



Voyage d'études 2010

Journée de travail à Tachkent - Ouzbékistan

14 octobre 2010

L'arbitrage commercial en droit Ouzbek et en droit Français

Intervention de **Maître Michel Armand-Prévost**, Président d'honneur de Droit & Commerce, *avocat, ancien Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire, Vice-président honoraire du Tribunal de commerce de Paris.*

La médiation commerciale un préalable au procès

Avant de soumettre leur litige à un tribunal, tribunal d'Etat ou tribunal arbitral, les personnes physiques et les sociétés ou entreprises qui ont un conflit entre elles, ont la possibilité de recourir à une médiation ou à une conciliation.

Dans la législation française, médiation et conciliation sont distinctes, bien que, dans la réalité, elles aient beaucoup de ressemblances.

Dans le cadre du présent exposé, on ne rentrera pas dans cette distinction et on traitera des caractéristiques de ce processus, qu'il soit baptisé médiation ou conciliation.

Peut-être faut-il rappeler que la médiation est aussi ancienne que la justice. En effet, la médiation et l'arbitrage étaient de pratique courante, deux mille ans avant notre ère en Mésopotamie⁽¹⁾.

C'est la lourdeur, le coût et la lenteur du système judiciaire américain qui sont à l'origine de la redécouverte de la médiation et de sa mise en théorie, puis en pratique, aux Etats-Unis d'abord, puis en Europe.

C'est sans doute l'abus du recours au juge qui explique aujourd'hui la place reconnue à la médiation et l'espoir mis en elle.

(1) – cf Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire par Carine JALLAMION – Gazette du Palais 16-17 janvier 2009.

Qu'est-ce donc que la médiation ?

Je vous propose la définition du Professeur Thomas FIUTAK, ancien Directeur du Centre du Conflit et du Changement de l'Université du Minnesota, aux Etats-Unis d'Amérique.

"La médiation est une application organique de l'art de la négociation. Son origine dérive de l'hypothèse selon laquelle, lorsque deux ou plusieurs personnes sont en litige à propos d'un même intérêt et que cela est susceptible d'avoir des répercussions sur la pérennité de leur relation, utiliser les services d'une personne non impliquée dans le résultat conduit les parties vers l'accord le plus satisfaisant pour chacune".

C'est donc les personnes en litige qui vont demander à un tiers, neutre, impartial et indépendant, de les aider à rétablir le dialogue entre elles et à trouver une solution amiable à leur conflit.

Examinons successivement :

- I. Comment entrer en médiation.
- II. L'art du médiateur.
- III. L'issue de la médiation.

I. Comment entrer en médiation

Il y a deux grandes catégories de médiations : la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle.

1°) La médiation judiciaire

C'est ici le juge étatique qui, saisi d'un conflit, va estimer qu'il serait plus efficace que les parties à ce conflit tentent de trouver un accord avec l'aide d'un médiateur.

Dans quels cas le juge va-t-il orienter vers la médiation ?

- Dans les cas où les personnes en conflit gardent et garderont des rapports entre elles :
 - Conflits familiaux.
 - Conflits de voisinage.
 - Conflits commerciaux.
- Dans les cas où une solution négociée est préférable à une solution imposée par le juge :
 - Garde des enfants dans un divorce.
 - Conflits en droit du travail.

Selon les législations, le pouvoir du juge varie :

- Soit il ne peut que suggérer le recours à une médiation, et il doit obtenir l'accord de toutes les parties au litige avant de pouvoir l'ordonner ;
- Soit il peut l'imposer aux parties qui comparaissent devant lui ;
- Soit encore, le passage devant un médiateur est obligatoire avant de saisir un tribunal.

En France, la législation donne au juge le simple pouvoir de suggérer une médiation.

Dans certains Etats fédéraux, comme l'Australie, on trouve la médiation suggérée par le juge dans certains Etats fédérés et la médiation imposée par le juge dans d'autres Etats fédérés.

Une fois mise en œuvre, la médiation judiciaire suspend le délai du procès devant le tribunal, pour une durée prévue par les textes. Le procès ne reprendra devant le juge qu'en cas d'échec de la médiation, c'est-à-dire si aucun accord n'a été trouvé, malgré l'aide du médiateur.

Il est également prévu, qu'en cas d'accord trouvé devant le médiateur, cet accord puisse faire l'objet d'une homologation par le juge.

2°) La médiation conventionnelle ou contractuelle

Il est désormais de pratique de plus en plus fréquente de prévoir, dans les contrats commerciaux, qu'une médiation se situera obligatoirement avant tout procès devant un tribunal étatique ou arbitral.

La Cour de cassation française a donné, à cet engagement, une force véritable en disant que si les parties ne sont pas passées par cette phase de médiation, le tribunal est autorisé à ne pas examiner l'affaire au fond.

Cette médiation, prévue dans le contrat, a l'avantage d'être mise en œuvre avant que le conflit ne soit envenimé, notamment par les échanges d'écritures (assignation et conclusions) devant le tribunal.

Des clauses de médiation renvoyant au règlement d'une institution de médiation, qui mettra en œuvre ladite médiation, sont simples et brèves, puisque tout le déroulement de la négociation est prévu dans le règlement auquel renvoie la clause du contrat.

On a vu apparaître des clauses contractuelles de médiation jumelées avec des clauses d'arbitrage. En raison d'un accord récemment passé entre l'IEAM et l'AFA, la première institution oriente les arbitrages vers la seconde et celle-ci accepte que les médiations qui précèdent le recours à l'arbitrage relèvent de l'IEAM.

Ainsi, le nouveau Règlement d'arbitrage de l'A.F.A. (Association Française d'Arbitrage) suggère-t-il d'adopter la clause suivante :

"Les différends qui viendraient à se produire à propos du présent contrat seront soumis à la médiation, conformément au Règlement de médiation de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation, auquel les parties déclarent adhérer.

Si la médiation n'aboutit pas, les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage, conformément au Règlement de l'Association Française d'Arbitrage auquel les parties déclarent adhérer".

Enfin, on mentionnera la possibilité d'organiser une médiation conventionnelle, à l'occasion de la naissance d'un conflit, sans que le contrat ne contienne de clause de médiation. Cela est toujours possible, mais moins fréquent, puisqu'il faut l'accord de tous à un moment où le conflit a déjà surgi.

II. L'ART DU MÉDIATEUR

La médiation fait appel à des techniques relevant de la négociation et, plus généralement, de la psychologie. Néanmoins, au-delà de la maîtrise de certaines techniques, le médiateur doit posséder des qualités personnelles.

Le médiateur est, en effet, celui qui, allant de l'une des parties à l'autre, va tenter de comprendre quelle perception chacune d'elles a du litige qui les oppose, en quoi ce différend affecte l'activité de chaque partie, comment renouer le dialogue, surtout quand des liens contractuels ont été maintenus par ailleurs ou que la rupture de tels liens handicape finalement les deux protagonistes, et ceci afin de trouver la base de ce qui pourra devenir l'accord transactionnel recherché.

Il faut se rappeler que le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de décision.

Il doit faciliter le rapprochement des parties. C'est en ce sens que l'on dit qu'il un "facilitateur".

Parfois, il est sollicité de donner un avis, ce qui est toujours le cas d'un conciliateur, mais moins souvent pour un médiateur. On dit alors qu'il est un "aviseur".

Tout repose sur la crédibilité du médiateur.

Cette crédibilité procède de plusieurs éléments : le respect que sa personne inspire, son indépendance et son impartialité, la discrétion qu'impose l'obligation de secret à l'égard des tiers, l'autorité enfin qui procède elle-même de plusieurs composantes allant du don inné, de la réputation de rigueur, au bon sens, à l'expérience et à la sagesse.

A ses qualités personnelles, le médiateur doit ajouter ce qui fait l'art du médiateur et qui peut être ainsi énuméré :

- Stabilité, maîtrise et patience infinie ;
- Habilité, sensibilité aux atmosphères successives, esprit d'opportunité ;
- Souplesse d'esprit et fermeté "inaltérablement courtoise" ;
- Possession des techniques de la médiation (phase d'analyse et d'écoute, phase active de la médiation) ⁽²⁾.

(2) – cf L'expérience d'un médiateur par Philippe GRANDJEAN – Gazette du Palais 21-22 août 1996.

III. L'ISSUE DE LA MÉDIATION

On pourrait être tenté de dire qu'il y a deux issues à une médiation : le succès avec un accord trouvé entre les parties au conflit, et l'échec si aucun accord n'a pu être trouvé.

Il convient cependant d'être plus nuancé sur la notion d'échec.

1°) Le succès de la médiation

En présence du médiateur, les parties ont trouvé un accord. Cet accord prend le plus souvent une forme écrite.

Si l'écrit est quasiment automatique en cas de médiation au sens étroit et français de ce terme, il va le devenir en matière de conciliation, depuis un texte règlementaire tout récent sur la réforme de la procédure de conciliation, qui vise à donner un cadre commun aux conciliations orales de première instance en matière civile, commerciale et sociale et qui introduit, en cas d'accord, un acte de conciliation écrit.

En 2008, la procédure de conciliation a permis de régler deux millions de cas en France.

On a déjà évoqué la possibilité d'obtenir du juge l'homologation d'un accord de médiation, ce qui accentue sa force exécutoire.

La médiation et la conciliation, qu'elles soient judiciaires ou purement contractuelles, ne peuvent avoir de chances de réussite que si un certain nombre de conditions sont réunies.

Tout d'abord, il est indispensable que l'accord des parties pour entrer en médiation et aller ainsi vers la recherche d'un accord entre elles soit donné sans arrière-pensée, ni restriction mentale.

En second lieu, la personnalité choisie pour assurer le rôle de médiateur ou de conciliateur doit être reconnue dans son rôle par les parties. Cela implique la reconnaissance et le respect de la personne, de son "aura", mais aussi que cette personne ait les qualifications pour mener ce type de mission.

Parfois, l'accord ne porte pas sur la totalité des points en litige, mais seulement sur une partie de ceux-ci. Néanmoins, on peut parler d'une réussite partielle de la médiation, puisque les parties ont convenu d'écarter du litige soumis au juge, des points sur lesquels elles ont trouvé un accord.

Je préfère parler alors d'un succès partiel, plutôt que d'un échec partiel.

2°) L'échec de la médiation

Faute d'avoir obtenu un accord dans le cadre de la médiation, on parle d'un échec de celle-ci.

Encore faut-il nuancer le propos et distinguer entre l'échec définitif et l'échec provisoire.

a) L'échec définitif :

Aucun accord n'a été trouvé, le médiateur en fait le constat et les parties en conflit vont porter leur litige devant un juge ou un arbitre pour obtenir une décision exécutoire.

b) L'échec provisoire :

Il se manifeste, le plus souvent, dans les médiations judiciaires qui sont enfermées dans un délai. A l'expiration de ce délai, le médiateur fait le constat qu'aucun accord n'a été trouvé et le procès va reprendre devant le tribunal.

L'expérience montre que, parfois, les parties ne se retrouvent pas devant le juge car, tirant les fruits de la médiation, elles décident de poursuivre entre elles une négociation directe qui aboutit à un accord.

C'est ici l'illustration du rôle du temps dans la médiation. Il faut parfois que la solution transactionnelle murisse plus longtemps que le temps que le juge a accordé au médiateur.

CONCLUSION

La médiation n'est pas une panacée. Elle a toute sa place pour renouer un dialogue entre des personnes qui devront continuer à vivre ensemble, car elle est une solution d'apaisement rapide des conflits.

La pratique des modes alternatifs de règlement des litiges utilise des mécanismes connus et anciens comme la transaction, la conciliation, la médiation ou encore l'arbitrage.

La médiation est un passage⁽³⁾ : passage d'une situation conflictuelle à une situation négociée. Ce passage se fait grâce au dialogue que le médiateur permet de renouer entre des individus ou des entreprises qui ne se parlaient plus.

C'est donc à la sagesse africaine que j'emprunterai ce proverbe oulof : "Il n'y a pas deux personnes qui ne s'entendent pas, il n'y a que deux personnes qui n'ont pas discuté".

Tachkent – 14 octobre 2010

(3) - Selon l'expression de Maître Laurence MOATTI-NEUER dans la Revue de l'Association française des Docteurs en Droit.