

Arbitrage

Pour plus de médiation en arbitrage international

Si la médiation a peu à peu trouvé sa place dans le monde judiciaire en participant d'une conception renouvelée de la justice, elle peine encore à s'imposer en arbitrage international.



Par Diana
PARAGUACUTO-MAHÉO
Avocat admis
aux barreaux Paris,
Madrid et New York

Nombreux sont ceux qui considèrent qu'il est hérétique de vouloir introduire plus de médiation en arbitrage international. Pourtant, l'engouement et le taux de succès que connaît partout ce mode alternatif de règlement des différends ne peuvent laisser praticiens et usagers de l'arbitrage indifférents. Il convient de se poser la question de la place de la médiation dans la procédure arbitrale (I) avant d'envisager les raisons de la résistance qu'elle y rencontre (II), et de s'interroger sur les initiatives et les précautions à prendre en cours d'instance afin que les arbitres jouent un rôle actif dans la résolution amiable des conflits (III).

I. LA PLACE RÉDUITE DE LA MÉDIATION DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE

L'arbitrage international est devenu le mode naturel de résolution des conflits dans le domaine du commerce international. La neutralité de ses tribunaux, la flexibilité de la procédure, la reconnaissance et l'exécution facilitée des décisions arbitrales contribuent à ce succès. Pourtant, l'arbitrage international reste un mode de résolution des conflits relativement coûteux et long. L'arbitrage, qui reste une décision d'une tierce personne, ne permet pas non plus de préserver les relations commerciales entre les parties après la procédure, contrairement à la médiation qui amène les parties à trouver ensemble une solution.

De plus en plus de tribunaux judiciaires ouvrent d'ailleurs des fenêtres de médiation ou de conciliation qui, peu coûteuses et généralement positives, contribuent à désengorger les juridictions, offrant aux parties la possibilité de façonner la solution à leur différend. Il convient dès lors de s'interroger sur la place qu'occupe la médiation en matière d'arbitrage international.

Malgré une disparité évidente en fonction des juridictions, la place donnée à la médiation y reste très limitée. D'abord, les tribunaux arbitraux, contrairement aux tribunaux « classiques », acceptent généralement de connaître d'un différend même si l'une des parties a engagé la

procédure arbitrale en violation claire de son obligation de tenter une médiation préalable. On ne peut que regretter cette tendance. Ensuite, de nombreuses lois régissant l'arbitrage sont silencieuses quant à l'obligation qu'aurait l'arbitre à encourager les parties à transiger en cours d'instance. C'est le cas des droits français de l'arbitrage modifié par le décret du 13 janvier 2011⁽¹⁾, et anglais⁽²⁾. Enfin, d'importants règlements institutionnels d'arbitrage, tel celui de la Chambre de commerce internationale à Paris ou de la Chambre internationale d'arbitrage de Londres ne mentionnent rien sur cette obligation éventuelle qu'aurait l'arbitre à encourager les parties à transiger en cours d'instance.

“ De nombreuses lois régissant l'arbitrage sont silencieuses quant à l'obligation qu'aurait l'arbitre à encourager les parties à transiger en cours d'instance ”

Cette tendance est infléchie si l'arbitre a préalablement obtenu l'accord des parties à les encourager à transiger. C'est ce que prévoient les *IBA's Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration* et les *IBA Rules of Ethics*. De même, à Hong Kong, Singapour, en Inde, ou au Japon, on reconnaît aux arbitres la possibilité, avec l'accord des parties, d'intervenir en cours de procédure comme conciliateur. Aussi, des règlements d'arbitrages,

(1) C. civ., art. 1511 : « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. » – C. civ., art. 1512 : « le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission » – C. civ., art. 1520 : le code délimite clairement les fondements d'un recours en annulation notamment « si : (...) Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou (...) le principe de la contradiction n'a pas été respecté. », et ceci dans la prolongement de son article 1510 qui rappelle que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction. »

(2) L'article 1 de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage prévoit que l'objet de l'arbitrage est d'obtenir le règlement équitable des différends par un tribunal impartial. Il prévoit également que les parties devraient être libres de décider comment leurs différends doivent être résolus (sous réserve seulement du respect de l'ordre public). Le paragraphe 24 (1) de la loi prévoit qu'une partie peut demander au tribunal de répudier tout arbitre s'« (...) il existe des circonstances qui donnent lieu à des doutes légitimes quant à son impartialité ». L'article 33 de la loi prévoit que le tribunal doit agir équitablement et de façon impartiale et donner à chaque partie une possibilité raisonnable d'exposer sa cause et de traiter avec celle de son adversaire. L'article 73 prévoit qu'une partie peut perdre son droit de se prévaloir d'une irrégularité si il ne la soulève pas immédiatement (ou dans les circonstances prévues par la loi).

tel celui de la CIETAC en Chine continentale, encourage les parties à transiger à tout moment de la procédure. Des pays plus proche du nôtre, tels que l'Allemagne, l'Autriche, les Pays Bas ou la Suisse ont également des provisions dans ce sens.

Pourtant, l'usage de la médiation ou d'autres modes de règlement amiable des différends en arbitrage international reste mitigé. Certaines études révèlent en effet que les transactions en arbitrage (autour de 50 %) sont sensiblement inférieures aux transactions réalisées durant une procédure judiciaire classique (autour de 80 %). Or les litiges commerciaux sont perturbateurs de l'activité des entreprises. La souplesse des procédures amiables, propices à la recherche d'un accord, n'est donc pas à ignorer, même lorsqu'une procédure d'arbitrage internationale est engagée. Quels sont pourtant les obstacles majeurs qui expliquent que si peu d'arbitres soient prompts à encourager une transaction en cours d'instance arbitrale ?

II. LES RAISONS D'UNE TELLE RÉSISTANCE

Les raisons d'une telle résistance sont avant tout culturelles. Les pays où la recherche de l'harmonie semble importante, tels que de nombreux pays asiatiques, ont toujours offert une place significative à la médiation et aux autres modes amiables de règlement des différends.

L'arbitrage international, tel que pratiqué dans ces pays, n'a pas échappé à cette culture du compromis. Ainsi est-il courant pour un arbitre chinois de se transformer en médiateur en cours de procédure et de reprendre ensuite son rôle d'arbitre en cas d'échec des négociations. Dans cette hypothèse, les informations confidentielles obtenues par l'arbitre lors de la phase de la médiation ne peuvent pas être utilisées dans le cadre de l'arbitrage qui reprend son cours normal⁽³⁾. Le droit de Hong Kong et de Singapour divergent en ce qu'ils exigent du tribunal arbitral qu'il partage avec les parties toute information confidentielle qu'il juge matérielle à la procédure d'arbitrage et dont il aurait eu connaissance durant la procédure de médiation ou de conciliation, avant de pouvoir reprendre son rôle d'arbitre⁽⁴⁾.

Dans les pays européens ou continentaux, la méfiance reste au contraire de mise, même si elle est très inégale. Ainsi l'arbitre allemand ou suisse, donne-t-il son opinion très tôt au cours de la procédure arbitrale sur les preuves qui, selon lui, devraient être apportées afin qu'il statue dans un sens ou dans un autre, offrant par-là la possibilité aux parties de repenser l'opportunité d'une transaction. Certains arbitres donnent aussi aux parties, relativement tôt dans la procédure, une indication préliminaire de leurs points de vue. Partout ailleurs sur le continent européen ou dans les pays anglo-saxons, les résistances restent fortes.

(3) V. Règl. CIETAC, 2005, art. 40 (8).

(4) V. Règles BAC, 2004, art. 38 (4).

Elles s'expliquent, au-delà de l'aspect culturel, de plusieurs façons. D'abord, par une conception stricte du mandat de l'arbitre, ensuite et plus fondamentalement, par une crainte que la décision arbitrale n'en soit fragilisée.

“ Il est courant pour un arbitre chinois de se transformer en médiateur en cours de procédure et de reprendre ensuite son rôle d'arbitre en cas d'échec des négociations ”

L'arbitre aurait d'abord été nommé par les parties pour résoudre un conflit précis, et non pour laisser à un tiers l'opportunité de mettre les parties d'accord sur une solution. Cette lecture stricte du mandat de l'arbitre est peu convaincante à nos yeux dans la mesure où l'arbitre continuerait à respecter les termes de son mandat en mettant fin au conflit, soit par un jugement de son fait, soit en facilitant un accord des parties – dans ce cas, il devra émettre une sentence rendue par consentement. De surcroît, il serait injustifiable d'avancer qu'en soumettant leur différend à l'arbitrage, les parties auraient tacitement refusé toute solution négociée future. Enfin, si la loi *curiae* impose à l'arbitre de jouer un rôle dans la résolution amiable du différend, il devient presque impossible de soutenir que l'arbitre ne pourrait pas, de par son mandat, encourager une telle solution amiable.

Plus fondamentalement, les arbitres les plus récalcitrants avancent qu'en intervenant en tant que conciliateur ou médiateur dans le cadre de la procédure arbitrale qu'ils dirigent, ils risquent de fragiliser la sentence arbitrale qui sera rendue en cas d'échec de la médiation ou de la conciliation. L'argument vient de la crainte qu'échanger sur le fond avec les parties pourrait donner l'impression que l'arbitre aurait préjugé le cas avant même que les parties ne lui aient présenté toutes les preuves et arguments ; et qu'il pourrait, de surcroît, y avoir rupture du principe du contradictoire (notamment si l'arbitre médiateur a recours au *caucus*).

La jurisprudence internationale sur ce point montre que, s'il serait imprudent pour un arbitre de s'improviser médiateur/conciliateur sans mandat précis des parties⁽⁵⁾, il

(5) V. EWHC Tech. 15, 13 févr. 2001, *Glencot c/ Barrett* : avant l'audience d'arbitrage, les parties avaient négocié et étaient – pensaient-ils – parvenu à un accord. Après avoir partagé le principe de cet accord avec l'arbitre ils se sont rendus compte qu'un autre désaccord persistait. Les parties ont alors demandé à l'arbitre d'intervenir en tant que médiateur pour résoudre ce second point. L'arbitre accepta de servir de médiateur, ajoutant que si les négociations étaient rompues, il reprendrait son rôle d'arbitre. Le médiateur, a ensuite présidé plus de six heures de discussions, sans qu'une solution amiable ait été trouvée. L'arbitrage a dès lors repris son cours et l'arbitre a rendu sa sentence. *Ben Barrett & Son* a dès lors refusé l'exécution de cette sentence au motif que, l'arbitre n'avait pas pu avoir agi comme médiateur sans affecter son impartialité en tant qu'arbitre, et ce en violation de la loi britannique. La question était de savoir si l'arbitre était capable juridiquement d'agir de manière « impartiale » telle qu'exigée, par les termes du contrat entre les parties et qu'exigées par la loi ? Le tribunal a décidé que

est tout à fait envisageable que l'arbitre encourage le règlement amiable du différend qui lui est soumis, et ce au prix de quelques précautions. (6) De plus, si la fragilisation de la sentence arbitrale est un risque dont il faut avoir conscience pour mieux le limiter, tout risque peut être éliminé dès lors que l'on accepte que le médiateur et l'arbitre soient deux personnes différentes.

III. INITIATIVES ET PRÉCAUTIONS À PRENDRE EN COURS D'INSTANCE

L'arbitrage international ne peut rester en marge de la tendance en faveur d'un règlement moins coûteux et plus efficient des litiges. De nombreuses institutions telles que le CEDR (*Centre for effective dispute resolution*) à Londres, le Jams à San-Francisco ou le CMAP à Paris ont réfléchi à cette évolution (7). D'abord, les arbitres devront faire exécuter les clauses de médiation préalables en accord avec le droit applicable si cette phase n'avait pas été respectée. La procédure arbitrale devra alors être suspendue, ou bien les arbitres devront décliner leur compétence.

Les arbitres devront ensuite rappeler aux parties qu'il est de bonne pratique que elles-mêmes, et pas seulement leurs conseils, soient présents à la première conférence de procédure et sont libres de transiger à tout moment de la procédure. Ils pourront aussi inviter les parties à échanger sur l'opportunité de discuter des différents modes alternatifs de règlements amiables des différends disponibles et de la meilleure façon de les inclure dans la procédure arbitrale (par exemple en introduisant une fenêtre de médiation en faisant appel aux talents d'un tiers impartial) et les interroger régulièrement sur les progrès d'éventuelles négociations.

la conduite de l'arbitre était telle qu'il y avait un risque de partialité apparente et qu'en conséquence la décision de l'arbitre ne pouvait être maintenue.

(6) V. NZLR 121, mars 2003, *Acorn Farms c/ Schnuriger* : où la haute cour de Nouvelle-Zélande a estimé que si les parties avaient convenu d'une procédure de médiation-arbitrage alors les parties et l'arbitre/médiateur devaient prendre quelques précautions, y compris celles de ne pas recevoir d'informations confidentielles. Ce cas illustre le fait qu'avec des précautions particulières, il est parfaitement possible de combiner arbitrage et d'autres formes de règlement amiable des différends ; Dans le cas *Specialist Ceiling Services Northern Limited c/ ZVI Construction (UK) Limited*, avr. 2004, BLR 403, un arbitre a eu connaissance des négociations entre les parties. Le juge n'a pas eu de difficulté à trouver qu'il n'y avait « pas d'indication objective de partialité ou une injustice quelconque ». Cependant, l'arbitre n'avait pas participé activement aux négociations. Néanmoins, ce cas permet d'affirmer que Glencor n'établit aucune interdiction absolue de la combinaison médiation et arbitrage, mais rappelle que des précautions sont à prendre si toutefois le médiateur et l'arbitre sont la même personne.

(7) Les institutions arbitrales devront également jouer un rôle important, notamment, en autorisant dans leurs règlements que les arbitres président et participent à des réunions de négociations en vue d'une résolution amiable du litige duquel ils sont saisis, en prenant un rôle actif dans l'encouragement des parties à transiger en cours d'instance arbitrale ou encore en encourageant leurs arbitres à procéder dans le sens d'une résolution amiable des différends. Peut-être aussi le mode de rémunération des arbitres devra-t-il être revu pour tenir compte du taux de conciliation obtenu. Enfin, des règlements pourraient être adaptés afin d'introduire, comme le fait JAMS, des médiateurs de réserve, qui seraient désignés en même temps que l'arbitre et qui seraient disponibles à la demande des parties en cours d'instance.

Avec l'accord des parties, ils pourront de surcroît leur indiquer leurs vues préliminaires sur le fond, présider des réunions de négociations où une transaction sera éventuellement envisagée, et proposer les termes de cette transaction.

“ Dans la pratique de l'enveloppe scellée, si à l'issue de la médiation les parties n'ont pas abouti à un accord, c'est alors le jugement sous enveloppe scellée qui s'applique ”

Dans cette hypothèse cependant, les arbitres ne devront pas se réunir séparément avec les parties, ni obtenir d'une partie des informations qui ne seraient pas partagées avec l'autre partie au différend. Les arbitres devront également éviter d'exercer sur les parties une pression quelconque les forçant à transiger. Alternativement, l'arbitre pourra inviter les parties à faire des propositions de transaction. Si après avoir reçu une offre de transiger, une partie la décline et qu'à l'issue de l'arbitrage la sentence à son encontre lui est moins favorable que l'offre transactionnelle, les arbitres pourront alors prendre en compte ce refus au moment d'identifier celui qui supportera les coûts de l'arbitrage.

Bien sûr, l'effort seul de l'arbitre ne saurait suffire au succès des règlements amiables des différends en cours d'instance arbitrale. Puisque transiger est volontaire, le rôle des parties, éclairées et encouragées par leurs conseils, est essentiel sinon indispensable. Les parties sont en effet au cœur du processus et doivent vouloir trouver une solution constructive à leur litige. Aussi devront-elles être représentées en cours d'arbitrage par des représentants qui ont l'autorité de transiger.

Elles devront également porter une attention toute particulière au type de clause de règlement des différends qu'elles intégreront dans leurs contrats. Ainsi pourront-elles autoriser une institution arbitrale ou leur(s) arbitre(s) à les encourager à trouver une solution amiable à leur différend, ou imposer qu'avant tout arbitrage, une phase préalable de médiation ait lieu. Les parties et leurs conseils devront aussi rester ouverts, tout au long de la procédure arbitrale à l'opportunité d'inclure en cours d'instance des modes amiables de règlement des différends afin de multiplier les chances de transiger. Elles pourront de surcroît, si le tribunal arbitral n'en prend pas l'initiative, demander qu'il partage avec eux son jugement préliminaire.

* *
*

Si la question de la médiation en arbitrage international reste polémique, il n'en reste pas moins que l'idée progresse. De nombreuses institutions ont réfléchi aux moyens d'encourager les parties à un arbitrage international à transiger en cours de procédure.

Le CEDR après une longue consultation a émis un rapport final en novembre 2009 à l'attention des parties, des arbitres, des avocats et des institutions arbitrales, riche en recommandations et solutions innovantes. Le CEDR a aussi adopté un règlement tendant à faciliter les transactions en arbitrage international – règlement auquel les parties peuvent faire référence dans leur clause de résolution des conflits.

**“ La procédure de « med-arb »
simultanés allie de manière
concomitante mais indépendante
une médiation et un arbitrage ”**

Le JAMS International a mis en place depuis 2010 le système du médiateur de réserve. La nomination d'un médiateur de réserve permet aux parties de présélectionner un médiateur en début d'instance arbitrale. Plus près de chez nous, la CMAP a mis en place la procédure de médiation et arbitrage simultanés. La procédure de « med-arb » simultanés allie de manière concomitante mais indépendante une médiation et un arbitrage. Le différend est

ainsi confié à un médiateur et à un ou trois arbitres qui s'interdisent de communiquer entre eux à propos de l'affaire. L'arbitre ne rend sa sentence que huit jours après l'expiration du délai fixé par les parties pour le déroulement de la médiation, et seulement en cas de non conclusion d'un accord à l'issue de la phase de médiation.

Il y a également la pratique de l'enveloppe scellée où l'arbitre rend une décision qu'il place devant les parties durant la période de médiation. Si à l'issue de la médiation les parties n'ont pas abouti à un accord, c'est alors le jugement sous enveloppe scellée qui s'applique.

Des mécanismes innovants font donc surface et ne manqueront pas de rentrer dans les mœurs de l'arbitrage international. L'arbitrage international, en tant que mode principal de règlement des différends commerciaux internationaux, en sortira grandi. Notons que, dans la mesure du possible, l'appel à un tiers impartial, autre que l'arbitre, sera toujours la manière la plus sûre de s'assurer soit de l'aboutissement de la médiation, la pratique des *caucus* étant alors utilisée, soit de la validité de la sentence arbitrale. ●