

# Les clauses Marc/ADR : faut-il innover, et si oui, comment ?

## Jeremy LACK

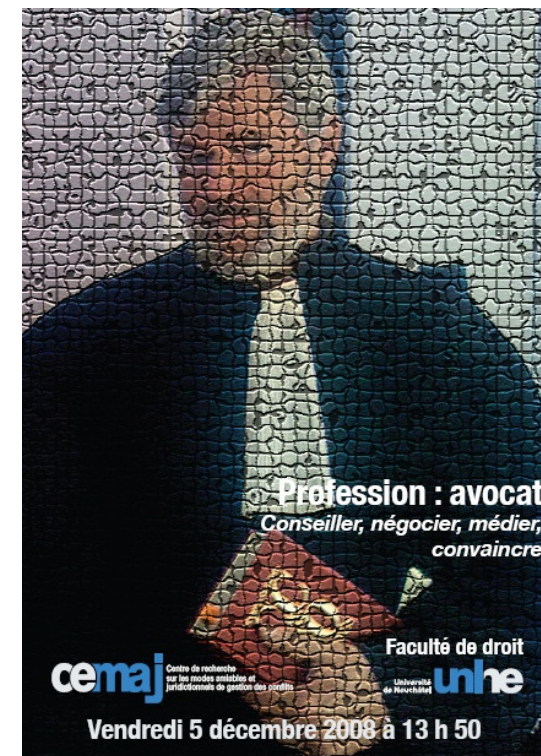
Avocat & Médiateur, Etude ALTENBURGER (CH)  
Barrister, QUADRANT CHAMBERS (GB)  
Counsel, PEARL COHEN ZEDEK LATZER LLP (US)  
Enseignant à l'Université de Neuchâtel

### Zürich

Seestrasse 39  
CH - 8700 Küsnacht  
Tel. +41 44 914 88 88  
[mail@altenburger.ch](mailto:mail@altenburger.ch)

### Genève

Rue Rodolphe-Toepffer 11bis  
CH - 1206 Genève  
Tel. +41 22 789 50 20  
[mail@altenburger.ch](mailto:mail@altenburger.ch)



## Les clauses Marc/ADR

---

### **(a) Faut-il innover?**

- Pourquoi les clauses compromissaires?
- L'évolution du monde des affaires
- La neurophysiologie du conflit
- Une approche holistique du conflit

### **(b) Si oui, comment ?**

- La gamme des MARC
- Les clauses standards
- Les clauses mixtes
- Le concept «Clause & Effet »
- Quelques exemples

## Pourquoi utiliser des clauses compromissaires?

- L'autonomie des parties (c.a.d. plus de choix)
- La flexibilité
- Le pragmatisme
- Arriver à un résultat (pas la formalité de la procédure)
- Efficacité (coûts et temps) – surtout dans un contexte global
- Sentiment de justice (surtout avec le recul)
- Certitude en affaires (exequatur)
- Clôre le conflit
- Confidentialité?

**Avons-nous perdu de vue le but de ces clauses ?**

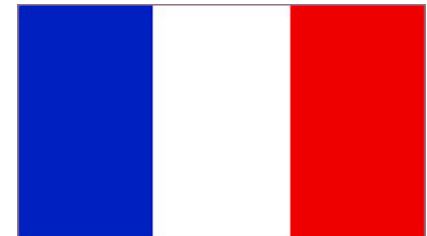
# Le monde de l'arbitrage

---

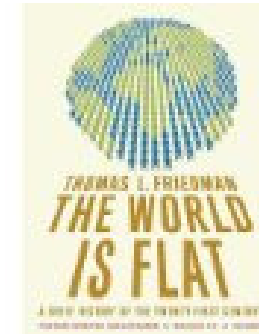
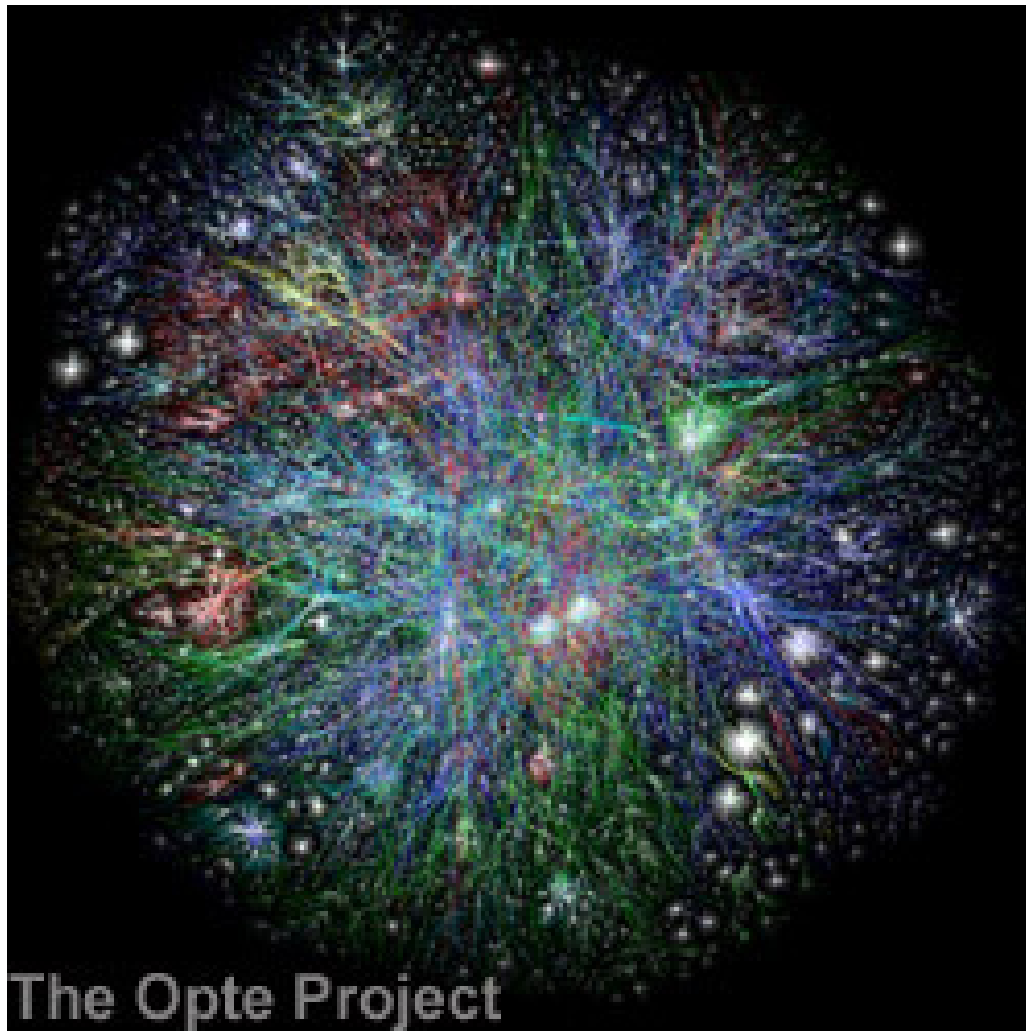


# Le résultat = Des poissons dans des bocaux

---



## Le monde "évolue"



**Voir:**  
***The World is Flat,***  
Thomas Friedman

**e.g., L'Internet:**

Asia Pacific - Red  
Europe/Middle East/Central  
Asia/Africa - Green  
North America - Blue  
Latin American and Caribbean -  
Yellow  
RFC1918 IP Addresses - Cyan  
Unknown - White

**Source:** <http://www.opte.org/maps/>



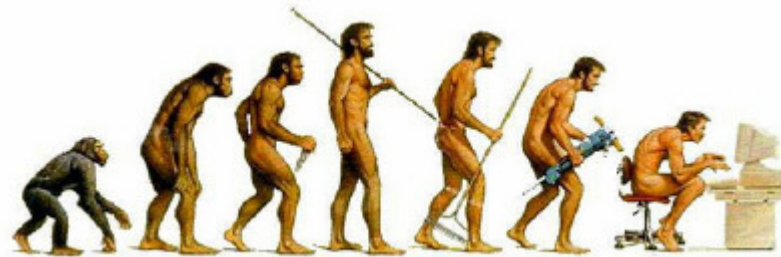
# Il faut développer une vision kaléidoscopique

---



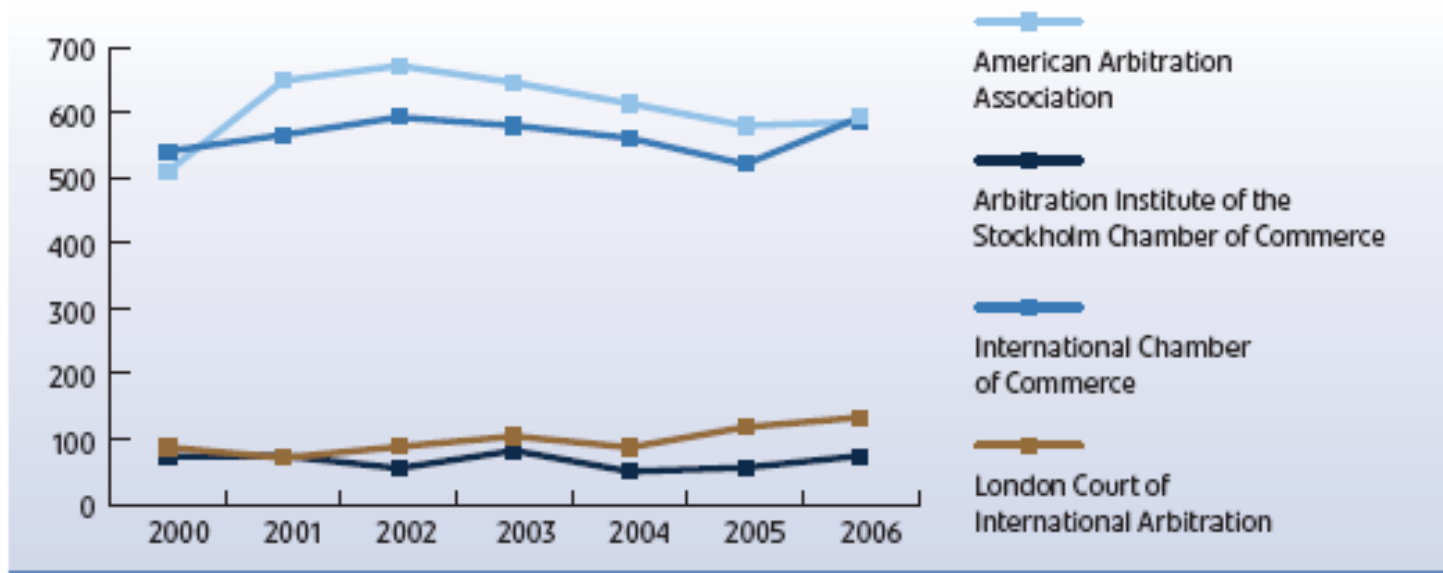
Source: <http://bindweed.com/magicmirror/kaleidoscope-collage.gif>

# Avons-nous évolué dans notre gestion des conflits?



Source: <http://www.didntyouhear.com/wp-content/uploads/2006/10/evolution1.jpg>

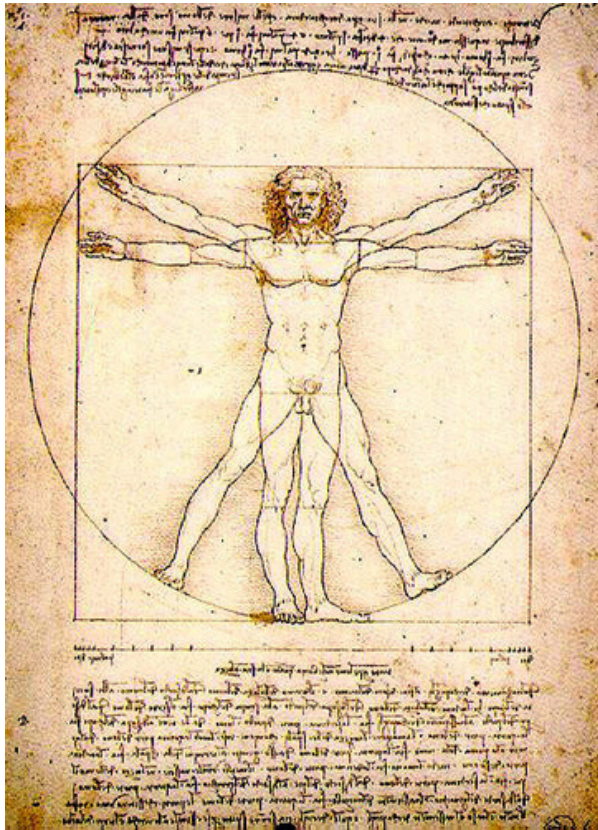
## Non-movers: arbitration figures filed by leading institutions remain flat



Source: M. Rushton, Legal Business Arbitration Report 2008 p. 20



# Il faut repenser à notre image de nous-mêmes



**L'homme Vitruvien**

Comment nous aimons nous voir

C/



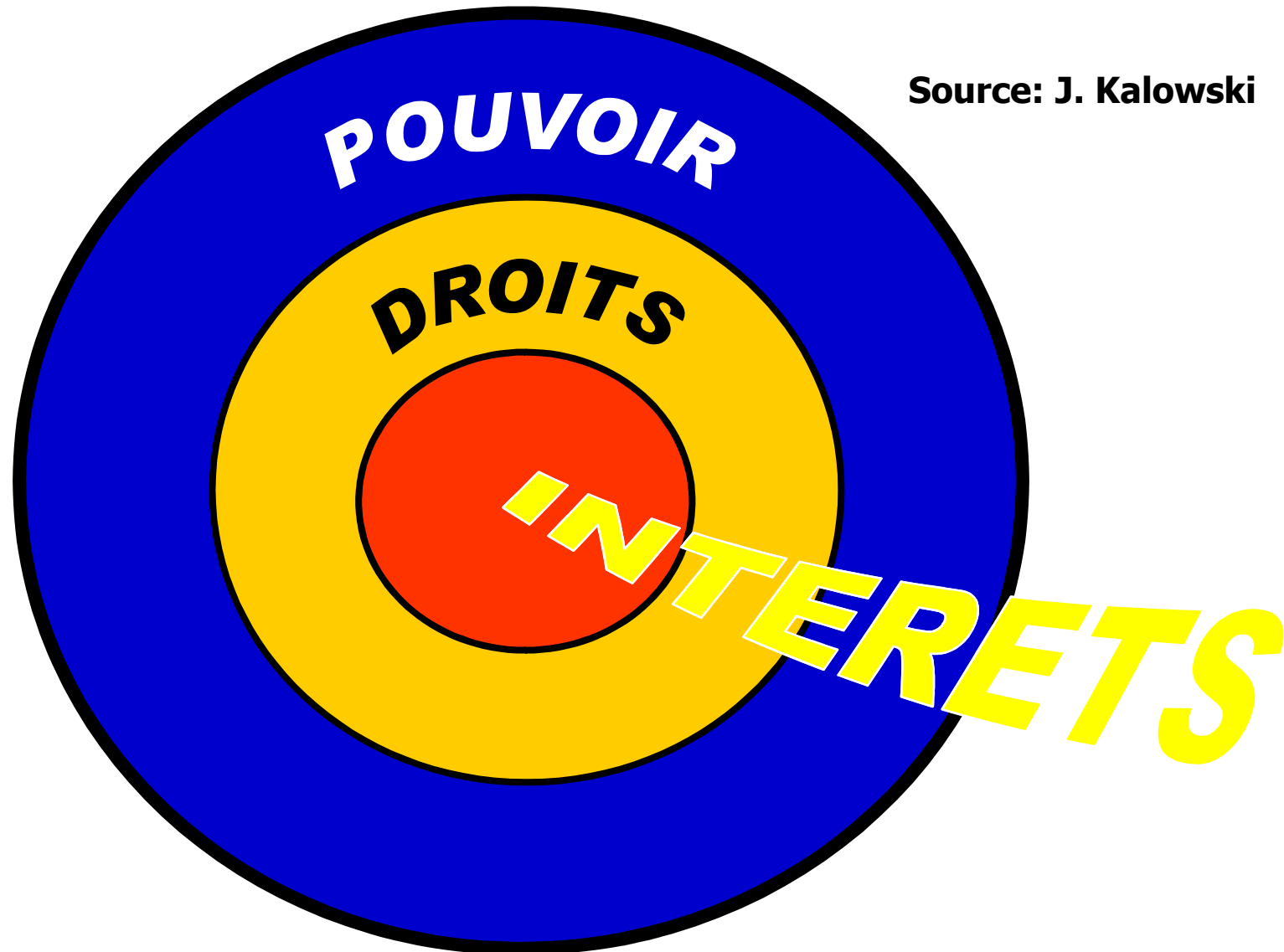
**L'homme Homunculus**

Comment nos cerveaux sont soudés

## Les approches typiques

---

Source: J. Kalowski



## Le syllogisme juridique (une équation)

Les faits (passés & présents)

+

Le(s) droit(s) applicable(s)

=

Conclusions

**« Nous devons nous fier qu'aux faits objectifs. »**  
**« Les arbitres ont une obligation sacrée d'établir la vérité. »**

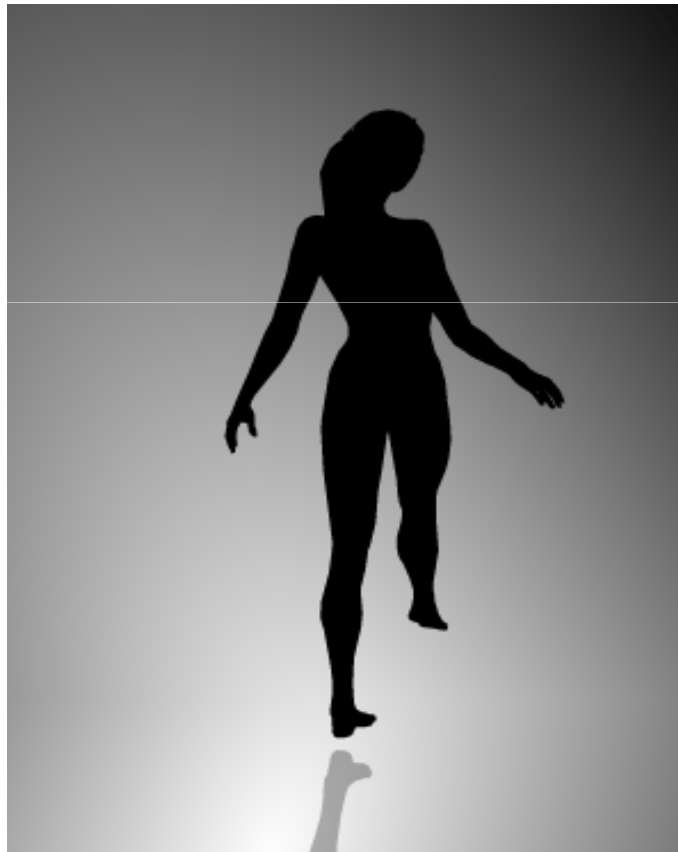
## La « vérité » est-elle subjective ?

***Cerveau gauche c. cerveau droit ... Dans quel sens voyez-vous tourner la danseuse?***

Dans le sens des aiguilles d'une montre, vous utilisez plutôt l'hémisphère droit de votre cerveau; dans l'autre sens, plutôt l'hémisphère gauche. Nous pouvons la faire changer de direction! (Essayez).

### CERVEAU GAUCHE

uses logic  
 detail oriented  
 facts rule  
 words and language  
 present and past  
 math and science  
 can comprehend  
 knowing  
 acknowledges  
 order/pattern perception  
 knows object name  
 reality based  
 forms strategies  
 practical  
 safe



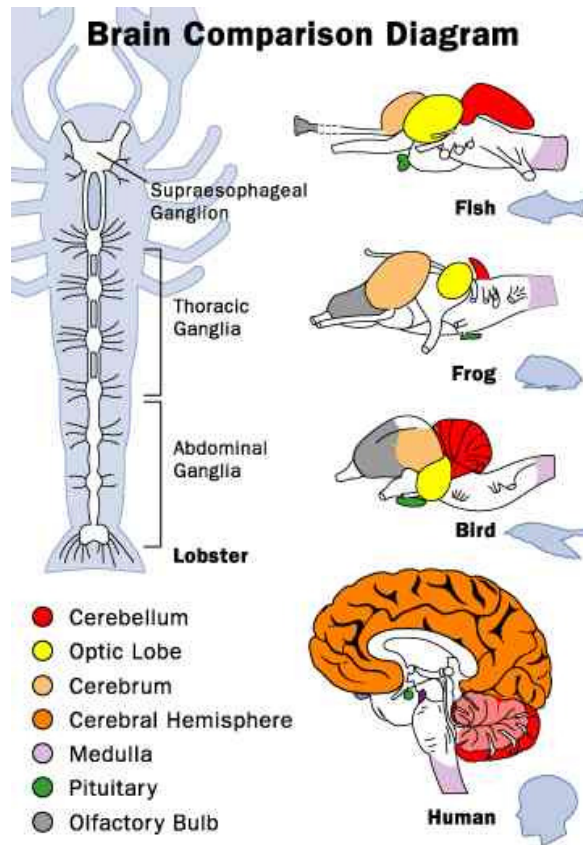
### CERVEAU DROIT

uses feeling  
 "big picture" oriented  
 imagination rules  
 symbols and images  
 present and future  
 philosophy & religion  
 can "get it" (i.e. meaning)  
 believes  
 appreciates  
 spatial perception  
 knows object function  
 fantasy based  
 presents possibilities  
 impetuous  
 risk taking

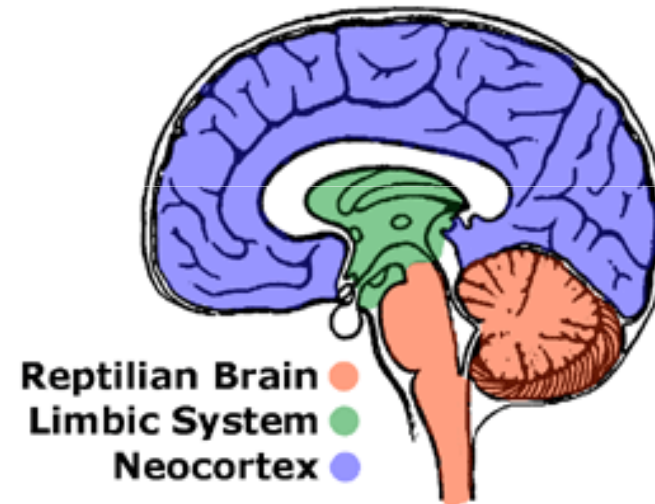
<http://www.news.com.au/dailytelegraph/story/0,22049,22535838-5012895,00.html>

# Le cerveau « triune » : 3 étapes d'évolution

Voir: Paul D. MacLean [http://en.wikipedia.org/wiki/Triune\\_brain](http://en.wikipedia.org/wiki/Triune_brain)



## The Evolution-Designed Brain

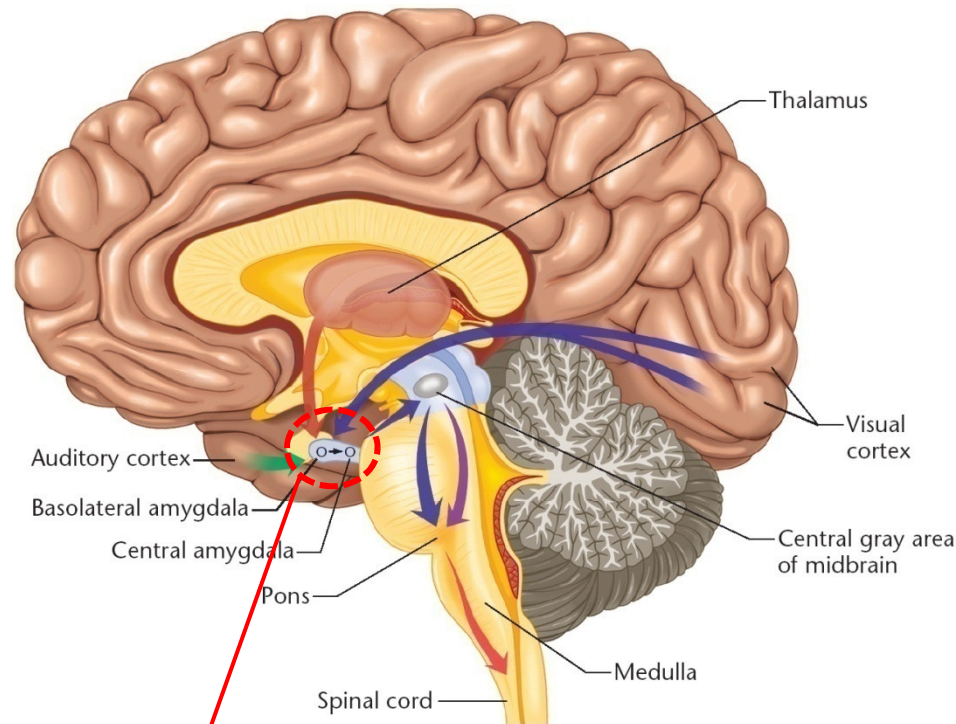


Source:

[http://www.solarnavigator.net/biology/biology\\_images/brain\\_animal\\_comparisons.jpg](http://www.solarnavigator.net/biology/biology_images/brain_animal_comparisons.jpg)

Source: <http://www.cop.com/info/346edb.gif>

# Nos sommes guidés par nos émotions



Source: [http://cti.ics.virginia.edu/~psyc220/kalat/JK379.fig12.13.amygdala\\_con.jpg](http://cti.ics.virginia.edu/~psyc220/kalat/JK379.fig12.13.amygdala_con.jpg)

Les amygdalas agissent comme un détecteur rapide de pertinence: elles agissent comme un interrupteur entre les couches reptiliennes et néocorticales du cerveau

**La perception est 100% émotionnelle (quoi que nous voulions)**



## La face cachée de tout conflit

---



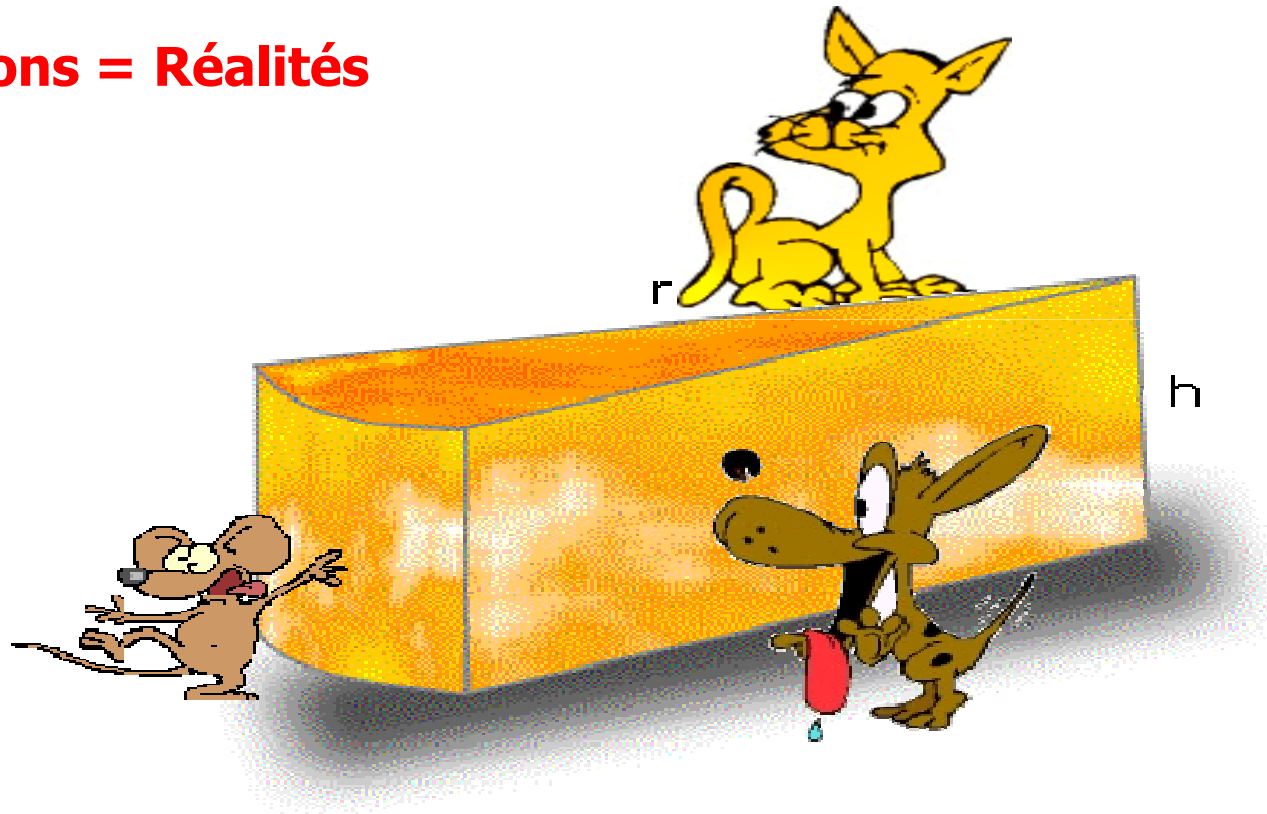
Le côté "objectif" du conflit semble souvent évident ...

... mais le côté "subjectif" reste à découvrir et parfois ne le sera jamais.

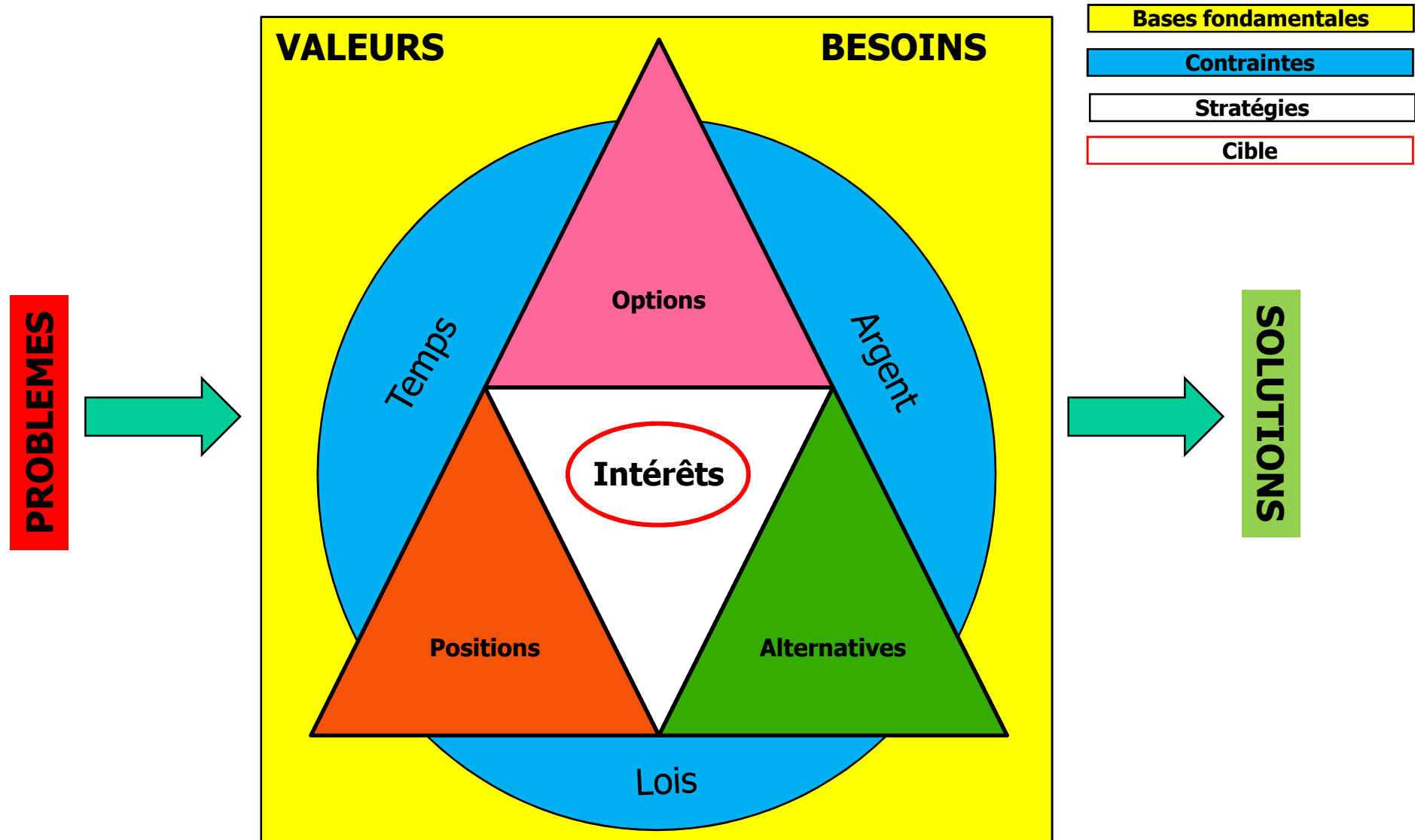
# L'histoire du fromage ...

---

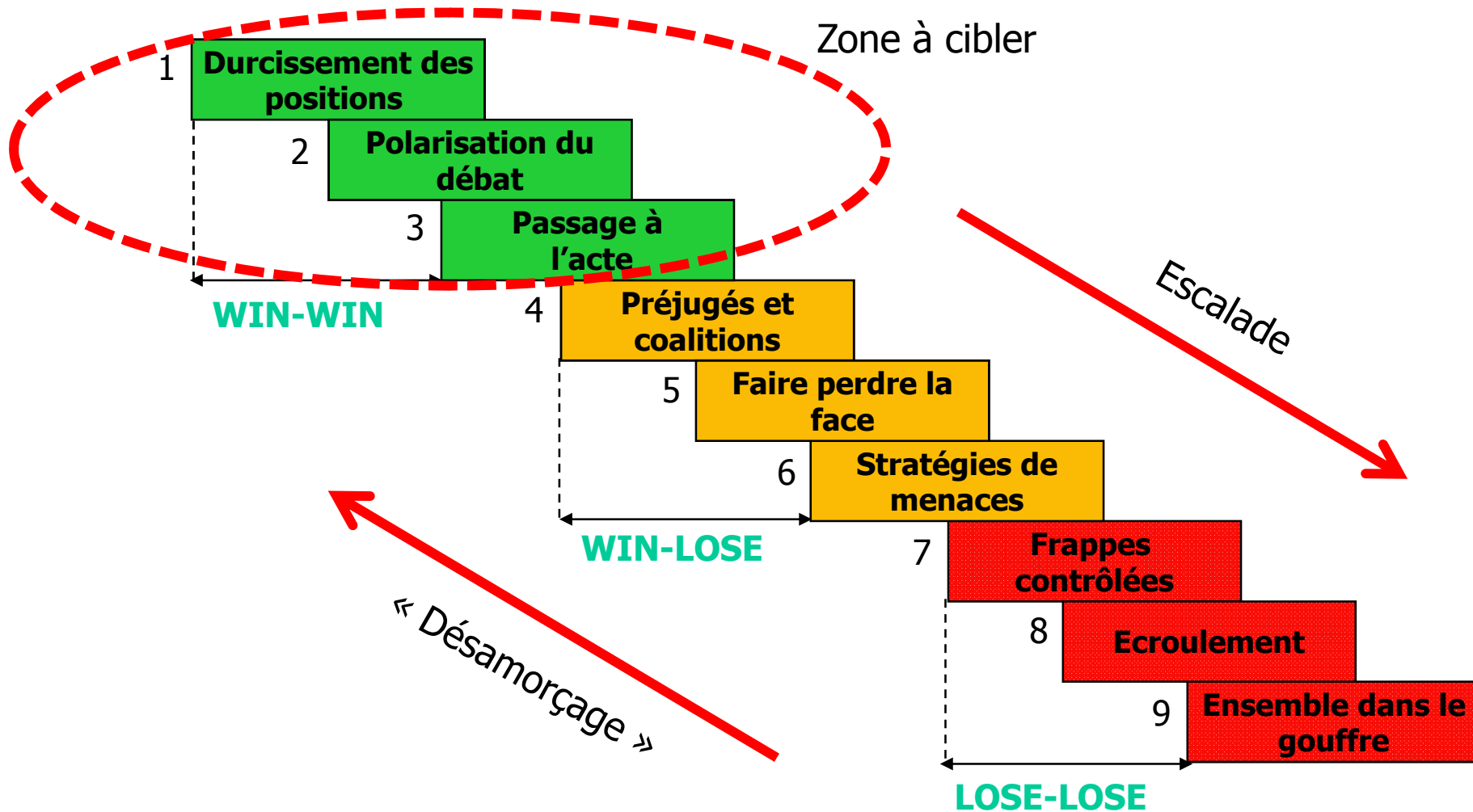
**Perceptions = Réalités**



# Une approche holistique (prévention et résolution de conflits)



# Les étapes du conflit



Inspired by: Tina Monberg  
 Source: F. Glasl's "Confronting Conflict"

# Les outils = Méthodes Appropriées de Résolution de Conflits (MARC/ADR)

Source: J. Kalowski, JOK Consulting

Moins évaluatif  
Moins structuré  
Moins formel



Plus évaluatif  
Plus structuré  
Plus formel

**NEGOCIATION**

**MEDIATION**

**EXPERTISE INDEPENDANTE**

**CONCILIATION**

**EVALUATION**

**ARBITRAGE**

**JUGEMENT**

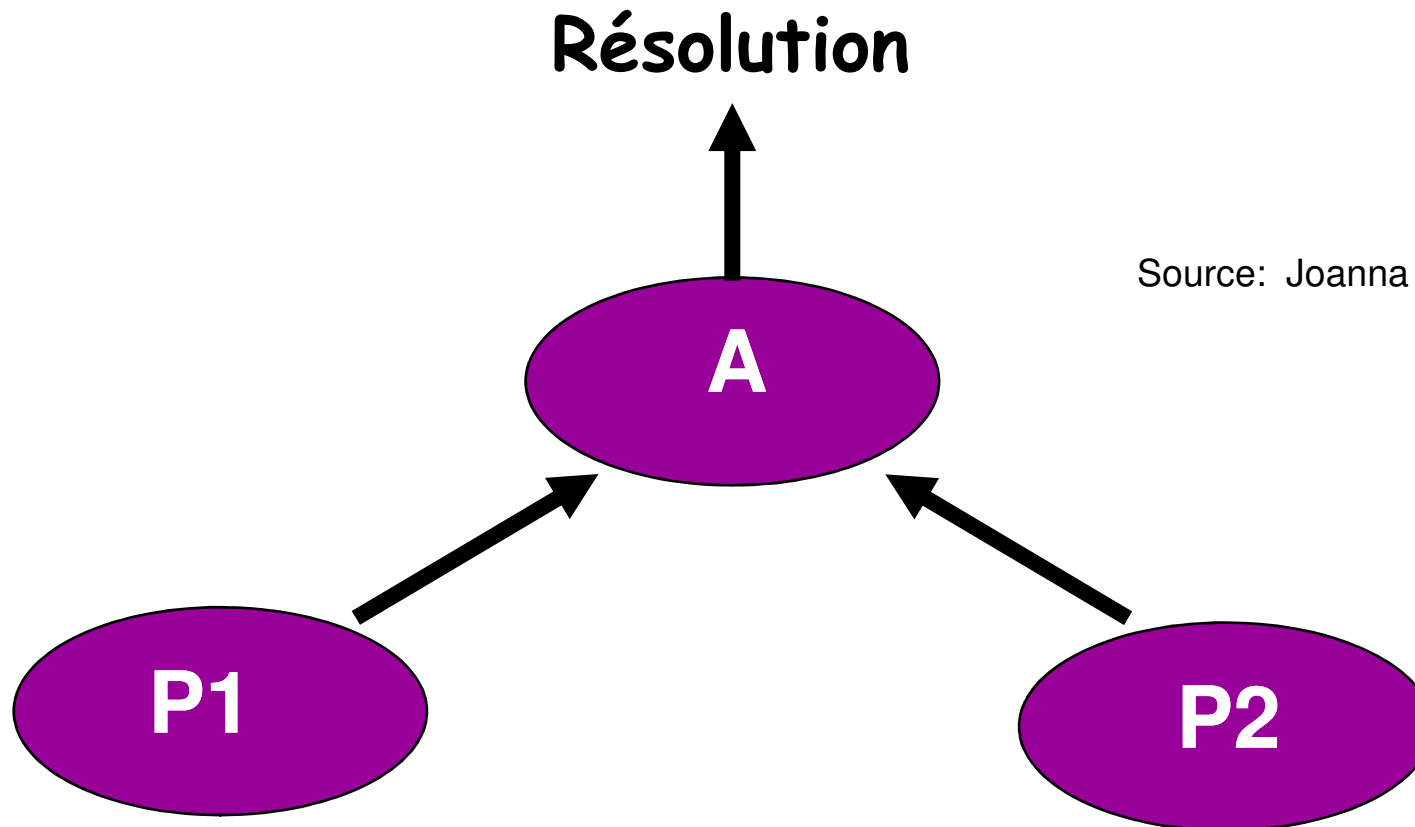
Consensuel  
Les parties ont le contrôle



Contradictoire  
Un tiers a le contrôle

# Arbitrage ...

---

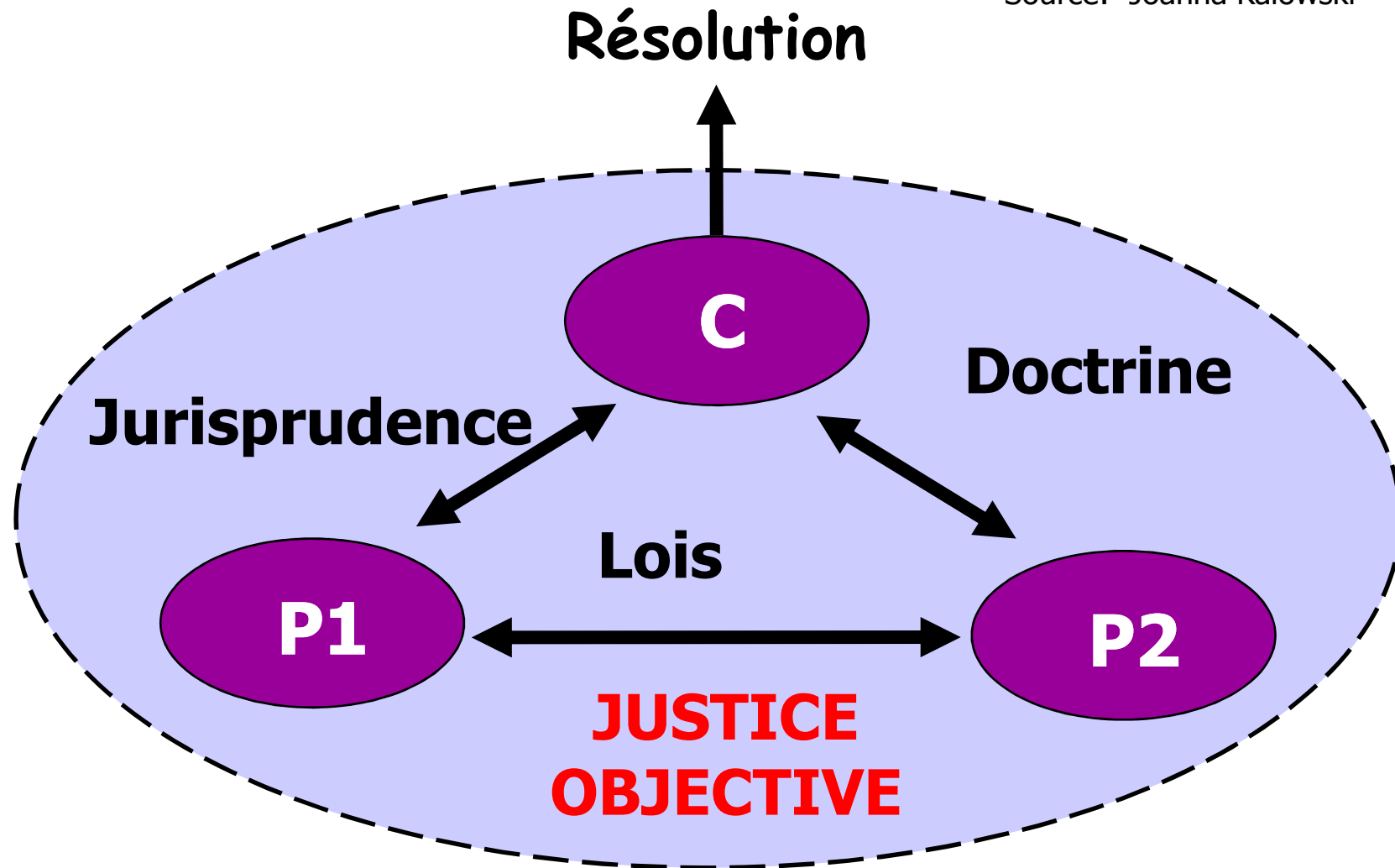


Source: Joanna Kalowski



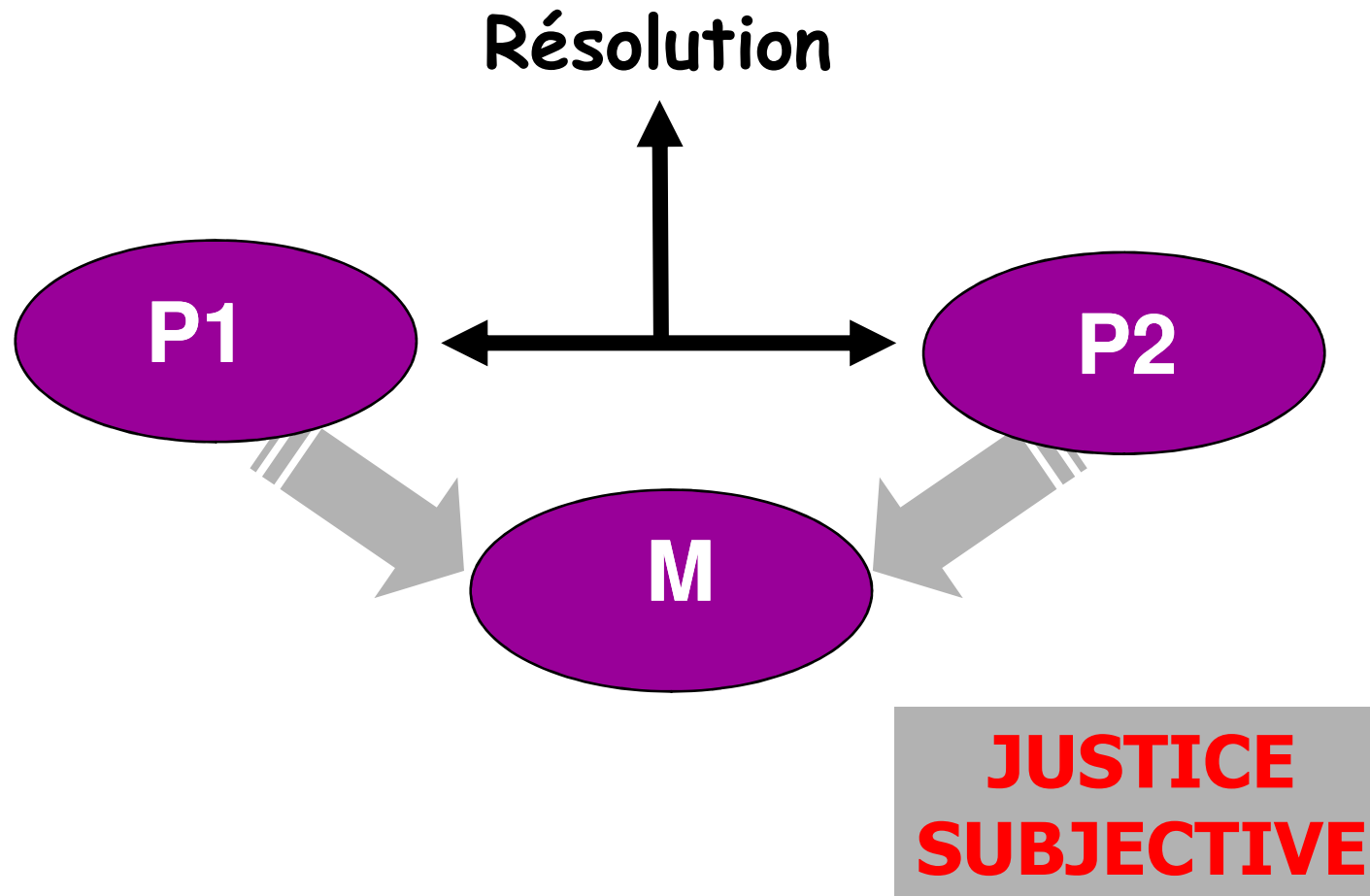
## ... Conciliation ...

Source: Joanna Kalowski



## ... Médiation

Source: Joanna Kalowski



## La médiation

---

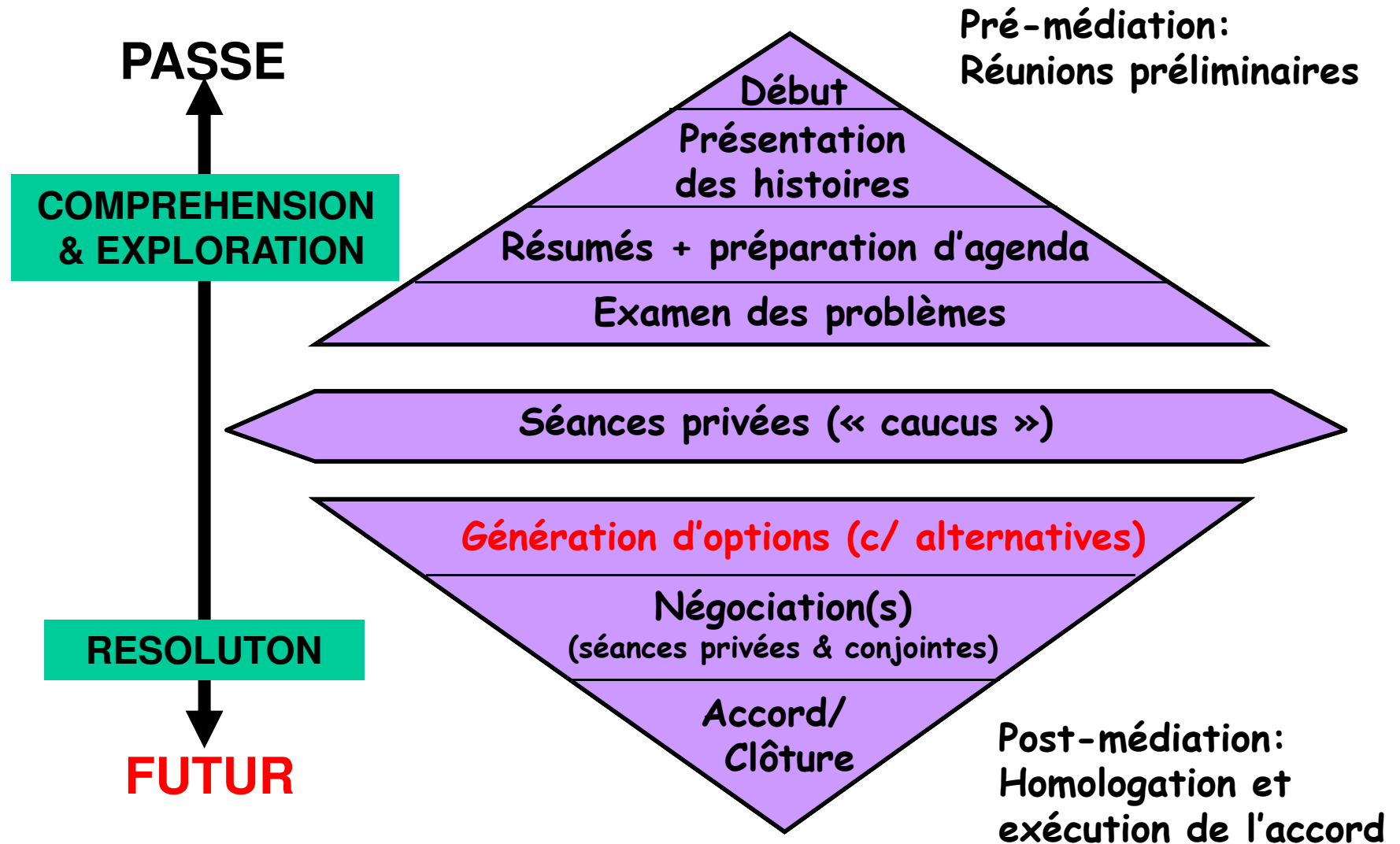
“Le processus par lequel les participants avec l’aide d’une ou plusieurs personnes neutres isolent systématiquement les problèmes contentieux afin de développer des options, examiner des alternatives et arriver à un accord consensuel qui répond à leurs **besoins.**”

**Folberg & Taylor**

*Commercial Mediation, 1984*

***Ceci peut être sur des questions de forme ainsi que de fond.***

# Ce qui rend la médiation unique



Source: Joanna Kalowski

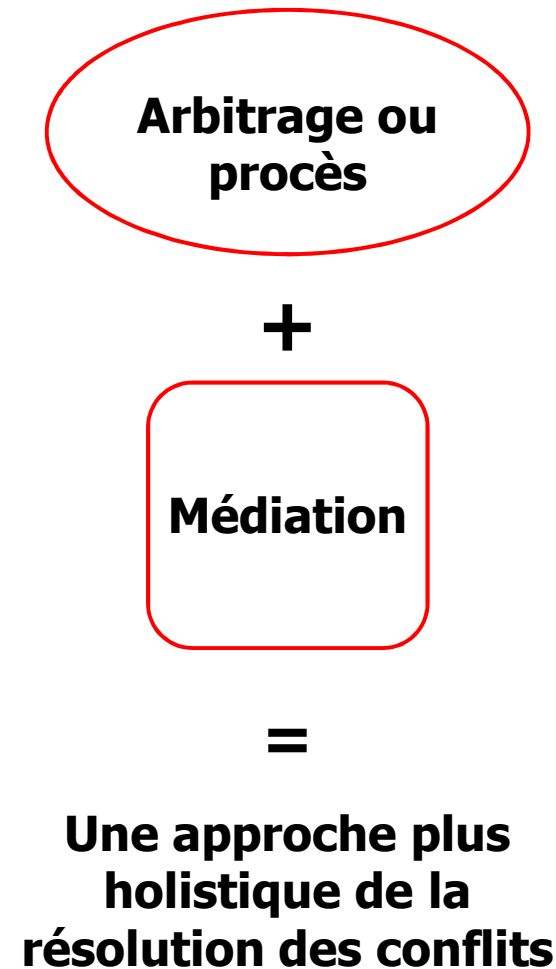
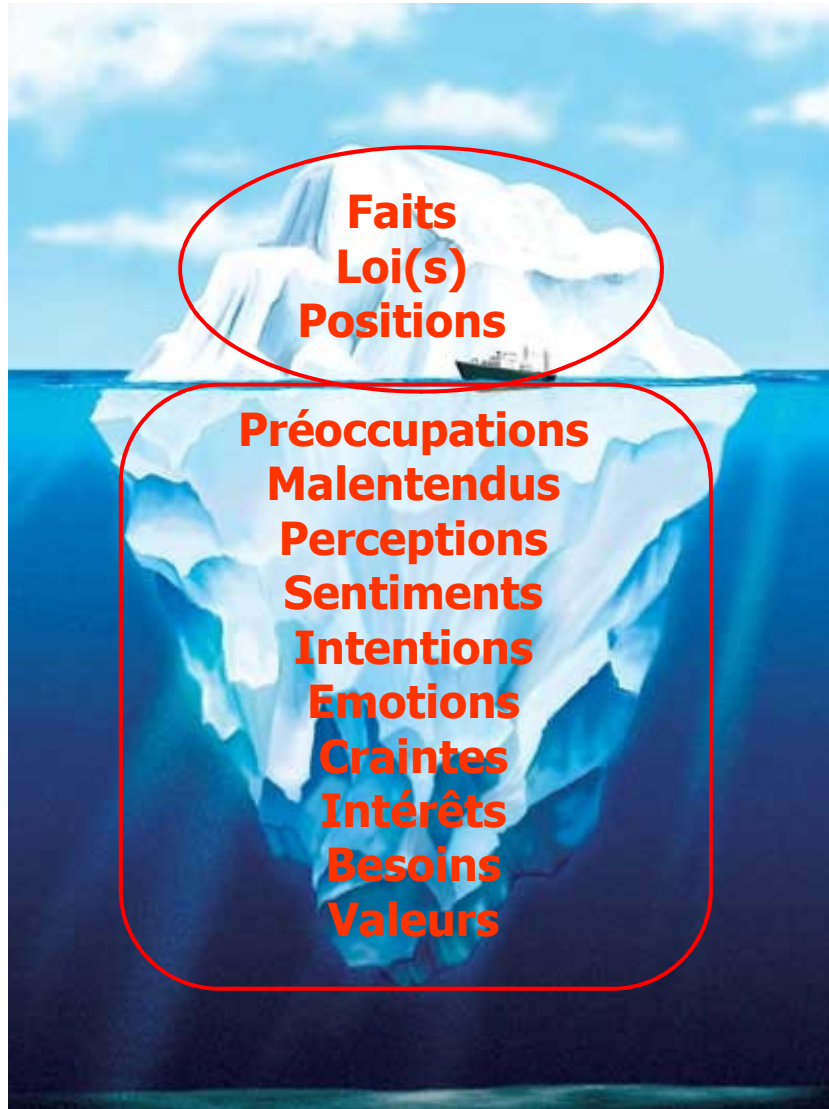
## Taux de réussite (Source: ACB, NL 2006)

---

Durée moyenne d'une médiation	4 séances d'une 1/2 journée
Pourcentage de conflits résolus en une seule séance	15%
Pourcentage de cas où il y a eu une transaction	79%
Satisfaction des parties (volonté de refaire une médiation)	92%
Valeur moyenne litigieuse	€ 5 millions
Coût moyen	€ 3,500.00 / partie

<http://www.mediation-bedrijfsleven.nl/english.shtml>

## Pourquoi innover : plus de choix + meilleurs résultats





## Innover: Si oui, comment?

---



Think Swiss!  
Think Global!  
Think Case-by-Case!

## Pourquoi inclure une phase de médiation ?

---

« Transformez  
une menace en  
opportunité commerciale »

*Cees J.A. van Lede, Président du Conseil  
d'administration de Akzo Nobel NV*

## Quand insérer l'étape de la médiation ?

---

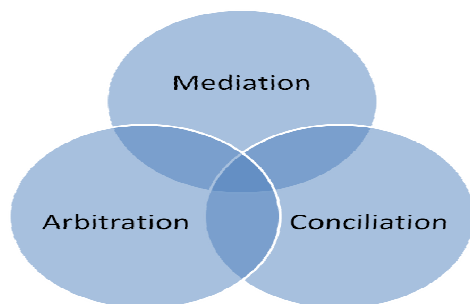
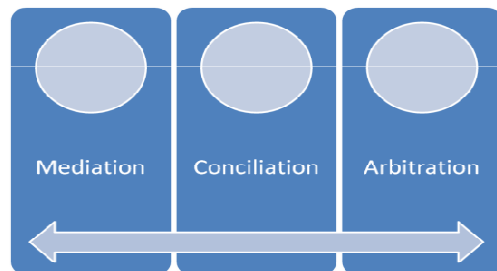
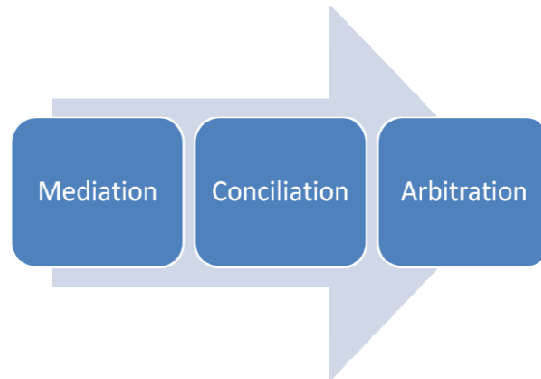
### Le plus tôt possible

« Résolution Rapide de Conflits – le plus tôt les procédures de MARC seront utilisées dans le cycle d'un conflit, le moins il y aura de risque que le conflit pourra s'escalader hors de contrôle. »

*Hans Peter Frick, Group General Counsel, Nestlé SA*

Source: <http://www.mediation-bedrijfsleven.nl/english.shtml#quote4>

# Articulations & procédures mixtes



## Consecutives

- Med-Arb
- Arb-Med

## Parallèles

- Med//Arb
- Carve-outs
- Fenêtres
- Shadow mediation
- Partnering

## Hybrides

- MEDALOA
- « Co-medarbitres »?

## Facteurs clés

- Parties
- Certitude de résultat
- Coûts
- Temps & délais
- Distances
- Langues
- Compétences
- Lieu
- Institution
- Nationalités
- Avocats
- Neutres
- Disponibilités
- Conseillers
- Confidentialité
- Pièces à produire
- Implémentation
- Exécution

# Les clauses standards (ex. les "Swiss ADR Rules")

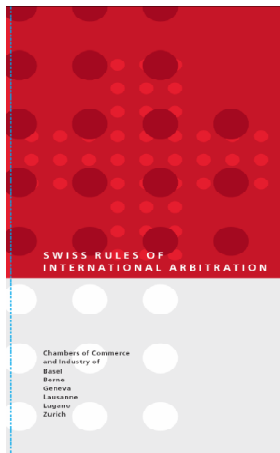
## Au service des entreprises

Les Chambres de commerce suisses sont des associations de droit privé qui regroupent une majorité d'entreprises dans les secteurs de l'industrie, des services, des arts et métiers. Avec le Règlement suisse de médiation commerciale, les Chambres de commerce de Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Vaud, Tessin et Zurich mettent à la disposition de l'économie suisse et internationale, un mode amiable de résolution des conflits.

Par la médiation, deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur. Le médiateur favorise l'échange de points de vue et tente d'amener les parties à explorer des solutions acceptables pour celles-ci. **Il ne donne pas son avis, contrairement à l'expert, il ne formule pas de proposition, contrairement au conciliateur et il ne tranche pas le litige, contrairement à l'arbitre.**

La médiation peut prendre fin en tout temps si les parties ne trouvent pas une solution amiable, ou si l'une des parties souhaite mettre un terme au processus.

**Règlements modernes, flexibles et efficaces.**



## Clause Med-Arb des « Swiss Mediation Rules »

---

### Médiation suivie d'un arbitrage international

Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à la **médiation** conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement. Le siège de la médiation sera ... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger], bien que les séances pourront se tenir à ... [spécifier le lieu]. Le processus de médiation se déroulera en ... [spécifier la langue souhaitée]. **Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n'ont pu être complètement résolus par la médiation dans un délai de 60 jours** à compter de la date de confirmation ou de nomination du/des médiateur(s) par les Chambres, ils seront tranchés par **voie de l'arbitrage** conformément au Règlement suisse d'arbitrage international des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément audit Règlement. Le nombre d'arbitres est fixé à ... [un ou trois]; Le siège de l'arbitrage sera ... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'un siège à l'étranger]; L'arbitrage se déroulera en ... [spécifier la langue souhaitée]. L'arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée [si les parties le souhaitent].

## IV. Règles de procédure

---

### Article 15 – Conduite du processus de médiation

1. La médiation se déroulera de la manière convenue par les parties. A défaut d'accord, le médiateur conduira le processus de médiation comme il le considère approprié, en tenant compte des circonstances du cas particulier, des souhaits exprimés par les parties et de la nécessité d'un règlement rapide du litige.
2. Avec l'accord des parties, le médiateur détermine le lieu des séances, la langue de la médiation, la possibilité de caucus séparés (Article 15, paragraphe 3), l'éventuel calendrier, l'éventuelle soumission d'écritures et de documents, ainsi que la possibilité commune pour les parties d'être assistées par des tierces personnes. Le médiateur peut demander aux parties de signer un accord de médiation.
3. Le médiateur peut, s'il le considère approprié, entendre les parties séparément. Toute information divulguée dans ces séances séparées (caucus) est confidentielle et ne pourra être révélée à l'autre partie sans autorisation préalable.
4. Lorsqu'il le juge nécessaire, le médiateur peut, avec l'accord des parties qui prennent en charge les frais, requérir l'avis d'un expert sur les aspects techniques du litige.
5. Le médiateur peut mettre fin à la médiation lorsque, de son avis, des efforts supplémentaires ne contribueraient pas à la résolution du litige entre les parties. **Le médiateur peut alors suggérer d'autres instruments de résolution de conflit aux parties, parmi lesquels : a) un avis d'expert sur l'une ou l'autre question particulière du litige; b) la communication de dernières offres de règlement du litige; c) l'arbitrage.**

### Article 21 – L'accord transactionnel

Sauf accord contraire écrit des parties, **aucun règlement du litige n'est réputé atteint avant d'avoir été rédigé par écrit et signé** par toutes les parties concernées.

### Article 22 – Procédure subséquente

1. **Sauf accord** contraire exprès des parties, **le médiateur ne peut pas agir comme arbitre**, juge, expert ou encore comme représentant ou conseil d'une partie dans une procédure subséquente dirigée contre l'une ou l'autre des parties à la médiation, initiée après le début de la médiation.
2. **Si les parties décident de désigner un médiateur comme arbitre**, juge ou expert dans une procédure arbitrale subséquente, **ce dernier peut prendre en compte les informations reçues pendant le processus de médiation.**

## VI. Médiation et arbitrage

---

### Article 23 – Recours à l'arbitrage

1. Dans les médiations internationales, les parties peuvent, **à tout moment pendant leur médiation**, convenir conjointement par écrit de soumettre leur litige ou une partie de leur litige à un tribunal arbitral en application du Règlement suisse d'arbitrage international des Chambres de commerce suisses afin qu'il soit tranché par arbitrage. Chaque partie peut alors initier la procédure d'arbitrage selon ce Règlement, y compris les règles sur la Procédure Accélérée de l'article 42 du Règlement, en soumettant une Notification d'arbitrage conformément à l'Article 3 de ce Règlement. **Si les parties transigent leur litige pendant la procédure arbitrale, l'article 34 du Règlement suisse d'arbitrage est applicable pour la reddition d'une sentence d'accord parties.**

2. Dans les médiations internes, les parties peuvent, **à tout moment pendant leur médiation**, convenir conjointement par écrit de soumettre leur litige, ou une partie de leur litige, à l'arbitrage interne de l'une des Chambres afin qu'il soit tranché par arbitrage. Chaque partie peut alors initier la procédure d'arbitrage selon le Règlement concerné, y compris les règles de procédure accélérée si elles sont prévues par ledit Règlement, en soumettant une requête ou notification d'arbitrage conformément à ce qui est prévu par le Règlement interne concerné. **Si les parties transigent leur litige pendant la procédure arbitrale et que le Règlement d'arbitrage interne le prévoit, celui-ci règle la procédure pour la reddition d'une sentence d'accord parties.**

### Article 24 – La médiation pendant une procédure arbitrale

1. Dans **toutes les procédures arbitrales pendantes** devant les Chambres dans lesquelles la médiation semble valoir la peine d'être tentée, en tout ou en partie, **les Chambres, l'arbitre ou les arbitres**, peuvent suggérer aux parties de **résoudre amiablement leur litige**, ou **une partie** de celui-ci, en ayant recours **à un médiateur**.

2. Si les parties acceptent d'avoir recours à la médiation en application du présent Règlement, à réception d'une requête en médiation déposée conformément à l'article 2 et des frais d'enregistrement, les Chambres procèdent au choix du médiateur conformément au Chapitre II du présent Règlement.



## Les clauses sur mesure: le principe « Clause & Effet »

Storebaelt, DK



Oresund, DK & SE



Source: Tina Monberg

Le même Conflict Management System ("CMS") a été proposé dans 2 cas

### PROPOSITION DE PETER LUNDHUS

#### Musketeer bonus + Steering group

1. Négociation
2. Dispute Resolution Board
3. Médiation
4. Arbitrage

LUNDHUS PROPOSAL **REFUSÉ**

### LUNDHUS PROPOSAL **ACCEPTÉ**

- Ouvert avec 9 mois d'avance
- Dans les limites du budget
- Aucun constructeur n'a perdu de l'argent
- Pas de presse négative ou de plaintes politiques
- Relations positives
- Moins d'accidents et aucun décès

**Quantum Physique: Ceci peut s'appliquer à d'autres situations**

## Exemple 2: Une clause Arb-Med pour une évaluation

---

The parties agree to resolve the Valuation of the Assets by using the following process, the full costs of which shall be shared equally by the parties.

### **1. Binding arbitration**

In accordance with the CPR Rules for Non-Administered Arbitration (the "CPR N-AA Rules") by one independent and impartial arbitrator (the "Neutral"), modified to reflect the terms of this clause as follows:

- (a) The process shall be truncated to enable it to be completed **in three hours**, including the parties' arguments, rebuttals, summations and the preparation of the Award.
- (b) **The Award made by the Neutral shall consist of a number**, being the Neutral's evaluation of the appropriate Valuation of the Assets. The parties will permit the Neutral to consult by telephone in relation to valuation methodologies and other valuation matters with [name and contact details of consultant].
- (c) The Award shall not be disclosed by the Neutral to the parties except in accordance with paragraph 2 below but **once made shall be sealed in an envelope marked "Confidential"** – Not to be opened except with the consent of the Neutral upon the failure by the parties to reach a mutually-agreed Valuation of the Assets pursuant to paragraph 2 of the Valuation Process".

### **2. Mediation**

In accordance with the CPR Model Mediation Procedure modified to reflect the terms of this clause as follows:

- (a) The Neutral shall be the mediator.
- (b) The process shall be truncated to enable it to be **completed in less than three hours**, including the Neutral's introduction but not including the preparation of any Memorandum of Understanding reflecting the parties' agreement on the valuation. **The three hour period will not be extended by the parties.**
- (d) **In the event that the parties reach an agreement** on the Valuation of the Assets within the three hour period allocated for the Mediation and sign a Memorandum of Understanding, that agreement shall bind the parties. **The Award shall be destroyed and will not be disclosed verbally by the Neutral unless the parties all request the Neutral to disclose the Award to them within one hour of having signed the Memorandum of Understanding.**
- (c) **In the event that the parties fail to reach an agreement** on the Valuation of the Assets within the three hour period allocated for the Mediation, **the Neutral shall unseal and disclose the Award to the parties.** Immediately upon that disclosure having been made, the parties will be bound by the Award.

## Arb-Med

- But: Créer une « marmite à pression » pour arriver à un accord quand les négociations deviennent bloquées
- 2 techniques successives: arbitrage (3 heures) et médiation (3 heures)
- Neutre(s) avec 2 chapeaux:
  1. L'Arbitre rend une décision (placée dans une enveloppe scellée)
  2. Le Médiateur assiste les parties pour trouver une solution négociée
- Si un accord est trouvé: l'enveloppe reste fermée
- Sinon, les parties sont liées par la décision (enveloppe)

### Exemple:

# BAT



## MEDALOA (Hybride Arb-Med)

MEDALOA = Mediation and Last Offer Arbitration  
« Arbitrage sur dernières offres »

- But: Créer encore une « marmite à pression » plus psychologique
- Combinaison de médiation et d'arbitrage (même neutre)
- Le « med-arbitre » ne peut choisir qu'entre les 2 dernières offres faites par les parties
- Variantes
  - «Baseball arbitration» («final offer arbitration»)
  - «Night baseball arbitration»

### Exemple:

# Skyguide



## Innover: Une clause "MEDALOA" intérim (11 jours)

"Should a dispute arise during the period of May 14-25, 2008, while the Conference is taking place in Buenos Aires, Argentina, the Parties hereby further agree that the CMC may appoint either Mr. XXX of the firm YYY (whose details are available at <http://www.xxx.yyy.com.ar>) or Mr. YYY (whose details are available at <http://www.wipo.int/.../yyy.pdf>) as the mediator, without having to pass through WIPO for an appointment. In this case, and whenever either the CMC or the mediator believe this to be expedient or in the interests of time, the mediator may resolve the dispute, or any portion of the dispute that remains, by mediation followed by the submission of binding last offers, wherein the mediator shall act as the sole arbitrator in selecting which last offer shall prevail, pursuant to Article 13(b)(iii) of the WIPO Mediation Rules (hereinafter referred to as "Mediation followed by Last Offer Arbitration" or "MEDALOA"). The Parties hereby consent to such MEDALOA proceedings whenever recommended by the mediator or requested by the CMC. The Parties hereby agree that they shall use their best efforts at all times to complete such MEDALOA proceedings within twenty-four (24) hours from the appointment of the mediator by the CMC, unless otherwise agreed to by all of the Parties and the mediator. The Parties further agree that any decision made by the mediator acting as sole arbitrator regarding which last offer shall prevail pursuant to the MEDALOA process shall be legally binding and enforceable as a foreign arbitral award pursuant to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards dated June 10, 1958, and that any Party seeking legal redress on the basis of such a decision shall be entitled to specific performance of that decision, even if only one party provided a last offer, or a party refused to participate in the final phase of the MEDALOA (in which case the mediator's determination as to the prevailing last offer may be treated as a judgment in default). The seat of any such MEDALOA proceedings shall be Buenos Aires, Argentina, and the language of the proceedings shall be English, although the Parties shall be allowed to present evidence in Spanish, without need for translation. In the event that the CMC or the mediator believes that the dispute should not be fully resolved by MEDALOA, the parties shall revert to mediation followed by expedited arbitration in Geneva, Switzerland, in accordance with the general provisions of Section 11 of this Agreement."

### Principles

- Create or use model?
- KISS?
- 48 hours outcome
- MEDALOA
- What institution?
- Use its models?
- Sequential or Hybrid?
- Deadlines prior to next phase?
- Default provisions?
- Med. upon request v. mandatory?
- Repeatable ?
- Same language, applicable law and seat?
- Number of neutrals?

## Quand sauter une étape de médiation ?

---

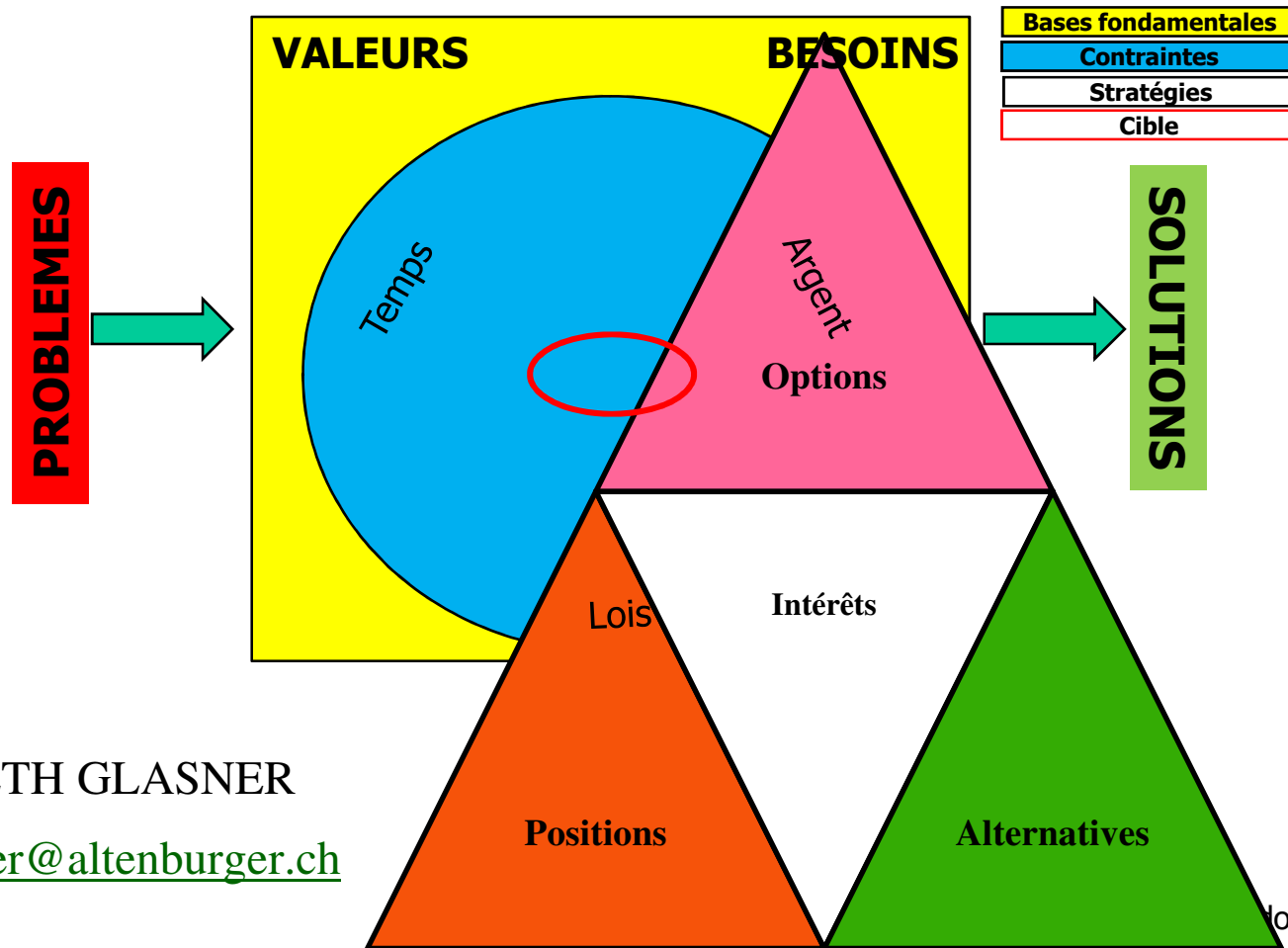
### **BONNES RAISONS**

- Il faut créer un précédent / une jurisprudence
- Il y a une inégalité abusive dans les pouvoirs
- Une des parties est malhonnête / n'agit pas de bonne foi
- Le neutre paraît être dangereusement incompetent
- Il faut une expertise technique dans des échéances strictes
- Besoin d'exequatur sous la Convention de New York de 1958

### **MAUVAISES RAISONS**

- « La médiation est un signe de faiblesse »
- « Il est trop tôt pour essayer une médiation »
- « Nous avons négocié en vain, un médiateur n'y changera rien »
- « On ne peut pas négocier avec des pirates »

Merci



Birgit SAMBETH GLASNER  
[sambeth.glasner@altenburger.ch](mailto:sambeth.glasner@altenburger.ch)

Jeremy LACK  
[lack@altenburger.ch](mailto:lack@altenburger.ch)

Dolphe-Toepffer 11bis  
 CH - 1206 Genève  
 Tel. +41 22 789 50 20  
[mail@altenburger.ch](mailto:mail@altenburger.ch)