

Boîte à outils pour le développement de la médiation

Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation



COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE
LA JUSTICE
(CEPEJ)

CEPEJ(2018)7

*Tel qu'adoptée lors de la
30^{ème} réunion plénière
de la CEPEJ à Strasbourg
du 27 au 29 juin 2018*

cepej
European
Commission
for the Efficiency
of Justice Commission
européenne
pour l'efficacité
de la justice

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE

Table des matières

INFORMATIONS PRÉLIMINAIRES.....	4
CHECKLIST POUR L'ÉTABLISSEMENT D'UN PROJET PILOTE DE MÉDIATION JUDICIAIRE	6
CHECKLIST POUR L'ÉVALUATION DU PROJET PILOTE DE MÉDIATION.....	10
GUIDE DU RENVOI JUDICIAIRE À LA MÉDIATION	20
PROGRAMME DE BASE DE FORMATION DES MÉDIATEURS	28
FOIRE AUX QUESTIONS (FAQ) SUR LA MÉDIATION : <i>GUIDE À L'INTENTION DES JUGES, DU PERSONNEL NON JUDICIAIRE DES TRIBUNAUX, DES MÉDIATEURS, DES SERVICES DE MÉDIATION, DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET AUTRES, AINSI QUE DES PARTIES PRENANTES À LA MÉDIATION ET DES UTILISATEURS DE LA MÉDIATION</i>	34
GUIDE DE MÉDIATION POUR LES AVOCATS	44

Informations préliminaires

En 2006, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a créé un groupe de travail sur la médiation afin de promouvoir et de soutenir la mise en œuvre des recommandations du Comité des Ministres :

- Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale
- Recommandation (99) 19 concernant la médiation en matière pénale
- Recommandation (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées
- Recommandation (2002) 10 sur la médiation en matière civile

Au cours de son premier mandat, le CEPEJ-GT-MED avait mené une étude sur l'impact de ces Recommandations et élaboré des Lignes Directrices ainsi que des mesures spécifiques pour assurer la mise en œuvre effective de ces recommandations dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Trois Lignes Directrices ont été élaborées :

- Visant à améliorer la mise en œuvre de la Recommandation existante concernant la médiation pénale (CEPEJ(2007)13) ;
- Visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation existante concernant la médiation familiale et civile (CEPEJ(2007)14) ;
- Visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation existante sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (CEPEJ(2007)15).

Après une interruption de près de dix ans, le groupe de travail de la CEPEJ sur la médiation a repris ses travaux en 2017¹. Dans le cadre de son nouveau mandat, le CEPEJ-GT-MED reste chargé de faciliter la mise en œuvre des recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres ainsi que des lignes directrices de la CEPEJ concernant la médiation.

Lors de la première réunion de son deuxième mandat, les 23-24 mai 2017, le CEPEJ-GT-MED a décidé de ne pas amender les Lignes Directrices, mais plutôt de les compléter par des outils pratiques qui pourraient aider les Etats membres à mettre en œuvre et à développer concrètement l'utilisation de la médiation, mais aussi soutenir les acteurs de la médiation dans leur pratique quotidienne.

Cette version de la *Boîte à Outils pour le Développement de la Médiation* comprend donc un premier ensemble d'outils conçus par les membres du CEPEJ-GT-MED. Deux des outils ont été développés en coopération avec l'Institut International de Médiation (IMI) et le Conseil des barreaux européens (CCBE).

La *Boîte à Outils pour le Développement de la Médiation* se veut un ensemble dynamique d'outils : elle est destinée à évoluer et comprendre d'autres outils à l'avenir. Par ailleurs, tous ces outils ont pour objectif de fournir un cadre que les Etats membres et les parties prenantes de la médiation peuvent adapter à leurs besoins et situations spécifiques.

La présente version comprend les outils suivants² :

- deux checklists pour aider les autorités nationales à mettre en place et évaluer des projets pilotes de médiation judiciaire;
- un document s'adressant principalement aux juges et aux greffiers, qui met l'accent sur le renvoi judiciaire à la médiation ;
- un programme de formation de base des médiateurs, élaboré conjointement avec l'IMI ;
- un document de sensibilisation pour les principaux acteurs de la médiation, sous la forme d'une Foire aux questions sur la médiation;
- un Guide de la médiation pour les avocats, élaboré conjointement avec le CCBE.

¹ Le groupe de travail est composé de : M. Rimantas Simaitis (Président), Lituanie ; Mme Anna Márová, République tchèque ; Mme Maria Oliveira, Portugal ; Mme Nina Betetto, Slovaquie ; M. Jean A. Mirimanoff, Suisse ; M. Jeremy Tagg, Royaume-Uni ; Mme Violeta Belegante, Roumanie ; M. Giancarlo Triscari, membre adjoint, Italie ; M. Leonardo D'Urso, expert scientifique, Italie.

² Dans un ordre qui suit la structure des Lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation (c.-à-d. 1. Disponibilité ; 2. Accessibilité ; 3. Sensibilisation).



27 Juin 2018

CEPEJ(2018)7

**COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE
(CEPEJ)**

**Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation**

Checklist pour l'établissement d'un projet pilote de médiation judiciaire

Cet outil a été développé en référence au point 1. Disponibilité des Lignes Directrices sur la médiation.

1. Conditions préliminaires

La mise en place d'un projet pilote de médiation judiciaire nécessite un fort soutien de la part des autorités judiciaires supérieures ainsi que du bureau du Président du tribunal (lorsqu'il existe). Une coopération préliminaire et complète du tribunal, du barreau (le cas échéant du comité ADR du barreau), des associations de médiation, ainsi que des services de médiation est essentielle. Des informations générales devraient être diffusées à leurs membres, avec une forte recommandation de participer au projet d'une manière constructive.

Un nombre suffisant de juges et de personnel non-judiciaire des tribunaux doit être formé à la médiation afin qu'ils puissent:

- a. Identifier les cas qui se prêtent à la médiation ;
- b. Informer les parties sur les principaux avantages et caractéristiques de la médiation ;
- c. Encourager à choisir la médiation.

Des locaux appropriés devraient être mis à disposition à l'intérieur ou près du palais de justice.

2. Plan de projet

Avant la mise en place d'un projet pilote, un plan de projet doit être élaboré et une équipe de projet doit être désignée pour concevoir et diriger le projet pilote. L'équipe de projet devrait comprendre des représentants des principaux groupes d'intervenants, y compris le personnel des tribunaux, les juges, les médiateurs, les représentants légaux et les représentants des usagers. La participation de ces parties prenantes à la conception du projet pilote contribuera à réduire des possibles résistances.

Le plan de projet devrait tenir compte des questions suivantes :

Quel est le but du projet pilote ? Cela déterminera dans une certaine mesure le type de système de médiation adopté.

S'agit-il de réduire l'arriéré judiciaire ou de réduire la charge de travail du tribunal, ou s'agit-il principalement d'offrir des solutions de rechange aux utilisateurs des tribunaux ?

S'il s'agit davantage de réduire les arriérés, la juridiction ou l'État membre pourra éventuellement investir davantage dans le système et offrir gratuitement la médiation ou en subventionner le coût global.

3. Type de pilote

La médiation conduite ou renvoyée par le tribunal est la forme la plus courante de projet pilote, lorsque le programme est autorisé, administré et géré par le tribunal, et que la médiation peut être financée par le tribunal, financée par les frais de justice ou subventionnée par l'État. Un tel système peut faire appel à des médiateurs désignés, qui ont accepté de travailler avec le tribunal pour fournir des médiations.

Les mécanismes annexés à la Cour facilitent le contrôle du rendement du projet pilote et son intégration dans le processus de gestion des affaires. Toutefois, les délais de gestion des affaires ne permettent pas une médiation de longue durée, et les meilleurs médiateurs peuvent être réticents à servir le projet pilote si les frais sont peu élevés.

Par conséquent, le tribunal peut aussi préférer que les parties aient accès à la médiation en les renvoyant à des sites Web, afin de contacter des médiateurs privés accrédités qui fixent leurs propres honoraires.

4. Les règles du pilote

Elles doivent être approuvées par l'équipe de projet.

Types de cas : le projet pilote doit-il être limité à certains types de cas en matière civile ou de réclamations jusqu'à un certain montant ? Alternativement, le projet pilote doit-il couvrir des affaires familiales avec des paramètres spécifiques ?

Le projet pilote est-il limité géographiquement à certains tribunaux ou palais de justice ?

A quel moment le renvoi à la médiation doit-il avoir lieu ?

Les parties devraient-elles payer des frais en plus des frais de justice ? Doivent-ils être payés au tribunal ou directement aux médiateurs ?

Si ce n'est pas par les frais, comment le coût de la médiation doit-il être couvert ? Bien qu'il s'agisse d'un projet pilote, il est important d'examiner la viabilité à long terme de la médiation afin de déterminer si le projet pilote peut être mis en œuvre à plus grande échelle. Par exemple, les médiateurs peuvent être disposés, dans le cadre d'un projet pilote à court terme, à offrir leurs services à un taux subventionné (ou même gratuitement), mais quel impact cela pourrait-il avoir sur la viabilité à long terme si le projet pilote devait être étendu à d'autres zones géographiques ou types de cas ?

Médiation unique ou co-médiation ?

Les médiateurs devraient être formés et accrédités. De quelle façon doivent-ils être assignés aux affaires ? (voir ci-dessus)

Quelles mesures incitatives sont envisagées pour encourager le recours à la médiation ? Envisager la possibilité de modifier les règles, les lois et les pratiques des tribunaux, ainsi que les délais pour les modifier.

Existe-t-il une forme standard d'accord de recours à la médiation ?

Quelle est la forme de l'accord de médiation (accord de règlement) et est-il contraignant ? A-t-il la forme d'un contrat ou doit-il être incorporé dans la décision du juge pour devenir exécutoire ?

Comment le tribunal doit-il être informé qu'une affaire a été soumise à la médiation, a été réglée ou n'a pas été réglée ?

Publicité : comment les membres du public, les utilisateurs des tribunaux et les représentants légaux doivent-ils être informés au sujet du projet pilote de médiation ?

5. Évaluation

Afin de mesurer les progrès accomplis, certaines données doivent être collectées avant le lancement d'un projet pilote et pendant sa mise en œuvre. Par conséquent, il est important qu'avant même le début d'un projet pilote, des plans d'évaluation soient mis en place, tant sur le plan quantitatif (nombre de renvois, nombre de médiations, nombre de cas réglés par médiation, délai entre le renvoi et le règlement, types de cas, etc.) que qualitatif (satisfaction des parties et des autres parties prenantes, à l'aide de questionnaires anonymes) afin de s'assurer que certaines données sont recueillies dès le début du projet pilote.



27 juin 2018

CEPEJ(2018)7

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

**Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation**

Checklist pour l'évaluation du projet pilote de médiation

PREMIER INDICATEUR: DISPONIBILITE

En vue de développer une égale disponibilité de services de médiation, des mesures devraient être prises pour promouvoir et mettre en place des systèmes de médiation efficaces dans un espace géographique aussi vaste que possible.

Rôles des juges Les juges ont un rôle important à jouer dans le développement de la médiation. Ils devraient être capables de fournir des informations, d'organiser des séances d'information sur la médiation et, le cas échéant, inviter les parties au litige à utiliser la médiation et/ou à renvoyer l'affaire à la médiation.	Est-il démontré que les juges du tribunal où se déroule le projet pilote de médiation renvoient les cas à la médiation ?	Comment les cas sont-ils renvoyés à la médiation ?	Que dit le juge aux parties ?	Le juge fournit-il aux parties des renseignements écrits sur la médiation en général et/ou des détails sur le projet pilote de médiation référé par le tribunal ?	Est-ce qu'on s'attend à ce que les parties décident à ce moment-là, ou est-ce qu'on leur donne un délai pour revenir vers le tribunal ou le juge ?
Rôle des avocats Les codes de conduite des avocats devraient inclure une obligation ou une recommandation d'envisager, dans certains cas appropriés, des modes alternatifs de règlement des conflits, dont la médiation, avant d'engager une procédure devant les tribunaux, et de fournir les renseignements et conseils pertinents à leurs clients sur ce thème.	Est-il démontré que les avocats fournissent de l'information à leurs clients ?	Si ce n'est pas le cas, est-ce parce que les avocats ne sont pas au courant de la médiation, ne savent pas comment elle fonctionne ou ne savent pas qu'il existe des projets pilotes de médiation ?	Si les avocats fournissent de l'information sur la médiation, quelle forme prend-elle? Est-ce que c'est écrit par l'avocat, ou est-ce que les avocats ont des documents imprimés à distribuer ? Dans l'affirmative, s'agit-il de médiation en général ou du projet pilote référé par le tribunal en particulier ?	Est-il démontré que les associations du barreau et les associations d'avocats fournissent ce genre d'information aux avocats ?	

<p>Rôle des médiateurs</p> <p>Pour les juges qui orientent les parties vers les services de médiation, pour les avocats qui conseillent leurs clients et pour la confiance du public dans la processus de médiation, il est essentiel d'assurer la qualité de la médiation. Par conséquent, les médiateurs devraient recevoir une formation adéquate, qui réponde à des normes communes.</p>	<p>Tous les médiateurs, à qui des affaires ont été renvoyées, ont-ils reçu une formation adéquate et ont-ils été jugés aptes selon les normes communes ?</p>	<p>Existe-t-il un code de conduite pour les médiateurs?</p>	<p>Dans l'affirmative, tous les médiateurs, à qui des affaires ont été renvoyées, adhèrent-ils à un tel code de conduite ?</p>
<p>La qualité de la médiation</p> <p>Il est parfois tenu pour acquis que la médiation est efficace si elle est menée par des médiateurs bien formés. Cependant, il est important, dans tout projet pilote de médiation, qu'il y ait suffisamment de mesures pour évaluer la qualité. Il convient donc d'élaborer certains critères communs, y compris les aspects qualitatifs et quantitatifs de l'évaluation, afin de permettre l'évaluation de la qualité des systèmes de médiation.</p>	<p>Le tribunal obtient-il et enregistre-t-il des données sur les médiations menées dans le cadre des projets pilotes afin de permettre une évaluation quantitative, notamment en ce qui concerne le nombre d'affaires renvoyées, les affaires faisant l'objet d'une médiation, les affaires réglées par médiation, les délais, les types d'affaires, etc. ?</p>	<p>Existe-t-il des plans pour une évaluation indépendante des aspects qualitatifs du projet pilote, y compris des questions telles que la satisfaction des usagers ?</p>	

DEUXIEME INDICATEUR: ACCESSIBILITE

Même lorsque la médiation est mise à disposition dans le cadre de projets pilotes de médiation référés par le tribunal, des efforts devraient être déployés pour s'assurer, dans la mesure du possible, que les parties peuvent avoir accès à ces projets pilotes en termes de coût, de distance et d'autres questions générales d'accessibilité.

Coût de la médiation

Le coût de la médiation pour les utilisateurs devrait être raisonnable et proportionnel aux intérêts en cause.

Les utilisateurs sont-ils au courant du coût de la médiation à l'avance ou au moment où ils sont renvoyés vers la médiation ?

Y a-t-il des frais fixes uniques pour la médiation ou une série de frais fixes liés au montant de l'affaire ?

Si les médiateurs facturent des honoraires différents, les parties peuvent-elles choisir entre les médiateurs ?

Les parties peuvent-elles obtenir une aide judiciaire pour la médiation ?

En ce qui concerne l'aide judiciaire

- Si oui, comment en sont-ils informés ?
- Si ce n'est pas le cas, des mesures sont-elles prises pour régler ce problème ?

Moment de la médiation

L'un des principaux avantages de la médiation est que les parties peuvent obtenir un règlement plus rapidement qu'en passant par le processus judiciaire normal. Pour que cela se produise, les parties doivent être informées de la médiation le plus tôt possible et, une fois choisie, le tribunal doit être en mesure de renvoyer les parties à la médiation, et la médiation doit avoir lieu le plus tôt possible.

Le temps de la médiation est-il mesurable ?

Le tribunal est-il en mesure de déterminer la durée des affaires faisant l'objet d'une médiation et de la comparer à une affaire équivalente dans le système judiciaire ?

<p>Suspension des délais de prescription</p> <p>Les parties ne devraient pas être empêchées de recourir à la médiation en raison du risque d'expiration des délais de prescription.</p>	<p>L'État membre prévoit-il la suspension des délais de prescription lorsqu'il renvoie des affaires à la médiation ?</p>	<p>Dans la négative, l'État membre envisage-t-il de mettre en œuvre des dispositions relatives à la suspension des délais de prescription ?</p>		
<p>Lieu de la médiation</p> <p>Les parties ne devraient pas être désavantagées par le fait d'avoir à se déplacer davantage pour obtenir une médiation que lorsqu'elles règlent une affaire par le processus judiciaire normal.</p>	<p>Où se déroule la médiation dans le cadre du projet pilote référé par le tribunal ?</p>	<p>Si c'est à l'extérieur du palais de justice, y a-t-il plus d'un endroit pour la médiation pilote ?</p>	<p>Dans ce dernier cas, les parties ont-elles le choix de l'emplacement ?</p>	<p>En général, la médiation se déroule-t-elle à peu près à la même distance que le tribunal, ou plus près, ou plus loin ?</p>
<p>Questions liées au handicap et à l'origine ethnique</p> <p>Les parties ayant un handicap physique ou dont la première langue n'est pas la langue principale de l'État membre ne devraient pas être désavantagées en termes d'accès à la médiation.</p>	<p>L'information sur la médiation peut-elle être fournie dans d'autres formats (comme le braille ou les gros caractères) ou dans d'autres langues ?</p>	<p>Existe-t-il des ajustements raisonnables pour permettre aux personnes handicapées de participer à la médiation ?</p>	<p>Des ajustements peuvent-ils être faits si les parties sont incapables de parler la langue principale de l'État membre ? Par exemple, des médiateurs alternatifs peuvent-ils être mis à disposition ?</p>	

<p>Autres questions générales d'accessibilité</p> <p>Pour que la médiation fonctionne au mieux, le processus doit être aussi transparent que possible. Par exemple, le tribunal pourrait employer quelqu'un pour agir en tant qu'agent de médiation, afin de pouvoir gérer l'affaire depuis le renvoi judiciaire jusqu'à la médiation elle-même. Ils peuvent traiter le renvoi du juge, assurer la liaison avec les parties et le médiateur, organiser le rendez-vous de médiation et même la logistique de l'aménagement de la salle, les rafraîchissements, etc</p>	<p>Le projet pilote de médiation emploie-t-il un agent de médiation ou une personne similaire, et comment est-il intégré dans les processus ?</p>	<p>Comment le processus depuis le renvoi à la médiation jusqu'à la médiation fonctionne-t-il dans la pratique ?</p>	<p>En combien de temps une médiation peut-elle être organisée du début à la fin ?</p>
--	---	---	---

TROISIEME INDICATEUR: SENSIBILISATION

Même lorsque la médiation est disponible et accessible à tous, tous ne sont pas sensibilisés à la médiation. Les réponses au questionnaire montrent que l'un des principaux obstacles au développement de la médiation réside dans le manque de sensibilisation de l'institution judiciaire, des professionnels et usagers de la justice et du public en général. Les Etats membres et les parties intéressées à la médiation devraient garder à l'esprit qu'il est difficile de modifier l'habitude prise par la société de compter principalement sur les procédures judiciaires classiques pour résoudre ses conflits.

Sensibilisation des usagers des tribunaux

Le personnel judiciaire, les procureurs, les avocats et les autres professionnels du droit de même que les autres instances impliquées dans le règlement des litiges devraient, à un stade précoce, fournir aux parties en litige, des renseignements et des conseils spécifiques sur la médiation.

Il peut donc être nécessaire, pendant la durée de tout projet pilote, d'apporter des modifications aux formulaires des tribunaux, afin qu'il soit clair que la médiation n'est pas seulement une option, mais que l'appareil judiciaire est désireux de promouvoir la médiation. Il pourrait être demandé aux parties de cocher une case sur le formulaire pour indiquer si elles souhaitent essayer la médiation ou, si elles ne considèrent pas que la médiation est appropriée, d'indiquer sur le formulaire pourquoi.

Des modifications ont-elles été apportées aux formulaires judiciaires pour encourager les parties à recourir à la médiation ?

Des dépliants et des affiches sont-ils disponibles dans le tribunal ?

L'information sur la médiation est-elle envoyée aux parties lorsqu'elles entrent pour la première fois dans le processus judiciaire/demande au tribunal ?

S'il existe un centre de médiation/point d'information sur la médiation au sein du tribunal, est-il clairement indiqué ?

Le tribunal s'engage-t-il dans d'autres activités de promotion de la médiation, comme des soirées ou des journées portes ouvertes sur la médiation ? Dans l'affirmative, qu'est-ce qui est organisé ? Si ce n'est pas le cas, est-ce que quelque chose est prévu ?

<p>Sensibilisation de la magistrature Les juges jouent un rôle crucial dans la promotion d'une culture de règlement amiable des différends. Il est donc essentiel qu'ils connaissent et comprennent parfaitement le processus et les avantages de la médiation. Cet objectif peut être atteint grâce à des séances d'information ainsi qu'à des programmes de formation initiale et continue.</p>	<p>Les juges du projet pilote ont-ils reçu une formation ? Ou ont-ils assisté à des réunions d'information sur la médiation ?</p>	<p>L'information sur la médiation fait-elle partie de la formation générale continue des magistrats ?</p>	<p>Des séminaires ont-ils été organisés avec d'autres juges dans le palais de justice, ou avec des juges d'autres palais de justice, afin d'exposer les détails du projet pilote et de répondre aux questions ?</p>	<p>Les juges du projet pilote ont-ils rencontré les médiateurs auxquels ils renvoient les affaires ?</p>
<p>Sensibilisation des avocats Pour que la médiation soit efficace et accessible aux parties, les avocats doivent être sensibilisés à la médiation. Les barreaux et les associations d'avocats devraient donc fournir des informations sur la médiation à leurs membres.</p> <p>En outre, le tribunal devrait encourager les avocats à envisager activement la médiation pour leurs clients. Cette fin, les formulaires judiciaires pourraient, par exemple, exiger que les représentants légaux indiquent qu'ils ont expliqué la médiation à leurs clients et que, s'ils estiment que la médiation n'est pas appropriée, on pourrait leur demander d'en expliquer les raisons sur le formulaire.</p>	<p>Les barreaux et les associations d'avocats informent-ils leurs membres au sujet de la médiation ?</p>	<p>Le tribunal exige-t-il que les avocats expliquent la médiation à leurs clients et indiquent pourquoi la médiation pourrait ne pas être appropriée ?</p>	<p>Des séminaires ont-ils été organisés au sein du tribunal entre le personnel judiciaire et les avocats, afin d'exposer les détails du projet pilote, de répondre aux questions et d'apaiser les craintes éventuelles ?</p>	

<p>Sensibilisation du grand public Bien que la sensibilisation du grand public à la médiation aille au-delà d'un projet pilote de médiation, il y a beaucoup de choses qu'un tribunal individuel peut faire pour mieux faire connaître la médiation en général au moyen de soirées ou journées portes ouvertes sur la médiation.</p>	<p>Le tribunal s'est-il livré à des activités de promotion auprès du grand public, comme soirées ou journées portes ouvertes sur la médiation ?</p>	<p>Si ce n'est pas le cas, est-ce que quelque chose est prévu ?</p>
--	---	---



27 juin 2018

CEPEJ(2018)7

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

**Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation**

Guide du renvoi judiciaire à la médiation

Le tribunal communique souvent aux parties des informations sur la médiation par écrit, en joignant un formulaire à la lettre d'invitation qui leur est adressée. Les expériences tirées des dispositifs de médiation conduite ou renvoyée par le tribunal dans les États membres montrent toutefois qu'un facteur clé de la réussite de ces dispositifs est l'encouragement apporté par le juge.

Les juges et le personnel non-judiciaire du tribunal doivent évaluer la possibilité d'une médiation dans l'affaire dont ils sont saisis en examinant le dossier avec attention, dès la phase préparatoire. De plus, la grande majorité des parties à un litige, et de nombreux professionnels du droit – même s'ils connaissent le terme « médiation » – ne sont probablement guère au fait des possibilités qu'elle offre en matière de règlement des litiges. Il existe donc clairement un besoin d'informations pertinentes sur la médiation – à la fois sur son essence même et sur son potentiel pour la résolution de certaines affaires. Ces informations devraient, dès que possible, être mises à la disposition des parties elles-mêmes. Le juge devrait être en mesure de :

- décider si l'affaire se prête à la médiation,
- répondre aux questions des parties sur le processus,
- évoquer les avantages qu'il pourrait apporter aux parties au litige,
- réfuter toute objection à la médiation formulée par les parties ou leurs avocats.

Les responsables politiques et les présidents de cour devraient établir des incitations pour que les juges renvoient les affaires en médiation ; par exemple, l'évaluation des juges ne devrait pas être révisée à la baisse s'ils renvoient une affaire en médiation et qu'un règlement est conclu.

Ces procédures et indicateurs spécifiques peuvent être adaptés pour être utilisés par d'autres professions et personnes recourant à la médiation.

Cet outil a été développé en référence au point 1. Disponibilité des Lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation.

1. [Le moment opportun de l'encouragement à la médiation](#)

Bien que le moment opportun puisse varier selon le type d'affaire concerné et les besoins correspondants, en principe, le renvoi en médiation devrait intervenir dès que les parties sont en mesure de faire un choix éclairé quant à leur participation à la médiation.

Dans les limites fixées par la loi et par le Code de procédure civile applicable, il sera parfois préférable d'attendre que les parties se soient défaites de leur hostilité avant de leur proposer de se lancer dans un processus de médiation ; cela peut même, à un stade ultérieur (y compris dans des procédures de recouvrement et d'insolvabilité), les rendre plus promptes à parvenir à un règlement. Par conséquent, si les parties ne consentent pas à la médiation pendant la phase préparatoire, il serait bon que le tribunal offre constamment aux parties comme au juge la possibilité de décider du moment opportun d'un renvoi en médiation à un stade ultérieur du litige.

2. [Quels types d'affaires remplissent les conditions requises pour un renvoi en médiation ?](#)

Le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait s'assurer que l'affaire concernée remplit les conditions requises pour la médiation. La médiation n'est pas autorisée par la loi dans quelques rares cas de figure. Quand le litige ou une partie du litige concerne l'ordre public (droit impératif) ou des droits inaliénables, la médiation peut avoir du sens en fonction du contexte. Toutefois, l'accord de règlement doit respecter le droit impératif ou les droits inaliénables. Outre le critère de l'ordre public, les litiges auxquels seule une décision de justice fondée sur des moyens de droit peut apporter une solution ou qui exigent, en vertu de la loi, une procédure judiciaire spécifique pour résoudre certains problèmes juridiques sont également exclus.

D'autres facteurs concourent à la réussite d'une médiation. Bien qu'il n'existe pas de critères uniformes pour les renvois en médiation, certains peuvent être d'une manière générale qualifiés d'« indicateurs de renvoi ». Les médiateurs expérimentés s'accordent à dire que ce n'est pas le type d'affaire qui détermine les chances de réussite de la médiation, mais l'attitude et les analyses des parties elles-mêmes. Elles doivent être préparées et aptes à réfléchir à une solution à leurs conflits tout en étant capables de mesurer leurs intérêts mutuels. Néanmoins, les bons médiateurs peuvent souvent vaincre les réticences des parties pour les aider à résoudre leurs problèmes et à évaluer les risques inhérents à leur affaire, même si elles sont initialement peu enclines à s'asseoir autour d'une table.

Les indicateurs suivants peuvent être pertinents pour les renvois en médiation :

- les intérêts des parties sont plus larges que ceux du cadre juridique du litige
- les relations à long terme (voisins, vie professionnelle, famille...)
- d'autres parties que celles engagées dans la procédure sont impliquées dans le conflit
- d'autres procédures en instance impliquent les mêmes parties
- une résolution rapide du litige est souhaitable
- le coût du litige est disproportionné par rapport à la valeur du litige
- une des parties n'a que peu de ressources à consacrer à la procédure judiciaire
- lassitude à l'égard des procédures judiciaires
- forte probabilité qu'il soit compliqué de statuer sur l'affaire
- probabilité que le jugement sera difficile à faire respecter
- issue incertaine de l'instance
- intérêts futurs mutuels
- affaire à fort contenu émotionnel
- besoin d'intimité et de confidentialité des parties (huis clos)
- importance du contrôle du calendrier et de l'organisation du processus

Les contre-indicateurs ci-dessous montrent qu'une procédure judiciaire pourrait être plus appropriée :

- échec d'une tentative de médiation récente
- souhait d'établir un précédent
- souhait d'établir une décision publique
- profond déséquilibre des forces, pression excessive ou usage antérieur de la violence entre les parties ne pouvant être géré par le médiateur et/ou pouvant aboutir à une absence notable de consentement libre et éclairé de la part d'une des parties
- probabilité que la décision soit inéquitable pour une des parties impliquées au moins
- absence de pouvoir de négociation plein et général des parties et des avocats
- aliénation parentale avérée

3. Éléments d'un entretien de renvoi en médiation

Diagnostic du conflit

Objectif : Le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait ouvrir le dialogue sur le mode de résolution des litiges qui convient.

Plan d'intervention

En posant des questions, le juge devrait être en mesure de présenter diverses méthodes de résolution des litiges. Ce faisant, il devrait aussi préciser si une décision du tribunal pourrait satisfaire tous les intérêts des parties.

Comment évaluer la volonté de négocier et la conforter

Objectif : le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait vérifier certains aspects de la volonté des parties de négocier :

- le niveau d'escalade
- la volonté de négocier

Le niveau d'escalade

Le juge devrait poser des questions pour évaluer le niveau d'escalade entre les parties et rester attentif à tout signe d'une escalade grave, comme une menace d'employer la force ou des pressions constantes et personnelles à l'encontre de l'autre partie. La médiation ne peut plus être utilisée lorsque le conflit a atteint un stade où les parties n'ont plus la volonté ou la capacité de travailler à une solution commune.

Volonté de négocier

Les questions visant à établir les différentes motivations ci-dessous pourraient indiquer une volonté de négocier :

- une solution rapide
- le contrôle de l'organisation et du calendrier du processus de décision
- une solution personnalisée sortant du cadre juridique du litige
- une solution économique
- la préservation ou le rétablissement des relations

Informations sur la médiation

Il est important que les parties sachent ce qu'implique la médiation et ce qu'elle représente pour eux. Le juge devrait susciter des attentes réalistes de la part des parties. Les informations devraient être communiquées dans la mesure qui est nécessaire dans une affaire donnée ; il est donc souhaitable d'engager le processus en demandant aux parties ce qu'elles savent déjà sur la médiation. De plus, le juge devrait être capable de réfuter toute objection soulevée par les parties ou leurs avocats, non en argumentant avec eux mais en s'intéressant à l'origine de leur résistance.

En principe, les thèmes suivants devraient être abordés :

- participation volontaire et égalité des parties
- confidentialité du processus
- non-admissibilité, au cours de la procédure judiciaire, des déclarations et des preuves recueillies
- devoir de vigilance et impartialité du médiateur
- rôle du médiateur
- rôle des avocats
- report de la procédure judiciaire
- honoraires du médiateur
- accord des parties
- marche à suivre pour enclencher la médiation

4. Marche à suivre – Ce qu'il faut faire et ne pas faire lors d'un renvoi en médiation par le juge

Orienter les parties vers le processus de médiation implique de préserver un équilibre délicat. D'une part, la « pression » exercée par le juge sous la forme d'un renvoi en médiation peut être un

soulagement, aucune des parties ne souhaitant proposer une médiation par crainte de perdre la face. D'autre part, cette pression peut susciter la réticence des parties. Tout l'art consiste à mener le processus de façon à maximiser la motivation des parties pour résoudre le litige grâce à la médiation. Il convient de noter que les mêmes principes s'appliquent lorsque les parties sont tenues, en vertu des règles du Code de procédure civile applicable, de participer à une réunion obligatoire sur le renvoi en médiation avant d'être entendues en justice. Enfin, une collaboration active entre les juges et les avocats peut contribuer à l'efficacité du renvoi en médiation.

Chaque juge devrait s'en tenir à son propre style, mais certaines compétences peuvent s'avérer utiles. Le juge devrait choisir sa méthode, à savoir « la persuasion ou l'incitation »¹. Dans le premier cas, il recommande la médiation, voire persuade les parties qu'il s'agit de la meilleure option dans une affaire donnée. Dans le deuxième cas, il se contente de suggérer la médiation. Nonobstant le style choisi par le juge, il faut garder à l'esprit que les parties ont un droit d'accès à la justice, ce qui implique également une décision de justice. Par conséquent, le juge ne devrait pas donner l'impression qu'il souhaite se débarrasser d'une affaire.

¹ Machteld Pel, *Referral to mediation: A practical guide for an effective mediation proposal*, La Haye 2008, p. 181.

Ce qu'il faut faire et ne pas faire à des fins de « persuasion » :

<ul style="list-style-type: none">✓ Bien préparer l'audience de renvoi en médiation et étudier le dossier et les arguments des deux parties.✓ Expliquer ce qu'implique la médiation.✓ Expliquer les avantages de la médiation.✓ Expliquer pourquoi, à son avis, la médiation est la meilleure méthode dans une affaire donnée.✓ Écouter.✓ S'efforcer de comprendre les besoins profonds des parties.✓ Se montrer intéressé par les intérêts, les besoins et les problèmes des parties.✓ Faire comprendre aux parties qu'elles ont le mot de la fin quant à savoir si la médiation est la méthode indiquée pour résoudre leur conflit.✓ Bien préciser que le rejet de la proposition de médiation n'aura aucune incidence sur l'argumentation juridique des parties au cours de la procédure.	<ul style="list-style-type: none">✓ Ne pas communiquer trop d'informations à la fois.✓ Ne pas menacer.✓ Ne pas faire la leçon.✓ Ne pas dire aux parties ce qu'elles doivent faire.✓ Ne pas prendre parti.✓ Ne pas tenter de rejeter la faute sur quelqu'un.
--	--

Ce qu'il faut faire et ne pas faire à des fins d'« incitation » :

<ul style="list-style-type: none">✓ Bien préparer l'audience de renvoi en médiation et étudier le dossier et les arguments des deux parties.✓ Expliquer ce qu'implique la médiation.✓ Expliquer les avantages de la médiation.✓ Écouter.✓ Se montrer intéressé par les intérêts, les besoins et les problèmes des parties.✓ S'efforcer de comprendre les besoins profonds des parties.✓ Poser des questions pour découvrir les intérêts et les motivations des parties.✓ Préserver un équilibre dans l'examen des intérêts de chaque partie.✓ Demander à chaque partie ce qu'elle ressent.✓ Poser des questions ouvertes si possible.✓ Poser des questions hypothétiques et de réflexion (et si..., que pensez-vous de...).✓ Bien préciser que le rejet de la proposition de médiation n'aura aucune incidence sur l'argumentation juridique des parties au cours de la procédure.	<ul style="list-style-type: none">✓ Ne pas communiquer trop d'informations à la fois.✓ Ne pas poser trop de questions ciblées (qui, quoi, où, quand...).✓ Ne pas prendre parti.✓ Ne pas tenter de rejeter la faute sur quelqu'un.✓ Ne pas demander : « Pourquoi l'avez-vous fait ? »
---	--



27 juin2018

CEPEJ(2018)7

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation

Programme de base de formation des médiateurs

Document élaboré conjointement avec l'Institut international de médiation



Il est admis qu'il existe un large éventail d'enseignement et de pratiques de la médiation au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. Un programme de formation de base pour les médiateurs a donc été identifié comme un outil de médiation clé, pour les raisons suivantes :

- Il permet d'identifier les sujets pour la formation des médiateurs comme norme de base,
- Il pourrait servir de ligne directrice commune pour l'enseignement de la médiation dans différentes juridictions, créant ainsi une norme commune pour les connaissances et les compétences professionnelles des médiateurs et facilitant ainsi les pratiques de co-médiation, notamment dans les conflits transfrontaliers où deux médiateurs ou plus sont impliqués dans différentes juridictions,
- Il encouragera la rédaction de manuels et la recherche sur le terrain.

En raison de son expertise dans l'élaboration de normes professionnelles communes pour les médiateurs, les avocats et les autres personnes impliquées dans les processus collaboratifs de règlement des différends et de négociation, cet outil a été élaboré conjointement avec l'Institut international de médiation (IMI). L'IMI réunit également les parties prenantes, promeut la compréhension et diffuse les compétences, le tout en tant que non prestataire de services¹.

Cet outil a été développé en référence au point 1. Disponibilité des Lignes Directrices de la CEPEJ sur la médiation.

1. Principes du programme de formation des médiateurs

Le programme de formation devrait être décrit dans le plan de formation et organisé de manière à permettre le développement des connaissances et des compétences et techniques de médiation requises par un médiateur efficace.

Le contenu de la formation et la méthodologie de formation doivent prendre en considération les parcours, le niveau initial de connaissances et l'expertise pratique des stagiaires.

Le programme de formation des médiateurs devrait aborder, révéler et encourager les bonnes pratiques sur le terrain.

Des mesures de contrôle de la qualité et de suivi indépendant devraient être mises en place pour assurer un contenu et une formation suffisants. Il est fortement recommandé que les parties pratiques de la formation soient dirigées par des médiateurs actifs, avec une expérience en tant que formateurs.

2. Développement des connaissances

Les programmes de formation devraient couvrir au moins ces principaux domaines de développement des connaissances :

2.1 Théorie des conflits

2.2 Le règlement traditionnel des différends et la médiation

2.3 Les bases de la médiation :

2.3.1 Principes de base de la médiation :

- a. Volontariat
- b. Confidentialité
- c. Indépendance, impartialité et neutralité du médiateur
- d. Autodétermination et contrôle du processus par les parties
- e. Égalité des parties
- f. Créativité et durabilité
- g. Flexibilité
- h. Rapport coût-efficacité

¹ <http://www.imimediation.org/>

2.3.2 Objectifs de la médiation⁷

2.3.3 Indications et contre-indications de la médiation pour évaluer s'il est approprié de recourir à la médiation⁷

2.4 Les principaux attributs d'un médiateur :

- a. Attitude et rôle du médiateur
- b. Crédibilité
- c. Compétences et techniques de base
- d. Attributs liés à l'éthique professionnelle
- e. Exigences et pratiques professionnelles

2.5 Rôles des parties, de leurs avocats et des autres participants à la médiation⁷

2.6 Styles de médiation⁷

2.7 Étapes de la médiation² :

- a. Préparation
- b. Ouverture
- c. Exploration
- d. Négociation
- e. Accord

2.8 Cadre juridique de la médiation et législation relative à la médiation, y compris l'examen du cadre juridique de la médiation obligatoire et des dispositions permettant de ne pas donner suite au processus de médiation après un premier entretien obligatoire (« *opt-out mediation* »), le cas échéant⁷

2.9 Interaction entre les médiateurs, les juges, les avocats, les utilisateurs de la médiation et les autres parties prenantes à la médiation⁷

2.10 Principales caractéristiques et différences de la médiation en matière civile, familiale, pénale et administrative⁷

3. Formation des compétences pratiques

En termes de développement des compétences, les sujets de compétences essentielles qui devraient être couverts, démontrés et pratiqués dans tout programme de formation sont :

- a. Formes d'écoute et stratégies de communication
- b. Compétences et techniques de gestion du processus de médiation, y compris, mais sans s'y limiter, le recours à des réunions conjointes et privées
- c. Stratégies de négociation et compétences pour gérer le contenu du litige
- d. Façons de répondre aux divers comportements des parties
- e. Aptitudes à la résolution de problèmes et à la prise de décisions
- f. Compétences en matière d'analyse et de gestion des conflits, y compris le choix raisonnable d'une stratégie et de méthodes de résolution des conflits
- g. Compétences de co-médiation

Les formateurs peuvent inclure d'autres sujets axés sur les compétences, notamment la gestion des émotions, le traitement des personnes difficiles, la réaction à l'impasse, la programmation neuro-linguistique, etc.

² Il existe de nombreux modèles différents pour le processus de médiation et le modèle ci-dessous est fourni uniquement à titre d'illustration.

Les formations sur les compétences des médiateurs devraient être participatives, interactives et axées sur l'apprenant. Pour ce faire, il convient d'utiliser diverses méthodes d'enseignement, notamment des cours magistraux, des vidéos, des exercices interactifs, des travaux individuels, des discussions de groupe, des discussions en binômes et des jeux de rôle. Comme ligne directrice, pour la partie pratique de tout cours conçu pour enseigner le processus et les compétences nécessaires pour devenir un médiateur efficace, une part importante devrait être consacrée aux jeux de rôle, au coaching et au feedback, ainsi qu'aux discussions et aux exercices.

4. Particularités des programmes de formation spécialisés en médiation

D'autres sujets et exercices de développement des compétences devraient être couverts dans les programmes spécialisés de formation en médiation.

Pour la formation à la médiation en matière familiale :

- a. Principes fondamentaux de la médiation familiale
- b. Connaissance suffisante du droit de la famille
- c. Modèles de médiation familiale
- d. Compétences du médiateur familial
- e. Limites du principe de confidentialité
- f. Une médiation axée sur l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant
- g. Participation des enfants
- h. Réunions d'évaluation (étape de pré-médiation)
- i. Violence domestique
- j. Déséquilibre de pouvoir
- k. Cadre juridique international

Pour la formation à la médiation en matière civile :

- a. Connaissance suffisante des dispositions d'ordre public et du droit de la protection sociale dans les domaines dans lesquels ils pratiquent en particulier :
 - i. dans les litiges relatifs aux baux et aux loyers
 - ii. dans le domaine du droit du travail
 - iii. en droit de la consommation
- b. Déséquilibre de pouvoir
- c. Modèles de médiation civile
- d. Cadre juridique international

Pour la formation à la médiation en matière pénale :

- a. Connaissance suffisante du système de justice pénale
- b. Différentes méthodes de justice réparatrice
- c. La relation entre la justice pénale et la médiation
- d. Compétences et techniques de communication et de travail avec les victimes, les délinquants et les autres personnes engagées dans le processus de médiation, y compris les connaissances de base sur les réactions des victimes et des délinquants
- e. Compétences spécialisées pour la médiation en cas d'infractions graves et d'infractions impliquant des mineurs

Pour la formation à la médiation en matière administrative :

- a. Principes fondamentaux de la médiation en matière administrative
- b. Connaissance suffisante du droit constitutionnel et administratif
- c. Équilibre entre les principes de confidentialité de la médiation et de transparence de l'activité administrative
- d. Les limites de l'intérêt public

- e. Le rôle du médiateur - particularités des principes d'indépendance et d'impartialité
- f. Réunions d'évaluation (étape de pré-médiation)
- g. Code d'éthique du médiateur dans le domaine administratif

5. Durée

Pour qu'un cours couvre de manière adéquate le contenu nécessaire en utilisant des méthodologies appropriées, les cours devraient comporter un nombre substantiel d'heures de formation qui ne doit pas être inférieur à 40 heures³ de présence personnelle en classe.

6. Taille du groupe

Une formation de qualité en médiation doit appliquer une méthodologie de formation interactive et participative, donc la taille du groupe doit être limitée à un maximum de 30 stagiaires avec un ratio formateurs-stagiaires idéal de 1 formateur pour 10/15 stagiaires au maximum.

7. Évaluation

L'évaluation de la formation comprend l'évaluation des connaissances (partie théorique) et des compétences (partie pratique) des stagiaires correspondant aux programmes et au plan de formation. Les jeux de rôle évalués par les médiateurs en exercice doivent être utilisés pour évaluer la performance du médiateur dans l'utilisation de ses compétences professionnelles.

8. Suivi

Il est fortement recommandé que la formation en médiation soit suivie d'une supervision, d'un mentorat et d'un perfectionnement professionnel continu, permettant l'amélioration et la mise à jour des connaissances et des compétences professionnelles du médiateur, et l'éducation sur les nouveaux développements dans le domaine.

³ Cela n'inclut pas les répartitions d'avant cours, les pauses et les déjeuners.



27 juin 2018

CEPEJ(2018)7

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation

Foire aux questions (FAQ) sur la médiation : *Guide à l'intention des juges, du personnel non judiciaire des tribunaux, des médiateurs, des services de médiation, des professions juridiques et autres, ainsi que des parties prenantes à la médiation et des utilisateurs de la médiation*

Voilà vingt ans que le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs instruments juridiques destinés à développer la médiation ainsi que des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) en matière civile, familiale, pénale et administrative¹, et dix ans que des Lignes directrices² ont été introduites.

Voilà près de vingt ans que la plupart des États membres ont intégré, dans leur législation nationale, des dispositions visant à développer le renvoi en médiation en matière civile. On peut donc affirmer aujourd'hui que le renvoi en médiation est l'une des attributions clés d'un juge civil.

Toutefois, si l'on tient compte de l'ensemble des États membres, les progrès réalisés dans le recours à la médiation sont modestes, le nombre d'affaires renvoyées étant quasiment imperceptible, puisqu'elles représentent entre 0,1 % et 1 % de la totalité des affaires civiles.

Les principaux perdants, en l'occurrence, sont les parties confrontées à une procédure judiciaire, en particulier les personnes physiques et morales, qui ont le plus de chances de tirer parti de la médiation. Dans la plupart des cas, elles n'ont pas accès à la médiation comme alternative à une audience, simplement parce que la médiation ne leur est pas mentionnée, présentée et recommandée par un juge aux différentes étapes de la procédure judiciaire. Leurs avocats observent le même silence sur la médiation.

Le développement efficace de la médiation judiciaire en matière civile exige que toutes les personnes participant à sa mise en œuvre adoptent une approche holistique, systémique et pragmatique. Cette approche suit les recommandations très concrètes figurant dans les Lignes directrices de la CEPEJ. Mais les États membres n'accompliront de réels progrès dans ce domaine que lorsqu'ils auront la volonté politique de promouvoir le développement de la médiation judiciaire.

Le présent guide peut être utilisé dans ce contexte comme support possible pour les juges et les autres membres des tribunaux, et comme complément à la sensibilisation et à la formation initiale et continue au renvoi en médiation judiciaire, ainsi que dans l'exercice de la fonction de médiateur judiciaire. Pour que la médiation constitue un processus efficace, une telle formation devrait être obligatoire. Cela devrait aussi être le cas pour les autres professions juridiques. Ce guide peut également être utilisé pour aider l'ensemble des parties impliquées dans la collaboration nécessaire entre l'institution judiciaire, les barreaux, les autres groupements de professions juridiques, les associations de médiation et les services de médiation, lors de la mise en œuvre de pratiques de médiation pilotes dans les palais de justice (comme des centres d'information sur la médiation). Ces pratiques pilotes peuvent jouer un rôle important dans le renforcement du suivi d'un renvoi en médiation exercé par les juges ou d'autres membres d'un tribunal.

Ce guide suit les principaux domaines des instruments juridiques du Conseil de l'Europe mentionnés ci-dessus, mais en mettant tout particulièrement l'accent sur les litiges civils et familiaux. La Foire aux questions (FAQ) est donc limitée, mais en tant que modèle, elle peut être développée plus avant par chaque État membre et adaptée en fonction des spécificités nationales, par exemple en matière de coûts et d'aide judiciaire (FAQ 9), ou de registres officiels ou listes de médiateurs certifiés (FAQ 10).

Ce guide a été développé en référence au point 3. Sensibilisation des Lignes Directrices de la CEPEJ sur la médiation.

¹ Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale, Recommandation (99) 19 concernant la médiation en matière pénale, Recommandation (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Recommandation (2002) 10 sur la médiation en matière civile.

² Lignes Directrices de la CEPEJ concernant la médiation pénale (CEPEJ(2007)13) ; concernant la médiation familiale et civile (CEPEJ(2007)14) ; sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (CEPEJ(2007)15).

1. Qu'est-ce que la médiation ?

La médiation est principalement un état d'esprit, qui consiste à penser et à se comporter différemment, en envisageant un litige dans une perspective humaniste. Les différends font partie de la vie et ils peuvent produire des conséquences favorables ou défavorables selon la façon dont ils sont traités.

Sur un plan plus technique, la médiation consiste à résoudre des litiges de toute nature, voire à en prévenir l'apparition. La tierce partie – ou médiateur – a deux grands objectifs : d'une part, rétablir, préserver et améliorer le dialogue entre les parties, d'autre part, les aider à trouver leur propre solution, en fonction de leurs intérêts personnels.

Bien qu'il existe des définitions de la médiation dans les instruments juridiques mentionnés dans l'introduction, la définition suivante, plus complète et plus constructive, est extraite de la Directive de l'Union européenne sur la médiation³ :

« On entend par « médiation » un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige. »

Les *principaux objectifs* de la médiation sont d'aider les parties (a) à établir un dialogue entre elles et (b) à trouver par elles-mêmes une solution fondée sur leurs intérêts communs.

2. Quels sont les avantages de la médiation ?

Pour les parties à un litige judiciaire

- L'approche holistique (globale) de la médiation permet d'englober la totalité des aspects d'un conflit – à la fois les éléments judiciaires (qui font l'objet de l'action en justice), et les éléments non judiciaires ou non juridiques, comme les émotions, les besoins, les valeurs et les intérêts des parties.
- L'autonomie dont bénéficient les parties dans la médiation leur permet de développer leur propre solution au conflit en fonction de leurs intérêts et besoins particuliers (approche personnalisée).
- Cette stratégie de la médiation qui bénéficie à tous éteint tout désir de la partie perdante, après un jugement, d'exercer des représailles au moyen d'un recours, d'une nouvelle action ou d'autres mesures.
- La liberté dont jouissent les parties leur donne toute latitude pour choisir le processus (les moyens du règlement, l'approche en la matière, la tierce partie, etc.) ainsi que le contenu du règlement, en fonction de leurs intérêts.
- La possibilité de tenir compte de l'avenir dans le processus de règlement permet aux parties de concevoir des solutions imaginatives pour éviter l'apparition de nouveaux conflits.
- La possibilité de limiter ou d'interrompre le processus permet aux parties, en tant que de besoin, de gérer leur temps et leurs coûts.
- Le processus pacifique de la médiation, et le recours à des solutions créatives, permettent aux parties de ne pas perdre la face, et de conserver des relations de travail constructives (en matière familiale et commerciale).

³ 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.

- La flexibilité, l'efficacité et la créativité du processus sont possibles parce que les parties sont libres de négocier le processus et le contenu de la médiation (à l'inverse des procédures judiciaires, dont les règles sont fixées par la loi et donc inaltérables, et dans lesquelles le juge pas plus que les parties ne peuvent aller au-delà de l'objet de l'instance).
- En particulier, pour ce qui est des litiges en cas de séparation, de divorce ou autre affaire familiale relevant du droit privé, la médiation aide les parties à conclure un accord donnant la priorité aux besoins et à l'intérêt supérieur des enfants.
- La médiation familiale peut aider à déterminer les options disponibles concernant, pour ce qui est des enfants en particulier, le versement des pensions alimentaires ainsi que la répartition des biens et de l'argent, dont l'épargne, les dettes conjointes, les pensions de retraite et les crédits hypothécaires.

Pour les juges

- La possibilité de renvoyer en médiation les affaires qui s'y prêtent peut améliorer l'efficacité globale du système judiciaire, car si le nombre des affaires résolues grâce à la médiation progresse, les magistrats auront plus de temps pour gérer et juger les affaires restantes.
- Le renvoi en médiation met un terme au litige dans sa globalité (et donc à toute tentation de la partie perdante d'exercer des repréailles en introduisant un recours ou une autre action en justice).
- Le renvoi en médiation permet au juge de libérer du temps pour ses autres dossiers, car une large proportion des médiations peut être couronnée de succès.
- Même dans les cas restants, la médiation permet dans une certaine mesure d'atténuer les différences et d'apaiser les parties, de telle sorte que la procédure ultérieure peut s'en trouver sensiblement réduite.
- Le renvoi en médiation permet aux parties de régler leurs différends en temps opportun et de manière efficace, ce qui contribue à une image positive du système judiciaire.

Pour les avocats

- Le fort taux de réussite du processus de médiation renforce la crédibilité et la réputation du cabinet d'avocats.
- La rapidité du processus donne au cabinet d'avocats plus de temps pour traiter d'autres affaires.
- Le taux de réussite obtenu par le cabinet d'avocats contribue à accroître la fidélité de la clientèle.
- Tout cela contribue à la rentabilité du cabinet d'avocats, si l'on tient compte de la rapidité du règlement, de la satisfaction du client à l'égard du résultat obtenu et du temps gagné par le client.

3. Quelles situations se prêtent le mieux à la médiation ?

La médiation peut être utilisée dans la plupart des affaires civiles, commerciales, familiales et sociales, sous réserve de celles qui sont mentionnées dans la FAQ 4.

Les critères suivants, outre le domaine d'application juridique qui régit le dossier, devraient être pris en considération :

- Lorsque les parties ont des liens juridiques (comme dans le cas des litiges familiaux, des conflits relatifs à un bail, des problèmes de copropriété, de détention de parts dans une entreprise, d'actionnariat, de représentation exclusive, de franchisage et autres contrats commerciaux, etc.), ou toute autre forme de relation de longue date (famille, emploi, voisins, collègues, membres d'une association, etc.).

- Une action en justice ne permettrait de régler qu'une partie du différend, car elle peut dissimuler un litige ou un problème sous-jacent plus important.
- Le litige a un fort contenu émotionnel.
- Lorsqu'il existe des intérêts économiques convergents ou complémentaires, ce qui permet aux parties de redéfinir leur relation et leurs activités, ou d'établir entre elles une nouvelle coopération.
- Les deux parties ont intérêt à parvenir à un règlement rapide plutôt qu'à engager une procédure judiciaire ou arbitrale prolongée ; le coût et la durée de l'action sont sans proportion avec les intérêts en jeu.
- Les problèmes sont d'une nature extrêmement complexe. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (responsabilité conjointe, assurance, autre société du même groupe, associé, titulaire d'une licence, etc.).
- Le litige s'étend sur plusieurs pays.
- Les parties souhaitent une certaine confidentialité.

4. Dans quels cas la médiation peut-elle ne pas être indiquée ?

- Lorsque les parties négocient déjà de manière satisfaisante et que la présence d'un tiers n'est pas nécessaire.
- Lorsqu'un précédent juridique est nécessaire pour la jurisprudence.
- Lorsqu'une conciliation judiciaire est possible, à un coût raisonnable et dans un délai rapide, et lorsque la valeur est peu importante.
- Lorsque les faits ne sont pas contestés et donc qu'il est possible d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rapidement ou à un coût raisonnable.
- Lorsque toutes les parties souhaitent défendre leur cause devant la justice.
- Lorsqu'une partie donnée a besoin, à titre individuel, d'obtenir une protection légale.
- Dans certains cas où il existe un profond déséquilibre des forces entre les parties.
- En cas de déni de violence ou de violences répétées.
- En cas de procédures abusives de la part d'une des parties (mauvaise fois établie) ou de violence domestique, dans certaines circonstances.
- En cas d'incapacité juridique d'une des parties (sauf si cette personne a un tuteur légal qui la représente pendant le processus).
- Dans les litiges familiaux, afin de protéger les enfants en cas de besoin.

5. Quelles garanties la médiation offre-t-elle ?

La médiation offre aux parties, à leurs conseils et au juge des garanties à plusieurs niveaux :

Concernant la personne du médiateur : les médiateurs assermentés (enregistrés officiellement) ou accrédités (certifiés par une fédération) et les autres professionnels bien formés autorisés par la loi à agir en qualité de médiateur ont été sélectionnés en fonction de leurs qualifications professionnelles, de leur expérience, de leur spécialisation, de leur formation à la gestion des conflits et de leur observation des règles déontologiques.

Concernant le processus : la médiation est régie par des principes fondamentaux, qui sont généralement énoncés dans la législation nationale, dans les statuts des associations ou dans des codes de conduite.

Ils sont souvent mentionnés dans l'accord de médiation initial :

- Humanité : l'être humain est au cœur de la médiation, qui a pour objectif de rétablir le dialogue et pour effet d'amoindrir ou d'atténuer toutes sortes de souffrances et de gaspillages dus au différend.

- Multipartialité et empathie du médiateur : celui-ci s'engage à servir les parties de manière équitable, sans faire de distinctions défavorables entre elles ; il est responsable du bon déroulement du processus.
- Liberté et autonomie : les parties sont libres d'accepter ou de refuser de participer au processus, qu'elles peuvent quitter à tout moment ; le médiateur est libre d'engager, de poursuivre, de suspendre le processus ou d'y mettre fin, en cas de besoin.
- Responsabilité : les parties ont obligation de participer au processus de bonne foi, de se comporter avec respect et de manière transparente, et de respecter la confidentialité. Le médiateur est responsable du bon déroulement du processus ; il a obligation de vérifier que les parties ont compris les caractéristiques du processus, ainsi que leur rôle et le sien ; le médiateur doit s'assurer que les parties parviennent à leur accord final en donnant leur libre consentement en toute connaissance de cause. Si nécessaire, le médiateur peut les inviter à consulter un avocat ; il est dans l'obligation de mettre fin au processus si la solution proposée ne peut pas être appliquée ou si elle est contraire à la loi.
- Indépendance : le médiateur est indépendant. Il doit informer les parties des circonstances qui, de façon objective ou subjective, pourraient compromettre son indépendance.
- Neutralité : le médiateur s'abstient de participer aux controverses et de faire des déclarations sur le fond du litige.
- Humilité ou absence de pouvoir : le médiateur n'a aucun pouvoir de décision, quel qu'il soit.
- Confidentialité : les parties et le médiateur s'abstiennent d'informer des tiers des déclarations, opinions ou propositions formulées pendant le processus, et de produire des documents s'y rapportant au cours de procédures ultérieures. Les parties s'abstiennent de faire citer le médiateur comme témoin. De plus, le médiateur fait en sorte que l'existence du processus et le nom des parties restent confidentiels. Il existe toutefois des exceptions dans certaines situations (médiation scolaire, ou découverte d'une infraction pénale au cours du processus de médiation). En matière familiale, la confidentialité ne peut être levée qu'avec le consentement des deux parties, ou lorsque la loi prévoit une obligation supérieure. C'est le cas lorsqu'une déclaration faite au cours de la médiation indique un risque en matière de protection ou dévoile une infraction pénale.

6. Quel est le rôle du médiateur ?

Le médiateur, un tiers indépendant, neutre et impartial, est chargé de mener le processus, de son stade préparatoire à son terme. Pendant les réunions préparatoires, il commence par s'assurer que les parties se présentent de leur plein gré et après avoir reçu toutes les informations voulues, en les complétant si nécessaire. Il prépare ensuite un projet d'accord initial comme prévu par la loi ou les statuts de son association, ou lorsque les parties le demandent. La confidentialité est mentionnée dans ce document.

Il facilite la communication entre les parties en créant une atmosphère de respect. Il les aide à trouver leurs propres solutions afin de résoudre leur conflit d'elles-mêmes.

Le médiateur utilise plusieurs outils spécifiques : une écoute active et une négociation obéissant à certains principes.

Les parties ou le médiateur peuvent aussi choisir de poursuivre avec un autre co-médiateur lorsque le nombre de participants est élevé, lorsqu'il est souhaitable qu'un tiers masculin ou féminin soit présent, ou lorsqu'il peut être nécessaire d'avoir des médiateurs de formations ou d'expériences différentes (un avocat, un ingénieur, etc.), qui se montreraient plus efficaces.

Le médiateur n'est ni un juge ni un arbitre, car il ne rend pas de décision judiciaire ; ce n'est pas non plus un conciliateur, car il ne donne pas d'opinion ou d'avis juridique ; ni un *ombudsman*, car il ne conduit pas d'enquête, ne prend pas de dépositions et n'émet pas de recommandations ; ce n'est pas non plus un expert, car il ne donne pas d'opinion ou d'avis technique ; ni un assistant social, car il n'aide pas les personnes dans leurs demandes.

7. Quel est le rôle de l'avocat ?

Lorsqu'un client le consulte, l'avocat a désormais obligation de se demander si le litige peut se prêter à une médiation, et d'informer le client de telle manière qu'il puisse être capable de choisir librement la méthode indiquée pour résoudre son problème sans être indûment poussé dans une direction donnée. L'avocat est tenu, par sa profession, de fournir à un client des informations complètes et précises sur la médiation et de l'aider à prendre une décision éclairée.

Si les parties optent pour la médiation, il leur revient alors de décider si, et dans quelle mesure, elles souhaitent que leur avocat soit présent pendant la médiation, et si nécessaire, pendant quelles réunions et étapes du processus.

Le rôle de l'avocat diffère de l'approche contradictoire et litigieuse classique et il est défini par consentement mutuel. Dans la médiation, l'approche généralement retenue veut que le client s'exprime, suivant les conseils de son avocat, qui participe avec lui à la recherche d'une solution mutuellement bénéfique.

Sa présence est importante, notamment lorsque les parties définissent des options. Il aide le client à examiner les options disponibles, en les comparant à la façon dont le problème juridique pourrait être résolu par des procédures judiciaires, en tenant tout particulièrement compte des intérêts supérieurs du client. L'accord final est ensuite rédigé par l'avocat, ou sous son contrôle.

Après le règlement, l'avocat examine et facilite sa mise en œuvre.

8. Quel processus ? Quelles étapes ? Quelle durée ?

Tous ces points seront examinés pendant les réunions préparatoires et tranchés par les parties et le médiateur, et ils seront mentionnés durant la réunion de médiation initiale. Les parties, assistées ou non de leurs avocats, peuvent influencer respectivement sur le choix de l'approche du médiateur, le nombre et le type de réunions (réunions conjointes, à huis clos ou non, avec ou sans navette, etc.) et la durée du processus, en fixant des délais – au besoin –, si ceux-ci ne sont pas déjà prévus par la législation nationale.

En fonction de la situation, le processus de médiation peut s'achever en quelques heures ou, dans des cas exceptionnels, durer plusieurs mois.

9. Quel est le coût de la médiation ? Quels en sont les avantages économiques ? L'aide judiciaire peut-elle être accordée ?

Coût de la médiation

Les coûts d'un processus de médiation peuvent inclure les honoraires du médiateur et ses frais éventuels, comme les frais de traduction, de location des salles, coûts de gestion du cas, etc. Durant la phase préparatoire, les parties et le médiateur commencent par s'accorder sur les conditions financières. Les honoraires du médiateur sont généralement partagés à parts égales entre les parties, mais ils peuvent aussi être différenciés, pour tenir compte, par exemple, des différences existant dans la situation financière des parties.

La fixation du taux de rémunération doit, notamment, prendre en considération la situation financière des parties, la valeur de l'affaire, le nombre de parties devant être présentes, la nature et la complexité du litige, etc. Le plus souvent, les taux sont connus d'emblée, car réglementés par les institutions de médiation. Les parties peuvent aussi s'accorder sur un taux fixe avec le médiateur.

Avantages financiers

Fréquemment, et particulièrement en matière commerciale, la médiation vise à préserver ou à transformer les relations entre les parties. À l'inverse, les procédures civiles ou arbitrales occasionnent souvent une rupture dans les relations à travers une bataille juridique, qui entraîne, par la suite, des coûts cachés qui ne sont pas inclus dans le coût de la procédure *per se*. En effet, chaque partie peut être amenée à investir du temps, de l'argent et de l'énergie pour trouver de nouveaux partenaires ou produits, services, brevets, marques ou dessins ou modèles industriels, associés, financements, espaces de bureau, marchés, etc. Tous ces coûts importants peuvent être évités ou considérablement réduits lorsque la méthode choisie pour régler un litige est la médiation.

Aide judiciaire et financement public (à adapter selon le système du pays)

Les États membres du Conseil de l'Europe fixent, dans leur législation, les conditions d'octroi de l'aide judiciaire et déterminent si, et dans quelle mesure, les coûts inhérents au processus de médiation, dont les honoraires des médiateurs, sont couverts par cette aide. Certaines législations disposent que, lorsque les parties parviennent à un règlement amiable, les frais de justice/judiciaires peuvent être remboursés. D'autres financements publics peuvent permettre de couvrir le coût de la médiation.

10. Comment entreprendre une médiation ? Quand ? Qui ? Avec qui ?

Quand ?

La médiation peut être engagée à tout moment. Avant même l'apparition d'un litige, les parties peuvent – à titre préventif – insérer une clause de médiation dans un contrat.

Les parties peuvent avoir recours à la médiation au stade des mesures provisoires ou après une tentative de conciliation. De plus, lorsqu'une procédure judiciaire (ou arbitrale) est engagée, il est encore possible de recourir à une médiation à tous les stades, en première ou en deuxième instance.

La participation à une réunion d'information et/ou d'évaluation conduite par un médiateur est, dans certaines juridictions, un préalable à l'ouverture d'une procédure judiciaire en matière familiale.

Qui ?

Le processus de médiation est enclenché, en substance, par le juge, les parties ou leurs avocats. Néanmoins, même pendant la préparation de l'audience, le juge cherchera à savoir si des éléments particuliers du dossier pourraient l'amener à proposer une médiation. Le juge devrait être en mesure de communiquer aux parties des informations judicieuses sur le processus de médiation et de leur présenter les avantages probables du recours à la médiation en l'espèce.

Le statut et la sensibilisation des juges leur offrent une occasion idéale de parcourir les trois étapes associées à un renvoi en médiation : identifier les dossiers qui se prêtent à la médiation (voir les FAQ 3 et 4 ci-dessus), expliquer la médiation aux parties, et les inviter à recourir à la médiation.

Avec qui ? (à adapter en fonction du pays)

Certains États et entités établissent et actualisent des listes des médiateurs, ainsi que de leurs qualifications, expérience, spécialisations, etc. Ces registres sont publics et les parties peuvent donc choisir la personne du médiateur, sur avis de leurs avocats, et en cas de besoin, du juge.

Dans certaines juridictions, seuls les médiateurs familiaux compétents spécialistes de l'ensemble des aspects des divorces et des séparations devraient être sollicités pour mener une médiation avant un procès ou sur demande du tribunal.

En outre, dans plusieurs États membres, les associations de médiation imposent à leurs membres, dans leurs statuts ou leurs règlements, de se soumettre à un processus de certification, dans des conditions similaires. Ces listes sont aussi disponibles sur leurs sites internet, communiquées aux juridictions, ou publiées d'une autre façon.

CEPEJ(2018)7

27 juin 2018

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation

Guide de Médiation pour les Avocats

Document élaboré conjointement avec le Conseil des barreaux européens (CCBE)

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) a adopté le présent document le 23 mars 2018. Lors de la première réunion du groupe de travail de la CEPEJ sur la médiation (CEPEJ-GT-MED) en mai 2017, l'assistance du CCBE a été demandée afin d'élaborer un guide de médiation pour les avocats, dans le cadre de la promotion d'une meilleure mise en œuvre de la médiation au sein des États membres du Conseil de l'Europe. L'objectif était de soumettre un document final CCBE-CEPEJ à l'approbation de la réunion plénière de la CEPEJ en juin 2018. C'est pourquoi le CCBE a élaboré ce guide en consultation avec CEPEJ-GT-MED.

Table des matières

CHAPITRE 1 - INTRODUCTION	48
1. OBJET	48
2. LA MÉDIATION EN TANT QUE SOLUTION ALTERNATIVE À UNE PROCÉDURE JUDICIAIRE	48
3. LA MÉDIATION EN TANT QUE MOYEN D'ACCÈS À LA JUSTICE	49
CHAPITRE 2 – LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA MÉDIATION.....	50
1. L'AVOCAT CONSEIL EN MÉDIATION	50
2. QUE FAIT PRÉCISÉMENT UN MÉDIATEUR ?	51
3. LES CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA MÉDIATION.....	51
4. LE RÔLE DES AVOCATS DANS LA MÉDIATION.....	52
a) <i>La sélection d'un mode de résolution des conflits comme part intégrante de l'analyse de cas</i>	
52	
b) <i>Conseiller le client sur le mode de résolution des conflits adéquat</i>	53
c) <i>Prêter assistance au client à la table de médiation et en dehors</i>	53
d) <i>La rédaction de l'accord de règlement</i>	55
e) <i>L'exécution de l'accord de règlement.....</i>	56
5. LA SÉLECTION DU MÉDIATEUR	57
6. TROUVER UN MÉDIATEUR	58
7. L'AVOCAT-MÉDIATEUR	58
8. CONCLUSION	59
CHAPITRE 3 – LA PARTICIPATION DES BARREAUX À LA CRÉATION D'UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE À LA MÉDIATION.....	60

Chapitre 1 - Introduction

1. Objet

L'objectif principal de ce guide est de sensibiliser les avocats à la médiation et de présenter les divers enjeux, possibilités et avantages professionnels pour les avocats qu'offre le recours à la médiation, ainsi que les avantages pour les clients. Cet outil a été développé en référence au point 3. Sensibilisation des Lignes Directrices de la CEPEJ sur la médiation.

L'importance de l'engagement des avocats dans les techniques de gestion des conflits et de leur participation active aux modes alternatifs de résolution des conflits tels que la médiation est largement reconnue et dûment reflétée dans divers codes de déontologie.

Dans ce guide, le terme « médiation » désigne un processus de règlement des différends volontaire, non contraignant et confidentiel dans lequel une ou des personnes neutres et indépendantes aident les parties en facilitant la communication entre elles afin de les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à un accord. Elle existe en matière civile, familiale, administrative et pénale.. En outre, le terme « *médiateur* » désigne une personne désignée par un tribunal ou une autre autorité ou désignée conjointement par les parties pour aider ces dernières à parvenir à un accord mutuel pour résoudre le litige.

Bien que ce guide fournisse des suggestions, du matériel ou des outils pratiques pour les avocats représentant leurs clients en médiation et pour les avocats agissant en tant que médiateurs, il ne cherche à remplacer ni la grande quantité de matériel de formation à la médiation ni les cours de formation en la matière. L'objectif de ce guide consiste plutôt à démontrer en quoi la médiation peut être un processus utile et important pour les avocats et leurs clients, et comment la médiation peut résoudre certains problèmes rencontrés dans la pratique quotidienne des avocats, par exemple ceux liés à l'identification et à la compréhension des intérêts du client.

Compte tenu du devoir de l'avocat d'agir dans le meilleur intérêt de son client, ce guide part du principe que les avocats doivent toujours examiner toutes les possibilités pour conseiller leurs clients quant au choix du processus le plus approprié pour le règlement d'un litige. L'approche des avocats en matière de médiation et de tout autre processus de résolution des conflits doit donc être conceptuellement neutre, et le choix de la solution privilégiée doit être fondé sur le mérite et être considéré d'un point de vue analytique et objectif.

À cet égard, et dans le cadre de la promotion d'une meilleure utilisation et mise en œuvre de la médiation, il convient de souligner que la sensibilisation et la formation des avocats à la médiation sont indispensables.

2. La médiation en tant que solution alternative à une procédure judiciaire

La médiation est une méthode particulièrement pratique et flexible de résolution des conflits. Elle peut dans certains cas être plus rapide, plus efficace et moins onéreuse que les procédures judiciaires.

En raison de leur nature spécifique et collaborative, les techniques de médiation peuvent mener à des solutions précieuses à un conflit qui peuvent ne même pas être disponibles par l'intermédiaire d'une procédure judiciaire. Un tiers étranger et éloigné des parties, tel qu'un tribunal, agissant dans le cadre des contraintes procédurales qui existent généralement dans toutes les procédures judiciaires, peut ne pas parvenir à des solutions plus créatives ou complexes. Ces limites sont aggravées du fait que les parties se comportent comme des adversaires dans le cadre d'une procédure judiciaire, de sorte que leur communication tend à être plus tactique et leur coopération plus difficile et entravée. Cette remarque ne doit en aucun cas être comprise comme étant une critique des tribunaux ou du système judiciaire, mais il s'agit de conséquences possibles du processus et de la procédure adoptés.

En effet, le rôle des tribunaux ou des arbitres est décisionnel, c'est-à-dire qu'ils doivent décider de « *qui a raison et qui a tort* ». Une telle approche moraliste ou légaliste prend tout son sens, et peut même parfois être nécessaire, mais ce n'est certainement pas la seule technique concevable.

Enfin, il convient également de noter une autre limite des procédures judiciaires : celles-ci ne tiennent pas toujours compte des besoins et des intérêts des parties. Parfois, les requêtes déposées ne sont pas vraiment l'enjeu essentiel d'une affaire et les parties sont incapables de sortir d'une telle impasse. En outre,

la « *question de qui a raison et qui a tort* » peut ne pas être pertinente ou n'avoir aucune réponse. Il n'est même pas toujours nécessaire d'y répondre pour résoudre un conflit ou parfois, la recherche d'une réponse à cette question peut s'avérer destructrice pour la relation entre les parties.

La médiation est un processus d'autodétermination dans lequel les parties agissent dans le cadre du paradigme de la liberté contractuelle et en toute autonomie, ce qui peut être davantage propice à la résolution de problèmes de gestion complexes. En outre, en médiation, seul le processus est contrôlé par le médiateur. Les parties gardent le contrôle du résultat et, tout naturellement, elles disposent de davantage de possibilités et de marge de manœuvre que dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il s'agit là d'une caractéristique inhérente à tout processus décisionnel consensuel qui est plus coopératif et surtout exempt de nombreuses limitations conceptuelles ou procédurales.

3. La médiation en tant que moyen d'accès à la justice

Dans plusieurs documents, le Conseil de l'Europe et la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) ont reconnu que des mesures encourageant le recours à la médiation peuvent faciliter l'accès à la justice.

Le CCBE est une association internationale sans but lucratif. Dès sa création, le CCBE a toujours été le premier à exprimer les avis des avocats européens et à défendre les principes juridiques fondamentaux de la démocratie et de l'état de droit. Ces valeurs et principes doivent être ceux de tous les avocats. Ils comprennent également le droit d'accès à la justice, ainsi que la protection des clients à travers la promotion des valeurs fondamentales de la profession.

La justice est une valeur fondamentale de la plus haute importance dans la vie de tous les justiciables. Toute personne doit avoir accès à la justice, mais la justice ne naît pas toujours d'un tribunal. La profession d'avocat doit dès lors manifester une réflexion et une connaissance approfondies de tous les processus de règlement des conflits disponibles dans toute leur variété, y compris la médiation. La médiation est de toute évidence l'une des méthodes possibles pour la réalisation de la justice et, en tant que telle, les clients doivent être conscients des possibilités qu'offre la médiation, qui est clairement une démarche volontaire d'autodétermination pour les parties qui peuvent être informées que la médiation constitue le meilleur moyen de servir leurs intérêts pour régler leur différend.

Le rôle fondamental des tribunaux ordinaires indépendants dans les procédures judiciaires est primordial, mais en même temps l'accès à la justice institutionnelle peut rester limité, voire dans certains cas, défaillant. En outre, aucun système de justice n'est parfait. Le fonctionnement du système de justice est et doit faire l'objet d'une réflexion et d'une amélioration constantes, mais ses défaillances et ses lacunes sont inévitables, ce qui entraîne parfois des déceptions ou des préjudices. La médiation peut être considérée comme l'une des solutions à la situation exposée ci-dessus. La médiation ainsi que d'autres modes alternatifs de résolution des conflits peuvent être perçus comme un autre pilier du système de justice pouvant soutenir le système judiciaire et améliorer l'accès global à la justice. Il s'agit également d'une question d'adéquation et d'efficacité : le système judiciaire doit traiter de questions qui nécessitent vraiment une décision de justice, mais il existe des circonstances dans lesquelles d'autres techniques de résolution des conflits sont plus adéquates.

Les lacunes du fonctionnement des systèmes judiciaires ou les obstacles (financiers ou institutionnels) habituels à l'accès à la justice ne sont cependant pas les seules raisons pour lesquelles la médiation doit être considérée comme un processus attrayant de résolution des conflits. Lorsque la justice formelle/institutionnelle n'est pas disponible ou inadéquate en raison de la nature de l'affaire ou de certains intérêts des clients, la médiation et d'autres modes alternatifs de résolution des conflits peuvent constituer une solution appropriée. Il existe des situations dans lesquelles certains intérêts des clients, bien qu'ils soient pleinement justifiés et légaux, ne peuvent pas être efficacement défendus dans le cadre du système judiciaire, par exemple, en raison des limites conceptuelles du droit, de l'expiration officielle ou de l'inaccessibilité des réclamations en justice, de l'absence de jurisprudence ou de pratique pertinente, du manque de preuves formelles ou admissibles, ou de diverses complications procédurales. Comme chacun peut l'imaginer, les contraintes évoquées ci-dessus peuvent ne pas se poser dans la médiation et d'autres modes alternatifs de résolution des conflits tant que la question de « qui a raison et qui a tort » n'a pas besoin d'une réponse juridiquement fondée.

Chapitre 2 – Le rôle de l’avocat dans la médiation

Les avocats jouent et doivent assurément jouer un rôle important dans les processus de gestion des conflits. Ils peuvent ainsi avoir un effet majeur sur la gestion des situations de conflit pour leurs clients. Par conséquent, il est de la plus haute importance que les avocats puissent démontrer les connaissances approfondies et les compétences techniques nécessaires pour soutenir efficacement leurs clients dans tous les types de procédures de résolution des conflits, tant judiciaires qu’amiabiles, y compris la médiation. La profession d’avocat ne doit pas, par quelque moyen que ce soit et pour quelque raison que ce soit (par exemple, en raison du manque de compréhension ou de connaissances pertinentes ou de lacunes dans ses compétences pratiques) constituer ou être perçue comme un obstacle à la médiation. Ceci peut avoir des conséquences négatives pour la réputation des avocats. Pour ces raisons, une formation théorique et pratique à la médiation doit figurer dans les programmes des facultés de droit et les barreaux doivent dispenser des cours de formation continue.

1. *L’avocat conseil en médiation*

Dans le cas d’une médiation avec l’assistance d’avocats, une ou plusieurs parties sont assistées dans la préparation ou accompagnées lors des séances de médiation par leur propre avocat, qui les informe et les conseille tout au long du processus de médiation. L’un des aspects du processus de médiation qui le rend si efficace est la possibilité qu’il offre aux parties en litige de parler directement entre elles et d’être entendues par l’autre (les autres). La médiation en présence d’avocats peut être extrêmement bénéfique étant donné qu’elle garantit aux deux parties des conseils juridiques indépendants de qualité, la sécurité d’engager un dialogue éclairé et la correction de tout déséquilibre des pouvoirs entre les parties. Les avocats en particulier peuvent être en mesure de faciliter le processus de médiation et d’aider le médiateur à parvenir à une issue satisfaisante.

Il est bon de garder à l’esprit que la médiation en tant que telle repose sur un paradigme tout à fait distinct par rapport à une décision de justice : les faits historiques, les motifs, les droits et les arguments des parties ne sont pas ignorés mais moins importants étant donné que, dans la médiation, ils ne sont pas déterminés, que ce soit de manière judiciaire ou d’une quelconque autre manière, et qu’ils sont généralement inconciliables. La bonne compréhension de ce paradigme est capitale pour que les avocats participent à la médiation de manière constructive et pour qu’ils soutiennent efficacement leurs clients dans ce processus. Dans la médiation, l’accent est clairement mis sur les besoins et les intérêts futurs des parties. Les parties agissent également selon un mode interactif et coopératif, de sorte qu’elles ont une bonne chance de se comprendre mutuellement et de comprendre le conflit dans sa complexité. C’est ainsi qu’elles élaborent conjointement une solution pouvant être acceptable pour les deux parties et pouvant prendre en compte leurs besoins et intérêts mutuels. Tout cela se déroule dans un processus structuré mais informel géré et facilité par un médiateur indépendant et neutre.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, les fonctions et les tâches des avocats soutenant la participation des clients à la médiation diffèrent de celles d’un avocat agissant à titre d’avocat dans une procédure judiciaire. En employant une approche plus coopérative et constructive dans la médiation, les avocats peuvent aider les médiateurs à guider efficacement les parties vers un accord et garantir ainsi que leurs clients trouvent une solution à leurs conflits qui reflète au mieux leurs véritables intérêts et besoins.

Il est possible de voir ou de comprendre la médiation de plusieurs manières : l’une d’entre elles consiste à considérer la médiation comme un processus efficace permettant de mieux identifier et interpréter l’intérêt du client. Du point de vue de l’avocat, la médiation peut dès lors être un outil particulièrement utile. Après tout, les avocats s’engagent, sur les plans éthique et professionnel, à protéger et à faire valoir les intérêts du client qui, dans de nombreux cas, ne sont pas clairs ou sont difficiles à définir pour l’avocat. En d’autres termes, la médiation peut être une solution à divers problèmes méthodologiques, conceptuels, communicationnels ou relationnels qui surviennent habituellement dans le processus d’identification et d’interprétation des intérêts du client. Assurément, en médiation, l’intérêt du client devient beaucoup plus clair et compréhensible pour tous les participants d’autant plus qu’il est défini de manière plus raisonnable et réaliste par le client.

Rappelons qu’une médiation réussie se termine généralement par un règlement, c’est-à-dire un accord consensuel. Ce résultat final doit être accepté par les deux parties : il est généralement le fruit de leur volonté et il est très rare qu’elles le remettent en question. Ensuite, contrairement à la procédure judiciaire, la médiation met un terme à un conflit. Il est indéniable qu’il s’agit souvent du désir de nombreux clients. Incontestablement, un accord accepté bilatéralement s’avère souvent de grande valeur. De plus, un accord

écrit établi devant un médiateur est un contrat juridiquement contraignant et exécutoire voire, dans certaines juridictions, un instrument permettant une exécution équivalente à une décision judiciaire, sous réserve de la satisfaction de certaines exigences formelles.

2. Que fait précisément un médiateur ?

Un médiateur est un spécialiste de la théorie et de la pratique de la médiation, dont la négociation est un élément clé. Il offre des services professionnels aux parties en conflit. Le médiateur est un mécanicien de négociation. Lorsque le moteur de négociation patine ou cale, le médiateur, grâce à son expérience en médiation et sa boîte à outils de techniques, le fait redémarrer et, comme c'est typiquement le cas en médiation, celui-ci fonctionne alors de manière optimale. Toute médiation porte en elle le désir de trouver une solution optimale.

Le médiateur est un prestataire de services qui dispense ses services professionnels contre rémunération¹. L'accord de médiation entre le médiateur et les parties contient les clauses contractuelles selon lesquelles le contrat de service doit être exécuté. Dans l'exécution de ces services aux parties, le médiateur réalise trois choses simultanément : il structure la conversation de résolution du conflit, il facilite la communication entre les parties pour s'assurer qu'elles s'écoutent et se comprennent mutuellement et, enfin, il les aide à éviter une impasse dans la négociation et applique les techniques correctes pour sortir de l'impasse si nécessaire.

D'après une de ces techniques, le médiateur peut s'entretenir séparément avec une partie pour examiner confidentiellement avec celle-ci ce qui l'empêche de mener à bien la négociation et trouver avec elle une solution à l'impasse. Le contenu de cette conversation est confidentiel (et reste confidentiel pour les autres parties).

3. Les caractéristiques principales de la médiation

Il est bien connu que la médiation est une démarche volontaire : elle ne commence pas sans le consentement clairement exprimé du client, et le client peut se retirer de la médiation à tout moment sans subir de conséquences défavorables dans toute autre procédure requise pour résoudre le litige. Il existe évidemment des situations présentant des raisons valables de lancer une action en justice, par exemple lorsqu'un recours judiciaire préventif est requis. De plus, la nature volontaire de la médiation signifie également qu'elle laisse toutes les autres portes ouvertes à un client, contrairement à de nombreuses autres méthodes de résolution des conflits qui peuvent être à sens unique, pour des raisons formelles ou pratiques.

Autrement dit, non seulement un client peut entrer et sortir de la médiation, mais il dispose encore, après être sorti de la médiation, du même nombre de possibilités. La médiation est alors une solution qui peut être qualifiée de « juste » par rapport aux autres, étant donné qu'elle ne ferme, ne limite ni ne complique généralement pas l'accès du client à d'autres stratégies, techniques ou procédures de conflit, par exemple le fait d'avoir recours à une procédure judiciaire. En règle générale, la médiation n'affecte pas la marge de manœuvre du client et ne le prive d'aucun droit de requête ni d'aucun droit. En fait, c'est tout le contraire : la médiation ouvre souvent des portes vers de nouvelles possibilités jusqu'à présent absentes voire inconnues du client.

D'aucuns croient souvent à tort que la médiation n'est rien de plus qu'un processus facile, amiable mais inefficace. Il est vrai que la médiation est non conflictuelle dans sa nature mais, en même temps, elle est intellectuellement exigeante car elle ne se limite pas au fait de créer ses propres récits et théories et de trouver ensuite une argumentation à l'appui.

La médiation ne consiste pas à persuader qui a raison ou qui a tort étant donné que les conflits ne peuvent pas vraiment être résolus de cette manière. En général, aucune des parties n'a d'arguments ni de pouvoir de persuasion suffisamment forts pour changer la volonté ou la vision de l'autre partie. En réalité, être convaincu de la justesse de son point de vue qui contredit totalement l'autre est souvent une partie importante du problème et ne constitue donc pas en soi un motif valable de refus de la médiation étant donné que les parties peuvent très bien se tromper sur leur véritable position, chose que la médiation peut révéler.

¹ Cette rémunération peut venir des parties, de l'aide juridique ou d'autres entités de financement, ou le médiateur peut agir à titre gracieux.

La médiation consiste à identifier les problèmes réels et à trouver les moyens de les résoudre. Cet exercice implique de briser certains schémas de pensée (qui sont généralement inutiles ou destructeurs) et de procéder à une réinterprétation créative de la situation du conflit dans son ensemble afin qu'elle serve les deux parties. Il est dès lors possible de dire que la médiation est une histoire de compréhension et de créativité. La plupart des gens considèrent que cela fait partie de l'approche attendue, ce qui s'avère généralement bénéfique.

À la lumière de ce qui précède, la médiation doit être considérée comme l'une des nombreuses possibilités qui s'offrent aux parties pour faire face à une situation de conflit. Mais si le droit de libre choix du client doit être mis en œuvre, toutes ces possibilités doivent également être mises à la disposition du client. Le client doit alors connaître ce qu'est la médiation, ses avantages et comprendre réellement ce processus. À cet effet, le client doit être dûment et objectivement informé de toutes les possibilités de processus disponibles, y compris la médiation. Ce n'est qu'alors que les clients seront vraiment en mesure de prendre une décision éclairée dans leur propre intérêt. Il est indéniable que le devoir professionnel d'un avocat est de fournir à son client des informations complètes et précises sur la médiation et de l'aider à prendre une décision éclairée.

4. Le rôle des avocats dans la médiation

a) La sélection d'un mode de résolution des conflits comme part intégrante de l'analyse de cas

Lors de l'analyse d'une affaire ou de la gestion d'un conflit pour un client, les avocats doivent toujours adopter une approche fondée sur le mérite plutôt que d'agir en partant d'idées préconçues, de partis pris ou de préjugés. Il est particulièrement important lorsqu'il s'agit du choix des processus disponibles pour résoudre une situation de conflit que les avocats abordent la question d'un point de vue analytique et objectif. Une telle attitude professionnelle doit être le point de départ de toute analyse de cas. Il est de toute évidence nécessaire de prendre en compte également les caractéristiques des clients, leurs besoins et préférences spécifiques ainsi que l'attitude et les actions de l'autre partie.

Afin de permettre au client de faire le bon choix, les avocats en exercice doivent être bien informés de tous les modes de résolution des conflits disponibles, de leurs singularités, des institutions recommandées et des fournisseurs de services afin de pouvoir proposer efficacement ces méthodes au client et pouvoir ensuite le soutenir professionnellement tout au long de la démarche choisie.

Il convient de noter qu'ignorer la méthodologie décrite ci-dessus est susceptible d'avoir des conséquences pour le client qui peuvent aller bien au-delà du simple choix d'un mode de résolution des conflits inapproprié. Le choix du processus adéquat de résolution des conflits est également primordial dans la mesure où il peut avoir une incidence importante sur la situation du client en prédéterminant ou en limitant à l'avance le nombre d'issues possibles, réduisant ainsi inutilement l'éventail de solutions qui sont normalement disponibles pour le client. Les avocats ne doivent dès lors pas écarter ni négliger la tenue d'une discussion avec le client sur les divers avantages et inconvénients liés à l'utilisation de différents modes de résolution des conflits. C'est une erreur méthodologique qui pourrait éventuellement être qualifiée de négligence de la part de l'avocat voire de faute professionnelle.

L'avocat doit donc toujours faciliter le choix, par le client, du processus de résolution des conflits le plus approprié, en le conseillant soigneusement sur cet aspect fondamental étant donné que cela fait partie intégrante de toute analyse de cas approfondie en bonne et due forme. Il ne faut jamais oublier que l'intérêt du client comprend à la fois des aspects de fond et de procédure, qui sont tout aussi importants pour un client : l'avocat doit par conséquent prendre dûment en considération ces deux types d'aspects. Les analyses juridiques doivent toujours, dès le départ, considérer toutes les possibilités de gestion d'une situation de conflit et, dans ce contexte, évaluer la situation d'un cas.

Il convient également de noter que le choix de modes appropriés de résolution des conflits peut être déterminé plus tôt et bien avant qu'un conflit ne survienne, à savoir au stade contractuel. Par conséquent, chaque fois qu'un avocat rédige un contrat, il doit toujours se demander si la médiation peut être utile aux parties au contrat ou revêtir une importance particulière dans certaines situations, par exemple en raison de la nature ou du type de relations contractuelles. Si tel est le cas, il est nécessaire de songer au fait qu'une clause de médiation peut être incluse dans le contrat. C'est en effet le meilleur moment pour introduire la notion de médiation : lorsque les parties au contrat ont de bonnes perspectives communes et se considèrent encore comme des partenaires.

b) Conseiller le client sur le mode de résolution des conflits adéquat

Pour pouvoir conseiller le client dans le choix du processus de résolution du conflit, l'avocat doit se renseigner suffisamment sur l'affaire en question et procéder à une analyse coût-bénéfice approfondie des procédures possibles. Cette étape ne doit jamais être ignorée ni négligée, et l'avocat doit toujours être en mesure de démontrer à son client que cette tâche professionnelle a été effectivement accomplie. En particulier avant d'avoir recours aux tribunaux et à un arbitrage, il est important que le client comprenne combien de temps la procédure peut prendre, combien elle peut coûter, quels peuvent être les risques impliqués et quelle est la probabilité d'atteindre le résultat souhaité, y compris à l'étape de l'exécution.

Il est donc nécessaire que l'avocat procède à une évaluation des risques de l'affaire, en établissant le scénario le plus optimiste et le plus pessimiste ainsi qu'un objectif réaliste permettant au client d'évaluer les procédures possibles. Une telle évaluation des risques peut nécessiter une révision ou une mise à jour en fonction de l'évolution de l'affaire (par exemple, lorsque plus d'informations et de preuves sont recueillies sur l'affaire au cours de la procédure retenue). Une enquête préliminaire sur l'affaire et son évaluation en l'espèce documents à l'appui aident le client à mieux évaluer les procédures possibles et à établir des attentes réalistes.

À moins que des raisons impérieuses telles que l'urgence n'en décident autrement, le client ne doit lancer des poursuites ou un arbitrage qu'après avoir exploré toutes les procédures possibles de résolution, y compris la médiation et d'autres modes de résolution des conflits. La médiation peut être un processus particulièrement adéquat dans l'une des circonstances suivantes :

- le client exprime une préférence pour la médiation ;
- le client exprime le souhait d'éviter le recours aux tribunaux et à l'arbitrage ;
- le client est contractuellement tenu de passer par la médiation avant de s'engager dans une procédure judiciaire ou un arbitrage ;
- le client n'a pas les moyens de lancer une action en justice ;
- des questions de droit applicable et de compétence rendent la médiation plus appropriée ;
- aucune des questions en litige n'est juridiquement complexe ni nouvelle, faisant qu'elle requiert une décision judiciaire ou arbitrale ;
- les parties ont des intérêts commerciaux ou personnels communs pouvant être menacés par le conflit (par exemple, une relation commerciale en cours ou un lien de parenté) ;
- il est important de résoudre rapidement le différend, une procédure judiciaire pouvant en particulier avoir d'autres effets négatifs (internes ou externes) envers le client ou ses affaires ;
- une décision de justice ne traite pas adéquatement les préoccupations sous-jacentes ou, pour toute autre raison, le fait de confier la résolution du litige à un tiers externe (tel qu'un tribunal d'État ou d'arbitrage) n'est pas approprié ou n'est pas souhaitable ;
- une action en justice ne peut résoudre qu'une partie du litige ;
- le risque existe que la décision judiciaire ne soit pas exécutée de manière efficace ;
- lancer une action en justice provoque un conflit avec d'autres intérêts vitaux du client ;
- l'objet du litige concerne essentiellement une question de gestion ;
- les coûts d'une action en justice sont disproportionnés par rapport aux intérêts en jeu ;
- le conflit peut être le résultat d'incompréhensions, telles que des divergences de données, des conflits personnels ou des différences culturelles ;
- il est important pour le client que le conflit demeure strictement confidentiel.

Les autres processus de résolution des conflits comprennent les procédures d'expertise, les évaluations préliminaires neutres, les décisions judiciaires, les comités de règlement des différends, etc. Ces méthodes décisionnelles peuvent être appropriées, par exemple lorsque le litige porte sur un désaccord technique ou contractuel clair.

Tout différend non résolu dans le cadre d'un mode alternatif de résolution des conflits peut être réglé par un recours aux tribunaux ou à l'arbitrage.

c) Prêter assistance au client à la table de médiation et en dehors

L'avocat peut participer au processus de médiation de diverses manières :

1. l'avocat peut préparer son client à la médiation et le laisser suivre le processus de médiation seul.

2. l'avocat est présent auprès de son client tout au long du processus de médiation. Il s'agit de toute évidence de la situation optimale du point de vue de l'avocat étant donné qu'il peut assister son client du mieux possible à toutes les étapes critiques du processus, notamment :
 - a) en aidant le client à bien comprendre le processus et en répondant à ses questions ;
 - b) dans le choix du processus en ayant recours à la médiation ;
 - c) en proposant la médiation ou en acceptant l'offre de médiation d'une autre partie ;
 - d) dans l'identification, la sélection et la désignation du médiateur approprié ;
 - e) en finalisant la convention de médiation ou les règles de participation, le cas échéant ;
 - f) en informant le médiateur ;
 - g) en participant à des réunions préalables à la médiation, s'il y en a, entre le client et le médiateur ;
 - h) dans le choix, la désignation et l'information des experts, si nécessaire ;
 - i) en donnant au client des conseils juridiques ou des avis sur des questions juridiques, droits et obligations pouvant survenir dans le litige ;
 - j) en évaluant les forces et les faiblesses du dossier du client ;
 - k) en évaluant les forces et les faiblesses des dossiers des autres parties ;
 - l) en planifiant les coûts (y compris les frais juridiques) engagés jusqu'alors par le client dans le litige ;
 - m) en procédant à l'estimation des coûts (y compris les frais juridiques) qui seront encourus en cas de non-recours à la médiation ;
 - n) en assistant le client dans la préparation de la stratégie de négociation de la médiation, ou d'une fourchette de prix dans un litige à caractère pécuniaire ;
 - o) en aidant le client à identifier ses besoins et ses intérêts dans la résolution du conflit par la médiation ;
 - p) en vérifiant les scénarios de rechange possibles avec le client et en gérant de manière générale les attentes du client par rapport à ce qu'il est raisonnablement possible d'obtenir en justice ou en arbitrage ;
 - q) en assistant le client dans la rédaction d'un résumé de la médiation ou d'une position pour des séances de médiation communes ;
 - r) en aidant le client à décider qui se rendra aux séances de médiation pour l'équipe représentant la partie du client au cours des séances ;
 - s) en aidant le client à identifier ou à proposer d'autres solutions pour la résolution du conflit et l'accord ;
 - t) en aidant le client de manière générale à se préparer à la médiation, sachant que, comme pour tous les autres types de procédures, le manque de préparation équivaut souvent à se préparer à un échec de médiation ;
 - u) en conseillant le client au moment de la rédaction de l'accord de règlement issu de la médiation ;
 - v) en assistant le médiateur de manière appropriée ou requise ;
3. le client est seul au début de la médiation et son avocat entre dans le processus à son stade final : il l'assiste dans l'obtention d'une conclusion entre diverses solutions et l'aide pendant la préparation d'un accord (de règlement ou autre) final, ou
4. l'avocat représente le client dans le processus et quand le client n'est pas présent en personne à la médiation.

Dans le processus de médiation, la présence du client est généralement requise, ou du moins recommandée par les médiateurs. Le médiateur insistera pour que chaque partie à la médiation, qu'elle soit physique ou morale, soit représentée par une personne pleinement autorisée à régler le différend et à exécuter un accord de règlement exécutoire pour le compte de cette partie. Lorsqu'il existe des limites à la pleine autorité du représentant d'une partie à lier celle-ci dans un accord de règlement, le médiateur a le devoir d'identifier ces limites et d'informer toutes les autres parties de l'existence et de l'étendue de ces limites. La présence des parties elles-mêmes (par exemple le directeur général ou un autre représentant autorisé d'une partie étant une société) permet d'explorer plus facilement de nouvelles solutions. La pleine autorité à prendre des décisions de règlement est essentielle à une médiation réussie.

Exemple 1. Seulement dans le cas où le problème du client se rapporte à une erreur de communication ou si le problème principal est associé à des émotions et non à des problèmes juridiques, la présence d'un avocat à la réunion de médiation peut ne pas être nécessaire. Dans ce cas, l'avocat doit être ouvert à la possibilité que le client n'ait pas besoin de communiquer avec l'autre partie avec une assistance juridique professionnelle étant donné qu'aucune question juridique ne sera traitée. Le médiateur peut assurer des conditions favorables à un débat ouvert tout en respectant les droits du client. Il est néanmoins de la plus haute importance que l'avocat vérifie l'accord de médiation avant que le client ne le signe (cela peut dépendre de l'objet du litige).

La préparation du client consiste alors à le renseigner sur les droits et devoirs du client en médiation. Les médiateurs doivent s'assurer que les parties comprennent le processus, ainsi que leurs droits et obligations.

À cet égard, les avocats peuvent fournir les informations suivantes à leurs clients :

- la nature volontaire de la médiation ;
- les documents devant être signés au début de la médiation (en fonction de la législation des pays concernés) ;
- la confidentialité ;
- les honoraires du médiateur ;
- la durée du processus de médiation ;
- les effets des délais de prescription ;
- la validité de l'accord de médiation ;
- et la reconnaissance et l'exécution des accords résultant de la médiation (selon le système juridique des différents pays ou les différences dans les dossiers internationaux).

La préparation du client sur le fond des discussions (par exemple, les faits que le client doit invoquer et les informations qui ne doivent pas nécessairement être révélées lors de la séance de médiation commune) dépend de la nature de la médiation dans différentes juridictions, mais aussi du système de travail individuel de chaque avocat et de la stratégie de négociation, qui doit être discutée préalablement.

Exemple 2. Si l'avocat accompagne le client du début à la fin, son rôle dépend de la mesure dans laquelle il a été invité à participer au processus de médiation. Dans tous les cas, l'avocat sert de conseil sur les questions juridiques.

Si un avocat représente une partie, le médiateur peut demander que l'autre partie soit également assistée par un avocat. S'il n'est pas possible que les deux parties soient représentées par des avocats pendant la médiation, le médiateur ne peut pas poursuivre la médiation si la partie qui n'est pas représentée par un avocat s'oppose à la présence de l'avocat de l'autre partie. En outre, les médiateurs doivent procéder à leur propre évaluation de l'équilibre des pouvoirs entre les parties afin de déterminer s'il est acceptable qu'une seule des parties soit assistée par un avocat.

Exemple 3. Au début de la médiation, le médiateur considère généralement l'attitude des parties, évalue toutes les questions et définit ensuite, avec les parties, les problèmes à résoudre. Cette étape peut prendre par exemple une heure dans une affaire « simple » mais peut prendre plus de deux séances dans des cas complexes selon la méthodologie du médiateur et le modèle de médiation. C'est seulement après cette étape que les parties doivent commencer à chercher des solutions précises. À la fin de cette étape de médiation, diverses solutions sont abordées pour parvenir à un accord final, qui se fera généralement ensuite sous forme écrite. Si un avocat souhaite être présent pendant une partie de la médiation mais pas pendant tout le processus, il doit entrer dans le processus de médiation avant la rédaction de l'accord pour aider le client à choisir les solutions appropriées et le conseiller en cas de besoin.

Exemple 4. Si un avocat représente un client en son absence (ce qui n'est généralement pas recommandé et même impossible dans certains pays), l'avocat doit avoir le plus d'informations possible et être parfaitement au courant des souhaits, des besoins et des préférences du client. Le médiateur (selon le système juridique) peut demander une procuration écrite avec des directives spécifiques pour le processus de médiation.

d) La rédaction de l'accord de règlement

Quand l'accord doit-il être signé ?

Un accord conclu lors de la médiation doit résister à l'épreuve du temps. Si l'accord est valable aujourd'hui, il doit l'être tout autant demain que dans trois mois.

Dans cette ligne de pensée, la signature de l'accord immédiatement à la fin de la séance de médiation n'est pas absolument indispensable. Cependant, ce sera souvent le cas. Il arrivera même que les parties l'exigent de peur que l'autre partie change d'avis.

Si l'accord est « simple » (par exemple, s'il s'agit d'un paiement unique et d'un règlement intégral des litiges en cours), la signature immédiate de l'accord constituera la meilleure solution.

Si l'accord est plus complexe et implique des prestations à différentes étapes ou dépend de certaines conditions, la rédaction immédiate du contrat n'est peut-être pas la meilleure solution. Pour que le contrat soit bien pensé et couvre toutes les questions concernées, la rédaction peut nécessiter davantage que le temps disponible à la fin d'une séance de médiation (souvent longue et fatigante). Le médiateur doit alors organiser, avec les parties et leur avocat, le processus de rédaction et son calendrier, avec l'accord des parties.

Qui rédige l'accord ?

En règle générale, si les avocats des parties ont participé au processus de médiation, le processus de rédaction est laissé à leurs soins. Cela fait partie de leurs tâches : ils ont été engagés par leur client pour coopérer à la recherche d'une solution et mettre par écrit l'accord conclu au cours de la médiation.

La rédaction d'un accord implique davantage que de coucher par écrit les principes généraux et principaux qui ont émergé. Le médiateur ne doit pas (tenter de) priver les avocats de cette partie de leurs fonctions. Cela peut également avoir des implications sur des procès en cours que les avocats devront prendre en charge. Il convient également de noter que, très souvent, les médiateurs ne sont pas des avocats et ne sont donc pas autorisés à offrir des conseils juridiques.

La contribution des avocats des parties peut également être importante en vue de l'organisation ou de la supervision de l'exécution de l'accord (par exemple, l'avocat du créancier dans une situation où le paiement intégral du règlement n'est pas effectué au moment de la signature). Cela peut impliquer des questions à considérer telles que l'obtention d'un titre exécutoire auprès du tribunal, du notaire ou d'une autre autorité, l'organisation des sûretés convenues afin d'obtenir des paiements, etc.

La rédaction des contrats va au-delà des principaux points qui auront généralement été convenus lors de la médiation. Elle se concentrera également sur des points ou des questions qui n'ont pas été abordés en détail (soit par aperçu, parce que leur importance n'était pas manifeste au départ et n'a émergé qu'au cours du processus de rédaction, soit pour une autre raison, qui peut même parfois être la rétention d'informations jusqu'au moment de la rédaction. Ces éléments peuvent sembler problématiques et entraîner de nouvelles difficultés imprévues.

Les parties qui ne sont pas assistées par un avocat pendant la médiation peuvent, dans certaines juridictions, demander au médiateur de rédiger l'accord lui-même. Si la question est simple et sujette aux réserves décrites ci-dessus, cette situation est acceptable. Quoi qu'il en soit, il est bon que le médiateur communique avec les avocats des parties, si elles en ont. La bonne pratique peut exiger que le médiateur propose que les avocats des parties reprennent le processus de rédaction à partir d'un résumé des accords conclus qu'il aura rédigé.

Si, néanmoins, les parties ou leurs avocats demandent au médiateur de proposer un accord, celui-ci devra être rédigé en consultation avec des avocats professionnels et approuvé par ceux-ci, c'est-à-dire que le médiateur devra envoyer le projet d'accord aux avocats et aux parties pour qu'ils l'examinent et donnent leurs commentaires et se concerter avec eux pour discuter des zones de tension possibles.

Si aucun avocat ne participe au processus, le médiateur doit fournir son projet aux parties et proposer aux parties de consulter un avocat pour obtenir un examen indépendant de l'accord. Afin d'éviter tout malentendu, le médiateur doit proposer que les parties invitent leurs avocats à le contacter afin de pouvoir expliquer la logique et les motifs de l'accord. En effet, un avocat n'ayant pas assisté à la médiation peut être surpris par certains éléments de la solution trouvée parce qu'il ne comprend pas tous les paramètres ou motifs de l'accord.

e) L'exécution de l'accord de règlement

L'article 6 de la directive sur la médiation de 2008 prévoit que les États membres garantissent la force exécutoire des accords résultant de la médiation. Les États membres veillent à ce qu'il soit possible pour les parties, ou pour l'une d'entre elles avec le consentement explicite des autres, de demander que le contenu d'un accord écrit résultant de la médiation soit rendu exécutoire.

Le contenu de cet accord est rendu exécutoire sauf si, en l'espèce, le contenu de cet accord est contraire à la loi de l'État membre dans lequel la demande est faite, ou si la législation de cet État membre ne prévoit pas sa force exécutoire. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par un tribunal ou une autre

autorité compétente dans un jugement ou une décision ou dans un acte authentique conformément à la loi de l'État membre dans lequel la demande est faite.

La manière dont l'exécution des accords de médiation peut être demandée au tribunal dépend de la loi nationale applicable dans l'État où l'exécution est demandée (*locus regit actum*).

5. La sélection du médiateur

L'une des tâches les plus importantes de l'avocat dans le processus de médiation consiste à aider son client à choisir le médiateur. Une médiation peut être la meilleure solution pour le client, si ce n'est la seule, pour régler un conflit à l'amiable sans avoir recours aux tribunaux. Les avocats ont l'énorme responsabilité de faire en sorte que la médiation ait les plus grandes chances d'aboutir. La sélection du médiateur est donc essentielle pour pouvoir atteindre cet objectif.

Il existe des points de vue divergents sur la valeur de l'expertise du secteur. Ainsi, dans un litige en matière de construction, par exemple, le médiateur devrait-il être un ingénieur, chef de projet ou avocat spécialisé en droit de la construction ? L'expérience et l'expertise du médiateur en tant que tel sont primordiales. Par la suite, si parmi les candidats possibles ayant une expérience de médiateur globalement similaire, l'un d'entre eux a une profession d'origine spécifique au secteur, alors cette personne pourrait être privilégiée. Encore une fois, le client a besoin de l'expérience et de l'expertise du médiateur en tant que médiateur : il ne s'agit pas d'une procédure d'expertise ni d'une évaluation préliminaire neutre.

Il se peut que les parties estiment qu'un médiateur disposant d'antécédents professionnels ou personnels spécifiques est mieux adapté à un rendez-vous donné. Un médiateur qui est également professionnel des ressources humaines peut, par exemple, constituer un meilleur choix qu'un avocat-médiateur dans un conflit sur le lieu de travail ou un conflit ayant une dimension significative de conflit sur un lieu de travail. En outre, la compréhension dont dispose le médiateur des termes spécifiques et de la terminologie peut parfois constituer un gain de temps. Dans tous les cas, la considération essentielle des parties doit toujours être la compétence et l'expérience du candidat en tant que médiateur, et non son expérience professionnelle.

Les parties peuvent parfois préférer désigner un avocat-médiateur lorsqu'un conflit particulier a une dimension juridique importante ou lorsque le différend porte sur l'interprétation de droits et d'obligations contractuels ou autres. Cependant, l'expertise juridique d'un médiateur doit toujours être secondaire par rapport à son expérience et son expertise en tant que médiateur étant donné qu'il n'a aucun rôle à jouer pour déterminer ou concilier des droits et obligations juridiques concurrents. Les parties à la médiation doivent se reposer sur leur avocat pour évaluer au mieux leur situation juridique avant d'entamer des négociations dans le cadre de la médiation.

Au moment d'aider un client à désigner un médiateur, il est recommandé de toujours insister sur la preuve des détails suivants, s'ils sont disponibles :

- la profession d'origine ;
- le code de déontologie ;
- l'assurance responsabilité professionnelle ;
- la formation et l'agrément du médiateur ;
- la formation continue du médiateur ;
- l'expérience (le nombre de dossiers déjà traités par le médiateur) ;
- les recommandations.

Une fois qu'un médiateur est désigné, l'avocat doit s'assurer que les mesures suivantes sont prises :

- Le médiateur se met à la disposition des parties selon les besoins et d'un commun accord. Le médiateur doit être prêt à donner à la médiation la priorité que les parties requièrent.
- Le médiateur conclut un accord de médiation contraignant avec les parties pour confirmer sa désignation en tant que médiateur et prévoir les règles de confidentialité, de délai, de lieu, d'échange de documents, d'honoraires, de résiliation, etc. auxquelles les parties et le médiateur conviennent d'être tenus.

- Le médiateur confirme qu'il respectera le *Code de conduite européen pour les médiateurs* ou son équivalent, et qu'il est titulaire d'une assurance responsabilité professionnelle adéquate à son rôle de médiateur (si disponible).
- Le médiateur arrête ou met fin au processus à tout moment si, pour quelque raison que ce soit, il estime qu'une ou plusieurs parties retardent ou entravent le processus ou n'agissent plus de bonne foi en vue d'un règlement ou agissent autrement que conformément aux termes de l'accord de médiation.
- Tout co-médiateur ou médiateur adjoint ou médiateur observateur proposé est également un médiateur agréé ou un médiateur stagiaire et est également indépendant, neutre et apte à être désigné à ce titre.

6. Trouver un médiateur

Comment les avocats identifient-ils le meilleur médiateur ? Où peuvent-ils le trouver ? Plusieurs possibilités existent.

Dans certaines juridictions, tous les médiateurs sont agréés et les listes indiquant les qualifications de médiateurs particuliers sont facilement libres d'accès. Dans de nombreux cas, ces listes sont accessibles en ligne.

Il se peut que les barreaux disposent d'un registre des avocats-médiateurs expérimentés disponibles à l'échelle locale.

Il se peut qu'un institut international des médiateurs tienne un registre de ses membres (par exemple, CI Arb, CEDR, REUNITE, etc.).

Les listes de médiateurs sont normalement conservées et rendues publiques dans le cadre de divers programmes de médiation. Les administrateurs de ces programmes offrent généralement des conseils et une assistance sur le choix du médiateur le plus approprié à un cas précis.

L'avocat peut écrire à l'avocat d'une autre partie en proposant d'autres noms, tout comme le client peut recevoir une telle lettre de la part de l'avocat d'une autre partie.

7. L'avocat-médiateur

L'avocat doit adopter une approche et un état d'esprit totalement différents lorsqu'il agit en tant que médiateur et non en tant qu'avocat d'un client pendant les procédures.

Dans ce rôle précis, plutôt que d'agir dans l'intérêt de l'une des parties, les avocats doivent se conformer à toutes les exigences applicables à un médiateur et rechercher une solution qui permettra aux parties de parvenir à un accord.

Bien que de nombreux médiateurs fassent partie de la profession d'avocat, ce n'est pas le cas d'un grand nombre d'entre eux, qui proviennent de divers milieux professionnels et techniques. Quoi qu'il en soit, bien que les médiateurs ne soient pas tenus d'être des avocats, les avocats possèdent de nombreuses compétences pouvant les aider à devenir des médiateurs efficaces.

Voici certaines des compétences de l'avocat pouvant s'avérer avantageuses pour l'avocat-médiateur :

- Communication
- Écoute
- Négociation
- Analyse
- Compréhension de problématiques complexes
- Compréhension des concepts juridiques, dont : bonne foi, confidentialité, vie privée, sans préjudice de, contrat, exécutoire, contraignant, autorité, démarche volontaire, autodétermination, indépendance, neutralité, conflit d'intérêts, déontologie, faute professionnelle, etc.
- Compréhension d'arguments juridiques conflictuels
- Analyse des coûts et des bénéfices

- Évaluation des risques
- Rédaction
- Statut dans la société
- Statut professionnel
- Expérience et risques des litiges

D'un autre côté, toutes les compétences de l'avocat ne se traduisent pas automatiquement par celles du médiateur et, selon le système du pays concerné, des exigences particulières de formation et d'agrément peuvent également être nécessaires pour devenir médiateur. Voici d'autres compétences indispensables aux médiateurs :

- Écoute active et reformulation
- Empathie permettant de comprendre le point de vue de chaque partie et les émotions liées
- Capacité à résumer et à exposer les points principaux de controverse
- Attitude impartiale et facilitatrice : un médiateur ne doit ni prendre parti ni sembler agir de manière injuste
- Développement de la confiance : une médiation réussie implique que le médiateur gagne la confiance de chacune des parties dès le début et la maintienne tout au long du processus

Par conséquent, lorsqu'ils agissent à titre de médiateur, les avocats doivent veiller à ne pas trop mettre l'accent sur leurs connaissances et compétences juridiques, ni se concentrer trop sur la clarification des faits au détriment de la relation et de la communication avec les parties, et doivent éviter une approche contentieuse et litigieuse. Comme indiqué ci-dessus, la médiation ne consiste pas à créer des arguments ou des solutions qui se conforment simplement à un ensemble de principes ou de normes, mais à comprendre, puis à concilier les divers besoins et intérêts des parties.

8. Conclusion

Tel qu'exposé ci-dessus, la médiation est un processus d'apprentissage efficace qui aide les parties à comprendre leurs positions et intérêts mutuels. Le processus de médiation est en général particulièrement révélateur pour les deux parties. Il aide les parties à réfléchir de façon plus réaliste à leurs revendications et à leurs intérêts et les encourage à agir de façon plus raisonnable vis-à-vis de l'autre partie. Ce processus modifie généralement les relations des parties, rétablit certaines formes de communication et de coopération, et aide à réorganiser la situation dans son ensemble et à résoudre le conflit. En tant que telle, la médiation peut être perçue par les clients comme une bonne expérience positive préférable à une action en justice, dont les résultats sont parfois imprévisibles.

La médiation en présence d'avocats peut être extrêmement bénéfique car elle garantit que les deux parties bénéficient de conseils juridiques indépendants et de qualité, qu'elles soient capables d'instaurer un dialogue éclairé et aide à corriger tout déséquilibre de pouvoir entre les parties. De toute évidence, la tâche d'un médiateur professionnel est de s'assurer que les parties et leurs avocats peuvent tirer parti des éléments et de la compréhension nouvellement acquis afin de stimuler les processus constructifs entre les parties et permettre à leur relation d'évoluer. Une fois cet objectif atteint, le médiateur aide les parties à trouver et à élaborer une solution finale qui, premièrement, correspondre aux intérêts des parties et à leur situation spécifique et, deuxièmement, soit vraiment acceptable pour les deux parties, à savoir un accord de règlement de médiation.

Une solution reprenant les caractéristiques ci-dessus permet d'apporter une fin pacifique au conflit et constitue une vraie résolution. Elle peut constituer une solution gagnant-gagnant, offrant dès lors beaucoup de réconfort aux deux parties. Il s'agit sans nul doute d'un résultat souhaitable aux yeux des clients qui par conséquent voient généralement l'accord de médiation comme une réussite. C'est de cette manière que les avocats doivent également le comprendre. Mais surtout, les avocats doivent prendre part à ce succès.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, il est recommandé que les avocats, le cas échéant, participent activement et agissent dans la médiation de manière à être perçus par les clients comme des contributeurs créatifs et constructifs dans le processus. La médiation est une nouvelle occasion pour les avocats de démontrer leurs compétences juridiques, analytiques et de gestion tout en se présentant comme de véritables interprètes et représentants des intérêts des clients et des coauteurs de leur succès.

Chapitre 3 – La participation des barreaux à la création d'un environnement favorable à la médiation

Ce chapitre offre des pistes de réflexion intéressantes dont les barreaux doivent s'inspirer pour créer un environnement favorable et promouvoir une culture de la médiation. Cet environnement favorable s'entend d'un travail conjoint avec les juridictions ainsi que de l'implication des barreaux dans la promotion de la médiation et des formations permettant aux avocats de devenir avocats médiateurs mais aussi avocats accompagnateurs.

D'autres pistes de réflexion intéressantes pour les barreaux peuvent être trouvées dans les principales conclusions et recommandations de la résolution du Parlement européen du 12 septembre 2017, sur la 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, ainsi que les *Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation existante concernant la médiation en matière pénale* de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ).

Afin de créer un environnement ouvert aussi bien aux actions en justice qu'à tous les modes alternatifs de règlement des litiges, les barreaux peuvent envisager d'entreprendre certaines ou toutes les activités suivantes en fonction des circonstances de leur juridiction :

- Mettre en place des réunions d'information à destination des avocats et des parties. Ces réunions d'information doivent être définies en amont, par le biais de réunions entre les représentants des juridictions, des représentants des associations de médiation, des services de médiation, etc.
- Développer et introduire dans la formation professionnelle des avocats les sujets et les compétences nécessaires dans la gestion des conflits (analyse du dossier, analyse des risques, analyses des coûts et des bénéfices, etc.)
- Coordonner la communication des informations sur la médiation avec les juridictions
- Créer des réunions d'information communes : avocats-magistrats
Développer la conclusion de protocoles avec les juridictions définissant l'entrée en médiation, le processus de médiation, le rôle et la place de l'avocat accompagnateur
- Coopérer avec les tribunaux ou d'autres autorités à l'élaboration de listes de médiateurs avec l'inclusion d'avocats accrédités comme médiateurs.
- Participer à l'établissement de statistiques permettant la promotion de la médiation et la connaissance, par le public et donc le justiciable, de son efficacité
- Contribuer au développement d'informations standard pour les clients sur les possibilités de médiation, de modèles de clauses de médiation, de modèles d'accord de médiation entre les parties et les médiateurs
- Échanger les bonnes pratiques en matière de médiation (entre avocats, avec les juridictions)
- Établir des listes d'avocats qui travaillent comme médiateurs, ainsi que des listes d'avocats accompagnateurs
- Signer des protocoles avec les facultés de droit pour promouvoir la médiation à l'université et dans la recherche
- Inclure dans les codes de déontologie des avocats une obligation ou une recommandation d'envisager les modes alternatifs de résolution des conflits, dont la médiation, avant de saisir les tribunaux (dans les cas concernés), et de fournir les informations et les conseils nécessaires au client
- Intégrer la médiation dans la formation de base de l'avocat, avec des modules sur l'emploi de la médiation dans leur pratique
- Introduire la médiation dans les programmes de formation continue, dont le contenu serait idéalement le même partout en Europe
- Initier des formations communes en matière de médiation avec tous les acteurs du monde judiciaire
- Recueillir et publier des informations relatives aux formations en médiation qui existent
- Encourager les avocats à inclure une clause de médiation dans les contrats de leurs clients