

The phenomenon of mediation:
judicial perspectives and an eye on
the future

Le phénomène de la médiation:
les perspectives judiciaires et un œil
sur le future

by
Rhys Clift

Preface

It is 20 years since I was first accredited as a mediator by CEDR in 1998. It is 19 years since the Civil Procedure Rules were implemented, following the recommendations of Lord Woolf, which brought mediation to centre stage in the administration of justice in England and Wales.

It is 10 years since the European Mediation Directive was passed by the European Union (in 2008), to be implemented by the summer of 2011.

In 2014 the European Parliament in 2014 issued a report assessing the impact of the Mediation Directive and proposing measures to increase the number of mediations in the European Union. And in October 2017 the Civil Justice Council issued an interim report entitled “*ADR and Civil Justice*” with the objective of reviewing the ways in which ADR is encouraged and positioned within civil justice in England and Wales with a view to further encouragement of the use of ADR, including mediation.

This is therefore a very convenient point at which to assess the use and development of mediation. What seems clear is that there is a continuing need to provide knowledge and information about the nature of mediation, its use and effectiveness. With this in mind I will be in due course publishing the Second Edition of my book entitled “*Mediation in England and Wales*”. In advance of publication of the main book I am, however, now republishing one of the main papers contained in it entitled “*The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future*”.

With an eye on the forthcoming CESAM conference in Paris at the end of June 2018 I am enclosing within this publication both the original English and French texts.

The original English/French dual language text was published shortly after a talk I gave in Paris in 2010 to certain French businesses which had subscribed to the *Charte de la Mediation Inter-Enterprises* published by CMAP the Centre of Mediation and Arbitration in Paris.

The enclosed paper is deliberately short and concise, in order that the reader can readily absorb some of the core information on mediation, principally facilitative mediation. Although the original paper was published in 2010 it was deliberately drafted to contain a substantial amount of generic content, much of which remains valid today.

It is always important that those involved in legal disputes (whether domestic disputes, disputes of a personal character or complex international, commercial disputes) should understand the procedures by which those disputes are resolved. In order to play, it is essential to understand

the rules of the game; and mediation is no exception. I hope that the enclosed paper will facilitate such an understanding.

© Rhys Clift 2010, 2018

Contents

	Page
1. The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future	5 - 18
2. Le phénomène de la médiation: les perspectives judiciaires et un œil sur le future	19 - 31

Appendices

	Page
A. About the Author	32 - 33
B. Book reviews for the First Edition of “Mediation in England and Wales” by Rhys Clift, first published in 2010.	34 - 35

The phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future¹

Rhys Clift²

Introduction

The “Review of Civil Litigation Costs: Final Report” by Sir Rupert Jackson was published on 14 January 2010³. It contains yet further support for Alternative Dispute Resolution (ADR), and mediation in particular. Prompted by the publication of the Final Report, this article sets out some points about mediation, its function, its place in civil justice, the likely effect of the European Mediation Directive, the role of mediation in the maritime field and, in particular, expresses a short note of concern about how mediation might develop. The author does not purport to cover the entire ground but touches upon a few selected areas and in particular focuses on certain views expressed, prior to the Final Report, by senior members of the judiciary in support of the wider use of mediation. Mediation is something of a global phenomenon, as a short glimpse on the internet alone will attest; but this article is primarily concerned with the picture in England and Wales. Mediation is in many ways a remarkable process; vigorous, dynamic and effective. Its wider use is to be encouraged; its development should be handled with care.

Disputes: the case for settlement

Historically, disputes were resolved in trial by battle; one lived, one died. Litigation and arbitration were developed as a fine set of rules to allow parties to obtain an adjudication to resolve legal disputes, even quite ferocious disputes, in a disciplined and effective manner without the need for bloodshed. But again, the idea is that there is a decision, and generally a winner(s) and a loser(s).

¹ This article was first published in the Journal of International Maritime Law at (2009) 15 JML 5008.

² Rhys Clift is a solicitor and commercial mediator. He has lectured widely on dispute resolution and insurance in the UK, Scandinavia, Europe, the USA and South America. He was short-listed in the CEDR Awards for Excellence in ADR 2006 and 2008.

³ The Final Report can be found on the website Judiciary of England and Wales at www.judiciary.gov.uk. Following publication of the Final Report, the Senior Judiciary has considered its response. The Judicial Executive Board has agreed to support the recommendations of the Final Report and has established a Judicial Steering Group to lead judicial contributions to its implementation

However, the vast majority of cases settle, generally by negotiation, leaving a small minority where settlement is truly impossible or where settlement is inappropriate, for example test cases to set a precedent or cases where publicity is both necessary and desirable. Both are relatively rare.

In March 2008 Lord Phillips, now President of the Supreme Court, expressed this view:

...It is madness to incur the considerable expense of litigation [...] without making a determined attempt to reach an amicable settlement. The idea that there is only one just result of every dispute, which only the Court can deliver is, I believe, illusory...⁴

Life was ever thus. More recently in June 2009 Lord Clarke observed:

A truth that our civil justice system has long recognised: that the vast majority of disputes settle before trial - the present figure of 98 per cent settlement rate mirrors that which was noted in the 1820s by the Common Law Commissioners [...] only a madman does not want to settle⁵.

I will touch on some of the reasons in a moment, but plainly effective new procedures that facilitate settlement must be welcomed. And although this is a matter of fine judgment in each case, this must be so especially if they facilitate earlier settlement, for example before incurring the costs of disclosure, witness statements, experts' reports and trial. Indeed the case for early settlement, with most 'routine' disputes (as distinct from, say, the most complex civil fraud cases) is even more compelling with the advent of E Disclosure with the inevitable additional delay, cost and technical difficulty this must entail.

The effective management of litigation and arbitration requires considerable skill. It may be necessary, even essential, to go through some of the main procedural steps including, for instance, disclosure and exchange of witness statements and experts' reports, in order to put an individual case into the strongest position from which to negotiate, whether that negotiation is conducted in the usual way or through mediation. But a sharp focus on settlement on the 'right terms' (whatever they may be) remains an imperative for almost all cases.

⁴ Lord Phillips of Worth Matravers, then Lord Chief Justice of England and Wales 'Alternative Dispute Resolution, An English Viewpoint', India 29 March 2008.

⁵ Lord Clarke of Stone-Cum-Ebony, Master of the Rolls: 'Mediation ± An Integral Part of our Litigation Culture', Littleton Chambers Annual Mediation Evening, Gray's Inn, 8 June 2009.

What, in a nutshell, is mediation?

Mediation is a relatively new and highly effective means to settle commercial disputes, often more quickly and more cheaply than by normal litigation, arbitration and negotiation. Mediation has a long history in family and labour relations, it has featured in international diplomacy and particularly in the Far East.

There are essentially two types of mediation; facilitative and evaluative. In evaluative mediation (something of a minority sport) the mediator at some point may express a view to the parties about the strengths and weaknesses of their cases, or about what might be a fair and just resolution to their dispute. This will almost never happen in facilitative mediation (although mediation agreements often contain a liberty for the mediator to express such views, if all the parties so wish).

In facilitative mediation a neutral third party, a mediator, assists the parties to settle their disputes. It is a voluntary process of managed negotiation where the parties negotiate their own deal, but it has a timetable, a structure and dynamics which 'simple' negotiation lacks. Mediators issue no judgments or awards. They control the process, not the result. Facilitative mediation is the dominant form of mediation used for the resolution of commercial disputes in England and Wales.

Mediation is a subset of ADR which includes for example adjudication (widely used in the construction industry) and early neutral evaluation. Mediation is probably the most widely used form of ADR. The mediator is the catalyst. The presence of, and the role played by the independent third party mediator is the key distinguishing feature of the process.

When mediation was in its infancy in the United Kingdom, about 20 years ago, and even 10 years ago, it attracted considerable scepticism. Some thought that it would probably, or inevitably result in a soft compromise or 50/50 split. In fact, in practice it is absolutely nothing like this. In mediation hard issues are often confronted and difficult things are said. Mediation is even effective in resolving disputes involving allegations of fraud or dishonesty, where a soft compromise or 50/50 split may have no place. Significantly it can preserve not only the relationships between the parties in the dispute but the reputations of the individuals involved (which can be important in relation to maritime matters where there may be substantial 'repeat business'). It is particularly effective at resolving multi-party disputes which can be so difficult to resolve by negotiation and where settlement discussions can (and do) break down on the whim of one party. Finally, and most particularly, mediation works; cases settle. The settlement rate is somewhere between 75 and 80 per cent, either on the day or shortly after.

What is the position of mediation in civil justice in England and Wales?

Arbitration and litigation proceedings in England and Wales are in many respects excellent; highly developed and refined, respected for honesty, thoroughness and intellectual rigour. And the legal process is arguably indispensable. In June 2009 Lord Clarke echoed the views of many senior jurists when he said:

*An effective Civil Justice System that is readily accessible to everyone is an absolutely essential element of any open, democratic society committed to the rule of law.*⁶

No one would dispute this. However, and these are broad generalisations, the legal process has its deficiencies which can be remedied in suitable cases (and at a suitable time) by the use of mediation. Many of the shortcomings of litigation and arbitration apply equally wherever the legal process is conducted, whether in England and Wales or elsewhere under foreign systems of law.

What are these shortcomings? Without denigrating the processes one jot, litigation and arbitration can be, to put it a little bluntly, slow, costly, adversarial and risky; slow to achieve a final result (judgment or award), costly with the inevitable time and effort required (by lawyers, barristers, experts, witnesses and clients), adversarial by its very form and method, risky in the sense that there is (rarely) any guarantee of result. The law is not physics; it is not a discipline of perfection. And whatever the care and skill applied, there are sometimes nasty surprises (inconvenient documents, inadequate witnesses and experts, surprising judgments). Indeed these are some of the factors that have always motivated parties to settle and must form the basis of the views expressed on the wisdom of settlement by Lords Clarke and Phillips, both of whom had extensive knowledge of litigation from their time at the bar before going to the bench.

Litigation (and arbitration) is also necessarily focused on the past (perhaps a distant past by the time matters finally come to trial) whereas mediation is directed to the future.

The enormous potential of mediation has been recognised at the very highest level in the English judiciary for some time. Lord Woolf may well have been a pioneer in this respect in 1998/9, but his views have since spread widely. Lord Phillips declared his position in March 2008: *Let me end by nailing my colours firmly to the mast. I number myself with Sir Anthony Coleman and Sir Gavin Lightman as an enthusiastic supporter of ADR*⁷. In May 2008 Lord Clarke (Sir Anthony Clarke, as he then was) was equally unequivocal:

⁶ Lord Clarke *ibid.*

⁷ Lord Phillips (n 2).

...ADR in general and mediation in particular, where it is the appropriate ADR mechanism, must become an integral part of our litigation culture. It must become such a well established part of it that when considering the proper management of litigation it forms as intrinsic and as instinctive a part of our lexicon and thought processes as standard considerations like what, if any, expert evidence is required...

He goes further, expressing the view that mediation must become *'...part of the culture; so that it becomes second nature to us all'*.⁸

Perhaps the full integration of mediation has since been achieved? In June 2009 Lord Clarke expressed the position succinctly thus:

*...Mediation and ADR are part of the civil procedure process. Thus, as I see it, mediation too is an integral part of litigation, and not simply ancillary to it. [...] Mediation is an adjunct to formal justice.*⁹

Indeed, in some quarters there are suggestions that mediation is even usurping the function of the civil justice system. Nothing could be further from the truth. The courts exist to try cases and in appropriate cases (the tiny minority) will always be there to discharge that function. Those who are engaged in disputes, whether as a routine part of their daily work or, sadly, where they have become wrapped up in a dispute in their personal life, will always have access to justice (although at a price).

Here again are the views of Lord Clarke:

*Speaking only for myself (as they say in the Court of Appeal [where he then sat]) I do not think that the proper use of ADR and mediation supplants in any way the role of the courts or risks any downgrading of civil justice. On the contrary the existence of the judges and the courts remain in order to determine the rights and obligations of the parties in the very few cases in which settlement is impossible.*¹⁰

There are those who favour referring disputes to mediation even before proceedings are started; Lord Phillips is one. Indeed some favour making mediation compulsory or mandatory (attendance and participation at mediation that is, not settlement). And the spread of compulsory mediation is foreshadowed by the European Mediation Directive (see below). But for all sorts of good reasons mediation before the commencement of proceedings is relatively unusual (at least

⁸ Sir Anthony Clarke, Master of the Rolls, the Second Civil Mediation Council National Conference 'The Future of Civil Mediation', Birmingham 8 May 2008

⁹ Lord Clarke (n 3)

¹⁰ *ibid.* Lord Clarke was appointed as a Justice of the Supreme Court with effect from 1 October 2009; the first Justice to be appointed direct to the Supreme Court.

for the present). These reasons include (with a particular eye on maritime disputes) preservation of time bar, securing an advantageous jurisdiction, obtaining security for a claim or preserving evidence (including by search and seizure in suitable cases).

Mediation is therefore most usually invoked after the commencement of proceedings, in tandem with legal process; it is the silk glove on the iron fist of litigation (or arbitration). And in this it discloses part of its heritage in international diplomacy, when it was often bolstered by the sword or the gun ship.

Why has mediation not spread more rapidly - misconceptions and a lack of education?

Although there has certainly been a significant increase in the use of mediation in England and Wales in recent years, it has not spread as rapidly as it might have done. If the process is so good, so effective, the question must be: 'Why not?' This is something of a puzzle, given some of the obvious virtues and values of mediation. Perhaps it is because, even now, nearly ten years after the reform of the rules of civil justice in 1999 (the Woolf Reforms), which first brought mediation to prominence, misconceptions remain. Many of the key ideas and concepts are thought to be well known and understood; it is voluntary, without prejudice, private and confidential, it necessarily involves an independent mediator and the like. But nonetheless there is undoubtedly an enduring need to explain what mediation is and, moreover, how it works. Sir Anthony Clarke rather lamented in May 2008: *'Experience...shows even now there are far too many people who know far too little about mediation. I think we can all agree that this has to change...'*¹¹.

And this view has been reiterated most recently in Sir Rupert Jackson's report (Review of Civil Litigation Costs: Final Report). The report aims to set out a coherent package of interlocking reforms designed to control costs in litigation and to promote access to justice. Sir Rupert observes:

*Alternative Dispute Resolution (ADR) (particularly mediation) has a vital role to play in reducing the costs of civil disputes by fomenting the early settlement of cases. ADR is, however, underused. Its potential benefits are not as widely known as they should be.*¹²

¹¹ Sir Anthony Clarke (n 6).

¹² Note1.

He then recommends:

**There should be a serious campaign to ensure that all litigation lawyers and judges are properly informed of how ADR works, and the benefits it can bring.*

**...An authoritative handbook for ADR should be prepared, explaining what ADR is and how it works and listing reputable providers of ADR services. This handbook should be used as the standard work for the training of judges and lawyers.¹³*

I shall return to the latter point in a moment, and will touch on the former in the context of maritime disputes.

But it must be said that it is somewhat curious that misconceptions and misunderstandings persist. Over a number of years there has been a veritable explosion of interest in mediation and a substantial growth in the number of mediation service providers. In this, I am not thinking simply of the United Kingdom (although very significant progress has been made here) but generally internationally both in the common law nations and more recently in the civil law nations (where costs pressures are said to be less of a factor in settlement). Again, this much is clear if one only looks on the internet. There is a vast literature available, in a multitude of languages.

Literature may not be the best way of teaching this new art. It is often best to explain in person, by talk or seminar. But reference works certainly have their place. In this the Insurance Institute of London is playing its part. Under its programme of Research Study Groups the IIL is creating a 'manual' of mediation by and for the insurance and reinsurance industry (and this will include of course the maritime industry) under the chairmanship of Paul Moss of Montpellier Re. The book is to be published later in 2010 and will go some way to providing the sort of manual that Sir Rupert, perhaps, had in mind (and although sharply focussed on a particular industry, it has substantial generic content).

The inherent conservatism of the legal profession and the paradigm shift

Has the spread of use of the process been restrained by the inherent conservatism of the legal profession? Perhaps...It has been the case until relatively recently that mediation meant very little to English lawyers. Indeed, some had a negative attitude towards mediation and some may still have; such views can be heard (although less so, latterly). Until recently lawyers in England were not trained in negotiation skills or dispute resolution either at university or in law school. The inevitable consequence was that this had an effect on their thinking and way of working.

¹³ *ibid*

The emphasis was on the process of handling disputes; knowledge of the rules of arbitration organisations and familiarity with the Commercial Court Guide. The mindset was to identify issues and unearth evidence by way of documents, witness testimony and expert opinion, the objective being to place that material in a suitable form, at a suitable time before an arbitrator or a judge. Less emphasis perhaps, was placed upon seeking out a solution. Perhaps this is, in part, an expression of English reserve (and deference?), of sticking to the rules, forming queues and a reluctance to haggle.

Surely, however, matters have changed? Law firms have undergone a cultural change of approach. Almost all now have 'Dispute Resolution' departments, rather than litigation departments. And mediation has been a key feature and driver of this process.

Perhaps then it is less a matter of lack of familiarity on the part of lawyers and the judiciary, but, rather, a lack of familiarity with, and understanding of, mediation within society generally; that is, amongst the clients, the users of the courts and arbitration processes. Even this is something of a surprise; many members of the judiciary, solicitors, barristers, mediators and mediation service providers have put in enormous time and effort to spread the word over many years. Perhaps it is simply the fact that the enormous cultural and social change represented by the spread of mediation simply takes time; and a great deal of time at that.

New ideas will always take time to reach acceptance; their integration into orthodox thought follows a predictable pattern: first they are ignored, if they persist they may be treated with hostility or derision and then, finally, suddenly they form part of mainstream thinking. One can think of parallel examples in art (Picasso's Blue Period), science (heliocentricity, plate tectonics) and social justice (universal suffrage).

Some view the phenomenon of mediation as a change of radical proportions, comparable even to the revolution worked by the Judicature Acts at the end of the nineteenth century. Perhaps it is simply an illustration of the time required to recognise, and adapt to, a paradigm shift?

However, presumably for those who have never actually taken part in mediation, its subtle alchemy has remained and will remain a mystery; after all how can a voluntary, non-binding, non-decision making process solve what are often long standing, entrenched and sometimes bitter disputes? Participation in the process is often a revelation.

What will be the impact of the new European Mediation Directive?

The Mediation Directive was published in the Official Journal of the European Union on 24 May 2008 and took effect from 11 June 2008.¹⁴ It is the culmination of a body of work within the European Union, including the European green paper published by the Commission in 2002,¹⁵ the European Code of Conduct for mediators launched in 2004¹⁶ and the draft Mediation Directive published in October 2004.¹⁷

ADR has been recommended directly or indirectly by a diverse body of other European Union legal instruments or proposals, for example those touching on legal aid, family relationships, consumer disputes in e-commerce, so called open network provision (telephony) and the Framework Directive for electronic communications networks. It can be seen by this that ADR and mediation have already penetrated wide and deep into the structures of the European Union and that, notwithstanding the fact that most of the Member States in the European Union are civil law states, mediation is strongly supported within the European Union.

The Directive applies only to cross border disputes, in other words disputes where parties are domiciled or resident in two different Member States. But nothing in the Directive prevents Member States from extending the scope of any implementation legislation they pass to Cover domestic disputes.

At present within the European Union there exists quite a wide variety of practice in mediation. It seems almost certain that the Mediation Directive will give a new impetus to the spread of knowledge and use of mediation within the European Union, including here in the UK, and probably well beyond, given the range and extent of relationships between EU and non-EU states. It should also go some way to standardising the practice.

Where does mediation feature in the maritime world?

From the time of the implementation of the new Civil Procedure Rules in 1999, mediation has progressively become a fact of life in civil litigation. The pressure that the courts can apply by active case management has meant that mediation has become, even if somewhat slowly, more common. Indeed, many commercial lawyers would probably accept that there is now a strong possibility, or even a probability, that almost all disputes will be referred to mediation at some

¹⁴ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters OJ L136/3 24.5.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:EN:PDF>

¹⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

point if not settled before trial. The most likely point for the court to apply pressure will be at a Case Management Conference.

But similar pressures do not necessarily exist in arbitration and many of the typical disputes in the maritime field are subject to binding arbitration agreements (for example, charterparty and bill of lading disputes). Arbitration tribunals may not encourage or order parties to go off to mediation, but nonetheless mediation is becoming more common in resolving disputes which would otherwise be referred to a final determination by an Arbitration Tribunal. This is almost certainly a response to client demand. Increasingly clients, in particular insurers and mutual insurance associations, significant and highly sophisticated users of legal process, have seen that mediation saves time and that cases settle. They know that it works and so increasingly they are requiring that mediation be used in conjunction with arbitration. The inclusion of mediation clauses in standard form contracts (which also include arbitration clauses) will, however, be essential to speed up the spread of the process.

In this, the Maritime Solicitors Mediation Service (MSMS)¹⁸ has played a significant part. MSMS was originally set up in August 2003 and formally launched on the internet in January 2004. In 2009 MSMS was registered with the European Commission as a mediation service provider whose mediators comply with the European Code of Conduct for Mediators 2004. In many respects, MSMS is an unusual organisation. First, it is an unincorporated association of 19 English maritime law firms which set up the body in a collegiate manner and in the spirit of co-operation. Indeed that cooperation runs deep; immediately after the launch of MSMS the member firms ran a year-long programme of mock mediations (in the UK and other countries) to provide a practical demonstration of what the process is, how it works and just how effective it can be.

Secondly, MSMS is also somewhat unusual in that it is sector-specific, designed expressly for the maritime and marine insurance trades. There is a fairly large number of bodies providing ADR services whose focus is deliberately general, prominent amongst which is the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). This group now includes service providers such as the Chartered Institute of Arbitrators (who have recently welcomed mediation), the Academy of Experts and the Ombudsman Service. However, according to a thorough and lengthy report issued by the European Civil Justice Systems Research Programme, at the Centre for Social-Legal Studies, University of Oxford ('Civil Justice in England and Wales: Beyond the Courts'¹⁹) the sector-specific mediation service providers (MSPs) are few and far between. The report

¹⁸ See www.msmsg.com

¹⁹ www.csls.ox.ac.uk/documents/themelist.docx.

identifies a mere handful including, in addition to MSMS, the Pensions Advisory Service and ACAS (Employment).

How should mediation evolve?

The present

Mediation (in the UK at least) is currently a relatively informal process, but this may be under threat. The parties generally agree on the appointment of a particular mediator, sometimes on the recommendation of an MSP, sometimes, perhaps increasingly, from a (short) list of well known mediators. About ten years ago it was a fairly common view that any skilled mediator could mediate any dispute and to some degree that is certainly true. But with experience the market, particularly the maritime and marine insurance market, has matured. Many in this market would now say that it is important, some say vital, that the mediator has specialist expertise in the subject matter of the dispute. The development of the MSMS is a significant manifestation of this trend.

As it is at the moment the process is not complex and prescriptive. Generally all the parties need to do is to prepare a mediation summary (some call this a position statement) and put together the key documents. These summaries should certainly not be so long that they would take more than a few hours for a mediator to read; 10 to 20 pages are often more than enough. The summaries generally put forward the parties' best cases. It is important that they are written in normal prose and not in the arcane language of the law; not in the sort of technical legal language used in legal documents and in pleadings in court cases (and in some arbitrations). They are a pitch to a jury, not a summing up in legal argument. The ideal approach is accuracy, brevity, clarity. This is because a significant purpose of a mediation summary is to explain the dispute clearly, not only to help the mediator understand the case, but most particularly to help the party on the other side (as distinct from his lawyers) to understand the case against him.

These summaries exemplify what mediation is about. They distil in an easily understood form exactly what matters in a dispute, and what matters to the parties individually and in their relationships with one another (sometimes beyond the legal issues in the case), in a process where parties will be constantly asked to focus their attention on their interests and needs and not on their rights and wants, as they may perceive them. Indeed the whole process of creating the summary is a vital part of preparation. It should compel the parties (the lawyers and the clients) to think - very carefully. This work, and the work on the day, will (should) promote a dense effort of concentration.

As to documents, the papers gathered together for a mediation should include just a few core documents and sometimes charts, diagrams or photographs. The alpine snow-storm of documents that are typically seen in litigation or arbitration proceedings (after disclosure, especially after E Disclosure) is generally unhelpful and even if such documents are produced they are rarely looked at.

Generally a common bundle of documents is created to be used by the mediator and all the parties; each party will have a copy. But in addition to this sometimes parties provide documents (and information) to the mediator on a confidential basis. This may help the mediator to understand the background to the dispute and ultimately may assist him in fashioning a bargain between them.

Obviously mediators do not reveal either the existence or the contents of such confidential documents to other parties unless and until authorised to do so.

The whole mediation process itself is regulated by a simple mediation agreement setting out the key aspects of the process including confidentiality and certain protections for the mediator.

It is beyond the scope of this article to describe in detail how mediations work on the day. Every one is different. But broadly they fall into three phases; exploration, negotiation and a concluding phase, often settlement. The whole process is informal. Strict rules of evidence, legal terminology and legal advocacy are all inappropriate for mediation. In some senses mediation provides an artificial deadline, like an approaching day in court. There is often a rush of adrenaline, with the speed and clarity of thought that this brings. The guillotine concentrates the mind.

Of course not all cases settle on the day. It is not unusual for discussions between parties to continue after a mediation day, often with the assistance of the mediator, and for a settlement to be concluded days, weeks or even months later.

There is no central body gathering all mediation statistics in England and Wales (although the Civil Mediation Council is progressively encouraging mediation service providers to disclose settlement statistics on a confidential basis). Anecdotal evidence from some of the most active and prominent commercial mediators suggests that the ratio for settlement on the day may have originally been somewhere in the region of 60/40 or perhaps 50/50. But progressively this may have declined as parties (or perhaps lawyers?) get more used to the process; some refer now to a ratio of 40/60. In other words, about 60 per cent of cases may now settle after the mediation day, although the general percentage of settlements in absolute terms seems to have remained reasonably constant at somewhere in the region of between 75 per cent and 80 per cent.

The future

So much for the current picture; there are indeed concerns that the process of mediation may progressively become more structured and detailed, with the hazard that it may become progressively less effective. This is a serious matter. The Right Honourable Lord Judge touched on this concern at the end of an address to the Civil Mediation Conference on 14 May 2009 in the following terms:

Can we just take a long term view? Every few years, or about every ten years, there is a great hullabaloo about the cost of civil litigation. Arbitration, after all, is a system of avoiding court process. Do you remember when employment tribunals began? These were to be informal meetings at which the opposing parties would put their cases to a tribunal, almost a form of palm tree justice. Consider now how much more complicated and expensive the processes have become.

I do urge the Council to recognise this danger. The mediation process could, unless the danger is recognised and addressed, particularly if it is part of the court process, may eventually, and quite unintentionally, and by unforeseen accretion become increasingly formalised and procedural. It really must not eventually become just one more part of the expensive process that all of us are trying to avoid.²⁰

I would echo that sentiment; but it is not simply the matter of cost. Generally one should be wary of the development of what is described as mediation advocacy and the creation of a standard form timetable and procedural requirements and the risk of progressive linkage of mediation (solely) to the issues in an action. The youthful, dynamic and optimistic face of mediation must not be allowed or pressured to morph into litigation or arbitration by any other name; therein lies elaboration, rigidity, ossification. If it does it will have failed.

The fate of arbitration provides a clear warning. A splendid treatise on the subject is `Arbitration: the new Litigation'²¹ by Professor Thomas Stipanowich, previously head of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR).²² Although describing the American experience, the concerns expressed there should be heard here. For example he notes that:

Early in the twentieth century...Arbitration was popularly touted as a more efficient, less costly, and more final method for resolving disputes; there was little or no discovery,

²⁰ The Rt Hon The Lord Judge, Civil Mediation Council Conference 14 May 2009

²¹ University of Illinois Law Review vol 2010 No. 1. 2010

²² See www.cpradr.org for further details. CPR, based in New York, was one of the pioneers of mediation.

motion practice, judicial review, or other trappings of litigation. By the beginning of the twenty-first century, however, it was common to speak of US business arbitration in terms similar to civil litigation - "judicialized", formal, costly, time-consuming, and subject to hardball advocacy....These practices...have made arbitration...increasingly similar to civil litigation, and arbitration procedures have become increasingly like the civil procedures they were designed to supplant, including pre-hearing discovery and motion practice. Not surprisingly, clients and counsel often complain about the costliness and length of arbitration...

Although there are differences, of course, one sometimes hears similar views expressed about English arbitration procedure. Stipanowich then observes that the emergence of mediation has, in the USA:

...revolutionized public and private dispute resolution, as well as challenged the primacy of litigation and arbitration with their emphasis on full information exchange, full exposition, and extensive due process.

His description of and explanation for the upsurge in popularity of mediation, on the phenomenon of mediation, makes compelling reading.

Those who run litigation and arbitration should not, therefore, seek to bring their skills, their work-template and their mindset to mediation and seek to impose these on this lively new process. They should set aside preconceptions about the ways disputes are conducted and resolved, and learn the new processes. Mediation is not merely common sense; it is a new skill that repays time spent in learning. Those involved in disputes of any character need to be vigilant to ensure that mediation (probably used skilfully in conjunction with legal process) retains its dynamism, simplicity and effectiveness. In architecture, clarity of expression and now in the resolution of disputes it seems that in some measure 'less is more'.²³

© Rhys Clift, 2010, 2018

²³ Mies van der Rohe.

Le phénomène de la médiation: les perspectives judiciaires et un oeil sur le future

Rhys Clift²⁴

Introduction

La 'Revue sur les Coûts du Contentieux Civil: Rapport Final' de Sir Rupert Jackson a été publiée le 4 janvier 2010²⁵. Elle fournit un soutien additionnel aux Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC) et à la médiation en particulier. Suscité par la publication du Rapport Final, cet article présente certains points sur la médiation, sa fonction, sa place dans la justice civile, l'effet probable de la Directive Européenne sur la Médiation, le rôle de la médiation dans le domaine maritime et en particulier, cet article s'intéresse rapidement à la façon dont la médiation peut se développer. L'auteur n'a pas l'intention de couvrir tout le sujet mais évoque quelques domaines choisis et se concentre en particulier sur certains points de vue exprimés préalablement au Rapport Final, par certains membres supérieurs de la magistrature qui soutiennent un usage plus courant de la médiation.

La médiation est un phénomène assez global, un seul coup d'oeil rapide sur internet le confirmera; mais cet article s'intéresse en première instance à la situation en Angleterre et au Pays de Galles. La médiation est à beaucoup d'égards un procédé remarquable; vigoureux, dynamique et efficace. Un usage plus courant doit être encouragé; son développement doit être soigneusement accompagné.

Les litiges: les arguments en faveur d'un accord à l'amiable

A travers l'histoire, les litiges furent résolus par un duel: l'un vit, l'autre meurt. Le contentieux et l'arbitrage se sont développés comme un ensemble de règles permettant aux parties d'obtenir une décision judiciaire pour résoudre les litiges juridiques, même les conflits les plus féroces, d'une manière disciplinée et efficace sans effusion de sang. Mais à nouveau, l'idée est qu'il subsiste une décision, et de manière générale un (des) gagnant(s) et un (des) perdant(s).

Néanmoins, la grande majorité des affaires est résolue par voie de négociation, laissant ainsi une petite minorité où un accord s'avère impossible ou inapproprié, comme, par exemple, les affaires types visant à faire jurisprudence ou lorsque la publicité devient nécessaire et désirable. Les deux cas sont relativement rares.

En mars 2008, Lord Philips, actuellement Président de la Cour Suprême, a émis ce point de vue:

²⁴ Rhys Clift est avocat et médiateur commercial. Il a enseigné largement sur la résolution des litiges et les assurances aux Royaume-Uni, en Europe, aux Etats-Unis et en Amérique du Sud. Il a été sélectionné pour le Prix d'Excellence des MARC attribués par le CEDR en 2006 et 2008.

²⁵ Le Rapport Final est disponible sur le site internet de la magistrature anglaise et galloise au www.judiciary.gov.uk A la suite de la publication du Rapport Final, la Haute Magistrature s'est penchée sur sa réponse. Le Comité Exécutif de la magistrature a accepté de soutenir les recommandations du Rapport Final et a mis en place un Groupe Judiciaire Directionnel pour mener les contributions des juges à sa mise en application.

...C'est de la folie d'encourir la dépense considérable de la procédure en contentieux [...] sans essayer de façon déterminée d'arriver à un accord à l'amiable. L'idée selon laquelle il n'y a qu'une solution dans chaque litige, que seule une cour peut délivrer est, je le crois, illusoire...²⁶

Plus récemment, en juin 2009, Lord Clarke observa:

Une vérité que notre système de justice civile a longtemps reconnue: que la grande majorité des litiges se règlent avant le procès – le chiffre actuel d'un taux de 98 pour-cents d'accords est à l'image de ce qui avait été remarqué dans les années 1820 par les Membres de la Commission sur la Common Law [...] seul un fou ne veut pas parvenir à un accord²⁷.

J'évoquerai certaines de ces raisons dans un instant, mais manifestement de nouvelles procédures efficaces qui facilitent le règlement doivent être accueillies. Bien que ce soit une question de jugement dans chaque instance, cela doit être de mise, en particulier si les procédures facilitent la conclusion d'un accord plus tôt, par exemple avant d'encourir les frais de la production de pièces, des déclarations des témoins, des rapports d'experts et de l'audience. En effet, il est encore plus souhaitable d'arriver à un accord le plus tôt possible dans les litiges les plus 'routiniers' (à la différence, disons, des cas les plus complexes de fraude) depuis l'apparition de la production électronique de pièces avec l'inévitable retard additionnel, le coût et la difficulté technique que cela doit impliquer.

La gestion efficace du contentieux et de l'arbitrage demande une compétence considérable. Il est peut-être nécessaire, voire essentiel, de passer par certaines des étapes procédurales majeures, telles que, par exemple, la production de pièces et l'échange de déclarations de témoins et de rapports d'experts, afin de se positionner le mieux possible pour négocier, peu importe si cette négociation est menée de façon habituelle ou par la médiation. Mais dans pratiquement tous les cas, il faut rester focalisé sur l'objet de trouver un accord en termes considérés 'justes'.

En bref, qu'est ce que la médiation?

La médiation est un moyen relativement nouveau et extrêmement efficace de régler les litiges commerciaux. C'est un moyen souvent plus rapide et moins onéreux que l'action en contentieux traditionnelle, l'arbitrage et la négociation. La médiation a un long passé dans les relations familiales et du travail, elle apparaît dans la diplomatie internationale et en particulier en Extrême Orient.

Il existe essentiellement deux types; la médiation facilitative et la médiation évaluative. Dans la médiation évaluative (moins couramment utilisée), le médiateur donne, à un moment précis, aux parties son point de vue sur les mérites de leur dossier, ou sur ce qui lui semble une résolution équitable et juste à leur litige. Ceci est plutôt rare dans la médiation facilitative (bien que souvent

²⁶ Lord Phillips de Worth Matravers, à l'époque Président de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles 'La Résolution Alternative des Litiges, Un Point de Vue Anglais', Inde 29 Mars 2008

²⁷ Lord Clarke de Stone-Cum-Ebony, Master of the Rolls: 'La Médiation une part intégrale de notre culture du contentieux', Soirée Annuelle sur la Médiation des Chambres Littleton, Gray's Inn, 8 juin 2009

dans les conventions de médiation, le médiateur a la liberté d'exprimer de tels points de vue si toutes les parties le désirent).

Dans la médiation facilitative, une tierce personne neutre, un médiateur, aide les parties à régler leurs litiges. Il s'agit d'un procédé volontaire de négociation gérée où les parties négocient en direct. Ce procédé, cependant, est caractérisé par un calendrier, une structure et une dynamique que l'on ne retrouve pas dans le cas d'une 'simple' négociation. Les médiateurs ne délivrent pas de jugements ou de sentences arbitrales. Ils contrôlent le processus, non pas le résultat. La médiation facilitative est la forme dominante de médiation utilisée pour la résolution des litiges commerciaux en Angleterre et au Pays de Galles.

La médiation est un sous-ensemble des MARC qui incluent par exemple l'adjudication (plus largement utilisée dans l'industrie de la construction) et l'évaluation neutre préalable. La médiation est probablement la forme de MARC la plus couramment utilisée. Le médiateur est un catalyseur. La présence et le rôle joué par le médiateur, la tierce personne indépendante, est la caractéristique clé et distinctive de ce procédé.

Au début, il y a 20 ans, ou même 10 ans, au Royaume-Uni, la médiation a attiré beaucoup de scepticisme. Certains croyaient qu'elle résulterait, probablement ou inévitablement, en un compromis léger ou un partage 50-50. En pratique, ce n'est pas du tout le cas. Dans la médiation, les problèmes abordés sont complexes et les déclarations faites difficiles. La médiation est aussi efficace pour résoudre les litiges impliquant des allégations de fraude ou de malhonnêteté où un compromis léger ou un partage 50-50 ne peuvent trouver place. Il est important de noter que la médiation peut non seulement préserver les relations entre les parties au litige mais aussi la réputation des individus impliqués (ce qui peut être important dans les affaires maritimes où il peut y avoir un nombre considérable de 'business renouvelé'). Elle est particulièrement efficace pour résoudre les litiges à plusieurs parties qui sont difficiles à régler par négociation et où les discussions peuvent (et cela arrive) s'interrompre sur un coup de tête d'une partie. Finalement, et plus particulièrement la médiation fonctionne; les affaires se règlent. Le taux de règlement se situe quelque part entre 75 et 80 pourcent, soit le jour même ou quelque temps après.

Quelle est la place de la médiation dans la justice civile en Angleterre et au Pays de Galles?

En Angleterre et au Pays de Galles, l'arbitrage et la procédure en contentieux sont excellents à beaucoup d'égards; extrêmement développés et avancés, respectés pour leur honnêteté, leur minutie et leur rigueur intellectuelle. Et l'on peut soutenir que le processus judiciaire est indispensable. En juin 2009, Lord Clarke a repris les opinions de beaucoup de juristes réputés quand il déclarait:

Un Système de Justice Civile efficace qui est facilement accessible à tous est un élément absolument essentiel à toute société ouverte, démocratique et croyante en la règle de droit.²⁸

²⁸ Lord Clarke ibid.

Personne n'ira à l'encontre de cette déclaration. Néanmoins le processus judiciaire a ses lacunes auxquelles il peut être remédié dans certains cas appropriés (et en temps opportun) par la médiation. La plupart des faiblesses de la procédure en contentieux et de l'arbitrage se présentent de la même manière que le processus judiciaire, soit conduit en Angleterre et au Pays de Galles ou partout ailleurs sous un système juridique étranger.

Quelles sont ses faiblesses? Sans dénigrer d'un iota les procédés, la procédure en contentieux et l'arbitrage peuvent être lents, onéreux, contradictoires et risqués; lents pour obtenir un résultat final (jugement ou sentence arbitrale), onéreux à cause du temps inévitable et l'effort requis (par les juristes, les avocats, les témoins et les clients), contradictoires dans leur forme, risqués dans le sens où il y a rarement de garantie de résultat. Le droit n'est pas de la physique; il ne s'agit pas d'une discipline de la perfection. Et quelles que soient l'attention et la compétence appliquées, il y a parfois de désagréables surprises (documents malencontreux, témoins et experts inadéquats, jugements surprenants). En effet, ce sont quelques facteurs qui ont toujours motivé les parties pour parvenir à un accord et qui doivent être à la base des opinions à propos de la sagesse de l'accord exprimées par Lord Clarke et Lord Phillips, qui ont tous deux une connaissance approfondie de la procédure en contentieux acquise du temps où ils étaient au barreau avant de poursuivre dans la magistrature. Le contentieux (et l'arbitrage) se concentre nécessairement sur le passé (peut-être un passé lointain quand l'affaire arrive à l'audience définitive) alors que la médiation se dirige vers le futur.

L'énorme potentiel de la médiation a été reconnu depuis longtemps au niveau le plus élevé de la magistrature anglaise. Lord Woolf a sans doute été un pionnier à cet égard en 1998/9, mais son opinion a depuis été largement suivie. Lord Phillips déclarait sa position en mars 2008: « Laissez-moi terminer en montrant clairement mes couleurs. Je me compte avec Sir Anthony Colman et Sir Gavin Lightman parmi les défenseurs enthousiastes des MARC »²⁹.

En mai 2008, Lord Clarke (à l'époque Sir Anthony Clarke) était tout aussi explicite:

... les MARC en général et la médiation en particulier, quand c'est le mécanisme approprié de règlement des différends doit devenir une part intégrale de notre culture du contentieux. Cela doit tellement en devenir une part établie, que quand il s'agit d'examiner la bonne gestion du contentieux, elle forme de façon intrinsèque et instinctive une part de notre lexique et de notre processus de pensée de la même manière que des considérations standard telles que lorsqu'une preuve experte est requise...

Il continue, en émettant l'opinion que la médiation doit devenir "... une part de notre culture; de sorte qu'elle devienne une seconde nature pour nous tous"³⁰

L'intégration complète de la médiation a peut-être depuis été accomplie? En juin 2009 Lord Clarke a exprimé succinctement sa position ainsi:

²⁹ Lord Philips (n 2).

³⁰ Sir Anthony Clarke, Master of the Rolls, La Seconde Conférence du Conseil National de Médiation Civile 'Le Futur de la Médiation', Birmingham 8 mai 2008.

...La médiation et les MARC font partie du processus de la procédure civile. Par conséquent, la façon dont je le vois, la médiation fait partie intégrante de l'action en contentieux et n'en est pas seulement un accessoire. [...] La médiation est une adjonction à la justice reconnue³¹.

En effet, dans certains milieux, il est suggéré que la médiation usurpe la fonction du système de justice civile. Rien n'est plus éloigné de la vérité. Les tribunaux existent pour juger les affaires et dans les cas appropriés (une faible minorité) seront toujours là pour remplir cette fonction. Ceux qui sont impliqués dans des litiges, que cela fasse partie de la routine de leur travail quotidien ou, de façon plus triste, qu'ils deviennent mêlés à un conflit dans leur vie personnelle, auront toujours accès à la justice (néanmoins à un prix).

Voici encore l'opinion de Lord Clarke:

Parlant seulement en mon nom propre (comme on le dit à la Cour d'Appel [où il siégeait à l'époque]), je crois que le bon usage des MARC et de la médiation ne supplante en aucun cas le rôle des tribunaux ou risque de dévaloriser la justice civile. Au contraire, l'existence des juges et des tribunaux subsiste pour déterminer les droits et obligations des parties dans les quelques cas où l'accord est impossible³².

Il y a ceux qui préfèrent renvoyer les litiges à la médiation même avant le commencement d'une action. Lord Phillips en fait partie. En effet, certains préfèrent rendre la médiation obligatoire (c'est-à-dire y assister et y participer, non pas arriver à un règlement). La Directive européenne sur la Médiation (voir plus bas) a préfiguré la propagation de la médiation d'office. Mais pour toutes sortes de bonnes raisons, la médiation avant le début des procédures est relativement peu commune (du moins à ce jour). Ces raisons comprennent (avec une attention particulière sur les litiges maritimes) la nécessité d'agir dans le délai de prescription, la garantie d'une juridiction avantageuse, l'obtention d'une caution ou la conservation des preuves (y compris une saisie conservatoire dans les cas opportuns).

Par conséquent, la médiation est plus communément invoquée après le début de la procédure, en tandem avec le processus judiciaire; c'est le gant de velours sur la main de fer de la procédure en contentieux (ou de l'arbitrage). Et en cela, elle révèle une partie de son héritage venant de la diplomatie internationale, quand elle était souvent supportée par l'épée ou le canon d'un navire.

Pourquoi la médiation ne s'est-elle pas répandue plus rapidement –de fausses idées et le manque d'éducation?

Bien que ces dernières années, il y ait certainement eu une hausse significative dans l'usage de la médiation en Angleterre et au Pays de Galles, elle ne s'est pas répandue aussi vite qu'elle aurait pu. Si le procédé est si efficace, on peut se demander pourquoi cela n'a pas été le cas, ce

³¹ Lord Clarke (n 3).

³² *ibid.* Lord Clarke a été nommé Juge à la Cour Suprême avec effet le 1^{er} octobre 2009; le premier Juge à avoir été nommé directement à la Cour Suprême.

qui est assez mystérieux, étant donné les vertus et les valeurs évidentes de la médiation. Cela pourrait s'expliquer peut-être par le fait que de fausses idées subsistent, même maintenant, presque dix ans après la réforme des règles de la justice civile en 1999 (les Réformes Woolf) qui sont les premières à avoir mis en évidence la médiation. On pense que beaucoup d'idées et concepts clés sont bien connus et compris; la médiation est volontaire, sans préjudice, privée et confidentielle. Elle implique nécessairement un médiateur indépendant ou une autre personne de ce genre. Néanmoins, il existe indubitablement un besoin vivace d'expliquer ce qu'est la médiation et, qui plus est, comment elle fonctionne. En mai 2008, Sir Anthony Clarke a quelque peu déploré: 'L'expérience ... montre que même maintenant il y a beaucoup trop de gens qui ont trop peu de connaissances sur la médiation. Je pense qu'on peut tous s'accorder pour dire que cela doit changer...'³³."

Ce point de vue a été réitéré plus récemment dans le rapport de Sir Rupert Jackson (Revue sur les Coûts du Contentieux Civil: Rapport Final). Le rapport a pour but de présenter un ensemble de réformes reliées les unes aux autres qui sont conçues pour contrôler les coûts du contentieux et promouvoir l'accès à la justice. Sir Rupert note:

Les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (en particulier la médiation) ont un rôle vital à jouer pour réduire les coûts des litiges civils en invitant au règlement préalable des affaires. Néanmoins, les MARC ne sont pas assez utilisés. Ses bénéfices potentiels ne sont pas largement connus comme ils devraient l'être³⁴.

Il recommande donc ce qui suit:

- Il devrait y avoir une sérieuse campagne pour assurer que tous les avocats et juges traitant du contentieux soient correctement informés du fonctionnement des MARC et des bénéfices qu'ils peuvent apporter.
- ...Un manuel sur les MARC faisant autorité devrait être préparé, expliquant ce que sont les MARC et comment ils fonctionnent et établissant une liste de prestataires de service des MARC de bonne réputation. Ce manuel devrait être utilisé comme le travail d'usage pour la formation des juges et avocats³⁵.

Je reviendrai sur ce dernier point dans un instant, et j'évoquerai le premier point dans le contexte des litiges maritimes.

Il est assez curieux de constater que des fausses idées et des incompréhensions persistent. Depuis un certain nombre d'années, il y a eu une véritable explosion d'intérêt pour la médiation et une considérable croissance du nombre des prestataires de service de médiation. Je ne pense pas seulement au Royaume-Uni (bien qu'il y ait eu ici un progrès très important) mais de façon générale au niveau international, que ce soit dans les nations de common law ou plus récemment dans les nations de droit civil (où l'on dit que la pression des coûts est un moindre

³³ Sir Anthony Clarke (n 6).

³⁴ Note 1.

³⁵ *ibid.*

facteur pour parvenir à un accord). Encore une fois; Il y a une littérature abondante disponible sur internet, dans une multitude de langues.

Cette littérature n'est peut-être pas le meilleur moyen pour nous enseigner ce nouvel art. C'est souvent plus efficace de l'expliquer personnellement en exposé ou en séminaire. Mais les travaux de référence ont certainement leur place. L'Institut des Assurances de Londres (IAL) joue un rôle. A travers son programme de Groupes d'Etude de Recherche, l'IAL crée un 'manuel' sur la médiation par et pour l'industrie de l'assurance et de la réassurance (ce manuel inclura bien sûr l'industrie maritime) sous la présidence de Paul Moss de Montpellier Re. Le livre sera publié fin 2010 et servira en quelque sorte de manuel, celui que Sir Rupert avait peut-être en tête (et bien que s'intéressant à une industrie particulière, ce livre a un considérable contenu générique).

Le conservatisme inhérent à la profession juridique et le changement de paradigme

Est-ce que la propagation de l'usage du processus de médiation a été freinée par le conservatisme de la profession juridique? Peut-être... C'était le cas jusqu'il y a peu de temps, lorsque la médiation ne disait pas grand chose aux juristes anglais. En effet, certains avaient une attitude négative face à la médiation et d'autres l'ont toujours; de telles opinions sont encore entendues (mais dernièrement dans une moindre mesure). Jusqu' à récemment, les avocats anglais n'étaient pas formés à la négociation ou à la résolution des litiges que ce soit à l'université ou à l'école de droit. Cela influence inévitablement leur façon de penser et de travailler. L'accent était mis sur la méthode du traitement des litiges; la connaissance des règles des organisations d'arbitrage et la familiarité avec le Guide de la Cour de Commerce. L'approche était d'identifier les problèmes et de révéler les preuves par voie de documents, de dépositions de témoins, d'avis d'experts, le but étant de présenter ces matériaux dans une forme appropriée et en temps opportun devant un arbitre ou un juge. L'accent était peut-être moins mis sur le fait de trouver une solution. Peut-être que ceci est, en partie, une expression de la réserve (et du respect?) anglais, du fait de s'en tenir aux règles et de faire la queue et de la réticence à marchander.

Néanmoins, les choses ont certainement évolué? Les cabinets d'avocats ont subi un changement culturel dans leur approche. Maintenant, presque tous ont des départements de 'Résolution des Litiges', plutôt que des départements du contentieux. Et la médiation a été un élément clé et une énergie dans ce processus.

Peut-être que dès lors, il s'agit moins d'un manque de familiarité de la part des avocats et de la magistrature que d'un manque de compréhension de la médiation par la société en général; c'est-à-dire parmi les clients, les utilisateurs des tribunaux et des procédés d'arbitrage. Même cela est assez surprenant; depuis de nombreuses années, beaucoup de membres de la magistrature, avocats, médiateurs et prestataires de services de médiation ont investi beaucoup de temps et d'effort pour faire circuler l'information. Peut-être est-ce simplement le fait que l'énorme changement culturel et social que représente la propagation de la médiation prend du temps; et en effet, beaucoup de temps.

De nouvelles idées prennent toujours du temps à être acceptées; leur intégration dans la pensée orthodoxe suit un modèle prévisible: d'abord elles sont ignorées, puis si elles se maintiennent, elles peuvent être traitées avec hostilité ou dérision et finalement, elles font soudainement partie de la pensée traditionnelle. On peut penser à des exemples parallèles en art (la Période Bleue de Picasso), en science (l'héliocentricité, les plaques tectoniques) et en justice sociale (le suffrage universel).

Certains voient le phénomène de médiation comme un changement aux proportions radicales, comparable à la révolution apportée par les lois concernant l'organisation judiciaire à la fin du dix-neuvième siècle. Peut-être qu'il s'agit simplement d'une illustration du temps requis pour reconnaître et s'adapter à un changement de paradigme?

Néanmoins, sans doute pour ceux qui n'ont jamais vraiment participé à une médiation, son alchimie subtile est restée et restera un mystère; après tout, comment un procédé non décisionnel, volontaire, non contraignant peut-il résoudre des litiges qui sont souvent de longue date, fermement établis, et parfois amers? La participation au processus de médiation est souvent une révélation.

Quel sera l'impact de la nouvelle Directive européenne sur la Médiation?

La Directive sur la Médiation a été publiée dans le Journal Officiel de l'Union Européenne le 24 mai 2008 et a pris effet le 11 juin 2008³⁶. C'est l'aboutissement d'un ensemble de travaux au sein de l'Union européenne, comprenant le Livre vert européen publié par la Commission en 2002³⁷, le Code de Conduite européen pour les médiateurs lancé en 2004³⁸ et l'avant-projet de la Directive sur la Médiation publié en octobre 2004³⁹.

Les MARC ont été recommandés directement ou indirectement par un ensemble varié d'autres instruments légaux ou propositions de l'Union européenne, par exemple ceux qui évoquent l'aide juridique, les relations familiales, les litiges des consommateurs dans l'e-commerce, aussi appelés la clause du réseau ouvert (téléphonie) et la Directive Cadre sur les réseaux de communications électroniques.

On peut noter que les MARC et la médiation se sont déjà infiltrés largement et profondément dans les structures de l'Union européenne et que, malgré le fait que la plupart des Etats Membres de l'Union européenne soient des Etats de droit civil, la médiation est fortement soutenue au sein de l'Union européenne.

La Directive ne s'applique pas seulement aux litiges transfrontaliers (en d'autres mots les litiges où les parties sont domiciliées ou résident dans deux Etats Membres différents). Rien dans la Directive n'empêche les Etats Membres d'élargir la portée de toute législation de mise en application qu'ils passent afin de couvrir les litiges nationaux.

Aujourd'hui, il existe au sein de l'Union européenne une large variété de pratiques en matière de médiation. Il est presque certain que la Directive sur la Médiation donnera un nouveau souffle à

³⁶ Directive 2008/52/EC du Parlement et du Conseil Européens sur certains aspects de la médiation dans les matières civiles et commerciales JO L136/3 24.5.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

³⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:EN:PDF>

³⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

³⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

la propagation de la connaissance et de l'usage de la médiation au sein de l'Union européenne, y compris au Royaume-Uni, et probablement bien au-delà, étant donné la portée et l'étendue des relations entre les Etats de l'UE et ceux qui n'en font pas partie. Cela devrait aussi se poursuivre par la standardisation de la pratique de la médiation.

Comment intervient la médiation dans le monde maritime?

Depuis l'époque de la mise en application des nouvelles Règles de Procédure Civile en 1999, la médiation est progressivement devenue une réalité dans le contentieux civil. La pression que les tribunaux peuvent exercer par la gestion active des affaires a fait que la médiation est devenue, même si de façon assez lente, plus courante. En effet, beaucoup de juristes commerciaux accepteraient probablement qu'il y ait maintenant une forte possibilité, ou voire une probabilité, que presque tous les litiges soient renvoyés en médiation à un certain stade, s'ils ne sont pas réglés avant le procès. Le moment le plus probable où les tribunaux exerceront une pression sera à une audience procédurale.

Mais de telles pressions n'existent pas nécessairement en arbitrage, et beaucoup de conflits typiques dans le domaine maritime sont sujets à des conventions d'arbitrage contraignantes (par exemple, les conflits concernant la charte-partie et le connaissement). Les tribunaux d'arbitrage peuvent ne pas encourager ou ordonner aux parties de se tourner vers la médiation. Néanmoins la médiation devient plus courante pour résoudre les litiges qui seraient autrement renvoyés à la décision finale d'un Tribunal d'Arbitrage. Il est presque certain qu'il s'agit d'une réponse à la demande d'un client. De plus en plus de clients, en particulier les assureurs et les associations d'assurance mutuelle, utilisateurs importants et extrêmement sophistiqués de la procédure judiciaire, ont réalisé que la médiation fait gagner du temps et que les affaires se règlent. Ils savent que la médiation fonctionne et demandent de plus en plus que la médiation soit utilisée en conjonction avec l'arbitrage. L'inclusion de clauses sur la médiation dans la forme standard des contrats (qui comprennent également des clauses sur l'arbitrage) sera néanmoins essentielle afin d'accélérer la propagation de ce procédé.

Le Maritime Solicitors Mediation Service (Service de Médiation des Avocats Maritimes) (MSMS)⁴⁰ a joué un rôle important. Le MSMS a été établi en août 2003 et officiellement lancé sur internet en janvier 2004. En 2009, le MSMS a été enregistré auprès de la Commission européenne comme un prestataire de service de médiation dont les médiateurs observent le Code de Conduite européen pour les Médiateurs de 2004. A bien des égards, le MSMS est une organisation inhabituelle. D'une part, il s'agit d'une association non constituée en personne morale composée de 19 cabinets juridiques anglais de droit maritime qui constituent un organisme de manière collégiale et dans un esprit de coopération. En effet, cette coopération est importante; immédiatement après le lancement du MSMS, les cabinets membres ont lancé pendant un an un programme de médiation simulée (au Royaume-Uni et dans d'autres pays) afin de fournir une démonstration pratique de ce qu'était le procédé, de son fonctionnement, et de son efficacité.

⁴⁰ Voir www.msmsg.com

D'autre part, le MSMS est spécifique à un secteur, désigné expressément pour les industries de l'assurance maritime et marine. Il existe un nombre relativement important d'organisations qui fournissent des services de MARC dont l'objet est délibérément général, la plus proéminente d'entre elles étant le Centre for Effective Dispute Resolution, (Centre pour la Résolution Effective des Litiges). Ce groupe maintenant comprend des prestataires tels que l'Institut des Arbitres (qui ont récemment accueilli la médiation), l'Académie des Experts et le Service de l'Ombudsman. Néanmoins, selon un long rapport approfondi délivré par le Programme de Recherche des Systèmes de Justice Civile européens, au Centre d'Etudes Socio-légales de l'Université d'Oxford ('La Justice Civile en Angleterre et au Pays de Galles: Au-delà des Tribunaux'⁴¹), les prestataires de service de médiation (PSMs) spécifiques à un secteur sont rarissimes. Le rapport n'en identifie qu'une petite poignée qui comprend, en plus du MSMS, le Service de Conseils sur les Pensions et l'ACAS (droit du travail) [Service de Conseil, Conciliation et d'Arbitrage].

Comment la médiation devrait-elle évoluer?

Le présent

La médiation (au Royaume-Uni du moins) est aujourd'hui un procédé relativement informel. Généralement les parties s'accordent sur la nomination d'un médiateur spécifique, parfois suivant la recommandation d'un PSM, parfois, et peut-être de plus en plus, suivant une (courte) liste de médiateurs renommés. Il y a plus ou moins dix ans, il était plutôt admis que n'importe quel médiateur doué pouvait mener la médiation de tout litige, ce qui est probablement vrai dans une certaine mesure. Mais avec l'expérience, le marché, en particulier le marché des assurances maritimes et marines, est arrivé à maturité. Beaucoup dans cette industrie diront maintenant que c'est important - certains diront vital-que le médiateur ait une expertise spécialisée dans la matière du litige. Le développement du MSMS est une manifestation significative de cette tendance.

En l'état actuel, le procédé n'est pas complexe et prescriptif. Généralement, toutes les parties doivent préparer un résumé de médiation (que certains appellent une déclaration de position) et rassembler les documents clés. Ces résumés ne devraient certainement pas être trop longs de sorte qu'un médiateur n'ait besoin que de quelques heures pour les lire; 10 à 20 pages sont amplement suffisantes. Les résumés exposent de manière générale les meilleurs arguments des parties. Il est important que ceux-ci soient écrits dans un style normal et non pas dans le mystérieux langage du droit; non pas dans une sorte de langage technique juridique utilisé dans les documents légaux et dans les plaidoiries devant les tribunaux (et dans certains arbitrages). Il s'agit d'un pitch fait à un jury, non d'un résumé d'arguments légaux. L'approche idéale est juste, brève, clarté. Cela s'explique par le fait que le but significatif du résumé de médiation est d'expliquer le litige clairement, pas seulement d'aider le médiateur à comprendre l'affaire, mais plus particulièrement d'aider la partie adverse (distincte de ses avocats) à comprendre l'action portée contre elle.

⁴¹ www.csls.ox.ac.uk/documents/themelist.docx.

Ces résumés illustrent ce qu'est exactement la médiation. Ils distillent dans une forme facilement compréhensible exactement ce qui importe dans un litige, et ce qui importe aux parties individuellement et dans leur relations réciproques (parfois au-delà des problématiques juridiques de l'affaire), dans un procédé où il sera constamment demandé aux parties de concentrer leur attention sur leurs intérêts et leurs besoins et non pas sur leurs droits et leurs vœux comme ils peuvent les percevoir. En effet, le processus de création d'un résumé représente une partie vitale de la préparation. Il devrait obliger les parties (les avocats et les clients) à réfléchir très attentivement. Ce travail, et le travail le jour même, encouragera (devrait encourager) à un effort dense de concentration.

Les documents rassemblés pour une médiation devraient uniquement comprendre quelques documents centraux et parfois des tableaux, des diagrammes ou des photographies. L'avalanche de documents telle qu'existe dans les procédures en contentieux et d'arbitrage (suite à la production de documents, en particulier, la production électronique de documents), n'est souvent d'aucune aide, et même si ces documents sont présentés, ils sont rarement consultés.

En général un classeur commun de documents créé sera utilisé par le médiateur et toutes les parties; chaque partie en possèdera sa copie. En outre les parties fournissent parfois au médiateur des documents (et informations) de façon confidentielle. Ils peuvent aider le médiateur à comprendre le contexte du litige et enfin l'assister à façonner un marché entre les parties. Evidemment les médiateurs ne révèlent à l'autre partie ni l'existence ni le contenu de tels documents confidentiels à moins qu'il soit autorisé à le faire.

Tout le processus de médiation est réglementé par une simple convention de médiation qui établit les aspects clés de la procédure incluant la confidentialité et certaines protections pour le médiateur.

Cet article ne vise pas à décrire en détail la façon dont les médiations se déroulent le jour même, chaque médiation étant différente. Mais de façon générale, elles se déroulent en trois phases; exploration, négociation et conclusion, souvent par un accord. Toute la procédure est informelle. Les règles strictes de la preuve, la terminologie juridique, le plaidoyer juridique sont tous inappropriés pour la médiation. Dans un certain sens, la médiation fournit un délai artificiel, comme une date d'audience approchant à grand pas. Il y a souvent une montée d'adrénaline, avec la vitesse et la clarté de pensée que cela apporte. Les esprits restent concentrés.

Il est clair que toutes les affaires ne se règlent pas le jour même. Ce n'est pas inhabituel que les discussions entre les parties continuent après le jour de la médiation, souvent avec l'assistance d'un médiateur, et que l'accord soit conclu des jours, des semaines, voire des mois après.

Il n'existe pas d'organisme central qui recueille toutes les statistiques sur la médiation en Angleterre et au Pays de Galles (bien que le Conseil sur la Médiation Civile encourage progressivement les prestataires de service de médiation à révéler confidentiellement les statistiques sur les accords). Les preuves anecdotiques livrées par certains des médiateurs commerciaux les plus actifs et proéminents suggèrent que le ratio d'accord le jour même se situait au départ autour de 60/40 ou peut-être 50/50. Progressivement les parties (ou les avocats

peut-être) étant devenues accoutumées au procédé, l'on a remarqué un déclin. Certains parlent maintenant d'un ratio de 40/60. En d'autres termes, environ 60 pour-cent des dossiers peuvent maintenant se régler après le jour de la médiation, bien que le pourcentage des accords en termes absolus semble se maintenir de façon raisonnablement constante entre 75% et 80%.

Le futur

Actuellement, il est craint que le processus de médiation devienne progressivement plus structuré et détaillé, avec le risque d'être moins efficace. C'est un problème sérieux. A la fin d'une allocution lors de la Conférence sur la Médiation civile tenue le 14 mai 2009, le Très Honorable Lord Judge a évoqué cette inquiétude comme suit:

Regardons au long terme. Tous les deux ou trois ans, ou environ tous les dix ans, il y a beaucoup de bruit autour du coût du contentieux civil. Après tout l'arbitrage, est un système qui évite la procédure judiciaire. Vous souvenez-vous quand les tribunaux pour le droit du travail ont débuté? Ils devaient consister en des rencontres informelles lors desquelles les parties adverses présentaient leur dossier devant un tribunal, presque une forme de justice pragmatique [où les décisions étaient fondées uniquement sur les circonstances particulières de chaque cas sans avoir égard au droit ou à la jurisprudence]. Imaginez comment ces procédés sont devenus maintenant beaucoup plus compliqués et onéreux.

J'incite vivement le Conseil à considérer ce danger. Le procédé de médiation pourrait à moins que le danger ne soit reconnu et abordé (particulièrement s'il s'agit d'une partie de la procédure judiciaire) devenir de plus en plus formalisé et procédurier. Il ne faut surtout pas que la médiation devienne enfin encore une autre partie d'un processus onéreux que nous essayons tous d'éviter⁴².

Je partage ce sentiment; mais il ne s'agit pas uniquement du coût. Nous devrions généralement nous soucier du développement de ce qui est décrit comme une plaidoirie pour la médiation, être prudent quant à la création d'une forme standard de calendrier et de conditions procédurales et face au risque que la médiation s'adresse uniquement aux problèmes exposés dans les conclusions échangées dans le litige. L'image jeune, dynamique et optimiste de la médiation ne doit pas l'autoriser ou la contraindre à se figer en contentieux ou arbitrage sous n'importe quel autre nom; c'est là que se trouve la sophistication, la rigidité et l'ossification. Si cela se produit, la médiation aura échoué.

Le sort de l'arbitrage fournit un avertissement clair. Un splendide traité sur le sujet est 'L'Arbitrage: le nouveau Litige'⁴³ par le Professeur Thomas Stipanowich, qui était auparavant le chef de l'Institut International pour la Prévention et la Résolution des Litiges⁴⁴. Bien que décrivant l'expérience américaine, les inquiétudes exprimées là-bas devraient être entendues ici. Par exemple, il note que:

⁴² Le Très Honorable Lord Judge, Conférence sur la Médiation Civile 14 mai 2009

⁴³ Revue de Droit de l'Université de l'Illinois vol 2010 No.1.20

⁴⁴ Voir sur www.cpradr.org pour de plus d'amples informations. PRL, basé à New York, était l'un des pionniers de la médiation.

Précédemment au vingtième siècle...L'arbitrage était populairement présenté comme une méthode plus efficace, moins onéreuse, plus définitive pour résoudre les litiges; il y avait peu ou pas de communication de documents, de requêtes, de recours administratifs, ou autres procédures émanant de l'action en justice. Néanmoins, au début du vingt-et-unième siècle, il était fréquent de parler de l'arbitrage américain des affaires en termes semblables à ceux de l'action civile – « judiciairisé, formel », onéreux, chronophage, et soumis à des rudes plaidoiries. ... Ces pratiques ... ont rendu l'arbitrage ... de plus en plus similaire au litige civil, et les procédures d'arbitrage sont devenues de plus en plus semblables aux procédures civiles, qu'elles étaient censées remplacer, y compris les demandes de communication de documents préalable avant audience et les requêtes. Ce n'est donc pas surprenant que les clients et leurs avocats se soient souvent plaints du coût et de la longueur de l'arbitrage.

Bien qu'il y ait des différences, bien sûr, on entend parfois des opinions similaires à propos de la procédure d'arbitrage anglaise. Stipanowich remarque ensuite que l'émergence de la médiation aux USA a:

...révolutionné la résolution des litiges publics et privés, de même que contesté la primauté du litige et de l'arbitrage avec leur accent mis sur l'échange et l'exposition complets d'informations ainsique et leur traitement approfondi.

La description et explication du regain de popularité du phénomène de la médiation, en font une lecture convaincante.

Ceux qui exécutent la procédure en contentieux et l'arbitrage ne devraient donc pas chercher à apporter à la médiation leurs compétences, leur schéma de travail et leur approche, et chercher à imposer cela sur ce vif nouveau procédé. Ils devraient mettre de côté leurs préconceptions quant aux moyens par lesquels les conflits sont gérés et résolus et apprendre les nouveaux procédés. La médiation ne relève pas simplement du bon sens; il s'agit d'une compétence qui récompense le temps passé à l'apprendre. Ceux qui se trouvent en conflit, de quelque nature que ce soit, doivent être vigilants pour que la médiation (probablement utilisée habilement en conjonction avec un processus judiciaire) conserve son dynamisme, sa simplicité et son efficacité. En architecture, au niveau de la clarté d'expression et maintenant aussi de la résolution des litiges, il semble que, dans une certaine mesure, 'moins on en fait, mieux c'est'⁴⁵.

© Rhys Clift, 2010, 2018

⁴⁵ Mies van der Rohe.

About the author

Rhys Clift is an English solicitor and commercial mediator. He has over 35 years' experience in litigation and arbitration. He is a partner in the London law firm Thomas Cooper LLP.

Rhys was trained and accredited as a mediator by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in 1998. Since then he has over nearly 20 years played a pivotal role in the establishment and use of mediation in the maritime field in England and Wales. He has “**a formidable reputation in the mediation marketplace**” (Sir Henry Brooke, then Chairman of the Civil Mediation Council in the United Kingdom).

He was a co-founder The *Maritime Solicitors Mediation Service* (in 2003), which he administered until 2018, and of *Seamediation Chambers* (2015). He is listed, for example, on the Panel of Distinguished Neutrals of *CPR: the International Institute for Conflict Prevention and Resolution* in New York. He has for several years acted as judge and mediator in the International Mediation Competition of the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris.

He is the original architect of and contributing author in “*Alternative Dispute Resolution in Practice*”, published by the Institute of Insurance of London in 2011, primarily directed to the insurance and reinsurance market but with substantial generic content.

Rhys was shortlisted by CEDR in the CEDR Awards for Excellence in ADR in 2006 and 2008 for his work in the establishment of the *Maritime Solicitors Mediation Service* and for his work in mediation in the maritime field. In 2012 he acted as judge in the CEDR Awards, on a panel chaired by Lord Rix.

He has a “**unique ability to present complex processes in a way which is easily understood, not only by members of the legal profession but also by other interested parties**” (Secretary General, then International Union of Marine Insurance).

Rhys has published numerous bulletins, articles and papers on maritime law, insurance and dispute resolution (the latter particularly on mediation). These are published variously in hard copy and on-line, for example by the British Insurance Law Association, the Chartered Insurance Institute (CII), CPR (the International Institute for Conflict Prevention and Resolution, New York), the International Bar Association, the International Comparative Legal Guide, the International Marine Claims Conference (IMCC, Dublin), the Journal of International Trade (JIML) and by the International Union of Marine Insurance (IUMI). His publications are variously published, re-published and cited in French, Italian, Romanian, Chinese, Korean, Russian, Arabic, Portuguese, Slovenian, Spanish, Greek, Japanese and Turkish materials. He has an enduring interest in the loss and discovery of the RMS TITANIC.

Rhys is a highly regarded public speaker. He has spoken widely internationally (in Europe, Scandinavia, North America, South America, India, Middle East), in a huge number of private

and public forums, principally on maritime law, insurance and dispute resolution, for example at the Comité Maritime International (CMI), at the United States Maritime Law Association (USMLA), at the International Union of Marine Insurers (IUMI), at the International Marine Claims Conference (IMCC, Dublin), at the Comité d'Études et de Services des Assureurs Maritimes et Transports (CESAM), at Lloyds of London, at the International Underwriters Association, at Paris International Underwriters (SIP), at the French Insurance Institute (FFSA), at the Centre de Mediation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), at the US Average Adjusters Association (New York), at the Superyacht Claims Adjusters' Association, at the Chartered Insurance Institute (CII Masterclasses - on mediation), at the Insurance Institute of London (IIL), at Lloyds Maritime Academy, at the London Shipping Law Centre, at Intertanko and at Intercargo (feedback...**"absolutely first class"**..).

Rhys has over 35 years' experience of commercial litigation and arbitration, with a particular emphasis on marine and non-marine insurance and reinsurance matters and disputes covering a very wide range of risks, for example, Aviation, BAR/CAR policies, Cargo, Charterers' Liability, Credit Risks, Energy, Hull, Increased Value, Kidnap and Ransom, Piracy and Terrorism, Marine Liability, Loss of Hire, Mortgagees' Interest, Specie, War, Political Violence on land and Yacht Insurance; and in disputes under contracts of carriage (bills of lading and charterparties).

He is also engaged in policy drafting, including work on the creation of a new French Market Superyacht Package Policy (in 2008) and on the new French Market Marine Hull Policy, launched in 2010.

He has for many years been widely listed amongst the world's leading lawyers in maritime law and insurance. For example, he is listed in *The Legal 500 2017* (for Shipping and Insurance) and in the *Expert Guides: The Legal Media Group Guide to the World's Leading Lawyers* (both in *Insurance and Reinsurance UK 2017*, and in *Shipping 2017*). *Legal 500 2016* states that he is **"highly regarded"**. The *International Who's Who of Shipping and Maritime Lawyers 2010* states that he possesses **"a remarkable depth of expertise."**

Rhys was raised in Shropshire and attended Wellington Grammar School until 1976. He read law in Aberystwyth University, graduating *magna cum laude* in 1979. He was awarded Honours in Solicitors Finals in 1980 and the Alfred Syrett Prize by the City of London Solicitors Company in 1981. He attended the University of Aix en Provence (Aix/Marseille) as a postgraduate and was awarded a DESU in 1980. After qualification in England he worked for an English law firm based in Paris. He is fluent in French and a regular visitor to Paris.

He is widely travelled in Europe, Scandinavia, North and Central Africa, North America, South America, Middle East, and Far East.

June 2018

Book reviews for the first edition of “Mediation in England and Wales” by Rhys Clift, first published in 2010

By Sir Henry Brooke, Chairman of the Civil Mediation Council:

“Mediation, as a means of resolving civil disputes, has been a slow starter. Ten years ago it thrived in a small world largely populated by zealots, and zealots are not always the most persuasive advocates of new ideas. Rhys Clift qualified as a mediator in 1998, and he has now built up a formidable reputation in the mediation marketplace. His present book, composed as it is of papers written in 2006 and 2010, has none of the hallmarks of zealotry. It is a ‘must read’ for anyone who has heard about mediation but has not yet taken the plunge – and for fairly advanced swimmers as well.

“It is no longer open to the litigator to know nothing about mediation. His or her clients deserve a modern dispute resolution service, and such a service must include expert knowledge of the different methods of dispute resolution now available to parties in conflict. This book provides answers to the obvious questions: How is mediation different from litigation or arbitration? How should one prepare for a mediation? What happens at a mediation? What are the strengths and weaknesses of the process? What are the tell-tale signs that a mediation may be more productive than a bipartite settlement meeting?

“Many mediators are puzzled that such an excellent way of bringing about an agreed closure has been so slow to catch on. Every experienced mediator has witnessed the relief and pleasure on parties’ faces when a hard day of facilitated negotiation ends in a signed agreement. The author explains how often good new ideas start by being ignored, may then be treated with hostility or derision, and finally form part of mainstream thinking.

“April 2011 saw the implementation of the EU Mediation Directive. It saw the publication of a Ministry of Justice Consultation Paper containing a very marked emphasis on the importance of mediation. It is seeing other departments urging parties everywhere to seek consensual solutions, rather than go down the slow, expensive path towards an imposed solution. In such a context the publication of this excellent short book is very timely.”

By Virginia A. Greiman, Harvard University, Kennedy School of Government:

“Rhys Clift’s book on Mediation in England and Wales is essential reading for all those interested in conflict resolution, and developing a powerful alternative to costly adversarial processes such as arbitration and the courts.

“The author, who brings his extensive experience as an international commercial mediator provides a practical overview of the tremendous value that mediation contributes to the resolution of complex disputes on a wide range of matters including insurance coverage disputes, off-shore construction, and class actions against major financial institutions. He provides an excellent review of the important differences between mediation and arbitration and why mediation is a more effective dispute resolution process.

“As mediation continues to expand and is recognized around the world, it is vital to understand the critical advantages of this important methodology for conflict resolution as highlighted in this book.”