difficultés, comment le juge doit se situer par rapport à l'avocat.

La médiation ne dessaisit pas le juge de l'affaire. Elle peut être proposée par le juge, les parties ou les avocats. Après avoir recueilli l'accord des parties, le juge ordonne la médiation et désigne le médiateur répondant à la qualification requise eu égard à la nature du litige, et justifiant d'une formation et expérience adaptée à la pratique de la médiation : la désignation peut porter sur un médiateur personne physique ou sur un centre de médiation, avec agrément du médiateur proposé par le centre. Le juge fixe la rémunération du médiateur.

Il ne serait pas inutile, dans certaines circonstances, que le juge demande à s'entretenir avec les avocats pour prendre le pouls de la situation lorsque le dossier arrive devant une juridiction : où en sont les parties dans leur opposition, leurs postures, leur différend ? Par exemple, en matière de discrimination syndicale, le juge qui croit utile de proposer une médiation a vraisemblablement de bonnes raisons qu'il pourrait évoquer avec l'avocat du discriminé et/ou du discriminant.

L'intérêt de la recherche de cette meilleure justice par l'action concertée des juges et des avocats ne passe t'il pas par cette coopération préalable ?

De par mon expérience d'avocat accompagnant mes clients en médiation et de médiateur, je peux affirmer que le recours à une médiation, bien compris par les avocats qui l'expliquent à leur client, même si elle n'aboutit pas à un accord de médiation, aura toutefois pratiquement dans tous les cas dénoué un nœud, restauré un dialogue et fait prendre conscience aux parties de certaines résistances jusqu'alors non comprises.

Le juge veille au respect du délai fixé pour le déroulement de la médiation : 3 mois renouvelable une fois. Le juge est tenu informé par le médiateur de l'issue de la médiation et, le cas échéant, des difficultés rencontrées dans l'accomplissement de sa mission.

Le juge peut mettre fin à sa mission à tout moment, lorsque les conditions de la médiation ne sont plus réunies. Il devra juger l'affaire en l'absence d'accord.

En cas d'accord, il peut à la demande des parties homologuer la solution élaborée par elles (article 21-4 du CPC : « *L'accord auquel parviennent les parties ne peut pas porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* » dont on peut rapprocher un arrêt de la cour de cassation du 18 juillet 2001 (bull.V, n°279) énonçant qu'« *en tout état de cause, le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord - de médiation - qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles* ».

A ce stade, l'avocat peut soutenir sa demande d'homologation de l'accord auprès du juge, ce qui permet donc à la justice de se réapproprier le litige en vérifiant l'équilibre de l'accord et les concessions consenties. On pourrait également imaginer que l'étape homologation ne soit qu'une « formalité », ce qui est actuellement couramment constaté lors de ce processus.

Lors du récent colloque organisé par le barreau de Paris, le 25 octobre dernier, « **Génération médiation. La justice change, et vous ?** », Jacques Biancarelli, conseiller d'Etat, délégué au droit européen, s'interrogeait dans ces termes :

- 1) *Quelle est la marge d'appréciation d'un juge d'un Etat membre de l'UE auquel l'on demande d'homologuer un titre ou un accord issu d'une médiation dont le processus s'est déroulé sur le territoire d'un autre Etat membre ? S'agit-il en quelque sorte d'un simple « coup de tampon », autrement d'un rôle purement mécanique ou, à l'inverse, le juge de l'homologation peut-il exercer, et jusqu'à quel point, un contrôle sur l'accord ou le titre qu'on lui demande d'homologuer ?*
- 2) *A cet égard, quelle est la portée exacte du syntagme utilisé au § 2 de l'article 1^{er} de la directive 2008/52 « à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable » ? Y a-t-il lieu d'assimiler ce membre de phrase à ce que nous appelons, en droit français, une « disposition d'ordre public » ou bien, dans certains systèmes juridiques en vigueur dans tel ou tel Etat membre, ces mots sont-ils susceptibles de recevoir une autre acception, plus étroite ou plus large ? Enfin, un juge d'un Etat membre pourrait-il opposer un refus d'homologation tiré d'une divergence entre les « dispositions d'ordre public » de l'Etat membre dans lequel il exerce ses fonctions et celles prévalant dans l'Etat membre où le processus de médiation a été conduit ?*

Une évolution avec des prises de position tranchées sur le sujet est sans doute opportune.

Si la médiation n'a pas vocation à désengorger les juridictions, elle permet d'être à l'écoute des parties et de « moins juger pour mieux juger ». Elle peut également assurer la célérité du règlement des affaires et favoriser une justice moderne et de qualité¹. Ce mode amiable, en permettant la satisfaction des deux parties (« gagnant-gagnant »), ne contribue-t-il pas à instaurer une justice sereine et apaisée, garante de la paix sociale, une justice meilleure ?

La médiation, inscrite dans le droit positif français depuis 1995, est un instrument parmi d'autres donné au juge et à l'avocat pour remplir leur mission.

Dans la semaine sociale Lamy du 14 mai 2012, Benoit Holleaux, conseiller à la cour d'appel de Paris, magistrat référent médiation pour les chambres sociales de la cour d'appel de Paris, s'est clairement exprimé sur le rôle de la médiation comme « renouveau de l'office du juge ».

Deuxième partie : La médiation du côté de l'avocat.

Les enjeux, les difficultés, comment l'avocat doit se situer par rapport au juge.

Il en est de même de l'office de l'avocat, encore que le rôle de ce-dernier relève depuis toujours de l'éthique inhérente à son exercice professionnel, consistant à donner le conseil adapté à son client dans une situation exposée par ce-dernier, l'objectif étant de répondre à ses attentes par des moyens éclairés :

- une solution négociée est-elle envisageable ?
- quel type de solution veut-on obtenir (normée juridiquement ou créative économiquement) ?
- la poursuite des relations entre les parties a-t-elle une importance ?
- quel est l'impératif temporel ?
- les enjeux économique financiers, faire le calcul de la BATNA « *best alternative to a negotiated agreement* »,
- y a-t-il des voies judiciaires subordonnées (clauses contractuelles) ?
- y a-t-il un risque quelconque à choisir d'abord un recours à un mode alternatif de résolution du conflit ?²

Tous les conflits ne sont pas susceptibles d'être résolus miraculeusement en recourant au processus médiation. La crédibilité de ce mode alternatif repose en partie sur le diagnostic et l'éthique. Il y a des situations pré contentieuses ou contentieuses où les avocats, les magistrats décèlent un contexte

¹ *Académie de la médiation*

² *L'avocat en médiation- CMAP centre de médiation et d'arbitrage de Paris.*

émotionnel - aux côtés des aspects juridiques – qui justifie que l'on tente un passage préalable à tout autre mode de règlement du litige par la case « médiation ».

On ne peut qu'encourager l'avocat qui a décelé dans le dossier de son client une part d'émotion telle que l'application stricte de la loi ne fera vraisemblablement aucun « gagnant », de s'en entretenir avec le juge qui, de par son autorité, amènera vraisemblablement plus facilement les parties à accepter de passer par une médiation, leur liberté restant entière dans la mesure où elles peuvent ne pas accepter et où, bien entendu, elles ne sont pas obligées de parvenir à un accord : dans cette hypothèse, le juge n'en saura rien et, de par le principe de la confidentialité, garantie d'une étanchéité à préserver, ignorera de la responsabilité de laquelle des parties la médiation n'aura pas abouti.

Il arrive que seule la présence d'un tiers qualifié permette de débloquent le conflit et d'aboutir à une solution durable. Lui-seul, par l'utilisation de la méthode à laquelle il a été formé, aidera à dépasser les violences et le blocage psychologique pour arriver à l'apaisement, pour faire opérer un basculement des positions vers les besoins et les valeurs ; lui seul pourra tenter d'établir un pont entre les parties, avec la mise à plat des sentiments. Le médiateur tempèrera la relation et gèrera les émotions.

Le débat de fond, comme le souligne justement Benoit Holleaux, porte toujours sur la question de savoir ce que la médiation judiciaire, en tant que mode alternatif de règlement des litiges, peut apporter au service public de la justice dans son fonctionnement quotidien, et invite à repenser l'office du juge vu traditionnellement comme un répartiteur de droits, un décideur instrument de la force légale, alors qu'il convient, toujours selon Benoit Holleaux, et en ma qualité d'avocat j'adhère à son analyse, de le considérer davantage comme un facilitateur de paix sociale par la rectification d'une situation conflictuelle avec la participation active des parties et de leurs avocats, pouvant être aidées par un tiers neutre et impartial.

Cette approche plus dynamique de la coopération entre les juges et les avocats pour moderniser l'acte de juger, qui consiste précisément à essayer de traiter les causes du conflit et à restaurer la paix sociale, s'inscrit dans un modèle étatique en ce que la médiation judiciaire n'est pas une forme de « *justice parallèle ou accessoire* », comme elle ne procède en rien d'une prétendue « *stratégie d'évitement du juge* » puisque sa mise en œuvre répond à des conditions bien précises et toujours sous le contrôle du juge qui doit rester actif tout au long du processus³.

Alors en conclusion de mon intervention, ou plus exactement en ouverture d'un débat que tous les promoteurs et acteurs de la médiation comme mode alternatif de règlement des litiges doivent rechercher plutôt qu'éviter, je citerai le Professeur Charles Jarrosson :

« *Dès lors qu'il y a litige et que les parties ont la libre disposition de leurs droits, le recours à la médiation est possible*⁴ ».

Le Doyen Paul Roubier énonçait déjà en 1951 que le bon juriste n'est pas un simple technicien du droit, et il ne manquait pas de professer que « *dans la conscience de l'homme civilisé, à côté de la notion de ce qui est strictement juridique... il y a ce qui est juste, c'est-à-dire ce qui constitue la valeur morale suprême dans les relations entre les hommes... Faut-il se résigner à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique ?*⁵ ».

³ *Forum réflexions Semaine sociale Lamy 14 mai 2012 – Benoit Holleaux, conseiller, magistrat référent médiation pour les chambres sociales de la cour d'appel de Paris.*

⁴ *Conférence de Lyon du 26 septembre 1995, médiation et conciliation : définition et statut juridique, Gazette du Palais 2^{ème} semestre 1996, p.952.*

⁵ *Théorie générale du droit, 1951, Doyen Paul Roubier.*

« Il faut que le juge aime la justice au point de vouloir rectifier plutôt que de trancher, qu'il préfère la balance au glaive⁶ ».

Tels sont les défis, en ces périodes de crise et de besoin de restauration du dialogue, que juges et avocats doivent impérativement se lancer afin de tendre vers une justice apaisée en y travaillant ensemble.

Paris, le 7 novembre 2012,

Michèle Jaudel
Avocat à la cour d'appel de Paris
Déléguée du bâtonnier à la médiation
Président de la commission ouverte au barreau de Paris sur la médiation
Médiateur agréé au centre de médiation et d'arbitrage de Paris CMAP

⁶ Citation du 1^{er} président Pierre Bellet reprise par le 1^{er} président Pierre Drai in *Mélanges dédiés au professeur Roger Perrot, Le délibéré et l'imagination du juge*, dalloz, janv. 1996.