

afa

Association  
For  
Arbitration

Association  
Française  
d'Arbitrage



Besançon, 16 novembre 2016

Conférence du Centre de recherches juridiques  
de l'Université de Franche-Comté

## Arbitrage VS Médiation

Communication de Bertrand moreau

Avocat au Barreau de Paris

Président de l'AFA

### **MED ARB et ARB MED, de quoi s'agit-il ?**

Les frontières étaient autrefois assez nettes entre arbitrage, médiation et autres modes alternatifs de résolution des litiges.

Le premier avait pour but de rechercher la justice, les seconds de mettre fin au litige.

Ce n'est plus vrai aujourd'hui, l'arbitrage cherche aussi à mettre un terme au litige et la preuve en est le nombre d'accords intervenus en cours de procédure arbitrale. De son côté la médiation voudrait apparaître plus efficace dans la recherche d'une solution.

L'imagination des juristes, qu'ils soient avocats ou conseils d'entreprise, n'a pas de limite et pour parvenir à concilier justice et efficacité ils ont eu recours à toutes sortes de processus qui émanent de cultures différentes et méritent d'abord d'être recensés avant que ne soient exposées les questions qui résultent du rapprochement entre l'arbitrage et la médiation.

Mais auparavant convient-il de rappeler que la volonté des parties constitue la clé de voûte de toute construction de ce domaine, sinon rien ne pourra se faire, mais aussi que cette volonté est par essence susceptible d'évolution.

## I. En premier lieu un inventaire pour répondre à l'interrogation : de quoi s'agit-il ?

Nul besoin de définir préalablement la médiation et l'arbitrage, chacun les distingue bien mais sont moins connus les produits de leur aimantation :

### **Le Med Arb**

C'est essentiellement un passage de la médiation, qui a échoué en tout ou partie, à l'arbitrage. Dès l'origine de la médiation, la pratique y avait pensé et ainsi le premier règlement de médiation du CMAP à la rédaction duquel j'ai eu le plaisir de participer avec Bruno OPPETIT, prévoyait cette possibilité mais n'en faisait pas une obligation.

Depuis le Med Arb a fait son chemin et revêt aujourd'hui deux formes principales :

- **Le Med Arb successif**, dans lequel l'arbitrage ne succède à la médiation que si celle-ci a échoué, avec un automatisme de principe de passage de l'une à l'autre, transition organisée par le règlement adopté ou les règles mises au point entre les parties.
- **Le Med Arb simultané**, les deux procédures se déroulant depuis l'origine simultanément avec un médiateur et un arbitre en sorte que le déroulement de l'un influence celui de l'autre, qui sera par exemple mis en sommeil un moment. Le processus s'adapte, au gré des parties, au fur et à mesure des points forts et faibles mis en évidence, ou des ouvertures envisageables.

L'idée qui sous-tend cette construction réside dans la volonté des parties de rechercher une solution amiable mais de ne pas perdre de temps pour autant en s'assurant d'une solution en cas d'échec de la médiation. Autrement dit The best of both worlds.

### **L'Arb Med**

C'est l'inverse, on commence par un arbitrage, généralement sur un cadre défini, pour poursuivre par une médiation, alors que l'arbitre a rendu une sentence placée dans une enveloppe scellée qui ne deviendra effective que si la médiation échoue. Inutile de dire que la pression est efficace.

Ce procédé est aussi utilisé lorsque les parties veulent faire trancher un point de droit ou une responsabilité avant de rechercher ensemble dans le cadre d'une médiation l'indemnisation éventuelle qui en résultera.

Mais il y a aussi :

- **La non-binding Med Arb**, sans sentence obligatoire in fine, mais simple avis du médiateur-arbitre,
- **La shadow mediation**, et qui est un arbitrage avec la présence d'un médiateur muet, fantôme, auquel les parties pourront avoir recours si elles le souhaitent pendant l'arbitrage,
- **La co-Med Arb**, et qui comporte un arbitre et un médiateur mais pour laquelle l'arbitre n'est pas présent pendant les Caucus ou apartés non contradictoires et n'a pas communication des documents confidentiels non échangés,
- **La Medaloo (mediation and last offer arbitration)** lorsque la médiation a échoué chaque partie soumet une dernière proposition chiffrée dont le tiers dira laquelle est adoptée sans pouvoir en changer les termes,
- le tout sans parler du **Base Ball Arbitration**, du **Mini trial**, de l'**Evaluation Med Arb**, car l'imagination n'a pas de limite et certaines institutions ont établi des règlements particuliers.

C'est surtout aux États-Unis, où est née la recherche de ces solutions alternatives ensuite de la prolifération, de la complexité, de la durée et des coûts des procédures judiciaires, et dans les pays asiatiques que ces procédures se sont organisées avec des raffinements propres à chaque culture.

## II. Les avantages de cette combinaison

Comme déjà dit, le but recherché est de trouver une solution amiable avec l'assurance d'une issue du conflit à défaut de transaction.

L'entreprise est ainsi satisfaite de privilégier une solution amiable sans perte de temps et, à défaut dans un délai fixé d'avance, d'obtenir une solution effective, ce qui n'est pas sans influence sur l'issue de la médiation puisque l'autre partie sait qu'à défaut de se mettre d'accord il y aura une sanction. C'est donc une pression pour un comportement de bonne foi dans la recherche d'un accord.

Sont ainsi réalisées, si un accord est trouvé, des économies de coûts, de temps et d'efforts.

Il a été une époque où le simple fait d'accepter une médiation était considéré comme un aveu de faiblesse ; ce n'est plus le cas aujourd'hui, même si le fait de participer à un processus de médiation constitue une acceptation de principe d'une renonciation à l'intégralité de ses prétentions. L'avocat sait bien que pour mieux négocier il faut auparavant montrer sa force, la médiation modifie cet état d'esprit mais la crainte d'une sentence arbitrale à défaut d'accord ne pourra qu'avoir des effets positifs.

### **III. Les conditions de mise en œuvre**

#### **1° - La bonne foi des parties et leur volonté de trouver une solution**

Elles sont souvent fonction de la nature et de la permanence de la relation commerciale. Cependant lorsque le litige est né cette condition fait souvent défaut et il n'est pas possible de s'en prémunir, sauf action préventive sur le plan des relations commerciales.

Certes l'obligation de participer à une tentative de solution amiable (conciliation, médiation...) contractuellement prévue a été consacrée par la Cour de Cassation<sup>1</sup>, mais il est bien évident que cette obligation judiciairement imposée n'est guère positive s'il faut en venir à cette extrémité, l'obligation de bonne foi est donc essentielle.

#### **2° - Une formalisation des règles de procédure**

La volonté des parties est essentielle, mais encore faut-il qu'elle soit mise en application dans des conditions efficaces. On connaît trop le mauvais effet des clauses pathologiques pour éviter d'improviser en la matière sous peine d'entraîner des dérives mortelles.

Il faut donc s'en remettre à des spécialistes tant pour la rédaction que pour la mise en œuvre de telles clauses car à l'inverse de l'arbitrage il n'existe pas de juge d'appui pour tracer la voie.

---

<sup>1</sup> Cass.1ère civ 29 avril 2014 n° 12-29004  
Cass.1ère civ. 19 mai 2016 n°15-20481

#### IV. Les écueils

Ils sont essentiellement au nombre de deux mais en fait ils se confondent et s'opposent :

- 1° Un seul médiateur-arbitre ou un médiateur et un arbitre ?
- 2° La nécessaire confidentialité

Si la même personne est successivement médiateur puis arbitre, on conçoit bien que la confidentialité soit mise à mal.

C'est une question essentielle qui dépend principalement de la culture juridique des parties.

L'unicité du médiateur-arbitre est admise par de nombreux pays tels que l'Italie, la Roumanie, l'Australie, le Brésil, la Chine, Singapour, l'OMPI... où les intervenants se considérant comme des « professionnels à la fois de la médiation et de l'arbitrage estiment pouvoir remplir les deux rôles sans ambiguïté. Ils s'estiment capables de vider leur esprit entre chaque étape et pouvoir ainsi, l'esprit vierge, remplir les deux rôles successivement ou simultanément. » (C. Jamet ELZIERE)

J'admire cette dissociation de la connaissance mais demeure sceptique quant à son application et sans aucun doute notre culture procédurale nous en écarte, mais il faut savoir qu'il n'en est pas ainsi partout lorsqu'il s'agit d'accepter cette clause.

On ne peut être que réticent, au regard de la jurisprudence française relative à l'exigence du contradictoire auquel on ne peut renoncer qu'en connaissance de cause (article 1468 CPC), à admettre la possibilité de ce cumul. Chaque avocat l'a ressenti dans son activité professionnelle lorsque sont transmises au magistrat, après clôture ou mise en délibéré, des pièces qui certes seront écartées mais n'en ont pas moins été lues. Le jugement n'en tiendra pas compte mais la partie qui les a remises ne peut exclure que leur connaissance sera sans influence.

En fait, au-delà de la question éthique, c'est le respect du contradictoire qui guide la solution pour nous français, que ce soit en droit interne ou international car la solution est identique.

Tous les professionnels préconisent de faire confirmer la nomination de l'arbitre ancien médiateur pour feindre de croire que le vice est alors purgé, mais il n'en est rien car la partie est dans l'ignorance de ce qui est demeuré confidentiel et n'a donc pu en débattre contradictoirement en sorte qu'il en résulte un risque de nullité pour la sentence arbitrale qui serait alors prononcée.

C'est après avoir constaté cette situation que le Med Arb a été qualifié d'Ange ou Démon, de Dream ou Nigtmare, de solution idéale ou de dangereuse hérésie.

Le médiateur ne peut devenir arbitre même s'il semble en résulter une économie de frais, de moyens et de temps et la position jurisprudentielle et doctrinale française n'est pas à la veille de changer d'avis. L'obligation de confidentialité, qui dans la médiation pèse sur les parties comme sur le médiateur sous peine d'engager leur responsabilité, doit demeurer absolue, gage nécessaire de l'efficacité de la médiation.

D'ailleurs on doit comprendre que si le médiateur devient ensuite arbitre, la partie ne sera pas encline à lui donner des informations qu'elle souhaite garder secrètes, si ces informations font ensuite l'objet d'une révélation contradictoire ou demeurent dans l'esprit du médiateur-arbitre, mais qu'elle aurait fournies et qui auraient été utiles à la recherche d'une solution si elles étaient demeurées confidentielles. Le médiateur se trouvera privé d'informations qui auraient été nécessaires à la solution du litige et sera donc moins efficace.

### **L'avenir du Med Arb ?**

Si l'Arb Med semble n'avoir vocation à intervenir que dans des cas particuliers, ne serait-ce que parce qu'il cumule les coûts de l'arbitrage et de la médiation, en tout cas il doit nécessairement être encadré par des spécialistes.

Le Med Arb, à la condition que le médiateur puis l'arbitre soient des tiers distincts, semble pouvoir rendre des services appréciables puisqu'il cumule dialogue et sanction éventuelle et dès lors peut s'avérer efficace. L'AFA vient de prolonger son activité à la médiation à la demande de ses usagers, car aujourd'hui personne ne va à l'arbitrage sans avoir tout fait auparavant pour trouver une solution au litige.

Parmi les clauses types, que l'AFA propose désormais, figure une clause de Med Arb atténuée, les parties étant liées par une clause compromissoire en cas d'échec de la médiation dans un délai de six mois sauf accord contraire, ce qui permet la mise en œuvre de l'arbitrage, mais ne l'impose pas.

- Les Modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, Charles JARROSSON, RIDC 2 1997
- Alternative Dispute Resolution et Arbitrage, L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international, Philippe FOUCHARD, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec 2001
- La « Med Arb » et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace, Patrick Van LEYNSEELE (LARCIER 2013)