

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 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	5
1. OBJET	5
2. LA MÉDIATION EN TANT QUE SOLUTION ALTERNATIVE À UNE PROCÉDURE JUDICIAIRE	5
3. LA MÉDIATION EN TANT QUE MOYEN D'ACCÈS À LA JUSTICE	6
CHAPITRE 2 – LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA MÉDIATION.....	7
1. L'AVOCAT CONSEIL EN MÉDIATION	7
2. QUE FAIT PRÉCISÉMENT UN MÉDIATEUR ?	8
3. LES CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA MÉDIATION.....	8
4. LE RÔLE DES AVOCATS DANS LA MÉDIATION.....	9
a) <i>La sélection d'un mode de résolution des conflits comme part intégrante de l'analyse de cas</i>	9
b) <i>Conseiller le client sur le mode de résolution des conflits adéquat</i>	10
c) <i>Prêter assistance au client à la table de médiation et en dehors</i>	10
d) <i>La rédaction de l'accord de règlement</i>	12
e) <i>L'exécution de l'accord de règlement.....</i>	13
5. LA SÉLECTION DU MÉDIATEUR	14
6. TROUVER UN MÉDIATEUR	15
7. L'AVOCAT-MÉDIATEUR	15
8. CONCLUSION	16
CHAPITRE 3 – LA PARTICIPATION DES BARREAUX À LA CRÉATION D'UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE À LA MÉDIATION.....	17

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