

---

## **Les techniques non-conventionnelles à la disposition des arbitres pour faciliter la conclusion d'accords : analyse des possibilités, défis et perspective de droit comparé**

**Auteur :** Hamels, Maud

**Promoteur(s) :** Caprasse, Olivier

**Faculté :** Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme :** Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

**Année académique :** 2023-2024

**URI/URL :** <http://hdl.handle.net/2268.2/19683>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

**Les techniques non-conventionnelles à la disposition des arbitres pour faciliter la conclusion d'accords : analyse des possibilités, défis et perspective de droit comparé**

**Maud HAMELS**

Travail de fin d'études

Master en Droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2023-2024

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur ordinaire



## RESUME

Ce travail de fin d'études consiste à analyser des techniques novatrices à la disposition des arbitres pour favoriser la conclusion d'accords, au-delà des méthodes conventionnelles. Des méthodes telles que les évaluations préliminaires, l'expertise, les caucus mais également des pratiques hybrides combinant l'arbitrage avec la médiation ou la conciliation.

L'objectif est d'analyser les possibilités offertes par ces méthodes, en mettant en lumière leurs avantages et en identifiant les défis potentiels, notamment en termes de respect des principes fondamentaux tels que le contradictoire, l'indépendance, l'impartialité et la confidentialité.

Ce travail vise à éclairer la manière dont les arbitres peuvent optimiser ces méthodes pour parvenir à des solutions équitables, soulignant l'enrichissement possible de la pratique belge grâce aux enseignements tirés des expériences étrangères.



## **REMERCIEMENTS**

Je souhaite remercier toutes les personnes qui ont contribué à la rédaction du présent travail.

Je remercie mon promoteur, Monsieur Caprasso, pour ses précieux conseils et sa disponibilité.

Je tiens également à remercier mes proches et amis pour leur relecture, leurs conseils et leur soutien durant ce travail et mes années d'étude en général.



## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>3</b>
<b>CHAPITRE 1 : EVALUATIONS PRELIMINAIRES</b> .....	<b>4</b>
SECTION 1 – LE ROLE ACTIF DE L'ARBITRE .....	4
SECTION 2 – RESPECT DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE .....	7
<b>CHAPITRE 2 : TECHNIQUES DE MEDIATION</b> .....	<b>10</b>
SECTION 1 – CAUCUS.....	10
§1. <i>Respect du principe du contradictoire</i> .....	11
§2. <i>Respect du principe d'impartialité</i> .....	12
SECTION 2 – MEDIATION DANS L'ARBITRAGE .....	14
§1. <i>Arb-Med</i> .....	14
§2. <i>Arb-Med-Arb</i> .....	15
§3. <i>Respect du principe d'impartialité</i> .....	16
<b>CHAPITRE 3 : EXPERTISE</b> .....	<b>18</b>
SECTION 1 – CHOIX DE L'EXPERT PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL.....	18
SECTION 2 – RESPECT DES PRINCIPES D'IMPARTIALITE, D'INDEPENDANCE ET DU CONTRADICTOIRE .....	20
<b>CHAPITRE 4 : CONCILIATION</b> .....	<b>22</b>
SECTION 1 – L'ARBITRE EN TANT QUE CONCILIEUR .....	22
SECTION 2 – CONCILIATION DANS L'ARBITRAGE .....	24
SECTION 3 – RESPECT DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE .....	25
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>27</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>29</b>



## INTRODUCTION

La résolution de conflits représente un défi inévitable dans toute société, qu'il s'agisse de litiges commerciaux, de querelles familiales ou de différends juridiques. Dans un monde en perpétuelle évolution, caractérisé par une interconnexion croissante et une diversité culturelle grandissante, la capacité à résoudre efficacement ces conflits revêt une importance sociétale considérable. Une résolution de conflits réussie favorise la cohésion sociale, renforce la confiance dans le système juridique et contribue au bien-être des individus et des entreprises.

Pour répondre à cette nécessité, diverses méthodes ont évolué au fil du temps, offrant aux parties en conflit des alternatives au processus judiciaire traditionnel. Parmi ces méthodes, l'arbitrage et la médiation ont gagné en popularité en tant que mécanismes efficaces pour parvenir à des accords mutuellement acceptables. Toutefois, leur utilisation et leur efficacité dépendent largement de leur compréhension, de leur application et de leur adaptation aux réalités sociales et juridiques contemporaines.

D'une part, l'arbitrage, en tant que technique de résolution de conflits, est un processus où les parties en désaccord conviennent de soumettre leur litige à un tiers neutre, l'arbitre, dont la décision est contraignante pour ces parties. D'autre part, la médiation repose sur l'intervention d'un tiers impartial, le médiateur dont le rôle est de faciliter la communication entre les parties en conflit. Son objectif est d'aider ces parties à explorer des solutions de manière collaborative, sans imposer de décision contraignante.

Toutefois, le spectre des techniques à la disposition des arbitres ne se limite pas à l'arbitrage et à la médiation. Il existe d'autres approches novatrices qui incluent, par exemple, la fourniture d'évaluations de la position des parties pour déterminer leur volonté de transiger, des techniques hybrides alliant arbitrage et médiation, l'expertise et la conciliation. Ces méthodes élargissent le champ des possibilités pour les arbitres, ouvrant la voie à une résolution de conflits plus nuancée et adaptée à chaque situation.

Ce mémoire vise à explorer en profondeur ces techniques, mettant en évidence les différentes combinaisons possibles et évaluant leur contribution au processus de résolution de conflits. L'objectif est d'analyser les opportunités, les enjeux et les défis inhérents à ces méthodes variées, en mettant un accent particulier sur l'application initiale du droit belge, tout en examinant les pratiques et les évolutions dans une perspective comparée.

Dans ce contexte, cette recherche s'efforcera de jeter un éclairage sur la manière dont les arbitres peuvent tirer parti de ces techniques pour parvenir à des solutions équitables, et comment l'expérience étrangère peut enrichir la pratique du droit en Belgique. Les difficultés et les controverses qui émergent dans cette démarche seront également prises en considération, car elles constituent des éléments cruciaux pour une compréhension approfondie de la résolution de conflits dans un monde de plus en plus interconnecté et diversifié.

# CHAPITRE 1 : EVALUATIONS PRELIMINAIRES

## Section 1 – Le rôle actif de l’arbitre

Pour commencer, les avis divergent selon la formation juridique des arbitres sur la question de savoir si les tribunaux arbitraux doivent assister activement les parties dans le règlement de litiges<sup>1</sup>. Les arbitres de *common law* ont tendance à considérer leur rôle principalement comme celui de décideurs, tandis que ceux issus du droit civil adoptent une approche plus proactive en faveur du règlement des différends. Dans certains systèmes de droit civil, il a été admis que les arbitres ont l’obligation intrinsèque d’aider les parties à parvenir à un règlement dans la mesure du possible<sup>2</sup>. Des juridictions telles que celles issues d’Autriche<sup>3</sup>, d’Allemagne<sup>4</sup>, de la Suisse<sup>5</sup>, de la Belgique<sup>6</sup>, de la France<sup>7</sup>, d’Italie<sup>8</sup> et des Pays-Bas<sup>9</sup> admettent dans leur législation l’aspect important du juge dans la facilitation du règlement des litiges.<sup>10</sup>

Toutefois, dans les juridictions de *common law*, un nombre important d’arbitres estiment qu’ils ne devraient même pas évoquer la possibilité d’un règlement avec les parties, ni s’impliquer de manière significative dans la procédure. Ils considèrent comme inapproprié de suggérer à des parties commerciales, qui ont probablement déjà examiné leurs options, qu’elles sont libres de résoudre leur différend. Ces arbitres supposent que les parties aborderont la question du règlement entre elles en dehors du cadre d’une audience, sans nécessiter l’assistance du tribunal arbitral.<sup>11</sup>

Néanmoins, une généralité d’arbitres internationaux semble accepter comme faisant partie de leur mandat une suggestion présente à la section h (i) de l’Annexe IV du Règlement d’arbitrage de la CCI de 2017 qui consiste à ce que les tribunaux arbitraux informent les parties « *qu’elles sont libres de régler tout ou partie du différend, soit par la négociation, soit par toute forme de méthode de résolution amiable des différends* »<sup>12</sup>.

De plus, une autre disposition de ce Règlement reconnaît la valeur intrinsèque de faciliter le règlement entre les parties. La section h(ii) énonce que « *lorsque convenu entre les parties et le tribunal arbitral, le tribunal arbitral peut prendre des mesures pour faciliter le règlement du*

---

<sup>1</sup> A. KOZMENKO et L. GROSELJ, “*Settlement Facilitation by the Arbitral Tribunal – a Swiss Perspective*”, 1 février 2021, disponible sur <https://journal.arbitration.ru/analytics/settlement-facilitation-by-the-arbitral-tribunal-a-swiss-perspective/>, consulté le 2 février 2024.

<sup>2</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, “*The Arbitrator’s Mandate to Facilitate Settlement*”, *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 40, 2017, p. 889.

<sup>3</sup> Section 204 (1) du Code autrichien de procédure civile.

<sup>4</sup> Section 278 (1) du Code allemand de procédure civile.

<sup>5</sup> Art. 197 du Code civil suisse.

<sup>6</sup> Art. 731 du Code Judiciaire belge.

<sup>7</sup> Art. 21 du Code civil français.

<sup>8</sup> Art. 185 du Code civil italien.

<sup>9</sup> Art. 87 (1) du Code néerlandais de procédure civile.

<sup>10</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *op cit.*, p. 902.

<sup>11</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 902.

<sup>12</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem.*, pp. 892-893.

*différend* »<sup>13</sup>. Toutefois, aucun exemple concret n'est fourni afin de comprendre quelles sont ces « *mesures visant à faciliter le règlement* ». Une mesure est prévue à l'article 2 (3) (a) des Règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international de 2020 qui prévoit que « *Le tribunal arbitral est encouragé à identifier aux parties [...] toute question que le tribunal arbitral peut considérer comme pertinente pour l'affaire et importante pour son issue* »<sup>14</sup>. Ce qui correspond à une évaluation précoce qui peut constituer une étape importante pour encourager un règlement entre les parties, car elles prennent conscience de leurs chances de succès dans l'arbitrage.

Pour en revenir plus exactement au titre de ce chapitre, l'évaluation préliminaire est une technique qui conduit couramment à l'aboutissement d'un règlement. Cependant, ce n'est pas son objectif premier. En utilisant cette technique à un stade précoce de la procédure, le tribunal arbitral fait part de son point de vue préliminaire sur l'ensemble de l'affaire ou sur des questions particulières aux parties. Les parties ont ainsi l'occasion d'adapter leurs conclusions par rapport à ce que le tribunal estime essentiel. Par ailleurs, cette étape permet d'accélérer significativement la procédure. Un autre avantage résidant dans le fait que le tribunal a partagé son point de vue sur des points précis est que cela permet aux parties de prendre conscience des forces et faiblesses de leurs positions respectives, favorisant ainsi des efforts de règlement<sup>15</sup>.

Joshua Karton, un arbitre suisse déclare à ce sujet « *Je pense qu'il est utile, après le premier ou le deuxième échange de mémoires, que vous vous réunissiez avec les parties et que les arbitres - mais généralement seulement si les parties sont d'accord - présentent leurs opinions préliminaires sur la base des preuves qui ont été produites jusqu'à présent [...]. Je les appelle des conférences d'opinions préliminaires* »<sup>16</sup>. L'article 5 (1.1) du Règlement CEDR adopte le même raisonnement, cet article permet au tribunal de « *fournir à toutes les parties les opinions préliminaires du tribunal arbitral sur les questions en litige dans l'arbitrage et ce que le tribunal arbitral considère comme nécessaire en termes de preuves de la part de chaque partie afin de l'emporter sur ces questions* »<sup>17</sup>.

Les tribunaux arbitraux suisses ont la volonté de s'impliquer dans la facilitation du règlement des litiges au terme d'une transaction. Pour cela, une technique procédurale de facilitation des règlements a été développée par le tribunal de commerce de Zurich. Elle a été introduite dans des termes plus généraux à l'occasion de la révision en 2004 du Règlement suisse d'arbitrage international. L'article 15 (8) dudit Règlement prévoit que « *[...] avec l'accord de chacune des parties, le tribunal arbitral peut prendre des mesures pour faciliter le règlement du litige dont il est saisi. Un tel accord d'une partie constitue une renonciation à son droit de contester l'impartialité d'un arbitre sur la base de la participation de l'arbitre et des connaissances qu'il a acquises en prenant les mesures convenues* ». Actuellement, les arbitres sont autorisés à intervenir de manière proactive avant la fin de la procédure judiciaire.

---

<sup>13</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *op cit*, p. 893.

<sup>14</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 893.

<sup>15</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 907.

<sup>16</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 908.

<sup>17</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 908.

Conformément à cette technique, le juge convoque les parties à une audience particulière<sup>18</sup>. Au cours de celle-ci, le juge partage son point de vue préliminaire et sans préjuger sur l'ensemble de l'affaire ou sur des questions spécifiques. À la suite de cela, il invite les parties à engager une discussion sur la transaction en sa présence. Compte tenu du taux élevé de réussites des règlements qu'elles entraînent, ces audiences se sont avérées être un instrument précieux dans la pratique. Par ailleurs, même en admettant l'absence de conclusion d'un accord, les parties reçoivent malgré cela des indications pertinentes sur les points de fait et de droit dont le juge souhaiterait en savoir davantage. Ce procédé permet ainsi une procédure plus rapide. La position d'un arbitre étant généralement influencée par son expérience nationale en droit et procédure, les tribunaux arbitraux présidés par des arbitres suisses proposent fréquemment des évaluations préliminaires aux parties durant la procédure<sup>19</sup>.

Un point important dans l'utilisation de cette technique est, qu'en vertu du Règlement suisse, il est nécessaire d'obtenir le consentement des parties avant que le tribunal ne se soit engagé dans un processus de facilitation de règlement. Ce consentement peut être donné oralement ou implicitement, à savoir exprimé par toute action dénotant l'approbation de la partie concernant les tentatives de règlements suggérées<sup>20</sup>.

En guise de preuve, il est recommandé que les tribunaux arbitraux enregistrent toujours le consentement des parties, qu'il s'agisse par correspondance ou dans les procès-verbaux des audiences. La raison est l'augmentation des litiges et parfois de l'abus de ce droit par certaines parties. Les tribunaux expérimentés exigent généralement que les parties donnent explicitement leur accord pour que le tribunal facilite les règlements, renonçant ainsi à leur droit de récusation d'un arbitre causé par son implication<sup>21</sup>.

Concernant ce droit de récusation et des inquiétudes pouvant être exprimées au sujet d'un doute d'impartialité dans le chef de l'arbitre dans le cas où il participe à la facilitation des règlements, nous aborderons ce sujet plus en détails dans la section suivante concernant les problèmes d'impartialité.

Les juridictions allemandes ont également développé une technique facilitant la conclusion d'accord en rapport avec les évaluations préliminaires. Cette méthode s'appelle la *Relationstechnik*. Tous les praticiens du Droit allemand sont formés à cette technique ancienne<sup>22</sup>.

La *Relationstechnik* est un procédé en trois étapes. Elle consiste en un test de pertinence par lequel l'arbitre, en début d'audience, donne son avis sur les questions pertinentes de l'affaire.

Tout d'abord, l'arbitre vérifie la crédibilité des faits avancés par le demandeur et les examine au regard des éléments non contestés afin de déterminer s'ils établissent un commencement

---

<sup>18</sup> Appelée « *Vergleichsverhandlung* ».

<sup>19</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *op cit.*

<sup>20</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *ibidem.*

<sup>21</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *ibidem.*

<sup>22</sup> J. SCHÄFER, « *Focusing a dispute on the dispositive legal and factual issues, or how German arbitrators think – An introduction to a traditional German method* », *b-Arbitra*, 2013/2, p. 334.

de preuve<sup>23</sup>. Ensuite, il fait de même avec les faits énoncés par le défendeur, la différence est qu'il vérifie si ces faits contredisent partiellement ou la totalité des arguments du demandeur<sup>24</sup>. Pour finir, à partir de ces deux phases, l'arbitre identifie les faits contestés qui jouent un rôle crucial dans l'affaire, ces faits seront qualifiés de « pertinents ». Ces points essentiels seront minutieusement répertoriés dans une ordonnance de procédure<sup>25</sup>, de plus elle spécifiera les moyens de preuve déjà présentés qui seront employés pour établir la vérité de ces points essentiels.

Cette technique permet de réduire la durée de la procédure, la dynamiser et économiser de l'argent<sup>26</sup>. Elle est bénéfique en ce qu'elle oriente les tribunaux arbitraux en début de procédure à focaliser les arguments des parties servants de preuve aux éléments pertinents de l'affaire. Elle éduque les arbitres et les parties en leur permettant de gérer plus efficacement chaque dossier<sup>27</sup>. L'adoption de cette méthode, ou d'une variante similaire, pourrait être bénéfique pour le droit arbitral belge.

Les techniques allemande et suisse ne sont pas les seules dans cette idée de contrôler plus rigoureusement la gestion des affaires devant le tribunal arbitral. Dans cette idée existe le modèle *Town Elder*. Ce processus plus radical consiste à ce que les arbitres mettent en œuvre uniquement les procédures essentielles pour traiter le cas qui leur est soumis<sup>28</sup>.

## Section 2 – Respect du principe d'impartialité

La question de l'impartialité de l'arbitre peut être remise en cause dans le cas où il réalise une évaluation préliminaire lors d'un litige. Afin d'éviter ce risque, il est nécessaire d'obtenir le consentement des parties avant que l'arbitre ne donne un avis préliminaire<sup>29</sup>. Cet avis ne peut être imposé aux parties qui ne souhaitent pas connaître d'évaluation préliminaire.

Par ailleurs, il peut arriver que, même si les parties ont consenti, certains arbitres hésitent tout de même à fournir une évaluation préliminaire. A titre d'exemple, les arbitres issus des juridictions chinoises, réputés pour leur préférence envers le règlement amiable des conflits, s'abstiennent de fournir une évaluation préliminaire. La justification à cette abstention est que, selon ces derniers, exprimer une opinion sur l'issue d'un litige serait déplacé et compromettrait leur impartialité<sup>30</sup>. Cette préoccupation ne concerne pas que les arbitres

---

<sup>23</sup> Cette phase est appelée « Schlüssigkeit ».

<sup>24</sup> Cette phase est appelée « Erheblichkeit ».

<sup>25</sup> Appelée « Beweisbeschluss ».

<sup>26</sup> J. SCHÄFER, *op cit.*, p. 344.

<sup>27</sup> S. H. ELSING, "Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds", in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck oHG 2011, Vol. 9, n°3, 2011, p. 117.

<sup>28</sup> D. W. RIVKIN, "Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited", *Arbitration International* 2009, Vol. 24, Issue 3, 2009, p. 375 et s.

<sup>29</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *op cit.*, p. 908.

<sup>30</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p. 908.

chinois mais également des arbitres issus d'autres systèmes juridiques tel que les juridictions de *common law*.

Des arbitres ont exprimé leur opposition quant à l'utilisation d'évaluation préliminaire lors d'une procédure arbitrale, selon l'un d'eux « *On pourrait annuler la sentence. Vous ne pouvez pas indiquer que vous avez pris votre décision avant la fin de l'arbitrage* ». Un autre a déclaré que « *Il faut être prudent parce qu'on ne connaît pas suffisamment l'affaire, il faut agir avec beaucoup de prudence. C'est en tant que juge que je m'en suis le plus approché, et les gens disent alors il a pris une décision contre nous* »<sup>31</sup>.

Néanmoins, ces inquiétudes ne concernent pas tous les arbitres internationaux. En effet, elles sont surestimées. Un arbitre fournissant une évaluation préliminaire ne prend pas de décision avant la clôture du litige, il ne préjuge pas<sup>32</sup>. Indiquer leur opinion préliminaire aux parties à un certain stade de la procédure n'empêchera pas les arbitres internationaux de modifier leur position dans la sentence finale, si une analyse exhaustive des éléments soumis le justifie.

Cependant, afin de prévenir tout soupçon de partialité, les arbitres devraient clairement se réserver le droit de revoir leur position. Ils doivent également informer les parties que le tribunal reste ouvert à toutes leurs soumissions et opinions, même après avoir fourni une évaluation préliminaire d'une partie importante du dossier, afin de maintenir l'équité du processus<sup>33</sup>.

A titre d'exemple, dans un jugement du 1<sup>e</sup> janvier 2008, la Haute Cour régionale de Munich a énoncé que « *Le fait qu'un arbitre ait participé à des négociations transactionnelles avec les parties et qu'il ait soutenu une proposition de règlement qui est loin des attentes de la partie qui le récuse ne justifie pas, en soi, des doutes quant à son indépendance et à son impartialité. [...] Du point de vue d'une partie raisonnable, ce ne serait le cas que si cette partie pouvait avoir l'impression légitime que la conduite de l'arbitre est fondée sur la partialité ou l'arbitraire* »<sup>34</sup>.

Par ailleurs, dans un jugement du 14 février 2007, la Cour constitutionnelle allemande a mis en avant la préférence pour une résolution à l'amiable des litiges par rapport à une décision où il y a d'emblée un gagnant et un perdant basée uniquement sur des aspects juridiques<sup>35</sup>.

Un autre moyen d'éviter une apparence de partialité est que l'arbitre spécifie clairement qu'il se réserve le droit de réévaluer la situation factuelle et juridique après avoir fourni une évaluation préliminaire de l'affaire et qu'il est disposé à écouter les observations supplémentaires des parties<sup>36</sup>.

Concernant la situation dans laquelle certaines parties contestent une sentence par manque d'impartialité de l'arbitre, la législation suisse supprime, voire minimise vivement cette

---

<sup>31</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *ibidem*, p.908.

<sup>32</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *op cit.*

<sup>33</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *ibidem*.

<sup>34</sup> Higher Regional Court of Munich, Judgment of Jan 1, 2008, 34 SchH 3/07, SchiedsVZ 2008, 102, 104.

<sup>35</sup> German Federal Constitutional Court, Judgment of Feb 14, 2007, 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073.

<sup>36</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *op cit.*

possibilité. L'article 15 (8) du Règlement suisse énonce que lorsque les parties acceptent une facilitation de règlement, elles supportent la possibilité que l'arbitre participe au règlement<sup>37</sup>.

Pour conclure ce chapitre, l'évaluation préliminaire peut jouer un rôle significatif dans le processus d'arbitrage, facilitant souvent le règlement des litiges. Bien que les approches des arbitres varient selon les traditions juridiques, leur engagement actif dans la recherche de solutions favorise l'efficacité et la rapidité des procédures. En mettant en œuvre des techniques telles que celles énoncées dans ce chapitre, les tribunaux arbitraux offrent aux parties un cadre propice à des règlements rapides et efficaces.

Toutefois, des préoccupations subsistent quant à l'impartialité des arbitres lorsqu'ils fournissent des évaluations préliminaires. Le consentement des parties et des garanties appropriées sont donc essentiels pour maintenir l'intégrité du processus.

En résumé, l'implication proactive des tribunaux arbitraux dans la facilitation du règlement des litiges, associée à des mesures de protection adéquates, contribue à renforcer la confiance dans le système d'arbitrage international et à promouvoir une résolution efficace des différends.

---

<sup>37</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *op cit.*

## CHAPITRE 2 : TECHNIQUES DE MEDIATION

La médiation est un processus spécifiquement conçu pour faciliter l'accord des parties. De ce fait, les outils utilisés dans la médiation peuvent également servir à un arbitre pour structurer la procédure d'arbitrage plus efficacement et aider les parties à parvenir à une solution amiable.

Ce chapitre expose les possibilités d'utilisation de techniques de médiation dans la procédure arbitrale et plus précisément les caucus. De plus, il explore des procédures hybrides mêlant médiation et arbitrage, telles que l'arb-med et l'arb-med-arb. Cependant, il n'y a pas de consensus dans le fait de mélanger médiation et arbitrage prétextant que cela peut poser des problèmes au regard des principes fondamentaux tels que les principes du contradictoire et de l'impartialité.

### Section 1 – Caucus

La pratique de caucus est une technique de médiation consistant en la tenue de rencontres séparées entre le médiateur et chaque partie. Cette pratique permet de mieux comprendre le contexte du litige et les intérêts respectifs des parties, augmentant ainsi les possibilités de règlement<sup>38</sup>.

En outre, l'utilisation de caucus dans le cadre d'un litige est généralement abordée lorsqu'une médiation est entreprise, la question que nous nous posons dans cette section est de savoir si cette pratique est envisageable lors d'une procédure arbitrale. Les opposants de cette pratique émettent des préoccupations au regard des principes du contradictoire et de l'impartialité. Nous aborderons ces craintes ainsi que des solutions envisageables dans les parties suivantes.

Cependant, bien que présente dans d'autres systèmes juridiques, elle suscite des interrogations. Les arbitres issus de la *common law* sont d'autant plus opposés à cette pratique<sup>39</sup>. Le professeur Martin Hunter a énoncé à ce sujet que « [...] *une fois qu'un arbitre a eu une discussion privée avec une partie concernant les preuves dans une affaire, il est clairement inapproprié - voire impossible - pour cet arbitre de reprendre sa fonction dans l'affaire en tant qu'arbitre* »<sup>40</sup>.

Néanmoins, cette opinion négative n'est pas partagée par tous les praticiens du droit. Certains estiment que les caucus peuvent contribuer à une résolution plus efficace des litiges, offrant un espace propice à la communication ouverte entre l'arbitre et chaque partie. Les partisans à l'utilisation de caucus dans le cadre de l'arbitrage l'admettent à condition que les parties

---

<sup>38</sup> M. E. SCHNEIDER, "Combining Arbitration with Conciliation", in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 8 (Seoul 1996): International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series, Vol. 8, ICCA & Kluwer Law International, 1998, p. 90.

<sup>39</sup> Cette opposition est confirmée par l'enquête du Bühring-Uhle de 1996.

<sup>40</sup> M. HUNTER, "Ethics of the International Arbitrator", 53 Arbitration, 1987, pp. 219 à 224.

soient d'accords. A titre d'exemple, à Hong Kong, l'article 2B de l'Ordonnance sur l'arbitrage autorisant l'arbitre à agir en tant que conciliateur implique avec l'accord des parties l'autorisation de les rencontrer séparément.

Par ailleurs, les juridictions suisses ont une tendance à pratiquer le caucus. En revanche, elle est controversée. Lors de la réunion du 8 septembre 1995 de l'Association suisse d'arbitrage, le rapporteur principal sur le sujet, Eugen Butcher, faisait partie des opposants à cette méthode. Il admettait toutefois l'utilisation de cette pratique dans le cas où le tribunal arbitral jugeait nécessaire de convaincre une partie que sa position n'était pas fondée. Dans ce cas, l'autre partie acceptait que le tribunal la rencontre sans sa présence<sup>41</sup>.

De surcroît, Pierre-André Morand a énoncé à propos des caucus dans une procédure arbitrale que « *En qualité d'arbitre unique ou de président d'un tribunal arbitral, j'ai expérimenté à plusieurs reprises cette méthode qui s'est révélée souvent positive et a conduit à la conclusion de plusieurs transactions* »<sup>42</sup>.

Conformément à la règle générale 4 (d) des Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts de 2014 dans l'Arbitrage International et sous réserve de certaines garanties, « [...] *un arbitre peut aider les parties à parvenir à un règlement du litige, par la conciliation, la médiation ou autrement, à tout stade de la procédure. [...] L'arbitre doit démissionner si, du fait de sa participation au processus de règlement, il a des doutes sur sa capacité à rester impartial ou indépendant dans la suite de la procédure d'arbitrage* ».

### *§1. Respect du principe du contradictoire*

Dans le cadre du caucus, étant donné que l'arbitre organise des échanges privés avec chaque partie, l'une d'elles peut révéler des éléments que l'autre ne pourra contredire<sup>43</sup>. Ce type d'échange peut, pour certains, heurter le principe du contradictoire et engendrer un motif d'annulation de la sentence arbitrale<sup>44</sup>.

Néanmoins, selon certains auteurs, afin de modérer cette crainte, les parties ont la possibilité de donner leur consentement sur la tenue d'un caucus. Tel est l'avis de Patrick Van Leynseele, il suggère une approche dans le cas où un arbitre joue également le rôle de médiateur mais elle peut être transposée dans le cas où il exerce pleinement son rôle d'arbitre et pratique le caucus. Il propose de combiner les articles 1699 et 1717, paragraphe 5 du Code Judiciaire belge. Afin de ne pas contredire l'article 1699, les parties conviennent au début de la

---

<sup>41</sup> Bulletin ASA, Vol. 13, Issue 3, 1995.

<sup>42</sup> Bulletin ASA, Vol. 13, Issue 3, 1995, p. 596.

<sup>43</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, "Chapter IV: Science and Arbitration, The Vienna Propositions for Innovative and Scientific Methods and Tools in International Arbitration, E. The Use of Mediative Tools in Arbitration", in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Vol. 2020, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 409-410.

<sup>44</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *op cit.*, pp. 74 et 75.

procédure de ne pas invoquer de motifs d'annulation ou de non-reconnaissance liés au fait que l'arbitre a participé à des caucus durant le litige<sup>45</sup>.

Cette renonciation ne signifie pas que les parties renoncent au principe du contradictoire dans le cadre de l'entièreté de la procédure arbitrale. Il s'agit d'une renonciation au droit de soulever un motif dont elles ont déjà connaissance au moment où elles confirment le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Elles sont conscientes que l'arbitre a pris connaissance d'éléments émanant de l'autre partie qu'elles ne connaîtront pas et l'acceptent de manière irrévocable<sup>46</sup>.

En vertu de l'exception présente au paragraphe 5 de l'article 1717 du Code Judiciaire, les parties n'auront plus le droit d'alléguer qu'elles n'étaient pas au courant que des informations ont été communiquées à l'arbitre en leur absence<sup>47</sup>.

Dans le cadre d'une procédure arbitrale les parties ont la possibilité de décider la méthode à suivre dans leur litige. Dans ce cas, elles ont le droit de renoncer à leur droit d'être entendues et d'autoriser l'arbitre à pratiquer des caucus.

Selon l'arrêt *Dutco* les parties ne pouvaient pas renoncer à ce droit fondamental<sup>48</sup>, mais cela concerne uniquement la renonciation inscrite dans la convention d'arbitrage. La différence avec le caucus est que cette technique est utilisée alors même que la procédure arbitrale a déjà commencé, c'est pourquoi les parties ont le droit de renoncer à être entendues en toute conscience. Elles prennent cette décision en ayant le discernement que cela peut favoriser le règlement<sup>49</sup>.

## §2. Respect du principe d'impartialité

Tout comme pour le respect du principe du contradictoire, l'utilisation de caucus dans une procédure arbitrale peut soulever des craintes au regard du principe d'impartialité<sup>50</sup>.

En effet, certains auteurs pensent que la décision prise par l'arbitre ayant pratiqué le caucus sera influencée par ce que les parties lui ont confié lors de leurs échanges privés<sup>51</sup>. Néanmoins, une solution est envisageable pour éviter à une partie de demander la récusation d'un arbitre ou de remettre en cause la sentence au motif de manque d'impartialité.

---

<sup>45</sup> P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim Pratique*, 2014/1, p.123.

<sup>46</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p.123.

<sup>47</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 123.

<sup>48</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992, *Dutco*, JDI 1992

<sup>49</sup> K. P. BERGER et J. O. JENSEN, *op cit.*, p. 75.

<sup>50</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, *op cit.*, pp. 408-409.

<sup>51</sup> A. GOMEZ-ACEBO, "A Special Role of Party-Appointed Arbitrators?", in Jean Engelmayr Kalicki and Mohamed Abdel Raouf (eds), ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series, Vol. 20, ICCA & Kluwer Law International, 2019, p. 412.

Durant la discussion sous forme de *World Café* – Table ronde<sup>52</sup> des Journées de l'arbitrage de Vienne de 2019, les participants estimaient que si l'arbitre tient des caucus, il doit être en mesure « *d'ignorer toutes les informations obtenues lors du caucus lorsqu'il se prononce sur le fond* »<sup>53</sup>.

Cette proposition d'ignorer les informations obtenues lors du caucus est partagée par Patrick Van Leynseele<sup>54</sup>, il mentionne cette possibilité dans le cadre de la med-arb mais le principe reste le même. L'utilisation de caucus dans une procédure arbitrale soulève la question de savoir si elle pourrait compromettre les principes généraux d'impartialité et d'indépendance. Cette possibilité est donc envisageable en l'espèce.

Une autre solution est que, dans le cas où l'arbitre n'est pas unique, une seule personne tiendrait les caucus, que ce soit le président ou un des autres arbitres. Cette alternative permettrait de diminuer les contestations possibles<sup>55</sup>.

En outre, l'accord donné par les parties dans le but d'éviter un risque d'atteinte au principe du contradictoire peut également s'appliquer au principe d'impartialité, cet accord doit être exprès. Dans ce cas, conformément à l'article 1686, paragraphe 2 du Code Judiciaire belge, elles attestent qu'elles n'ont pas d'incertitude à l'égard de l'impartialité de l'arbitre<sup>56</sup>. Le consentement donné par les parties doit être un consentement dit « éclairé ». Cela signifie que l'arbitre se doit d'expliquer en détails aux parties ce qu'implique le consentement qu'elles donneront mais également qu'elles comprennent le risque que l'arbitre pourrait démissionner<sup>57</sup>. De plus, l'accord doit naître entre les parties, pas uniquement entre leurs avocats<sup>58</sup>.

Dans le cas où l'accord est établi, il « *est considéré comme une renonciation effective à tout conflit d'intérêts potentiel pouvant résulter de la participation de l'arbitre à un tel processus, ou des informations que l'arbitre peut apprendre au cours de ce processus. Si l'assistance de l'arbitre n'aboutit pas au règlement final de l'affaire, les parties restent liées par leur renonciation* »<sup>59</sup>.

De plus, l'article 15 (8) du Règlement suisse mentionné dans le chapitre sur l'évaluation préliminaire peut être également appliqué dans le cas des caucus. Cet article prévoit que l'arbitre ne peut être récusé au motif de ce qu'il a appris en ayant été actif dans le règlement du litige. Plus précisément, en raison des informations obtenues lors des caucus<sup>60</sup>.

Pour conclure cette section sur les caucus dans le cadre de l'arbitrage, comme énoncé, leur intégration suscite des débats. Notamment en ce qui concerne le respect des principes du

---

<sup>52</sup> C'est une méthode basée sur une répartition d'un groupe en plusieurs petits groupes. Les participants discutent d'un sujet en particulier durant une vingtaine de minutes puis changent de groupe dans le but d'échanger sur le sujet avec d'autres.

<sup>53</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, *op cit.*, p. 407.

<sup>54</sup> P. VAN LEYNSEELE, *op cit.*, p.127.

<sup>55</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, *op cit.*, p. 410.

<sup>56</sup> P. VAN LEYNSEELE, *op cit.*, p.123.

<sup>57</sup> P. VAN LEYNSEELE, *op cit.*, p.848.

<sup>58</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, *op. cit.*, pp. 408 à 410.

<sup>59</sup> N. TUNKEL et A. HUBER-STARLINGER, *ibidem*, p. 409.

<sup>60</sup> L. GROSELJ et A. KOZMENKO, *op cit.*

contradictoire et de l'impartialité. Alors que certains experts expriment des préoccupations, d'autres voix défendent son utilité pour faciliter la communication entre les parties et favoriser un règlement efficace des litiges. Pour garantir l'intégrité du processus arbitral, il est nécessaire d'envisager des mesures telles que l'obtention du consentement explicite des parties et des dispositions pour éviter toute influence indue sur l'arbitre. En fin de compte, trouver un équilibre entre la facilitation de résolution des litiges et le respect des principes procéduraux demeure essentiel.

## Section 2 – Médiation dans l'arbitrage

### §1. Arb-Med

L'arb-med est une méthode à partir de laquelle le litige commence par un arbitrage classique où le tiers neutre n'annonce pas sa sentence mais la scelle dans une enveloppe posée sur la table à huis clos. S'ouvre ensuite une procédure de médiation, les parties auront convenu qu'en cas d'échec de cette médiation le contenu de l'enveloppe sera divulgué et elles l'accepteront comme décision contraignante.

Dans le cas où les parties parviennent à un accord à l'issue de la médiation, l'enveloppe sera déchirée et son contenu ne sera jamais révélé aux parties<sup>61</sup>. Il n'y a pas d'opposition à ce que l'arbitre agisse en tant médiateur dans la mesure où la procédure d'arbitrage a été entièrement menée et qu'il a rendu une décision.

La combinaison de la médiation dans la procédure arbitrale a plusieurs avantages.

Tout d'abord, les parties pourront négocier un résultat sur leurs propres intérêts tout en ayant conscience de l'existence, d'un résultat prédéterminé en cas d'échec de leurs négociations. Ce résultat étant scellé dans une enveloppe, une pression psychologique s'exerce sur les parties augmentant leur motivation à régler la situation selon leurs propres conditions<sup>62</sup>. Elles acquièrent une perception plus optimale de leurs positions respectives ainsi que des risques liés à la procédure<sup>63</sup>.

Ensuite, l'arbitre connaissant déjà l'affaire, des économies en terme de charge de travail, de coûts et de temps sont réalisées lorsqu'il devient médiateur étant donné que les parties n'auront pas à expliquer de nouveau le contexte de l'affaire ni leurs arguments<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> J. LACK, "Chapter 17: Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties", in Arnold Ingen-Housz (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International, 2010, p. 358.

<sup>62</sup> J. LACK, *ibidem*, p. 358.

<sup>63</sup> G. DE BUYZER et C. DE BUCK, "De dubbele pet van bemiddelaar en arbiter. Hoedje af of petje te boven? Bemiddeling als stok in het hoenderhok van arbitrage", in Caroline Verbruggen and Maarten Draye (eds), *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer 2023, Vol. 2023, n° 1, 2023, p. 52.

<sup>64</sup> K. FAN, "The Risks of Apparent Bias When an Arbitrator Act as a Mediator - Remarks on Hong Kong Court's Decision in *Gao Haiyan*", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, p. 537.

Pour finir, dans le cas où un accord est conclu au stade de la médiation, la sentence consensuelle peut devenir exécutoire en vertu de la Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

Le Professeur Houzhi Tang, qui soutient l'utilisation de la technique d'arb-med, déclare à ce propos que « *Il n'existe pas de lois et de règles qui interdisent expressément l'Arb-Med. Au contraire, de plus en plus de lois et de règles contiennent des dispositions encourageant et soutenant l'Arb-Med, par exemple, les lois et/ou règles de la Chine, de la RAS de Hong Kong, de l'Inde, du Japon, de la Corée, du Sri Lanka, de la Thaïlande, de Singapour, de l'Arabie Saoudite, de l'Argentine, du Brésil, du Mexique, de certains autres pays d'Amérique latine, des Bermudes, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Suisse, de la France, de l'Autriche, de la Slovénie, de la Hongrie, de la Croatie, de certains des anciens pays du CAEM, de l'Australie, du Canada, de certaines parties des États-Unis, de l'OMPI, etc.* »<sup>65</sup>.

De surcroît, la pratique chinoise démontre que lorsque la médiation est utilisée dans une procédure arbitrale les parties ont plus de chance d'aboutir à un accord que lorsqu'elle est pratiquée séparément. De plus, dans le cas où les parties ne parviennent pas à une solution amiable, la sentence arbitrale est généralement plus acceptée que lorsqu'il n'y a pas eu de phase de médiation<sup>66</sup>.

La législation belge sur l'arbitrage ne s'oppose pas non plus en tant que telle à la combinaison de la médiation dans l'arbitrage. La flexibilité de la procédure d'arbitrage, telle que réglementée par le droit belge de l'arbitrage le permet.<sup>67</sup>

## §2. Arb-Med-Arb

L'arb-med-arb est différent de l'arb-med en ce que l'arbitre ne rend pas de première décision qu'il scelle dans une enveloppe. Il y a tout d'abord un arbitrage classique qui est suspendu pour permettre que s'ouvre ce que l'on appelle une « fenêtre de médiation ». Au terme de cette médiation, si les parties parviennent à régler leur différend, leur règlement peut être enregistré comme une sentence par consentement. Dans le cas où elles ne parviennent pas à trouver d'accord la procédure arbitrale se poursuit<sup>68</sup>.

Cette fenêtre de médiation, dont l'utilisation est encouragée par le Règlement CEDR<sup>69</sup>, permet aux parties de régler certains aspects du litige par consensus. Il n'est pas attendu d'elles qu'elles règlent l'entièreté du conflit par cette médiation, même si cela reste possible. Les

---

<sup>65</sup> H. TANG, "Combination of Arbitration with Conciliation - Arb-Med", in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 12 (Beijing 2004): New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, Vol. 12, ICCA & Kluwer Law International, 2005, p. 547.

<sup>66</sup> K. FAN, *op cit.*, p. 537.

<sup>67</sup> K. WAGNER, « Chapitre 2 - Médiation-arbitrage (med-arb) » in *Manuel de l'arbitrage belge et international*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 863.

<sup>68</sup> A. GOMEZ-ACEBO, *op cit.*, p. 404.

<sup>69</sup> Art. 5.3 du Règlement CEDR.

points qui auront été réglés pendant la médiation pourront être repris par l'arbitre et intégrés dans sa sentence.

Cette technique très populaire dans des pays tels que l'Allemagne, le Singapour, la Suisse et la Chine<sup>70</sup>, présente plusieurs avantages.

Tout d'abord, dans le cas où le litige prend fin grâce à un accord conclu durant la fenêtre de médiation, il y a alors un gain de rapidité et d'économie. De plus, si le litige ne se résout pas grâce à la médiation, il n'y a pas de perte<sup>71</sup>.

Ensuite, certaines traditions considèrent une personne qui demande une médiation comme vulnérable. Cette considération n'est plus dans le cadre de l'arb-med-arb étant donné que la médiation est prévue dans le processus d'arbitrage sans qu'une des parties n'ait à la demander. Enfin, elle permet d'accroître les chances de règlement à l'amiable des litiges<sup>72</sup>.

### *§3. Respect du principe d'impartialité*

Le fait que l'arbitre puisse donner une opinion sur le fond du litige durant la phase de médiation peut être considéré comme un manque d'impartialité dans son chef. Néanmoins, selon Michael Hwang, cette crainte résulte d'une incompréhension de l'objectif et de l'utilisation de la médiation. La médiation englobe généralement deux modèles distincts, la facilitative et l'évaluative.

Dans le cadre d'une médiation facilitative, le médiateur ne donne pas d'avis sur le fond de l'affaire se concentrant plutôt à aider les parties à résoudre leur différend. Contrairement au médiateur, l'arbitre s'intéresse aux positions des parties plutôt qu'à leurs intérêts<sup>73</sup>.

Afin de clarifier le rôle que l'arbitre jouera lorsqu'il endosse celui de médiateur et pour éviter tout risque d'une crainte de partialité, il convient, étant donné que la procédure a lieu par consentement des parties, d'écrire ce consentement et de convenir où sont les limites de l'arbitre<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> C. SIM, "Conciliation of Investor-State Disputes, Arb-Con-Arb, and the Singapore Convention", 31 Singapore Academy L J 670, 2019, p. 21.

<sup>71</sup> A. GOMEZ-ACEBO, *op cit.*, p. 409.

<sup>72</sup> A. GOMEZ-ACEBO, *ibidem*, p. 409.

<sup>73</sup> M. HWANG, "The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – Commentary", in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 12 (Beijing 2004): New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, Vol. 12, ICCA & Kluwer Law International 2005, p. 572.

<sup>74</sup> M. HWANG, *ibidem*, p. 578.

L'arrêt *Gao Haiyan* du 2 décembre 2011 de la Cour d'appel de Hong Kong a confirmé la validité de l'arb-med tout en soulignant les risques ou apparences d'impartialité qui peuvent apparaître<sup>75</sup>. L'arbitre doit prendre garde d'éviter toute possibilité d'un risque de partialité<sup>76</sup>.

Les parties ne pourront pas contester la sentence scellée dans l'enveloppe au motif que l'arbitre a un parti pris ou aurait été influencé par les discussions qui auront eu lieu lors de la médiation étant donné que celle-ci ne pourra être ouverte que si la médiation échoue<sup>77</sup>.

L'utilisation de l'arb-med-arb pose également des questions quant au respect du principe d'impartialité, du fait que l'arbitre reprend sa fonction d'arbitre si la médiation ne débouche pas sur un accord.

Néanmoins, selon Alfonso Gomez-Acebo, dans le cas où les arbitres sont nommés par les parties et qu'ils jouent dans cette procédure le rôle d'arbitre et de médiateur ne remet pas en cause leur impartialité quand ils reprennent leur casquette d'arbitre si la médiation échoue. Ils ont, selon lui, la capacité de rester impartiaux<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-arb » et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace » in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 838 ; K. FAN, R. STACKPOOL-MOORE et al., « Un point (de vue) actuel sur l'arbitrage en Chine et à Hong Kong : Toujours un pays, deux systèmes ? », *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 2014, Vol. 2014, Issue 4, pp. 856.

<sup>76</sup> Cour d'appel de Hong Kong, *Gao Haiyan*, 2 décembre 2011.

<sup>77</sup> K. WAGNER, « Chapitre 3 - Arbitrage-médiation (arb-med) » in *Manuel de l'arbitrage belge et international*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 877.

<sup>78</sup> A. GOMEZ-ACEBO, *op cit.*, p. 414.

## CHAPITRE 3 : EXPERTISE

### Section 1 – Choix de l’expert par le tribunal arbitral

Le paragraphe 1 de l’article 1707 du Code Judiciaire belge énonce que les arbitres ont le pouvoir de nommer leurs propres experts chargés de leur fournir un rapport sur les points qu’ils déterminent<sup>79</sup>. Ce choix peut être entrepris de leur propre initiative ou à la demande de l’une des parties impliquées<sup>80</sup>. Toujours selon cet article, les parties ont le droit, dans la convention d’arbitrage ou en début de procédure, de limiter le pouvoir de l’arbitre dans la désignation d’un expert. Toutefois, cette pratique n’est pas courante<sup>81</sup>.

De plus, le tribunal arbitral doit consulter les parties lorsqu’il souhaite désigner un expert<sup>82</sup>. L’expert désigné n’a pas le pouvoir de transiger, il délivre son expertise concernant un ou plusieurs points demandés.

Cependant, il existe des différences entre un expert nommé par les parties et celui nommé par le tribunal. Du point de vue des parties, lorsque l’expert est nommé par le tribunal il n’y a pas de suivi continu du client. Il ne va pas favoriser la partie. L’expert nommé par une partie est généralement à même de mieux comprendre la position de son client.

Néanmoins, lors d’une table ronde, un participant ayant une fonction régulière d’arbitre a énoncé que lorsque l’expert est nommé par le tribunal, le fait d’avoir des discussions informelles avec celui-ci est utile et plus particulièrement au moment de la prise de décision et de la rédaction de la sentence. Ces conversations devant bien évidemment être autorisées par les parties. Un autre participant suggère également que, du point de vue d’un expert, être nommé par le tribunal permettrait d’aboutir à des résultats plus équitables<sup>83</sup>.

D’un autre côté, les personnes en faveur de la désignation de l’expert par le tribunal mettent en garde contre le risque de proximité entre un expert nommé par une partie et son client ou son avocat qui pourrait compromettre son impartialité et risque de mener à un conflit d’expert. Une telle situation peut avoir pour conséquence la nomination d’un troisième expert, ce qui augmente à nouveau les coûts.

---

<sup>79</sup> G. KEUTGEN et G.-A. DAL, « Titre 8 - L’instruction proprement dite » in *L’arbitrage en droit belge et international – Tome I - Le droit belge*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 316.

<sup>80</sup> M. DRAYE, “*Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter V: Article 1700*”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, p. 324.

<sup>81</sup> E. STEIN, “*Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter V: Article 1707*”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, p. 375.

<sup>82</sup> E. STEIN, *ibidem*, p. 376.

<sup>83</sup> L. HIRSCH, R. REECE, R. REISER, “*Round Table Report on Expert witnesses in international arbitration*”, Thomson Reuters and Contributors, RDAI/IBLJ, n°3, 2019, , p. 250.

Les juridictions de droit civil favorisent le recours à des experts nommés par le tribunal<sup>84</sup>. Toutefois, les pratiques diffèrent en fonction des juridictions<sup>85</sup>. Selon elles, le tribunal assure la neutralité de l'expert étant donné qu'il sélectionne et supervise cet expert. Contrairement à celles de *common law* qui se reposent sur les experts choisis par les parties<sup>86</sup>.

En guise d'illustration, nous pouvons citer les règles fédérales américaines de Procédure Civile où les experts peuvent être nommés par le tribunal mais cette pratique reste peu courante<sup>87</sup>. Plus restrictivement, les règles anglaises de Procédure Civile de 1998 énoncent que ce sont uniquement les parties qui ont le droit de choisir les experts<sup>88</sup>, tout en demeurant sous la supervision du tribunal.

Les deux concepts ont été intégrés dans les Règles IBA. Tandis que l'article 5 permet aux parties de se référer aux experts qu'elles ont choisi comme preuve sur des points en particulier. L'article 6 autorise le tribunal arbitral à nommer un ou plusieurs experts à la suite d'une consultation avec les parties<sup>89</sup>.

En outre, à titre d'exemple de pratiques en droit civil, dans les contentieux commerciaux en Belgique, les tribunaux font fréquemment appel à des experts pour les éclairer sur des aspects techniques. Cela s'explique partiellement par le fait que les parties ont rarement recours aux preuves fournies par leurs propres experts<sup>90</sup>.

Dans le système allemand, le choix de l'expert est exclusivement réservé au tribunal. Ce dernier n'est tenu de suivre le choix des parties que lorsqu'elles parviennent à un accord sur un individu en particulier<sup>91</sup>. Lorsqu'il suit ce choix, les experts ne peuvent être introduits que comme « témoins bien informés<sup>92</sup> » pour les conclusions factuelles qu'ils ont formulés, les rapports qu'ils ont émis ne seront pas considérés comme des preuves mais comme des soumissions normales des parties<sup>93</sup>.

La combinaison des deux concepts n'est pas optimale, lorsque le tribunal arbitral se fonde sur des experts désignés par les parties, il devrait chercher à limiter la participation de ses propres experts. La fiabilité des experts des parties peut parfois être contestée, néanmoins, il est rare qu'elle soit complètement discréditée en raison d'une apparente partialité. Il peut être envisageable que le tribunal arbitral nomme un troisième expert pour fournir un avis déterminant ajouté à ceux des experts des parties. Cette possibilité engendrerait des coûts supplémentaires qui peuvent être évités.

---

<sup>84</sup> H. ROSEN et G. D'SOUZA, "Chapter II: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Making Effective Use of Experts", in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Vol. 2020, Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2020, p. 139.

<sup>85</sup> E. STEIN, *op cit.*, p. 377.

<sup>86</sup> S. H. ELSING, *op cit.*, p. 122. ; H. ROSEN et G. D'SOUZA, *op cit.*, p. 138.

<sup>87</sup> Art. 706 du Règlement Fédéral américain de procédure civile.

<sup>88</sup> Art. 35. 1 et s. du Règlement anglais de procédure civile de 1998.

<sup>89</sup> S. H. ELSING, *op cit.*, p. 123.

<sup>90</sup> E. STEIN, *op cit.*, p. 377.

<sup>91</sup> Section 404 § 1 et 4 du Code allemand de procédure civile (Zivilprozessordnung – ZPO).

<sup>92</sup> "sachverständige Zeugen"

<sup>93</sup> S. H. ELSING, *op cit.*, pp. 123

Afin de garantir que le rapport de l'expert ne se limite qu'aux points factuels essentiels, le tribunal arbitral pourrait convenir avec les parties, dès les premières étapes de la procédure, de ne se fier qu'aux avis d'experts qu'il aura sélectionné. Dans le cas où des experts sont tout de même nommés par les parties ou ont déjà rendu un rapport, une conférence d'experts serait efficace<sup>94</sup>.

## **Section 2 – Respect des principes d'impartialité, d'indépendance et du contradictoire**

L'expert est tenu de rester indépendant et neutre selon les mêmes conditions qu'un arbitre<sup>95</sup>. Le choix de l'expert peut être contesté par chacune des parties au litige au motif du non-respect des principes fondamentaux d'impartialité et d'indépendance ainsi que l'égalité des parties dans l'exercice de leur droit de défense. Toutefois, c'est le tribunal arbitral qui choisit de récuser l'expert<sup>96</sup>. L'article 966 du Code Judiciaire belge énonce que les experts peuvent être récusés selon les motifs pour lesquels la récusation est permise à l'égard des juges. L'article 1707 paragraphe 4 du Code Judiciaire belge énonce que « *un expert peut être récusé pour les motifs énoncés à l'article 1686 et selon la procédure prévue à l'article 1687* ». Cette disposition est applicable aux arbitres et ne concerne que les experts nommés par le tribunal<sup>97</sup>.

Par exemple, le Code autrichien de procédure civile énonce que dans le cas où le tribunal arbitral a rejeté une récusation en première instance, il est permis de soumettre cette récusation à un tribunal<sup>98</sup>.

Les parties doivent chacune avoir confiance en l'expert nommé par le tribunal, c'est pourquoi le critère de son indépendance n'est pas considéré de la même manière pour les experts nommés par les parties. Il doit fournir une déclaration d'indépendance à l'égard des parties, de leurs avocats ainsi qu'au tribunal arbitral avant de commencer sa mission<sup>99</sup>.

Cependant, lorsque le tribunal choisi un expert il doit être vigilant et attacher de l'importance aux inquiétudes des parties. Dans le cas contraire, Florian Haugeneder expose que le bon déroulement du litige peut être compromis. Les parties sont inquiètes du fait que l'expert nommé par le tribunal ne partage pas leur avis. La majorité des législations arbitrales énonce que le tribunal arbitral ne demande l'avis des parties que concernant la nomination de

---

<sup>94</sup> S. H. ELSING, *op cit.*, pp. 122-123

<sup>95</sup> "Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 21 No. 1, p. 45 ; A. K. F. SMILEY, "An Unwanted Intrusion: Challenging the Appointment of Experts in International Arbitration", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 85, Issue 4, 2019, p. 365.

<sup>96</sup> F. HAUGENEDER, "Chapter II: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration", in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Vol. 2020, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2020, p. 185.

<sup>97</sup> E. STEIN, *op cit.*, p. 380.

<sup>98</sup> Section 601 (3) du Code autrichien de procédure civile.

<sup>99</sup> F. HAUGENEDER, *op cit.*, p. 185.

l'expert. Néanmoins, afin d'atténuer les craintes des parties en cause, il serait judicieux de leur donner une plus grande liberté en exprimant leur avis sur le profil et les qualifications de l'expert<sup>100</sup>.

Dans le cas où un expert est conscient d'un motif de récusation le concernant, il doit se récuser, excepté si les parties ne l'en dispensent. En cas de refus de sa part, l'arbitre peut être saisi de l'incident et le résoudre<sup>101</sup>.

Afin de ne pas heurter le principe du contradictoire, lorsqu'il y a des conversations informelles entre l'arbitre et l'expert désigné par celui-ci, elles doivent être autorisées par les parties, ainsi il n'y aura pas de contestation du fait qu'une partie n'a pas eu l'occasion de répondre aux arguments de l'autre<sup>102</sup>.

En conclusion de ce chapitre, le tribunal arbitral a la possibilité de nommer des experts après consultation des parties. D'un côté, la nomination par le tribunal peut offrir une garantie d'impartialité et favoriser des décisions équitables, mais peut également soulever des préoccupations quant à l'interaction et à la proximité entre l'expert et le tribunal. D'un autre côté, l'expert choisi par les parties peut mieux comprendre leurs positions et offrir un suivi plus étroit, mais peut également être perçu comme moins neutre.

Dans ce contexte, le respect des principes d'impartialité, d'indépendance et du contradictoire demeure primordial. Les mécanismes de récusation et les exigences de déclaration d'indépendance visent à garantir la confiance des parties dans l'expert désigné par le tribunal. De plus, l'importance de la transparence et de la participation des parties dans le processus de sélection de l'expert est soulignée pour assurer un déroulement équitable du litige.

---

<sup>100</sup> F. HAUGENEDER, *op cit.*, pp. 186-187.

<sup>101</sup> J. VAN COMPERNOLLE et B. DUBUISSON, "L'expertise", Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 40-41.

<sup>102</sup> L. HIRSCH, R. REECE, R. REISER, *op cit.*, p. 250.

## CHAPITRE 4 : CONCILIATION

### Section 1 – L’arbitre en tant que conciliateur

Comme énoncé dans les précédents chapitres, les divergences dans les approches entre les pays de *common law* et ceux de droit civil se retrouvent également dans la perception de l’arbitre en tant que conciliateur. D’une part, les pays de la *common law* considèrent qu’il n’est pas permis à l’arbitre de participer activement à la facilitation des règlements et que cela peut compromettre son impartialité<sup>103</sup>. D’autre part, la façon de penser des pays de droit civil diffère en fonction des juridictions.

Certains pays de droit civil y sont réticents. A titre d’exemple, en France, l’article 21 du Nouveau Code de Procédure civile énonce qu’il entre dans la mission du juge de concilier les parties, cette règle s’applique également aux arbitres selon l’article 1460 du même code.

Malgré cela, la pratique arbitrale s’oppose à cette combinaison. A cet égard, De Boissésou met en avant la différenciation entre les deux modes de règlement des litiges, tant dans leur cadre juridique que dans leur mise en œuvre pratique. En revanche, ses déclarations n’empêchent pas un arbitre de jouer le rôle de conciliateur<sup>104</sup>. La Commission d’arbitrage international du Comité national français de la CCI a constitué un groupe de travail qui a appuyé cette perspective en soulignant une contradiction fondamentale entre les deux approches<sup>105</sup>.

En Turquie, la combinaison n’est pas autorisée<sup>106</sup>. De même en Suède, elle est imposée dans certaines circonstances<sup>107</sup>. Cependant, les juges y sont opposés dans la pratique<sup>108</sup>. Au Mexique, ce n’est pas permis, les tentatives de conciliation sont menées par un fonctionnaire du tribunal distinct du juge en charge de l’affaire<sup>109</sup>.

D’autres pays de droit civil adoptent une approche plus favorable. C’est notamment le cas en Allemagne<sup>110</sup> et en Autriche<sup>111</sup>, où la loi prévoit que le juge doit toujours favoriser un règlement à l’amiable du litige ou de toute question litigieuse. Ainsi, les arbitres allemands

---

<sup>103</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*, p. 118.

<sup>104</sup> Il a déclaré en réponse à Schneider dans une lettre du 11 septembre 1996 que : “*La procédure de conciliation ne saurait déteindre sur l’arbitrage, et inversement le caractère formaliste de l’arbitrage ne saurait pénétrer la conciliation au point d’en dénaturer l’esprit, et aussi l’efficacité, qui provient de la liberté avec laquelle les parties peuvent exprimer leur point de vue auprès de conciliateur, sans craindre nécessairement d’affaiblir leur position*”.

<sup>105</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*, p. 78.

<sup>106</sup> M. E. SCHNEIDER, *ibidem*, p. 79.

<sup>107</sup> Sect. 42 §17 du Code grec de procédure civile.

<sup>108</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*, p. 79.

<sup>109</sup> M. E. SCHNEIDER, *ibidem*, p. 79.

<sup>110</sup> Sect. 279(1) CCP (ZPO) prévoit que: “Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.”

<sup>111</sup> Sects. 182 and 239 du CCP.

sont tenus d'entreprendre toute démarches visant à résoudre le litige de manière amiable dans le cadre de leurs fonctions arbitrales<sup>112</sup>.

En Suisse, certains acceptent que l'arbitre joue également le rôle de conciliateur. Aux Pays-Bas, l'article 1043 du Code néerlandais de Procédure civile permet explicitement aux arbitres de concilier les parties<sup>113</sup>.

Tous les pays de *common law* ne sont pas totalement opposés à l'idée de combiner les deux rôles. A titre d'exemple, en Australie, la loi a intégré directement la possibilité de combiner l'arbitrage et la conciliation<sup>114</sup>. C'est également le cas au Canada<sup>115</sup>.

Les cultures asiatiques sont moins favorables aux procédures accusatoires, la conciliation est la méthode de règlement des litiges culturellement préférée en Asie. La Commission de réforme du droit de Hong Kong a recommandé que l'ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage soit modifiée pour permettre le recours à la conciliation au cours de la procédure d'arbitrage, afin de permettre à un arbitre d'agir en tant que conciliateur<sup>116</sup>. Des systèmes juridiques tels que la Chine et le Japon sont influencés par la philosophie confucéenne, qui met l'accent sur le groupement hiérarchique et le maintien de l'harmonie sociale par le compromis<sup>117</sup>.

Certaines législations d'Asie<sup>118</sup>, outre le fait de mentionner la manière de se comporter d'un arbitre en tant que médiateur, énoncent qu'un arbitre peut jouer le rôle de conciliateur. De plus, elles refusent les contestations à l'encontre de l'arbitre basées uniquement sur le fait qu'il a déjà joué le rôle de conciliateur pour tout ou partie du litige arbitral<sup>119</sup>.

Par ailleurs, l'article 8 des Règles d'éthique de l'IBA pour les arbitres internationaux de 1987, publiées par l'Association internationale du Barreau, autorise la combinaison<sup>120</sup>.

Comme nous l'avons déjà mentionné dans le chapitre sur l'évaluation préliminaire et qui s'inscrit dans le même ordre d'idée, mais en formulant une condition particulière. La norme générale 4 (d) des Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International énonce que « *Un arbitre peut assister les parties à trouver un règlement amiable à travers la conciliation, la médiation ou un autre processus durant toutes les étapes de l'arbitrage. Cependant avant d'y procéder, l'arbitre doit obtenir l'accord exprès des parties sur le fait que cette situation ne l'empêche pas de poursuivre sa mission d'arbitre* ». En Inde

---

<sup>112</sup> T. J. STIPANOWICH, « *Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med, and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators* », Harvard Negotiation Law Review, Vol. 26, n°265, 2021, p. 279.

<sup>113</sup> « *At any stage of the proceedings the arbitral tribunal may order the parties to appear in person for the purpose of providing information or attempting to arrive at a settlement.* »

<sup>114</sup> Art. 27, §1 du New South Wales Commercial Arbitration Act amendé en 1990.

<sup>115</sup> Dans l'Alberta Arbitration Act de 1991.

<sup>116</sup> Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage (Cap. 609), ss 32–33 (1 Jun. 2011), LN 38 of 2011.

<sup>117</sup> C. SIM, *op cit.*, p. 9.

<sup>118</sup> Des législations telles que l'Ordonnance de Hong-Kong sur l'arbitrage de 1990 et la Loi de Singapour sur l'arbitrage international de 1994.

<sup>119</sup> Sect. 2B de l'Ordonnance de Hong Kong; Sect. 17 de la loi de Singapour.

<sup>120</sup> "Lorsque les parties l'ont demandé ou ont consenti à une suggestion du tribunal arbitral à cet effet, le tribunal dans son ensemble (ou l'arbitre-président, le cas échéant) peut faire des propositions de règlement aux deux parties simultanément, et de préférence en présence de chacune d'entre elles [...]."

également, la loi sur l'arbitrage autorise explicitement le tribunal arbitral à mener une conciliation pendant l'arbitrage, à condition que les parties y consentent<sup>121</sup>.

Siegfried Elsing considère que la vision allemande est la plus proactive. Il n'est pas question d'accord préalable, le tribunal arbitral peut soumettre directement ses propres propositions de règlement. Selon lui cette approche commence à se répandre avec un succès croissant<sup>122</sup>.

Patrick Van Leynseele déclare que des arbitres proposent régulièrement aux parties une tentative de résolution amiable de leur litige sans nécessairement appeler cela une conciliation. Néanmoins, en faisant cela ils agissent en tant que conciliateurs comme le ferait un juge classique<sup>123</sup>.

Arthur Marriott recommande que cela devienne une pratique courante<sup>124</sup>. Selon lui, les juges anglais devraient suivre la vision de droit civil avec une intervention plus importante des juges dans le règlement des litiges<sup>125</sup>.

Au vu des pratiques arbitrales et des législations des différents pays que nous avons mentionné dans ce mémoire, il n'est plus envisageable de dire qu'il est incompatible pour l'arbitre de combiner son rôle d'arbitre avec celui de conciliateur<sup>126</sup>.

## Section 2 – Conciliation dans l'arbitrage

Cette section se focalisera sur une technique incluant une procédure de conciliation dans une procédure arbitrale, elle consiste en l'arb-con-arb.

Tout d'abord, un arbitrage commence, s'ouvre ensuite une conciliation au cours de cet arbitrage. Dans le cas où la conciliation ne mène pas à un accord entre les parties, la procédure arbitrale reprend. De multiples juridictions de droit civil pratiquent cette méthode la considérant comme intégrée à leur pratique arbitrale. Contrairement aux évaluations préliminaires mentionnées précédemment, où l'arbitre donne un avis initial sur des points spécifiques, la conciliation implique une autre approche. Dans ce cas, l'arbitre propose une évaluation préliminaire ou une ébauche de la décision finale. Cette démarche vise à faciliter un règlement amiable entre les parties en litige<sup>127</sup>.

Cependant, cette méthode est nettement moins connue dans les juridictions de *common law* voire critiquée. Elles considèrent qu'en utilisant cette technique, le tribunal arbitral préjugerait ou poserait des difficultés au regard du principe d'impartialité. Nous aborderons plus en détails ce point dans la section suivante.

---

<sup>121</sup> Loi indienne sur l'arbitrage et la conciliation de 1996, Sec. 30(1) : "[...] with the agreement of the parties, the arbitral tribunal may use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitral proceedings to encourage settlement"

<sup>122</sup> S. H. ELSING, *op cit.*, p. 118.

<sup>123</sup> P. VAN LEYNSEELE, *op cit.*, p. 110.

<sup>124</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*,

<sup>125</sup> H. TANG, *op cit.*, p. 550.

<sup>126</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*, p. 81.

<sup>127</sup> J. LACK, *op cit.*, p. 359.

Néanmoins, si les parties acceptent que l'arb-con-arb soit utilisé dans le règlement de leur litige, il n'y a rien de négatif<sup>128</sup>. De plus, l'article 5.1 des Règles CEDR préconisent l'utilisation de la conciliation dans les arbitrages internationaux<sup>129</sup>. Cette norme pourrait faire évoluer les considérations des juridictions de *common law*.

En utilisant ce processus, l'arbitre ne sort pas de son rôle de tiers neutre, il évalue toujours. Il peut juste préférer émettre une recommandation avant d'imposer son avis aux parties.

### Section 3 – Respect du principe d'impartialité

Les différentes conceptions dépendent de la vision du rôle de l'arbitre, du champ d'application et de la pratique de la conciliation<sup>130</sup>.

Cependant, mêler conciliation et arbitrage est une question très controversée. En effet, l'écart entre les façons de penser à ce sujet est très important selon l'enquête de Buring-Uhle, l'origine de cette différence dépend de la culture juridique. Certains praticiens du droit sont réticents à l'idée de combiner conciliation et arbitrage en raison de la crainte que le principe d'impartialité et d'indépendance ne soit pas respecté.

Par ailleurs, l'arbitre doit obtenir le consentement des parties avant de tenter une conciliation avec celles-ci. Généralement, ce consentement sera interprété comme une renonciation à toute contestation du fait de l'implication du tribunal dans les discussions de règlement. Il peut être inclus dans la clause compromissoire ou stipulé dans un accord ultérieur<sup>131</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est recommandé que l'arbitre consigne par écrit le consentement des parties à sa participation active dans le règlement du litige, que ce soit dans un procès-verbal d'audience ou d'une autre manière. Cela fournira une protection à l'arbitre contre d'éventuelles conséquences préjudiciables. En pratique, il arrive fréquemment que les parties renoncent expressément à leur droit de contester l'implication du tribunal arbitral dans les discussions de règlement comme fondement pour récuser l'arbitre ou contester la sentence<sup>132</sup>.

En conclusion de ce chapitre sur la conciliation, alors que certains pays de droit civil embrassent activement la conciliation dans l'arbitrage, d'autres, principalement de *common law*, restent plus réticents. Cependant, des progrès sont observés, avec une acceptation croissantes dans des juridictions telles que celles issues du Canada et de l'Australie.

Pour surmonter les préoccupations concernant le respect du principe d'impartialité de l'arbitre, il est essentiel de mettre en place des mesures garantissant la transparence et le consentement éclairé des parties. Par exemple, consigner par écrit l'accord des parties à la

---

<sup>128</sup> J. LACK, *op cit.*, p. 359.

<sup>129</sup> J. LACK, *ibidem*, p. 359.

<sup>130</sup> M. E. SCHNEIDER, *op cit.*, p. 78.

<sup>131</sup> D. BUSSE, "§2.05: *The Proceedings Before the Arbitral Tribunal, Article 26: Encouraging Amicable Settlements*", in Gustav Flecke-Giammarco, Christopher Boog, et al. (eds), *The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2020, pp. 416-417

<sup>132</sup> D. BUSSE, *ibidem*, pp. 416-417

participation active de l'arbitre en tant que conciliateur dans le processus de règlement peut contribuer à dissiper les inquiétudes. De plus, l'application de normes éthiques strictes, telles que celles de l'IBA, qui autorisent l'arbitre à agir en tant que conciliateur avec le consentement des parties, offre une voie vers une conciliation plus intégrée dans l'arbitrage international.

Enfin, l'intégration de la conciliation dans l'arbitrage présente des avantages en termes d'efficacité et de satisfaction des parties. En adoptant des mesures appropriées pour garantir l'impartialité et la transparence, il est possible de tirer pleinement parti de cette pratique et de renforcer la confiance dans le processus arbitral.

## CONCLUSION

Ce mémoire a exploré diverses techniques alternatives visant à faciliter le règlement des litiges aux arbitres, révélant des similitudes essentielles entre les différents chapitres. Malgré les nuances culturelles et juridiques, plusieurs thèmes transversaux se dégagent de cette analyse approfondie.

Tout d'abord, chaque méthode examinée, qu'il s'agisse de l'évaluation préliminaire, des techniques de médiation, de l'expertise ou de la conciliation, vise ultimement à parvenir à un règlement juste et équitable des différends. Bien que les approches varient selon les juridictions et les préférences culturelles, cette aspiration à la justice demeure constante.

Ensuite, la transparence et la communication ouverte sont des éléments cruciaux dans toutes les phases du processus de résolution des litiges. Que ce soit pour clarifier les enjeux dès le début de la procédure, pour faciliter le dialogue entre les parties lors de la phase de médiation durant l'arb-med, pour fournir des informations factuelles précises dans le cadre de l'expertise, ou pour obtenir le consentement éclairé des parties à la conciliation, la communication transparente est un pilier essentiel de chaque méthode.

De plus, la nécessité de garantir l'impartialité et l'indépendance des tiers intervenants est une préoccupation constante à travers les chapitres. Que cela concerne l'acceptation d'une évaluation préliminaire, la participation à une phase de médiation, la sollicitation d'une expertise ou le consentement à une conciliation, le respect du choix de parties est en principe fondamental dans tout processus de résolution des litiges.

Pour finir, à mon sens, malgré les différences de pratiques et de perspectives entre les juridictions et les cultures juridiques, outre la volonté de réduire les coûts et les délais des procédures, la tendance générale tend vers un rôle plus décisif et proactif de l'arbitre dans le règlement des différends. Ce consensus peut être atteint en autorisant légalement les arbitres à participer activement au règlement des litiges. Cette autorisation peut prendre diverses formes. Quoi qu'il en soit, des garanties doivent être intégrées afin de préserver les principes fondamentaux de chacun.

Les juridictions qui n'ont pas encore adopté de législations permettant aux arbitres de faciliter le règlement des litiges pourraient tirer des enseignements des exemples de l'Allemagne, de la Suisse ou de la Chine. Dans ces pays, il est désormais établi que cette approche est efficace et bénéfique.



## **Bibliographie**

### **Législation**

Code Judiciaire belge, *M.B.* 31 octobre 1967 entrée en vigueur le 1<sup>e</sup> novembre 1970.

Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, 1985.

Loi australienne sur l'arbitrage commercial de 2011.

Code autrichien de procédure civile.

Code néerlandais de procédure civile.

Code grec de procédure civile, Sect. 42 §17.

Code Civil italien.

Code Civil suisse.

Alberta Arbitration Act de 1991.

Règlement anglais de procédure civile de 1998, art. 35.1 et s.

Règlement Fédéral américain de procédure civile, art. 706.

New South Wales Commercial Arbitration Act amendé en 1990, art. 27 §1.

Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage de 1990.

Loi de Singapour sur l'arbitrage international de 1994.

Loi indienne sur l'arbitrage et la conciliation de 1996.

Règlement CEDR, Art. 5.3.

Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

Règlement d'arbitrage de la CCI de 2017.

Règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international de 2020.

Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International de 2014.

Règles d'éthique de l'IBA pour les arbitres internationaux de 1987

### **Jurisprudence**

Cour d'appel de Hong Kong, arrêt *Gao Haiyan*, 2 décembre 2011.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992, *Dutco*, JDI 1992.

### **Doctrine**

BERGER, K. P. et JENSEN, J. O., "The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement", *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 40, 2017, pp. 882 à 908.

BUSSE, D., “§2.05: *The Proceedings Before the Arbitral Tribunal, Article 26: Encouraging Amicable Settlements*”, in Gustav Flecke-Giammarco, Christopher Boog, et al. (eds), *The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2020, pp. 416-417.

DE BUYZER, G. et DE BUCK, C., “*De dubbele pet van bemiddelaar en arbiter. Hoedje af of petje te boven? Bemiddeling als stok in het hoenderhok van arbitrage*”, in Caroline Verbruggen and Maarten Draye (eds), *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration*, Wolters Kluwer 2023, Vol. 2023, n° 1, 2023, p. 52.

DRAYE, M. “*Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter V: Article 1700*”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, p. 324.

ELSING, S. H., “*Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*”, in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck oHG 2011, Vol. 9, n°3, 2011, p. 117 à 138.

FAN, K., STACKPOOL-MOORE, R., et al., « *Un point (de vue) actuel sur l’arbitrage en Chine et à Hong Kong : Toujours un pays, deux systèmes ?* », *Revue de l’Arbitrage, Comité Français de l’Arbitrage* 2014, Vol. 2014, Issue 4, p. 856.

FAN, K., “*The Risks of Apparent Bias When an Arbitrator Act as a Mediator - Remarks on Hong Kong Court’s Decision in Gao Haiyan*”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, p. 537.

GOMEZ-ACEBO, A., “*A Special Role of Party-Appointed Arbitrators?*”, in Jean Engelmayer Kalicki and Mohamed Abdel Raouf (eds), *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, Vol. 20, ICCA & Kluwer Law International, 2019, pp. 404 à 414.

HAUGENEDER, F., “*Chapter II: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts in International Arbitration*”, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Vol. 2020, Manz’sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 185 à 187.

HUNTER, M., “*Ethics of the International Arbitrator*”, *53 Arbitration*, 1987, pp. 219 à 224.

HWANG, M., “*The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – Commentary*”, in Albert Jan van den Berg (ed), *ICCA Congress Series No. 12 (Beijing 2004): New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, Vol. 12, ICCA & Kluwer Law International 2005, pp. 572 à 578.

KEUTGEN, G. et DAL, G.-A., « *Titre 8 - L’instruction proprement dite* » in *L’arbitrage en droit belge et international – Tome I - Le droit belge*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 316.

RIVKIN, D. W., “*Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited*”, *Arbitration International* 2009, Vol. 24, Issue 3, 2009, p. 375 et s.

ROSEN, H. et D’SOUZA, G., “*Chapter II: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Making Effective Use of Experts*”, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook*

on International Arbitration 2020, Austrian Yearbook on International Arbitration, Vol. 2020, Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 138 et 139.

SCHÄFER, J., « *Focusing a dispute on the dispositive legal and factual issues, or how German arbitrators think – An introduction to a traditional German method* », *b-Arbitra*, 2013/2, p. 334 et 344.

SCHNEIDER, M. E., “*Combining Arbitration with Conciliation*”, in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 8 (Seoul 1996): International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series, Vol. 8, ICCA & Kluwer Law International, 1998, pp. 78 à 118.

SIM, C., “*Conciliation of Investor-State Disputes, Arb-Con-Arb, and the Singapore Convention*”, 31 Singapore Academy L J 670, 2019, pp. 9 et 21.

SMILEY, A. K. F., “*An Unwanted Intrusion: Challenging the Appointment of Experts in International Arbitration*”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 85, Issue 4, 2019, p. 365.

STEIN, E., “*Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter V: Article 1707*”, in Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016, pp. 375 à 380.

STIPANOWICH, T. J., « *Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med, and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators* », *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 26, n°265, 2021, p. 279.

TANG, H., “*Combination of Arbitration with Conciliation - Arb-Med*”, in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 12 (Beijing 2004): New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, Vol. 12, ICCA & Kluwer Law International, 2005, pp. 547 et 550.

TUNKEL, N. et HUBER-STARLINGER, A., “*Chapter IV: Science and Arbitration, The Vienna Propositions for Innovative and Scientific Methods and Tools in International Arbitration, E. The Use of Mediative Tools in Arbitration*”, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2020, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2020, pp. 407 à 410.

VAN COMPERNOLLE, J. et DUBUISSON, B., “*L'expertise*”, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 40-41.

VAN LEYNSEELE, P., « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber amicorum Georges-Albert Dal : l'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 833 à 864.

VAN LEYNSEELE, P., « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim pratique : revue pratique de l'immobilier*, Bruxelles, De Boeck, 2014/1, pp. 110 à 127.

WAGNER, K., « *Chapitre 2 - Médiation-arbitrage (med-arb)* » in *Manuel de l'arbitrage belge et international*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 863.

WAGNER, K., « *Chapitre 3 - Arbitrage-médiation (arb-med)* » in *Manuel de l'arbitrage belge et international*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 877.

## Sites internet

KOZMENKO, A. et GROSELJ, L., *“Settlement Facilitation by the Arbitral Tribunal – a Swiss Perspective”*, 1 février 2021, disponible sur <https://journal.arbitration.ru/analytics/settlement-facilitation-by-the-arbitral-tribunal-a-swiss-perspective/>, consulté le 2 février 2024.

HIRSCH, L., REECE, R., REISER, R., *“ Round Table Report on Expert witnesses in international arbitration”*, Thomson Reuters and Contributors, RDAI/IBLJ, n°3, 2019 disponible sur [https://www.gide.com/sites/default/files/gide\\_uk\\_publication\\_internationalarbitration\\_iblj\\_june2019.pdf](https://www.gide.com/sites/default/files/gide_uk_publication_internationalarbitration_iblj_june2019.pdf), consulté le 10 mars 2024.

## Divers

Bulletin ASA, Vol. 13, Issue 3, 1995.

*“Issues for Arbitrators to Consider Regarding Experts”*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 21, No. 1, p. 45.