

**LE MED-ARB, MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES CONFLITS,  
DANS LE DROIT COMPARE**

**Andreea POP\***

**Résumé:** *L'étude ci-dessous présente un nouveau mode de résolution des litiges, la médiation suivie par l'arbitrage en divers législations, en relevant des systèmes de droit qui admettent que la même personne accomplisse la fonction de médiateur et celle d'arbitre et des réglementations qui ne reconnaissent pas la possibilité de réunir ces deux fonctions dans une seule personne. En dépit du fait que la procédure de med-arb a ses racines dans le droit anglo-saxon, dans les dernières décennies, elle s'est développée dans nombreux pays de l'Europe continentale et d'Asie. La célérité, l'économie du temps, les coûts réduits et l'imminence d'une solution au conflit en question constituent les plus importants avantages de cette institution.*

**Mots clés:** modes alternatives de règlement des conflits, médiation, arbitrage, med-arb, droit comparé, avantages de la procédure de med-arb.

**I. Introduction**

Récemment les litiges se réglaient exclusivement devant les juridictions, mais en tenant compte que le procès a mauvaise réputation, en faisant l'objet des critiques concernant sa durée trop longue, dévorant aussi beaucoup de temps et d'argent.

De plus, le contexte de judiciarisation croissante de nos sociétés modernes, de globalisation, d'augmentation du nombre de litiges et de frais judiciaires ainsi qu'une certaine perte de confiance des justiciables dans le système judiciaire a permis l'élaboration d'un espace dans lequel pourront s'épanouir d'autres modes de résolution des litiges, des modes de résolution autres que le procès, parmi lesquels on mentionne la médiation, l'arbitrage et le med-arb.

Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.), appelés *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.) dans les pays anglo-saxons, représentent des moyens économiques et rapides pour solutionner les conflits, en dehors des juridictions, auxquels les entreprises et non seulement peuvent recourir.

En dépit du fait qu'aujourd'hui les plus fréquentes méthodes de résolution des conflits restent celles traditionnelles, on peut remarquer une croissance de l'intérêt de solutionner les différends par les modes alternatives. Les modalités

traditionnelles se caractérisent par l'imposition d'une solution aux parties impliquées dans le conflit, en revanche la nouveauté de celles alternatives réside dans l'implication des parties dans la résolution du conflit.

## **II. Le med-arb**

### **La médiation**

Le terme "médiation" provient du latin : "*mediare*". La racine *med* a le sens de réfléchir, qui peut se traduire par *aider au diagnostic pour résoudre* et se retrouve également dans le mot *médecine*. Apparu dans l'encyclopédie française de 1694, le mot est identifié aux environs du XIII<sup>ème</sup> siècle. L'ancienneté de ce terme et de l'institution<sup>1</sup>, son importance et le fait qu'il continue à être d'actualité explique sa constance dans l'histoire.

Conformément à une partie de la doctrine<sup>2</sup>, la médiation représente «un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel une tierce personne - indépendant, impartial, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité qui lui reconnaissent les médiateurs- favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause».

Pour nous approcher de notre sujet, la médiation comme institution juridique, on va rappeler la définition issue du séminaire de Créteil: « Processus de création et de réparation du lien social et de règlementation des conflits de la vie quotidienne, dans lequel, une tierce personne impartiale, neutre et indépendante tente, à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions, de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose.»<sup>3</sup>

On peut aussi définir la médiation comme une procédure volontaire par laquelle une personne spécialisée(médiateur), aide les parties d'un conflit à le transformer dans un accord. Cette procédure peut être engagé, voire s'il y a déjà un procès sur le rôle des instances de justice.<sup>4</sup>

Tout d'abord, on précise qu'il n'y a pas des différences essentielles entre la procédure de conciliation et celle de médiation. Dans la doctrine, ces deux termes sont souvent considérés synonymes.

### **L'arbitrage**

L'arbitrage est une procédure d'origine contractuelle qui consiste à soumettre un différend à un ou trois arbitres (le tribunal arbitral) qui tranche(nt) le litige comme le ferait un juge. On a pour résultat une sentence définitive, qui fait application du droit et des usages du commerce (international le cas échéant), parfois en incorporant des considérations d'équité, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage en amiable composition.<sup>5</sup>

### **Définition du med-arb**

À travers le temps, les praticiens anglo-saxons ont proposé et développé des nombreux modes de résolution des conflits hybrides. On précise parmi les plus célèbres, à la croisée de l'arbitrage et de la médiation : le med-arb (*stricto sensu*), l'arbitrage post médiation (*med-then-arb*), l'arbitrage-médiation (*arb-med*), la médiation-fantôme (*shadow mediation*), le co-med-arb, le med-arb simultanés.<sup>6</sup>

Le med-arb est l'abréviation pour médiation-arbitrage qui désigne, *lato sensu*, toutes les procédures qui mélangent les deux méthodes alternatives de résolution des conflits, la médiation et l'arbitrage.<sup>7</sup>

Cette forme hybride de solutionner les litiges est un processus à deux broches, «habituellement» en commençant par la médiation suivie par l'arbitrage.

Au sens restreint, l'arbitrage médiat/medié (« mediated arbitration ») peut représenter une modalité alternative de règlement des conflits dont la médiation se transforme en arbitrage, si les parties n'arrivent pas à un accord. Si elles ne parviennent pas, en tout ou partie, à un accord amiable, le litige ou les points restant en litige peuvent être soumis à l'arbitrage, le médiateur devenant arbitre, et les parties étant liées par la sentence à venir ou une autre personne sera nommée arbitre, selon le cas.

À la procédure de med-arb simultanés lui est consacrée expressément une réglementation entière, le Règlement de med-arb simultanés du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (C.M.A.P.) de 2006<sup>8</sup>, comme son nom l'indique, elle se caractérise par la mise en place concomitante d'une médiation et d'un arbitrage.

### **III. La réglementation du med-arb dans le droit comparé**

*Il y a des systèmes de droit qui admettent que la même personne accomplisse aussi la fonction de médiateur et celle d'arbitre et des législations qui ne reconnaissent pas la possibilité de réunir ces deux fonctions dans une seule personne.*

*Parmi les systèmes qui consacre la possibilité que la même personne accomplisse aussi la fonction de médiateur et celle d'arbitre, on mentionne le droit italien, roumain, australien, brésilien, chinois, singpourien et la réglementation du centre d'Arbitrage et de Méditation de l'Organisation Mondiale de la propriété Intellectuelle.*

Le Règlement d'Arbitrage de la Chambre Nationale et Internationale de Milan prévoit parmi les pouvoirs du Tribunal Arbitral la compétence de celui-ci à tenter de concilier les parties du litige.<sup>9</sup> L'arbitre bénéficie d'une certaine liberté, il a le droit d'apprécier l'opportunité de la conciliation avant l'arbitrage ou il peut décider s'il va passer directement à l'arbitrage pour trancher le conflit en question.

En Australie, la loi d'arbitrage commercial de 1990 du Queensland permet aux parties à un accord d'arbitrage d'autoriser un arbitre d'agir comme médiateur, avant ou après qu'il a procédé comme arbitre et sans avoir importance si l'arbitrage se déroulera ou non.<sup>10</sup>

La loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud, d'Australie établit également que les parties à une convention d'arbitrage peuvent autoriser un arbitre à agir comme médiateur si, avant ou après il a procédé à l'arbitrage, et sans avoir importance si l'arbitrage se poursuivra. L'art. 27 de la Loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud<sup>11</sup> est formulé d'une manière identique avec celle de la loi d'arbitrage commercial de 1990 du Queensland. L'explication réside dans le fait qu'en Australie s'applique l'Acte Uniforme d'Arbitrage Commercial.

L'alinéa 1 de l'art. 17 des Règles de Médiation du Centre Australien d'Arbitrage Commercial International dispose que *les parties s'engagent à ne pas lancer, au cours de la procédure de médiation, toute procédure arbitrale ou judiciaire à l'égard d'un différend qui fait l'objet de la procédure de médiation*. L'interdiction du déroulement concomitant de la procédure arbitrale ou judiciaire et celle de la médiation souligne l'autonomie et l'indépendance de ces procédures.

En Brésil, la loi qui régit l'arbitrage établit que l'arbitre au début de la procédure essayera à médier les litiges entre les parties dans l'espoir d'arriver à un règlement qui peut devenir le fondement d'une sentence arbitrale.

Un tribunal arbitral, avec le consentement des parties, peut essayer à médier le litige, avant de prendre une décision, et puis si la médiation échoue, il rendra une décision dans un délai court, affirment les lois de la République Populaire de Chine.

Les Règles d'arbitrage de la Commission Economique et du Commerce international de Chine (C.E.C.I.C., CIETAC en anglais) disposent qu'un tribunal arbitral peut concilier les litiges d'une manière qu'il juge appropriée, et si la conciliation échoue, il procédera à l'arbitrage.<sup>12</sup>

Un arbitre, avec le consentement des parties, peut agir comme conciliateur et il va divulguer les renseignements reçus dans la phase de médiation qu'il considère nécessaires pour la procédure arbitrale, conformément à la Loi sur l'arbitrage international de Singapour.

Le Règlement de médiation du Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle<sup>13</sup> (O.M.P.I.) encourage le médiateur à promouvoir le règlement du différend, et en cas d'échec, à proposer des procédures y compris le recours à l'arbitrage par le médiateur.

L'art. 13<sup>14</sup> de ce Règlement, intitulé *le rôle du médiateur*, prévoit que 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 une solution aux parties. 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 le recours à l'arbitrage; 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 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.

En plus, l'art. 20 prévoit que sauf sur injonction d'un tribunal ou autorisation écrite des parties, il est interdit au médiateur, 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.

En Roumanie, même s'il n'y a pas une réglementation expresse de la procédure de med-arb, on considère qu'elle peut être déduite en réunissant les dispositions de la Loi no. 192/2006 et celles concernant l'arbitrage interne, prévues par le Code de procédure civile.

L'objet de med-arb peut être déduit de l'art. 2 alin. 4 de la Loi no. 192/2006 et de l'art. 340 du Code de procédure civile. Même si la doctrine s'est exprimé dans le sens que les litiges de la compétence exclusive des instances judiciaires (par exemple, le divorce) ou ceux pénales ne constitue pas l'objet de l'arbitrage, en réalité, ces types de litiges sont ceux qui sont les plus fréquents rencontrés dans les causes de médiation. En effet, la sphère des litiges susceptibles d'être soumises à la médiation est plus large que celle des différends arbitrables.

Avant la rédaction d'une clause de med-arb, on doit analyser le caractère arbitral du litige. Si l'objet du différend n'est pas arbitral, mais il est médiable, la clause de med-arb sera nulle en ce qui concerne l'arbitrage, mais elle reste valable en ce qui concerne la médiation. Donc, il s'agit d'une nullité partielle.<sup>15</sup> Le litige peut être soumis à toutes les deux procédures de manière successive, si son objet ne l'interdit pas.

Ensuite, on va analyser la possibilité d'exercer le med-arb par un seul tiers neutre ou par des personnes différentes. On mentionne que l'art. 2 alin. 3 de la Loi no. 192/2006 prévoit la possibilité d'exercer la médiation dans le cadre des procédures arbitrales obligatoires et facultatives.

L'art. 341 alin. 2 du Code de procédure civile offre aux parties la liberté d'établir le cadre processuel arbitral, inclusivement du déroulement d'une conciliation préalable, en respectant l'ordre public, les bons mœurs et les normes impératives.

Donc, l'arbitre peut exercer les pouvoirs d'un conciliateur relatif au litige existant entre les parties.

Dans le cas où l'arbitre est médiateur en même temps dans le même conflit, les parties peuvent convenir que celui-ci tranche une partie du conflit par la médiation, et l'autre partie par l'arbitrage, ou que ce qui ne sera pas solutionné par la médiation, sera soumis à l'arbitrage. Dans ce dernier cas, l'arbitrage est une procédure complémentaire<sup>16</sup> à la médiation, et pas une voie d'attaque.

Concernant la possibilité d'un médiateur autorisé d'accomplir la fonction d'arbitre dans le même litige, la loi no. 192/2006 ne l'interdit pas. Donc, la profession de médiateur est compatible avec celle d'arbitre. Les parties sont libres de choisir son médiateur ou/et arbitre, en vertu du principe de l'autonomie de volonté, même si n'est pas une solution désirable, en tenant compte de la mission du médiateur de chercher les solutions, et pas de les imposer, car l'impartialité de l'arbitre pourrait être affecté.

Dans le cas où les fonctions de médiateur et d'arbitre sont exercées par la même personne dans le même litige, sa neutralité et impartialité risquent d'être affectées. On croit que s'est souhaitable que ces fonctions soient exercées par des personnes différentes pour assurer le succès de la procédure de med-arb. Mais si les parties décident que ces deux attributions reviennent à la même personne, puis elles ne seront pas en mesure de demander la récusation, car l'art. 351 ind. 1 alin. 2 C. proc. Civ. prévoit que l'arbitre peut être récusé seulement pour des motifs survenus après sa désignation.

En Roumanie, le med-arb est possible au moins dans le cas où la médiation et l'arbitrage se succèdent.

La procédure de med-arb doit aussi respecter la Loi relative à la médiation et le Code de Procédure Civile.

Pour avoir accès à cette procédure mixte, les parties premièrement vont conclure une convention de med-arb qui respecte les conditions de forme et de contenu, établis par les normes qui régissent la convention de médiation et d'arbitrage, spécialement celles sanctionnées par la nullité absolue. Les deux procédures permettent la forme d'une clause insérée dans un contrat principal ou la rédaction d'une convention distincte.<sup>17</sup>

La convention de med-arb exclue la compétence des instances judiciaire pour le règlement du conflit.<sup>18</sup> Le médiateur-arbitre devrait informer les parties sur cet aspect, car la convention de médiation ne produit pas cet effet, conformément à l'art. 2 alin. 5 de la Loi de médiation.

Dans la situation où les deux procédures se trouvent dans la charge des personnes différentes, il serait souhaitable l'existence d'une clause de confidentialité entre les procédures. Elle devrait porter sur l'interdiction d'utiliser comme moyens de preuve dans l'arbitrage les documents, les prétentions usitées dans la médiation et sur les motifs de l'échec de la médiation.

Lorsque le med-arb présente des éléments spécifiques vis-à-vis des procédures d'où il dérive, le médiateur-arbitre ou le médiateur et l'arbitre, selon le cas, devrait informer les parties sur les éléments essentiels à l'occasion de la clôture du contrat de médiation ou à l'introduction de la demande d'arbitrage. Cette obligation d'information existe de manière expresse dans la Loi de médiation.<sup>19</sup>

Dans l'hypothèse où le conflit est résolu par la médiation, les parties vont conclure un accord, conformément aux art. 58-59 de la Loi de médiation. Si les parties n'ont pas réussi à régler le conflit par la voie de médiation ou elles sont arrivées seulement à un accord partiel, chaque d'elles peut saisir le tribunal arbitral. Le tribunal va prononcer une sentence arbitrale, conformément aux art. 358 et suivants du Code de proc. Civ. On doit retenir qu'après l'arbitrage, les parties peuvent saisir les instances judiciaires seulement dans les cas prévus par la loi. L'accord de médiation peut être attaqué pour des motifs concernant son existence, en revanche, la sentence arbitrale peut être attaquée pour les raisons limitatifs prévus dans l'art. 364 du Code de proc. Civ.<sup>20</sup>

*Le Canada, le Hong Kong, la Suisse et les pays de droit anglo-saxon ne reconnaissent pas la possibilité de réunir la fonction de médiateur et d'arbitre dans la même personne.*

Le Règlement National d'Arbitrage de l'Institut de M.A.R.C. de Canada prévoit dans son article 43<sup>21</sup> que l'instance peut encourager le règlement du différend et, avec l'accord écrit des parties, peut imposer/ordonner que la médiation, conciliation ou d'autres procédures soient utilisées par les parties à tout moment pendant la procédure d'arbitrage pour encourager le règlement.

Si, au cours de la procédure d'arbitrage, les parties règlent le différend, le tribunal doit, sur réception de la confirmation du règlement ou de la détermination qu'il y a un règlement, mettre fin à la procédure et, si les parties le demandent, constate le règlement sous la forme d'une sentence arbitrale par l'accord parties.

Les provinces canadiennes ont des statuts qui régissent l'arbitrage commercial international. Ces lois ont des sections semblables à l'art. 3 de la Loi d'Ontario qui prévoit que *pour faciliter le règlement d'un différend, un tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, utiliser la médiation, la conciliation ou d'autres procédures à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, et, avec l'accord des parties, les membres du tribunal arbitral ne sont pas exclus de reprendre leurs rôles d'arbitres en raison de la médiation, de conciliation ou d'autres procédures.*

Cet article paraît à permettre un processus de médiation-arbitrage avec le consentement des parties.

Malgré l'approbation qualifiée de med-arb dans les lois régissant l'arbitrage commercial international, les provinces canadiennes ont adopté des lois, pour régler l'arbitrage interne, qui contiennent la suivante disposition: «Les

membres d'un tribunal arbitral ne doivent pas conduire aucune partie de l'arbitrage comme une médiation qui peut compromettre ou qui paraît à compromettre la capacité des tribunaux d'arbitrage de trancher le litige de façon impartiale". Bien que cette section n'interdit nécessairement le med-arb, il prévoit clairement que l'arbitre, après qu'il a arbitré le litige, n'a pas le droit à jouer le rôle de médiateur traditionnel. Bien sûr, il faut reconnaître que les parties peuvent choisir à déroger expressément à cette disposition, s'ils le souhaitent.

La loi d'Ontario relative à l'arbitrage international adopte la Loi type, qui est plus appropriée à la pratique internationale. La question reste dans un arbitrage interne quant à savoir si l'ordre public d'Ontario interdit aux parties pleinement informées de convenir qu'un arbitre nommé prendre le rôle d'un médiateur.

L'Acte régissant les relations de travail en Ontario, dans son art. 50 alinéa 1 confère aux parties le droit de renvoyer un différend, en vertu d'une convention collective, à un médiateur-arbitre pour sa résolution. Bien que cette réglementation est dans le contexte des relations de travail, la section semble représenter une forte approbation législative de med-arb en Ontario.

Dans le monde, la négociation, la conciliation et la médiation ont été historiquement le processus de règlement des différends par choix. Les arbitres ont été invités à faciliter le règlement avant de recourir à la détermination de droits juridiques. Le processus d'arbitrage devient souvent un med-arb informel dont le neutre règle le différend après que les efforts de règlement ont échoué.

Les règles de médiation du Centre International d'Arbitrage de Hong Kong<sup>22</sup> permettent à l'arbitre de procéder à la médiation, si les deux parties sont d'accord.<sup>23</sup>

L'art. 12 relatif à la confidentialité prévoit qu'aucune information découlant de la procédure de médiation ne serait pas utilisée dans le cadre d'un arbitrage ou procédure judiciaire subséquente, susceptible de préjudicier ou d'affecter les droits des parties.

Les dispositions de l'art. 14 relatif au rôle de médiateur dans la procédure subséquente prévoient que les parties s'obligent à ne pas désigner le médiateur comme arbitre ou représentant, conseil, témoin ou expert dans une procédure ultérieure d'arbitrage ou judiciaire qui découle de la médiation ou de tout autre litige ayant le même objet.

Les Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (C.S.M.C.) prévoient dans son art. 8 la possibilité de recourir après la médiation à un arbitrage. On peut déduire cela du corpus de l'art. intitulé *la confidentialité* qui prévoit que les parties s'engagent à ne pas utiliser, comme moyens de preuve ou d'une autre manière, les propos échangés pendant la médiation, dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.



En général, la loi Suisse ne permet pas au médiateur d'avoir aussi la qualité d'arbitre dans le même litige. Mais, les parties peuvent déroger à cette règle par accord exprès.<sup>24</sup>

Le Règlement de médiation de l'Association Internationale pour la résolution des conflits (CIDRA) de Chicago<sup>25</sup> prévoit que si le différend est finalement déféré à l'arbitrage, le médiateur ne doit pas servir comme arbitre, sauf si les parties et le médiateur en conviennent autrement par écrit (art. 20 lettre q.). Autres méthodes alternatives de règlement du litige sont prévues par l'art. 23, en statuant que dans le cas où une résolution du différend n'est pas atteint par la médiation, le médiateur doit discuter avec les parties la possibilité d'appeler par son accord à un arbitrage, une "dernière offre" ou une autre forme de règlement extrajudiciaire des différends.

Le Règlement d'Arbitrage Commercial de l'Association Américaine d'Arbitrage (A.A.A.)<sup>26</sup> statue qu'à n'importe quel stade de la procédure, les parties peuvent convenir d'organiser une médiation, en vertu des procédures de médiation commerciale pour faciliter le règlement. Le médiateur ne doit pas être un arbitre nommé dans l'espèce. Lorsque les parties à un arbitrage en cours soient d'accord de médier leur litige sous le règlement de l'A.A.A., des frais administratifs supplémentaires ne sont pas nécessaires pour engager la médiation.

Aussi, les Règles de procédure de l'arbitrage commercial international du Centre Commercial Internationale de la Colombie-Britannique<sup>27</sup> prévoient dans l'art. 11, intitulé Motifs de récusation alin. 3: *Si une convention d'arbitrage prévoit a. pour la nomination d'un conciliateur ou un médiateur, et b. que le conciliateur ou le médiateur doit aussi agir comme arbitre dans le cas où la conciliation ou la médiation échoue à produire un règlement, une partie ne doit pas s'opposer à la nomination d'un conciliateur ou médiateur comme arbitre au seul motif que la personne a agi comme conciliateur ou médiateur relatif aux certains ou à l'ensemble d'aspects visés par l'arbitrage.*

Ensuite, l'alin. 4 statue: *lorsqu'une personne est nommée conciliateur ou un médiateur en vertu d'une convention d'arbitrage et refuse ensuite d'agir comme arbitre, une autre personne nommée à titre d'arbitre n'est pas tenu à agir premièrement comme conciliateur ou médiateur.*

En fin, les lignes directrices de l'I.B.A. (International Bar Association) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international contient des dispositions expresses concernant la procédure de med-arb.<sup>28</sup>

Certains pays ont réglementé de manière expresse des garanties de l'indépendance, de neutralité, impartialité du médiateur et de confidentialité du processus de médiation, c'est le cas d'Australie, de la Suisse, du Hong Kong. En Australie, les parties et le médiateur aussi s'engagent que le médiateur ne va pas agir comme arbitre ou comme représentant ou conseil d'une partie dans une procédure

arbitrale ou judiciaire à l'égard d'un différend qui fait l'objet de la procédure de médiation. Les parties s'obligent également à ne pas citer le médiateur comme témoin dans une telle procédure.<sup>29</sup> Ces dispositions visent à garantir l'indépendance du médiateur et la confidentialité de la procédure de médiation. La réglementation suisse prévoit que les parties doivent s'obliger de manière expresse à ne pas citer le médiateur en qualité de témoin dans une procédure judiciaire, d'arbitrage ou autre portant sur le même conflit. Ces obligations sont corrélatives à l'interdiction du médiateur de ne pas témoigner dans une procédure ultérieure judiciaire ou arbitrale portant sur le même conflit. Des dispositions similaires on retrouve dans la législation du Hong Kong, aucune partie n'ayant pas le droit de demander à un médiateur d'être témoin dans un arbitrage ou procédure judiciaire ultérieure qui découle du même contrat.

### **Les avantages et les inconvénients du med-arb. Conclusions**

Pour conclure, contraction des termes «médiation» et «arbitrage», le med-arb a été développé pour tirer profit des avantages complémentaires de ces deux modes de résolution de conflits. Il permet de maximiser les possibilités de règlement grâce à la médiation tout en donnant l'assurance que le litige sera tranché par arbitrage dans un délai préétabli. Le med-arb donne aux parties la certitude d'obtenir une solution négociée ou tranchée à leur différend dans un délai précis.

Ce processus permet aussi d'épargner temps et argent. Ainsi, si le dossier se rend à l'arbitrage, la médiation aura servi à éliminer beaucoup de points en litige, à faire une liste d'admissions et de questions à trancher, dans le cas où les législations permettent que la même personne soit aussi médiateur qu'arbitre. Il n'y aura pas de pertes d'énergie à nommer et à renseigner un nouveau professionnel sur le dossier. Le médiateur-arbitre pourra procéder à l'arbitrage plus rapidement et trancher le dossier de façon efficace.<sup>30</sup> Donc, le med-arb est un mode alternatif de règlement des conflits, caractérisé par son efficacité concernant le temps et le coût. Dans les systèmes de droit, qui admettent que la même personne peut accomplir les deux fonctions de médiateur et d'arbitre, si la médiation échoue, les parties ne sont pas obligées à engager un autre tiers neutre pour prononcer la sentence arbitrale, mais elles continuent la procédure d'arbitrage avec le médiateur qui déjà connaît la plupart des informations nécessaires pour rendre la sentence.

À travers le med-arb, les parties s'impliquent sincèrement et avec bonne foi dans le litige, car elles savent que si elles n'arriveront pas à un accord par voie amiable, puis elles perdent le contrôle sur le litige. Il y a des études qui prouvent que les parties ont l'intention de se concilier et sont moins hostiles pendant le med-arb que seulement à la médiation.

Puis, la caractéristique essentielle du med-arb est que le conflit sera réglé d'une manière ou d'autre, soit par l'accord des parties, soit par une sentence arbitrale.

Parmi les avantages retenus dans la doctrine, on mentionne l'économie du temps, des coûts relativement réduits par rapport aux procédures arbitrales et judiciaires classiques, un contrôle élevé des parties sur le destin du conflit, en offrant des pouvoirs restreints au tiers neutre, spécialement à l'arbitre.

Le plus important inconvénient est l'alternance de la neutralité et de l'impartialité du tiers qui assiste les parties. Ainsi, dans le cas où la procédure de med-arb se déroule devant le même tiers, il peut apparaître la suspicion que l'opinion formée sur le cas pendant la médiation influence d'une manière partielle la sentence arbitrale rendue. Donc, c'est préférable que les deux étapes du med-arb reviennent à un autre tiers neutre dans chaque étape.

La manipulation du procès représente un désavantage, car une des parties peut complément refuser à collaborer ou négocier, fait qui force le passage de la médiation à l'arbitrage.

Certains États connaissent une réglementation expresse de l'institution (c'est le cas de la France), en temps qu'autres non, mais cela ne signifie pas nécessairement qu'on doit exclure son application dans la mesure où il existe des textes juridiques qui ne l'interdit pas (le cas de la Roumanie).

Même si la procédure de med-arb est à l'origine et traditionnellement anglo-saxonne, on observe que récemment, dans les dernières décennies, elle s'est développée dans nombreux pays de l'Europe continentale (France) et d'Asie (Japon, Chine, Hong Kong, Singapour). En dépit de cet aspect, les législateurs ont su à l'adapter à leurs systèmes de droit, en tenant compte de ses caractéristiques. Autrement dit, le med-arb n'est pas réglementé de manière unitaire dans le monde, mais il y a des grandes ressemblances en certaines législations.

---

\* **Andreea POP**, Etudiante en master Droit privé comparé, UBB Cluj-Napoca ; andreeaelite@yahoo.com

<sup>1</sup> Michele Guillaume – Hofnung - Que sais-je? *La médiation*, édition P.U.F., Paris 2007, p. 3

<sup>2</sup> Ibidem., p 71

<sup>3</sup> Actes du Séminaire de Créteil, Délégation interministérielle à la Ville, 2001, p. 128

<sup>4</sup> Şuşac Zeno, Ignat Claudiu, *Modalităţi alternative de soluţionare a conflictelor (ADR) (Modalités alternatives pour la solution des conflits ADR)*, Ed. Universitaires, Bucarest, 2008, p. 62.

<sup>5</sup> <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=58&niveau=1>

<sup>6</sup> Adeline Antoine, *Arbitrage et médiation, les preuves fatigant de la vérité*, Journal des sociétés no. 35/2006, [http://www.cmap.fr/pdf/Articles\\_Hammonds\\_Hausmann.pdf](http://www.cmap.fr/pdf/Articles_Hammonds_Hausmann.pdf)

<sup>7</sup> Flavius George Pancescu, *Procedurile mediere-arbitraj şi mini-proces în România (Les procédures médiation-arbitrage et mini-procès en Roumanie)*, Courrier Judiciaire no. 6/2009, p. 319

<sup>8</sup> <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=26&niveau=1>

- <sup>9</sup> Art. 25 (1): *Le Tribunal Arbitral peut, a tout moment de la procédure, tenter de concilier les parties au litige.*, Version en vigueur a compter du 1 janvier 2004, [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam\\_reglement-arbitrage\\_2004.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_reglement-arbitrage_2004.pdf), p. 37. Le Règlement d'Arbitrage de la Chambre Nationale et Internationale de Milan a été modifié en 2010, l'ancien art. 25 est devenu l'art. 22, en ayant la suivante formulation: *Le Tribunal Arbitral peut, a tout moment de la procédure, tenter de concilier les parties au litige, au besoin en les invitant a une tentative de médiation offerte par le Service de Médiation de la Chambre Arbitrale de Milan.* [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam\\_reglement-arbitrage\\_2010.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/cam_reglement-arbitrage_2010.pdf), p. 13
- <sup>10</sup> Art. 27 *Règlement des différends autrement que par voie d'arbitrage (1) Les parties à une convention d'arbitrage - (a) peuvent rechercher un règlement d'un différend entre eux par médiation, conciliation ou un autre moyen similaire, ou (b) peuvent autoriser un arbitre ou juge-arbitre d'agir comme un médiateur, conciliateur ou d'autres intermédiaires arbitral entre eux (impliquant ou non une conférence pour être effectué par l'arbitre ou juge-arbitre); que ce soit avant ou après la procédure d'arbitrage, et n'important si l'arbitrage se poursuivre ou non.* s. 27 Commercial arbitration Acte 1990, version actualise en 2002 <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CommArbA90.pdf>
- <sup>11</sup> Par rapport à la Loi sur l'arbitrage commercial de 1984 de la Nouvelle Galles du Sud en vigueur en décembre 2007, version 024, Acte No. 10167 of 1984
- <sup>12</sup> <http://www.cietac.org/index.cms>
- <sup>13</sup> <http://www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules/index.html>
- <sup>14</sup> Version en vigueur à compter du 1-er octobre 2002, [http://www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/446/wipo\\_pub\\_446.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/446/wipo_pub_446.pdf)
- <sup>15</sup> L'art. 343 alin. 2 Code de procédure civile prévoit l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat où elle a été insérée.
- <sup>16</sup> Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siiriainen, *Droit du commerce international*, 1re édition, Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 350
- <sup>17</sup> Flavius George Pancescu, *Legea privind medierea si organizarea profesiei de mediator (La loi relative à la médiation et à l'organisation de la profession de médiateur)*, Ed. C.H. Beck Bucuresti, 2008
- <sup>18</sup> Art. 343 ind. 3 C. proc. Civ.
- <sup>19</sup> Art. 29 alin 1 L. 192/2006
- <sup>20</sup> Flavius George Pancescu, *Procedurile mediere-arbitraj și mini-proces în România (Les procédures médiation-arbitrage et mini-procès en Roumanie)*, Courrier Judiciaire no. 6/2009, p. 319 - 322
- <sup>21</sup> <http://adrcanada.ca/resources/documents/RulesasamendedOctober2008withGST.pdf>
- <sup>22</sup> [http://www.hkiac.org/documents/en\\_mediation.pdf](http://www.hkiac.org/documents/en_mediation.pdf), version en vigueur a compter du 1-er août 1999
- <sup>23</sup> Claude Thomson, *Med-arb: a fresh look*, [http://www.claudethomson.com/docs/Med-Arb\\_A\\_Fresh\\_Look.pdf](http://www.claudethomson.com/docs/Med-Arb_A_Fresh_Look.pdf)
- <sup>24</sup> Art. 8 (3) Règles de médiation de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale: *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.* <http://www.skwm.ch/index-fr.php?page=168&frameset=2>
- <sup>25</sup> Version en vigueur à compter du 20 février 1998, [http://www.cidra.org/pdf/M\\_Rules.pdf](http://www.cidra.org/pdf/M_Rules.pdf)
- <sup>26</sup> Règle no. 8 "Médiation", Version en vigueur à compter du 1 juin 2009, <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>
- <sup>27</sup> Version en vigueur au 1 janvier 2000, [http://www.bcicac.com/bcicac\\_ica\\_rules.php](http://www.bcicac.com/bcicac_ica_rules.php)
- <sup>28</sup> Art. 4 lettre d) Version en vigueur à compter du 22 mai 2004, <http://www.int-bar.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf>, p. 12-13
- <sup>29</sup> Art. 20 [http://www.acica.org.au/mediation\\_rules.html#\\_Toc171764364](http://www.acica.org.au/mediation_rules.html#_Toc171764364)
- <sup>30</sup> <http://www.mediationsophilex.ca/fr/medarb>