

Ordre des avocats de Genève – Commission ADR

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

ORDRE DES AVOCATS
DE GENÈVE

Schulthess § 2018
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: LAURENT HIRSCH/CHRISTOPHE IMHOOS (éds) *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

978-3-7255-8704-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève • Zurich • Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

A. Médiation

Les métamorphoses de la régulation des conflits JACQUES FAGET	3
Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints LOUBNA FREIH	7
La médiation en protection de l'enfance ANNE CATHERINE SALBERG	19
La médiation successorale GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN	27
En chemin vers la résolution du conflit pénal CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM	37
La justice restaurative en Suisse CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE	47
Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ? FABIENNE PROZ JEANNERET / VIKTORIA AVERSANO / VÉRONIQUE HIRSCH	57
Médiation et conflits de voisinage PASCALE BYRNE-SUTTON	67
La médiation commerciale : quelques exemples tirés de la pratique BIRGIT SAMBETH GLASNER	77
Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution CAROLINE MING	85
Médiation commerciale : un témoignage. Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux JEAN MIRIMANOFF	95
Médiation administrative FABIENNE BUGNON	101
Mediation at the Court of Arbitration for Sport (CAS) JOSÉ LUIS ANDRADE	111
L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! CINTHIA LÉVY	121

Le choix du médiateur INGRID ISELIN ZELLWEGER	131
La co-médiation ; un outil au service des médiateurs NATHALIE FAVRE / BRUNO MUNARI	139
Clauses <i>multi-tiered</i> et la fenêtre de médiation PIERRE KOBEL	143

B. Arbitrage

Arbitrage commercial international SÉBASTIEN BESSON	153
Les services d'arbitrage proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution VALÉRIANE OREAMUNO	163
WIPO Mediation and Arbitration IGNACIO DE CASTRO / HEIKE WOLLGAST	173
L'arbitrage <i>ex aequo et bono</i> LAURENT HIRSCH	183
Arbitrage en matière de construction BERND EHLE	193
L'arbitrage de cas immobiliers JEAN-MARC SIEGRIST	199
Arbitrage en matière de propriété intellectuelle THOMAS LEGLER	207
L'arbitrage multipartite ALEXANDRA JOHNSON	219
Arbitrage en matière sportive LUCA BEFFA / FABRICE ROBERT-TISSOT	229
L'arbitrage d'investissement MICHAEL E. SCHNEIDER	239
L'arbitrage en droit public suisse ELEANOR MCGREGOR	249
Le choix de l'arbitre PIERRE-YVES GUNTER	259
The Pledge for equal representation and diversity in international arbitration DOMITILLE BAIZEAU	269

C. Autres méthodes de résolution des litiges

Le droit collaboratif (<i>Collaborative Law</i>) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends	
CHRISTOPHE IMHOOS	279
Dispute Boards	
CHRISTOPHER KOCH	289
La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage	
ELENA NEIDHART	299
La conciliation judiciaire	
DAVID ROBERT	309
La conciliation en matière de baux et loyers	
SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	319
Protection de la personnalité au travail : le dispositif du Groupe de confiance de l'Etat de Genève	
SOPHIE DE WECK HADDAD	331
Bureau de l'Amiable Compositeur : une réponse sur mesure à une question complexe	
MARTINE BRUNSCHWIG GRAF	343
Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus	
FLORENCE BETTSCHART	353
Le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce	
CAMILLE FLÉCHET	361

D. Différents domaines de litiges

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales	
ANNE REISER	371
La résolution à l'amiable des conflits en droit du travail	
NATHALIE SUBILIA	381
Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux	
COSTIN VAN BERCHEM	389
Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune)	
LUC THÉVENOZ	395
La résolution des litiges dans les foires	
MICHÈLE BURNIER	405

E. Aspects généraux et transversaux

Les ADR et l'orientation préalable JEAN GAY	417
The Global Pound Conference (GPC) Series, The future of commercial ADR and mixed modes: How does Geneva compare? JEREMY LACK	429
Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges SOPHIE THORENS-ALADJEM	439
Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution des litiges NICOLAS BURGNER	447
Protection juridique, médiation, digitalisation : la révolution. Objectifs : Présentation de l'expérience en médiation d'un assureur protection juridique MARCEL PAQUIER	453
Les biais dans les processus décisionnels CATHERINE AUDRIN / DAVID SANDER	463

La médiation commerciale

Quelques exemples tirés de la pratique

Introduction

La médiation commerciale se différencie non seulement des processus de résolution de conflits judiciaires et arbitraux, mais aussi des autres formes de médiation. En effet, elle revêt plutôt la forme d'une médiation de négociation dans le cadre de laquelle le médiateur endosse le rôle de manager du conflit qui permet d'optimiser le processus de résolution et dont le but principal est la résolution concrète du différend ("deal mediation"). Quant au conflit proprement commercial, il résulte généralement de perceptions divergentes au sujet d'un état de fait ou de visions juridiques opposées, plutôt que de problèmes relationnels. Enfin, les participants au processus de médiation commerciale sont généralement peu ou pas touchés personnellement par le conflit.

Par opposition, la médiation parfois qualifiée de relationnelle, voire même de "thérapeutique"¹, désigne le processus dans le cadre duquel le médiateur assiste des parties qui ont perdu leurs compétences propres à résoudre le conflit, surtout en facilitant et en améliorant leur communication, notamment par des techniques issues de la psychothérapie (PNL, systémique, Marshall Rosenberg, etc.), plaçant ainsi l'être humain au centre du débat.

Il n'est cependant pas aisé d'établir une frontière stricte entre les différentes espèces de médiations dans la mesure où le conflit et les parties ne revêtent généralement pas exclusivement les caractéristiques de l'une ou de l'autre.

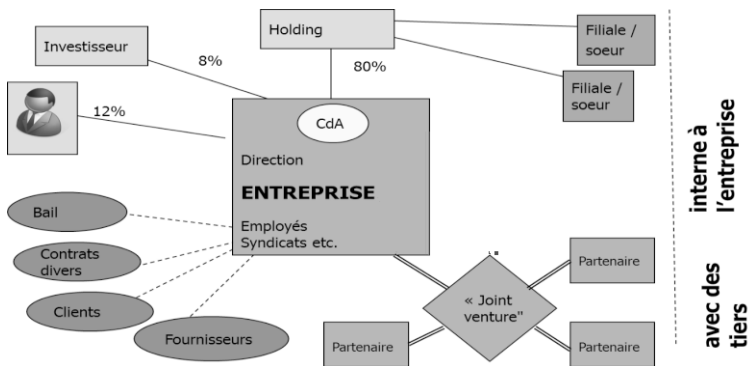
Par exemple, dans les cas de divorce ou de succession impliquant des parties liées dans une structure commerciale, il est difficile de catégoriser formellement les conflits et les processus dans la mesure où il s'agit plutôt de conflits hybrides, les discussions familiales se faisant au Conseil d'administration alors que les décisions commerciales se prennent à la cuisine, autour de la table du déjeuner ! Ceci est d'autant plus vrai dans nos contrées

* Avocate et médiatrice assermentée

¹ JÖRG RISSE, Wirtschaftsmediation, p. 28 ss.

dont le tissu économique est principalement composé d'entreprises familiales de petite et moyenne importance.

Enfin, d'aucuns séparent la médiation commerciale, dite parfois "mediation B2B", regroupant sous cette définition toutes les relations avec et autour d'une entreprise (en particulier avec ses co-contractants, les participants à un joint venture, d'autres "stakeholders", respectivement les membres de son Conseil d'administration, voire entre ses actionnaires), de la médiation en entreprise, traitant des conflits horizontaux et verticaux, ce, dans les relations entre employés, avec la direction, voire entre différentes structures internes à l'entreprise.



I. La Médiation commerciale

A. Définition

La définition de la médiation commerciale ne diffère pas de celle applicable au processus de médiation familiale et/ou de médiation en entreprise.

Ainsi, lui est applicable la définition de base émanant du IMI International Mediation Institute², lequel regroupe la plupart des médiateurs du monde, dûment accrédités par des instituts certifiés : "*Mediation is a negotiation facilitated by a trusted neutral person*".

Plus spécifiquement, SCAI Swiss Chambers' Arbitration Institution³, définit la médiation commerciale comme suit : "*La médiation est un mode alternatif de résolution des*

² www.imimmediation.org (consulté le 02.07.2018).

différends. Deux ou plusieurs parties demandent à une tierce personne, le médiateur, de les aider à trouver une solution pour résoudre leur différend actuel ou en prévenir un potentiel. Le médiateur est neutre et indépendant des parties. Pendant la médiation, il facilite les échanges d'avis et encourage les parties à chercher des solutions qui leur soient mutuellement profitables"⁴.

Enfin, compte tenu de ses spécificités et des enjeux qui lui sont propres, la confidentialité, pierre angulaire du processus, est particulièrement importante en matière de médiation commerciale.

B. Particularités

Le processus de médiation commerciale est généralement plus codifié dans la mesure où sa structure, sa systématique et sa prévisibilité augmentent grandement la confiance des parties quant à ses chances de succès.

1. Médiation ad hoc et médiation institutionnelle

Dans le cadre d'une médiation "ad hoc", les règles et les clauses sont déterminées par les parties qui s'entendent pour désigner la personne du médiateur, le lieu de la médiation, la langue, la répartition des coûts, le droit applicable, voire l'usage de processus combinés tels que les Arb-Med, Med-Arb, Medaloo⁵, etc. Ce processus est relativement compliqué à mettre en place une fois le conflit survenu.

Dès lors, en matière commerciale, il sera généralement question de médiations institutionnelles (ex.SCAI, CCI, etc), le processus spécifique de l'organisme de médiation choisi étant prévudans une clause contractuelle plus ou moins standard, de sorte qu'au stade de la dispute, le processus ne peut plus être contesté.

2. Le processus de médiation commerciale

En matière commerciale, le processus se doit d'être particulièrement efficient en termes de temps et de coûts, dans la mesure où chaque minute qui passe sans qu'une résolution ne soit trouvée engendre des conséquences financières très importantes. Il en est de

³ SCAI <https://www.swissarbitration.org/> (consulté le 02.07.2018), voir la contribution de CAROLINE MING, Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution, p. 85.

⁴ <https://www.swissarbitration.org/Mediation/Introduction> (consulté le 02.07.2018).

⁵ Ces processus dits "hybrides" combinent notamment médiation, conciliation, arbitrage et décision sur dernière offre. Ils sont de plus en plus utilisés pour résoudre des différends commerciaux dans la mesure où ils permettent de structurer le processus "sur mesure" en fonction du conflit particulier et des parties en présence.

même de même de la présence et des déplacements des organes dirigeants des entreprises participant aux séances de médiation.

Ainsi, un accent particulier est mis sur la préparation de la médiation afin de permettre un maximum d'efficacité et de diligence lors de la journée de médiation en présence des parties (et de leurs avocats). Lors de celle-ci⁶ diagnostique du conflit, découverte des intérêts en présence, analyse des alternatives (BATNA⁷), expression des options et finalement accord sur la résolution seront tour à tour examinés.

Généralement, le processus commence par un entretien téléphonique conjoint entre les avocats des parties et le médiateur pour expliciter, circonscrire et définir ensemble le processus, ses participants, son lieu, sa langue, etc.

La préparation se poursuit par l'établissement de quelques brefs documents à transmettre, par chaque partie, tant au médiateur qu'aux autres parties ("position paper"), respectivement seulement au médiateur ("interests paper"), ce, avant la tenue d'entretiens de préparation séparés entre chacune des parties et le médiateur.

La phase de médiation proprement dite commence ensuite. En médiation commerciale internationale, à laquelle vont participer les véritables décideurs représentant les parties et munis de pouvoirs idoines, la séance commencera aux alentours de 9h du matin pour se terminer vers 19h généralement avec un accord sous forme de "bullet points" à finaliser par les avocats des parties dans les jours immédiatement subséquents.

Ainsi, le processus de médiation complet prend une vingtaine d'heures (10 heures d'organisation, de préparation et de suivi, et environ 10 heures de médiation).

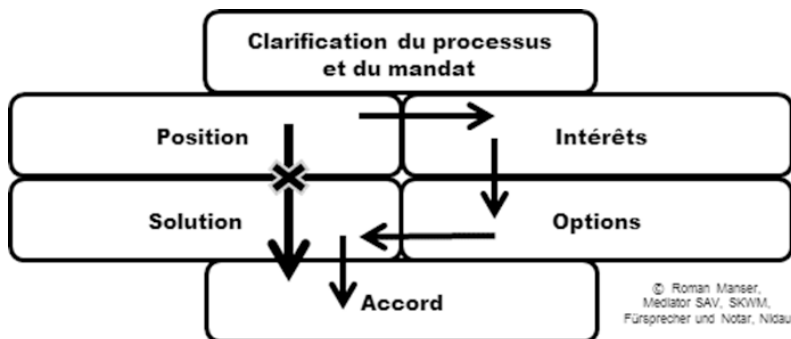
Quant aux médiations commerciales impliquant des parties géographiquement plus proches, elles se font généralement sur plusieurs jours, en alternant des séances conjointes et des apartés⁸.

⁶ Il s'agit généralement d'une seule journée complète de médiation lors de laquelle se déroule l'intégralité du processus, ce afin d'aboutir à un accord final en fin de journée.

⁷ BATNA, soit Best Alternative to a negotiated Agreement = meilleure alternative à une solution négociée.

⁸ Les séances en aparté sont intitulées "caucus" et la confidentialité totale est la règle.

Le processus de médiation commerciale



3. La médiation pour quels conflits commerciaux ?

Les situations conflictuelles les plus aptes à être résolues par la médiation commerciale sont en particulier celles en lien avec les domaines suivants :

- Trading, finance, investissements (privés et publics), construction, bail, leasing, franchise, distribution, représentation et licence ;
- Propriété intellectuelle et transferts de technologies, questions de R&D ;
- Contrats de collaborations et de joint ventures ;
- Fusion et acquisition de sociétés, reprise d'actifs ;
- Valorisation de l'entreprise et relations entre les actionnaires, voire avec les membres du Conseil d'administration (en particulier lors de la sortie de l'un d'eux).

Enfin, la médiation est particulièrement efficace en matière de conflits complexes entre de multiples parties, d'origines et de cultures différentes, se trouvant dans plusieurs espaces géographiques, parlant plusieurs langues et incluant des organismes publics et privés.

II. Quelques exemples tirés de la pratique

A. Médiation post M&A : "it is not only about money"⁹

Un conflit a opposé un acheteur (société anglaise) et un vendeur (société allemande cotée à la bourse de Francfort) dans le cadre de l'exécution du contrat d'acquisition des actions et des actifs d'une société pharmaceutique, société fille du vendeur, pour EUR 59 millions (SPA & asset deal). L'acheteur alléguait que la comptabilisation et la valorisation desdits actifs posait problème, en bref, que la société vendue ne correspondait pas à sa description garantie contractuellement. La clause d'arbitrage CCI¹⁰ figurant dans le contrat fut temporairement suspendue d'un commun accord et les deux sociétés s'accordèrent sur la nomination d'un médiateur proposé par la CCI.

Après une phase extensive de préparation lors de laquelle des "position papers" et "interests papers" furent échangés, les parties représentées l'une par son jeune CEO et l'autre par le Président du Conseil d'administration d'un âge respectable et le dernier de la lignée familiale à laquelle appartenait la société pendant de nombreuses générations avant son entrée en bourse, retrouvèrent le médiateur à Paris pour une journée de médiation débutant à 9.00 heures. La médiation eut lieu en anglais et les apartés (caucus) dans la langue de la partie concernée. Avant d'entrer dans le vif du sujet, à savoir les aspects comptables et financiers, le médiateur proposa de parler des valeurs sous jacentes de chaque entreprise, de leur histoire individuelle et commune, des raisons pour lesquelles ce deal avait été souhaité. Ce faisant, il permit que les sentiments de déception, de tromperie, voire de trahison, puisse être exprimés jusqu'à ce que le vendeur se lève en tremblant et dise : *"Mon grand-père a institué un code éthique dans la société familiale car nous tenons à nous comporter de manière irréprochable. Si vous prétendez que les bilans de la société vendue sont faux, cela veut tout simplement dire que je suis un escroc et c'est absolument insupportable."* Il s'assit et immédiatement après, le jeune CEO anglais se rapprocha de lui et lui dit pour la première fois *"I am so sorry, this is certainly not the message that I wanted to convey to you. Please apologize and if you agree, let's go through the numbers together and I will explain my concerns."*¹¹

⁹ CARDOZO Journal of Conflict Resolution Vol 35 n° 9 2017. HAL ABRAMSON, BENNET PICKER, BILLE MARSH, BIRGIT SAMBETH GLASNER, JERRY WEISS : Are Legal Disputes Just About the Money ? Answers from Mediators on the Front Line.

¹⁰ CCI Chambre de Commerce Internationale : www.iccwbo.org

¹¹ Traduction libre: "Je suis désolé, ce n'est pas le message que je souhaitais vous livrer, Je vous prie de m'excuser et si vous êtes d'accord, traversons les chiffres ensemble et je vous expliquerai mes inquiétudes."

La communication ainsi restaurée, la discussion porta ensuite sur les alternatives envisageables à la négociation d'un accord (BATNA) et les parties s'accordèrent pour dire que ce serait l'arbitrage. A la question, en apparte, de la longueur et des frais d'arbitrage, les parties exprimèrent au médiateur une telle différence de vue que, de retour en séance commune, celui-ci posa une nouvelle fois, mais cette fois en présence des parties, la question des frais de l'alternative qu'était l'arbitrage. Sans surprise, le jeune CEO lui répondit immédiatement le chiffre de £1'600'000.-. Se produisit alors un "check de réalité" bienvenu pour la partie qui avait indiqué au préalable au médiateur que l'arbitrage prendrait au maximum quelques mois et coûterait environ EUR 400'000.- !

Le médiateur, gardien du temps et du processus, facilita les discussions afin que les questions comptables soient explicitées et les intérêts de chaque partie partagés. Il était 17.00 heures lorsque les parties se penchèrent sur les options envisageables avant qu'à 19.00 heures frappantes, elles signent l'accord global devant être finalisé par leurs avocats dans les cinq jours suivants.

Au niveau de ses coûts, ce processus de médiation s'est monté à environ EUR 26'000.- (dont la moitié à charge de chaque partie), frais de l'institution et du médiateur compris.

B. Médiation en matière de bail : "check de réalité !"

Arrivés en médiation sur la suggestion d'un magistrat du tribunal des baux et loyers de Genève, un bailleur et un locataire furent invités à discuter de la situation lors d'appartés confidentiels avec le médiateur :

La bailleresse, une gentille dame âgée, indiqua au médiateur qu'elle trouvait son locataire très sympathique et qu'elle était très contente de l'avoir dans son immeuble car sa présence non seulement la sécurisait mais que, parfois, il lui apportait de délicieux repas. Elle ne comprenait pas pourquoi, soudainement, il avait cessé de lui verser le loyer qui représentait pour elle son seul revenu mis à part l'AVS.

Le locataire, un jeune restaurateur créatif et travailleur, explicita quant à lui au médiateur que l'entrée de l'immeuble où se trouvait son restaurant était tellement décrépie, comme par ailleurs la salle du restaurant et la cuisine, que les clients réchignaient à venir. Son chiffre d'affaires était en chute libre de sorte que l'arriéré de loyer se montait à CHF 80'000.-, que ses créanciers étaient nombreux et que sa société était tellement proche de la faillite qu'il ne voyait plus d'issue.

A la question posée par le médiateur sur sa situation financière et sa volonté d'en informer la bailleresse, le locataire indiqua qu'il avait très peur qu'elle le prenne mal et qu'elle mette fin au processus de médiation.

Or, le risque de ne pas l'informer n'était-il pas plus grand que celui de l'informer ?

Ne pas l'informer conduirait inévitablement à une faillite. La liquidation prendrait plusieurs mois, voire des années, et la bailleresse créancière finirait par recevoir un dividende de faillite de l'ordre de 15 à 20 %. Quel check de réalité !

Après réflexion, le restaurateur décida donc de l'informer de sa situation financière catastrophique et de son impossibilité de lui payer son dû.

La médiation se poursuivit par une séance conjointe lors de laquelle la bailleresse manqua défaillir. Elle reprit ses esprits lorsque le jeune homme lui explicita ses intérêts : payer ses dettes lorsqu'il serait en mesure de produire du revenu, ce qu'il ne pouvait faire que si la salubrité du restaurant était améliorée et son entrée enjolivée.

Un "brain storming" d'options et leur évaluation concrète permit ensuite aux parties d'aboutir à la résolution suivante :

- la bailleresse financerait la réfection de l'entrée et des locaux effectuée par le restaurateur assisté de quelques amis ;
- la dette serait réduite de CHF 20'000.- et serait payable par le locataire par acomptes une fois un chiffre d'affaires adéquat retrouvé, au plus tard dès le 10^e mois après la réfection des locaux ;
- dans l'intervalle, il continuerait à se soucier de sa logeuse et de lui confectionner le déjeuner trois fois par semaine.

Le conflit était ainsi résolu dans l'intérêt bien compris des deux parties ... et des clients gourmets !