

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 121 (2002)

Heft: 4

Artikel: La médiation commerciale : le géant s'éveille

Autor: Brown-Berset, Dominique

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896267>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 25.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La médiation commerciale: le géant s'éveille

DOMINIQUE BROWN-BERSET*

* Avocat (Genève), LL. M. Harvard, D. E. A. Paris I Panthéon-Sorbonne; International Vice-President of the Chartered Institute of Arbitrators (Londres).

Nous tenons à remercier M^e Françoise Ng Dufaux et M^e Sabine Haenni-Hildbrand, nos deux collaboratrices, pour leur précieux concours dans les recherches menées en vue de la préparation du présent rapport, M^e Jérôme de Montmollin et M^e Louis Gaillard pour leur relecture attentive du projet de ce rapport; merci également à tous nos confrères en Suisse et à l'étranger, trop nombreux pour être cités, qui ont accepté sans compter et avec enthousiasme de partager avec nous leur expérience de la médiation et répondu à nos nombreuses questions, aux représentants des organismes spécialisés cités dans les pages qui suivent qui ont contribué à la collecte des données, à M. David Seité à la Direction générale Justice et Affaires étrangères de la Commission européenne pour nos échanges éclairants et passionnants sur la pratique ADR dans l'Union, ainsi qu'à M^e Michel Rossinelli pour ses commentaires avisés; *last but certainly not least*, un grand merci à M^{me} Evelyne Varetz et à M^{me} Michèle Pregernigg, nos fidèles secrétaires.

Les inexactitudes, s'il y en a, sont le fait de l'auteur exclusivement.

Table des matières

Préambule	323
I. Première partie: notion, définitions, champ d'application et limites	327
1. Notion	327
1.1 <i>La source de la médiation résulte de la convention des parties</i> ..	327
1.2 <i>Terminologie</i>	328
1.3 <i>Typologie</i>	329
a) <i>Distinction médiation – conciliation</i>	329
b) <i>Terminologie retenue</i>	330
1.4 <i>Le caractère commercial</i>	330
2. Champ d'application	331
2.1 <i>La notion de conflit</i>	331
2.2 <i>Le différend</i>	332
2.3 <i>Conséquence sur le champ d'application</i>	332
2.4 <i>Types de différends soumis à la médiation</i>	333
2.5 <i>Limites</i>	335
3. Médiation conventionnelle et médiation judiciaire	335
3.1 <i>Typologie de la médiation conventionnelle</i>	336
3.2 <i>La médiation judiciaire</i>	337
a) <i>La médiation judiciaire en France</i>	337
b) <i>La médiation judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles</i> ...	338
c) <i>La médiation judiciaire imposée</i>	340
4. La distinction entre la médiation et l'arbitrage	341
II. Deuxième partie: Philosophie, principes fondamentaux et approches	342
1. Philosophie et approche	342
1.1 <i>Le renouveau d'une méthode ancienne</i>	342
1.2 <i>La médiation est un ADR</i>	345
2. Principes généraux régissant la médiation	347
2.1 <i>Recours à un tiers neutre et impartial</i>	347
2.2 <i>Le médiateur n'a aucun pouvoir de décision et tient son autorité des parties</i>	347
2.3 <i>Confidentialité</i>	347
a) <i>Confidentialité interne</i>	348
b) <i>Confidentialité externe</i>	349
2.4 <i>Principe de la bonne foi</i>	350
2.5 <i>Pouvoirs de représentation des parties</i>	351
3. Les diverses étapes de la médiation	351
3.1 <i>Avant la médiation</i>	352
3.2 <i>Durant la médiation</i>	352
3.3 <i>Fin de la médiation</i>	352
4. Le médiateur	353
4.1 <i>Différents styles et approches</i>	353

4.2	<i>Nécessité de la formation</i>	353
4.3	<i>Médiateur évaluateur ou médiateur facilitateur</i>	355
4.4	<i>Le caucus</i>	356
4.5	<i>Le médiateur ne peut agir en tant qu'arbitre en cas d'échec du processus de médiation</i>	357
5.	Rôle de l'avocat	357
5.1	<i>La médiation comme outil de l'effective business dispute management</i>	358
5.2	<i>Rôle de l'avocat durant la médiation</i>	361
5.3	<i>Rôle de l'avocat en fin du processus</i>	362
III.	Troisième partie: qualification, contenu et efficacité des accords intervenant dans le processus de la médiation	362
1.	Les clauses ou accords de médiation	362
1.1	<i>Typologie</i>	362
1.2	<i>Qualification</i>	363
2.	Forme et contenu de la convention de médiation	365
2.1	<i>Forme</i>	365
2.2	<i>Contenu</i>	365
a)	<i>Volonté de recourir à la médiation</i>	366
b)	<i>Confidentialité</i>	366
2.3	<i>Suspension de la prescription</i>	367
3.	Droit applicable	367
4.	Efficacité des conventions de médiation	368
5.	Accords intervenant à l'issue de la médiation	369
5.1	<i>Typologie</i>	369
a)	<i>Nouveaux arrangements contractuels</i>	369
b)	<i>Transaction (Vergleich)</i>	369
5.2	<i>Sentences d'accord parties</i>	371
IV.	Quatrième partie: Faut-il adopter des normes spécifiques en matière de médiation commerciale?	372
1.	Mesures d'accompagnement et d'encouragement à la médiation	372
1.1	<i>Suspension de la procédure ou sursis à statuer</i>	372
1.2	<i>Respect de l'obligation de secret du médiateur et protection de la confidentialité des informations et documents obtenus par une partie au cours de la médiation</i>	373
1.3	<i>Modification de l'article 134 CO</i>	374
2.	Faut-il judiciariser la médiation?	374
3.	Projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	375
3.1	<i>Un projet dans la mouvance de l'arbitrage international</i>	375
3.2	<i>Le projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale</i>	377
3.3	<i>Evaluation du projet de loi type</i>	382

4. Les initiatives de l'Union européenne	383
4.1 <i>Livre vert sur les ADR</i>	383
4.2 <i>Objectifs et cadre politico-juridique</i>	384
4.3 <i>Champ d'application</i>	387
4.4 <i>Garantir la qualité des ADR</i>	387
a) <i>Portée des clauses contractuelles de recours aux ADR</i>	388
b) <i>Délai de prescription</i>	389
c) <i>Normes minimales de qualité</i>	390
d) <i>Respect de l'obligation de confidentialité</i>	390
e) <i>Portée du règlement intervenu à l'issue du processus</i>	391
f) <i>Statut, formation et responsabilité du tiers</i>	392
4.5 <i>Prochaine étape</i>	392
Essai de synthèse en forme d'épilogue	392
Annexe A	394
<i>Règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)</i>	394
<i>Règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)</i>	399
<i>Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC)</i>	402
<i>Règlement de l'ADR de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)</i>	404
<i>Projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale</i>	408
Annexe B	411
<i>Quelques institutions de médiation offrant une formation de médiateur/médiatrice</i>	411
Annexe C	414
<i>Récapitulatif des questions posées par le Livre vert de la Commission européenne sur les ADR en matière civile et commerciale</i>	414
Bibliographie sélective	417
A. <i>Suisse</i>	417
B. <i>Etranger et généralités</i>	419

Préambule

La médiation est une forme de négociation assistée au cours de laquelle un tiers neutre, le médiateur, aide les parties dans la résolution du conflit ou différend qui les oppose en favorisant la communication et le dialogue. Le médiateur n'émet pas de jugement et ne prend pas position, il facilite la négociation. Il est dépourvu d'autorité, ne peut rien imposer, n'est pas amené à trancher.

Chaque stade du processus est consensuel et les parties peuvent à tout moment décider d'y mettre fin.

Aux confins du contrat et de la procédure, la médiation est l'un des processus de règlement des différends qui séduit de plus en plus les entreprises, précisément parce qu'elle leur permet de gérer la résolution des conflits qui jalonnent la vie de leurs contrats en conservant la maîtrise du processus auquel elles se soumettent ainsi que de son issue.

Ce succès relève de la recherche d'une alternative à la voie judiciaire ou arbitrale, orientée sur le droit plutôt que sur les intérêts des parties, perçue souvent comme mal adaptée aux réalités commerciales de ce début du 21^e siècle, en particulier en matière de commerce international et dans les secteurs de technologie de pointe.

Le rapprochement des acteurs de la vie économique engendré par l'évolution fulgurante des modes de communication, met en évidence les limites des modes judiciaire ou arbitral classiques. Ceux-ci se révèlent souvent peu performants, car trop rigides, lents, voire parfois même trop rapides selon la nature du différend, quelquefois trop onéreux, mais surtout trop orientés sur la sanction d'un comportement de faits passés qui débouche sur une issue «perdant-gagnant», la fameuse alternative *win-lose* du vocable anglo-saxon.

Une telle issue répond de moins en moins aux attentes des parties, qui ont considérablement modifié leur mode de fonctionnement ces dernières années. Une culture d'entreprise moins hiérarchique et plus dirigée sur la concertation que sur l'affrontement a favorisé l'émergence d'une forme de responsabilité partagée. Ce changement de culture et l'évolution du *management* vers une organisation de plus en plus horizontale ont tout naturellement conduit les dirigeants d'entreprise à plus d'engagement dans l'approche de la résolution du conflit ou du litige. Ces derniers sont plus en phase avec les réalités du contentieux ou du conflit. La nécessité d'une victoire sur le cocontractant, le partenaire ou le fournisseur n'est dès lors plus essentielle. La recherche d'une solution de règlement à l'amiable participe d'une gestion efficace, économique et rapide des conflits que mettent aujourd'hui en œuvre les entreprises (ou, dans la langue du commerce international, du phénomène de l'*effective conflict or dispute management*).

Dans ce contexte de responsabilisation des acteurs de la vie économique et industrielle, le recours à la médiation permet d'aborder le présent en se tournant vers le futur et non plus vers le passé, comme l'exigent les procédures judiciaire ou arbitrale. L'on passe ainsi d'une logique binaire d'affrontement, caractéristique du mode judiciaire ou arbitral, à une logique ternaire de résolution des conflits, caractéristique en particulier de la médiation.¹

Le magistrat ou l'arbitre décide qui a raison sur la base d'un état de faits arrêté, qui ne laisse pas place au dynamisme de la relation future. Sa décision – rendue à l'issue de procédures assurant le respect du contradictoire, de l'égalité des parties et du droit d'être entendu – est exécutoire. Elle acquiert autorité de la chose jugée.

Le caractère purement consensuel de la médiation en fait à l'opposé une procédure informelle et relativement peu structurée, qui conduit, lorsqu'elle aboutit, à un arrangement ou compromis qui n'a d'autre force obligatoire que celle des conventions. Plus que tout autre attribut que l'on prête à la médiation (confidentialité, rapidité, flexibilité, coûts limités), c'est avant tout la perspective d'une solution acceptée de plein gré (et donc conforme aux intérêts des deux parties²), même si elle n'est pas définitive, qui attire les entreprises. Ces dernières n'ont souvent plus le temps d'attendre une décision définitive. Elles doivent, pour survivre et faire face à la concurrence, pouvoir régler les différends rapidement et efficacement, si possible durablement. Qu'importe alors le caractère intangible de la chose jugée.

Bill Gates le constatait en 1999 en exergue de son ouvrage «*Business @ the Speed of Thought*»:

«Business is going to change more in the next ten years than it has in the last fifty. (...) If the 1980s were about quality and the 1990s were about re-engineering, then the 2000s will be about velocity. About how quickly the nature of business will change. About how quickly business life will be transacted. About how information access will alter the lifestyle of consumers and their expectations of business. Quality improvements and business process improvements will occur far faster. When the increase in velocity of business is great enough, the very nature of business changes. A manufacturer or retailer that responds to changes in sales in hours instead of weeks is no longer at heart a product company, but a service company that has a product offering.

These changes will occur because of a disarmingly simple idea: the flow of digital information.»³

Et de conclure en ces termes:

-
- 1 Cf. à ce propos la réflexion de JOSÉ GARSON, in: CMAP, Mémento de la médiation interentreprises, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, décembre 2001, p. 13 ss, en particulier p. 17 ss.
 - 2 Ainsi perçu, on dit communément que l'arrangement issu de la médiation est *win-win* (gagnant-gagnant).
 - 3 BILL GATES, *Business @ the Speed of Thought, Using a Digital Nervous System*, Penguin Books, 1999, Introduction, p. xiii.

«The successful companies of the next decade will be the ones that use digital tools to reinvent the way they work. These companies will make decisions quickly, act efficiently, and directly touch their customers in positive ways.»⁴

Cette description recouvre déjà la réalité de 2002. Comment répondre aux attentes de ces nouvelles entreprises en cas de litige, que leur conseiller?

La voie judiciaire n'apparaît pas la mieux adaptée pour répondre aux défis posés par cette nouvelle donne qui requiert rapidité et souplesse, notamment en raison de ses limitations territoriales. Celle de l'arbitrage ne se révèle plus toujours appropriée non plus, tant elle s'est éloignée de ses origines contractuelles pour se judiciariser. C'est *the other side of the coin* du caractère de force exécutoire accordé aux sentences.

L'arbitrage, lui aussi créature du contrat, s'est imposé durant les cinquante ans dont parlait Bill Gates en 1999 pour les comparer aux dix ans à venir, comme la méthode par excellence de résolution des litiges en matière commerciale internationale. Son succès est incontestable. Il est indissociable des développements commerciaux et industriels de la seconde moitié du 20^e siècle. L'est-il encore et le sera-t-il toujours à l'issue de ces dix ans durant lesquels les relations commerciales et industrielles devraient changer plus que durant les cinquante ans précédents? Rien n'est moins sûr. D'autres procédures extrajudiciaires de résolution des litiges ont émergé, en particulier aux Etats-Unis, qui commencent d'ailleurs à s'imposer en matière commerciale internationale, seules ou en complément à l'arbitrage.

Les acteurs de la résolution extrajudiciaire des litiges doivent s'adapter à ces changements pour pouvoir satisfaire aux nouvelles demandes.⁵ Les clients de l'arbitrage s'en iront explorer d'autres voies pour résoudre leurs différends si l'on ne leur offre pas ce qu'ils recherchent. Les milieux de l'arbitrage l'ont bien compris, qui depuis ces trois dernières années multiplient les initiatives pour faire de la médiation ou de la conciliation l'un des complé-

4 Id. p. xxii; le «*digital nervous system*», outil de cette révolution dans l'approche des nouveaux marchands, consiste en «*digital processes that enable a company to perceive and react to its environment, to sense competitive challenges and customer needs, and to organise timely responses. A digital nervous system is distinguished from a mere network of computers by the accuracy, immediacy, and richness of the information it brings to knowledge workers and the insight and collaboration made possible by the information. No company has a perfect digital nervous system today; rather it's an ideal use of technology in support of business*» (p. 443). Selon Bill Gates, «*a digital nervous system will let you do business at the speed of thought – the key for success in the twenty-first century.*»

5 Certains auteurs qualifient cet arbitrage nouveau d'une boutade: *arbitigation*; cf. FALI S. NARIMAN, *The Spirit of Arbitration*, in: *Arbitration, the Tenth Annual Goff Lecture, International 2000*, p. 261 ss. «*[T]he spirit – the ethos – has gone out of international commercial arbitration. It has been transformed into what Sir Michael Kerr has characterised as <international disputology>*», ce qui ouvrirait grand la porte aux ADR, en particulier à la médiation, selon Nariman (p. 264 ss).

ments de l'arbitrage commercial international. Ce n'est qu'une première étape. D'autres méthodes viendront sans doute s'ajouter à la panoplie offerte. La première initiative d'envergure en ce sens dans notre pays revient à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), dont le siège est à Genève, qui fit œuvre de pionnier en 1994 en adoptant un Règlement de médiation conçu pour la résolution des différends en matière de propriété intellectuelle, mais applicable à presque tous les différends commerciaux. Cet événement a engendré de nombreuses initiatives visant à promouvoir la médiation, donnant accès aux praticiens, notamment aux avocats suisses, à une formation de qualité prodiguée par les plus grands spécialistes internationaux.⁶

C'est à l'occasion d'une conférence organisée par l'OMPI en 1996, que nous avons découvert, par la voix de Karl Mackie, l'un des fondateurs du *Centre for Dispute Resolution* (CEDR)⁷, la métaphore du géant endormi à laquelle recourent les praticiens anglo-saxons pour décrire le potentiel immense, mais encore peu exploité, de la médiation.⁸ Karl Mackie prédisait alors que le développement de la médiation et des autres méthodes ADR⁹ en Europe était inéluctable et ne serait fonction que de la rapidité avec laquelle les spécialistes des règlements des différends et les gouvernements se mettraient à explorer son vaste potentiel. Alors le géant se réveillerait par l'intervention des milieux d'affaires et de certains secteurs publics (notamment en matière de marchés publics, de résolution des conflits du droit de la consommation ou en matière de santé).

Qu'en est-il de ces prédictions six ans plus tard? Le géant est-il toujours endormi? Nous tenterons de répondre à cette question après une introduction juridique, historique et technique. Nous examinerons ensuite les accords intervenant aux divers stades de la médiation et procéderons à leur qualification. A la lumière de cette analyse, nous examinerons l'intérêt d'édicter des normes législatives pour encourager ou accompagner la mise en œuvre des accords de médiation. Par ce biais, nous aborderons le projet de loi type sur la médiation commerciale internationale de la CNUDCI, ainsi que certaines initiatives législatives au sein de l'Union européenne dans le cadre de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, en particulier le récent Livre vert des ADR au terme duquel la Commission européenne a lancé une vaste consultation.

6 A bien des égards, c'est également à ces initiatives que le présent rapport doit le jour.

7 www.cedr.co.uk.

8 KARL MACKIE, Le Recours à la Médiation Commerciale en Europe, contribution présentée lors de la conférence sur la médiation, Genève, 29 mars 1999, OMPI, p. 38–39.

9 Acronyme pour *Alternative Dispute Resolution*.

Si le géant dort encore d'un sommeil profond en Suisse où, fort d'une solide tradition de la conciliation judiciaire, l'on n'a pas ressenti jusqu'ici le besoin de le sortir de ses songes, doucement il s'éveille au plan international. Une fois réveillé, le géant ne se rendormira pas de si tôt. Il faudra s'habituer à le côtoyer, se laisser séduire par ses promesses, se montrer réceptif, audacieux et ne pas hésiter à faire appel à sa puissance et sa force. Comment y parvenir sans l'emprisonner? Les pages qui suivent tentent de relever quelques-uns des défis posés par cette aventure.

I. Première partie: notion, définitions, champ d'application et limites

1. Notion

1.1 La source de la médiation résulte de la convention des parties

En droit suisse, la médiation en matière commerciale ou médiation commerciale trouve son seul fondement dans le contrat. Elle est régie par les règles du Code des Obligations. Elle participe de la dynamique du contrat et trouve sa source, et partant ses limites, dans le principe de la liberté contractuelle, au même titre que toute autre convention (articles 19 et 20 CO, et articles 27 et 28 CC). Elle n'a aucun caractère judiciaire et se place en dehors du cadre procédural. C'est en ce sens que l'on peut qualifier la médiation de méthode alternative de résolution des conflits en droit suisse: alternative par rapport à la justice rendue par les instances judiciaires ou arbitrales, mais non pas justice alternative.¹⁰

10 Des vues divergentes se sont exprimées, dans la doctrine française notamment, sur le caractère d'alternative de la médiation par rapport au recours au juge, ou sur son caractère d'alternative à la justice; cf. pour la première approche, qui semble ne plus être contestée en matière commerciale, XAVIER LAGARDE, Droit Processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, in: Rev. arb. 2001, p. 423 ss, notamment p. 446–448; JEAN TIMSIT, La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative, in: Gazette du Palais, 14–15 novembre 2001, p. 53–62; CHARLES JARROSSON, Modes alternatifs de règlement des conflits, in: R. G. P., 1999, p. 764; plus nuancés, GÉRARD CORNU, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse in: R. I. D. C. 2–1997, p. 314; JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, La médiation: une justice douce, Paris, 1992. Selon ce dernier auteur, le développement de la médiation traduit la remise en cause non seulement d'un système de règlement des conflits, mais aussi d'un système normatif avec la mobilisation de règles faisant appel à l'équité, à l'usage. Il souligne que nombre d'auteurs voient dans la structure de la médiation la mise en place d'un nouvel ordonnancement social, construit à l'aide d'arrangements sur une base négociatoire. Les accords de médiation participeraient ainsi à la construction d'un droit ou d'un «à peu près droit», qui serait appelé à prendre une place importante dans l'effectif normatif respecté par les justiciables. Dans cette approche, la distinction entre norme juridique et norme sociale s'estompe, le droit étant un instrument de régulation parmi d'autres (p. 190–193).

A ce titre, la médiation se distingue de la conciliation qui garde une connotation nettement procédurale, tant elle fait partie des mœurs judiciaires. La tentative préalable de conciliation (obligatoire ou facultative selon les cantons) est ancrée dans la tradition judiciaire du procès civil et reflétée à des degrés divers dans les lois de procédure civile cantonales. Selon les résultats publiés, le taux de succès des magistrats conciliateurs est impressionnant. Ainsi, par exemple, moins de la moitié des demandes déposées¹¹ en conciliation sont par la suite introduites devant le Tribunal de première instance à Genève.¹² De leur côté, les Juges de paix du canton de Lucerne connaissent un taux de transaction qui avoisine les 70 %.¹³ Nous avons tous entendu parler de la *Referentenaudienz* et de l'efficacité avec laquelle les magistrats pratiquent le *Sühneverfahren* à Zurich.¹⁴

Ces bons résultats sont sans doute l'un des facteurs qui peuvent expliquer, à ce jour, le peu de succès des ADR dans notre pays.¹⁵

1.2 Terminologie

La familiarité du processus judiciaire engendre une terminologie qui n'est pas toujours cohérente, chacun allant de son appellation, et en trois langues. A tel point qu'il règne une certaine confusion de langage, y compris dans la doctrine. En français, l'on se réfère indifféremment au conciliateur ou au médiateur.¹⁶ En allemand, les termes *Versöhnung* et *Ausgleich* (conciliation) ont souvent la même signification que *Vermittlung* ou *Schlichtung* (médiation).

La même confusion de langage règne parmi les praticiens de la médiation. Aussi convient-il de clarifier la typologie des processus considérés et la terminologie qui sera utilisée dans les pages qui suivent.

11 Toutes sources confondues; nous n'avons pas connaissance de statistiques concernant les causes de nature commerciale uniquement.

12 BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la Loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève, 2000, n° 1 ad article 50.

13 HEINER EIHOLZER, Die Streitbeilegungsabrede, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Hrsg. Peter Gauch, Fribourg, 1998, note 80 ad, n° 116, p. 30.

14 § 93–101 ZPO ZH.

15 EIHOLZER, op. cit., note 13, p. 29 ss.

16 «La procédure de conciliation étant de mettre les parties d'accord, le médiateur s'efforcera d'obtenir des parties qu'elles acceptent une transaction», WALTER HABSCHIED, Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., 1981, p. 236.

1.3 Typologie

a) *Distinction médiation – conciliation*

La médiation et la conciliation recouvrent l'intervention d'un tiers qui assiste les parties dans la recherche d'une issue négociée au différend qui les oppose. Le terme médiation ne peut signifier que médiation conventionnelle en droit suisse, qui ne connaît pas la médiation judiciaire.¹⁷

Le terme conciliation peut en revanche se référer aussi bien à la conciliation devant le juge qu'à la conciliation conventionnelle. En pratique, l'expression est généralement réservée à la conciliation judiciaire, c'est-à-dire à la procédure de conciliation prévue par les lois de procédure civile.

Lorsqu'elle a sa source dans un accord entre les parties, on parle de conciliation conventionnelle ou aussi de conciliation extrajudiciaire. Tel est notamment le cas lorsque les parties décident d'y recourir en préambule à l'arbitrage.

Faut-il, et le cas échéant comment, distinguer les deux dénominations, médiation et conciliation, en matière conventionnelle?

Il est généralement admis que la conciliation privilégie le résultat, met davantage l'accent sur la fin, c'est-à-dire l'accord, alors que la médiation s'attache avant tout aux moyens utilisés pour y parvenir.¹⁸ La distinction est sans importance dès lors que derrière les mots utilisés on se réfère en réalité toujours à la médiation, sorte de «notion-mère, de notion-souche, par rapport à laquelle toutes les autres se définissent et à laquelle les auteurs – toutes nationalités confondues – reviennent sans cesse.»¹⁹

Jarrosson a joliment dit que les appellations juridiques sont en la matière mal contrôlées et les coupages admis.²⁰ Entre conciliation et médiation, la différence serait donc plus de degré que de nature.²¹ La distinction est sémantique, car l'on peut considérer que le médiateur est un conciliateur actif.²² Le même flou existe dans la terminologie allemande, ainsi que le souligne Eiholzer, qui traduit *mediation* par *Vermittlung* ou parfois *Schlichtung*, alors que seul le terme *Vermittlung* couvre tout le champ de la médiation entendue comme notion-mère. Le terme *Schlichtung* est plus proche de conciliation en

17 Sur cette notion, cf. ci-dessous page 337.

18 CHARLES JARROSSON, Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale, in: R. I. D. C. 1997, p. 330.

19 Id. p. 331–332. Les rédacteurs du projet type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale font l'inverse: selon l'article de loi 2 du projet, la notion-souche est la conciliation, qui englobe la médiation. Cf. p. 378 ci-dessous.

20 JARROSSON, op. cit., note 18, p. 330.

21 XAVIER LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation in: Rev. arb. 2000, p. 381.

22 JARROSSON, op. cit., note 18, p. 330.

ce qu'il implique davantage la recherche d'une solution transactionnelle. Pour Eiholzer, la distinction est également sans importance. Il englobe sous la désignation médiation aussi bien *Vermittlung* que *Schlichtung*, de même que l'expression *Einigungsbemühungen*.²³

La terminologie n'est pas mieux fixée en anglais, la langue maternelle de la médiation commerciale nouvelle. Brown et Marriott relèvent en effet que le terme *mediation* est parfois utilisé «*interchangeably with <conciliation>*. *Sometimes mediation is understood to be more proactive and evaluative than conciliation, which is more facilitative; and sometimes the reverse usage is used. There is no national or international consistency of usage.*»²⁴

b) Terminologie retenue

Dès lors que la distinction médiation-conciliation n'a d'importance qu'en matière judiciaire, nous utiliserons le terme «médiation» comme incluant la notion de conciliation conventionnelle.²⁵ Pour la clarté de la discussion, nous tenterons désormais d'éviter, autant que faire se peut, de nous référer à la conciliation, tant le terme est chargé de signification judiciaire et lourd de réflexes de nature procédurale²⁶ sans importance pour notre sujet en l'état du droit suisse.

1.4 Le caractère commercial

La limitation du présent rapport à la médiation commerciale s'inscrit dans le sillage de la définition du caractère commercial en matière d'arbitrage, en particulier d'arbitrage international dans lequel prévaut une conception large

23 EIHOLZER, op. cit., note 13, n° 285, p. 75.

24 HENRY BROWN/ARTHUR MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 654; en Australie, par exemple, le conciliateur joue un rôle plus interventionniste que le médiateur, cf. Laurence Boule, *L'ADR australien et le pouvoir d'appréciation des juges*, in: *ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001*, p. 45, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*.

25 DEREK ROEBUCK, *Ancient Greek Arbitration*, Oxford, 2001, p. 21, qui retient la même approche dans son ouvrage sur l'étude des sources primaires des méthodes de résolution des conflits.

26 Par exemple, la tentation d'une partie de la doctrine, notamment en France, de suggérer l'application des droits processuels fondamentaux aux modes alternatifs de règlement des litiges, sujet qui a fait l'objet de vifs débats; cf. LAGARDE, op. cit., note 10, p. 423 ss; TIMSIT, op. cit., note 10, p. 57 ss.

Nous constatons une même propension à vouloir enfermer la médiation dans un cadre processuel, calqué sur celui de l'arbitrage, dans le projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, examiné ci-après pages 375 ss.

de la commercialité. Sera considérée comme commerciale, la médiation entre entreprises à propos d'un conflit ou d'un différend à caractère économique.²⁷ Sont ainsi exclus du champ de cette étude les différends du droit de la consommation et du travail.²⁸

Relevons à ce propos que le projet de loi type sur la médiation commerciale internationale de la CNUDCI prend le parti de ne pas définir le terme commercial dans la loi mais dans une note de bas de page se rapportant à l'article 1 alinéa 1, afin de donner une définition aussi large que possible de ce terme et d'englober toutes les relations de nature commerciale, qu'elles soient contractuelles ou non.²⁹

2. Champ d'application

Le but de la médiation est d'assister les parties à résoudre à l'amiable le conflit ou le différend qui les oppose, en recherchant une solution satisfaisante pour chacune d'elles. Par la médiation, les parties tentent en premier lieu de réconcilier ou faire converger leurs intérêts, et non pas d'établir ou de faire reconnaître leurs droits. La médiation peut porter tant sur un conflit larvé que sur un conflit déclaré.³⁰ L'existence d'un différend portant sur un rapport juridique déterminé n'est pas essentielle, au contraire de ce qui est le cas pour l'arbitrage.³¹

2.1 La notion de conflit

Comment distinguer le conflit du différend ou du litige? Selon Brown et Marriott, le conflit est «un état d'incompatibilité d'intérêts, d'objectifs ou de po-

27 PHILIPPE FOUCHARD/EMMANUEL GAILLARD/BERTOLD GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, p. 38.

28 Relevons avec ANDREAS BUCHER que plusieurs catégories de ce type de litiges (travail, bail, consommation) échappent aujourd'hui très largement au pouvoir judiciaire (A. BUCHER, *Vers une Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers*, in: SJ 2000 II 109). Ceci est particulièrement vrai dans les pays de l'Union européenne; voir à ce propos p. 382 ss ci-après.

29 La note dresse une liste sélective des relations devant être considérées comme commerciales, pour éviter que le critère retenu ne puisse être fondé que sur ce qui peut être considéré comme tel en droit national; cf. p. 377 ci-dessous, ainsi que l'annexe A, p. 408 ci-après.

30 EIHOLZER, op. cit., note 13, n° 163, p. 43 et n° 173 ss, p. 46 ss.

31 C'est par un effet trompeur que l'on a pu dire que la nécessité de l'existence d'un litige dans la médiation devrait avoir pour conséquence que les mêmes règles de procédure s'appliqueraient à ces notions cousines, toutes deux créatures du contrat, que sont l'arbitrage et la médiation.

sitions entre des individus ou des groupes de personnes.³² Il peut comprendre le différend, qui est une forme de conflit justiciable»³³ (traduction libre).

2.2 Le différend

Le différend (*dispute, Streitigkeit*) est «un désaccord sur une question ou des questions susceptibles de faire l'objet d'une décision par une tierce partie, c'est-à-dire qu'elles sont justiciables» (traduction libre).³⁴ Le différend peut être résolu par la négociation, la médiation ou l'adjudication d'un tiers.³⁵

2.3 Conséquence sur le champ d'application

Le champ d'application de la médiation est considérablement plus vaste que celui de l'arbitrage ou de l'action judiciaire. En particulier, la médiation peut jouer un rôle préventif avant la concrétisation du litige. Utilisée au bon moment, elle devrait précisément permettre aux parties d'éviter la voie judiciaire ou arbitrale. En ce sens, elle est un facteur de paix sociale. Elle participe à la pérennité du contrat en permettant, par exemple, son adaptation en cours d'exécution dans une direction qui tiendra compte de l'intérêt commercial des deux parties. En matière internationale, la médiation peut également contribuer à la sécurité dans les échanges commerciaux, en permettant la résolution du différend en amont, avant qu'il ait évolué vers un litige susceptible d'arbitrage.³⁶

32 Eiholzer parle de *Streifall* ou *Streitlage*; cf. note 13, op. cit., n° 173ss, p. 46.

33 «A state of incompatibility of interests, objectives or positions between people or groups. It may include a dispute, which is a form of conflict that is justiciable», BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, p. 651.

34 «A dispute is a disagreement about an issue or issues which are capable of being decided upon by a third party, that is to say, they are justiciable», BROWN/MARRIOTT, p. 652.

35 Id. n° 1-007, p. 2. Brown et Marriott donnent l'exemple suivant pour illustrer la distinction entre conflit et différend (p. 7-8): une personne écoute de la musique à plein volume, ce qui irrite son voisin, lequel, indigné par ce comportement, s'en plaint. Cette incompatibilité d'intérêts entre voisins constitue un conflit de comportement, qu'il faudra peut-être régler par voie de négociation ou par l'intervention d'un tiers. Ce n'est que dans la mesure où il y a divergence de vues entre les parties sur le droit, pour la première, d'écouter la musique et celui, pour la seconde, de ne pas avoir à supporter de telles nuisances sonores ou d'en être protégée, que l'on pourra parler de différend justiciable, de droits et d'obligations dont la sanction est assurée par la loi.

36 A titre d'illustration, prenons l'exemple d'un contrat de durée (licence ou distribution), conclu par des entreprises non suisses, sans rapport avec la Suisse mais soumis au droit suisse, perçu comme droit neutre par les deux entreprises. Le fabricant notifie la résiliation du contrat avec effet immédiat, invoquant des motifs qui n'apparaissent pas à l'évidence réalisés (situation fréquente en arbitrage). La médiation peut, par exemple, amener à la résurrection du contrat résilié si les deux entreprises trouvent un terrain d'entente. Un tel résultat, qui peut être hautement souhaitable du point de vue commercial, n'est guère envisageable au terme d'une procédure arbitrale.

2.4 Types de différends soumis à la médiation

En théorie, presque tous les différends commerciaux sont susceptibles d'être résolus à l'amiable à partir du moment où les entreprises décident, de bonne foi, d'y recourir. Ainsi que l'a relevé l'ancien Président de la Cour suprême des Etats-Unis, Warren Burger, «*the notion that most people want robed judges, well dressed lawyers, and fine court room settings to resolve disputes is not correct. People with problems, like people with pains, want relief, and they want it as quickly and inexpensively as possible.*»³⁷

La liberté des parties de convenir de soumettre un différend à la médiation n'est limitée en droit suisse que par les règles relatives à la libre disponibilité des droits et celles relatives à la liberté contractuelle (cf. art. 19 et 20 CO, 27 et 28 CC).

La médiation convient particulièrement bien à la résolution des conflits opposant des parties liées par des contrats de longue durée.³⁸ Le processus met en effet l'accent sur la recherche d'une nouvelle relation après avoir au préalable permis de faire ressortir les ressentiments anciens, fréquemment au cœur des conflits ou cause du litige présent.³⁹ Une fois ces ressentiments exprimés, toutes les ramifications du différend apparaissent, peuvent être prises en compte et le plus souvent résolues. Cet aspect dynamique de l'accord conclu au terme du processus convient aux entreprises, parce qu'il leur évite de devoir perdre du temps sur la rationalisation juridique de faits passés.

Les études publiées ces cinq dernières années le démontrent, les entreprises recourent à la médiation pour résoudre toutes sortes de contrats, non pas seulement les contrats de durée.

Le rapport Lipsky/Seeber sur le recours aux ADR⁴⁰ par les 1000 plus grandes entreprises selon le magazine Fortune⁴¹ indique que 88 % de ces entreprises recourent régulièrement, voire systématiquement, à la médiation pour résoudre les différends commerciaux qu'elles peuvent rencontrer, y compris en matière internationale. Le pourcentage est de 79 % en ce qui concerne le recours régulier à l'arbitrage. Dans certains secteurs, tels la construction ou les mines, le pourcentage d'utilisation de la médiation va jusqu'à 100 %; il est de 90 % dans le secteur financier.

37 Cité en introduction du rapport de DAVID B. LIPSKY/RONALD L. SEEBER, *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes, A Report on the Growing Use of ADR by U. S. Corporations*, Cornell/PERC Institute on Conflict Resolution/PricewaterhouseCoopers LLP, 1998.

38 BONAFÉ-SCHMITT, op. cit., note 10, p. 184–185.

39 Brown et Marriott parlent à ce propos des aspects submergés du conflit, dont le litige, tel la pointe de l'iceberg, n'en est que la partie visible (op. cit., note 24, p. 6).

40 Dans le sens américain de processus extrajudiciaires de résolution des différends, y compris l'arbitrage, cf. p. 343 ci-après.

41 LIPSKY/SEEGER, op. cit., note 37.

Une étude récente sur l'usage des ADR en Angleterre observe que le recours à la médiation se généralise dans les secteurs bancaire et financier, en matière de contrats de franchise et d'assurance (y compris réassurance), de technologies de l'information, de sociétés simples (*partnerships and professional practice disputes*) et même en matière de trusts.⁴² Cet engouement s'explique certes par le souci de résoudre les différends rapidement et à moindre frais. La perspective de pouvoir le faire de manière confidentielle, sans créer de précédents n'est en outre pas le moindre de ses attraits. Les banques, par exemple, préfèrent de plus en plus souvent préserver leur image en recourant à la médiation plutôt que prendre le risque d'un procès retentissant, qui pourrait ternir leur réputation.⁴³

Contrairement à une idée reçue, le montant en jeu n'est pas un élément déterminant dans la décision d'une entreprise de recourir à la médiation. C'est la confidentialité du processus et la recherche d'une solution *win-win* qui motivent essentiellement ce choix. Un exemple abondamment cité pour illustrer cette évolution est celui du différend qui opposa, en 1999, deux grandes banques de la City (et un certain nombre de cabinets d'audit prestigieux) à la suite de la débâcle d'une société cliente de la première banque provoquée par l'acquisition, qui s'avéra catastrophique, d'une société cliente de la seconde. Les montants en jeu portaient sur plus de £ 850 mios. Un procès aurait à coup sûr duré des mois.⁴⁴ L'affaire fut réglée en quatre jours de médiation par deux médiateurs, après un mois de préparation préalable.⁴⁵

42 RUSSELL CALLER, éd., *ADR and Commercial disputes*, 2002, n° 2.2ss, 5.1ss, 7.1ss, 8.1ss et 10.1ss.

43 DAVID LEIBOWITZ /CLAIRE LESTER, *Banking and Finance Disputes*, in: *ADR and Commercial Disputes*, 2002, op. cit., note 42, n° 2.12.4ss, p. 29ss.

44 La cause avait été appointée en première instance début mai 2000 et les audiences fixées sur 15 mois; un appel était inévitable; cf. BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 9–150ss, p. 221.

45 Id., cf. également, LEIBOWITZ/LESTER, op. cit., note 43, n° 2.15, p. 35. Eileen Carroll et Karl Mackie donnent plus de 25 exemples pratiques de différends commerciaux internationaux complexes, portant sur des montants allant de USD 250 000 à USD 80 mios, résolus par la voie de la médiation en un ou deux jours, quatre jours maximum. Les cas examinés concernent les secteurs des télécommunications, de l'industrie pharmaceutique, de la réassurance, des contrats de distributions, de la propriété intellectuelle. Ces exemples démontrent en outre qu'il se passe entre un et quatre mois entre le moment où la décision de recourir à la médiation est prise et la date à laquelle un arrangement est conclu. La préparation préalable à la médiation nécessite en moyenne entre un et quatre mois; cf. EILEEN CARROLL et KARL MACKIE, *International Mediation – The Art of Business Diplomacy*, édition 2001, *Annex V. Case Summaries*, p. 155–180.

2.5 Limites

La médiation n'est pas une panacée et ne s'applique bien sûr pas à tous les différends. Certains litiges ne s'y prêtent pas.

Par exemple, la médiation ne convient pas lorsque les parties ont décidé d'en découdre devant le juge, lorsque l'une d'entre elles veut établir un précédent, lorsque les parties entendent défendre publiquement leurs droits ou lorsqu'un jugement exécutoire est nécessaire. Elle n'est pas la voie appropriée non plus lorsque l'une des parties doit recourir à la voie judiciaire ou arbitrale pour préserver ses droits; il n'est cependant pas rare dans ce cas que la médiation intervienne après la saisine du juge ou de l'arbitre.

Le Guide de la médiation de l'OMPI note également que la médiation a peu de chances de pouvoir intervenir en cas de contrefaçon ou de piratage délibéré, soit lorsque la mauvaise foi de l'une des parties est en cause.⁴⁶ Elle apparaît difficilement envisageable également en cas d'allégation de fraude. Sans doute ne convient-elle pas non plus, ou est-elle difficile à mettre en œuvre, lorsqu'une partie est certaine d'avoir gain de cause, ne souhaite pas transiger ou souhaite obtenir un avis impartial sur un différend.⁴⁷ Ainsi, un différend portant sur l'interprétation d'une disposition d'un contrat standard fréquemment utilisé requiert en général une décision judiciaire ou arbitrale. Une solution ponctuelle résultant d'une transaction ne pourrait avoir d'effets qu'entre les deux signataires de l'accord. Seul un jugement ou une sentence peut clarifier la question définitivement, pour tous les contrats conclus sur le même modèle.⁴⁸

3. Médiation conventionnelle et médiation judiciaire

En Suisse, la médiation a toujours un socle conventionnel extrajudiciaire. Dans d'autres pays, par exemple en France, aux États-Unis, en Australie, en Nouvelle Zélande et en Angleterre, pour n'en citer que quelques-uns, la médiation peut également intervenir à la suggestion ou sur ordre d'un juge. On parle alors de médiation judiciaire.

46 Cf. p. 8 du Guide, disponible auprès de l'Organisation, dont les coordonnées sont données en page 394 ci-dessous.

47 Id.

48 ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., 1999, n° 1-72, p. 42.

3.1 Typologie de la médiation conventionnelle

La médiation conventionnelle peut être *ad hoc* ou *institutionnelle*.

Elle est *ad hoc* lorsqu'elle est directement organisée par les parties, ou avec le médiateur une fois qu'il a été désigné. Elle est *institutionnelle* lorsque les parties se réfèrent dans la convention de médiation au règlement d'une institution de médiation sans pouvoirs juridictionnels, qui administre et met en œuvre le processus.⁴⁹

Placer la médiation sous les auspices d'une institution peut présenter de nombreux avantages pour les parties, en particulier lorsqu'elles ne sont pas familières du processus. En premier lieu, l'institution peut se charger de proposer la médiation à l'autre partie. Dans bon nombre de situations cela peut contribuer à ce que la partie qui prend l'initiative de la médiation n'ait pas l'impression de reconnaître ou concéder une position de faiblesse. L'institution peut aussi assister les parties dans le choix du médiateur, ce qui constitue une étape essentielle du processus.⁵⁰ Enfin, le recours au règlement d'une institution permet de définir, sans être contraint de recourir à une technique de rédaction contractuelle complexe, les modalités essentielles applicables au déroulement du processus (confidentialité, modalités d'engagement de la procédure, règles essentielles régissant l'établissement de l'accord de transaction s'il y en a un, etc.).

Les institutions de médiation sont nombreuses et il n'est pas toujours aisé de les distinguer. Dans un souci d'efficacité pratique, nous en avons sélectionné quatre, dont les dispositions sont représentatives des approches et tendances que nous avons pu constater. Leur choix s'est imposé pour des raisons de proximité. Il n'implique aucune évaluation qualitative de notre part. Ces règlements, reproduits à l'annexe A ci-après⁵¹, sont les suivants, par ordre chronologique de leur adoption:

- Règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) entré en vigueur en octobre 1994 (ci-après «Règlement OMPI»)
- Règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), adopté en 1995 (ci-après «Règlement CMAP»)
- Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC) de mars 1998 (ci-après «Règles CSMC»)

49 Sur la distinction en matière d'arbitrage, cf. PIERRE JOLIDON, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, 1994, n° 8, p. 41–42.

50 L'institution peut aider les parties à déterminer les qualités et la formation professionnelle nécessaires des candidats potentiels, leur soumettre des *curriculum vitae*, etc.

51 Cf. p. 394–407 ci-après.

- Règlement ADR de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), en vigueur depuis juillet 2001 (ci-après «Règlement ADR CCI»)

Nous ferons référence à ces règlements à titre illustratif ou comparatif dans les pages qui suivent. Leur contenu peut également servir de *check list* lors de la rédaction de conventions de médiation.

3.2 La médiation judiciaire

La médiation judiciaire est celle prévue par la loi de procédure civile, et qui ne peut intervenir qu'une fois le juge saisi.⁵² Dans les pays anglo-saxons, la médiation judiciaire est désignée par les termes *court-ordered mediation* ou *court-annexed mediation*.⁵³

La médiation judiciaire est encadrée dans un procès et organisée sous l'autorité d'un tribunal.⁵⁴ Elle existe, nous l'avons déjà mentionné, dans de nombreux Etats américains et, notamment, en France⁵⁵, en Angleterre⁵⁶ et en Australie.

La médiation judiciaire en France

a) La médiation judiciaire en France

En France, l'article 131-1 NCPC donne la faculté au juge saisi d'un litige de «désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose», après avoir recueilli l'accord des parties.⁵⁷ Ce pouvoir appartient également au juge des référés en cours d'instance (article 131-1 al. 2 NCPC). Le juge désigne lui-même le médiateur ou peut en confier la désignation à un organisme de médiation (article 131-4 NCPC). Il fixe aussi le délai de la mission du médiateur, qui ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois pour la même durée (article 131-3 NCPC). La médiation ne dessaisit pas le juge (article 131-2 alinéa 2 NCPC)⁵⁸, qui peut y mettre fin à tout moment sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur (article 131-10 alinéa 1 NCPC). Le jour fixé, l'affaire revient à plaider (article 131-11) et l'accord

52 Cf. par exemple l'article 131-1 du nouveau Code de procédure civile français (NCPC).

53 BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 3-027 ss, p. 28-29, ainsi que p. 651.

54 TIMSIT, op. cit., note 10, p. 54.

55 Articles 131-1 à 131-15 du NCPC, issus de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996.

56 Rule 26.4 et Rule 44.5 Civil Procedure Rules (CPR), entrées en vigueur le 26 avril 1999.

57 Articles 131-1 à 131-15 NCPC.

58 La procédure est suspendue pendant la durée de la médiation, qui ne peut excéder 6 mois (article 131-3 NCPC).

conclu est homologué si les parties le demandent (article 131–12 NCPC).⁵⁹ Si aucun arrangement n'est intervenu, la procédure suit son cours. Le juge fixe la rémunération du médiateur (article 131–13 NCPC). Il n'y pas d'appel contre les décisions ordonnant, renouvelant ou mettant fin à la médiation (article 131–15 NCPC).

Qu'elle intervienne à l'instigation du juge ou des parties, la médiation demeure de nature conventionnelle en droit français.⁶⁰ Conclue sous l'égide du juge, elle est un accord procédural.⁶¹

Selon les observateurs, la médiation judiciaire est peu utilisée par les magistrats des tribunaux de commerce, qui préfèrent faire application de l'article 21 NCPC qui leur confère le pouvoir de concilier les parties.⁶²

b) *La médiation judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles*

Les *Woolf reforms* ont conduit à l'adoption des *Civil Procedural Rules (CPR)* entrées en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 26 avril 1999. En application de la doctrine du *Case Management Powers of the Court*, elles permettent au juge de favoriser la mise en œuvre des ADR, en particulier de la médiation, au stade du *case allocation (Rule 1.4 [2] [e] CPR)*.

Les juges anglais peuvent ainsi suspendre une affaire pour permettre aux parties de recourir à la médiation (*Rule 26.4*). Ils ne peuvent cependant contraindre une partie à recourir à un processus ADR ou à la médiation. Ils

59 L'homologation de l'article 131–12 NCPC est une procédure gracieuse, selon cette disposition. Une partie de la doctrine considère que la référence à la procédure en matière gracieuse résulte d'une erreur. En effet, le juge qui homologue ne statue pas au sens de l'article 25 NCPC mais se contente de prendre acte de la transaction. Par conséquent, l'accord intervenu à l'issue d'une médiation judiciaire, de même que, le cas échéant, l'acte qui l'homologuera, relèvent du régime des contrats et non des actes juridictionnels. Il n'y a donc pas d'appel possible (cf. ALEXIS MOURRE, La médiation en droit français: quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents, in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 77).

Lorsque la médiation débouche sur une transaction avant le procès (médiation ordinaire et non pas judiciaire), les parties peuvent, depuis un décret du 20 décembre 1998, obtenir la force exécutoire en demandant l'homologation de leur transaction selon l'article 1441–4 NCPC, qui dispose: «Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté» (cf. TIMSIT, op. cit., note 10, p. 60). L'homologation de l'article 1441–4 NCPC fait l'objet de nombreuses critiques car elle ne requiert aucun contrôle de l'acte soumis à homologation par le juge (id. p. 61).

60 A la différence, par exemple des procédures de conciliations instaurées en vertu des articles 274ss CO en matière de baux et loyers et 301 CO en matière de bail à ferme, qui sont imposées par la loi et régies par le droit public.

61 LAGARDE, op. cit., note 20, p. 398.

62 L'article 21 NCPC pose qu'«il entre dans la mission du juge de concilier les parties». Cette conciliation est facultative.

peuvent sanctionner la partie qui refuse d'adopter la voie ADR lors de l'évaluation des frais et dépens pour laquelle la loi leur impose de prendre en considération l'attitude et le comportement des parties (*Rule 44.5*).⁶³

Dans ses recommandations, qui ont formé la base de la réforme de la procédure civile, Lord Woolf s'était clairement prononcé en faveur de l'encouragement des processus ADR par les tribunaux, mais contre toute idée de rendre ce recours obligatoire:

«[I am] of the view, though with less certainty than before, that it would not be right for the Court to compel parties to use ADR and to take away or postpone their rights to seek a remedy from the Courts, although this approach has been successfully adopted in a number of other jurisdictions. Nevertheless, where a party has unreasonably refused a proposal by the Court that ADR should be attempted, or has acted unco-operatively in the course of ADR, the Court should be able to take that into account in deciding what order to make as costs.(...). As a matter of principle I think it is preferable to encourage rather than compel its use.»⁶⁴

Selon le CEDR⁶⁵, on a pu constater une augmentation de 100 % du nombre des médiations ordonnées par les tribunaux depuis août 1999. Nombreux sont cependant les spécialistes qui regrettent que les *Civil Procedural Rules* ne donnent pas au juge la faculté d'imposer le recours à la médiation aux parties récalcitrantes. Selon eux, la *Rule 44.5* n'aurait pas l'effet dissuasif escompté. Il est difficile d'en juger tant que le *Lord Chancellor's Department* (ministère de la justice) n'aura pas publié de statistiques officielles à ce sujet.

Une enquête réalisée entre février et mars 2000 par le CEDR indique que sept juges sur dix ordonnent la médiation si une partie ou les deux parties la demandent, alors qu'un juge sur dix seulement la propose spontanément aux parties.⁶⁶ Les programmes pilotes menés par la Cour d'Appel, qui propose le recours à la médiation ou aux ADR presque systématiquement, démontrent qu'environ 5 % des parties acceptaient de recourir à la médiation en 2000 (contre 2 % en 1998).⁶⁷ Selon les organisations de médiation, le pourcentage des parties qui recourent à la médiation est intimement lié à la position du juge sur le sujet. Les statistiques du CEDR pour l'année 2000–2001 indiquent que 27 % des médiations organisées sous son égide l'avaient été sur or-

63 Selon la *Rule 44.5(a)(ii)*, le juge prendra en considération «*the efforts made, if any, before and during the proceedings in order to resolve the dispute*» (nous soulignons).

64 Cité in BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 3-029-3-030, p. 29.

65 Cf. page 326 ci-dessus.

66 Cf. CMAP, Etat des lieux et synthèse européenne (Etape 1) et recommandations destinées à favoriser une harmonisation minimale des pratiques de médiation à l'échelle européenne (Etape 2), en collaboration avec BBMC (Belgique), CEDR (Grande-Bretagne), NMIC (Pays-Bas), UNION CAMERE (Italie), Programme Grotius, mars 2000, p. 21.

67 AKTIN CHAMBERS, *Present Trends in Commercial and Dispute Resolution*, juillet-août 2000; cf. également *ADR Orders in the Commercial Court, Guidance Notes for Litigants and their Lawyers*, in: Brown/Marriott, op. cit., note 64, p. 631 ss.

donnance d'un juge, contre 19 % l'année précédente et 8 % pour l'année 1998–1999.⁶⁸

Malgré les critiques de ceux qui souhaitent un pouvoir plus interventionniste des juges pour encourager la médiation, ces chiffres démontrent une forte progression de la médiation depuis l'entrée en vigueur des *CPR*. On constate en particulier que mieux les juges connaissent le processus, plus ils le recommandent, voire l'ordonnent aux parties.

Puisque le juge ne peut contraindre les parties à recourir à la médiation, celle-ci reste de nature essentiellement conventionnelle en Angleterre. L'arrangement qui peut intervenir à l'issue du processus demeure le résultat du libre choix des parties et n'a pas de caractère judiciaire.

c) La médiation judiciaire imposée

Dans certains pays anglo-saxons convertis à la doctrine du *case management*, qui impose aux tribunaux de pratiquer une juste et efficace gestion des dossiers et de la procédure, le recours aux ADR, en particulier à la médiation, est devenu un élément essentiel de la procédure civile. C'est le cas par exemple aux Etats-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et, dans une moindre mesure, au Canada.⁶⁹

En Australie, par exemple, les juges peuvent, dans tous les Etats, ordonner le renvoi d'une affaire à la médiation.⁷⁰ La décision de renvoi détermine le cadre de la médiation ou de l'ADR «en précisant les détails, les exigences en matière d'échange d'informations, la répartition des frais et d'autres questions pratiques.»⁷¹ Le médiateur est choisi par les parties et son nom mentionné dans l'ordonnance de renvoi. En règle générale, le processus de médiation reste informel et librement organisé par le médiateur et les parties. Le juge reste en retrait.⁷² Le médiateur est tenu de rendre compte du résultat de la médiation au juge. Si la médiation échoue, la cause va sa voie. Si elle se solde par un règlement, les parties peuvent requérir une ordonnance constatant les termes de leur accord.

Dans un système de médiation judiciaire imposée, tel celui de l'Australie, la médiation n'est plus une alternative au procès mais devient «une option interne à un processus judiciaire qui l'englobe.»⁷³ Une telle conception remet en cause la philosophie extrajudiciaire du processus, et pose des questions de droit constitutionnel, d'organisation judiciaire, de procédure de même que

68 www.cedr.co.uk.

69 BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 5–001 ss; LAURENCE BOULLE, op. cit., note 24, p. 45 ss.

70 BROWN/MARRIOTT, n° 5–062 à 5–071.

71 BOULLE, op. cit., note 69, p. 47.

72 Id.

73 BOULLE, eodem loco.

des prestations relatives au rôle du juge, en particulier dans l'administration et la gestion des dossiers, qui vont bien au-delà du champ de nos observations.

La question de l'intégration des processus ADR ou extrajudiciaires, en les institutionnalisant, au système judiciaire pour assurer un meilleur accès la justice à tous les citoyens en favorisant les procédures rapides, flexibles et appropriées, doit être distinguée des tentatives de juridictionnaliser la médiation extrajudiciaire par l'application des règles fondamentales du procès qui n'y ont pas leur place; seules celles-là nous occupent dans le cadre de notre sujet.⁷⁴

4. La distinction entre la médiation et l'arbitrage

L'arbitre a le pouvoir de trancher, c'est-à-dire de rendre une décision jouissant de la force et de l'autorité des jugements. Il est le seul particulier à qui l'ordre juridique étatique considère que l'on puisse valablement confier un pouvoir juridictionnel.⁷⁵

Le pouvoir juridictionnel distingue l'arbitre (*Schiedsrichter*) du médiateur (*Vermittler* ou *Schlichter*). Ce dernier n'a ni la *jurisdictio* (le pouvoir de trancher) ni l'*imperium* (le pouvoir d'imposer sa décision).⁷⁶ Le médiateur ne peut que s'efforcer de rapprocher les parties, il ne peut imposer de solution.

L'arbitrage est une voie mixte, mi-contractuelle mi-juridictionnelle, le caractère contractuel l'emportant souvent dans la tradition de la *common law*, à l'inverse des conceptions civilistes du continent. La question du degré contractuel ou juridictionnel de la clause arbitrale reste débattue.⁷⁷

La conséquence du pouvoir juridictionnel de l'arbitre est l'application des principes fondamentaux du procès à l'arbitrage (principe du contradictoire, de l'égalité des parties, respect du droit d'être entendu). Ces principes ne s'appliquent pas à la médiation puisque celle-ci a son fondement dans le contrat, partant repose sur la libre volonté des parties d'accepter le règlement ou la solution envisagée. La loyauté du processus s'impose par l'exigence de la neutralité et de l'impartialité du médiateur ainsi que par l'application des principes de *fairness* et *Treu und Glauben* dégagés par la doctrine en matière

74 Cf. sous réserve de quelques brefs commentaires en relation avec le Livre vert des ADR de la Commission européenne, p. 382 ss ci-après.

75 CHARLES JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, in: Rev. arb. 2001, p. 18; PIERRE LALIVE/JEAN-FRANÇOIS POUDRET/CLAUDE REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1989, n° 1 ad article 1 CIA, p. 26.

76 JOLIDON, op. cit., note 49, n° 66, p. 36.

77 CLAUDE REYMOND, Note bibliographique concernant l'ouvrage de Thomas Clay, L'arbitre, in: Rev. arb. 2001, p. 967-970.

de médiation et d'ADR.⁷⁸ Ces principes recouvrent en droit suisse ceux découlant de l'application des règles de la bonne foi à la médiation, comme à toute convention (article 2 CC).⁷⁹

Ainsi, tant les règles du procès applicables en arbitrage que celles du contrat applicables à la médiation partagent un même but, la recherche d'une solution juste, servie par un même principe, celui de la loyauté.⁸⁰ Certaines règles peuvent paraître identiques alors même qu'elles ont une nature différente, processuelle ou contractuelle. Dire, comme on a pu le faire parfois, que les mêmes règles de procédure s'appliqueraient ou devraient s'appliquer à ces deux notions voisines que sont l'arbitrage et la médiation⁸¹ constitue «un effet de trompe-l'œil».⁸²

Enfin, il résulte de la nature mi-contractuelle mi-juridictionnelle de l'arbitrage que le règlement imposé par l'arbitre repose sur l'application d'une norme objective, à savoir le droit applicable, à l'aune de laquelle il décide qui a raison (résultat *win-lose*). Dans la médiation, au contraire, le règlement du conflit est déterminé par la volonté des parties avec l'aide du médiateur, en tenant compte dans la mesure du possible de leurs intérêts commerciaux.

II. Deuxième partie: Philosophie, principes fondamentaux et approches

1. Philosophie et approche

1.1 Le renouveau d'une méthode ancienne

La médiation oscille entre tradition et modernité. C'est une approche de la résolution du conflit millénaire qui «appartient à la sagesse des nations et à la pensée antique.»⁸³ Sa redécouverte apparaît principalement due au trop d'Etat, à la pléthore de lois et règlements qui a caractérisé les trente dernières

78 BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 21–058 ss, p. 464–468; cf. également les principes dits de «l'éthique sceptique» empruntés à Wilhelm Weischedel, auxquels se réfère Eiholzer: «*Die Parteien haben die Verhandlung(en) nach <Treu und Glauben>, in <guten Treuen>, im <ernstlichen Bemühen> oder in <redlicher Absicht> zu führen. Solche Umschreibungen oder Beifügungen sind bedeutungsgleich; sie entsprechen dem US-amerikanischen Terminus <in good faith>*» (op. cit., note 13, n° 194, p. 51).

79 EIHOLZER, note de bas de page 139 *in fine*.

80 JARROSSON, op. cit., note 75, p. 17. Nous reviendrons sur cette tendance au mimétisme de l'arbitrage dans la médiation (ou vice versa), en particulier en matière commerciale internationale, dans la quatrième partie de ce rapport (cf. en particulier p. 382 ci-dessous).

81 Voisines, voire cousines en ce qu'un tiers intervient dans les deux cas à l'occasion de la résolution d'un différend de par la volonté des parties et la mise en œuvre d'une convention.

82 JARROSSON, op. cit., note 80, p. 16–17.

83 CORNU, op. cit., note 10, p. 314–315.

années, et dans les méandres desquels le citoyen se perd et la justice s'enlise. Dans ce contexte, l'essor de la médiation commerciale aux Etats-Unis et dans les pays anglo-saxons reflétait avant tout la recherche d'une voie moins lourde, plus rapide et moins onéreuse que celle de la procédure contradictoire de la *common law*. Ce phénomène donna naissance à la notion d'*Alternative Dispute Resolution (ADR)*, au sens originel du terme, soit aux modes de résolution des différends alternatifs à la voie judiciaire. L'arbitrage était alors considéré aux Etats-Unis comme étant un ADR.⁸⁴

La mise en œuvre des ADR, en particulier de la médiation, aux Etats-Unis dès 1976⁸⁵ a rapidement débouché sur la recherche de méthodes non plus alternatives à la voie judiciaire, mais appropriées au type de litige à résoudre (*Appropriate Dispute Resolution*). C'est à ce stade que le vent ADR a commencé à souffler sur les pays européens de tradition civiliste, alors que s'y manifestait une certaine désaffection pour le droit et les solutions judiciaires.⁸⁶

Le recours des entreprises européennes aux ADR, d'abord intervenu sous l'impulsion des entreprises anglo-saxonnes (et dans une certaine mesure celle des entreprises asiatiques, en particulier japonaises), a mis en évidence un besoin auquel ni l'arbitre ni le juge ne pouvait répondre: celui de gérer le conflit en tenant compte des intérêts et non plus simplement des droits des parties. Les entreprises entendaient «garder la haute main sur le litige» et le «gérer comme elles le feraient d'une affaire commerciale ou financière.»⁸⁷

L'on constate, en examinant les conditions qui ont engendré le renouveau de la médiation que son destin est intimement lié à celui de son cousin, l'arbitrage. Ironie de l'histoire, les deux processus s'éloignent l'un de l'autre à

84 Cf., par exemple, *ADR & The Law*, A Report of the American Arbitration Association, the Fordham International Law Journal and the Fordham Urban Law Journal, édition 1997, consacré en grande partie à l'arbitrage, un ADR selon cette publication.

85 C'est au cours de la désormais fameuse *Pound Conference*, tenue en 1996 à St-Paul (Minnesota) à l'initiative du *Chief Justice* Warren Burger, que Frank Sander, professeur à Harvard Law School, présenta son concept de *multi-door Courthouse*, selon lequel le palais de justice ne serait plus seulement, d'ici 2000, un lieu dans lequel se déroule le procès mais deviendrait un véritable centre de la résolution des différends, où les citoyens se verraient offrir toute une palette de modes de résolution. «... [a] flexible and diverse panoply of dispute resolution processes, with particular types of cases being assigned to differing processes (or combinations of processes), according to some of the criteria previously mentioned. Conceivably such allocation might be accomplished for a particular class of cases at the outset by the legislature, that in effect is what was done by the Massachusetts legislature for malpractice cases. Alternatively, one might envision by the year 2000 not simply a court house but a *Dispute Resolution Centre*, where the grievant would first be channelled through a screening clerk who would then direct him to the process (or sequence of processes) most appropriate to his type of case.» (cf. BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 5-039, p. 92).

86 JARROSSON, op. cit., note 18, p. 325-326.

87 Id. p. 326.

chaque fois que le second se fige, s'endoctrine ou se juridictionnalise, pour finir par se rejoindre pour mieux se séparer à nouveau. Dans l'étude qu'il a consacrée à l'arbitrage dans la Grèce antique, Derek Roebuck montre que l'arbitrage et la médiation constituaient à l'époque deux modes de résolution du différend que l'on pratiquait simultanément ou tour à tour, dans le cadre d'une seule et même procédure, ou de deux procédures successives.⁸⁸ Toutes les combinaisons étaient possibles, comme cela est le cas de nos jours avec l'apparition des clauses, révolutionnaires pour certains, Med-arb, Arb-med ou Med-arb-med.⁸⁹ L'attrait de la médiation commerciale s'apparente ainsi à un retour aux sources, comme le confirme l'aperçu historique de la pratique de la conciliation à la CCI dressé par Steuart Hamilton. Cette étude révèle que la médiation occupait une place plus importante que l'arbitrage dans les années 1920, lorsque les premières discussions sur l'élaboration d'un système de résolution des litiges commerciaux internationaux ont commencé.⁹⁰ En 1925, le nombre d'affaires de conciliation soumises à la Cour d'arbitrage de la CCI dépassait celui des affaires d'arbitrage. Les parties qui demandaient l'arbitrage se voyaient systématiquement proposer une conciliation préalable pour tenter de résoudre leur différend à l'amiable.⁹¹ On attachait alors une grande importance à l'amitié, élément essentiel de la conciliation, considérée comme une «action morale» à laquelle on pouvait recourir «sans frais».⁹² Le ton changea vers 1929 avec l'abandon progressif des considérations d'ordre moral au profit de considérations juridiques.⁹³ «Au fur et à mesure que l'arbitrage a étendu son influence et pris davantage pied dans le domaine du droit, la procédure de conciliation de la CCI perdait quelque peu de son inspiration originelle et cédait la place à des considérations juridiques. La voie était donc ouverte au développement de l'arbitrage favorisé par un cadre juridique de plus en plus élaboré et le déclin concomitant de la conciliation qui faisait appel à la loyauté plutôt qu'au droit.»⁹⁴

Juste retour des choses, la CCI a adopté son Règlement ADR en juillet 2001, non pas en tant que solution de rechange à l'arbitrage, mais comme un

88 ROEBUCK, op. cit., note 25, p. 36 ss.

89 Par exemple, BLESSING, Introduction to Arbitration Swiss and International perspectives, in: International Arbitration in Switzerland, 2000, p. 282–298; CHRISTOPHER NEWMARK/RICHARD HILL, Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award? in: Arbitration International 2000, p. 81 ss.

90 STEUART HAMILTON, La conciliation et la CCI: un aperçu historique, in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 25 ss.

91 Id. p. 28–29.

92 Id. p. 29 ss.

93 Id. p. 32.

94 HAMILTON, eodem loco.

complément aux autres modes de règlement des litiges.⁹⁵ Au regard des statistiques, les applications potentielles des ADR sont nombreuses. En effet, les sentences d'accord parties représentent chaque année environ 12 % des sentences CCI rendues et nombreuses sont les affaires interrompues en cours d'arbitrage suite à un arrangement intervenu entre les parties. 77 % des affaires retirées en 2001 l'ont été suite à une transaction.⁹⁶ Il est probable que bon nombre de ces transactions ont été conclues par le biais de procédures ADR, en particulier par le recours à la médiation.

Il est difficile de quantifier le succès de la médiation commerciale, les instruments dont nous disposons ne permettant pas de le faire avec précision. En praticien de l'arbitrage, nous constatons néanmoins que le recours à la médiation n'est pas un phénomène de mode, mais bien la traduction d'une autre approche dans la gestion du différend commercial. Les principes d'autonomie et d'autodétermination des parties que consacre le processus apparaissent convenir aux attentes des entreprises nouvelles. La médiation se révèle rapide, simple, confidentielle, pragmatique, voire conviviale, loin du formalisme et de la rigidité de l'approche judiciaire ou arbitrale. Les praticiens interrogés rapportent en outre que les parties qui résolvent leur différend par la médiation dans le cadre d'une procédure arbitrale arrivent en général à une solution plus créative et satisfaisante que celle que leur auraient imposée les arbitres. Dans cette optique, l'arbitrage n'est plus souvent que le facteur déclencheur de la médiation.

1.2 La médiation est un ADR

Selon la typologie développée par Sander lors de la *Pound Conference*⁹⁷, on distingue les divers processus ADR selon leur degré contraignant. La négociation directe entre les parties est le processus le moins contraignant puisqu'il leur laisse entière liberté de décider comme elles l'entendent de l'issue du différend. A l'autre bout de la palette ADR, on trouve l'arbitrage pour une certaine partie de la doctrine anglo-saxonne.⁹⁸ Abstraction faite de l'arbitrage, qui n'est pas une procédure exclusivement contractuelle, le processus le plus contraignant est celui de l'*expert determination* (expertise-arbitrage ou *Schiedsgutachten*) et du DBR (*Dispute Board Resolution*), au cours des-

95 ROBERT BRINER, préface in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 5–6.

96 Id. p. 5.

97 Cf. note 85 ci-dessus.

98 Cf. p. 343 ci-dessus et EIHOLZER, op. cit., note 13, p. 23.

quels un ou plusieurs experts tranchent des questions déterminées. Les parties s'engagent en général d'avance aux termes de leur convention à accepter la décision de l'expert ou DBR.⁹⁹

Proche de ce concept dans le degré de contrainte, on trouve l'*adjudication*, utilisée dans certains secteurs industriels, en particulier dans le domaine de la construction, au cours de laquelle un *adjudicator* neutre procède à une estimation sommaire sur un aspect ponctuel du différend et rend une décision exécutoire sur les points qui lui sont soumis. Les parties n'ont pas la maîtrise du processus, doivent répondre aux questions posées, produire les documents qui leur sont demandés et s'engager à se soumettre à la décision de l'*adjudicator*.¹⁰⁰ Moins contraignant et plus proche de la médiation, on trouve les processus dits *Med-Arb* dans lesquels un tiers neutre est d'abord médiateur et, si les parties n'arrivent pas à s'entendre au terme de la médiation, prend le rôle d'arbitre et rend une sentence exécutoire.¹⁰¹

Dans son acception actuelle, la médiation est devenue un mode d'«*Amicable Dispute Resolution*» (cf. Règlement ADR CCI) et souvent d'«*Appropriate Dispute Resolution*» (par rapport à l'arbitrage en particulier).

99 JOLIDON, op. cit., note 49, p. 63 ss; ROBERT BRINER, National Report Switzerland, in: ICCA Handbook, chapitre II 3, lit. b.; cf. aussi, MARC BLESSING, Streitbeilegung durch «ADR» und «Pro-Aktive» Verhandlungsführung, in: Bulletin ASA 1996, p. 123 ss, et Introduction to Arbitration Swiss and International Perspectives, in: International Arbitration in Switzerland, Stephen V. Berti éd., Kluwer Law International, 2000, p. 282–298; PIERRE GENTON /FRANÇOIS VERMEILLE, Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets, in: R. D. A. I. n° 2, 1998, p. 131 ss.

100 BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, p. 17.

101 Id. p. 18. Les puristes ont beaucoup décrié cette approche car elle peut mettre en cause l'impartialité de l'arbitre ayant œuvré d'abord comme médiateur, hors les contraintes du contradictoire (par exemple en *caucus*, cf. p. 356–357 ci-dessous). Cependant, la combinaison médiateur-arbitre peut se révéler efficace et rapide dans de nombreux dossiers. Le médiateur devenu arbitre saura en effet se concentrer sur les points dont il sait, de par la médiation, qu'ils sont clefs dans la résolution du conflit. On admet aujourd'hui que le médiateur devenu arbitre ne pourra être récusé et que son impartialité ne pourra être en cause si les parties ont donné leur consentement éclairé à une telle approche. Tel est le cas si (1) le tiers a une formation de médiateur et d'arbitre, (2) les parties donnent leur accord exprès à une telle procédure, (3) un membre de la direction de chacune des parties doit être présent pour signer cet accord, (4) il est expressément convenu qu'aucun document soumis lors de la médiation ne pourra être utilisé dans l'arbitrage, (5) une fois dans le rôle d'arbitre, le médiateur doit s'engager à trancher sur la base exclusive du dossier soumis à l'arbitrage, (6) les parties s'engagent à l'avance à ne pas le récuser, (7) l'arbitre ne doit pas juger la crédibilité d'un témoin sur la base de ce qu'il a entendu lors des négociations durant la médiation (Diana H. Fryer, Présentation donnée le 29 novembre 2001, lors du Congrès IBA de Cancun).

2. Principes généraux régissant la médiation

2.1 *Recours à un tiers neutre et impartial*

La neutralité du médiateur ne signifie pas, comme dans l'arbitrage, que le tiers doive être neutre par rapport aux parties, et donc par rapport au différend lui-même. Le médiateur est neutre car il ne décide pas. Il doit être neutre par rapport à la décision prise à l'issue du processus.

Il peut donc arriver que le médiateur choisi soit proche de l'une des parties, ce qui serait impensable pour un arbitre.

Le médiateur doit également être impartial face aux parties.

Le principe a été adopté par la Fédération Suisse des Avocats.¹⁰²

2.2 *Le médiateur n'a aucun pouvoir de décision et tient son autorité des parties*

La participation volontaire des parties au processus¹⁰³ et son caractère non contraignant sont les caractéristiques essentielles de la médiation. Les parties sont libres d'accepter l'arrangement envisagé. Elles peuvent à tout moment se retirer de la médiation ou y mettre fin. De même, le médiateur peut y mettre fin lorsqu'il constate que les efforts sont vains (par exemple en cas de mauvaise foi évidente de l'un des protagonistes).

Le principe de l'autodétermination et de la responsabilité des parties à tous les stades du processus est le premier pilier de la médiation.

2.3 *Confidentialité*

Le respect du principe de la confidentialité est le second pilier de la médiation.

La confidentialité a deux fonctions principales dans le déroulement du processus. Elle favorise et facilite l'échange d'informations entre les protagonistes (entre parties, et entre parties et médiateur). Elle permet que se crée un climat de confiance propice au dialogue. Il faut que les parties puissent «tout

102 L'article 4 des lignes directrices de la FSA pour les Avocats-médiateurs dispose que l'avocat médiateur doit préserver sa neutralité et son indépendance.

103 Selon l'article 5 alinéa 2 du Règlement ADR de la CCI, à défaut de précision ou d'accord des parties sur la formule ADR à utiliser, la médiation sera le processus appliqué. Elle n'intervient donc que par défaut selon ce règlement, même si les parties n'ont pas indiqué clairement que c'est à la médiation et non pas à un autre ADR qu'elles veulent avoir recours.

mettre sur la table», en sachant que les informations divulguées, les documents produits ou les positions exprimées ne pourront être utilisés ensuite par l'autre partie dans une procédure judiciaire ou un arbitrage. Le respect de la confidentialité permet également aux parties de débattre librement avec le médiateur de toutes les solutions envisageables pour résoudre le différend, sans crainte que ces solutions sont évoquées hors du cadre de la médiation et affectent la position d'une partie dans un contentieux ultérieur.

On distingue deux types d'obligation de confidentialité: celle qui concerne les relations entre les protagonistes (parties et médiateur) (la confidentialité interne), et celle relative aux relations entretenues par les participants avec le monde extérieur pendant et à l'issue de la médiation (la confidentialité externe).¹⁰⁴

a) Confidentialité interne

La confidentialité absolue doit être la règle régissant les relations entre les parties et le médiateur.

En général, le médiateur s'oblige à ne pas divulguer de secrets ou d'informations qui lui sont présentés comme confidentiels par une partie lors d'un *caucus*¹⁰⁵ à l'autre partie, sauf autorisation de la partie qui en est détentrice (cf. par exemple l'article 11 du Règlement OMPI, l'article 8 alinéa 1 du Règlement CSMC, ainsi que l'article 7 du Règlement CMAP). L'article 10 du projet de loi type de la CNUDCI part de la prémisse inverse: le médiateur peut révéler le contenu des informations reçues d'une partie à l'autre sauf si la partie qui fournit les informations le fait sous condition expresse que ces informations demeurent confidentielles¹⁰⁶. L'article 7 alinéa 1 du Règlement ADR CCI pose le principe du caractère privé et confidentiel du processus dans la mesure où aucune disposition impérative du droit applicable n'y fait obstacle.¹⁰⁷

Le corollaire de l'obligation de confidentialité est l'interdiction faite au médiateur de divulguer à des tiers quelque information que ce soit concernant la médiation. Le médiateur devrait, en règle générale, être exonéré de toute obligation de témoignage et ses notes ou les documents concernant la médiation ne devraient pas pouvoir être produits dans une procédure judiciaire ou

104 FRANCIS GURRY, Médiation et confidentialité, contribution présentée lors de la conférence sur la médiation, Genève, 29 mars 1999, OMPI, p. 38, en particulier p. 43 ss.

105 Entretien individuel entre le médiateur et l'une des parties hors de la présence de l'autre; cf. p. 356–357 ci-après.

106 Cf. page 409–410 ci-après.

107 Cf. également, la règle C-4.(a) de la procédure type du CPR par exemple.

dans un arbitrage. Les médiateurs expérimentés ne conservent pas ou peu de notes concernant la médiation pour éviter tout problème à ce sujet.

Aux termes de l'article 8 alinéa 2 du Règlement CSMC, les parties s'engagent à ne pas faire citer le médiateur en qualité de témoin dans une procédure judiciaire ou arbitrale et ce dernier n'est pas autorisé à témoigner dans une autre procédure relative au même différend. L'alinéa 3 de la même disposition ajoute que le médiateur ne peut intervenir en qualité d'arbitre dans le cadre d'une procédure d'arbitrage portant sur le même conflit. On retrouve la même idée à l'article 20 du Règlement OMPI, à l'article 6 *in fine* du Règlement CMAP et à l'article 7 alinéas 3 et 4 du Règlement ADR CCI.¹⁰⁸

b) Confidentialité externe

La plupart des règlements de médiation disposent que les participants, parties et médiateur, ont l'interdiction de révéler les informations et faits dont ils ont eu connaissance au cours de la médiation à des tiers.¹⁰⁹

(1) Informations confidentielles

Il y a trois types d'exception au principe général de la confidentialité externe posé par la plupart des règlements. En premier lieu, le principe de la confidentialité de la médiation ne peut évidemment pas avoir pour effet de soustraire au domaine public l'information qui en fait déjà partie. Les informations déjà dans le domaine public au moment où commence la médiation ne sont pas couvertes par les obligations de confidentialité. Deuxièmement, le fait qu'une partie révèle des informations confidentielles dans une procédure de médiation ne doit pas, bien entendu, la priver de pouvoir se référer à ces faits et informations dans une procédure subséquente. En revanche, elle ne pourra pas établir de lien entre cette information et la médiation lors du procès.¹¹⁰ Enfin, une partie peut se référer, dans une procédure subséquente, à des informations révélées par l'autre au cours de la médiation, si elle est à même de prouver qu'elle en avait déjà connaissance avant le début du processus.¹¹¹

108 Cf. également l'article 50 du Règlement d'arbitrage CIETAC, qui consacre la même approche que celle de l'article 14 alinéa 3 du projet de loi de la CNUDCI.

109 Cf. article 15 Règlement OMPI (p. 396 ci-après), article 8 alinéa 1 Règlement CSMC (p. 402 ci-après), article 6 du Règlement CMAP (p. 400 ci-après) et article 7 du Règlement ADR CCI (p. 406–407 ci-après).

110 Par exemple, «si une partie invoque la violation d'un contrat au cours de la médiation, son obligation de confidentialité ne peut l'empêcher de reprendre ce même grief en dehors de la médiation. [L'obligation de confidentialité] pourrait, cependant, si d'autres conditions pertinentes étaient remplies par ailleurs, l'empêcher de révéler que la violation du contrat a fait l'objet d'une médiation»; cf. GURRY, op. cit., note 104, p. 49.

111 GURRY, eodem loco.

(2) *Personnes tenues à l'obligation de secret*

Pour que la médiation demeure confidentielle, il faut que tous les protagonistes soient soumis à l'obligation d'en respecter le caractère confidentiel.¹¹² Il s'agira donc pour les parties de l'aborder expressément dans leur convention ou en complément à la référence à un de ces règlements si le point est important pour elles et que le règlement choisi n'en traite pas en détail.

(3) *Dérogation au principe*

Si toutes en conviennent, les parties peuvent bien entendu déroger à l'obligation de confidentialité que le règlement ou la convention de médiation leur impose. Il peut en outre être parfois nécessaire de dévoiler la transaction, par exemple pour en demander l'exécution.

2.4 *Principe de la bonne foi*

La doctrine anglo-saxonne se réfère au principe de l'obligation de *fairness* et la doctrine allemande à celle de *Treu und Glauben*.¹¹³ Ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus (p. 341–342), ces principes correspondent à ceux découlant de l'article 2 CC, qui s'appliquent à la médiation comme à toutes les conventions.¹¹⁴

Certains règlements de médiation posent expressément l'obligation des parties de se conformer aux règles de la bonne foi durant la médiation.¹¹⁵

Les parties ne doivent pas recourir à la médiation dans un but dilatoire. Elles devraient «jouer le jeu» pleinement, y compris en s'obligeant à ne pas recourir à la voie judiciaire ou arbitrale tant que le processus est en cours.

Les règles de la bonne foi imposent également aux parties de s'entendre sur la suspension du délai de prescription pour la durée de la médiation si ce délai peut venir à échéance durant cette période. En effet, le recours à la médiation ne suspend pas la prescription selon l'article 134 CO ni n'interrompt la prescription selon l'article 135 CO. Si l'une des parties participe à une médiation pour faire en sorte que l'action potentielle de l'autre partie soit pres-

112 GURRY, op. cit., p. 49ss; article 15 du Règlement OMPI qui se réfère à «toute personne associée à la procédure de médiation» (p. 396 ci-dessous) et article 8.1 du Règlement CSMC qui dispose: «La nature confidentielle de la procédure de médiation doit être respectée par toutes les personnes impliquées». Les autres règlements examinés ne précisent pas ce point.

113 Cf. p. 342, en particulier note 78.

114 Cf. EIHOLZER, op. cit., note 13, p. 51 ss.

115 Par exemple, l'article 10 du Règlement OMPI dispose: «Chaque partie coopère de bonne foi avec le médiateur afin que la procédure de médiation progresse aussi rapidement que possible.»

crite à l'issue du processus, ou laisse entendre qu'elle renoncera à soulever la prescription et ne le fait pas, l'exception soulevée devant le juge sera rejetée en application de l'alinéa 2 CC (*replicatio doli specialis*).¹¹⁶

2.5 Pouvoirs de représentation des parties

Il est essentiel que les représentants des parties aient tout pouvoir d'engager les entreprises participant à la médiation.¹¹⁷ Les médiateurs interrogés sont unanimes: ils vérifient les procurations des représentants des parties d'entrée de cause, voire demandent à les recevoir avant le début de la médiation proprement dite. Si l'arrangement va au-delà des pouvoirs dont disposent les représentants, il est toujours possible de dresser et signer un protocole d'accord des points sur lesquels un arrangement est intervenu, assorti d'un calendrier pour finaliser et ratifier la transaction finale.

3. Les diverses étapes de la médiation

Les auteurs distinguent de six à dix ou douze étapes dans le processus de la médiation.

Il n'y a aucune règle à ce sujet. La manière dont les choses se passent dépend de l'accord des parties et du médiateur¹¹⁸ en début du processus. L'approche suivie dépend également du style du médiateur. Les ouvrages consacrés aux méthodes et approches possibles abondent, en particulier ceux publiés aux Etats-Unis. Nous avons mentionné les plus récents et les plus intéressants dans la section B de la bibliographie sélective, en fin du présent rapport.¹¹⁹

De manière schématique, on distingue trois phases principales, qui peuvent être subdivisées chacune en plusieurs étapes.¹²⁰

116 Dans le même sens, EIHOLZER, op. cit., note 114.

117 Cf. en particulier, article 396 alinéa 3 CO.

118 Ou des médiateurs, s'il y en a plusieurs, comme cela peut être le cas dans les litiges complexes ou dans certains différends interculturels.

119 Cf. p. 421 ss ci-après.

120 Pour une illustration vivante, cf. MICHEL ROSSINELLI, L'avocat face à la médiation, in: L'avocat moderne, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle, 1998, p. 45 ss, qui décrit par le menu le déroulement du processus dans un cas pratique, p. 40 ss; cf. également, le Guide de l'OMPI sur la médiation, p. 10.

3.1 Avant la médiation

La première phase est celle qui précède la médiation proprement dite, durant laquelle les parties et le médiateur s'entendent sur les termes et sur le champ de la médiation. Commence ensuite la préparation, qui est essentielle pour que le processus puisse se dérouler rapidement. En général, les parties procèdent à cette préparation avec leurs avocats. Dans les dossiers complexes, le médiateur prend contact avec les parties avant le début de la médiation proprement dite pour préparer le processus et s'imprégner des faits, surtout s'ils sont techniques. Il n'est pas rare que les parties s'entendent pour présenter un dossier sommaire concernant le différend, accompagné des pièces qu'elles considèrent comme essentielles, qui est transmis au médiateur avant le début de la médiation.

3.2 Durant la médiation

La seconde grande phase est celle du déroulement du processus de négociation assistée proprement dit. Les parties et le médiateur s'entendent sur le lieu de la médiation, lieu qui devrait être neutre et propice à la communication. Il faut s'assurer également que les parties et le médiateur aient à leur disposition des lieux de réunion annexes dans lesquelles pourront se dérouler les *caucuses*.¹²¹

3.3 Fin de la médiation

Une fois le processus engagé, tout devient affaire de communication, de savoir-faire, voire de talent du médiateur.¹²²

La dernière phase est celle de la conclusion de l'accord ou de la transaction, et de l'organisation du suivi de son exécution.

Il n'est pas possible de décrire ici toutes les approches auxquelles ces trois phases principales peuvent donner lieu. Nous les avons résumées ci-après en deux pages, en recourant au schéma de Moore, devenu classique dans la doctrine anglo-saxonne, que nous avons légèrement adapté (p. 354–355 ci-après).

¹²¹ Cf. p. 356–357 ci-dessous.

¹²² EILEEN CARROL/KARL MACKIE, op. cit., note 45.

4. Le médiateur

Le médiateur est le personnage clef de la relation triangulaire créée par la médiation. «*L'entremetteur porte mille sandales*» dit un proverbe japonais. C'est dire combien les qualités de cet entremetteur qu'est le médiateur sont au cœur du processus.

Dans les cas complexes, il peut y avoir deux médiateurs, voire une équipe de médiateurs.¹²³

4.1 Différents styles et approches

Il n'y a pas un style de médiateur ou un style d'approche ou de technique de la négociation assistée. On dit que le médiateur doit avoir la patience de Job et la sagesse de Salomon, mais ce n'est pas suffisant. Il lui faut aussi être créatif, flexible, savoir écouter, avoir l'esprit pratique et commercial, le talent de percevoir presque avant elles l'intérêt des parties.

Toutes ces qualités sont certes affaire de personnalité (écoute, autorité naturelle, créativité). On peut difficilement les acquérir. On peut en revanche acquérir les techniques de la négociation assistée, indispensables au bon déroulement de la médiation.

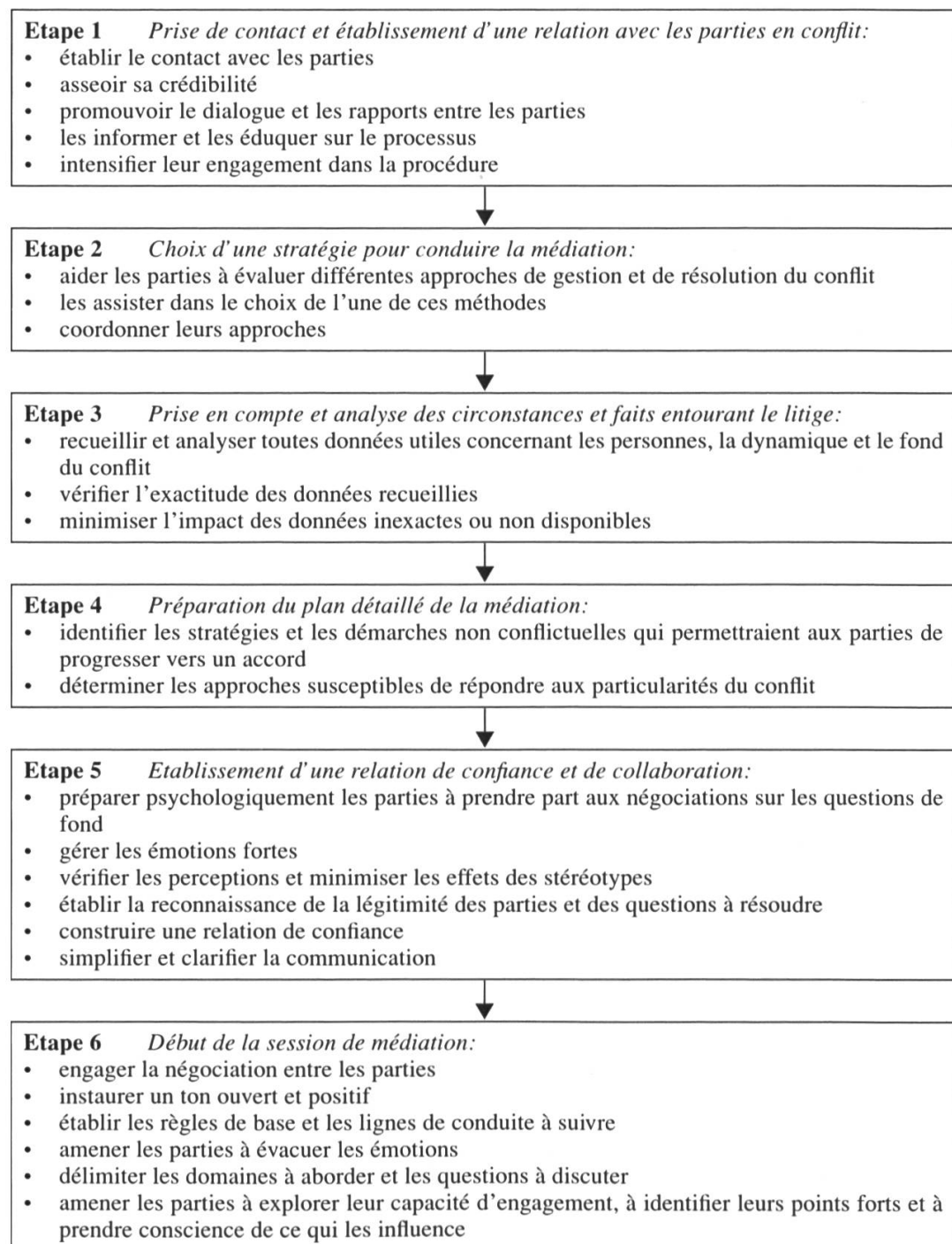
4.2 Nécessité de la formation

Les techniques nécessaires pour mener une médiation ne s'improvisent pas, contrairement à ce qu'en pensent parfois les arbitres chevronnés qui déclarent qu'ils pratiquent couramment la médiation/conciliation dans les arbitrages. Un simple coup d'œil sur le tableau des douze étapes de la médiation qui suit suffit à s'en convaincre. La formation est indispensable et la qualité de la médiation dépend en grande partie de la qualité de la formation reçue par le médiateur.¹²⁴

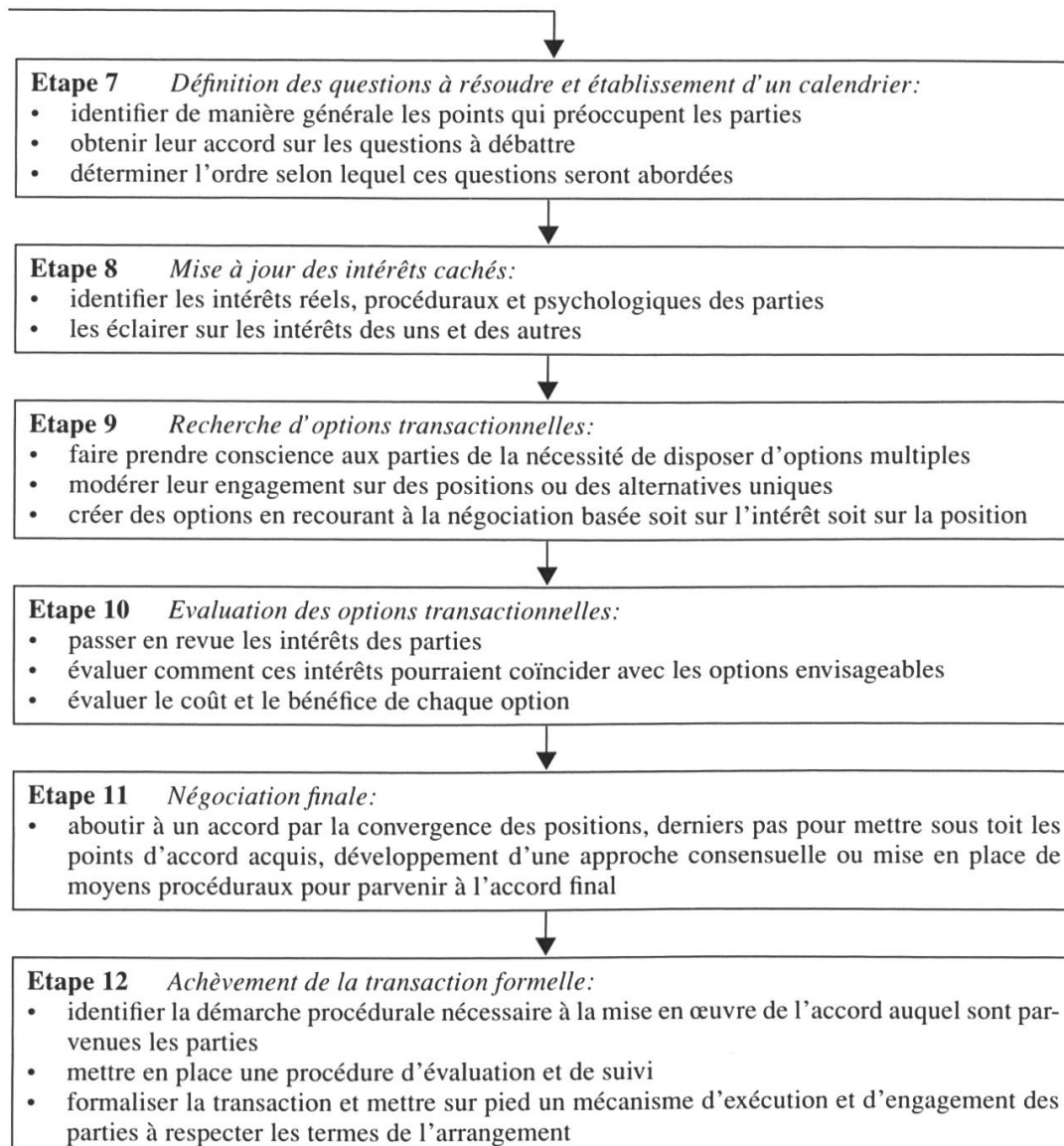
123 Dans les pays où le nombre de procédures ADR est encore peu élevé et le recours à des médiateurs étrangers expérimentés inéluctable pour assurer la qualité du processus et sa promotion, on parle dans ce contexte de «co-médiation», soit de médiation menée par un médiateur étranger expérimenté avec un médiateur local sans ou avec peu d'expérience; cf. les observations concernant la Malaisie de LOUISE BARRINGTON/KAREN MILLS/TAN SWEE IM, *L'ADR en Asie: quelques perspectives*, in: *ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 33 ss, en particulier, p. 39.

124 Il n'existe à notre connaissance aucun processus de certification des organismes offrant des cours de formation à la médiation. Il est recommandé de s'adresser aux associations professionnelles reconnues (cf. par exemple annexe B, p. 411–414 ci-après). La formation et le contrôle des organisations qui enseignent les techniques de la médiation sont au centre des préoccupations du Livre vert sur les ADR de la Commission européenne; cf. p. 389 ss ci-dessous.

Les douze étapes de la démarche du médiateur¹²⁵



¹²⁵ Adaptation libre du schéma original en anglais de C. W. MOORE, *The Mediation Process*, 2nd ed., San Francisco, Jossey-Bass, 1996, p. 66–67, reproduit in KENNETH KRESSEL, *Mediation*, in: Morton Deutsch and Peter T. Coleman, éd., *The Handbook of Conflict Resolution, Theory and Practice*, Jossey-Bass Inc., San Francisco, 2000, p. 522–545.



4.3 Médiateur évaluateur ou médiateur facilitateur

On oppose fréquemment deux styles de médiateurs, le médiateur évaluateur et le médiateur facilitateur.

Le médiateur évaluateur joue un rôle actif dans la résolution du conflit, assiste les parties dans la recherche des solutions envisageables, fait des propositions ou émet un avis non contraignant, que les parties sont libres d'accepter ou rejeter. Le médiateur facilitateur est moins interventionniste. Il cherche avant tout à promouvoir le dialogue, à amener chacune des parties à comprendre le point de vue, les intérêts et la position de l'autre, à faciliter la surveillance d'une solution ou d'une transaction.

Les spécialistes du comportement et des techniques de la médiation recourent à la distinction pour mettre en évidence les différences de style et de comportement entre les médiateurs qui considèrent que la transaction est l'objectif essentiel du processus et ceux qui y voient également des vertus thérapeutiques.¹²⁶ Le médiateur facilitateur procède de la maïeutique; il s'efforce de faire émerger des solutions qui émanent des parties elles-mêmes. Il tente de rétablir la communication, l'harmonie et la compréhension dans les relations entre les parties pour faire jaillir la solution. A l'inverse, le médiateur aviseur n'hésitera pas à proposer l'ébauche d'une solution si les parties sont incapables d'en trouver une. L'art du médiateur consiste alors à rallier les parties à cette proposition. Selon Brown et Marriott, ces différences d'approche se traduisent principalement au niveau du traitement de l'expression des émotions. Le médiateur aviseur se concentre sur la négociation pratique, la recherche des compromis possibles et tolère les émotions inévitables. Au contraire, le médiateur facilitateur et surtout le médiateur thérapeute favorisent et sont plus à l'écoute des émotions et essayent de faciliter la résolution du problème par une solution créative fondée sur cette écoute.¹²⁷

4.4 *Le caucus*

Un *caucus* est un entretien entre le médiateur et une partie hors la présence de l'autre partie. Il sert avant tout à clarifier la compréhension du médiateur, à vérifier qu'il a bien compris les intérêts de chacune des parties, les faits importants. Le *caucus* permet au médiateur de travailler avec chaque partie individuellement pour explorer les possibilités de transactions, tester ouvertement et en toute confidentialité jusqu'où les parties sont d'accord ou capables d'aller sur la voie des solutions envisagées.

Le médiateur explique d'emblée aux parties qu'il peut y avoir un ou plusieurs *caucuses* durant le processus. Il s'assure que les parties comprennent que la pratique du *caucus* n'est en aucun cas destinée à conclure un arrangement séparé avec chacune d'entre elles sur les points essentiels d'une transaction qu'elles seules peuvent ensemble déterminer.

Le *caucus* se révèle souvent un instrument précieux dans l'accomplissement du rôle proche de celui de confesseur que joue le médiateur à certains stades du processus. Il contribue à débloquer les situations les plus extrêmes. Dans un *caucus*, le médiateur peut aborder les points faibles du dossier de l'une des parties, ce qu'il pourrait difficilement faire en présence de l'autre

126 BROWN/MARRIOTT, op. cit., note 24, n° 7-060ss, p. 137 ss.

127 Id. p. 138.

partie sans donner l'impression de favoriser cette dernière. Enfin, le *caucus* peut permettre au médiateur d'examiner des pièces non soumises à l'autre partie, ou tenir compte de faits non révélés à l'autre partie.

Le *caucus* n'est pas un ingrédient indispensable de la médiation. Certains médiateurs de grand talent n'y recourent pas et conduisent le processus de bout en bout en présence des deux parties. Ceci reste cependant l'apanage des praticiens les plus expérimentés.

En matière commerciale, il est rare qu'une médiation se déroule sans qu'il soit recouru au *caucus*, sur proposition du médiateur ou à la demande des parties. Aussi la plupart des règlements de médiation y font-ils référence.¹²⁸

4.5 Le médiateur ne peut agir en tant qu'arbitre en cas d'échec du processus de médiation

En règle générale, le médiateur ne doit pas agir en tant qu'arbitre dans la même affaire ou une affaire connexe, sauf accord préalable de toutes les parties.¹²⁹

5. Rôle de l'avocat

L'avocat a un rôle essentiel dans le recours et la mise en œuvre de la médiation commerciale. Pour suggérer la médiation, il faut naturellement qu'il soit convaincu de l'utilité d'y recourir et prêt à assister son client sur cette voie, ce qui est loin d'être un réflexe généralisé. Nombreux sont encore les avocats qui ne connaissent pas les voies alternatives de règlement des différends et ne les conseillent donc pas à leurs clients.¹³⁰

Celui qui n'inclut pas l'usage de la médiation et des autres processus ADR dans la pratique du barreau est comme celui qui refuse d'inclure le digital dans la pratique moderne et contemporaine de la photographie. En effet, la

128 Cette pratique de l'entretien séparé démontre à quel point les principes du contradictoire sont incompatibles avec l'essence même de la médiation; cf. article 11 du Règlement OMPI (p. 395 ci-dessous), article 7.1 du Règlement CSMC (p. 402), article 6, alinéa 2 du Règlement CMAP.

129 Cf. note 101; cf. également le nouvel alinéa 5 de l'article 1.1 des Us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève qui dispose: «L'avocat peut, à la demande conjointe de parties en litige, intervenir en qualité de médiateur, soit dans le cadre d'organismes de médiation, soit à titre personnel, à la condition de ne pas avoir, dans le même litige, conseillé l'une ou l'autre des parties et de ne pas le faire par la suite en cas d'échec de la médiation. Dans ce dernier cas, l'avocat peut toutefois être désigné comme arbitre à la demande conjointe des parties à la médiation.»

130 FRANÇOIS BLUM, l'Avocat et la médiation, in: L'avocat suisse, n° 172 1/1998, p. 13.

prise en compte des processus ADR, dès la première consultation, est un instrument efficace de la gestion du différend avec le client.

5.1 *La médiation comme outil de l'effective business dispute management*

Lorsqu'une société multinationale ou une entreprise habituée à l'*effective business management* rencontre une difficulté dans l'exécution d'un contrat qu'elle soumet à son avocat, elle s'attend à ce que celui-ci aborde d'emblée la question du choix du mode de règlement approprié de cette difficulté. L'évaluation des approches extrajudiciaires du règlement des différends fait aujourd'hui partie intégrante de la consultation initiale demandée à l'avocat, au même titre que celle de la position juridique et des pronostics concernant l'issue probable d'une procédure judiciaire ou arbitrale. Il s'agit dès lors de fournir au client la palette des options envisageables, d'en expliquer les avantages et inconvénients, de ne pas appliquer le réflexe judiciaire comme une évidence, voire une fatalité, mais de le concevoir comme un dernier recours. Il ne faut bien entendu pas non plus donner l'illusion que la médiation est la panacée de tous les différends, car elle ne l'est point. Elle n'est qu'un des nombreux processus ADR auxquels l'on peut recourir.

L'avocat doit en général présenter «l'enveloppe financière»¹³¹ du règlement du problème à résoudre, procéder à une évaluation de la fourchette budgétaire probable suivant les scénarii envisagés. Il faut mettre un prix sur chaque approche retenue (honoraires, frais de justice, frais d'arbitrage, coûts de la médiation, etc.), estimer la longueur probable des procédures, le degré de participation nécessaire de certains employés ou cadres selon la procédure envisagée, comparer les résultats possibles, peser les avantages et désavantages de chaque procédure non seulement en termes juridiques, mais aussi économiques.¹³² L'enveloppe doit être mise à jour à intervalles réguliers, jusqu'au règlement effectif du différend.

Le montant probable des honoraires du conseil fait bien entendu partie de l'enveloppe, ce qui n'est pas toujours facile à appréhender tant les avocats sont peu formés à ce genre d'exercice. La difficulté surmontée, la collabora-

131 Les directions juridiques des grandes sociétés tendent de plus en plus à réduire leurs instructions à quelques mots: «Nous souhaitons recevoir votre consultation [en fin de semaine] avec si possible déjà une estimation de l'enveloppe globale.»

132 Pour des modèles «risque/bénéfice» de diverses approches envisageables, cf. MARC B. VICTOR, *Litigation Risk Analysis and ADR*, in: Donovan Leisure Newton & Irvine *ADR Practice Book*, 1990, p. 307 ss.

tion avec le client gagne en transparence et en efficacité, la confiance se trouvant renforcée.¹³³

Considérons à titre d'exemple la situation suivante:¹³⁴ un litige portant sur un contrat complexe comportant une clause d'arbitrage avec un montant en jeu de USD 12 mios. Un arbitrage est en cours. Un an après le début de la procédure, le recours à une voie transactionnelle se pose, l'idée de la médiation fait son chemin. Sur la base du dossier, l'enveloppe se présente alors ainsi:

	Arbitrage		Médiation		Gain potentiel du recours à la médiation
Temps nécessaire à l'obtention du résultat	sentence après 4 ans		transaction après 1 an		3 ans
Temps passé par les cadres et employés en relation avec le litige	1000 heures		200 heures		800 heures
Coûts de la procédure	\$ 800 000		\$ 56 000		\$ 744 000
Honoraires et frais	\$ 2,56 M		\$ 380 000		\$ 2,18 M
Résultats possibles (fourchette)	gagnant \$ 12,8 M ¹³⁵	perdant [\$ 5,56 M]	plafond \$ 8 M ¹³⁶	seuil [\$ 2 M]	possibilités plus rapides de recouvrement pour un montant potentiellement plus élevé et à moindres risques ¹³⁷

Les avantages potentiels pour l'entreprise sautent aux yeux. En premier lieu un résultat certain, se situant entre USD 2 et 8 mios, contre (i) au mieux USD 12,8 mios net en cas de victoire totale en arbitrage à l'issue d'une procédure longue, coûteuse, incertaine et aux effets perturbateurs sur l'organisation et les activités de l'entreprise, (ii) au pis USD 5,56 mios en cas d'échec et de condamnation à tous les frais de l'arbitrage. En second lieu, des économies considérables en temps et investissement de personnels dégageant des res-

133 C'est à ce stade du diagnostic que l'avocat peut se trouver en porte-à-faux entre l'intérêt de son Etude à conduire la procédure jusqu'à son terme et l'intérêt du client à la médiation dans laquelle l'avocat ne peut avoir qu'un second rôle; cf. à ce propos le commentaire de JÉRÔME RICHARDOT, in: CMAP, La médiation dans les conflits commerciaux et internationaux, Actes du Colloque du 20 octobre organisé avec le soutien de la Commission européenne, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, janvier 2002, p. 39, ainsi que p. 360–361 ci-après.

134 Exemple emprunté à EILEEN CARROL/KARL MACKIE, op. cit., note 45, p. 51–53.

135 Ne tient pas compte des intérêts.

136 Cela suppose que le résultat probable de la médiation pour l'entreprise demanderesse en arbitrage ne sera pas supérieur à 60% de ses conclusions en arbitrage, moins les frais (pourcentage considéré comme raisonnable selon les observations de CARROL/MACKIE).

137 Un gain plus important peut être réalisé si la médiation intervient avant le début de l'arbitrage.

sources qui pourront être affectées à d'autres projets. Tout cela sans compter d'autres avantages non quantifiables mais importants tels une meilleure ambiance au sein du département concerné, des opportunités de développer d'autres projets sur la base du résultat obtenu, etc.¹³⁸

Selon les statistiques publiées et celles transmises par les praticiens et les centres de médiation que nous avons pu interroger, la médiation aboutit à un arrangement dans environ 80–87 % des cas.¹³⁹ Sur la base de telles statistiques, aucun chef d'entreprise raisonnable ne devrait sciemment prendre le risque de laisser passer une chance d'aboutir à une solution négociée du différend si elle est envisageable. Mais il n'y a pas que les chiffres qui comptent, puisque les expériences démontrent, en particulier en Angleterre, que seules 5 à 10 % des parties à qui l'on propose la médiation l'acceptent. Pourquoi tant de réticence? Il y a au moins trois raisons possibles à cet apparent désintérêt.

1. Nombreux encore sont ceux qui considèrent que proposer une médiation ne peut qu'être interprété comme un signe de faiblesse par la partie adverse. La pratique démontre au contraire qu'y recourir est affaire de bonne gestion d'entreprise. C'est dans cet esprit que l'avocat de la partie qui décide d'en prendre l'initiative doit se rapprocher de l'avocat représentant l'autre partie pour mettre en route le processus. La démarche demande, en particulier dans les affaires internationales, doigté, sensibilité aux différences culturelles, des qualités de linguiste, le sens de la diplomatie et une approche positive et dynamique de la négociation.¹⁴⁰ Cette première approche est capitale pour la suite de la procédure. Elle requiert parfois l'intervention d'une institution de médiation¹⁴¹, voire les bons offices d'un tiers (une médiation sur le principe de recourir à la médiation).¹⁴²
2. L'analyse qui précède met en évidence qu'une part importante du coût de la procédure arbitrale ou judiciaire revient aux honoraires de l'avocat. Ce dernier n'aura pas de motivation économique à proposer ou pousser la mé-

138 Cf. également CARROL/MACKIE, op. cit., note 45, les exemples exposés à l'annexe V, p. 155–180.

139 LOUIS BUCHMAN, La médiation, mode alternatif de résolution des litiges internationaux, in: Revue de l'avocat, 4/2000, p. 8 ss; CARROL/MACKIE, op. cit., note 138, p. 89; ainsi que les statistiques disponibles sur les sites web de la plupart des institutions de médiation. Un avocat médiateur chevronné nous a indiqué un *track record* de plus de 90%.

140 A tel point qu'on se réfère parfois dans ce contexte à la pratique de la nouvelle *lex mercatoria*, ainsi que le fait BUCHMAN, op. cit., note 139.

141 Cf. articles 3–5 du Règlement OMPI (p. 394 ci-dessous), articles 2 et 3 Règlement CMAP, et article 2 Règlement ADR CCI (p. 404–405 ci-dessous).

142 Ceci est devenu une approche courante en matière de conflits de politique internationale, dans lesquels un médiateur intervient dans l'ombre dans un premier temps pour tenter d'amener les parties à accepter de prendre part à un processus ultérieur de négociation assistée. On parle alors de *Track Two Diplomacy*. Les accords d'Oslo entre Israéliens et Palestiniens, intervenus grâce à l'intervention dans l'ombre dans un premier temps d'un diplomate norvégien, en sont un exemple célèbre.

diation s'il pense qu'il en subira principalement les conséquences financières. Il y a là un lien évident (et encore trop souvent tu) entre l'intérêt du conseil à facturer¹⁴³ et le mode de résolution du litige conseillé au client. La difficulté sera d'autant plus grande si l'avocat n'est pas à l'aise avec les techniques de médiation. Il aura alors l'impression de perdre non seulement de l'argent s'il la conseille mais également le contrôle du dossier, tant les processus psychologiques, notamment ceux de dynamique de groupe, qui interviennent dans la médiation sont différents de la stratégie classique du combat judiciaire et de l'application jurisprudentielle du droit. D'où l'émergence de nouvelles relations avec le client, fondées sur une transparence caractéristique d'un plus grand partenariat. Dans ce type de relation de confiance à long terme, l'entreprise accordera plus de valeur (également en termes d'honoraires) à 1 heure de travail amenant une solution rapide et certaine qu'à 100 heures de travail la laissant dans une incertitude coûteuse. C'est à ce stade que les intérêts du client et de l'avocat convergent à nouveau et que se profile une nouvelle relation.¹⁴⁴

3. Il est évident enfin que tous les différends ne se prêtent pas à la médiation, comme nous l'avons vu.¹⁴⁵ Nous avons également constaté que les entreprises gérées de manière traditionnelle et hiérarchique optent rarement pour la médiation, non pas qu'elles n'en mesurent pas les avantages potentiels en coûts et investissements mais parce que les détenteurs du pouvoir de décision au sein de l'entreprise ne sont en général pas prêts ou ne souhaitent pas assumer la responsabilité de l'issue d'une transaction. Ils préfèrent s'en remettre à la décision du juge ou de l'arbitre, sur laquelle ils n'ont pas prise et que l'on ne pourra donc pas leur reprocher.

5.2 Rôle de l'avocat durant la médiation

L'avocat devrait assister son client durant tout le processus de la médiation, en particulier lorsque le médiateur n'est pas un juriste. Il n'y a pas de règle générale à ce sujet. Tout est une fois encore affaire de convention entre les parties et le médiateur.

Durant la médiation, l'avocat doit surtout être à l'écoute, rester en retrait et adapter ses réflexes à la dynamique consensuelle qui se dégage du groupe des participants.¹⁴⁶

143 Le *billing* et ses possibles conséquences directes sur les perspectives de succès professionnel au sein de son Etude.

144 BLUM, op. cit., note 130, p. 14.

145 Cf. p. 335 ci-dessus.

146 BLUM, op. cit., note 144, p. 17-19.

5.3 Rôle de l'avocat en fin du processus

C'est en fin de processus que l'avocat revient au premier plan, lorsqu'il s'agit de finaliser le protocole d'accord intervenu entre les parties.¹⁴⁷ Le médiateur ne devrait jamais conduire les parties à conclure un accord sans que celui-ci ait été revu et validé par leurs avocats.

Lorsque la médiation échoue, l'avocat revient à son rôle traditionnel et engage le procès ou l'arbitrage.

III. Troisième partie: qualification, contenu et efficacité des accords intervenant dans le processus de la médiation

1. Les clauses ou accords de médiation

1.1 Typologie

Les conventions de médiation peuvent être conclues sous forme de clause de médiation contenue dans un contrat ou sous forme de convention de médiation indépendante, conclue après la survenance d'un différend.

Les parties peuvent convenir à la fois de recourir à la médiation et de désigner des règles applicables, y compris celles relatives au choix du médiateur. Eiholzer qualifie cette approche de «*einstufiges Verfahren*». ¹⁴⁸ Le contrat – s'il contient ces deux composantes – ne devient parfait que lorsque le médiateur aura accepté sa mission, ce qu'il ne peut bien entendu pas faire à l'avance. Ainsi perçu, le contrat de médiation est conditionnel à la survenance d'un événement incertain: l'acceptation par le médiateur de conduire le processus avec les parties (article 151 alinéa 1 CO).¹⁴⁹

Une deuxième approche consiste à prévoir la mise en route de la médiation en deux temps (*zweistufiges Verfahren*). Les parties conviennent d'abord de recourir à la médiation, soit par une disposition contractuelle, soit par un accord subséquent. Dans un second temps, elles concluent un accord spécifique concernant le processus avec le médiateur.¹⁵⁰

Quelle que soit l'approche choisie, deux types d'obligation surviennent successivement. Il y a une obligation de résultat pour ce qui concerne la mise en œuvre de la médiation. L'aboutissement de la médiation relève d'une obli-

¹⁴⁷ Id. p. 19.

¹⁴⁸ EIHOLZER, op. cit., note 13, n° 724, p. 202–203.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ Id. n° 727, p. 203.

gation de *best efforts*¹⁵¹, car il n'y a aucune obligation pour les parties de conclure une transaction.¹⁵²

1.2 Qualification

La qualification du contrat de médiation varie en droit suisse entre celle de mandat (selon Eiholzer) et celle de contrat proche de la convention de procédure (selon Engel).

Pour Eiholzer, la caractéristique essentielle de la médiation est l'activité de conseil du médiateur (*Beratung*).¹⁵³ En conséquence, la convention de médiation est un mandat pur et simple, régi par les articles 394 ss CO.

Engel est plus nuancé. Il qualifie le contrat de médiation de mandat uniquement, semble-t-il, lorsque la mission du médiateur est définie ponctuellement.¹⁵⁴ Il en donne l'exemple suivant: les parties en désaccord sur l'interprétation d'une disposition contractuelle ou sur l'exécution d'un rapport de droit «recourent à la figure du mandat au sens de CO 394 ss (...) et chargent le médiateur de résoudre la difficulté, ou de leur donner un avis.»¹⁵⁵ Engel ajoute cependant que la définition du conflit «fonde la compétence du conciliateur, du médiateur (...).» Suivant le cas il peut y avoir convention de procédure.¹⁵⁶

Le mandat est certes «la grande figure subsidiaire des obligations de faire, ce qui a permis à beaucoup d'auteurs suisses d'adopter la qualification du contrat d'arbitre comme une variété du mandat».¹⁵⁷ La tentation est grande d'appliquer le même raisonnement au contrat de médiation. Cependant, la doctrine dominante a abandonné la notion de mandat pour le contrat d'arbitre, qualifié en général de contrat *sui generis*.¹⁵⁸ Force est de constater également que le mandat ne correspond pas non plus au contrat de médiateur. Les choses sont, comme le suggère Engel, plus nuancées.

En effet, la qualification de mandat pur et simple reflète une notion restrictive, voire réductrice, de la médiation qui ne correspond pas à celle exposée

151 Obligation de moyens, pourrait-on dire, par opposition à l'obligation de résultat.

152 JARROSSON, Le respect nécessaire des clauses de conciliation, note sous Cass. com., 28 novembre 1995, Peyrin et autres c/ société Polyclinique des Fleurs, Rev. arb. 1996, p. 613, en particulier n° 15 ss, p. 618–619; JARROSSON, La sanction du non-respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation, note sous Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier et 6 mars 2001, in: Rev. arb. 2001, p. 752 ss, en particulier 754; MOURRE, op. cit., note 59, p. 71.

153 EIHOLZER, op. cit., note 13, n° 705 ss, p. 196 ss.

154 PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Chapitre 37, Les contrats en relation avec la prévention ou la résolution des litiges, p. 843 ss, en particulier p. 845.

155 Id.

156 Id. p. 846.

157 REYMOND, op. cit., note 77, p. 968–969.

158 Id. p. 969.

dans le présent rapport. La médiation n'est pas simplement l'œuvre du médiateur; elle est aussi et surtout l'œuvre des parties qui conviennent de faciliter la résolution négociée de leur différend par la mise en œuvre de techniques spécifiques et appropriées à chaque cas. Il n'y a pas place ici pour la notion d'obligation pour le médiateur de suivre les directives des parties, sauf à dénaturer le processus.

On ne peut pour autant parler de contrat de procédure puisque le médiateur n'a aucun pouvoir juridictionnel, contrairement à l'arbitre. De plus, la convention de médiation ne concerne pas *stricto sensu* la procédure judiciaire. Pour être qualifiée de contrat de procédure, il faudrait que la convention résulte de déclarations «faites par les parties au cours de l'instruction de la cause.»¹⁵⁹ Ainsi, dès lors que les parties ne sont pas «des parties au procès», il ne peut y avoir contrat de procédure, sauf si la loi de procédure civile cantonale le prévoit.

La Cour de cassation zurichoise a confirmé, dans un arrêt rendu le 15 mars 1999¹⁶⁰, que la convention de médiation n'était pas un contrat de procédure au motif que ce type de contrat n'est pas prévu par la loi de procédure civile zurichoise (ZPO), à la différence de la convention de prorogation de for et de la convention d'arbitrage.

S'il est vrai que la clause de médiation n'est pas un contrat de procédure *stricto sensu*, comme le souligne à juste titre la Cour de cassation, il n'en demeure pas moins qu'elle a non seulement des effets contractuels mais également certains effets processuels. Elle aménage un préalable obligatoire à l'action en justice durant lequel les parties s'engagent, valablement en droit suisse, à renoncer à agir en justice.

Suivant le différend soumis à la médiation, la méthode appliquée et les efforts déployés par le médiateur pour tenter d'amener les parties à le résoudre, la relation tripartite établie entre les parties et le médiateur est plus proche du contrat de société que du mandat. En effet, le type de relation et la dynamique tripartite supposent une relation *intuitu personae* pour atteindre un but commun: la résolution du différend par la voie de la négociation assistée. Les parties joignent leurs efforts à ceux du médiateur et financent le processus. Le médiateur apporte son industrie et son savoir-faire pour faciliter une solution.

Ainsi conçu, – et en l'absence de jurisprudence sur ce point –, nous considérons que le contrat de médiation est un contrat *sui generis* comportant à la fois des caractéristiques de la société simple (articles 530 ss CO par analogie) et du mandat. Les parties sont en effet libres de mettre fin à la médiation en tout temps, de même que le médiateur s'il constate que les efforts sont vains

159 Arrêt de la Cour de justice de Genève du 3 octobre 1985, cité par Engel, op. cit., note 154, p. 847; cf. également BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., note 12, n° 2 ad article 72 LPC.

160 ZR-99-29.

ou que la réalisation du but commun est impossible (article 404 CO par analogie).

Une telle qualification permet de couvrir tout le champ de la médiation en faisant ressortir, selon les cas, les caractéristiques plus proches du mandat que de la société simple, et vice versa. Tout est en définitive question de degré de participation des parties au processus, de type de conflit ou de différend soumis à la médiation. Dans les cas les plus simples, tel celui de l'exemple donné par Engel mentionné ci-dessus, l'aspect mandat domine. Cependant, même dans ce cas, toutes les dispositions des articles 394 ss CO ne peuvent s'appliquer. Par exemple, l'article 400 CO ne trouve pas sa place dans la relation de médiation décrite ci-dessus.

2. Forme et contenu de la convention de médiation

2.1 *Forme*

La convention de médiation n'est soumise à aucune forme particulière en droit suisse.

2.2 *Contenu*

Il est souhaitable que la convention de médiation soit rédigée de telle sorte que tout au long de son exécution elle réponde aux attentes légitimes de chacun des signataires. Ceci est avant tout affaire de technique contractuelle. L'exercice est fort complexe en matière de convention de médiation, à tel point que les spécialistes parlent à ce propos d'ingénierie contractuelle. Aussi les parties tendent-elles à recourir à des clauses types dont le but est de faciliter la mise en œuvre de la médiation.¹⁶¹

Cela ne signifie pas qu'il faille nécessairement recourir à la médiation institutionnelle. Les parties peuvent bien entendu se contenter d'utiliser les dispositions d'un règlement de médiation comme *check list* lors de la rédaction des conventions ad hoc.¹⁶² Cette approche n'est pas sans danger et les points suivants devraient, au minimum, être traités dans les conventions de médiation ad hoc.

¹⁶¹ LAGARDE, op. cit., note 10, p. 428.

¹⁶² Cf. annexe B, p. 411–414 ci-dessous.

a) Volonté de recourir à la médiation

La volonté expresse des parties de recourir à la médiation doit ressortir clairement des conventions, de même que leur engagement de ne pas saisir les tribunaux ou aller en arbitrage tant que le processus n'aura pas eu lieu (ou tant qu'il est en cours si la médiation a déjà commencé).

b) Confidentialité

Le seul moyen de s'assurer de la confidentialité de la médiation est de le prévoir dans la convention, expressément ou par référence à un règlement.¹⁶³

Certes, lorsqu'elle qualifie la convention de médiation de mandat, une partie de la doctrine considère que les droits accessoires (*Nebenpflichten*) découlant de l'article 398 alinéa 2 CO (qui exige une bonne et fidèle exécution du mandat par le mandataire) imposent une obligation de confidentialité et de secret au médiateur; en tout état, cette obligation ne peut s'étendre aux parties.¹⁶⁴ On notera par analogie qu'un courant doctrinal a recouru à cette même notion de droits accessoires découlant de l'article 398 alinéa 2 CO pour fonder l'obligation de confidentialité qui s'impose à l'arbitre.¹⁶⁵ Or, la jurisprudence récente en matière d'arbitrage international dégage le principe inverse: sauf accord des parties et de l'arbitre sur le sujet, il n'y a pas de confidentialité de l'arbitrage mais une simple obligation de discrétion s'imposant à tous les participants à la procédure.¹⁶⁶

La même conclusion s'applique à notre avis en matière de médiation. La seule protection efficace est donc celle convenue par les parties et le médiateur. Cela signifie que les parties doivent non seulement convenir de l'application du principe de la confidentialité mais aussi de son étendue dans la convention de médiation (directement ou par référence à un règlement).¹⁶⁷

Il n'existe malheureusement pas de clause standard qui puisse s'appliquer à tous les cas.¹⁶⁸

163 Cf. p. 347 ss ci-dessus.

164 EIHOLZER, op. cit., note 13, n° 810ss, p. 236ss.

165 Cf. par exemple, FRANZ HOFFET, *Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien*, Zurich, 1991, en particulier p. 233ss.

166 Cf. la jurisprudence citée in: DOMINIQUE BROWN-BERSET, *Is Confidentiality Bound to be a Truism in International Commercial Arbitration*, in particular in *Cases relating to Technology Disputes?*, in: *Confidentiality and Privilege in International Mediation and Arbitration*, ABA, *The Power of the ADR*, Washington, 26–28 avril, 2001.

167 Cf. p. 347, et surtout 349 ss ci-dessus, et par exemple les articles 14 à 17 du règlement OMPI (qui sont les plus détaillés sur le sujet, p. 396 ci-dessous), l'article 6, 4^e paragraphe du Règlement CMAP (p. 400 ci-dessous), les articles 7 et 8 du Règlement CSMC (p. 400 ci-dessous) et l'article 7 du Règlement ADR CCI (p. 406–407 ci-dessous).

168 Cf. les dispositions auxquelles nous faisons référence à la page 349 supra.

2.3 Suspension de la prescription

Le recours à la médiation ne suspend ni n'interrompt les délais de prescription (cf. p. 350–351 ci-dessus). Il faut donc prévoir une telle suspension dans la convention de médiation, au plus tard au moment où le processus commence.

La majorité des règlements de médiation dispose que le commencement de la médiation suspend le délai de prescription. Les parties auront avantage à recourir à l'application des règles contenues dans ces règlements pour s'assurer d'obtenir l'accord de l'autre partie sur ce point avant la survenance du différend.¹⁶⁹ Il sera plus difficile de s'accorder sur ce point une fois le différend survenu.

3. Droit applicable

Le droit applicable aux clauses de médiation est celui choisi par les parties (article 116 LDIP). En général cela sera le même droit que celui qui régit le contrat qui les englobe.

La même règle s'applique à la convention de médiation conclue une fois le différend survenu (article 116 LDIP).

A défaut d'élection de droit, la clause ou la convention de médiation est régie par le droit de l'Etat avec lequel elle présente les liens les plus étroits (article 117 alinéa 1 LDIP). Lorsque l'on peut qualifier la convention de médiation de mandat pur et simple, ou de contrat *sui generis* dont les caractéristiques essentielles sont celles du mandat, elle est régie par le droit de l'Etat du médiateur, qui fournit la prestation caractéristique du contrat (article 117 alinéas 2 et 3 lit. c LDIP). La même conclusion s'impose si la convention de médiation peut être qualifiée de contrat *sui generis* à prédominance de société simple. Le médiateur serait alors considéré comme l'associé auquel est confiée en première ligne la gestion de l'entreprise commune qu'est la médiation (articles 150 alinéa 2 et 117 alinéa 3 lit. c LDIP).¹⁷⁰

Il est recommandé de soumettre la convention de médiation à une élection de droit. Faute d'un tel choix, les parties pourraient voir, par exemple, le droit américain régir la médiation du simple fait qu'elles auraient choisi un médiateur américain expérimenté. A cet égard, il sied de relever que l'article 13 du Règlement CSMC pose que les rapports entre les parties et le médiateur sont régis par le droit suisse.¹⁷¹

169 Cf. article 27 Règlement OMPI et article 12 du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

170 SJ 1980, 192; SJ 1980, 49, 56; ATF 100 II 450, 452; ATF 99 II 315, 319.

171 Cf. p. 403 ci-dessous.

4. Efficacité des conventions de médiation

L'efficacité de la convention de médiation est de nature contractuelle. La difficulté consistera dès lors à sanctionner la partie qui refuse de se soumettre à l'obligation de recourir à la médiation en préalable à l'action judiciaire ou à l'arbitrage. En effet, les sanctions de nature contractuelle (dommages et intérêts) ne sont pas satisfaisantes. Aussi, en pratique, la partie victime de la violation cherche-t-elle à faire sanctionner l'auteur de la violation par la recherche d'une sanction procédurale (elle invoque l'irrecevabilité de la demande ou demandera la suspension de la cause).

Dans un arrêt du 15 mars 1999¹⁷², la Cour de cassation zurichoise a confirmé un jugement de première instance considérant que, dès lors que la convention de médiation n'était pas une convention de procédure mais une convention relevant du droit de fond, son efficacité était purement contractuelle. La Cour a d'abord constaté que le ZPO ne prévoyait pas la convention de médiation au contraire de la clause d'élection de for ou d'arbitrage. Elle a ensuite noté qu'aucune disposition de procédure civile ne lui permettait de remplacer ou de compléter la procédure de conciliation devant le juge de paix (*friedensrichterliches Sühnverfahren*) par une conciliation ou une médiation menée par une personne privée. Dès lors, selon l'autorité zurichoise, il n'y a pas lieu pour le juge saisi de déclarer irrecevable la demande déposée par une partie en violation de la clause de médiation ni de suspendre la procédure jusqu'à ce que le processus ait été mis en œuvre et soit terminé. La Cour de cassation laisse entendre qu'elle aurait pu conclure différemment si elle avait pu qualifier la convention de contrat de procédure, en particulier si le ZPO en traitait (comme il traite des clauses d'élection de for et des clauses arbitrales).

A suivre cette décision, l'efficacité de la clause de médiation est donc bien exclusivement contractuelle en droit suisse et laissée au bon vouloir des parties. Le Tribunal fédéral l'a implicitement reconnu dans l'arrêt rejetant le recours de droit public formé contre la décision de la Cour de cassation zurichoise.¹⁷³ La violation de l'obligation contenue dans l'accord de médiation de ne pas recourir à la voie judiciaire sans médiation préalable pourra, dit le Tribunal fédéral, faire l'objet de sanctions relevant du droit de fond, sans autre précision à ce sujet.

Cette solution n'est guère satisfaisante. L'obligation de résultat contenue dans la convention de médiation n'a de sens que si elle peut être sanctionnée autrement que par l'octroi de dommages intérêts à la partie fautive (article 97 ss CO), et cela pour deux raisons au moins. Premièrement, cette sanction viendra trop tard et vide de tout son sens l'obligation de recourir à la médiation avant le

¹⁷² Cf. note 160.

¹⁷³ Arrêt 4 P.125/1999, du 23 août 1999, considérant 2b, p. 6.

procès. Secondement, il sera difficile, voire impossible, à la partie victime de la violation de la clause de médiation de justifier le quantum du dommage subi.¹⁷⁴

Cette situation devrait inciter les parties à assortir les conventions de médiation d'une peine conventionnelle en cas de non-respect de l'obligation de se soumettre à la médiation. Une telle peine, valable au regard des articles 160 à 163 CO, est couramment utilisée pour assurer l'exécution d'obligation de faire ou de ne pas faire (par exemple, les obligations de confidentialité ou de non-concurrence). Son effet est dissuasif et ne peut éviter la violation de l'obligation. Elle a l'avantage de faciliter la sanction de cette violation en termes financiers.

5. Accords intervenant à l'issue de la médiation

5.1 Typologie

a) Nouveaux arrangements contractuels

Suivant le champ de la médiation, et le moment auquel elles interviennent, les parties peuvent conclure des accords qui vont bien au-delà d'une simple transaction et constituent de nouveaux arrangements. Cela sera en général le cas lorsque la médiation intervient à titre préventif, avant qu'un litige ne soit né. La qualification de ces nouveaux accords se fera de cas en cas. Leur efficacité sera exclusivement contractuelle.

b) Transaction (*Vergleich*)

Dans la plupart des cas, la médiation aboutit à une transaction (*Vergleich*). La transaction est «un contrat par lequel les parties terminent un litige ou mettent fin à une incertitude touchant un rapport de droit, ceci par des concessions réciproques.»¹⁷⁵

L'efficacité de la transaction sera contractuelle ou procédurale selon le moment auquel elle intervient. Dans la plupart des cas, la transaction intervenant à l'issue d'une médiation sera extrajudiciaire. Elle sera judiciaire ou pourra prendre la forme d'une sentence arbitrale si elle intervient durant le procès ou l'arbitrage et est entérinée par le juge ou l'arbitre.

(a) La transaction extrajudiciaire (*aussergerichtlicher Vergleich*)

La transaction extrajudiciaire est un contrat innommé, qui peut être conclu expressément ou par acte concluant. Il n'y a donc pas d'exigence de forme.¹⁷⁶

¹⁷⁴ JARROSSON, op. cit., note 152, p. 755.

¹⁷⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Transaction, Fiche juridique suisse 463, Genève, 1952, p. 1.

¹⁷⁶ ENGEL, op. cit., note 154, p. 860; PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Festgabe Schluep, Zurich, 1988, p. 3 ss.

En pratique, les transactions qui interviennent à l'issue d'une médiation font l'objet d'un protocole d'accord détaillé écrit. Il peut y avoir un simple relevé de points d'accord si le temps manque au moment où les participants se séparent pour dresser un procès-verbal d'accord final.

Comme tout contrat, la transaction peut être attaquée pour vices de la volonté ou erreur (articles 23, 24, 28, 29 et 30 CO).

La transaction n'emporte pas novation, celle-ci ne se présument pas (article 116 alinéa 1 CO). L'accord valant transaction extrajudiciaire ne constitue pas un titre exécutoire en droit suisse.

(b) La transaction judiciaire (Prozessvergleich)

Lorsque la médiation commence après qu'un tribunal a été saisi, les parties peuvent souhaiter que les points principaux de l'arrangement soient soumis au juge et homologués par lui dans la forme d'un jugement. La transaction judiciaire met fin à l'instance et est consignée selon les dispositions de procédure civile cantonales applicables. Elle a la même valeur qu'un jugement, mais garde sa nature contractuelle.

En conséquence, la transaction judiciaire est exécutoire au même titre qu'un jugement, mais elle n'a ni la force ni l'autorité de la chose jugée. Il n'y a pas d'appel ou révision possible. En cas d'erreur sur un élément essentiel de la transaction judiciaire, celle-ci pourra, le cas échéant, être invalidée sur la base de l'article 24 CO. Il en va de même si son objet est illicite ou contraire aux mœurs ou affecte un rapport de droit dont les parties ne peuvent disposer librement (articles 19 et 20 CO, et articles 27 et 28 CC).¹⁷⁷

Le régime des transactions est complexe et dépasse le cadre de la présente étude. Il donne lieu à une multitude de solutions nationales et internationales, souvent contradictoires. Par exemple, selon l'article 51 CL, les transactions judiciaires sont exécutoires dans l'Etat requis aux mêmes conditions que les actes authentiques. La Cour européenne de justice a jugé, dans un arrêt du 2 juin 1994, qu'elles ne constituent pas des décisions au sens de l'article 25 de la Convention car elles revêtent «un caractère essentiellement contractuel en ce sens que [leur] contenu dépend avant tout de la volonté des parties.»¹⁷⁸ La transaction judiciaire ne peut donc pas être exécutée comme un jugement selon la Convention de Lugano.

177 YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. II, Berne, 1997, en particulier n° 2531 ss; ENGEL, op. cit., note 154, p. 860ss; MEIER-HAYOZ, op. cit., note 175, p. 2 *in fine*; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., note 12, ad article 56 LPC; POUDRET/WURZBURGER/HALDY, Procédure civile vaudoise: Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, à jour au 31 mars 1999, commenté et comparé avec le droit fédéral et huit procédures cantonales (AG, BE, FR, GE, JU, NE, VS, ZH), 1991, ad article 158 CPC.

178 Affaire C-414/92, Solo Kleinmotoren GmbH c/ Emilio Boch, Rec. I-2237.

Par ailleurs, la notion de transaction judiciaire de l'article 30 LDIP est plus large que celle de l'article 51 CL.¹⁷⁹ Enfin, l'article 36 de l'avant projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale pose que les transactions homologuées par un tribunal sont assimilées aux jugements¹⁸⁰.

Comment concilier toutes ces dispositions et proposer une solution uniforme et cohérente? Sans doute le législateur suisse devra-t-il mettre à plat le régime des transactions judiciaires pour le clarifier dans la nouvelle législation de procédure civile fédérale.

5.2 *Sentences d'accord parties*

Lorsque la médiation intervient au cours d'une procédure d'arbitrage, les parties peuvent formaliser leur accord dans une transaction, se bornant à demander aux arbitres de mettre un terme à la procédure arbitrale. Elles peuvent également leur demander de constater dans une sentence l'accord intervenu.¹⁸¹ On parle alors de sentence accord parties.

La sentence accord parties est prévue à l'article 34 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage.¹⁸² Cette disposition n'a pas son pendant dans la LDIP mais on s'accorde à considérer que les sentences accord parties sont possibles aussi en matière d'arbitrage international.

La plupart des règlements d'arbitrage permettent la même approche (cf. article 26 du Règlement d'arbitrage CCI, article 45 du Règlement d'arbitrage international de la Chambre de commerce de Zurich, article 21 du Règlement de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève).

La sentence d'accord parties est exécutoire et a, selon la majorité des auteurs, autorité de la chose jugée, comme une sentence finale.¹⁸³ Ainsi, contrairement à ce qui est en général le cas pour la transaction judiciaire, la sentence d'accord parties peut faire l'objet d'un recours. Elle est également exécutoire aux termes des dispositions de la Convention de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York). Des voix divergentes se sont élevées à ce sujet dans la doctrine à l'occasion de l'adoption des articles 30 et 31 de la Loi type CNUDCI sur l'arbitrage international dans certains Etats.¹⁸⁴ Ces dispositions autorisent les sentences accord parties non moti-

179 DONZALLAZ, op. cit., note 177, n° 2567.

180 Cité, en particulier, dans BUCHER, op. cit., note 28, p. 130.

181 FRANÇOIS DESSEMONTET, L'instance arbitrale et la transaction, p. 367ss, in: Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, p. 369ss.

182 Sur l'effet d'une telle sentence sur l'instance, cf. DESSEMONTET, op. cit., note 179.

183 JOLIDON, op. cit., note 49 ad article 34, p. 486.

184 En particulier en Allemagne; cf. GINO LÖRCHER, Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions, in: Arbitration International 2001, p. 275.

vées (par référence de l'article 30 à l'article 31). Certains auteurs se demandent si de telles sentences répondent encore à la définition de sentence arbitrale au sens de la Convention de New York. D'autres considèrent que la sentence d'accord est certes une sentence au regard de la Convention de New York, mais que les arbitres doivent procéder à un minimum de vérifications avant d'entériner une sentence exécutoire rédigée par les parties ou non motivée qui aura dès leur signature autorité de la chose jugée.¹⁸⁵

IV. Quatrième partie: Faut-il adopter des normes spécifiques en matière de médiation commerciale?

1. Mesures d'accompagnement et d'encouragement à la médiation

Nous ne pensons pas qu'il faille légiférer en matière de médiation commerciale et tenter de placer le processus dans un cadre procédural prédéterminé. En revanche, un certain nombre de mesures nous apparaissent souhaitables pour assurer l'efficacité de la clause de médiation et accompagner sa mise en œuvre.

Trois types de mesure paraissent opportunes pour permettre à la médiation de se développer, dans l'intérêt des utilisateurs et des tribunaux qui pourraient par ce biais être déchargés de certaines affaires. D'abord, une norme de procédure civile fédérale imposant la suspension de l'instance en cas de non respect d'une convention de médiation serait indiquée. Il faut ensuite poser le principe que le médiateur ne peut être astreint à témoigner, comme les médecins, les ecclésiastiques et les avocats, même si l'article 321 CP ne le mentionne pas. Une telle disposition devrait être assortie d'une règle instituant l'irrecevabilité en tant que moyen de preuve des informations et des pièces obtenues en violation des obligations de confidentialité des parties.¹⁸⁶ Enfin, l'article 134 CO devrait être modifié pour que la médiation emporte la suspension de la prescription.

1.1 Suspension de la procédure ou sursis à statuer

Lorsque des parties se sont engagées à ne pas procéder en justice avant la médiation, on ne peut tolérer que l'une d'elles passe outre sans qu'il existe un

185 LÖRCHER, op. cit., et également SERGE LAZAREFF, Aux frontières de l'arbitrage et de l'ADR, La sentence d'accord des parties, Gazette du Palais, 14–15 novembre 2001, p. 3, CHRISTOPHER NEWMARK/RICHARD HILL, op. cit., note 89, p. 81 ss.

186 Cf. par exemple, article 13 alinéa 1 du projet de loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale (p. 381 et 410 ci-dessous).

motif impérieux de le faire (sauvegarde d'un droit, interruption de la prescription, etc.). La violation de la convention de médiation devrait pouvoir être sanctionnée autrement que par l'octroi d'éventuels dommages et intérêts. Il s'agit en effet de faire exécuter une convention instituant un préalable de médiation, et pouvoir véritablement sanctionner l'inexécution par une partie de l'obligation de résultat consistant à mettre en œuvre le processus.¹⁸⁷

Aussi, l'idée de substituer à une efficacité contractuelle une efficacité procédurale de la convention de médiation, à l'image de ce qui se fait en arbitrage, a-t-elle germé dans l'esprit d'une partie de la doctrine. L'action intentée en violation de l'obligation préalable de médiation devrait ainsi être irrecevable, position prise par la Cour de cassation française dans certains arrêts.¹⁸⁸

Nous ne pensons pas que l'on doive aller si loin. L'exception de médiation n'est pas envisageable non plus car le médiateur n'a pas de compétence qui viendrait en concurrence avec celle du juge.

Seule la voie de la suspension est adéquate. De *lege ferenda*, le législateur fédéral devrait inclure dans la législation uniforme de procédure civile une disposition relative au sursis à statuer. Aux termes de cette disposition, le juge prononcerait la suspension à chaque fois qu'une partie le saisisrait en violation d'une obligation d'engager le processus de médiation (sauf s'il s'agit de préserver des droits légitimes et protégés), et à condition que la suspension soit demandée *in limine litis*.¹⁸⁹

Une telle approche aurait l'avantage de décharger les tribunaux de certains dossiers tout en encourageant le recours à la médiation.

1.2 *Respect de l'obligation de secret du médiateur et protection de la confidentialité des informations et documents obtenus par une partie au cours de la médiation*

Aucun code de procédure civile cantonale ne traite de ces questions. Il est opportun qu'elles le soient dans la nouvelle législation unifiée de procédure civile. Cela aurait le mérite de la clarté, de l'uniformité et l'avantage de mettre sur pied d'égalité tous les médiateurs, qu'ils soient soumis au secret profes-

187 Cf. p. 368 ci-dessus.

188 Société polyclinique des Fleurs c/ Peyrin, Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, in: Rev. arb. 2001, p. 750 et note JARROSSON, p. 759ss, qui souligne qu'en droit français, il est «admis très communément qu'une fin de non-recevoir puisse avoir une origine conventionnelle. Les parties peuvent, du moment qu'elles ne suppriment pas totalement l'accès au juge, «neutraliser la justice» temporairement et jusqu'à ce qu'elles aient mis à exécution la clause de conciliation ou de médiation, voire d'expertise, dont elles étaient convenues» (p. 760).

189 JARROSSON, op. cit., p. 763.

sionnel (avocats, médecins) ou non. A terme, de telles dispositions favoriseraient l'égalité de traitement et contribueraient à l'uniformisation des pratiques de médiation.

Le législateur pourrait utilement s'inspirer des articles 160 et 161 LOJ récemment adoptés pour le médiateur pénal à Genève. Selon l'article 160, «le médiateur pénal est tenu de garder le secret sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.» L'article 161 ajoute: «(1) Le médiateur pénal ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté. (2) Le dossier du médiateur pénal est insaisissable.»

Relevons que la nécessité d'instituer des normes uniformes sur la protection du secret et de la confidentialité en matière de médiation est à l'origine du projet de loi fédérale uniforme de la médiation aux Etats-Unis (*Uniform Mediation Act*). L'objet principal du *Uniform Mediation Act* est en effet l'uniformisation des plus de 2 500 lois sur le sujet dans les divers Etats américains.¹⁹⁰

Journal of Dispute Resolution 2002, 1, 101-102

1.3 Modification de l'article 134 CO

Les causes de suspension de la prescription sont énumérées de manière limitative à l'article 134 CO.

L'article 134 CO devrait être modifié afin que le recours à la médiation entraîne *per se* la suspension du délai de prescription du début à la fin de la médiation. Ceci requerra une définition précise des processus qui entrent dans la notion de médiation, ainsi que de ce qui doit être considéré comme le début et la fin de la médiation. Le législateur pourra s'inspirer pour ce faire des dispositions du projet type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale.¹⁹¹

2. Faut-il judiciariser la médiation?

La question ressemble à une boutade. Cependant, le développement considérable de la médiation constaté en France et en Angleterre après l'adoption de dispositions de procédure civile instaurant un régime de médiation judiciaire

190 ELLEN E. DEASON, Predictable Mediation Confidentiality in the U. S. Federal System, in: 17 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2002, p. 239ss.

191 Cf. p. 378–380 ci-dessous.

démontre qu'une telle approche donne des résultats positifs à plusieurs égards: familiarisation avec le processus, auquel l'on recourt plus facilement, uniformisation des approches, etc. Faut-il aller dans la même direction? Certes oui si on le fait sans limiter la liberté des parties et du médiateur et sans obliger le médiateur à rendre d'autres comptes au juge que le résultat de son entreprise, sans autres détails.

Si on allait cette voie en Suisse, il faudrait simultanément assurer la formation des juges en matière d'ADR afin qu'ils soient en mesure de recommander ou ordonner la médiation en toute connaissance de cause et ne se cantonnent pas à la conciliation, procédure judiciaire connue. Il serait également opportun de prévoir que le médiateur soit toujours choisi par les parties.¹⁹² Enfin, il faudrait organiser des programmes pilotes pour se familiariser et tester la mise en œuvre du processus, comme cela a été fait en France et en Angleterre par exemple. De tels programmes devraient d'ailleurs être mis sur pied sans attendre pour évaluer le potentiel d'une éventuelle judiciarisation de la médiation avant de légiférer.¹⁹³

Dans ce contexte, deux séries d'initiatives retiennent l'attention, car elles sont riches d'enseignement pour le législateur et les praticiens: le projet de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et le Livre vert de la Commission européenne sur les ADR.

3. Projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

3.1 Un projet dans la mouvance de l'arbitrage international

Au moment où, en 1999, Bill Gates comparait le rythme probable du développement commercial et industriel d'ici 2010 à celui intervenant durant les cinquante ans précédents, Pieter Sanders concluait sa réflexion sur ses soixante années de pratique arbitrale. Coïncidence ou même sensibilité aux changements déjà en cours? Il est permis de penser que les deux hommes partageaient la même intuition concernant l'évolution probable des entreprises dans les années à venir.

¹⁹² Cf. législations française et anglaise, p. 337 ss ci-dessus.

¹⁹³ Une expérience pilote a été menée par le *Bezirksgericht* de Zurich en 2001, dont les résultats sont disponibles sur <http://www.gerichte-zh.ch/gerichte/BGZPortal.nsf/6f2aefcd7bf1176bc1-256a810035d970>; cf. également, HAZEL GENN, The Central London County Court Mediation Scheme, Evaluation Report, in: Lord Chancellor's Department Research Series n° 5198, Londres, juillet 1998.

En professionnel des modes de résolution des conflits extrajudiciaires, Sanders percevait le potentiel immense que représentait l'émergence des processus ADR pour les entreprises de la nouvelle économie. Il suggérait que le moment était venu de compléter la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international¹⁹⁴ sur l'arbitrage commercial international par une loi type sur la conciliation.¹⁹⁵ La proposition reposait sur le constat que les acteurs du commerce international recouraient de plus en plus à la conciliation ou à la médiation¹⁹⁶ pour tenter de résoudre leurs différends en dehors du cadre de l'arbitrage, et que le phénomène s'était amplifié avec l'adoption de la Loi type sur l'arbitrage commercial international.

En effet, à l'instar du Canada, premier pays à l'avoir adoptée en 1986, bon nombre d'Etats ont choisi d'ajouter des dispositions sur la conciliation à celles traitant uniquement de l'arbitrage à l'occasion de l'adoption de la Loi type. Ce fut là sans doute l'un des effets les plus inattendus de la Loi type sur l'arbitrage commercial international, qui ne mentionne ni ne fait référence à la conciliation. Ce silence était qualifié puisque les propositions, en particulier celle de la Chine, d'introduire une disposition sur la conciliation ont été rejetées lors de l'adoption du texte final par la Commission en 1985.¹⁹⁷ En 1999 pourtant, treize des trente et un Etats qui avaient adopté la Loi type avaient choisi soit de faire référence expresse à la conciliation dans certaines de leurs dispositions, soit d'adopter à cette occasion une réglementation complète en matière de conciliation, intitulant leur nouveau texte «Loi sur la conciliation et l'arbitrage.»¹⁹⁸

L'analyse de Sanders révélait également que seuls les Etats qui avaient adopté la Loi type sur l'arbitrage commercial international disposaient d'une législation relative à la conciliation commerciale internationale. Ceux dont la législation n'est pas basée sur la Loi type n'en ont pas en général; c'est d'ailleurs le cas de la Suisse.¹⁹⁹ Cette tendance législative ainsi que l'adoption

194 Ci-après «CNUDCI» ou «Commission».

195 PIETER SANDERS, *Quo vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, 1999, p. 406ss.

196 Pour SANDERS, la conciliation englobe la médiation, les deux termes étant selon lui interchangeables (cf. p. 353). Selon cette approche, la «notion-mère» serait la conciliation et non pas la médiation, contrairement à la définition proposée par JARROSSON, à laquelle nous nous rallions.

197 Plusieurs provinces canadiennes, notamment la Colombie Britannique, ont suivi la première approche, de même que le Pérou, le Brésil, Singapour, Hong Kong, la Lituanie et le Guatemala (cf. p. 368–371).

Le Nigeria, les Bermudes, l'Inde, l'Ouganda et trois Etats des Etats-Unis d'Amérique, la Californie, l'Oregon et le Texas sont allés plus loin et ont complété les dispositions de la Loi type sur l'arbitrage commercial international par une réglementation complète sur la conciliation (cf. p. 358–368).

198 Id. p. 124.

199 SANDERS, op. cit., note 195, p. 379.

simultanée de règlements sur la conciliation et la médiation par nombre d'organisations internationales, par exemple par l'OMPI en 1994 ou par l'*American Arbitration Association* en 1999, pour n'en citer que deux, témoignaient incontestablement d'une évolution semblable.²⁰⁰

Cette constatation incita Sanders et d'autres spécialistes de l'arbitrage international à proposer, à l'occasion de la 32^e session de la CNUDCI en 1999, une note intitulée «travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international.» La note indiquait en substance que le moment était venu d'évaluer les expériences acquises tant en matière d'arbitrage que de médiation et de conciliation au regard des législations fondées sur la Loi type sur l'arbitrage commercial international. Un groupe de travail fut mis sur pied, avec pour tâche prioritaire de traiter notamment de la conciliation.

3.2 *Le projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale*

Les travaux du groupe de travail ont débouché sur un projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale (ci-après «le projet de loi type»), soumis à la 35^e session de la Commission tenue du 19 au 30 novembre 2001 à Vienne.²⁰¹ Le but du projet est l'uniformisation des législations nationales concernant la médiation «*and [their] links with arbitration.*»²⁰² Ses traits saillants en sont les suivants:

a) Champ d'application et définition

L'article 1 pose le principe de l'application de la loi type à la conciliation commerciale internationale, telle que définie à ses articles 2 (conciliation) et 3 (conciliation internationale)²⁰³. L'article 1 alinéa 2 étend le champ d'applica-

200 Alors même que le Règlement de conciliation de la CNUDCI de 1980 ne rencontrait que peu d'intérêt dans la pratique et demeurait lettre morte dans les clauses de règlement des différends insérées dans les contrats internationaux.

201 Reproduit en fin d'annexe A p. 408–411 ci-après. Le projet est accompagné d'un projet de note du Secrétariat destiné à servir de guide pour l'incorporation des dispositions de la loi type en droit interne, ainsi que d'une note explicative du Secrétariat de la Commission. Ces documents sont disponibles sur www.uncitral.org

202 SANDERS, op. cit., p. 407.

203 Comme indiqué en page 331 ci-dessus, le terme commercial doit être compris dans un sens large comme englobant toutes les relations de nature commerciale, qu'elles soient ou non contractuelles. La note de bas de page se rapportant à l'article 1 alinéa 1 contient une définition générale et donne une liste indicative des relations entrant dans cette définition (cf. annexe A, p. 408 ci-après, ainsi que le paragraphe 23, p. 10 du projet du guide). A titre d'exemples, sont compris dans cette liste les opérations commerciales portant sur la fourni-

tion à la conciliation commerciale en droit interne, si les parties sont convenues de le faire ou si l'Etat adoptant décide d'étendre l'application de la loi type aux litiges commerciaux internes et/ou à certains litiges non commerciaux.

L'article 1 alinéa 5 autorise les Etats adoptants à exclure du champ d'application de la loi type les situations dans lesquelles le juge ou l'arbitre mène lui-même une conciliation ou une médiation durant l'instance ou durant l'arbitrage, soit à la demande des parties, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou du pouvoir que lui confère le droit applicable.²⁰⁴

b) Notion de conciliation

L'article 2 définit la conciliation au sens large de «procédure qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les aider [de manière indépendante et impartiale] [et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante] dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié.» La conciliation comprend donc la médiation, comme le suggérait Sanders.

c) Le caractère international

La définition du caractère international donnée à l'article 3 correspond en règle générale à son acception en matière d'arbitrage commercial international.²⁰⁵ Le projet prend le parti délibéré de ne pas empiéter sur les règles nationales régissant la conciliation pour que les dispositions types aient plus de chances d'être acceptées.²⁰⁶

ture ou l'échange de marchandises ou de services, l'affacturage, la construction d'usines, l'ingénierie, les contrats de licence, de financement, d'opérations bancaires, d'assurances de transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière, etc.

204 Sur la question des pouvoirs de l'arbitre de tenter de concilier les parties, cf. MICHAEL SCHNEIDER, Combining Arbitration with Conciliation, in: International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series n° 8, Kluwer Law International, 1998; ainsi que EUGEN BUCHER, Die Rolle des Schiedsrichters bei der vergleichsweisen Regelung des Streites. Einführungsreferat zu Schiedsverfahren: Der Schiedsrichter als Vermittler, in: Bulletin ASA 1995, p. 568 ss; voir aussi paragraphe 7, p. 6 de la note du Secrétariat.

205 Cf. par exemple, article 176 alinéa 1 LDIP.

206 L'article 1 alinéa 2 permet aux Etats, nous l'avons vu, d'étendre le champ d'application de la loi type à la conciliation nationale s'ils le souhaitent.

d) Dispositions régissant la procédure

(1) Début de la procédure de conciliation

L'article 5 alinéa 1 dispose que la conciliation «portant sur un litige particulier»²⁰⁷ commence à la date où les parties conviennent de l'engager de leur propre chef ou sur proposition d'un juge par exemple. Lorsque la partie qui invite l'autre à la conciliation ne reçoit pas de réponse dans les 14 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, elle est en droit de considérer que l'autre partie refuse la conciliation (article 5 alinéa 2).

(2) Conduite de la conciliation

L'article 8 pose le principe de la liberté des parties dans le choix des règles applicables à la conciliation. A défaut d'un tel choix, il revient au conciliateur de les déterminer.²⁰⁸

Le conciliateur doit être guidé par les principes «d'objectivité, d'équité et de justice» (première variante proposée à l'article 8 alinéa 3) ou «d'objectivité, d'impartialité et d'indépendance» (seconde variante proposée par l'article 8 alinéa 3). Il doit s'efforcer «d'accorder aux parties un traitement équitable».

Dans les limites posées à l'article 8, l'article 9 dispose que le conciliateur peut rencontrer les parties ensemble ou séparément en *caucus*. Il ne peut dévoiler à une partie une information reçue de l'autre et fournie sous condition expresse qu'elle demeure confidentielle à l'autre partie sans l'accord de la première (article 10).

(3) Fin de la conciliation

La conciliation prend fin à la date soit (a) de l'accord de transaction s'il y en a un, (b) de la déclaration écrite du conciliateur constatant, après consultation des parties, que les efforts de conciliation sont vains ou ne sont plus justifiés, (c) d'une déclaration écrite adressée par les parties au conciliateur disant qu'elles mettent fin à la procédure, ou (d) d'une déclaration écrite adressée par l'une des parties à l'autre, ainsi qu'au conciliateur s'il a été nommé, de son intention de mettre fin à la procédure (article 11).

207 Nouveau rappel de l'exigence de la détermination du litige, condition traditionnelle de l'existence d'une convention d'arbitrage (cf. article II alinéa 1 de la Convention de New York, voir aussi l'article 4 CIA).

208 Même approche qu'en arbitrage; cf. par exemple, article 182 alinéa 2 LDIP.

e) Prescription

L'article 12 pose le principe de la suspension du délai de prescription lorsque débute la procédure de conciliation, soit, selon l'article 5 alinéa 1, au jour où les parties au litige conviennent d'engager le processus. Le délai recommence à courir à compter «du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.»

Trois approches ont été prises en considération par le groupe de travail avant d'opter pour la solution de la suspension du délai de prescription retenue à l'alinéa 12.

La première envisageait l'interruption du délai de prescription à l'ouverture de la conciliation, un nouveau délai commençant à courir dès cette date. La deuxième solution envisagée voulait qu'en cas d'échec de la conciliation le délai de prescription soit réputé avoir continué à courir comme s'il n'y avait pas eu de conciliation. Cette approche nécessite l'institution d'un délai de grâce pour le cas où le délai de prescription aurait expiré entre-temps ou est sur le point d'expirer. Elle a été retenue par le groupe de travail au début de ses travaux, qui s'était inspiré de l'article 17 de la Convention de New York sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974.²⁰⁹

La troisième mouture entendait que le délai de prescription soit interrompu et recommence à courir si et dès que la conciliation s'achèverait sans résultat. C'est cette approche de la suspension de la prescription qui a reçu l'appui le plus large et que reflète l'article 12.

f) Recevabilité des moyens de preuve obtenus dans une autre procédure

L'article 13 pose le principe que, sauf convention contraire des parties, les parties et le tiers médiateur ou conciliateur ne peuvent «invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation» les vues, déclarations ou admissions de fait, et les propositions de transaction discutées durant la conciliation. L'alinéa 13 précise que la divulgation de telles informations ne peut être ordonnée par une juridiction étatique ou par un tribunal arbitral, qui doit les déclarer irrecevables comme éléments de preuve lorsqu'elles sont dévoilées en violation du principe posé à l'article 13 alinéa 1.

209 Selon l'article 17 de la Convention (qui n'a pas été ratifiée par la Suisse):

- «1. Lorsqu'une procédure a été introduite conformément aux articles 13, 14, 15 ou 16 avant l'expiration du délai de prescription, celui-ci est réputé avoir continué de courir si la procédure s'est terminée sans qu'une décision ait été rendue sur le fond de l'affaire.
2. Lorsqu'à la fin de cette procédure, le délai de prescription était expiré ou devait expirer dans moins d'un an, le créancier bénéficie d'un délai d'un an à partir de la fin de la procédure.»

g) Rôle du conciliateur dans une autre procédure

L'article 14 alinéa 1 pose le principe de l'interdiction pour le conciliateur d'agir en tant qu'arbitre, conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au différend faisant l'objet de la conciliation. L'alinéa étend cette interdiction au litige né du même contrat ou de tout autre contrat connexe.

h) Renonciation au recours judiciaire ou à l'arbitrage

Selon l'article 15 alinéa 1, les parties ne peuvent, en cours de conciliation, entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, sauf si cela est nécessaire à la sauvegarde de leurs droits.

Lorsque les parties se sont expressément engagées à renoncer à une procédure judiciaire ou arbitrale tant qu'elles n'auront pas tenté de régler leur litige par la voie de la conciliation, le juge ou l'arbitre doit donner effet à cet engagement jusqu'à ce que les conditions prévues dans l'accord de conciliation ou de médiation aient été remplies (article 15 alinéa 2). L'article 15 alinéa 2 vise une période qui devrait être de courte durée, débutant après la survenance du différend.²¹⁰

i) Force exécutoire de la transaction

L'article 17 propose quatre variantes à ce sujet, ce qui illustre la disparité des législations nationales à cet égard et la difficulté d'harmoniser les principes gouvernant la mise en œuvre des transactions. Les propositions vont de l'instauration de la force exécutoire des transactions signées à l'issue de la conciliation par les parties et le conciliateur (variante A), au simple rappel de la force exécutoire, au même titre que tout autre contrat, de l'accord signé par les parties (variante B). La variante C prévoit la possibilité pour les parties de soumettre l'accord conclu entre elles et signé par le conciliateur à un tribunal arbitral, «y compris en nommant le conciliateur» comme arbitre, pour qu'il prenne «acte de la transaction sous la forme d'une sentence arbitrale rendue par accord des parties.»²¹¹ La variante D pose enfin le principe de la force exécutoire de l'accord signé par les parties et le conciliateur au même titre qu'une sentence arbitrale.

210 Cf. paragraphe 43, p. 26 de la note du Secrétariat.

211 Dans cette approche, l'article 12 du Règlement de l'Institut de Médiation de la Chambre de Commerce de Stockholm du 1^{er} avril 1999 qui a fait couler beaucoup d'encre, ne poserait plus la moindre difficulté, même théorique, au regard de l'article II ou VI de la Convention de New York; cf. NEWMARK/HILL, op. cit. note 89.

En soumettant les transactions issues de la conciliation au même régime d'exécution que les sentences arbitrales, la variante D signifie que la juridiction étatique devrait en principe faire exécuter les accords de transaction sans revenir sur des questions de fait ou de droit, sous réserve de celles relevant de l'ordre public.²¹²

3.3 *Evaluation du projet de loi type*

L'utilisation du terme conciliation comme notion-souche de la médiation dénote une tendance processualiste qui risque d'assimiler le processus à l'arbitrage ou du moins à l'emprisonner dans le carcan de l'application des droits fondamentaux du procès, qui n'ont pas leur place en matière conventionnelle. Ce faisant, le projet «juridictionnalise» le processus qu'il entend promouvoir, ce qui risque à terme d'en dénaturer l'originalité, soit la recherche d'un mode de résolution du différend flexible, informel et *extrajudiciaire*. Cela est évident tout au long du projet mais en particulier à l'article 8 alinéa 3.

Nous partageons les craintes exprimées à propos de l'article 8 alinéa 3. Cette disposition n'a de sens que dans la mesure où le projet de loi prévoit que la force exécutoire soit accordée aux transactions issues de la médiation (article 17). Ce dernier point ne concerne pas le régime de la médiation en tant que tel mais celui, plus large, des transactions. Soumettre les activités du médiateur à l'observation de principes de procédure caractéristiques d'un pouvoir juridictionnel crée une confusion entre l'arbitre et le médiateur, qui ne peut qu'engendrer l'insécurité.²¹³

Les transactions issues de la médiation sont déjà exécutoires en Californie, par exemple, au même titre que des sentences.²¹⁴ Elles ont force de chose jugée en Bolivie, en Colombie, en Equateur et au Pérou.²¹⁵ Cette évolution est-elle le fait de circonstances particulières ou est-elle inévitable de manière générale? Il faut laisser le temps à ces législations récentes de pleinement s'exprimer avant de les évaluer et d'en tirer enseignement. Nombreuses sont les voix qui s'élèvent déjà contre la pratique des sentences accord rédigées par

212 Cf. paragraphe 49, p. 29 de la note du Secrétariat, qui renvoie aux articles 30 (sentence d'accord), 35 et 36 (reconnaissance et exécution des sentences) de la Loi type sur l'arbitrage commercial international pour la signification du membre de phrase «a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale» dans la variante D de l'article 17 du projet.

213 Risques que dénonçait avec prémonition BRUNO OPPETIT en 1984; cf. Arbitrage, Médiation et Conciliation in: Rev. arb. 1984, p. 307 ss, en particulier p. 324.

214 Cf. MICHAEL B. SHANE, The Difference Between Mediation and Conciliation, in: Dispute Resolution Journal 1995, p. 37–38.

215 DIANA C. DROULERS, Modes alternatifs de règlement des différends en Amérique latine, in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 62.

les parties.²¹⁶ Aussi serait-il dangereux de légiférer trop vite en la matière. Peut-être les initiatives en cours au sein de l'Union européenne contribueront-elles aussi à promouvoir l'uniformisation des textes en la matière.

C'est le lieu de faire ici le point sur ces initiatives, menées sous l'égide de l'Union européenne, en matière d'ADR et de médiation.

4. Les initiatives de l'Union européenne

4.1 *Livre vert sur les ADR*

Dans le cadre des efforts déjà déployés au sein de l'Union pour mettre en place un espace européen de justice fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, telles les mesures d'allègement de procédure d'exequatur²¹⁷ ou celles visant à faciliter et accélérer le règlement des litiges transfrontaliers de faible importance²¹⁸, la Commission européenne vient de publier un livre vert dont l'objectif est de «lancer une vaste consultation des milieux intéressés sur un certain nombre de questions d'ordre juridique qui se posent dans le domaine des modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial» (ci-après «Livre vert»).²¹⁹

Il s'inspire des propositions législatives et réglementaires communautaires,²²⁰ s'appuyant également sur les travaux engagés par les Etats membres

216 LÖRCHER, op. cit., note 183, p. 275; LAZAREFF, op. cit., note 185, p. 3–4.

217 Cf. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 novembre 1997 «Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne», COM(97) 609 final. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ci-après «Règlement Bruxelles I», JO L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

Depuis le 1^{er} mars 2002, date de son entrée en vigueur, le «Règlement Bruxelles I» remplace (sauf pour le Danemark) la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, version consolidée publiée au JO C 27 du 26 janvier 1998, p. 1 (cf. note 14, p. 7 du Livre vert).

218 Cf. note 15 du Livre vert, p. 8.

219 Cf. p. 3 du Livre vert, disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_en.htm ou auprès de la Direction générale Justice et Affaires intérieures, Unité A3 – Coopération judiciaire en matière civile, LX 46 5/152, rue de la Loi 200, B – 1049 Bruxelles, télécopie: +32 2 299 64 57, courrier électronique: JAI-coop-jud-civil@cec.eu.int.

220 Par exemple, la proposition de directive du Conseil relative au rapprochement de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres au sujet de l'aide judiciaire et d'autres aspects financiers liés aux procédures civiles du 18 janvier 2002 (COM(2002) 13 final), dont l'article 16 prévoit: «Le bénéfice de l'aide judiciaire doit être étendu à la résolution du litige par un moyen extrajudiciaire lorsque l'utilisation de ce moyen est promue par la loi ou lorsque les parties en litige y sont envoyées par le juge».

dans lesquels les ADR jouent déjà un rôle complémentaire aux procédures juridictionnelles.²²¹

Les résultats de cette consultation seront pris en considération par la Commission pour définir les orientations pratiques de la politique qu'elle devra conduire ces prochaines années, dans son rôle de promoteur d'initiatives législatives en vue de la création d'un espace «de liberté, de sécurité et de justice» dans l'Union européenne. Les ADR²²² font en effet partie des mesures envisagées qui peuvent faciliter l'accès à la justice. Elles sont à ce titre une priorité politique pour les institutions de l'Union européenne, à qui il incombe d'assurer le meilleur environnement possible pour en promouvoir le développement et s'efforcer de garantir leur qualité.

4.2 Objectifs et cadre politico-juridique

Le Livre vert s'inscrit dans la ligne des initiatives menées par un certain nombre d'organisations intergouvernementales en matière de résolution extrajudiciaire des conflits.²²³ Pour les besoins du Livre vert, ces travaux ont fait l'objet d'un état des lieux détaillé établi sur la base des informations recueillies par la Commission au terme d'un questionnaire adressé aux Etats membres et d'études réalisées dans le cadre du programme d'intervention «Grotius».²²⁴ L'enseignement principal de ces travaux réside dans la constatation que les ADR confiés par le juge à un tiers, en particulier la médiation judiciaire, font l'objet à des degrés divers d'une réglementation dans la plupart des Etats

221 En particulier comme instrument de paix sociale en matière de conflits du droit du travail.

222 Le Livre vert a retenu l'acronyme ADR (*Alternative Dispute Resolution*) quelle que soit la langue dans lequel il est publié par souci de simplification et parce que cet acronyme est devenu langage courant (cf. paragraphe 2, p. 5).

223 Il se réfère en particulier au projet de Recommandation sur la médiation civile en cours d'élaboration par le Conseil de l'Europe (Travaux du Comité d'experts sur l'efficacité de la justice, <http://www.legal.coe.int/civilandcommercial>, auxquels participe la Suisse), aux travaux de la CNUDCI sur le projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale (examiné ci-dessus), à la Recommandation du Conseil de l'OCDE relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (<http://www.oecd.org>) ainsi qu'aux discussions qui ont lieu en marge des négociations de la Conférence de La Haye de Droit International Privé sur un projet de Convention internationale sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers (<http://www.hcch.net/f/workprog/index.html>); cf. p. 11.

224 Cf. le projet intitulé «MARC 2000», auquel renvoie la note 45, p. 12, dont les résultats sont disponibles sur http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/pdf/grotius2000.pdf. Voir également les tableaux synthétiques publiés par le CMAP en collaboration avec d'autres institutions de médiation, qui dressent l'état des lieux de la réglementation des ADR confiés par le juge à un tiers ainsi que de la réglementation en matière d'ADR conventionnels dans les Etats membres; op. cit., note 66.

membres.²²⁵ En revanche, il n'existe en général pas de législation sur la médiation ou conciliation conventionnelle, sauf en Allemagne et en Italie.²²⁶ Un projet de loi sur la médiation, déjà avancé, est en cours de discussion en Autriche.²²⁷

Le Livre vert participe enfin de la «dynamique ADR» présente dans les débats législatifs récents au sein de l'Union européenne, notamment le débat relatif au commerce électronique en marge des discussions qui ont précédé l'adoption du Règlement Bruxelles I.²²⁸

225 Ces réglementations vont de la simple possibilité de recourir à un processus ADR, et l'encouragement à le faire, à l'obligation préalable d'y recourir de par la loi ou sur décision du juge, comme c'est le cas par exemple en Allemagne (cf. p. 14–16).

226 Une loi fédérale intitulée *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (EGZPO)* du 15 décembre 1999 (BGBl I S. 2400), prévoit, à son § 15a, la possibilité de recourir à la *Schlichtung* dans le cadre judiciaire, et dispose lorsque c'est le cas que l'action n'est recevable que si une *Schlichtung* a été préalablement tentée. Selon l'al. 1 de cette disposition, «*Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen.*» Il appartient aux Länder de mettre en œuvre les dispositions d'application de la loi, ce qu'ont fait les Länder suivants: Bavière, Rhénanie du nord-Westphalie, Bade-Wurtemberg, Brandebourg, Hesse, Sarre, Saxe-Anhalt et Schleswig-Holstein. Ils ont rendu obligatoire la *Schlichtung* pour certaines causes. Ainsi, au Bade-Wurtemberg, par exemple, la *Schlichtung* est-elle rendue obligatoire pour tous les litiges de droit civil dont la valeur ne dépasse pas DM 1 500, tandis qu'en Bavière elle est devenue obligatoire pour les causes d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à € 750.

La *Schlichtung* était auparavant une procédure exclusivement extrajudiciaire. A mi-chemin entre la médiation et l'arbitrage, c'est une procédure au cours de laquelle le tiers essaie de rapprocher les parties et, si aucun arrangement amiable n'est envisageable, peut prononcer une décision obligatoire. Cette procédure est fréquemment utilisée en Allemagne. Elle existe également en Autriche et au Liechtenstein.

En Italie, la conciliation conventionnelle (forme de médiation au sens du présent rapport) fait l'objet de la loi n° 580 du 29 décembre 1993 habilitant les Chambres de commerce à promouvoir la conciliation en vue du règlement des conflits entre entreprises, consommateurs et usagers. Les 102 Chambres de commerce italiennes sont ainsi devenues très actives dans le domaine et ont pour la plupart adopté des règlements de conciliation/médiation, coordonnés par leur organisation faîtière *Union Camere*. A titre d'illustration, 759 demandes de conciliation ont été soumises aux Chambres de commerce pour l'année 1998–99, dont la moitié a abouti à un règlement amiable.

La loi n° 192 du 18 juin 1998 a instauré le recours à une tentative obligatoire de conciliation auprès des Chambres de commerce pour les litiges en matière de sous-traitance des activités de production. En cas d'échec, les parties peuvent recourir à l'arbitrage proposé par ces mêmes Chambres ou s'adresser au juge.

Enfin, la loi n° 281 du 30 juillet 1998 prévoit que les associations de consommateurs peuvent également introduire des procédures de conciliation devant les Chambres de commerce.

Pour plus de détails, nous renvoyons le lecteur à la publication du CMAP mentionnée à la note 66, ainsi qu'à la note 224.

227 Id. p. 5.

228 Cf. note 217 ci-dessus, ainsi que la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1, et note 29, p. 10 du Livre vert.

Le Conseil et la Commission ont insisté sur l'importance des ADR dans une déclaration conjointe lors de l'adoption du Règlement Bruxelles I en décembre 2000, aux termes de laquelle ils ont affirmé qu'il était de l'intérêt des consommateurs et des entreprises de tenter un règlement à l'amiable de leurs litiges avant de recourir aux tribunaux et souligné que les articles 15 et 17 du Règlement n'interdisent pas une telle approche.²²⁹ Soulignant le rôle complémentaire des ADR en matière civile et commerciale, «notamment au regard du commerce électronique», la déclaration laisse entendre que le rapport que présentera la Commission en vertu de l'article 73 du Règlement pourrait bien proposer des adaptations dans ce sens.²³⁰ Il n'est donc pas exclu que le Règlement Bruxelles I traite spécifiquement d'ADR dans un avenir proche, en premier lieu en matière de consommation.

Une telle évolution n'est sans doute pas sans conséquence sur la Convention de Lugano. D'où la nécessité pour la Suisse de suivre de près le débat

229 Article 15:

- «1) En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:
lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;
lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;
lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.
- 2) Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat.
- 3) La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.» (comparez avec l'article 13 de la Convention de Lugano).

Article 17:

«Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'Etat d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 15, paragraphe 1, point a), et paragraphe 2, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence énoncées aux articles 2 à 8.»

- 230 Cf. Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission concernant les articles 15 et 73 du Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, citée aux paragraphes 45 et 46, p. 20–21 du Livre vert.

L'article 73 du Règlement Bruxelles I est une disposition nouvelle (bien entendu sans équivalent dans la Convention de Lugano), selon laquelle:

«Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Parlement Européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adopter le règlement.»

instauré par le Livre vert afin d'harmoniser sa législation avec les solutions législatives auxquelles ce débat conduira.

4.3 *Champ d'application*

Le Livre vert traite des ADR en matière de droit civil et commercial en général, y compris les ADR relevant du droit du travail et du droit de la consommation. Est un ADR tout «processus extrajudiciaire de résolution des conflits conduit par une tierce partie neutre.»²³¹ La médiation entre dans cette définition.²³²

4.4 *Garantir la qualité des ADR*

Comment garantir la qualité des ADR? C'est par cette interrogation que le Livre vert pose le cadre de la consultation lancée par la Commission.

Dans la mesure où les clauses de médiation peuvent avoir pour effet de retarder ou d'empêcher, même temporairement, de saisir les tribunaux, recourir à un tel processus peut théoriquement être susceptible de prévenir l'accès à la justice garanti à l'article 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 47 al. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.²³³ Dans cette mesure, la promotion des ADR suppose un minimum de contrôle de la part du législateur sur la qualité de ces processus.

Quelles approches suivre pour préserver la qualité des ADR en termes d'accessibilité, d'efficacité et de garantie de bonne justice, tout en ménageant

231 Cf. paragraphe 2, p. 5.

232 Le critère de l'intervention du tiers neutre sans pouvoir juridictionnel retenu par le Livre vert en exclut l'arbitrage.

233 Cf. paragraphe 62, p. 25 du Livre vert; selon l'article 6 al. 1 de la Convention des droits de l'homme: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.»

Pour sa part, l'article 47 al. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose le principe selon lequel: «Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.»

leur caractère essentiel de flexibilité? Pour tenter de le déterminer, le Livre vert pose une série de questions groupées en thèmes.²³⁴ La plupart de ces thèmes ont été abordés dans le cadre de l'état des lieux de la médiation commerciale en Suisse dressé ci-dessus et de nos propositions d'initiatives législatives. Le traitement de quelques-unes de ces questions mérite néanmoins une attention particulière, au risque de se répéter, parce qu'elles sont au cœur du débat sur les ADR en tant que complément à l'action judiciaire et à l'arbitrage. Ces questions sont principalement celles de la portée des clauses contractuelles de recours aux ADR, de la prescription, de la confidentialité et de la portée des accords conclus à l'issue d'un processus ADR; elles font l'objet des questions groupées sous chiffres 5 à 18 du Livre vert.²³⁵

a) Portée des clauses contractuelles de recours aux ADR

Le recours aux ADR est en général facultatif dans les Etats membres, en ce sens qu'il résulte soit de l'adhésion à la proposition d'un juge, soit de l'initiative de l'une des parties, que l'autre accepte. La caractéristique essentielle du recours aux ADR est la prédominance de son caractère consensuel. La liberté du consentement devrait pouvoir s'exprimer à tous les stades de sa mise en œuvre. Aussi convient-il de s'interroger sur l'intérêt de conférer un caractère contraignant aux clauses de recours aux ADR. Il apparaît en effet inutile d'obliger quelqu'un à participer à un ADR contre son gré, dans la mesure où le succès de la procédure dépend notamment de sa volonté. En revanche, la saisine des tribunaux «marquant le refus de participer à une procédure d'ADR prévue dans un contrat pourrait (...) être sanctionnée en tant qu'elle constitue une violation d'une obligation contractuelle», avec pour conséquence possible l'irrecevabilité d'une demande portant sur l'exécution d'autres dispositions du contrat.²³⁶ Cette réflexion est au cœur de la question 8 relative à l'incompétence des juridictions saisies pour connaître d'un litige en violation de l'obligation de recourir à la médiation ou à un processus ADR convenue dans le contrat.²³⁷

234 Le récapitulatif de toutes ces questions, au nombre de 21, est reproduit à l'annexe C du présent rapport (p. 414–417 ci-dessous).

235 Eodem loco, ainsi que les paragraphes 60ss, p. 25ss du Livre vert.

Les questions 1 à 4 ont pour objet de déterminer l'approche et le type d'initiatives que pourrait suivre la Commission en vue d'assurer la promotion des ADR au plan communautaire, question qui dépasse naturellement le cadre du présent rapport; cf. paragraphes 55ss, p. 23–25.

Les questions n° 19–21 traitent de manière succincte du statut, de la formation et de la mise en place d'un régime de responsabilité du tiers qui conduit le processus ADR. Elles ne seront pas examinées ici; cf. paragraphes 89–93, ainsi que la synthèse publiée par le CMAP sur ce sujet dans la publication mentionnée à la note 224 ci-dessus.

236 Id. paragraphe 65.

237 Cf. annexe C ci-après (p. 415).

Le Livre vert pose également la question fondamentale de la portée des clauses ADR lorsque le rapport de force entre les parties au contrat est déséquilibré, par exemple entre le consommateur et le professionnel de la distribution ou de la vente, entre le producteur et la centrale d'achat, entre l'associé actionnaire minoritaire et la société.²³⁸ De telles clauses ne sont-elles pas interdites par la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives en matière de contrats conclus par les consommateurs?²³⁹ En effet, selon la Directive, «une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.» Peuvent ainsi être déclarées abusives «les clauses ayant pour objet ou pour effet (...) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur.»²⁴⁰

Dans ce contexte, faut-il imposer un certain formalisme protecteur de la partie plus faible lors de la conclusion de l'accord ADR? Le Livre vert suggère l'aménagement d'un délai de réflexion avant la conclusion ou la signature, de même qu'un délai de rétraction après la signature²⁴¹ de la transaction conclue au terme du processus.

b) Délai de prescription

Le recours à un processus ADR agréé peut emporter dans certains Etats membres²⁴² la suspension du délai de prescription relatif à la prétention. Ne faudrait-il pas suggérer une approche semblable à tous les Etats membres pour contribuer à la promotion des ADR? Le délai de prescription serait ainsi interrompu de par la loi lorsque débute le processus ADR et recommencerait à courir à compter du moment où le processus s'est achevé sans que les parties aient transigé. Ceci supposerait toutefois des définitions précises.

Il s'agirait alors de poser la définition des processus ADR emportant suspension de la prescription ainsi que celle du début et de la fin du processus. Cette réflexion fait l'objet de la question n° 9.²⁴³

238 Cf. paragraphe 66, p. 26.

239 Cf. paragraphe 67, p. 26.

240 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29.

241 Cf. paragraphe 83, p. 31, exemples d'utilisation de la technique du formalisme protecteur en droit communautaire donnés à la note 124 du Livre vert.

242 Par exemple en Allemagne lorsque les organes ADR sont agréés par l'administration judiciaire du Land, cf. paragraphe 69, note 117, p. 27 du Livre vert.

243 Cf. paragraphe 71, p. 27 ainsi que l'annexe C ci-après (p. 415).

c) *Normes minimales de qualité*

Alors que la médiation judiciaire est encadrée par les pouvoirs publics et se déroule sous le contrôle du juge, la procédure suivie dans une médiation conventionnelle repose sur le libre choix des parties. Ce choix s'effectue par adhésion au règlement d'une institution de médiation ou par utilisation de clauses standard proposées par diverses associations professionnelles. Faut-il imposer des labels ou *trustmarks* à ces règlements ou associations, comme en matière de *Online Dispute Resolution*, les certifier pour mieux les contrôler?²⁴⁴

Le Livre vert s'interroge en particulier sur l'opportunité de poursuivre de manière générale l'approche adoptée par la Commission dans les Recommandations 98/257/CE et 2001/310/CE sur les principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution des litiges de consommation, tant nationaux que transnationaux.²⁴⁵ Ces recommandations visent à assurer que les ADR offrent un minimum de garantie de qualité. La Recommandation 2001/310/CE, applicable à la médiation, énonce quatre principes minimaux applicables aux ADR dans lesquels le tiers ne prend pas position formellement sur une solution: impartialité, transparence, efficacité et équité.²⁴⁶ Ces principes peuvent prendre la forme de règles déontologiques visant à garantir l'impartialité du tiers, à définir son rôle dans le déroulement du processus, à déterminer les délais dans lesquels une issue doit pouvoir être trouvée au conflit et à encadrer la conclusion des accords conclus à l'issue du processus. De telles règles pourraient être des instruments privilégiés au service de la qualité des ADR.²⁴⁷

d) *Respect de l'obligation de confidentialité*

Parmi les garanties minimales de procédure, le Livre vert met l'accent sur le caractère essentiel du respect de l'obligation de confidentialité.

La confidentialité est le gage de succès des ADR. Il convient de faire en sorte qu'elle s'impose à la fois aux parties et aux tiers.²⁴⁸ Aussi est-il suggéré

244 Cf. par exemple, le plan d'action eEurope 2002, http://europa.eu.int/information_society/eeurope/action_plan/index_fr.htm, dans le cadre duquel la Commission a mis sur pied un forum de discussions et d'échanges d'informations sur le thème de la confiance des consommateurs dans les transactions internet, forum baptisé «eConfidence» (<http://econfidence-jrc.it>); cf. paragraphe 15, p. 9 et paragraphes 40–41, p. 18 du Livre vert.

245 Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JO L 115 du 17 avril 1998, p. 31 et Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation JO L 109 du 19 avril 2001, p. 56; cf. paragraphes 73 ss, p. 28–29 et les notes 268 et 269, p. 415–416 de l'annexe C ci-après.

246 Cf. paragraphe 74, p. 28.

247 Cf. paragraphe 77, p. 29.

248 Cf. paragraphes 79 et 81, p. 29–30.

que le tiers «ne devrait en principe pas pouvoir être cité comme témoin, ni intervenir comme arbitre dans le cadre du même litige si l'ADR a échoué, étant donné qu'il a pu avoir accès lors de la procédure à des informations qu'un arbitre n'aurait pas nécessairement pu obtenir.»²⁴⁹

L'obligation de confidentialité peut être levée par les parties ou lorsque le droit applicable contraint les tiers, y compris le tiers soumis au secret professionnel, à dévoiler certaines informations. Tel est le cas par exemple de la Directive du 19 novembre 2001 modifiant la Directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, qui exonère les notaires, les avocats indépendants et les cabinets juridiques de l'obligation de fournir des informations sur les suspicions de blanchiment lorsqu'ils agissent pour leur client avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, mais pas lorsqu'ils agissent en tant que médiateurs ou tiers responsables de processus ADR.²⁵⁰

Ces problèmes sont abordés par le biais des questions n° 15 et 16, qui posent notamment le problème du rapprochement des législations des Etats membres afin que la confidentialité des ADR soit garantie dans chaque Etat.

e) Portée du règlement intervenu à l'issue du processus

A l'instar de nos réflexions sur la nécessité de renforcer l'efficacité des transactions conclues à l'issue d'une médiation en harmonisant leur traitement et leur mise en œuvre, le Livre vert souligne le caractère déterminant pour l'efficacité des ADR de la qualification juridique des arrangements qui en sont issus.²⁵¹ Il constate que la diversité des qualifications utilisées dans les Etats membres rend «le panorama particulièrement complexe». Par le même accord, la qualification peut varier de simple transaction de nature purement contractuelle au procès-verbal de conciliation ou d'accord de médiation, revêtu ou non de la forme exécutoire selon que la transaction a été homologuée par le juge ou passé en la forme authentique devant notaire. C'est au regard du droit applicable désigné par les règles de conflits que l'on devra déterminer la validité et l'efficacité des transactions issues des ADR. Ces règles ont été unifiées au plan communautaire par la Convention de Rome du 19 juin 1990 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.²⁵²

249 Cf. paragraphe 82, p. 30.

250 Id. et note 122.

251 Cf. paragraphes 84 ss, p. 84–85.

252 Version consolidée publiée au JO C 27 du 26 janvier 1998, p. 36; cf. note 127 et paragraphe 85, p. 32 du Livre vert.

Le Livre vert rappelle enfin que la transaction judiciaire ne constitue pas une décision au sens de l'article 25 de la Convention de Bruxelles (devenu l'article 32 du Règlement Bruxelles I) selon la jurisprudence de la Cour évoquée ci-dessus par rapport à la disposition jumelle de la Convention de Lugano (cf. p. 370 ci-dessus).

Ces problèmes essentiels de même que ceux de la validité du consentement à la transaction et du formalisme protecteur sous forme d'un délai de réflexion avant la signature et d'un délai de rétractation après font l'objet des questions n° 17 et 18.²⁵³

f) Statut, formation et responsabilité du tiers

La formation du tiers pose la question de son accréditation. La formation est essentielle car c'est de la qualification du tiers que dépendra la garantie des ADR. La qualité d'un médiateur n'est pas seulement affaire de qualités personnelles et d'expérience; elle dépend avant tout de la maîtrise de techniques particulières qui requièrent une solide formation.²⁵⁴

4.5 Prochaine étape

La procédure de consultation est ouverte jusqu'au 15 octobre 2002. Sur la base des réactions recueillies, la Commission envisage d'organiser une audition publique début 2003.²⁵⁵

Essai de synthèse en forme d'épilogue

Le géant est bien éveillé. Gardons-nous de l'emprisonner dans un carcan juridictionnel ou judiciaire. Il en mourrait. Si l'on veut bénéficier de sa force et laisser libre cours à ses promesses, assurons à la médiation une place confortable dans les rouages de la résolution des différends. Coupons court aux débats de qualification, aléatoires et contraires à l'esprit de la médiation puisqu'ils ramènent aux tribunaux. Aménageons une efficacité procédurale li-

²⁵³ Cf. annexe C, p. 416 ci-après.

²⁵⁴ Pour une revue de la formation que doivent ou peuvent suivre les médiateurs dans les Etats membres, voir la synthèse publiée par le CMAP, op. cit., note 66.

²⁵⁵ Les observations d'ordre général sur les questions d'ordre juridique et les commentaires spécifiques aux questions posées par le Livre vert peuvent être transmis à la Direction générale Justice et Affaires intérieures d'ici le 15 octobre 2002, courrier électronique JAI-coop-jud-civil@cec.eu.int.

mitée à la convention de médiation pour soutenir sa mise en œuvre. Il n'y a aucun risque à le faire.

Faut-il aller plus loin? Pourquoi pas mais à la condition d'aller vite et de ne pas retarder les quelques modifications législatives préalables qui s'imposent.

Bruno Oppetit avait vu juste, lorsqu'il remarquait, en 1984 déjà, en conclusion de son étude sur les frontières entre arbitrage, médiation et conciliation: «Si l'on veut conserver à la médiation et à la conciliation leur utilité et leur originalité, on doit veiller avec beaucoup de soin à ne pas introduire dans leur organisation les caractères et les pouvoirs d'une véritable juridiction: rien ne s'oppose à la mise en place de modes non juridictionnels de règlement des différends, qui offrent des perspectives non négligeables, mais à la condition que ce soit dans la clarté; rien ne serait plus néfaste qu'une confusion de fait et de droit entre le juge (quel qu'il soit) et le médiateur-conciliateur, qui n'engendrerait que l'insécurité et qui n'aboutirait qu'à nourrir un nouveau contentieux, sans profit pour personne.»²⁵⁶

Les négociations bilatérales avec l'Union européenne, la rédaction d'un projet de législation unifiée de procédure civile suisse et la richesse des expériences accumulées dans ce pays en matière d'arbitrage international engendrent une occasion unique de moderniser et d'uniformiser l'environnement procédural et les relations entre procédures judiciaires et extrajudiciaires. Saisissons-la! Les quelques mesures ponctuelles que nous proposons pour accompagner et favoriser le développement de la médiation commerciale en Suisse ne sont qu'un premier pas indispensable. Il faut aller plus loin, s'habituer à élargir nos horizons et anticiper, contribuer à promouvoir les modes alternatifs de résolution des différends en complément à l'arbitrage. Alors le géant vivra heureux.

256 BRUNO OPPETIT, *op. cit.*, note 213, p. 324.

Annexe A

*Règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)*²⁵⁷

ARTICLE 1

Aux fins du présent règlement, on entend par «convention de médiation» l'accord en vertu duquel les parties ont convenu de soumettre à la médiation tous ou certains des litiges, nés ou à naître entre elles; la convention de médiation peut prendre la forme soit d'une clause de médiation insérée dans un contrat, soit d'un contrat indépendant;

«médiateur» le médiateur unique ou l'ensemble des médiateurs lorsqu'il en est nommé plusieurs;

«OMPI» l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle;

«Centre» le Centre d'arbitrage de l'OMPI qui est un service du Bureau international de l'OMPI.

Les termes employés au singulier s'entendent aussi au pluriel et vice versa, selon le contexte.

CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT

ARTICLE 2

Lorsqu'une convention de médiation prévoit une médiation conformément au Règlement de médiation de l'OMPI, ce règlement sera réputé faire partie intégrante de cette convention de médiation. A moins que les parties n'en aient convenu autrement, le règlement est appliqué dans la version en vigueur à la date d'introduction de la procédure.

INTRODUCTION DE LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

ARTICLE 3

- a) Une partie à une convention de médiation qui souhaite introduire une procédure de médiation soumet par écrit au Centre une demande de médiation. Elle en adresse simultanément copie à l'autre partie.
- b) Doivent figurer dans la demande de médiation ou y être joints
 - i) les noms, adresses et numéros de téléphone, de télex et de télécopie des parties en litige et du représentant de la partie qui soumet la demande de médiation, ou toute autre indication permettant de communiquer avec eux;
 - ii) une copie de la convention de médiation; et
 - iii) une brève description de la nature du litige.

ARTICLE 4

La date d'introduction de la procédure de médiation est la date à laquelle la demande de médiation est reçue par le Centre.

ARTICLE 5

Le Centre informe immédiatement par écrit les parties de la réception de la demande de médiation et de la date à laquelle la procédure de médiation a été introduite.

NOMINATION DU MÉDIATEUR

ARTICLE 6

- a) A moins que les parties ne se soient entendues sur la personne du médiateur ou sur une autre procédure de nomination du médiateur, celui-ci est nommé par le Centre après consultation des parties.
- b) Tout médiateur pressenti est réputé, en acceptant sa nomination, s'être engagé à consacrer à la procédure de médiation le temps nécessaire pour qu'elle puisse être conduite avec célérité.

ARTICLE 7

Le médiateur doit être neutre, impartial et indépendant.

257 © 1994 OMPI, www.wipo.org; publication n° 446(F) ISBN: 92-805-0558-0; OMPI Centre d'Arbitrage et de Médiation, CP 18, 1211 Genève 20, Suisse, (41-22) 338 9111.

REPRÉSENTATION DES PARTIES ET PARTICIPATION AUX RÉUNIONS

ARTICLE 8

- a) Les parties peuvent se faire représenter ou assister dans leurs réunions avec le médiateur.
- b) Immédiatement après la nomination du médiateur, les noms et adresses des personnes autorisées à représenter une partie, ainsi que les noms et qualités des personnes qui participeront aux réunions entre les parties et le médiateur au nom de cette partie, sont communiqués par cette partie à l'autre partie, au médiateur et au Centre.

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

ARTICLE 9

La procédure de médiation se déroule de la manière décidée par les parties. Si, et dans la mesure où, les parties n'ont pas pris de décision à ce sujet, le médiateur, conformément au présent règlement, décide de la manière dont se déroulera la procédure de médiation.

ARTICLE 10

Chaque partie coopère de bonne foi avec le médiateur afin que la procédure de médiation progresse aussi rapidement que possible.

ARTICLE 11

Le médiateur est libre de rencontrer séparément les parties et de s'entretenir séparément avec elles, étant entendu que les informations communiquées lors de ces rencontres et entretiens ne peuvent être divulguées à l'autre partie sans l'autorisation expresse de la partie de qui elles émanent.

ARTICLE 12

- a) Dès que possible après sa nomination, le médiateur, en consultation avec les parties, fixe le calendrier selon lequel chaque partie remettra au médiateur et à l'autre partie un exposé résumant le fondement du litige, les intérêts de cette partie, ses arguments au sujet du litige et l'état actuel de celui-ci, ainsi que tout autre renseignement et pièce qu'elle estime nécessaire aux fins de la médiation et, notamment, afin de définir les questions en litige.
- b) A tout moment de la procédure de médiation, le médiateur peut proposer qu'une partie fournisse tous les renseignements et pièces complémentaires qu'il juge utiles.
- c) Une partie peut, à tout moment, soumettre au médiateur, pour sa considération exclusive, des renseignements et pièces écrits qu'elle considère comme confidentiels. Le médiateur ne peut, sans l'autorisation écrite de cette partie, divulguer ces renseignements ou pièces à l'autre partie.

RÔLE DU MÉDIATEUR

ARTICLE 13

- a) Le médiateur favorise le règlement des questions en litige entre les parties de la manière qu'il estime appropriée, mais il n'a pas le pouvoir d'imposer un règlement aux parties.
- b) S'il estime que les questions en litige entre les parties ne sont pas de nature à être réglées par voie de médiation, le médiateur peut proposer à l'examen des parties les procédures ou moyens qui, compte tenu des particularités du litige et des relations d'affaires pouvant exister entre les parties, lui paraissent offrir les meilleures chances d'aboutir au règlement le plus efficace, le moins coûteux et le plus fructueux de ces questions. En particulier, le médiateur peut proposer:
 - i) le recours à la décision d'un expert sur une ou plusieurs questions;
 - ii) le recours à l'arbitrage;
 - iii) la communication des dernières offres de règlement de chaque partie et, à défaut de règlement par la médiation et sur la base de ces dernières offres, le recours à un arbitrage dans lequel le rôle du tribunal arbitral se limite à décider laquelle de ces dernières offres doit prévaloir; ou
 - iv) le recours à un arbitrage dans lequel le médiateur, avec l'accord exprès des parties, agit en tant qu'arbitre unique, étant entendu que le médiateur peut, dans la procédure arbitrale, prendre en considération des renseignements qui lui ont été communiqués pendant la procédure de médiation.

CONFIDENTIALITÉ

ARTICLE 14

Les réunions entre les parties et le médiateur ne font l'objet d'aucun enregistrement quel qu'il soit.

ARTICLE 15

Toute personne associée à la procédure de médiation y compris en particulier le médiateur, les parties, leurs représentants et conseillers, tout expert indépendant et toute autre personne assistant aux réunions entre les parties et le médiateur doit respecter le caractère confidentiel de la procédure de médiation; elle ne peut, à moins que les parties et le médiateur n'en décident autrement, utiliser ou révéler à un tiers aucun renseignement concernant cette procédure ou obtenu au cours de celle-ci. Chacune de ces personnes doit, avant de prendre part à la médiation, signer l'engagement d'en respecter le caractère confidentiel.

ARTICLE 16

Sauf convention contraire des parties, toute personne associée à la procédure de médiation doit, à la clôture de celle-ci, restituer tout exposé, document ou autre pièce à la partie qui l'a fourni, sans en conserver de copie. Toute note prise par une personne concernant les réunions entre les parties et le médiateur doit être détruite à la clôture de la procédure de médiation.

ARTICLE 17

Sauf convention contraire des parties, le médiateur et les parties s'interdisent d'invoquer comme preuve ou d'aucune autre manière dans une procédure judiciaire ou arbitrale:

- i) toute opinion exprimée ou toute suggestion formulée par l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige;
- ii) tout aveu fait par l'une des parties au cours de la procédure de médiation;
- iii) toute proposition présentée ou toute opinion exprimée par le médiateur;
- iv) le fait qu'une partie se soit ou non déclarée prête à accepter une proposition de règlement émanant du médiateur ou de l'autre partie.

CLÔTURE DE LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

ARTICLE 18

La procédure de médiation prend fin

- i) à la signature d'une transaction entre les parties réglant une partie ou la totalité des questions en litige entre elles;
- ii) sur décision du médiateur, si celui-ci estime que la poursuite de la médiation n'est pas de nature à aboutir au règlement du litige;
- iii) par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment entre sa participation à la première réunion entre les parties et le médiateur et la signature d'une transaction.

ARTICLE 19

- a) A l'issue de la procédure de médiation, le médiateur adresse au Centre, à bref délai, une notification écrite l'informant de la clôture de la procédure de médiation, indiquant la date de clôture, l'issue de la médiation et, en cas de règlement, si celui-ci est total ou partiel. Le médiateur envoie aux parties une copie de la notification adressée au Centre.
- b) Le Centre garde secrète cette notification du médiateur et ne peut, sans l'autorisation écrite des parties, divulguer à quiconque, ni l'existence, ni l'issue de la procédure de médiation.
- c) Le Centre peut néanmoins faire figurer des renseignements concernant la médiation dans toutes données statistiques globales qu'il publie sur ses activités, à condition que ces renseignements ne permettent pas d'identifier les parties ou les circonstances particulières du litige.

ARTICLE 20

Sauf sur injonction d'un tribunal ou autorisation écrite des parties, le médiateur ne peut, à aucun autre titre que celui de médiateur, intervenir dans une procédure judiciaire, arbitrale ou autre, en instance ou à venir, liée à la question en litige.

TAXE D'ENREGISTREMENT DU CENTRE

ARTICLE 21

- a) La demande de médiation est assujettie au paiement au Centre d'une taxe d'enregistrement, qui revient au Bureau international de l'OMPI. Le montant de la taxe d'enregistrement est fixé dans le barème des taxes et honoraires en vigueur à la date de la demande de médiation.
- b) La taxe d'enregistrement n'est pas remboursable.
- c) Aucune suite n'est donnée par le Centre à une demande de médiation tant que la taxe d'enregistrement n'a pas été versée.
- d) Si une partie qui a introduit une demande de médiation ne verse pas la taxe d'enregistrement dans les 15 jours suivant un deuxième rappel écrit du Centre, elle est réputée avoir retiré sa demande.

HONORAIRES DU MÉDIATEUR

ARTICLE 22

- a) Le montant et la monnaie de paiement des honoraires du médiateur sont fixés par le Centre, conformément aux dispositions du présent article, après consultation du médiateur et des parties.
- b) Sauf décision contraire des parties et du médiateur, le montant des honoraires est calculé sur la base du taux horaire ou, lorsque cela est applicable, du taux journalier indiqué dans le barème des taxes et honoraires applicable à la date de la demande de médiation, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire et de toute autre circonstance pertinente du litige.

CONSIGNATION DU MONTANT DES FRAIS

ARTICLE 23

- a) Le Centre peut, au moment de la nomination du médiateur, demander à chaque partie de consigner une même somme à titre de provision pour les frais de la médiation couvrant, en particulier, le montant estimatif des honoraires du médiateur et les autres dépenses afférentes à la médiation. Le montant de cette provision est fixé par le Centre.
- b) Le Centre peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.
- c) Si une partie ne consigne pas le montant requis dans les 15 jours qui suivent un second rappel écrit du Centre, la médiation est réputée close. Le Centre, par notification écrite, en informe les parties et le médiateur, en indiquant la date de la clôture.
- d) Après la clôture de la médiation, le Centre rend compte aux parties de l'utilisation des sommes consignées et leur restitue tout solde non dépensé ou leur demande le paiement de toute somme restant due.

FRAIS

ARTICLE 24

A moins que les parties n'en décident autrement, la taxe d'enregistrement, les honoraires du médiateur et tous les autres frais de la procédure de médiation, y compris notamment les frais de déplacement nécessaires du médiateur et tout frais lié aux services d'experts, sont répartis à égalité entre les parties.

EXCLUSION DE RESPONSABILITÉ

ARTICLE 25

Sauf en cas de faute délibérée, la responsabilité du médiateur, de l'OMPI et du Centre n'est engagée à l'égard d'aucune partie pour aucun acte ou omission lié à une médiation conduite conformément au présent règlement.

RENONCIATION AU DROIT D'AGIR EN DIFFAMATION

ARTICLE 26

Les parties et, par l'acceptation de sa nomination, le médiateur conviennent qu'aucune déclaration ou observation, écrite ou orale, formulée ou utilisée par eux ou leurs représentants dans les préparatifs de la médiation ou au cours de la procédure ne pourra fonder une action en diffamation de quelque sorte que ce soit ou autre action analogue et que le présent article du règlement pourra être invoqué comme fin de non recevoir.

SUSPENSION DES DÉLAIS DE PRESCRIPTION

ARTICLE 27

Les parties conviennent, dans la mesure autorisée par la loi applicable, que les délais de prescription prévus par la loi sont suspendus, en ce qui concerne le litige soumis à la médiation, depuis la date de l'introduction de médiation jusqu'à la date de clôture de la procédure de médiation.

Barème des taxes et honoraires

(Tous les montants sont libellés en dollars des Etats-Unis d'Amérique)

Taxes du Centre

Taxe d'enregistrement (Article 21 du Règlement de médiation de l'OMPI)

1. Le montant de la taxe d'enregistrement est de 0.10% du montant de la valeur de la médiation, le montant maximum de la taxe d'enregistrement étant fixé à 10 000 dollars. A titre d'exemple, les taxes d'enregistrement suivantes sont dues lorsque la valeur de la médiation atteint les montants suivants:

Valeur de la médiation	Taxe d'enregistrement
\$ 500 000	\$ 500
\$ 1 000 000	\$ 1 000
\$ 5 000 000	\$ 5 000
\$ 10 000 000	\$ 10 000

2. La valeur de la médiation est égale au montant total des sommes réclamées.
3. Lorsque la demande de médiation ne contient pas de demande d'ordre pécuniaire ou que le litige n'est pas quantifiable en données monétaires, une taxe d'enregistrement de 750 dollars est due, sujette à ajustement. L'ajustement est opéré par rapport au montant de la taxe d'enregistrement que le Centre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et après consultation des parties et du médiateur, considère comme approprié, au vu des circonstances.
4. Tout montant en litige libellé dans une monnaie autre que le dollar est, pour le calcul de la taxe d'enregistrement, converti en dollars sur la base du taux de change officiel des Nations Unies en vigueur à la date d'introduction de la demande de médiation.

Honoraires des médiateurs

Taux horaires et journaliers indicatifs (Article 22 du Règlement de médiation de l'OMPI)

	Minimum	Maximum
par heure	\$ 300	\$ 600
par jour	\$ 1 500	\$ 3 500

CLAUSES TYPES

Clause de médiation recommandée de l'OMPI

«Tout litige, controverse ou réclamation découlant du présent contrat et de toute modification ultérieure du présent contrat, ou s'y rapportant, et ayant trait notamment mais non exclusivement à sa formation, sa validité, ses effets obligatoires, son interprétation, son exécution, sa violation ou sa résolution, de même que toute réclamation extracontractuelle, sera soumis à médiation conformément au Règlement de médiation de l'OMPI. Le lieu de la médiation sera . . . La langue de la procédure de médiation sera . . .»

Clause recommandée de l'OMPI pour une médiation suivie, à défaut de règlement du litige, par un arbitrage

«Tout litige, controverse ou réclamation découlant du présent contrat et de toute modification ultérieure du présent contrat, ou s'y rapportant, et ayant trait notamment mais non exclusivement à sa formation, sa validité, ses effets obligatoires, son interprétation, son exécution, sa violation ou sa résolution, de même que toute réclamation extracontractuelle, sera soumis à médiation conformément au Règlement de médiation de l'OMPI. Le lieu de la médiation sera . . . La langue de la procédure de médiation sera . . .

«Si, et dans la mesure où, dans les [60][90] jours qui suivent son introduction, la procédure de médiation n'a pas abouti au règlement du litige, de la controverse ou de la réclamation, celui-ci ou celle-ci, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'une ou l'autre partie, sera soumis, pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI. Si par ailleurs, avant l'expiration de ce délai de [60][90] jours, l'une ou l'autre des parties s'abstient de participer ou cesse de participer à la procédure de médiation, le litige, la controverse ou la réclamation, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'autre partie, est soumis, pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI. Le tribunal arbitral sera composé [de trois arbitres][d'un arbitre unique]. Le lieu de l'arbitrage sera . . . La langue de la procédure d'arbitrage sera . . . Il sera statué sur le litige, la controverse ou la réclamation conformément au droit . . .»

*Règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)*²⁵⁸

ARTICLE 1. SAISINE DU CENTRE

La médiation est mise en œuvre à la demande des parties lorsqu'elles en conviennent à la naissance du litige. Elle l'est également à la demande de l'une d'elles lorsque les parties en sont convenues aux termes de leur contrat (*cf. clauses types proposées p. 32*).

La médiation peut aussi être mise en œuvre:

- à la demande d'une partie qui souhaite voir le Centre proposer cette médiation et si l'autre partie ne s'y oppose pas,
- ou encore, lorsque le Centre est saisi d'une demande d'arbitrage et qu'il estime qu'une médiation peut être tentée, sauf opposition de l'une des parties.

Toute médiation dont l'organisation est confiée au CMAP emporte adhésion des parties au présent règlement.

ARTICLE 2. DEMANDE DE MÉDIATION

Le Centre est saisi, à la demande des parties ou de l'une d'elles, d'une requête de médiation qui indique:

- l'état civil ou la raison sociale et l'adresse des parties,
- l'objet sommaire du litige,
- leur position respective ou la position de la partie qui saisit le Centre.

La requête n'est enregistrée que si elle est accompagnée du paiement des frais tels que fixés selon le barème en vigueur, en application de l'article 8 du présent règlement.

En cas de médiation proposée par le Centre (articles 1 du règlement de médiation et 4 du règlement d'arbitrage), la requête d'arbitrage tient lieu de requête de médiation.

ARTICLE 3. RÉPONSE À LA DEMANDE DE MÉDIATION

Une fois la demande enregistrée, le Centre en informe l'autre partie, pour lui proposer la mise en œuvre de la médiation. Il lui adresse le présent règlement et lui laisse un délai de 15 jours pour y répondre.

258 © 1995 CMAP, www.cmap.asso.fr; reproduit avec l'aimable autorisation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, 39, avenue Franklin Roosevelt, 75 008 Paris, (33-1) 4 495 1140.

ARTICLE 4. REFUS DE MÉDIATION

En l'absence de réponse ou en cas de refus explicite de la proposition de médiation, le Centre en informe la partie qui l'a saisi et clôt le dossier, le montant des frais administratifs lui demeurant acquis.

Dans l'hypothèse où les parties sont liées par une convention d'arbitrage, le Centre, sur la demande de l'une d'elles, met en application le règlement d'arbitrage.

ARTICLE 5. DÉSIGNATION DU MÉDIATEUR

Dès l'accord des parties sur la médiation ou lorsque le contrat contient une clause d'adhésion au présent règlement, la Commission de médiation et d'arbitrage désigne un médiateur, choisi en fonction de la nature du litige.

Toute désignation d'un médiateur effectuée par les parties est soumise à validation de la Commission de médiation et d'arbitrage.

Le CMAP peut proposer aux parties qu'assiste aux réunions de médiation un médiateur en formation, qui est alors tenu à la même obligation de confidentialité que le médiateur.

ARTICLE 6. RÔLE DU MÉDIATEUR ET DÉROULEMENT DE LA MÉDIATION

Le médiateur aide les parties à rechercher une solution négociée à leur différend. Dans la loyauté et le souci du respect des intérêts de chacune des parties, il est maître des modalités d'exécution de sa mission.

S'il l'estime utile, il peut entendre les parties séparément.

Lors de la première réunion fixée avec le médiateur, ce dernier apprécie l'opportunité de faire signer par les parties une convention de médiation.

Le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation; aucune constatation, déclaration ou proposition effectuée devant le médiateur ou par lui ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties.

La durée de la médiation ne peut excéder deux mois à compter de la désignation du médiateur par le Centre.

Cette durée peut être prolongée par accord de toutes les parties, le Centre se réservant la possibilité de clore d'office le dossier à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la saisine du médiateur, les frais administratifs lui demeurant acquis. A tout moment, chacune des parties peut librement mettre un terme au déroulement de la médiation.

S'il apparaît au médiateur que le processus de médiation n'aboutira pas à un accord, il peut mettre fin d'office à sa mission.

Dans l'hypothèse où le médiateur s'estime dans l'impossibilité de mener à bien sa mission, il suspend cette dernière. Il en avertit au plus tôt le Secrétariat général du CMAP. La Commission de médiation et d'arbitrage procède alors à son remplacement dans les meilleurs délais.

A l'issue du délai de deux mois susvisé, et à défaut d'accord, les parties peuvent demander la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage.

Le médiateur ne peut être désigné arbitre ni intervenir à quelque titre que ce soit dans le litige subsistant, sauf à la demande écrite de toutes les parties.

L'accord intervenu fait l'objet d'un écrit signé par les parties.

ARTICLE 7. INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ DU MÉDIATEUR

Le médiateur doit être impartial et indépendant des parties et, le cas échéant, leur faire connaître ainsi qu'à la Commission, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter son indépendance. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission de médiation et d'arbitrage, et avec l'accord de toutes les parties.

Le médiateur, désigné par la Commission, signe une déclaration d'indépendance. Si au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance, il en informe les parties. Sur accord de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation.

ARTICLE 8. FRAIS ET HONORAIRES DE MÉDIATION

Les frais et honoraires de médiation sont fixés selon le barème en vigueur au moment de la saisine du Centre. Les parties conviennent entre elles de la répartition du coût de la médiation. A défaut d'accord sur ce point, ces frais sont supportés par la partie requérante.

Si l'importance du litige lui paraît le justifier, le CMAP peut inviter la partie requérante à consigner une provision à valoir sur les honoraires définitifs du médiateur.

Si un arbitrage s'ensuit, aucun droit d'ouverture de dossier, autre que celui déjà versé pour la médiation, n'est dû par les parties.

ARTICLE 9. INTERPRÉTATION ET RÈGLEMENT EN VIGUEUR

Toute interprétation du présent règlement est du ressort du Centre.

La demande de médiation est instruite conformément au règlement et au barème en vigueur au jour de son introduction.

BARÈME DES FRAIS ET HONORAIRES DE MÉDIATION DU CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS²⁵⁹

Médiation conventionnelle

Montant en litige jusqu'à € 15 000

Frais forfaitaires d'ouverture de dossier²⁶⁰ € 150

Honoraires forfaitaires du médiateur²⁶¹ € 400

Montant en litige supérieur à € 15 000

Frais d'ouverture de dossier²⁶² € 150

– sur la base d'une clause ou d'une convention € 150

– en l'absence de clause ou de convention € 300

Honoraires et frais²⁶³ € 230 par heure (3) – dont € 39
au titre des frais administratifs (4)
du Centre

Médiation judiciaire

Frais administratifs € 230

Honoraires du médiateur fixés par le juge sur la base d'un taux
horaire de € 110

CLAUSES TYPES

Option 1: médiation et arbitrage

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et, en cas d'échec de celle-ci, au règlement d'arbitrage du CMAP auxquels les parties déclarent adhérer.

Option 2: médiation uniquement

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à la médiation conformément au règlement de médiation du CMAP auquel les parties déclarent adhérer.

²⁵⁹ Barème Hors taxe applicable à partir du 30 novembre 2001.

²⁶⁰ Avancés par la partie qui saisit le Centre dès le dépôt du dossier.

²⁶¹ Versés à la fin de la mission du médiateur. Cependant, le CMAP pourra demander le versement d'une provision.

²⁶² Facturables dès l'étude préalable du dossier, s'il y a lieu.

²⁶³ Hors débours éventuels: transport, frais d'hébergement du médiateur, etc.

*Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC)*²⁶⁴

ARTICLE 1. CHAMP D'APPLICATION

Lorsque les parties sont convenues d'une médiation soumise aux règles de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC), les règles suivantes font partie intégrante de la convention de médiation. Les parties peuvent, d'un commun accord, modifier ou compléter ces règles.

ARTICLE 2. BUT

Le médiateur aide les parties à trouver une solution à leur conflit. Son rôle est de faciliter la négociation, sans disposer d'un pouvoir de décision.

Le but est atteint, lorsque:

- a. un accord est conclu sur l'ensemble des points litigieux ou
- b. les parties admettent que certains points demeurent litigieux et s'entendent sur la façon de les résoudre.

ARTICLE 3. DÉSIGNATION DU MÉDIATEUR

Les parties choisissent d'un commun accord le médiateur. La CSMC met à disposition une liste de médiateurs formés et expérimentés. Si les parties le requièrent, la CSMC les aide à choisir un médiateur. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la personne du médiateur, celui-ci est désigné par le président de la CSMC.

ARTICLE 4. IMPARTIALITÉ

Le médiateur est impartial et indépendant. Il agit dans le respect des règles de déontologie de la CSMC.

ARTICLE 5. REPRÉSENTATION

- 5.1. Les parties participent personnellement aux séances de médiation. Les personnes morales sont représentées par une personne qui dispose des connaissances nécessaires relatives au litige et qui a le pouvoir de transiger.
- 5.2. Lorsqu'elles entendent participer à la médiation, assistées d'un conseil, les parties sont tenues d'en informer préalablement l'autre partie et le médiateur.

ARTICLE 6. PRÉPARATION DE LA MÉDIATION

Le médiateur se prononce librement sur l'opportunité d'inviter les parties, avant la séance de médiation, à déposer un résumé écrit des points litigieux, des documents, etc.

ARTICLE 7. PROCÉDURE DE MÉDIATION

- 7.1. Le médiateur peut rencontrer les parties isolément (caucuses), c'est-à-dire en l'absence de l'autre partie. Toutes les informations qui sont données dans ce contexte sont confidentielles, sauf accord exprès de la partie concernée.
- 7.2. Les parties peuvent également remettre au médiateur, sous le couvert de la confidentialité, des documents ou autres pièces.
- 7.3. Le médiateur n'a pas de pouvoir de décision. Il aide les parties à trouver une solution à leur conflit qui préserve au mieux leurs intérêts respectifs.

ARTICLE 8. CONFIDENTIALITÉ

- 8.1. La nature confidentielle de la procédure de médiation doit être respectée par toutes les personnes impliquées. En particulier, les parties s'engagent à ne pas produire, comme moyens de preuve ou d'une autre manière, les propos échangés pendant la médiation, dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Cette règle s'applique également aux opinions émises, aux suggestions faites et aux pièces produites en vue de trouver une solution au conflit. Elle s'applique également à toute pièce qui ne serait pas accessible autrement.
- 8.2. Les parties s'engagent expressément à ne pas faire citer le médiateur en qualité de témoin dans une procédure judiciaire, d'arbitrage ou autre portant sur le même conflit. Le médiateur n'est pas autorisé à témoigner dans une procédure ultérieure judiciaire ou arbitrale portant sur le même conflit.

264 © 1998 CSMC, www.mediationskammer.ch; Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Bollwerk 21, postfach 6624, 3001 Berne, Suisse, (41-31) 328 3535.

- 8.3 Le médiateur ne peut intervenir ultérieurement en qualité d'arbitre dans le cadre d'une procédure d'arbitrage portant sur le même conflit qu'avec l'accord exprès de toutes les parties.
- 8.4 La CSMC s'engage à traiter sous le sceau de la confidentialité toutes les informations qui parviennent à sa connaissance dans le cadre du processus de médiation.

ARTICLE 9. FIN DE LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

- 9.1 La médiation prend fin par la signature d'un accord portant sur le règlement du conflit.
- 9.2 Le médiateur peut mettre fin à la médiation lorsqu'il est de l'avis qu'une solution ne peut être trouvée ou que la poursuite du processus ne paraît pas défendable.
- 9.3 Chaque partie peut en tout temps mettre fin à la médiation. Lorsqu'une séance de médiation est d'ores et déjà agendée, la déclaration de mettre fin au processus doit être communiquée suffisamment tôt au médiateur et à l'autre partie.

ARTICLE 10. HONORAIRES DU MÉDIATEUR

- 10.1 Le tarif-horaire du médiateur se situe entre Fr. 200.— et Fr. 500.—. Il est possible de convenir d'un autre tarif-horaire ou d'un tarif journalier.
- 10.2 La fixation du montant des honoraires tient compte notamment de la valeur litigieuse, du nombre de parties, etc. Le tarif est arrêté avant le début de la négociation.

ARTICLE 11. AVANCE DE FRAIS

Le médiateur peut demander des avances pour ses frais et ses honoraires.

ARTICLE 12. FRAIS

Sous réserve de dispositions contraires adoptées par les parties, l'ensemble des frais (art. 10 ci-dessus) et débours (par exemple, frais de transport du médiateur, frais d'intervention de l'expert mandaté avec l'accord des parties, etc.) sont supportés à parts égales par chacune des parties. Celles-ci répondent ensemble et solidairement des honoraires et des frais du médiateur.

ARTICLE 13. DROIT APPLICABLE

Les rapports juridiques entre les parties et le médiateur sont soumis au droit suisse.

CLAUSES TYPES

I. Litiges futurs

- 1. Clause de médiation applicable aux contrats commerciaux
Tout différend qui pourrait résulter du présent contrat se règle par voie de médiation, selon les règles instituées par la Chambre Suisse de Médiation Commerciale. Les parties renoncent à introduire action tant et aussi longtemps que le processus de médiation n'est par terminé.
- 2. Clause de médiation applicable aux dispositions testamentaires
Tout différend lié au partage de la succession est réglé par voie de médiation selon les règles de la Chambre suisse de médiation commerciale.
Sous réserve de dispositions contraires adoptées par les parties, la médiation a lieu au domicile du cujus.

II. Litiges actuels

Les parties signataires conviennent de soumettre le litige suivant aux règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale:

(Suit un bref exposé du conflit, par exemple: litige portant sur les obligations résultant du contrat de joint-venture).

*Règlement ADR de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)*²⁶⁵

PRÉAMBULE

Le règlement amiable est une solution souhaitable pour les différends et désaccords d'ordre commercial entre entreprises. Il peut intervenir avant ou pendant une procédure étatique ou arbitrale et peut souvent être facilité par l'intervention d'un tiers convenu (le «Tiers») appliquant un règlement simple. Les parties peuvent accepter de se soumettre à ce règlement lors de la conclusion de leur contrat de base ou à tout autre moment.

La Chambre de commerce internationale («la CCI») met à la disposition des parties pour la résolution amiable des différends le présent règlement dénommé le Règlement ADR de la CCI (le «Règlement»), qui leur permet de choisir la formule qu'elles considèrent comme étant la plus appropriée pour les aider à résoudre leur différend. A défaut d'accord des parties sur le choix d'une formule de règlement des différends, la médiation sera celle retenue dans l'application du Règlement. Le Guide de l'ADR de la CCI, qui n'est pas partie intégrante du Règlement, explique ce-lui-ci ainsi que les différentes formules de règlement pouvant être utilisées dans son application.

ARTICLE 1. CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT ADR DE LA CCI

Tout différend d'ordre commercial, qu'il soit ou non de caractère international, peut être soumis à une procédure ADR aux termes du présent Règlement. Les dispositions de ce Règlement peuvent être modifiées d'un commun accord entre toutes les parties, sous réserve d'approbation de la CCI.

ARTICLE 2. INTRODUCTION DE LA PROCÉDURE ADR

2.A Lorsqu'il existe un accord préalable de recourir au Règlement

2.A.1 Lorsque les parties sont convenues de soumettre leur différend au Règlement ADR de la CCI, toute partie souhaitant engager une procédure ADR dans les termes du Règlement adresse à la CCI une demande écrite d'ADR comprenant:

- a) les noms, adresses, numéros de téléphone et de télécopieur, adresses e-mail des parties au différend et de leurs représentants dûment mandatés, le cas échéant;
- b) une description du différend y compris, si possible, une estimation des sommes en jeu;
- c) toute désignation conjointe d'un Tiers par toutes les parties ou tout accord de toutes les parties relatif aux qualifications du Tiers devant être nommé par la CCI en l'absence d'une désignation conjointe;
- d) une copie de l'accord écrit en application duquel la demande d'ADR est introduite; et
- e) le droit payable à la CCI au titre de l'enregistrement de la demande d'ADR, ainsi qu'il est prévu dans l'appendice joint.

2.A.2 Lorsque la demande d'ADR n'est pas déposée conjointement par toutes les parties, la partie ou les parties déposant la demande doit/doivent simultanément l'adresser à l'autre ou aux autres parties. Cette demande peut comprendre toute proposition de nom d'un ou de plusieurs Tiers à désigner par toutes les parties. A la suite de cette demande, toutes les parties peuvent conjointement désigner un Tiers ou peuvent s'accorder sur les qualifications d'un Tiers à nommer par la CCI. Dans chacun de ces deux cas, les parties doivent en avvertir la CCI dans les meilleurs délais.

2.A.3 La CCI doit dans les meilleurs délais accuser réception aux parties, par écrit, de la demande d'ADR.

2.B Lorsqu'il n'existe pas de convention de recourir au Règlement:

2.B.1 Lorsqu'il n'existe pas de convention entre les parties pour soumettre leur différend au Règlement ADR de la CCI, toute partie ou toutes parties souhaitant engager une procédure ADR dans les termes du Règlement, doit/doivent adresser à la CCI une demande écrite d'ADR comprenant:

265 © CCI, www.iccadr.org; texte reproduit avec l'aimable autorisation de la Chambre de Commerce Internationale, publication n° 809 (version française: ISBN 92.842.2303.2; version anglaise: ISBN 92.842.1303.7), disponible auprès des services de règlement des différends de la CCI (ADR), 38 Cours Albert 1^{er}, 75 006 Paris, France, (33-1) 4 953 2828.

- a) les noms, adresses, numéros de téléphone et de télécopieur, adresses e-mail des parties au différend et de leurs représentants dûment mandatés, le cas échéant;
- b) une description du différend y compris, si possible, une estimation des sommes en jeu;
- c) le droit payable à la CCI au titre de l'enregistrement de la demande d'ADR, ainsi qu'il est prévu dans l'appendice joint.

La demande d'ADR peut aussi comprendre toute proposition relative aux qualifications du Tiers ou une proposition de nom d'un ou de plusieurs Tiers à désigner par toutes les parties.

- 2.B.2 La CCI doit promptement informer l'autre ou les autres parties, par écrit, de la demande d'ADR. Il sera demandé à cette autre ou ces autres parties d'informer par écrit la CCI, dans les 15 jours suivant la réception de la demande d'ADR, de leur accord ou de leur refus de participer à la procédure ADR. Au premier cas, elles peuvent formuler toute proposition relative aux qualifications du Tiers et peuvent proposer le nom d'un ou de plusieurs Tiers à désigner par les parties. Toutes les parties peuvent ensuite conjointement désigner un Tiers ou peuvent s'accorder sur les qualifications d'un Tiers à nommer par la CCI. Dans l'un et l'autre cas, les parties doivent en avvertir promptement la CCI.

A défaut de réponse dans ce délai de 15 jours, ou en cas de réponse négative, la demande d'ADR sera réputée avoir été rejetée et la procédure ADR ne sera pas engagée. La CCI doit en informer promptement la ou les parties ayant introduit la demande d'ADR.

ARTICLE 3. CHOIX DU TIERS

- 3.1 Lorsque toutes les parties ont conjointement désigné le Tiers, la CCI doit en prendre note et la personne ainsi désignée agira en qualité de Tiers dans la procédure ADR, après qu'elle aura notifié à la CCI l'acceptation de sa mission. Lorsque le Tiers n'a pas été désigné par toutes les parties ou lorsque le Tiers désigné n'accepte pas sa mission, la CCI doit promptement nommer un Tiers, soit en s'adressant à un comité national de la CCI soit autrement, et notifier cette nomination aux parties. La CCI doit faire tous efforts raisonnables pour nommer un Tiers répondant aux qualifications sur lesquelles toutes les parties s sont accordées.
- 3.2 Tout Tiers pressenti doit fournir promptement à la CCI un curriculum vitae et une déclaration d'indépendance, dûment signés et datés. Par sa déclaration d'indépendance, le Tiers pressenti doit faire connaître à la CCI les faits et circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties. La CCI communiquera ces informations par écrit aux parties.
- 3.3 Si une partie fait objection au Tiers désigné par la CCI et notifie par écrit cette objection à la CCI et à l'autre ou aux autres parties par écrit mentionnant les motifs de cette contestation, dans les 15 jours suivant la réception de la notification de la nomination, la CCI doit désigner un autre Tiers dans les meilleurs délais.
- 3.4 Par commun accord de toutes les parties, celles-ci peuvent désigner, ou demander à la CCI de nommer, plus d'un Tiers, conformément aux dispositions du présent Règlement. Si les circonstances s'y prêtent, la CCI peut proposer aux parties la nomination de plusieurs Tiers.

ARTICLE 4. FRAIS ET HONORAIRES

- 4.1 La ou les parties introduisant une demande d'ADR doit/doivent joindre à cette demande le règlement à la CCI du droit non remboursable dû au titre de l'enregistrement de la demande, ainsi qu'il est prévu à l'appendice ci-joint. Aucune demande d'ADR ne sera traitée si elle n'est pas accompagnée dudit règlement.
- 4.2 A la suite de la réception d'une demande d'ADR, la CCI demande aux parties de payer un dépôt d'un montant probablement suffisant pour couvrir les frais administratifs de la CCI ainsi que les honoraires et frais du Tiers relatifs à la procédure ADR, tels qu'ils sont prévus à l'appendice ci-joint. La procédure ADR ne sera engagée qu'après réception par la CCI du paiement de ce dépôt.
- 4.3 En tout état de cause, lorsque la CCI considère que le dépôt n'est pas probablement suffisant pour couvrir l'intégralité des coûts de la procédure ADR, le montant de ce dépôt peut faire l'objet d'un réajustement. La CCI peut suspendre la procédure ADR jusqu'à ce que les paiements y afférents soient effectués par les parties.

- 4.4 A l'achèvement de la procédure ADR, la CCI fait le compte de l'ensemble des coûts de la procédure et, selon le cas, rembourse aux parties tout excédant ou, au contraire, leur facture tout solde restant dû aux termes du présent Règlement.
- 4.5 Tous les dépôts et coûts susmentionnés sont supportés à parts égales par les parties, sauf si elles sont autrement convenues par écrit. Toutefois, toute partie a la faculté de payer le solde impayé desdits dépôts et coûts si une partie manque à payer sa part.
- 4.6 Toutes autres dépenses d'une partie restent à la charge de celle-ci.

ARTICLE 5. CONDUITE DU PROCESSUS ADR

- 5.1 Le Tiers et les parties doivent promptement discuter et rechercher un accord sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et doivent s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre.
- 5.2 A défaut d'accord des parties sur la formule à utiliser, celle-ci sera la médiation.
- 5.3 Le Tiers conduit la procédure de la manière qu'il considère appropriée. Dans tous les cas, le Tiers sera guidé par les principes de probité et d'impartialité, ainsi que par les souhaits des parties.
- 5.4 A défaut d'accord des parties, le Tiers détermine la ou les langues à utiliser pour la conduite de la procédure et le lieu où toutes réunions se tiendront.
- 5.5 Chaque partie doit coopérer de bonne foi avec le Tiers.

ARTICLE 6. FIN DE LA PROCÉDURE

- 6.1 La procédure ADR engagée dans les termes du présent Règlement s'achève par la survenance du premier des événements suivants:
 - a) la signature par les parties d'un accord mettant fin au différend;
 - b) la notification par écrit au Tiers par une ou plusieurs parties, à tout moment après que la discussion mentionnée à l'article 5.1 a eu lieu, d'une décision de ne pas poursuivre plus avant la procédure ADR;
 - c) l'achèvement de la procédure ADR établie selon l'article 5 et la notification écrite faite en conséquence par le Tiers aux parties;
 - d) la notification écrite aux parties par le Tiers que, selon son opinion, la procédure ADR n'aboutira pas au règlement du différend opposant les parties;
 - e) l'expiration de tout délai fixé pour la procédure ADR, sauf prorogation de ce délai par toutes les parties, à charge pour le Tiers de notifier ladite expiration aux parties par écrit;
 - f) la notification écrite par la CCI aux parties et au Tiers, dans un délai qui ne saurait être inférieur à 15 jours à compter de la date d'échéance de tout paiement dû par une ou plusieurs parties en application du présent Règlement, leur indiquant que ce paiement n'a pas été effectué;
 - g) la notification écrite par la CCI aux parties leur indiquant que, selon son appréciation, la désignation d'un Tiers n'a pu être faite ou qu'il n'a pas été raisonnablement possible de nommer un Tiers.
- 6.2 A l'achèvement de la procédure ADR en application de l'article 6.1, (a) à (e), le Tiers notifie promptement la clôture de celle-ci à la CCI et communique à cette dernière une copie de toute notification visée à l'article 6.1, (b) à (e). Dans tous les cas, la CCI confirme par écrit aux parties et au Tiers, si un Tiers a déjà été désigné ou nommé, la clôture de la procédure ADR.

ARTICLE 7. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

- 7.1 A défaut d'accord contraire des parties, et sauf interdiction résultant d'un droit applicable, la procédure ADR, y compris son résultat, est privée et confidentielle. De même, tout accord entre les parties mettant fin à leur différend doit demeurer confidentiel, sauf qu'une partie sera en droit de le divulguer pour autant que cette divulgation sera requise selon le droit applicable ou nécessaire aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution de cet accord.
- 7.2 A moins qu'elle n'y soit obligée par le droit applicable, et à défaut d'accord contraire des parties, aucune partie ne doit produire comme élément de preuve dans aucune procédure judiciaire, arbitrale ou autre procédure similaire:
 - a) tous documents, déclarations ou communications soumis par une autre partie ou par le Tiers, dans la procédure ADR, à moins que ces documents, déclarations ou communications ne puissent être obtenus indépendamment par la partie cherchant à les produire dans une procédure judiciaire, arbitrale ou autre procédure similaire;
 - b) toutes opinions exprimées ou suggestions faites par l'une quelconque des parties au cours la procédure ADR concernant un règlement possible du différend;

- c) tous aveux de la part d'une autre partie faits au cours de la procédure ADR;
 - d) toutes opinions exprimées ou propositions faites par le Tiers; ou
 - e) le fait que l'une quelconque des parties ait indiqué, au cours de la procédure ADR, qu'elle était prête à accepter une proposition de transaction.
- 7.3 Sauf accord contraire écrit de toutes les parties, un Tiers ne doit pas agir ni avoir agi, que ce soit en qualité de juge, arbitre, expert, ou de représentant ou conseil d'une partie, dans une procédure judiciaire, arbitrale ou procédure similaire se rapportant au différend qui fait ou faisait l'objet de la procédure ADR.
- 7.4 Le Tiers ne doit témoigner dans aucune procédure judiciaire, arbitrale ou procédure similaire concernant un aspect quelconque de la procédure ADR, sauf accord contraire écrit de toutes les parties ou à moins d'y être tenu en vertu du droit applicable.
- 7.5 Ni le Tiers, ni la Chambre de commerce internationale et son personnel, ni les comités nationaux de la CCI ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission se rapportant à la procédure ADR.

APPENDICE – COÛTS DE LA PROCÉDURE ADR

- A La ou les parties introduisant une demande d'ADR doivent joindre à cette demande le paiement d'un droit non remboursable de 1 500 \$US au titre de l'enregistrement de la demande, destiné à couvrir les coûts du traitement de la demande. Aucune demande d'ADR ne sera traitée si elle n'est pas accompagnée du paiement requis.
- B Les frais administratifs de la CCI pour la procédure ADR sont fixés à la discrétion de la CCI en fonction des tâches remplies par celle-ci. Le montant de ces frais administratifs ne doit pas excéder un plafond de 10 000 \$US.
- C Les honoraires du Tiers sont calculés sur la base du temps raisonnablement consacré par ce dernier à la conduite de la procédure ADR, à un taux horaire fixé par la CCI pour ladite procédure en concertation avec le Tiers et les parties. Ce taux horaire sera d'un montant raisonnable et fixé en fonction de la complexité du différend et de toutes autres circonstances pertinentes. Le montant des frais raisonnables du Tiers est fixé par la CCI.
- D Les sommes payées au Tiers ne comprennent aucune taxe sur la valeur ajoutée (TVA) éventuellement applicable ni autres taxes, charges ou impôts applicables aux honoraires du Tiers. Les parties doivent s'acquitter du paiement de ces taxes ou charges. Cependant, il appartient au Tiers et aux parties de prendre entre eux seuls les dispositions nécessaires au recouvrement de ces taxes ou charges.

CLAUSES ADR proposées par la CCI

ADR FACULTATIF «Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, conformément au Règlement ADR de la CCI.»

OBLIGATION D'ENVISAGER UNE PROCÉDURE ADR «En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de discuter et d'envisager de faire appel en premier lieu à la procédure de règlement des différends prévue par le Règlement ADR de la CCI.»

OBLIGATION DE SOUMETTRE LE DIFFÉREND À UNE PROCÉDURE ADR ASSORTIE D'UN MÉCANISME D'EXPIRATION AUTOMATIQUE «En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de soumettre ce différend à la procédure de règlement des différends prévue par le Règlement ADR de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande d'ADR ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, celles-ci seront déliées de toute obligation au titre de la présente clause.»

OBLIGATION DE SOUMETTRE LE DIFFÉREND À UNE PROCÉDURE ADR, PUIS À UN ARBITRAGE CCI SI NÉCESSAIRE «En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de soumettre ce différend à la procédure de règlement des différends prévue par le Règlement ADR de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande d'ADR ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci.»

Projet de [la loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale]²⁶⁶

ARTICLE 1. CHAMP D'APPLICATION

- 1.1 Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation commerciale* internationale, telle que définie aux articles 2 et 3,
- a) si le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties ou, faute d'une telle convention, tel que déterminé avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, est situé dans le présent État; ou
 - b) si le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou autrement déterminé comme prévu à l'alinéa a), il est réputé être situé dans le présent État si l'un quelconque des lieux ci-après s'y trouve: le lieu où est situé l'organisme qui a administré la procédure de conciliation; le lieu de résidence du conciliateur ou l'établissement des deux parties lorsque celles-ci ont leur établissement dans le même pays.
- 1.2 Les présentes dispositions législatives types s'appliquent également à une conciliation commerciale qui n'est pas internationale au sens de l'article 3, si les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables à la conciliation.
- 1.3 Les articles . . . s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État.
- 1.4 Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie après la survenance d'un litige, en application d'une convention passée par les parties avant la survenance du litige, ou suite à une instruction ou une [demande] [invitation] d'une juridiction étatique ou d'une entité publique compétente.
- 1.5 Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquent pas:
- a) aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance, mène une procédure de conciliation; et
 - b) [. . .]

ARTICLE 2. CONCILIATION

Aux fins des présentes dispositions législatives, le terme «conciliation» désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les aider [de manière indépendante et impartiale] [et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante] dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié.

ARTICLE 3. CONCILIATION INTERNATIONALE

- 3.1 Une conciliation est internationale si:
- a) les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
 - b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

* Le terme «commercial» devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voies aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

266 © CNUDCI, www.uncitral.org; reproduit avec l'aimable autorisation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), 35^e session; Vienne 19–30 novembre 2001, Vienna International Centre, P. O. Box 50, A-1400 Vienne, Autriche (43–1) 26 060-4078.

- i) le lieu de la conciliation; ou
 - ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit;
- 3.2 Aux fins du présent article:
- a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;
 - b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

ARTICLE 4. DÉROGATION CONVENTIONNELLE

A moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles.

ARTICLE 5. DÉBUT DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

- 5.1 La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.
- 5.2 Si une partie ayant invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [quatorze] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

ARTICLE 6. NOMBRE DE CONCILIATEURS

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs.

ARTICLE 7. NOMINATION DES CONCILIATEURS

- 7.1 Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.
- 7.2 Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.
- 7.3 Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.
- 7.4 Les parties peuvent demander l'assistance d'une institution ou d'une personne qualifiée pour la nomination des conciliateurs. En particulier,
 - a) une partie peut demander à une telle institution ou personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou
 - b) les parties peuvent convenir qu'une telle institution ou personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.
- 7.5 En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'institution ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties.

ARTICLE 8. CONDUITE DE LA CONCILIATION

- 8.1 Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.
- 8.2 En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des [vues] [attentes] [intentions] [désirs] que les parties peuvent exprimer, et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
- 8.3 Le conciliateur est guidé par les principes [d'objectivité, d'équité et de justice][d'objectivité, d'impartialité et d'indépendance] et s'efforce d'accorder aux parties un traitement équitable.
- 8.4 Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

ARTICLE 9. COMMUNICATION ENTRE LE CONCILIATEUR ET LES PARTIES

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

ARTICLE 10. COMMUNICATION D'INFORMATIONS

Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie. Toutefois, le conciliateur ou le groupe de

conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

ARTICLE 11. FIN DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

La procédure de conciliation prend fin:

- a) par la conclusion de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;
- b) par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;
- c) par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou
- d) par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et, si un conciliateur a été nommé, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

ARTICLE 12. PRESCRIPTION

- 12.1 Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.
- 12.2 Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.]

ARTICLE 13. RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE DANS UNE AUTRE PROCÉDURE

- 13.1 [Sauf convention contraire des parties,] une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation:
 - a) les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard d'une solution éventuelle du litige;
 - b) les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;
 - c) les propositions présentées par le conciliateur;
 - d) le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.
- 13.2 Le paragraphe 1 du présent article s'applique [quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés] [que les informations ou les éléments de preuve qui s'y trouvent visés soient sous forme orale ou écrite].
- 13.3 La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par la juridiction étatique [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire].
- 13.4 Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou la juridiction étatique traite ces éléments comme irrecevables.
- 13.5 Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

ARTICLE 14. RÔLE DU CONCILIATEUR DANS D'AUTRES PROCÉDURES

- 14.1 Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.
- 14.2 Les éléments de preuve apportés par le conciliateur concernant les questions visées au paragraphe 1 de l'article 12 ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation ne sont pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire [que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation] [relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation].
- 14.3. [Le paragraphe 1 s'applique] [Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent] également à un autre litige né du même contrat [ou de tout autre contrat connexe].

ARTICLE 15. RECOURS À UNE PROCÉDURE ARBITRALE OU JUDICIAIRE

- 15.1 Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et une juridiction étatique ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, celle-ci est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.
- 15.2. [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies]].
- 15.3 [Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de nomination afin de lui demander de nommer un arbitre.]

ARTICLE 16. ARBITRE FAISANT OFFICE DE CONCILIEUR

[Il n'est pas incompatible avec la mission d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.]

ARTICLE 17. FORCE EXÉCUTOIRE DE LA TRANSACTION

[Variante A]

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est contraignant et exécutoire [l'État adoptant insère ici des dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions].

[Variante B]

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, l'accord auquel elles sont parvenues est contraignant et exécutoire au même titre qu'un contrat.

[Variante C]

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, elles peuvent désigner un tribunal arbitral, y compris en nommant le conciliateur ou un membre du groupe de conciliateurs, auquel elles demandent de prendre acte de leur transaction sous la forme d'une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

[Variante D]

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et par le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est contraignant et a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale.

Annexe B

Quelques institutions de médiation offrant une formation de médiateur/médiatrice

Centre d'études et de formation continue (CEFOC)

Rue des Voisins 30

Case postale 265

CH-1211 Genève 4

Tél: (+41) 22 320 3975

e-mail: cefoc@ies.unige.ch

web: <http://www.ies-geneve.ch/Cefoc/cefoc.html>

Formation: Formation à la médiation générale

Titre délivré: Attestation de participation reconnue par la Commission de médiation de la Fédération suisse des avocats (FSA) à compléter par une journée supplémentaire sur L'avocat et la médiation organisée par la FSA, afin d'obtenir le titre de Médiateur FSA

Commission de médiation FSA (Fédération Suisse des Avocats)

Bollwerk 21
Case postale 8321
CH-3001 Berne

Tél: (+41) 31 328 3536

e-mail: info@swisslawyers.com

web: http://www.swisslawyers.com

Formation: Une journée de formation intitulée *L'avocat et la médiation* (4^e bloc de formation)

Titre délivré: Médiateur / médiatrice FSA

Groupelement pro médiation

Case postale 132
CH-1211 Genève 12

Tél: (+41) 76 512 5107

e-mail: pro-mediation@bluewin.ch

Formation: 12 modules (208 heures sur 18 mois)

2 jours 1/2 de stage (20 heures)

Formation individuelle étude droit (92 heures) stage avec rédaction d'un travail final relatant la mise en œuvre dans un lieu d'insertion professionnelle ou associatif

Institut universitaire Kurt Bösch (IUKB)

Unité Médiation
Case postale 4176
CH-1950 Sion 4

Tél: (+41) 27 205 7300

e-mail: mediation@iukb.ch

web: http://www.iukb.ch

Formation: 150 heures d'enseignement

50 heures minimum de stage, 100 heures pour un mémoire sur la médiation

Titre délivré: Diplôme Universitaire de Médiation Générale (DUMG)

Formation: Programme individuel de formation, stage, mémoire: 4 semaines de 5 jours par an

Titre délivré: Master Européen en Médiation (gestion des conflits négociation et médiation)

Formation: 115 heures théoriques

50 heures de stage pratique

30 heures de travail personnel pour un rapport de stage

Titre délivré: Certificat Européen de Médiation dans le domaine économique

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

Centre d'arbitrage et de médiation
34, chemin des Colombettes
CH-1211 Genève 20

Tél: (+41) 22 338 8247

e-mail: arbiter.mail@wipo.int

Formation: Ateliers du 27-28 juin 2002 et 1-2 juillet 2002

2 jours de cours intensifs sur les techniques de médiation, avec exercices en anglais

Titre délivré: Certificat de formation

Université de Genève, faculté de droit,

département du droit du travail et de la sécurité sociale
40, boulevard du Pont d'Arve
CH-1211 Genève 4

Tél: (+41) 22 705 8438

Formation: 4 conférences sur une journée

Université de St. Gall

Bodanstrasse 4
CH-9000 St. Gall

Tél: (+41) 71 224 2424

Fax: (+41) 71 224 2883
e-mail: vk-ch@unisg.ch
web: <http://www.irp.unisg.ch>
Formation: Programme de 200 heures, composé de 6 parties sur approximativement une année avec des jeux de rôle et des cours théoriques
Titre délivré: Certificat du Centre de Médiation Commerciale (Zentrum für Wirtschaft Mediation), en coopération avec l'Université de St. Gall

Université de Zurich, faculté de droit

Universität Zürich Zentrum (UZZ)

Rämistrasse 71

CH-8006 Zürich

Tél: (+41) 1 634 22 33

Fax: (+44) 1 634 23 04

e-mail: dekrwf@zuv.unizh.ch

web: www.unizh.ch

Formation: Cours optionnel de médiation et ADR, ouvert aux étudiants de 2^e année (après la *Zwischenprüfung*)

American Arbitration Association (AAA)

335 Madison Avenue, 10th Floor

USA, New York NY 10 017-4605

Tél: (+1) 212 716 5800

Fax: (+1) 212 716 5901

e-mail: usadrsrv@arb.com

web: <http://www.adr.org>

Formation: Programme de 40 heures (*Mediation Training Program*)

Titre délivré: Nomination au panel des médiateurs AAA (pour les meilleurs)
Certificat de réussite (pour ceux ayant démontré des talents de médiation)
Certificat de présence
Programme de 30-40 heures de médiation pour les avocats (*Mediation Advocacy Program for Lawyers*)

Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)

39, avenue Franklin Roosevelt

F-75 008 Paris

Tél: (+33) 1 4 495 1140

e-mail: cmmap@mediationetarbitrage.com

web: www.cmap.asso.fr

Formation: Programme de formation à la médiation interentreprises

Titre délivré: Médiateur CMAP

Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)

Centre for Dispute Resolution

Princes House

95 Gresham Street

UK, London EC2V 7NA

Tél: (+44) 207 600 0500

Fax: (+44) 207 600 0501

e-mail: training@cedr.co.uk

web: <http://www.cedr.co.uk>

Formation: Cours annuel de printemps
Programme intensif de cinq jours en matière de médiation commerciale

Titre délivré: Accréditation CEDR

Formation: Cours internationaux d'été
Programme intensif de six jours, en matière de médiation commerciale

Titre délivré: Accréditation CEDR

CPR Institute For Dispute Resolution

366 Madison Avenue

USA, New York NY 10 017-3122

Tél: (+1) 212 949-6490
Fax: (+1) 212 949 8859
e-mail: info@cpradr.org
web: http://www.cpradr.org
Formation: 4 jours de formation par équipe de douze participants maximum
Titre délivré: Certificat CPR

The Chartered Institute of Arbitrators

International Arbitration and Mediation Centre
24 Angel Gate, City Road
UK, London EC1V 2RS

Tél: (+44) 207 837 4483
Fax: (+44) 207 837 4185
e-mail: info@arbitrators.org
web: http://www.arbitrators.org
Formation: 5 jours de cours avec des jeux de rôle, des exercices interactifs, des vidéos, des démonstrations et des cours théoriques
Titre délivré: Permet de poser sa candidature à un *Associate Membership of the Institute*
Formation complémentaire: 2 jours de cours d'accréditation
Titre délivré: 1) Permet de présenter sa candidature à un *Membership of the Institute*
2) Permet de présenter sa candidature au comité des médiateurs de l'Institut (avec entretien préalable)

Ordre des Avocats à la Cour de Paris

Association des Médiateurs du Barreau, en collaboration avec la Faculté des Sciences Sociales et Economiques de Paris

21, rue d'Assas

F-75 006 Paris

Tél: (+33) 1 4 449 5204
Fax: (+33) 1 4 439 5286
e-mail: fass@icp.fr
Formation: 40 heures

Annexe C

*Récapitulatif des questions posées par le Livre vert de la Commission européenne sur les ADR en matière civile et commerciale*²⁶⁷

Question n° 1: Certains problèmes justifieraient-ils une action communautaire dans le domaine des ADR? Si oui, quels sont ces problèmes? Quel est votre avis sur l'approche générale pour traiter des ADR qui devrait alors être suivie par les institutions de l'Union européenne et quelle pourrait être la portée de ces initiatives?

Question n° 2: Les initiatives à prendre devraient-elles se limiter à définir des principes applicables à un seul domaine (tel par exemple le droit commercial ou le droit de la famille), domaine par domaine, et ainsi envisager de façon

²⁶⁷ Livre vert présenté par la Commission européenne fin avril 2002, COM(2002), reproduit avec l'aimable autorisation de la Direction générale Justice et Affaires intérieures, http://europa.eu.int/comm/off/green/index_fr.htm.

différenciée ces différents domaines, ou au contraire devraient-elles dans la mesure du possible s'étendre à tous les domaines relevant du droit civil et commercial?

Question n° 3: Les initiatives à prendre devraient-elles traiter de façon différenciée les méthodes de résolution des conflits en ligne (ODR) – un secteur émergeant caractérisé par l'innovation et l'évolution rapide des nouvelles technologies et qui comporte certaines particularités – et les méthodes traditionnelles, ou au contraire couvrir sans différenciation ces méthodes?

Question n° 4: Comment pourrait-on développer le recours aux pratiques d'ADR dans le domaine du droit de la famille?

Question n° 5: Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre les clauses de recours aux ADR aient une valeur juridique semblable?

Question n° 6: Si oui, devrait-on admettre de façon générale la validité de telles clauses ou devrait-on limiter cette validité lorsque ces clauses figurent dans des contrats d'adhésion en général, ou des contrats avec les consommateurs en particulier?

Question n° 7: Quelle devrait être en tout cas la portée de ces clauses?

Question n° 8: Devrait-on aller jusqu'à considérer que leur violation impliquerait l'incompétence du tribunal pour connaître du litige, au moins de façon temporaire?

Question n° 9: Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre le recours à un mécanisme d'ADR emporte suspension des délais de prescription pour saisir les tribunaux?

Question n° 10: Quelles ont été les expériences du fonctionnement de la Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JO L 115 du 17 avril 1998, p. 31²⁶⁸ et la Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolu-

268 La recommandation porte sur les procédures qui, indépendamment de leur dénomination mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'un tiers qui prend formellement position sur une solution. Elle contient les sept principes minimaux concernant la création et le fonctionnement des ADR de ce type: les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité, de la légalité, de liberté et de représentation. Elle ne porte pas sur la médiation.

tion consensuelle des litiges de consommation JO L 109 du 19 avril 2001, p. 56 et 998 et 2001²⁶⁹?

Question n° 11: Les principes établis dans ces deux recommandations pourraient-ils trouver à s'appliquer de manière indifférenciée dans d'autres domaines que le droit de la consommation et notamment être étendus à la matière civile et commerciale?

Question n° 12: Parmi les principes dégagés par les recommandations quels sont les principes qui pourraient être repris dans les législations de tous les Etats membres?

Question n° 13: A votre avis, les législations des Etats membres existantes dans des domaines réglementés, particulièrement en matière familiale, devraient-elles être rapprochées afin que des principes communs relatifs aux garanties procédurales soient posés?

Question n° 14: Quelle initiative pensez-vous que les institutions de l'Union européenne devraient prendre en étroite collaboration avec les parties intéressées en matière de règles déontologiques auxquelles les tiers seraient soumis?

Question n° 15: Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre la confidentialité des ADR soit garantie?

Question n° 16: Si oui, de quelle façon et jusqu'où cette confidentialité devrait-elle être garantie? Dans quelle mesure les garanties de la confidentialité devraient-elles ainsi s'étendre à la publication des résultats du processus d'ADR?

Question n° 17: A votre avis, devrait-on établir une règle au niveau communautaire selon laquelle, à l'issue des procédures d'ADR, un délai de réflexion soit respecté avant la signature de l'accord ou un délai de rétractation établi après? Cette question devrait-elle être plutôt traitée dans le cadre des règles déontologiques auxquels les tiers sont soumis?

Question n° 18: Y a-t-il besoin de renforcer l'efficacité des accords d'ADR dans les Etats membres? Quelle est la meilleure solution au problème de la reconnaissance et de l'exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne des accords d'ADR? Devrait-on notamment adopter des règles spéci-

269 Cette seconde Recommandation porte sur les procédures qui se limitent à la tentative de rapprocher les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord ou les assister pour qu'elles en trouvent une. La médiation est ainsi visée par la Recommandation, qui s'appuie sur les principes d'impartialité, de transparence, d'efficacité et d'équité pour ce type d'ADR.

fiques afin de conférer un caractère exécutoire aux accords d'ADR? Dans l'affirmative, sous réserve de quelles garanties?

Question n° 19: Quelle initiative pensez-vous que les institutions communautaires devraient prendre pour appuyer la formation des tiers?

Question n° 20: Convierait-il notamment d'appuyer des initiatives tendant à établir des critères minimaux de formation en vue d'une accréditation des tiers?

Question n° 21: Devrait-on adopter des règles spéciales en matière de responsabilité des tiers? Dans l'affirmative lesquelles? Quel rôle les codes de déontologie devraient-ils jouer en ce domaine?

Bibliographie sélective

A. Suisse

- BERTOSSA, BERNARD/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRE SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève, 2000.
- BLESSING, MARC, The Mediation Rules of WIPO and Others – A Ticket to Paradise, or into a better Mousetrap? in: WIPO Publ. n° 741(E), 1995.
- BLESSING, MARC, Streitbeilegung durch «ADR» und «Pro-Aktive» Verhandlungsführung, in: Bulletin ASA 1996, p. 123 ss.
- BLESSING, MARC, Introduction to Arbitration Swiss and International Perspectives, in: International Arbitration in Switzerland, Stephen V. Berti éd., Kluwer Law International, 2000, p. 282–298.
- BLUM, FRANÇOIS, L'avocat et la médiation, in: L'avocat suisse, n° 172 1/1998, p. 12–20.
- BROWN-BERSET, DOMINIQUE, Is confidentiality bound to be a truism in international commercial arbitration in particular in cases relating to technology disputes?, in: Confidentiality and Privilege in International Mediation and Arbitration, ABA, The Power of the ADR, 26–28 avril, 2001.
- BUCHER, ANDREAS, Vers une Convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers, in: SJ 2000 II 77.
- BUCHER, EUGEN, Die Rolle des Schiedsrichters bei der vergleichsweisen Regelung des Streites. Einführungsreferat zu Schiedsverfahren: Der Schiedsrichter als Vermittler, in: Bulletin ASA 1995, p. 568 ss.
- DESSEMONTET, FRANÇOIS, L'instance arbitrale et la transaction, p. 367 ss, in: Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, p. 369 ss.

- DONZALLAZ, YVES, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. II, Berne, 1997, en particulier paragraphes 2531 ss.
- EIHOZLER, HEINER, Die Streitbeilegungsabrede, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Hrsg. Peter Gauch, Fribourg, 1998.
- ENGEL, PIERRE, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne, 2000, p. 843–866.
- FREYMOND, JEAN F., Médiation internationale, médiation interpersonnelle: analogies et dissonances, in: La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?, Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Schulthess Verlag, Zurich, 1992, p. 73 ss.
- GALLI-WIDMER, MARIANNE, in: Revue pratique du Barreau, mars 1999, p. 12 ss.
- GAUCH, PETER, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Festgabe Schluep, Zurich, 1988, p. 3 ss.
- GENTON, PIERRE/FRANÇOIS VERMEILLE, Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets, in: R. D. A. I. n° 2, 1998, p. 131.
- HABSCHEID, WALTER J., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève, 1981.
- HOFFET, FRANZ, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Zurich, 1991, en particulier p. 233 ss.
- HOHL, FABIENNE, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg, 1994.
- JOLIDON, PIERRE, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Berne, 1994.
- LALIVE, PIERRE/JEAN-FRANÇOIS POUDRET/CLAUDE REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne, 1989.
- LIATOWITSCH, PETER, Die Bedeutung des Rechts in der Mediation oder: wieviel Recht erträgt die Mediation?, in: Revue de l'avocat, 4/2000, p. 4 ss.
- LIATOWITSCH, PETER, Anwaltsberuf und Mediation, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Festschrift SAV, Stämpfli Berne, 1998.
- LEUENBERGER, CHRISTOPH, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil: Modell eines einfachen und raschen Verfahrens, in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift Oscar Vogel, Fribourg, 1991, p. 51 ss.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Transaction, Fiche juridique suisse 463, Genève, 1952.
- MEIER, ISAAK/CHRISTIAN DUVE, Vom Friedensrichter zum Mediator, Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, in: SJZ 1995, p. 157 ss.

- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS/ALAIN WURZBURGER/JACQUES HALDY, Procédure civile vaudoise: Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, à jour au 31 mars 1999, commenté et comparé avec le droit fédéral et huit procédures cantonales (AG, BE, FR, GE, JU, NE, VS, ZH), Lausanne, 1991.
- REYMOND, CLAUDE, Bibliographie, note concernant l'ouvrage de Thomas Clay, L'arbitre, in: Rev. arb. 2001, p. 967–970.
- ROSSINELLI, MICHEL, L'avocat face à la médiation, in: L'avocat moderne, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle, 1998, p. 45 ss.
- SCHNEIDER, MICHAEL E., Combining Arbitration with Conciliation, in: International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Swiss n° 8, Kluwer Law International, 1998, p. 57 ss.
- VISHER, FRANK/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, Internationales Vetragsrecht, 2^e éd., Berne, 2000, p. 290 et 619–621.
- VOLKEN, ALFONS, Annerkennung und Vollstreckung von Entscheiden nach dem Lugano-Übereinkommen, in: RVJ 1992, p. 421 ss.
- VOLKEN, PAUL, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1993–1994), in: RSDIE 1995, p. 346 ss.
- VOLKEN, PAUL, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1996), in: RSDIE 1997, p. 413 ss.

B. Etranger et généralités

- Actes du Colloque de Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?
- ANCEL, PASCAL/MARIE-CLAIRE RIVIER, Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, éd. Economica, n° 10, 2001.
- BESSARD, CLAUDE L., La médiation commerciale, in: La Médiation, Actes du Colloque du 10 octobre 1996, Université de Genève, p. 69 ss.
- BLANC, GÉRARD, La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux, Revue Trimestrielle de Droit Commercial 1987, p. 173 ss.
- BONAFE-SCHMITT, JEAN-PIERRE, La médiation: une justice douce, Syros-Alternatives, Paris, 1992.
- BONAFE-SCHMITT, JEAN-PIERRE, La médiation: du droit imposé au droit négocié, in: Droit négocié, droit imposé, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.
- BOULLE, LAURENCE/MIRYANA NESIC, Mediation, Principles Process Practice, Butterworths, Londres, Dublin, Edimbourg.

- BRINER, ROBERT, Préface, in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 5–6.
- BROWN, HENRY/ARTHUR MARRIOTT, ADR Principles and Practice, 2^e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1999.
- BUCHMAN, LOUIS B., La médiation, mode alternatif de résolution des litiges internationaux, in: Revue de l'avocat, 4/2000, p. 8 ss.
- BÜHRING-UHLE, CHRISTIAN, Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer Law International, 1996.
- CALLER, RUSSELL, ADR and Commercial Disputes, Sweet & Maxwell, Londres, 2002.
- CAPRIOLI, ERIC, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du «CyberTribunal»), Rev. arb. 1999, p. 225 ss.
- CARBONNIER, JEAN, Réflexion sur la médiation, in: La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?, Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Schulthess Verlag, Zurich, 1992, p. 11 ss.
- CARROL, EILEEN/KARL MACKIE, International Mediation, The Art of Business Diplomacy, Kluwer Law International, 2000.
- CLAY, THOMAS, L'arbitre, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 2, 2001.
- CMAP, Etat des lieux et synthèse européenne (Etape 1) et recommandations destinées à favoriser une harmonisation minimale des pratiques de médiation à l'échelle européenne (Etape 2), en collaboration avec BBMC (Belgique), CEDR (Grande-Bretagne), NMIC (Pays-Bas), UNION CAMERE (Italie), Programme Grotius, mars 2000.
- CMAP, L'avocat et le chef d'entreprise dans la pratique de la médiation commerciale: vers une résolution alternative des conflits interentreprises, Actes de la conférence du 5 novembre 1998, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.
- CMAP, Mémento de la médiation interentreprises, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, décembre 2001.
- CMAP, La médiation dans les conflits commerciaux et internationaux, Actes du Colloque du 20 octobre organisé avec le soutien de la Commission européenne, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, janvier 2002.
- CORNU, GÉRARD, Les modes alternatifs de règlement de conflits, Rapport de synthèse, in: R. I. D. C. 2–1997, p. 313 ss.
- COULSON, ROBERT, Medialoa, A Practical Technique for Resolving International Business Disputes, in: J. Int. Arb. 1994, p. 111.
- CPR Institute for Dispute Resolution, Into the 21st Century, Thought Pieces on Lawyering, Problem Solving and ADR, in: *Alternatives*, vol. 19 n° 1, janvier 2001.

- DEUTSCH, MORTON/PETER T COLEMAN. (éd.) *The Handbook of Conflict Resolution Theory and Practice*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- DEZALY, YVES/BRYANT G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996, en particulier p. 151 ss.
- FISCHER, ROGER/WILLIAM URY, *Getting to YES*, Boston, 1981.
- FOUCHARD, PHILLIPE/EMMANUEL GAILLARD/BERTOLD GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec Paris, 1996, en particulier p. 16 ss.
- GENN, HAZEL, *The Central London County Court Mediation Scheme, Evaluation Report*, in: Lord Chancellor's Department Research Series n° 5198, Londres, juillet 1998.
- GOLDBERG, STEPHEN B./FRANK E. A. SANDER/NANCY H. ROGERS, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2^e éd., 1992, Boston, Toronto, Londres, en particulier p. 103 ss.
- GOLDSMITH, JEAN-CLAUDE, *Petite et grande histoire du règlement ADR par la CCI, Son architecture*, in: *Gazette du Palais*, 14–15 novembre 2001, p. 36 ss.
- GROTH, KLAUS-MARTIN/DANIELA VON BUBNOFF, *Gibt es «gerichtsfeste» Vertraulichkeit bei der Mediation*, in: *NJW* 2001, p. 338 ss.
- GUILLAUME-HOFFNUNG, MICHÈLE, *La médiation*, PUF, Que Sais-Je, 1995.
- GUINCHARD, SERGE/MONIQUE BANDRAC/XAVIER LAGARDE, *Droit Processuel, droit commun du procès*, Précis Dalloz, 2001.
- HAMILTON, STEUART, *La conciliation à la CCI: un aperçu historique*, in: *ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001*, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 25 ss.
- HUNTER, MARTIN, *International Commercial Dispute Resolution, The Challenge of the Twenty-first Century*, in: *Arbitration International 2000*, p. 379 ss.
- JAQUEROD, FRANCIS/JÉRÔME RACINE, *Mediation: Auch eine geschäftliche Herausforderung für die Anwaltschaft?*, in: *DACH Schriftenreihe* 12, 1999, p. 89 ss.
- JARROSSON, CHARLES, *La Médiation, une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises*, in: *Gazette du Palais* 1996 (2^e sem.), p. 951–1005.
- JARROSSON, CHARLES, *Les frontières de l'arbitrage*, in: *Rev. arb.* 2001, p. 5 ss.
- JARROSSON, CHARLES, *La sanction du non-respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation*, note sous *Cass. civ. 2^e*, 6 juillet 2000, *Cass. civ. 1^{re}*, 23 janvier et 6 mars 2001, in: *Rev. arb.* 2001, p. 749.
- JORGEN PETERSEN, ERIK, *La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats*, in: *Gazette du Palais*, 14–15 novembre 2001, p. 42 ss.

- KOVACH, KIMBERLEE K., *Mediation: Principles and Practice*, St Paul, Minn., 1994.
- LAGARDE, XAVIER, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, in: *Rev. arb.* 2000, p. 377 ss.
- LAGARDE, XAVIER, Droit Processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, in: *Rev. arb.* 2001, p. 423 ss., notamment p. 446–428.
- LANG, MICHAEL D./ALISON TAYLOR, *The Making of a Mediator*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- LAZAREFF, SERGE, Aux frontières de l'arbitrage et de l'ADR, La sentence d'accord des parties, *Gazette du Palais*, 14–15 novembre 2001, p. 3.
- LIONNET, KLAUS, Schiedsgerichtsbarkeit und «Mediation» – Alternativen oder Gegensätze? in: *Der komplexe Langzeitvertrag, Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986 (Fritz Nicklisch éd.), Heidelberg, 1987, p. 543.
- LÖRCHER, GINO, Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions, in: *Arbitration International* 2001, p. 275.
- LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Alternative Dispute Resolution, a Discussion paper*, Londres, novembre 1999.
- MARRIOTT, ARTHUR, Tell it to the Judge . . . but only if you feel you must, in: *Arbitration International* 1996, p. 1 ss.
- MASTRONARDI, THOMAS F., *Mediation als Weg, Kunst und Technik der Vermittlung*, Higur, 2000.
- MAYER, BERNARD, *The Dynamics of Conflict Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000.
- MNOOKIN, ROBERT H./LAWRENCE D. SUSSKIND, (éd.) *Negotiating on Behalf of Others*, Sage Publications Inc., 1999.
- MOURRE, ALEXIS, La médiation en droit français: quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents, in: *ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001*, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 67 ss.
- MURRAY, JOHN S./ALAN SCOTT RAU/EDWARD F. SHERMAN, *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes*, University Casebook Series, Foundation Press New York, 1996.
- MUSTILL, LORD, Conclusion, in: *Arbitrage: regard sur la prochaine décennie – Supplément spécial 1999*, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 119–122.
- MUSTILL, SIR MICHAEL J./STEWART C. BOYD, *Commercial Arbitration*, 2^e éd., Butterworths, Londres, 1989, en particulier p. 219 ss.
- NARIMAN, FALI S., Médiation et arbitrage, in: *Arbitrage: regard sur la prochaine décennie*, *Supplément spécial 1999*, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 43 ss.

- NARIMAN, FALI S., The Spirit of Arbitration, the Tenth Annual Goff Lecture, in: *Arbitration International* 2000, p. 261 ss.
- NEILL, PATRICK, Confidentiality in Arbitration, in: *Arbitration International* 1996, vol. 12, p. 287.
- NEWMARK, CHRISTOPHER/RICHARD HILL, Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award? in: *Arbitration International* 2000, p. 81 ss.
- OPPETIT, BRUNO, Arbitrage, médiation et conciliation, in: *Rev. arb.* 1984, p. 307 ss.
- PAULSSON, JAN/NIGEL RAWDING, The Trouble with Confidentiality, in: ICC International Court of Arbitration, 1994, Bulletin 48, publié également en 1995, vol. 11, *Arbitration International*, p. 303.
- PHILLIPS, BARBARA ASHLEY, The Mediation Field Guide, Transcending Litigation and Resolving Conflicts in Your Business or Organization, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
- PLANT, DAVID W., L'ADR aux Etats-Unis d'Amérique, in: *ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 79 ss.
- REDFERN, ALAN/MARTIN HUNTER, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3^e éd., Sweet & Maxwell Londres, 1999, en particulier p. 31–43.
- RISKIN, LEONARD L./JAMES E. WESTBROOK, Dispute Resolution and Lawyers, 2^e éd., West Group Publishing, 1997, en particulier p. 313–498.
- ROEBUCK, DEREK, Ancient Greek Arbitration, Oxford, 2001, en particulier p. 13–25.
- ROGERS, ANDREW/DUCAN MILLER, Non-Confidential Arbitration Proceedings, in: *Arbitration International*, 1996, vol. 12, p. 319.
- ROMANDER, CLAS/LENNART PETTERSSON, Confidentiality in Swedish Arbitration Proceedings, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, website http://www.chamber.se/arbitration/shared_Files/confidentiality.html, 7 février 2001.
- SANDERS, PIETER, Quo vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, Kluwer Law International, 1999, en particulier p. 353 ss.
- SCARLON, KATHLEEN M., Mediator's Deskbook, CPR éd. 1999.
- SCHWARZ, ERIC A., Comments in: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997, Supplément spécial novembre 1997, p. 70.
- SEKOLEC, JERNEJ, UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 1996, Background remarks, in: XXII Yearbook Commercial Arbitration, 1997, p. 448.
- SHERIDAN, PETER, Privacy and Confidentiality – Recent Developments: The Divergence between English and Australian Law Confirmed, in: *International Arbitration Law Review*, 1998, p. 171.

- SIGVARD JARVIN, Aspects of the Arbitral Proceedings, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Supplément spécial novembre 1997, p. 38, en particulier p. 40–41.
- TALBOT, PETER, Should an Arbitrator or Adjudicator Act as a Mediator in the same Dispute? in: Arbitration, vol. 67, n° 3, 2001, p. 222–229.
- TIMSIT, JEAN, La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative, in: Gazette du Palais, 14–15 novembre 2001, p. 53 ss.
- TOULSON, R. G./CHARLES M. PHIPPS, Sweet & Maxwell, Londres, 1996, en particulier p. 259 ss.
- URY, WILLIAM L./JEANNE M. BRETT/STEPHEN B. GOLDBERG, Designing Systems to Cut the Costs of Conflict, San Francisco, Jossey-Bass, 1988; Cambridge, Mass. PON (Program on Negotiation at Harvard Law School) Books, 1993.
- VEEDER, V. V. JOPHNNY, London Court of International Arbitration, The new 1998 LCIA Rules, in: XXIII Yearbook Commercial Arbitration, 1998, p. 366.
- VICTOR, DAVID A., Creating Value and Avoiding Disputes Through Conflict Management Strategies, in: The ABA Guide to International Business Negotiations, 2^e éd., 2000.
- VOSER, NATHALIE/CLAUDIUS ETTLINGER, Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses, Switzerland, in: Arbitration and ADR, Newsletter of Com. D of the IBA, octobre 2001, p. 23–24.
- WOLRICH, PETER M., Le Règlement ADR de la CCI: le dernier né des services de règlement des différends de la CCI, in: ADR: applications internationales – Supplément spécial 2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, p. 7 ss.