



ARBITRAGE ET MEDIATION :
COMPARAISON DANS UN CAS PRATIQUE

Mémoire – Modes alternatifs de résolution des conflits

PHILIPPE LUYET
UNIVERSITE DE LAUSANNE
15 Juin 2016


UNIL | Université de Lausanne

Table des matières

ABRÉVIATIONS	2
1. INTRODUCTION :	1
1.1 L'ARBITRAGE	1
1.2 LA MÉDIATION	3
2. EXPOSITION DU CAS D'ESPÈCE	5
2.1 PRÉSENTATION DES PARTIES	5
2.2 RÉSUMÉ DES FAITS	6
2.3 PRÉSENTATION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES DES PARTIES	6
3. RÉOLUTION PAR VOIE D'ARBITRAGE	9
3.1 DURÉE DE L'ARBITRAGE	14
3.2 ESTIMATION DES COÛTS DE L'ARBITRAGE	14
3.3 RÉSULTAT DE L'ARBITRAGE	16
4. RÉOLUTION PAR VOIE DE MÉDIATION	18
4.1 SCÉNARIO 1	21
4.2 SCÉNARIO 2	24
4.4 DURÉE DE LA MÉDIATION	29
4.5 COÛTS DE LA MÉDIATION	29
4.6 RÉSULTATS DE LA MÉDIATION	30
4. PRÉSENTATION DES SOLUTIONS 'MÉD-ARB'	31
5. COMPARAISON DES DEUX MODES DE RÉOLUTION DES CONFLITS DANS LE CAS D'ESPÈCE	32
EVALUATION DES PROCESSUS	32
EVALUATION DES SOLUTIONS	35
COMPARAISON DE LA DURÉE ET DES FRAIS DU PROCESSUS	37
EVALUATION DE L'IMPLICATION ET DE L'ÉTAT D'ESPRIT DES PARTIES	38
6. CONCLUSION	43
BIBLIOGRAPHIE	45
ANNEXE I – CAS PRATIQUE ET INFORMATIONS CONFIDENTIELLES	48
ANNEXE II – CONTRAT DE MEDIATION	53
ANNEXE III - ACCORD DE MÉDIATION N°1	55
ANNEXE IV - CONTRAT DE MÉDIATION N°2	58
ANNEXE V – TABLEAUX DES FRAIS ET HONORAIRES DE L'ARBITRAGE	62

Abréviations

ADR	Alternative dispute resolution
al.	alinéa
art.	article
CHF	Franc(s) Suisse(s)
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008
CR-CC	Commentaire Romand : Code des obligations
etc.	et cœtera
GRE	Geneva Real Estate Sàrl
ICC/CCI	International chamber of commerce / Chambre du commerce international
LDIP	Loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987
let.	lettre
MARC	Modes alternatifs de résolution des conflits
Méd-arb	Médiation-arbitrage
n°	numéro
NT	New Technologies SA
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
P.	Page(s)
PDG	Président directeur général
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SA	Société anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
ss.	et suivant(e)s
TAS	Tribunal arbitral du sport
USD	Dollar(s) Américain(s)

1. Introduction :

Lorsque les personnes sont confrontées à un conflit avec des enjeux juridiques il est fréquent qu'elles se laissent guider au tribunal sans se poser de questions. Il existe pourtant d'autres moyens de résoudre ces différends. En effet, les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC), ou alternative dispute resolution (ADR), sont des moyens de plus en plus pratiqués pour résoudre les désaccords.

Ils comprennent, notamment, l'évaluation neutre, la conciliation, le droit collaboratif, la médiation et l'arbitrage. Parmi ces ADR, les plus utilisés sont la médiation et l'arbitrage.

Tous ces modes de résolution des conflits naissent d'une volonté commune des parties. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient tous des modes de résolution amiables. Certains, comme l'arbitrage, ont, certes, une base consensuelle mais il s'agit d'une justice impérative et adjudicative. Des arbitres rendent une sentence arbitrale, sur la base des faits et du droit élu, qui lie les parties et peut être exécutée à la manière d'un jugement.

L'arbitrage et la médiation étant les deux modes alternatifs de résolution des conflits les plus répandus, nous allons nous y intéresser en soumettant un même cas à ces deux processus afin de mieux percevoir leur mode de fonctionnement et leurs différences concrètes. Le déroulement de la médiation étant moins strict que celui de l'arbitrage, il a semblé opportun de faire deux scénarios dans le but de mettre l'accent sur la diversité des issues possibles en médiation.

Ce travail présente une médiation plutôt classique ne s'écartant que peu d'une résolution juridique pour démontrer que la médiation ne s'éloigne pas nécessairement des solutions apportées par une résolution purement juridique ainsi qu'une autre plus créative, amenant des solutions insoupçonnées qui ne saurait être trouvées par le biais des voies de droit ordinaire.

1.1 L'Arbitrage

L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits qui prend place dans un tribunal arbitral. Le tribunal arbitral est une cour privée ayant autorité pour trancher le conflit qui lui est soumis. Sa constitution et sa compétence trouvent leur fondement dans l'accord d'arbitrage. Il peut prendre la forme d'une clause compromissoire intégrée au contrat de base ou il peut faire l'objet d'un compromis indépendant ultérieur à la survenance du litige. Cet accord exclut la compétence de la cour étatique et donne également à la sentence arbitrale un statut équivalent au jugement d'un tribunal. Cette sentence est finale et exécutoire. Des voies de recours existent mais elles sont très limitées.

Le tribunal est composé d'un nombre impair d'arbitres, généralement un ou trois. Leur nombre ainsi que leur personne sont décidés par les parties. De manière générale, n'importe quelle personne peut être désigné comme arbitre, sauf dans certains milieux comme l'arbitrage sportif où les arbitres doivent être sélectionnés sur une liste de personnes agréées. Lorsqu'un seul arbitre doit être choisi il faut que les deux parties soient d'accord. Lorsqu'ils sont au nombre de trois chacune des parties choisit un arbitre qui, à leur tour, choisiront ensemble le président. En cas d'arbitrage institutionnel il y a généralement des règles pour prévenir les désaccords sur le choix des arbitres.

Il existe de nombreuses raisons qui peuvent pousser au choix de l'arbitrage plutôt que la voie judiciaire.

Même si ce n'est pas toujours le cas, l'arbitrage est souvent international. Dans ces cas une des raisons évidentes de choisir l'arbitrage est de bénéficier d'un siège neutre. Les parties peuvent choisir le droit applicable ainsi que les règles de procédure, pouvant ainsi déterminer quel est le droit qui leur semble le plus opportun pour régir leur contrat. L'arbitrage permet également de choisir la langue dans laquelle se déroulera la procédure, élément très important lorsqu'on ne parle pas couramment la langue d'origine de son partenaire contractuel.

Un autre grand avantage de l'arbitrage est sa facilité de reconnaissance dans les états tiers. En effet, la convention de New York¹, signée par 156 états, permet la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette très large ratification de la convention a participé à la popularité de l'arbitrage.

Un avantage régulièrement cité est la rapidité de la procédure d'arbitrage en comparaison avec la procédure judiciaire. En effet celle-ci étant organisée par les parties, elle peut se permettre de mettre de côté certains éléments qui rendent la procédure judiciaire longue et lourde. Le fait par exemple que les voies et les motifs de recours contre la sentence arbitrale soient très restreints participe à la célérité de la procédure. En pratique cela dépend beaucoup des circonstances. La durée d'une procédure arbitrale peut varier entre 10 et 24 mois², le tout dépendant bien entendu de la complexité de l'affaire ou encore de l'institution choisie. La procédure étant confidentielle, il est difficile d'obtenir des estimations fiables.

La confidentialité est une caractéristique importante de la procédure. En effet, seul les parties, les arbitres et l'éventuelle institution d'arbitrage sont au courant de l'arbitrage³.

¹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958. <http://www.newyorkconvention.org>

² PFISTERER Stefanie, SCHNYDER Anton K., *International Arbitration in Switzerland*, Dike, Zurich, 2012, p. 3.

³ PFISTERER Stefanie, SCHNYDER Anton K., *International Arbitration in Switzerland*, Dike, Zurich, 2012, p. 3.

Bien souvent les entreprises ne veulent pas que leurs conflits soient connus du public. Que ce soit par stratégie ou par soucis de leur image, de nombreuses entreprises font recours à l'arbitrage pour bénéficier de cette confidentialité.

Le choix des arbitres est également un avantage considérable permettant aux parties de choisir une personne qui a des connaissances dans le domaine auquel à trait l'affaire en question, ce qui permet d'économiser du temps et d'avoir un jugement plus en adéquation avec le milieu.

L'arbitrage ne présente cependant pas que des points positifs. Sa célérité, régulièrement citée comme un avantage majeur, n'est plus complètement d'actualité. En effet, si à ses débuts, l'arbitrage était beaucoup plus rapide que la procédure ordinaire, le nombre et la complexité croissante des affaires actuelles font de l'arbitrage une procédure pouvant durer plusieurs années. De plus, le coût d'un arbitrage est extrêmement élevé, ce qui le rend inaccessible pour bon nombre de personnes. La complexité de l'arbitrage ne permet pas aux commerçants, cible première de l'arbitrage, de l'aborder aisément et les force à consulter des praticiens professionnels. Bien que les institutions d'arbitrages ont pour but de simplifier quelque peu l'arbitrage ad hoc, leurs règles restent complexes et bien loin de la réalité du commerce. Les voies de recours très limitées représentent à la fois un avantage et un inconvénient, sachant qu'elles ne peuvent pas être invoquées pour une erreur des arbitres sur le droit ou les faits, par exemple.

1.2 La Médiation

La médiation est un mode amiable de résolution des conflits qui est défini par la chambre internationale du commerce (ci-après : ICC) comme « un mode de résolution flexible, mené en privé et de manière confidentielle, dans lequel un médiateur agit en qualité de facilitateur neutre dans le but de mener les parties à un accord négocié ».⁴

Bien que bon nombre de praticiens y soient réticents, la médiation intéresse de plus en plus de personnes, notamment grâce à son taux élevé de succès, sa rapidité, son coût largement inférieur à une procédure judiciaire ou encore la possibilité d'obtenir un accord négocié offrant bien plus de libertés et d'options que le procès. Elle est également grandement recommandée lorsque les parties impliquées souhaitent préserver ou rétablir une relation, qu'elle soit privée ou professionnelle.

⁴ D'après ma traduction : « Mediation is a flexible settlement technique, conducted privately and confidentially, in which a mediator acts as a neutral facilitator to help the parties try to arrive at a negotiated settlement of their dispute ». <http://www.iccwbo.org/>

La médiation est un procédé non contraignant. Cela signifie qu'à l'instar de l'arbitrage, l'entrée en médiation est consensuelle. Il est cependant possible, à l'inverse de l'arbitrage, d'en sortir en tout temps et l'accord négocié doit évidemment être accepté par les deux parties, ce qui fait de la médiation un mode amiable de résolution des conflits. Le médiateur, n'ayant pas le pouvoir de trancher le litige, a donc un rôle bien différent de l'arbitre. Bien que dépendant de son style⁵, le médiateur est généralement, comme le dit très justement l'ICC, un tiers facilitateur qui a pour objectif de guider les parties dans le processus de médiation afin qu'elles trouvent elles-mêmes un terrain d'entente et donc une solution à leur problème.

La confidentialité en médiation est assurée par l'art. 216 CPC. Cet article souligne également le fait que la médiation est indépendante du tribunal et de l'autorité de conciliation, leur interdisant ainsi de donner des instructions au médiateur. Il est clairement spécifié que « les déclarations des parties ne peuvent être prise en compte dans la procédure judiciaire »⁶. Le rôle de la confidentialité en médiation est donc un peu différent de celui qu'elle tient en arbitrage. Ici, elle permet aux parties d'entrer en médiation sans crainte que les déclarations et les pièces produites au cours de la médiation soient réutilisées dans un procès en cas d'un éventuel échec de la procédure. Il va de soi que le médiateur est également tenu à la confidentialité et devra se récuser en cas de procédure judiciaire comme le confirme l'art. 47 al. 1 let. b CPC.⁷ Bien que les parties y soient naturellement réticentes, cette confidentialité pousse généralement les parties à partager un plus grand nombre d'informations dans un esprit de collaboration.

La médiation coûte beaucoup moins cher qu'un procès traditionnel. Même si les médiateurs perçoivent des honoraires, dans l'absolu, relativement élevés⁸, ces coûts sont divisés entre les parties. De plus, la médiation se pratique également régulièrement en l'absence d'avocats, sources d'importantes dépenses. Cependant la principale raison du coût relativement restreint de la médiation est sa célérité. En effet, alors que les voies judiciaires peuvent prendre des mois, voire des années, représentant des centaines d'heures de travail, la médiation ne requiert souvent que quelques, voire une seule séance. L'accord négocié résultant de la médiation étant

⁵ Il existe trois principaux types de médiateurs : le facilitateur, l'évaluateur et le transformateur. Le médiateur évaluateur se rapproche plus du juge ou de l'arbitre. Il est généralement juriste de formation et va se concentrer sur les aspects légaux plutôt que sur les besoins et intérêts des parties. C'est également lui qui est en charge de l'organisation de la procédure à la différence des autres styles de médiation. Il assiste les parties en mettant en lumière les faiblesses des dossiers, prévoyant les actions ou propos du juge ou encore en donnant son propre avis, bien sur non contraignant, sur l'issue de l'affaire. Pour plus de détails, voir l'article de Zena Zumeta, *Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation*, 2000. (www.mediate.com).

⁶ Art. 216 al. 2 CPC.

⁷ PASTORE Florent, SAMBETH GLASNER Birgit, *La médiation civile dans le code de procédure civile unifié*, 2010.

⁸ Les honoraires d'un médiateur ne sont pas plus élevés que ceux d'un arbitre ou d'un avocat.

normalement mutuellement bénéfique, il est beaucoup plus largement respecté, évitant ainsi dans la majorité des cas l'emploi de ressources pour le faire exécuter.

La médiation a également comme caractéristique de responsabiliser les parties et de leur permettre de se réapproprier leur conflit. Ils peuvent ainsi restaurer ou préserver leur relation et collaborer dans la recherche d'une solution créative et couvrant généralement plus d'éléments qu'un jugement. En effet, une erreur commune est de voir les ressources comme un 'gâteau' fixe⁹ et de penser que le but de la négociation est de répartir ces ressources. Une solution créative permet aux deux parties d'obtenir plus que simplement la moitié des ressources à dispositions comme on peut le voir dans l'exemple de l'orange¹⁰.

La médiation permet donc de résoudre les conflits d'une manière plus satisfaisante, plus rapide et pour une fraction du coût des voies de droit traditionnelles.

Il est cependant des cas où la médiation ne correspond pas aux besoins des parties. Il arrive que certaines personnes aient besoin d'une justice adjudicative, qu'elles n'aient ni le temps ni l'envie d'essayer de résoudre l'affaire. Lorsqu'une partie n'a pas réellement la volonté de prendre le problème 'à bras le corps' afin de le résoudre, il s'agit d'une perte de temps et de ressources pour toutes les parties impliquées. Il se peut également qu'une partie n'accepte la médiation que pour gagner du temps avant une procédure judiciaire. Beaucoup d'informations sont échangées durant une médiation et certaines, bien que confidentielles et donc inadmissibles au tribunal, peuvent avoir une influence indirecte sur la procédure judiciaire.

2. Exposition du cas d'espèce¹¹

2.1 Présentation des parties

- *Geneva Real Estate* : Agence immobilière, récemment fondée, spécialisée dans les locaux commerciaux et résidences très haut de gamme. Leur 'business model' se base sur un service en ligne efficace et rapide.
 - o *Vincent* : Associé fondateur de Geneva Real Estate, il est actif dans l'immobilier depuis 20 ans.

⁹ Harvard Law School: Program on negotiation. Business negotiation skills: 5 common business negotiation mistakes.

¹⁰ On utilise communément l'image de l'orange afin d'illustrer ce principe. Lorsque deux parties se disputent une orange, il y a fort à parier que chacune d'entre elles repartira avec la moitié de cette orange. Ce que les parties ne savent en revanche pas c'est qu'une d'elle n'avait besoin que de la pulpe et l'autre que de la peau. La répartition distributive ne leur a apporté donc que 50% de ce qu'ils souhaitaient. En médiation, le but est que les parties collaborent pour obtenir 100% de ce qu'elles veulent.

¹¹ Annexe I, cas fictif proposé à l'ECAV en 2008.

- *Albert* : Associé fondateur de Geneva Real Estate, il est actif dans l'immobilier depuis 20 ans.
- *New Technologies* : Société informatique en charge du développement du système informatique de Geneva Real Estate.
 - *François* : PDG et représentant de New Technologies dans le cadre du litige avec Geneva Real Estate.

2.2 Résumé des faits

New Technologies (ci-après NT) a été chargé par Geneva Real Estate (ci-après GRE) de concevoir tout leur système informatique, base du concept de la société. NT a recommandé un serveur aux caractéristiques spécifiques pour l'installation du système. GRE, trouvant le prix du serveur trop élevé, a ignoré cette recommandation et fait l'acquisition d'un serveur 'X', meilleur marché.

Le montant total de la facture pour les services de NT se monte à 200'000 CHF et est à payer ainsi :

- 10% à la signature (20'000 CHF)
- 50% à l'installation (100'000 CHF)
- 40% trois mois après la réception (80'000 CHF)

Dès les débuts, le système informatique n'a pas fonctionné comme prévu. Les associés de GRE ont déjà vu certains de leurs clients les quitter à cause des retards engendrés par les lenteurs du système informatique. NT est intervenu à plusieurs reprises pour corriger la situation mais sans succès. NT estimant que la responsabilité incombe à GRE et son serveur 'X' bas de gamme souhaite obtenir le solde du montant qui lui est dû, soit 80'000 CHF. NT a requis une expertise privée confirmant sa position. GRE a fait conduire une contre-expertise affirmant qu'une erreur de conception imputable à NT serait à l'origine des problèmes.

2.3 Présentation des informations confidentielles des parties

Informations confidentielles de Vincent (GRE)

« Albert et Vincent ont disposé de toutes leurs économies, y compris leur deuxième pilier, pour créer Geneva Real Estate. Leur 'business plan' prévoyait de nouer des liens avec des clients connus alors qu'ils étaient chez leurs employeurs précédents. Ils savent donc qu'il serait difficile pour eux de retrouver un emploi dans l'immobilier et ils doivent impérativement réussir le démarrage de leur société. Ils n'ont toutefois pas, en raison de leurs mauvais résultats, les liquidités nécessaires pour payer le solde de 40% réclamé par New Technologies. Ils n'ont pas

les moyens pour payer un nouveau système informatique, et ils ne savent même pas comment ils vont payer leur avocat !

Ils sont convaincus que leur concept reste valable. Ils pensent que le logiciel de New Technologies est à l'origine du mauvais fonctionnement du système. Leur avocat leur a indiqué qu'un important montant pouvait également être réclamé au titre des dommages-intérêts pour perte de clientèle en sus de la mise en conformité du système informatique. Albert et Vincent ont toutefois besoin que leur entreprise puisse reprendre rapidement ses activités sans attendre l'issue d'un procès qui prendrait plusieurs années. »¹²

Informations confidentielles pour l'avocat de Vincent

« Sur la base des informations reçues, il vous apparaît clairement que le logiciel vendu par New Technologies est défectueux et que vous auriez de bonnes chances de gagner en cas de procès. »¹³

Informations confidentielles de François

« François est le patron de New Technologies, société active dans la conception de systèmes informatiques ainsi que dans le domaine du *web hosting*. François a eu, au départ, un coup de cœur pour le projet d'Albert et de Vincent. En dépit de son carnet de commande bien rempli, il leur a accordé beaucoup de temps. Il est particulièrement déçu du non paiement du solde car il estime avoir pleinement rempli ses obligations. Il a également été très contrarié qu'Albert et Vincent achètent leur matériel auprès d'une société tierce. Il n'a pas très envie d'aller en médiation et préférerait un jugement condamnant clairement Albert et Vincent à lui payer son dû, en raison de leur ingratitude pour tout le travail qu'il a consenti à faire pour eux.

New Technologies dispose par ailleurs d'un système de *web hosting* qu'il met à disposition de plusieurs clients, lesquels en sont très satisfaits. Ce système utilise le même logiciel que celui acheté par Geneva Real Estate (mais pas dans l'immobilier) et François n'a jamais eu de problèmes avec ce système. Il est clair que la source du problème est le matériel acheté par Albert et Vincent. Il est tout de même un peu inquiet du risque (si faible soit-il) que New Technologies doive s'acquitter de dommages-intérêts du fait de la perte de clientèle de Geneva Real Estate. Il est vrai qu'il a installé son système sur le serveur d'Albert et Vincent sans avoir vérifié si ce serveur fonctionnerait adéquatement. De plus, il craint que la réputation de sa

¹² Recopié du cas, Annexe I.

¹³ Recopié du cas, Annexe I.

société, qui doit faire face à une concurrence très vive, ne soit entachée et que cela entraîne la perte de certains marchés. »¹⁴

Informations confidentielles pour l'avocat de François

« Sur la base des informations reçues de votre client, il vous apparaît clairement que la cause du mauvais fonctionnement du système est dû au matériel acquis par Geneva Real Estate auprès d'une société tierce et que vous auriez de bonnes chances de gagner en cas de procès. »¹⁵

¹⁴ Recopié du cas, Annexe I.

¹⁵ Recopié du cas, Annexe I.

3. Résolution par voie d'arbitrage

Les parties ont rédigé, dans leur contrat, une clause compromissoire en ces termes :

« Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un arbitre unique nommés conformément à ce Règlement. La procédure, menée en français, aura lieu à Genève. Le droit suisse est exclusivement applicable à ce contrat. »¹⁶

Les règles de l'ICC permettent effectivement aux parties de choisir la langue (art. 20 ICC), le lieu (art. 18 ICC) ainsi que le droit applicable au fond (art. 21 ICC).

New Technologies n'ayant pas son siège social en suisse, nous sommes en présence d'un arbitrage international (art 176 al. 1 in fine LDIP) et les dispositions de la LDIP sont donc applicable.

En respect de cette clause, François a envoyé une requête d'arbitrage au secrétariat de l'ICC (Art 4 al. 1 ICC). Sa demande, comprenant tous les éléments requis par l'art 4 al. 1 ICC, détaille, notamment, la cause des problèmes entre les deux entreprises, à savoir, le dysfonctionnement du système développé par NT dû au serveur 'X' 'bas de gamme' dont GRE a fait l'acquisition. Il sollicite donc une décision visant à condamner GRE à payer le solde de la facture, soit 80'000 CHF.

Vincent, notifié par le secrétariat de l'ICC (art 4 al. 1 ICC) de la demande d'arbitrage de François, formule dans sa réponse (5 al. 1 ICC) qu'il réfute la responsabilité de GRE dans l'existence des problèmes du système informatique et joint une demande reconventionnelle (art 5 al. 5 ICC) réclamant la suppression de toutes les lenteurs du système dans le mois ainsi que des dommages et intérêts de 700'000 CHF pour compenser la perte de clients engendré par les lenteurs du système incorrectement conçu par NT.

On voit ici qu'à l'instar de la procédure judiciaire, l'arbitrage débute par des échanges d'écritures permettant, notamment, aux arbitres de prendre connaissance du dossier avant la première audience. Le principe n'est pas le même en médiation où le médiateur n'a que de brèves entrevues, parfois même téléphoniques, avec les parties avant la première séance.

Le tribunal arbitral étant tenu par le principe de célérité et d'efficacité (art. 22 al. 1 ICC), il n'est pas obligé de tenir une audience et peut décider de statuer uniquement sur les pièces à moins qu'une partie ne demande une audience (art. 25 al. 6 ICC).

¹⁶ Adaptée des recommandations de l'ICC, p. 68 du règlement sur l'arbitrage et la médiation.

Au vu des pièces totalement contradictoires, le tribunal fait usage de sa prérogative lui permettant de décider d'office de l'audition des parties (art. 25 al. 2 ICC).

Les parties doivent ici payer une provision couvrant les honoraires et frais du tribunal arbitral ainsi que les frais administratifs de l'institution (art. 36 al. 2 ICC).¹⁷

Une fois le dossier remis au tribunal arbitral, ce dernier doit établir un acte précisant sa mission (art 23 ICC). Cet acte doit être signé par le tribunal et les parties dans les 2 mois qui suivent la réception du dossier (al. 2).

Le tribunal arbitral, tout comme le tribunal ordinaire, cite les parties à comparaître (art 26 al. 1 ICC) et ces dernières sont tenues de s'y présenter, sauf excuse valable, sous peine d'arbitrage par défaut (art. 26 al. 2 ICC). Bien qu'en arbitrage le choix du moment de l'audience soit un peu plus flexible que dans le cadre de la justice étatique, nous sommes bien loin de la flexibilité de la médiation qui ne fixe que des séances sur accord des parties et dont l'absence n'est pas frappée de conséquences aussi importantes.

La première question à résoudre est celle de la qualification du contrat. Il est intéressant de constater que si la qualification du contrat est essentielle en arbitrage pour pouvoir appliquer la loi, ce n'est pas le cas en médiation où cette qualification n'est pas nécessaire. Lorsque des avocats sont présents en médiation, il est certain qu'ils répondront à ces questions afin de préparer les négociations et avoir une meilleure vue d'ensemble de la situation de leur client. Il est cependant très probable que les parties non-accompagnées d'avocats ne se prêteront pas à cet exercice.

Sommes-nous en présence d'un contrat de vente d'un logiciel déjà conçu ou d'un contrat de mandat ou d'entreprise pour la conception d'un nouveau logiciel ? L'énoncé parle clairement de conception, ce qui ferme la porte au contrat de vente. La différence principale pour savoir si nous sommes en présence d'un contrat d'entreprise ou de mandat est l'obligation de résultat. En effet, le mandat est une gestion d'affaire dans laquelle le mandataire ne garantit aucun résultat. Le contrat d'entreprise porte sur l'exécution d'un ouvrage. La jurisprudence précise que l'ouvrage peut être matériel ou immatériel¹⁸, comme dans notre cas. Il semble dès lors évident qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise car NT a été engagé dans le but de concevoir un logiciel fonctionnel. Le résultat est la finalité du contrat. En l'espèce l'art 363 CO dispose que le contrat d'entreprise se fait entre un entrepreneur – NT – et un maître – GRE –, et il porte sur l'exécution d'un ouvrage – le logiciel – contre le paiement du prix – 200'000 CHF.

¹⁷ Voir estimation des coûts, p. 18.

¹⁸ CO-RO I, art. 363, N9, p. 2188, François Chaix.

Une fois le contrat qualifié il faut s'assurer qu'il a été valablement conclu selon les art 1 ss CO. Il faut une volonté réciproque et concordante ainsi qu'un accord sur les points objectivement et subjectivement essentiels du contrat. Les points objectivement essentiels du contrat sont « la désignation des parties, la détermination suffisante de l'ouvrage et le caractère onéreux du contrat »¹⁹.

Concernant les éléments subjectivement essentiels on peut se poser la question concernant la clause stipulant l'utilisation d'un serveur aux caractéristiques spécifiques. Cette clause semble relever plus de la recommandation que d'une clause subjectivement essentielle. De plus NT n'utilise cette information que pour se décharger de sa responsabilité et ne fait à aucun moment mention d'une violation du contrat.

Au vu de ces éléments et sachant que le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune forme (art. 11 CO), il est établi que le contrat a été valablement conclu.

Il a donc été convenu dans le contrat que NT développerait le système informatique de GRE pour un montant de 200'000 CHF. Ce montant couvre l'achat du logiciel finalisé ainsi qu'une partie des frais de développement. L'essentiel du développement ayant été financé par NT, le contrat stipule que la propriété intellectuelle du programme appartient exclusivement à NT qui peut donc en disposer comme bon lui semble. GRE a cependant droit à 10% du produit des ventes du logiciel pendant trois ans. NT doit également s'occuper d'installer le programme de GRE, étant précisé le type de serveur idéal pour l'entreprise. NT est également en charge de la maintenance dudit programme.

A ce stade de la procédure, l'arbitre fait conduire une expertise visant à déterminer qui du serveur 'X' ou du logiciel pose problème, comme le lui permet l'art 25 al. 4 ICC. Il est intéressant de noter qu'il s'agit ici d'une troisième expertise, après celles menées de manière privée par chacune des parties. Elle est utile en arbitrage car il s'agit d'un élément de preuve important sur lequel peut se reposer l'arbitre. En médiation, en revanche, cette troisième expertise aurait été très certainement évitée car elle ne représente pas une pièce essentielle à la conduite du processus. Dans l'absolu le fait même de savoir qui a raison ou tort n'est pas vital à la réussite de la médiation. Il y a cependant une tendance naturelle chez les parties à vouloir savoir qui a raison.

¹⁹ MULLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Stämpfli, Berne, 2012.

Dans le cas présent, l'expertise démontre que le logiciel est sans défaut et que la cause du problème provient en effet de la puissance insuffisante du serveur 'X' acquis par GRE.²⁰

Partant de cette expertise il est avéré que NT a correctement accompli l'ouvrage pour lequel il a été engagé. La question des devoirs auxiliaires de l'entrepreneur doit cependant être résolue. L'art 365 al. 3 CO prescrit que si la matière fournie ou le terrain désigné par le maître ou s'il survient une autre circonstance qui compromet l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage, l'entrepreneur doit en informer immédiatement le maître. La doctrine s'accorde à dire que les circonstances que l'entrepreneur aurait dû connaître sont assimilées à celles qu'il connaissait effectivement²¹. Même si normalement le maître répond du défaut de la matière qu'il a apporté, l'entrepreneur reste tenu d'aviser le maître du défaut. S'il omet de lui faire l'avis du défaut, il se rend responsable du défaut de la matière.

En l'espèce la mauvaise qualité du serveur 'X' fourni par GRE entre dans la catégorie des circonstances qui compromettent l'exécution régulière de l'ouvrage. NT, ayant formulé des recommandations concernant les caractéristiques du serveur, aurait dû tester le serveur 'X' afin de s'assurer de sa conformité, ou non, aux recommandations et donc informer GRE de l'impossibilité de faire fonctionner correctement le programme sur ce dernier.

L'entrepreneur peut cependant se libérer de sa responsabilité s'il démontre que dans tous les cas, malgré un avis immédiat, l'ouvrage aurait été accompli exactement de la même façon²². Au vu de la précarité financière²³ dans laquelle se trouve GRE, il est imaginable qu'ils aient poussés NT à adapter leur logiciel au serveur 'X' et non l'inverse. Ça ne semble cependant pas suffisant pour affirmer que GRE aurait dans tous les cas ignorés l'avis de NT. Connaissant les enjeux vitaux pour GRE il est difficile d'envisager qu'ils aient persistés avec ce serveur 'X', mettant leur société en péril. Les éléments ne permettent donc pas à l'entrepreneur de se libérer de sa responsabilité. GRE peut donc prétendre à des dommages et intérêts pour les conséquences de ce manque de diligence, soit la perte des clients subie par GRE.

Le maître doit vérifier l'état de la chose immédiatement après sa livraison (art 367 CO). La vérification doit se faire du point de vue d'une personne aux connaissances moyennes, à moins que le maître ne soit un expert ou se soit engagé à faire examiner l'ouvrage par un

²⁰ Une expertise prolongerait la procédure de plusieurs mois de par les nombreux échanges d'écritures qu'elle implique. Pour les frais, ils ont été établis arbitrairement à 10'000 CHF, voir estimation des coûts, p. 14.

²¹ CR-CO I, art. 365, N22, p. 2219, François Chaix.

²² CR-CO I, art. 365, N23, p. 2219, François Chaix.

²³ Il est intéressant de noter que dans le cadre de l'arbitrage GRE ne donnera pas cette information à NT car il risque d'apparaître plus faible et n'a aucun avantage concret à la partager. En médiation les choses se passent différemment et cette information peut avoir un impact important sur le déroulement du processus et son résultat.

professionnel²⁴. Ici Vincent et Albert n'étant pas des experts informatiques, il ne peut pas être attendu de leur part un examen approfondi du logiciel. De plus, le programme étant sujet à des lenteurs dues, d'après NT, au serveur 'X', nous pouvons penser qu'au moment du test, étant seul utilisateur, le système ne devait pas présenter de lenteur particulière. On peut donc estimer que le devoir de vérification a été correctement accompli.

Le programme étant sujet à d'importantes lenteurs, il n'a pas les qualités attendues par le maître. Il s'agit donc bien d'un défaut de l'ouvrage. Le défaut n'étant pas irréparable il s'agit d'un défaut au sens de l'art 368 al. 2 CO, soit un défaut de moindre importance. Le maître peut obtenir une diminution du prix ou la réfaction de l'ouvrage. Il ne peut cependant pas prétendre à la résolution du contrat, prérogative réservée aux défauts de grandes importances de l'al. 1.

Néanmoins l'art 369 CO empêche le maître de se prévaloir des droits résultants des défauts de l'ouvrage lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable. En fournissant un serveur 'X' trop peu puissant le défaut de l'ouvrage peut directement être imputé au maître qui perd donc ses prérogatives. NT ayant cependant omis d'aviser le maître des problèmes de qualités de la matière fournie se rend également responsable. Il est admis une libération uniquement partielle de l'entrepreneur lorsque ce dernier « a concouru de manière significative, avec le fait du maître, à causer le défaut. »²⁵. Il en résulte donc que GRE devra fournir un nouveau serveur 'Y' de qualité suffisante et NT devra procéder gratuitement à la réinstallation et adaptation du système sur ce nouveau serveur 'Y'.

La réfaction de l'ouvrage et la réduction du prix étant des possibilités alternatives et non cumulatives, GRE reste dans l'obligation de payer le solde de 80'000 CHF à NT. Les règles sur la compensation des créances (art 120 ss CO) sont applicables entre les dommages et intérêts dû par NT et le solde dû par GRE.

Les arbitres prennent une décision concernant la répartition des frais conformément à l'art. 37 ICC. En l'espèce l'arbitre estime que malgré la coresponsabilité des parties dans la création du dommage, NT, dans sa position d'expert, doit supporter la majorité de la responsabilité pour avoir manqué à son devoir d'avis au maître. Il répartit ainsi les frais à hauteur de 70% pour NT et 30% pour GRE.

²⁴ CR-CO I, art. 367, N11, p. 2234, François Chaix.

²⁵ CR-CO I, art. 369, N23, p. 2264, François Chaix.

3.1 Durée de l'arbitrage

Il est avant tout important de se rendre compte que la durée d'un arbitrage peut grandement varier d'un cas à un autre. Ce temps peut varier, notamment, en fonction de la complexité du cas, de la collaboration des parties, de la disponibilité des arbitres, de l'institution désignée ou encore du choix préalable des parties de la langue, siège, droit applicable, etc.

L'arbitrage étant confidentiel, il existe très peu de statistiques sur la durée moyenne d'une procédure. Théoriquement, l'art. 30 ICC impose au tribunal arbitral de rendre une décision dans les 6 mois qui suivent la signature de l'acte de mission. Sachant que l'acte de mission doit être établi dans les deux mois qui suivent la transmission du dossier (art. 23 ICC), cela porte la durée maximale de la procédure d'arbitrage en tant que tel à 8 mois, auxquels il faut ajouter les quelques mois de préparation du dossier. Cependant tous ces délais sont largement théoriques car chacun de ces articles permet au tribunal arbitral de prolonger ces délais. Certaines sources indiquent qu'en moyenne un arbitrage devant l'ICC dure trois ans²⁶, l'arbitrage international Attorney Network parle d'environ 18 mois²⁷.

Nous sommes ici en présence d'un cas de peu de complexité, avec peu de pièces amenées au dossier, une valeur litigieuse relativement faible et un arbitre unique. La conduite d'une expertise va cependant ajouter quelques mois à la durée totale de l'arbitrage. Au vu de ces conclusions il semble évident que l'arbitrage sera plutôt rapide mais il n'est pas possible de déterminer avec précision cette durée. On peut dans tous les cas supposer que la procédure ne durera pas moins de 15-18 mois avant d'obtenir une décision finale et exécutoire.

3.2 Estimation des coûts de l'arbitrage

Les coûts d'un arbitrage sont de diverses natures :

1. Les frais administratifs de l'institution
2. Les honoraires et frais des arbitres
3. Les honoraires et frais des avocats des parties
4. Eventuels frais d'expertise
5. Eventuels frais de déplacement et de séjour pour assister aux audiences

²⁶ <http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> *L'arbitrage International*, Annales des Mines, 2000, Mathias Collot, Laurent Debeaud

²⁷ <https://international-arbitration-attorney.com/fr/full-international-arbitration-cost-calculators/>

Il existe également d'autres coûts indirects qui ne sont pas nécessairement chiffrables tel que le temps passé à essayer de résoudre l'affaire, le stress causé, la démotivation, l'incertitude quant à l'issue de la procédure, les craintes liées à la conduite des affaires, etc.

La demande d'arbitrage doit tout d'abord être accompagnée du paiement d'un montant de 3000 CHF²⁸. Ce montant sera ajouté au crédit du demandeur sur sa part de la provision (art 1 ICC III²⁹ al. 1).

Les parties doivent également fournir une provision sur les frais envisagés pour pouvoir entrer en arbitrage. Pour calculer cette provision il faut se référer aux tableaux fournis par l'ICC³⁰. Elle ne doit pas excéder l'addition des frais administratifs et des honoraires minimum du ou des arbitres et est normalement payée à parts égales par les parties (art. 36 al. 2 ICC), mais lorsqu'il y a des demandes reconventionnelles, la cour peut fixer des provisions distinctes (art 36 al. 3 ICC).

Pour calculer ce qui est dû par les parties, le montant de la provision de chaque demande a tout d'abord été calculé. Ils ont ensuite été additionnés pour pouvoir calculer la proportion imputable à chacune des parties. Pour finir, il a été appliqué les proportions calculées précédemment au montant de la provision de la valeur litigieuse globale (addition de la demande et de la demande reconventionnelle).

Dans le cas présent les frais administratifs pour la demande (80'000 CHF) selon le tableau de l'ICC³¹ sont de 3'000 CHF + 4.73% du montant dépassant 50'000 CHF (= 1419 CHF), soit 4'419 CHF. Les honoraires minimums de l'arbitre s'élèvent à 3'000 CHF + 2,65% du montant dépassant 50'000 CHF (= 795 CHF), soit 3'795 CHF.

Le montant de la provision basée sur la valeur litigieuse de la demande est de 8'214 CHF.

Pour la demande reconventionnelle (700'000 CHF) les frais administratifs sont de 14'165 CHF + 1,51% du montant dépassant 500'000 CHF (= 3'020 CHF), soit 17'185 CHF. Les honoraires minimums de l'arbitre s'élèvent à 9'857 CHF + 0,954% du montant dépassant 500'000 CHF (= 1'908 CHF), soit 11'765 CHF.

Le montant de la provision basée sur la demande reconventionnelle est de 28'950 CHF.

²⁸ Les montants sont exprimés en USD dans les tableaux mais pour des raisons de simplifications la parité entre le franc suisse et le dollar US est présumé.

²⁹ Règlement d'arbitrage de la CCI, Appendice III – Frais et honoraires de l'arbitrage

³⁰ Annexe V.

³¹ Règlement d'arbitrage et de médiation de l'ICC, p. 55

L'addition des deux provisions nous donne 37'164 CHF. La provision de la demande reconventionnelle représente env. 78% de ce montant alors que celle de la demande ne représente que 22%. Pour la suite la proportion est arrondie à 80/20%.

Pour la valeur litigieuse globale (780'000 CHF) les frais administratifs sont de 14'165 CHF + 1,51% du montant dépassant 500'000 CHF (= 4'228 CHF), soit 18'393 CHF. Les honoraires minimums de l'arbitre s'élèvent à 9'857 CHF + 0,954% du montant dépassant 500'000 CHF (= 2'671,20 CHF), soit 12'528,20 CHF.

Le montant de la provision pour la valeur litigieuse globale est de 30'922 CHF³².

En application des proportions calculées plus haut, nous pouvons déterminer que la provision de NT est de 6'184,40 CHF et celle de GRE est de 24'737,60 CHF.

Ces provisions doivent être payées au comptant par les parties (art. 1 al. 5 ICC III).

A ces frais s'ajoutent les frais de l'expertise requise par le tribunal que nous avons établi à 10'000 CHF.

Et finalement, il faut calculer les frais de défense de chacune des parties. L'ICC estime que les coûts administratifs de l'institution représentent 2% du prix de l'arbitrage, 16% pour les honoraires et frais des arbitres et les 82% restant proviennent des parties et représentent en majorité les honoraires des avocats³³.

Pour estimer le prix de l'arbitrage pour chacune des parties, un calculateur de coûts d'arbitrage sous l'égide de l'ICC fourni par l'Arbitrage international Attorney Network³⁴ a été utilisé. Pour une valeur litigieuse de 780'000, un arbitre unique et une cause simple, ils estiment les coûts d'avocat à 333'892 CHF pour chacune des parties.

Le coût total de l'arbitrage comprend donc la provision (30'922 CHF), l'expertise (10'000 CHF) et les frais de représentation des deux parties (670'784 CHF) pour un total de 708'706 CHF. Ce montant doit être supporté à hauteur de 70% par NT, soit 496'094,20 CHF et 30% par GRE, soit 212'611,80 CHF.

3.3 Résultat de l'arbitrage

Nous voyons que si l'arbitrage peut être plus intéressant que la procédure judiciaire pour sa rapidité, il apparaît qu'il est bien plus cher. Les statistiques manquant cruellement dans le domaine, il est toutefois difficile d'affirmer avec certitude la célérité effective de l'arbitrage. Il s'agit donc d'une 'justice de luxe' que tout le monde ne peut pas se permettre.

³² Montant arrondi à l'unité supérieure.

³³ ICC, *Gestion efficace de l'arbitrage*, Introduction, p. 03, France, 2015.

³⁴ <https://international-arbitration-attorney.com/fr/icc-arbitration-costs-usd-2/>

Dans le cas d'espèce il apparaît clairement que GRE n'aurait pas choisi l'arbitrage comme mode de résolution des conflits. En effet, nous savons qu'ils sont cruellement en manque de liquidités ne pouvant ni payer leur avocat ni le solde de la facture. Ils ne peuvent donc pas raisonnablement se permettre d'avancer les 25'000 CHF pour entrer en procédure. Malgré le fait qu'ils aient obtenu en partie gain de cause et de gros dommages et intérêts, la procédure a duré plus d'une année et ils n'ont pas obtenu ce qu'ils voulaient en priorité, à savoir un système informatique fonctionnel rapidement mis sur pied pour leur permettre de relancer leurs affaires. L'arbitrage n'est donc pas entièrement adapté et satisfaisant pour le cas présent. Il est toujours difficile, au moment où l'on signe une clause compromissoire, de se rendre compte de l'aspect adapté, ou non, d'une procédure d'arbitrage. Les parties ont tendance à oublier la réalité de la procédure et n'ont pas d'idée précise de ce dans quoi il s'engage. C'est à ce moment-là que les conseils d'un avocat expérimenté dans le domaine peuvent s'avérer très précieux.

A noter qu'il aurait été plus judicieux pour les parties de choisir la chambre de commerce de Genève pour administrer leur arbitrage plutôt que l'ICC. En effet, l'ICC étant une très grosse institution, elle coûte généralement plus cher et les délais peuvent être plus long. Ainsi, ils auraient pu économiser du temps et de l'argent en choisissant une institution plus adaptée à leur cas.

On notera plus tard que grâce à la médiation il est possible de s'attaquer immédiatement au cœur du problème sans engager des frais trop important.

4 Résolution par voie de médiation

Le contrat signé par les parties prévoit une clause de médiation institutionnelle auprès de la chambre de commerce internationale (ICC). Les parties ont adressé une requête commune à l'institut. Dans cette requête, les parties ont conjointement désigné un médiateur qui a été confirmé par l'institut en application du règlement. Vincent, représentant Albert et Geneva Real Estate, et François qui représente New Technologies ont rendez-vous aujourd'hui avec le médiateur pour une première réunion. Tous deux sont accompagnés de leur avocat.

Avant de les recevoir le médiateur n'a eu que de brefs entretiens téléphoniques avec les parties et les avocats et il leur a envoyé le contrat de médiation³⁵ afin qu'ils puissent le passer en revue avec leur avocat et le signer.

1. *Accueil du médiateur* : Le médiateur accueille les parties en les remerciant d'être présents et leur indique le vestiaire où ils peuvent éventuellement déposer leurs affaires et leur offre de s'installer. La salle³⁶ est composée d'une grande table ovale avec une chaise à sa tête destinée au médiateur et deux chaises de chaque côté. Du papier et des stylos sont disposés sur la table. Il est préférable d'indiquer subtilement les places à prendre sans pour autant les imposer. Une fois les parties installées, le médiateur leur offre de quoi boire.
2. *Présentation du médiateur, des parties et des avocats* : Le médiateur prend la parole en premier et se présente brièvement en indiquant son âge, ses années d'expériences en tant que médiateur assermenté et éventuellement quelques faits personnels qui peuvent le rendre plus accessible. Il demande aux parties de prendre la parole pour se présenter, tout en leur demandant de rester bref et d'éviter de s'écarter de la présentation, afin que le médiateur puisse avoir une première idée des personnes avec qui il va traiter.

Vincent prend la parole le premier : « Bonjour, je m'appelle Vincent et j'ai 43 ans. J'ai suivi une formation de courtier en immobilier et je suis actif dans le domaine depuis plus de 20 ans. J'ai travaillé jusqu'ici dans une grande régie immobilière et j'ai tout récemment lancé ma propre boîte spécialisée dans l'immobilier de luxe, 'Geneva Real Estate', avec mon ami de longue date Albert. ». Il présente également son avocat, Me

³⁵ Exemple de contrat de médiation à l'Annexe II.

³⁶ Si elle est très différente d'un tribunal, la salle de médiation est généralement très similaire à une salle d'arbitrage. Il s'agit souvent de salles de réunions louées dans des hôtels ou autres établissements spécifiquement pour l'occasion.

Girod, un jeune homme peu expérimenté mais très talentueux. Il s'agit pour Me Girod de sa première expérience en médiation.

C'est au tour de François de se présenter : « Bonjour. Je m'appelle François, 32 ans. Je suis le patron de New Technologies et nous sommes actifs dans le domaine du 'web hosting'. Nous sommes actuellement en partenariat avec Geneva Real Estate pour la conception de leur système informatique et ici présent pour résoudre notre litige. ». Il présente également son avocate, Me Harris, une femme d'âge moyen, très réputée et expérimentée dans le domaine de la médiation.

3. *Exposition du processus et de ses principes aux parties* : Le médiateur explique brièvement le déroulement et rappelle aux parties les principes de la médiation. Il leur fait comprendre qu'il est là pour les guider et les aider à trouver une solution qui leur soit mutuellement bénéfique. Il récupère le contrat de médiation, mentionnant les parties, le médiateur, le motif de la médiation, les honoraires et la confidentialité, préalablement envoyé aux parties pour qu'elles aient le temps de le voir avec leur avocat et le signer.
4. *Exposition des positions des parties* : Le médiateur invite les parties à exprimer leur version des faits tout en évitant les accusations et en restant le plus narratif possible.

François décide de prendre la parole le premier : « Je suis ici aujourd'hui dans le but de résoudre notre différent avec GRE. Nous avons conçu leur système informatique et y avons consacré énormément de temps malgré le fait que nous avons de nombreuses commandes passées par d'autres clients. Notre programme est parfaitement fonctionnel et, pour preuve, nous l'avons vendu à d'autres entreprises actives sur d'autres marchés qui n'ont rencontrés aucuns problèmes. Nous avons précisé à GRE qu'il était préférable d'acheter un serveur aux caractéristiques particulières mais ils ont choisi d'ignorer notre conseil. Nous avons fait conduire une expertise pour être sûr que la faute ne nous incombait pas. De notre côté, nous estimons donc avoir rempli notre part du contrat de manière complète et diligente. De ce fait, nous exigeons le paiement du solde de la facture ainsi qu'une déclaration publique mettant New Technologies hors de cause. »

Vincent prend la parole à son tour : « C'est complètement faux ! Si nous sommes tous présents dans cette salle aujourd'hui c'est pour résoudre les problèmes auxquels Geneva Real Estate fait face à cause de New Technologies. Nous avons contacté et fait confiance à New Technologies car ils ont une bonne réputation sur le marché du 'web hosting'. Mal nous en a cependant pris puisque leur système a montré de terribles lenteurs dès les

débuts et met en péril notre business. En effet, nous avons déjà perdu plusieurs clients à cause de ça. Nous savons qu'il s'agit d'un problème de conception du logiciel qui cause tous ces problèmes. NT a effectivement essayé à plusieurs reprises de régler le problème mais sans succès. Nous avons fait conduire une contre-expertise pour savoir de quoi il en retournait et cette dernière a clairement indiqué qu'une malfaçon du logiciel est la cause des lenteurs et non notre serveur. Nous réclamons donc une refaçon de tous les défauts du logiciel dans un délai d'un mois, une réduction du prix correspondant aux 40% restant de la facture ainsi que d'importants dommages et intérêts pour compenser la perte de nos clients induits par la mauvaise conception du logiciel de NT. ».

4.1 Scénario 1

Selon François le problème vient du serveur bas de gamme acquis par GRE. Il n'y a aucune question à se poser, de plus une expertise est venue confirmer ses dires. Il ne comprend pas que la qualité de son logiciel puisse être remise en cause car il a fourni le même logiciel à d'autres entreprises qui n'ont aucun problème avec ce dernier. Il est extrêmement déçu du comportement de GRE car il leur a accordé plus de temps qu'il n'aurait dû, du fait qu'il croyait en eux et en leur concept.

Aux yeux de Vincent il est clair que le problème vient du programme conçu par NT. Le fait que d'autres sociétés n'aient pas de problèmes avec ce dernier ne signifie rien à son avis car elles ne sont pas actives dans le même domaine et ne sont pas basées sur la rapidité du service à la manière de GRE. Il veut impérativement une remise à neuf du logiciel et exige une baisse du prix.

Le médiateur leur fait comprendre qu'il a entendu et compris chacun des points de vue mais il les met en garde sur le fait qu'ils ont des positions diamétralement opposées et qu'il est nécessaire de trouver un terrain sur lequel s'entendre sinon la médiation est vouée à l'échec.

François comprend bien qu'ils semblent être dans l'impasse mais cela ne lui importe que peu car il n'est pas très favorable à la médiation dans tous les cas, et est sûr de gagner en cas de procès.

En revanche Vincent est plus réceptif à cette remarque car il ne peut pas se permettre d'aller au procès. En effet, même s'il est persuadé d'avoir de grandes chances de gagner, il manque cruellement de temps et d'argent pour mener une procédure longue et coûteuse. Il demande donc une pause pour pouvoir s'entretenir avec son avocat.

Lors de son entrevue avec son avocat il lui demande qu'elles prétentions il peut mettre de côté et qu'est-ce qu'il pourrait obtenir en échange. Pour lui le seul point essentiel est la réparation d'urgence du service car il souhaite relancer ses affaires. Il lui est aussi important de ne pas payer le solde de la facture ou au pire des cas de trouver un plan de paiement. Il est cependant prêt à faire l'impasse en ce qui concerne les dommages et intérêts pour la perte des clients afin de trouver un arrangement rapide et bénéfique.

François prend également le temps de discuter de ses intérêts avec son avocat. Ils sont parvenus à la conclusion que le plus important pour NT était le paiement du solde de la facture, la préservation de la réputation de la société ainsi que l'absence de dommages et intérêts dû à la perte de clients par GRE.

De retour à la table des négociations, l'avocat de Vincent annonce directement qu'il souhaite une réparation immédiate du logiciel, une réduction du prix correspondant aux 40% restant de la facture ainsi que des dommages et intérêts pour couvrir la perte des clients de GRE.

La partie adverse lui répond qu'il est inutile de réparer le logiciel sachant qu'il est parfaitement fonctionnel et que de ce point de vue aucune réparation n'est à envisager et aucune réduction de prix n'est due car le travail a été correctement effectué. La perte de client n'incombe donc en aucun cas à NT. C'est selon eux exactement ce qu'ils obtiendraient comme décision de la part d'un juge si le cas venait à être réglé en justice.

Vincent demande une preuve que le logiciel est parfaitement fonctionnel car il a en sa possession un rapport d'expertise qui affirme que le logiciel est défectueux. Il demande à François s'il serait disposé à lui prêter un serveur qui répond aux caractéristiques recommandées avec son système installé dessus.

François est tout à fait disposé à faire cette démarche car il est sûr de la qualité de son programme et exige que si le résultat est satisfaisant GRE paie immédiatement le solde de la facture avec indemnités de retard et qu'ils fassent des excuses publiques mettant hors de cause NT.

Vincent, qui doit relancer son business au plus vite souhaite pouvoir garder le serveur dans le cas où il fonctionne. Etant cependant dans l'impossibilité de payer quoi que ce soit, le solde du prix ou le serveur, il cherche à trouver un arrangement qui conviendrait à François. Il souhaite, dans le cas où le serveur fonctionnerait, proposer à François un paiement échelonné pour le solde de la facture ainsi que pour l'acquisition du serveur mais il n'est pas prêt à lui communiquer ses difficultés financières. GRE ferait dans ce cas des excuses publiques, disculpant NT de toute responsabilité afin de préserver sa réputation. Au cas où le serveur était amené à ne pas fonctionner, il exige en revanche la réparation ainsi que la diminution du prix.

François est d'accord avec tout à l'exception du paiement échelonné. Il ne voit pas pour quelle raison il devrait accorder un paiement échelonné pour de l'argent qui lui est dû et dont il pourrait obtenir la condamnation au paiement en justice.

L'avocat de Vincent met calmement François en garde sur ses intérêts à aller en justice. Elle pourrait en effet condamner au paiement immédiat de la somme, par contre il ne faut pas omettre la durée potentielle du procès qui rend le paiement échelonné, dans l'absolu, plus rapide qu'un paiement immédiat suite à une décision judiciaire. Il met également en avant, toujours dans une optique d'information et de collaboration, le fait que NT n'a communiqué aucun défaut de fonctionnement lors de l'installation sur le serveur, laissant GRE avec un système qui ne marchait pas correctement pendant plusieurs semaines alors qu'ils auraient dû tester et

annoncer dès l'installation les problèmes de lenteur. De ce point de vue l'avocat de Vincent estime que s'ils étaient amenés à trancher le cas au tribunal ils obtiendraient d'important dommages et intérêts pour le manque de diligence de NT au moment de l'installation. S'il accepte la proposition de Vincent il obtiendrait un paiement plus rapide et s'éviterait le risque de potentiels dommages et intérêts à payer à GRE pour la perte de clients occasionnée par leur faute.

François étant conscient du fait qu'il n'a pas testé le serveur avant l'installation est un peu intimidé par les propos de l'avocat de Vincent, il demande donc conseil à son avocat en privé. Ils parviennent ensemble à la conclusion que c'est un risque existant et inutile. Il semble donc préférable d'accepter l'accord proposé par Vincent.

L'accord étant peu complexe, les avocats se mettent immédiatement à la rédaction du contrat³⁷ afin que les parties puissent directement le signer et progresser dans la suite de leurs rapports.

La médiation n'aura duré que quelques heures pour résoudre un problème qui aurait pu prendre des mois. De ce point de vue les parties sont extrêmement satisfaites, particulièrement Vincent, pour qui la résolution rapide était une priorité absolue. Ils n'ont certes pas obtenu tout ce dont ils rêvaient mais il s'agit là d'une solution qui leur paraît plus que raisonnable, particulièrement mis en rapport avec le temps et l'argent investi dans le processus.

³⁷ Annexe III.

4.2 Scénario 2³⁸³⁹

Dès les premiers instants de la médiation l'avocat de Vincent prend les devants et expose ses arguments.

Me Girod : Vous n'avez pas été capable de fournir à mon client un programme fonctionnel et ce n'est pas à lui de supporter les conséquences de ce produit défectueux. Vous prétendez que notre serveur est à la base des problèmes mais mon client a fait conduire une expertise prouvant le contraire. De plus vous n'avez jamais imposé l'utilisation d'un serveur particulier ni même explicité les conséquences potentielles de l'achat d'un autre serveur que celui que vous avez recommandé. Par votre faute, GRE a perdu de nombreux clients, nous avons donc droit à des dommages et intérêts pour couvrir cette perte ainsi qu'évidemment une réduction de prix pour un ouvrage défaillant.

Me Harris : Je crois que vous faites fausse route. Le programme de mon client est parfaitement fonctionnel. Nous avons non seulement fait expertiser ce dernier mais il est, en plus de ça, distribué à d'autres entreprises qui ne rencontrent aucun souci avec le produit de mon client. Il est précisé les caractéristiques du serveur à acquérir dans le contrat et il semble évident qu'en s'écartant de ces dernières le programme n'allait pas fonctionner de manière optimale, il n'est nullement besoin de le préciser. Il est absolument hors de question que vous bénéficiiez d'une réduction quelconque sur un produit fonctionnel. Inutile de préciser que les dommages et intérêts auxquels vous prétendez avoir droit n'ont nullement lieu d'être.

Le médiateur, sentant les avocats prêts à en découdre au risque de laisser les parties de côté, intervient pour calmer le jeu.

Il est important de reconnaître la place du droit dans la médiation, sans quoi, il risque de bloquer les parties dans la recherche de solutions créatives. Si le droit n'est pas mentionné il plane toujours au-dessus de la médiation menaçant de resurgir à tout instant et prendre toute la place. Donner une place au droit, c'est le cadrer. Cela permet de le traiter dans la mesure du nécessaire et de donner une place aux avocats-conseils. A ce propos Gary Friedman propose de conduire une double conversation⁴⁰. La première conversation, menée par les avocats, concerne le droit. La seconde conversation est menée par les parties elles-mêmes et concerne l'aspect business et relation.

³⁸ Pour la mise en place de la médiation, voir p. 18.

³⁹ La rédaction du second scénario a été inspiré du style de Gary Friedman dans son livre *Challenging Conflict Mediation Through Understanding*.

⁴⁰ FRIEDMAN Gary, HIMMELSTEIN Jack, *Challenging Conflict Mediation Through Understanding*, Harvard's Program on Negotiation, Chicago, 2008.

Il est périlleux pour le médiateur de mener la conversation sur le droit avec les avocats. Un faux pas de sa part pourrait mettre un des avocats dans une position très inconfortable face à son client.

Il est très important de faire comprendre aux parties que leur avocat n'est en rien responsable des risques auxquels elles font face. Le médiateur ne peut en aucun cas se permettre d'écorner l'image d'un avocat auprès de son client.

Pour mener cette conversation, le médiateur peut proposer à chacun des avocats d'exposer les forces et les faiblesses de leur dossier à tour de rôle et par la suite de faire la revue de chacun des dossiers du point de vue de l'autre partie. Les avocats sont réticents à se prêter à cet exercice car il va à l'encontre de leur nature d'apparaître 'faible', en particulier face à un client. C'est pour cette raison que le médiateur leur fait commencer par exposer les forces de leur dossier. Une fois ces dernières mises en lumière il est généralement plus facile de mentionner les quelques risques encourus.

Durant ce premier échange de positions le médiateur peut procéder à un 'looping'⁴¹ des propos des avocats. Cela permet de ralentir le va-et-vient des arguments juridiques afin que les avocats s'écoutent plus attentivement et surtout pour que les parties puissent bénéficier d'une meilleure compréhension de la situation générale.

Il va ensuite demander aux avocats de se 'looper' mutuellement. Cette étape est très utile car les avocats – et les gens de manière générale – ne s'écoutent que dans la mesure nécessaire à formuler un contre-argument. Le fait de procéder au même exercice du point de vue de l'autre partie permet de contrer ce phénomène. De plus, le fait d'entendre le point de vue de l'autre partie de la bouche de son propre avocat peut provoquer un déclic chez une partie. D'une manière générale, cette manœuvre permet de créer un terrain où tout le monde est au même niveau, ayant formulé et compris les points de vues des deux dossiers.

Il appartient maintenant au médiateur de parvenir à convaincre les avocats de partager les faiblesses de leur dossier. Gary Friedman⁴² propose aux avocats de s'imaginer avoir déjà perdu l'affaire et devoir expliquer à leur client comment cela s'est produit. Cette approche est intéressante pour deux raisons. En premier lieu, il s'agit d'une situation qui, en cas de procès, sera vraie pour une des deux parties. Ces dernières en sont généralement conscientes, ce qui

⁴¹ Le 'looping' est une technique de communication utilisée dans le cadre de la médiation. Il s'agit pour le récepteur d'un message de le répéter afin que l'émetteur du message confirme qu'il a bien été compris. Cela permet au récepteur de montrer à l'émetteur qu'il l'écoute et de s'assurer qu'il l'a compris, et à l'émetteur d'avoir la confirmation d'avoir été entendu et correctement compris.

⁴² FRIEDMAN Gary, HIMMELSTEIN Jack, *Challenging Conflict Mediation Through Understanding*, Harvard's Program on Negotiation, Chicago, 2008, p. 150.

peut les pousser à écouter avec plus d'attention. En second lieu, cette approche permet aux avocats de faire abstraction des forces du dossier. En effet, lorsque l'espoir de gagner une affaire est présent il est difficile de ne se focaliser que sur les faiblesses de son dossier. Il est naturel d'essayer de les tempérer en apportant des arguments positifs. En les mettant dans une position où ils auraient déjà perdu l'affaire, le médiateur isole efficacement les faiblesses des dossiers.

Il propose ensuite aux avocats de dévoiler un risque tour à tour. Le but de dévoiler des risques en alternance est d'éviter qu'un des avocats fasse l'exercice pleinement et que le second s'y refuse ou ne le fasse pas sérieusement.

Le fait d'entendre non seulement les faiblesses de son propre dossier mais également celles de l'autre camp peut être rassurant pour les parties et abaisser les tensions.

La conversation sur le droit, si correctement menée, permet aux parties d'être incluses et de mieux comprendre la réalité juridique de leur cas. Elle réduit la peur des parties à ce sujet et donc leur dépendance à leur avocat.

Une fois les deux dossiers passés en revue d'un point de vue légal, le médiateur s'adresse aux parties en les invitant à mener la seconde discussion.

Vincent, pressé de trouver une solution prend les devants. Il demande une réfaction du programme au plus vite. En cas de succès il est prêt à mettre de côté les dommages et intérêts et propose de payer 50% du solde de la facture à la livraison et le reste du montant en mensualité réparties sur 6 mois.

François, choqué par cette proposition, insiste sur le fait qu'il n'y a aucune réparation à faire sur son programme et exige un paiement immédiat.

Après de nombreux aller-retours, Vincent comprend qu'il n'y a aucun moyen d'obtenir un plan de paiement.

A ce moment de la médiation, il est important que le médiateur parvienne à faire partager aux parties leurs intérêts sans quoi ils risqueraient de se retrouver bloqués dans un va-et-vient d'offres et contre-offres sans réussir à comprendre pourquoi elles ne sont pas acceptables pour l'autre partie. Le fait de formuler les intérêts de chaque partie permet souvent de réaliser qu'ils ont plus d'intérêts communs qu'attendus. Une fois ces derniers identifiés, Ils serviront de terreau à une discussion constructive et destinée au bénéfice mutuel des parties.

Dans le cas d'espèce, GRE souhaite se maintenir à flot, obtenir un programme fonctionnel, préserver ses relations avec NT pour la maintenance du programme, réduire ses coûts et obtenir plus de clients. NT pour sa part souhaite maintenir sa réputation, le paiement du prix, fournir des logiciels de qualité, élargir son champ d'activité, maintenir ses relations avec GRE car NT croit en leur concept et donc souhaite également les voir réussir à s'imposer sur le marché.

Il apparaît déjà que les deux entreprises souhaitent voir GRE réussir. De plus, cette réussite bénéficierait à la réputation de NT. Le fait que GRE souhaite obtenir plus de client et que NT souhaite élargir son champ d'activité leur permet également de trouver un partenariat intéressant.

Vincent, sentant NT plus enclin à travailler de pair avec GRE, prend alors le parti de faire part à François de sa situation financière.

Partager ce genre d'informations est inutile dans une procédure ordinaire ou d'arbitrage car sans pertinence. Au cours d'une négociation traditionnelle, pareille information peut être perçue comme une faiblesse et utilisée contre soi. En revanche, en médiation le but est de collaborer afin de trouver des arrangements qui dépassent une simple négociation distributive⁴³.

Vincent : Ecoutez, la raison pour laquelle nous avons acquis ce serveur, en premier lieu, et si j'insiste à ce point sur un plan de paiement, c'est parce que nous avons des problèmes de liquidités. Lancer notre affaire a été plus coûteux que prévu et avec ces clients qui nous ont quittés, nous n'avons pas les moyens d'avancer la somme que vous réclamez. Nous avons désespérément besoin d'un système qui fonctionne pour pouvoir maintenir notre business à flot. En l'état actuel des choses si notre affaire fait naufrage nous serons dans l'impossibilité d'honorer nos factures.

François : Je comprends mieux votre position. Vous auriez dû nous en informer plus tôt. Nous aurions peut-être pu, ensemble, trouver un serveur dans votre budget sur lequel notre programme aurait fonctionné. Nous croyons fortement en votre entreprise et votre concept, c'est pour cette raison que nous avons passé autant de temps dans la conception de ce programme. Je suis sûr que nous pouvons trouver une solution.

François propose à Vincent de lui racheter son serveur à un prix raisonnable (25'000 CHF). NT, travaillant dans le 'web hosting', a toujours besoin de serveurs aux caractéristiques variées. Il peut de plus fournir un serveur aux caractéristiques requises d'occasion (45'000 CHF). Vincent propose donc un échancier pour le paiement de tous ces frais.

François, croyant dur comme fer au concept de GRE, souhaite une participation de 15% au sein de la société plutôt qu'un paiement en espèce. Il pense, de plus, que grâce à son réseau il pourrait aider GRE à récupérer de nombreux clients.

Vincent considère cette offre comme une bonne opportunité mais soutient qu'il ne peut pas, en l'état actuel des choses, offrir à NT plus de 7% de parts. De plus, l'immobilier de grand luxe étant un marché de niche, il doute que NT puisse lui apporter des clients adéquats. Si NT lui

⁴³ Cf. note 10, p. 5.

amène des clients auxquels il n'a pas de produit à offrir la réputation de GRE risque d'en prendre un coup.

François lui suggère d'élargir sa clientèle cible ou tout du moins d'élargir son offre immobilière. Vincent lui explique qu'il n'y a plus de place pour son entreprise sur le marché de l'immobilier traditionnel car il y a déjà trop de concurrent. Sa seule option pour toucher une plus large clientèle serait de créer des partenariats avec les divers concurrents déjà en place mais cela prendrait bien trop de temps et serait trop compliqué à mettre en place.

François, avide de nouveaux défis et ayant toujours rêvé de créer un réseau social, propose une idée à Vincent. Il souhaite créer une plateforme sociale professionnelle mettant en réseau des agences immobilières. Ces dernières auraient l'entier de leur parc immobilier mis à jour en temps réel et auraient la possibilité de diriger des clients sur les biens d'une autre agence moyennant commission. De ce point de vue GRE pourrait bénéficier des clients amenés par NT, améliorant sa réputation ainsi que ses finances. De plus d'autres agences immobilières pourraient leur apporter également des clients à la recherche de biens luxueux.

La première séance de médiation s'interrompt ici afin de permettre aux parties de préparer les dossiers et de réfléchir calmement à la question. Une seconde séance est programmée pour la semaine suivante.

Lors de la séance suivante, Vincent se montre très intéressé. Le seul point à régler reste la question du prix. François indique que l'entier des prestations, à savoir le développement de la plateforme, le prix des serveurs ainsi que la maintenance devrait s'élever à 600'000 CHF, soit 300'000 CHF chacun pour un partenariat paritaire. Il souhaite donc obtenir une participation de 30% en plus des 7% déjà proposé par Vincent. Sachant que GRE est valorisé à 1'500'000 CHF, Vincent lui propose une participation de 15% en plus des 7% déjà offert.

Après plusieurs offres et contre-offres ils parviennent à se mettre d'accord sur 25% de participation de NT au sein de GRE à hauteur de 7% pour couvrir les prestations déjà dues et l'échange de serveur et 18% pour le développement de la nouvelle plateforme par NT.

Ils s'en remettent à leur avocat pour la rédaction du contrat issu de leur médiation.

4.4 Durée de la médiation

La médiation est généralement un processus court et très flexible. En effet les séances de médiation se fixent en fonction des agendas des parties. Lors de la survenance d'un litige les parties doivent se mettre d'accord sur le choix d'un médiateur. Une fois que le médiateur choisi a accepté sa mission il n'est généralement qu'une question de jours, dépendant des agendas de tous les protagonistes en cause, avant que la première séance ne soit tenue.

La durée d'une séance de médiation dépend entièrement des sujets traités et du déroulement même du processus. La médiation peut nécessiter entre 2 et 20 heures⁴⁴ d'entretiens réparties sur une ou plusieurs séances. Alors que dans le cadre de la médiation familiale il est commun d'organiser plusieurs séances ; il n'est pas rare qu'en médiation commerciale la médiation se règle en une journée, voire une demi-journée. Cela s'appelle la médiation 'one shot'.

Dans le premier scénario, il s'agit d'une médiation 'one shot' dont la durée est estimée à 5 heures pour parvenir à la signature de l'accord négocié.

La seconde médiation, quant à elle, se déroule en deux séances. La première – ayant servi à l'explication du processus et à mettre en lumière les intérêts des parties – est plus courte et est estimée à 3 heures. La seconde séance est un peu plus longue car elle a servi à la discussion du projet de partenariat des deux entreprises. Elle est donc estimée à 8 heures, réparties sur une journée entière entrecoupée de pauses ainsi que d'un repas.

Entre la survenance du litige et la signature de l'accord négocié il n'est pas déraisonnable d'estimer un délai de 2-5 semaines pour les deux scénarios, sachant qu'il faut prendre en compte le choix du médiateur, les agendas du médiateur, des parties et celui qui pose généralement le plus de problèmes, celui des deux avocats.

4.5 Coûts de la médiation

Les coûts directs de la médiation comprennent le droit d'enregistrement lorsque la médiation est faite auprès d'une institution telle que l'ICC, les honoraires et frais du médiateur ainsi que les honoraires et frais des avocats, dans le cas où il y en a.

Le droit d'enregistrement auprès de l'ICC est ancré à l'art. 1 ICC (AHF)⁴⁵ et s'élève à 2'000 CHF.

Les frais administratifs pour une valeur litigieuse comprise entre 200'000 CHF et 2'000'000 CHF sont d'un montant forfaitaire de 10'000 CHF.

⁴⁴ <http://www.fbc-cfm.be>.

⁴⁵ Appendice honoraires et frais.

Les honoraires du médiateur sont fixés par l'institut selon divers critères (art. 3 ICC [AHF]). Les honoraires des médiateurs varient entre 150 et 600 CHF⁴⁶.

En estimant, pour le premier scénario, un temps de travail total du médiateur d'environ 9 heures avec des honoraires s'élevant à 400 CHF, la rémunération du médiateur s'élève à 3'600 CHF à répartir équitablement entre les parties, soit 1'800 CHF chacune.

Concernant les honoraires des avocats, ils sont arbitrairement fixés à 500 CHF. Pour le premier scénario leur temps de travail, ainsi que leur présence à la médiation, est estimé à 20 heures, représentant un total de 10'000 CHF par partie.

La première médiation coûte donc, au total, environ 16'800 CHF par partie afin de parvenir à un accord final.

Lors du second scénario, le temps de travail du médiateur est plus important car il y a deux séances. Son temps de travail est fixé à 17 heures avec les mêmes honoraires, soit 6'800 CHF. Chaque partie paie donc 3'400 CHF.

Le travail des avocats, dans ce scénario, est bien plus important car ils doivent préparer un dossier complet pour la nouvelle plateforme et préparer les négociations. Leurs heures facturées sont donc fixées à 45 heures. Avec les mêmes honoraires, cela représente 22'500 CHF par parties.

La deuxième médiation coûte donc à chaque partie 30'900 CHF.

4.6 Résultats de la médiation

On remarque ici que lorsque les parties sont prêtes à affronter le problème auquel elles font face, la médiation peut donner des résultats bien plus satisfaisants que la procédure judiciaire ou l'arbitrage.

Dans le cas concret, il apparaît évident que la solution est satisfaisante pour les deux parties, particulièrement pour GRE qui souhaite une résolution rapide et peu coûteuse. C'est très certainement vers cette solution que se serait tourné Vincent afin de résoudre son différend. Il a obtenu ce qu'il souhaitait et même plus lors de la deuxième médiation et le montant de la provision est bien plus raisonnable qu'en arbitrage.

⁴⁶ Valeur originale exprimée en EUR ou USD mais transposée en CHF par simplification. <http://www.bmhavocats.com/>.

4 Présentation des solutions ‘Méd-arb’⁴⁷

Il existe des clauses ‘méd-arb’ permettant aux parties de mêler arbitrage et médiation de différentes manières. Elles peuvent, par exemple, débiter par une médiation et en cas d’échec de cette dernière, après un délai prévu par les parties, le médiateur prend la casquette d’arbitre et tranche le litige⁴⁸. L’arbitrage peut aussi être conduit par une ou plusieurs personnes autres que le médiateur et il existe même des cas où il est possible pour les parties d’ouvrir les deux procédures simultanément.

Dans ce cas, le tribunal arbitral ne peut rendre sa sentence qu’après le délai prévu par les parties pour la médiation. Il est évident que les deux procédures sont parfaitement autonomes l’une de l’autre et que les médiateurs et arbitres ne peuvent pas collaborer.

Ces clauses ‘méd-arb’ permettent de gagner du temps en assurant une transition spontanée entre les deux procédures, et évitant aux parties de devoir préparer un nouveau dossier et déposer une nouvelle demande. De plus, le dépôt d’une demande de médiation-arbitrage assure aux parties une solution finale à leur conflit quel que soit la solution utilisée. Elles peuvent servir également à réduire le nombre de cas arrivant en arbitrage car des parties réticentes à la médiation pourraient se laisser convaincre d’entrer dans le processus et trouver, à leur grande surprise, un accord satisfaisant.

Elles présentent cependant certains risques. Dans le cas où, le médiateur joue également le rôle d’arbitre, les parties peuvent se sentir forcées d’aller dans son sens lorsqu’il émet un avis. Le médiateur devient limité dans l’utilisation de ses outils au risque d’influencer les parties. Il ne peut pas faire plein usage des caucus⁴⁹ car les parties ne partageront pas d’informations confidentielles avec le médiateur si ce dernier peut les utiliser contre elles dans le cadre de l’arbitrage. D’autres outils, comme les ‘**reality checks**’, deviennent délicats à utiliser. Dans tous les cas, les parties risquent d’avoir moins confiance et de moins collaborer dans la recherche d’une solution mutuellement bénéfique.

⁴⁷ A titre d’information.

⁴⁸ Cette pratique n’est pas autorisée partout. Certaines institutions l’interdisent, comme l’ICC ou le TAS, d’autre non, comme l’OMPI, qui reste silencieuse sur cette question, ou encore les Swiss Mediation Rules qui l’autorise dans certains cas. De plus cela peut, dans certains cas, poser des problèmes de reconnaissance des sentences arbitrales.

⁴⁹ Le caucus est un aparté entre le médiateur et une des parties. L’usage, ou non, des caucus dépendra du médiateur et des parties.

L'assurance d'avoir une procédure d'arbitrage après une médiation échouée peut pousser une partie peu intéressée par la médiation à ne pas entièrement collaborer, ce qui contreviendrait à l'intérêt de cette dernière.

5 Comparaison des deux modes de résolution des conflits dans le cas d'espèce

Pour cette comparaison nous allons mettre en lumière les caractéristiques essentielles ressortant des résolutions précédentes afin de les comparer. La comparaison sera subdivisée en 4 sous-sections :

1. Evaluation des processus.
2. Evaluations des solutions.
3. Comparaison des frais et durée des processus.
4. Evaluation de l'implication et l'état d'esprit des parties dans le processus.

Evaluation des processus

En arbitrage :

L'arbitrage est facile à mettre en place lorsqu'il est institutionnel. Il suffit de faire une clause compromissoire, ou un compromis référant à une institution et à ses règles et la majorité du travail s'arrête là. Généralement les institutions ont des clauses types afin de faciliter le processus aux parties. Elles n'ont même pas nécessairement besoin de choisir l'arbitre, qui peut, au besoin, être désigné par l'institution.

En revanche lorsqu'elle est ad hoc la procédure d'arbitrage peut s'avérer très complexe à mettre en place. En effet, les parties peuvent se trouver face à des désaccords, par exemple, sur la nomination des arbitres, qui peuvent bloquer leur procédure par manque de règles sur la gestion de ces désaccords.

La procédure est très flexible : Elle permet de choisir les arbitres, le lieu, la langue, les règles de procédure et le droit applicable de l'arbitrage. Elle est d'autant plus flexible lorsqu'elle est ad hoc. Les parties peuvent l'arranger comme ils le souhaitent pour qu'elle 'colle' au mieux avec leur conflit.

Il est cependant très important que la clause compromissoire soit rédigée de manière extrêmement précise et soit sans équivoque pour éviter tout problème. De plus, le fait que les parties puissent choisir un arbitre chacun, dans les cas d'un collège de trois arbitres, donne une impression de partialité de ces derniers.

La procédure est très structurée : Elle ne laisse que peu de place au hasard et est donc très prévisible. Il très pratique pour les avocats qui marchent en terrain connu et qui peuvent mettre au courant leur client avec beaucoup de précisions sur ce qu'il va se passer où, quand et comment. Cette fiabilité de procédure est particulièrement rassurante pour les avocats, comme pour les clients.

Le formalisme prononcé de l'arbitrage en fait une procédure relativement longue. Elle est certes moins lourde que la procédure judiciaire classique, mais bien plus que la médiation par exemple. Le fait d'avoir un cadre, laissant trop peu de marge de manœuvre, peut potentiellement refreiner un développement personnel et professionnel des praticiens auquel les inciterait une procédure plus flexible et imprévisible.

Le tribunal arbitral dresse un acte de mission précisant quels seront les points litigieux traités par le tribunal. Cela permet, notamment, aux avocats de préparer méticuleusement ces points et de ne pas s'éparpiller.

Les points abordés par le tribunal arbitral sont cependant très restreints en comparaison avec la médiation. En effet, les arbitres sont tenus par les conclusions des parties et ne peuvent pas s'en écarter. Cela implique qu'une fois la procédure lancée, elle va suivre la route tracée à son début, ajoutant une certaine pression aux parties au moment de se mettre d'accord sur l'acte de mission. De plus, la procédure d'arbitrage est résolument tournée vers le passé dans son mode de résolution. Il s'agit de résoudre les questions juridiques du passé en espérant, si les relations doivent se poursuivre, repartir sur de nouvelles bases. L'arbitrage ne cherche pas à rétablir les relations entre les parties et ne les fait pas sortir du 'blame game'⁵⁰. Au contraire, elle donne une réponse finale à la question de qui a raison et qui a tort. Si, dans certains cas, cela peut résoudre les problèmes relationnels de désigner un gagnant et un perdant, dans la majorité des cas, le perdant se sentira frustré et sera plus réticent à s'engager dans de nouvelles relations avec le même partenaire contractuel.

Le tribunal arbitral doit établir un calendrier, précisant les échéances pour diverses étapes de procédure. Cela renforce la prévisibilité de la procédure et assure un avancement régulier du processus. Il permet aux avocats et aux parties de se préparer efficacement à ces différentes étapes.

⁵⁰ Terme utilisé dans divers milieux pour désigner la situation où chacune des parties accuse l'autre d'être à l'origine de tous les maux dont leur relation souffre.

Il n'est cependant pas rare que le tribunal arbitral prolonge ces délais et que l'arbitrage soit bien plus long en pratique que sur le papier. Les règles de l'ICC, par exemple, permettent au tribunal arbitral de prolonger les délais sans grandes formalités. Une simple justification suffit.

En médiation :

La procédure est accessible et rassurante pour les parties grâce à l'accueil du médiateur, ainsi que son rôle bienveillant et accompagnateur plutôt qu'adjudicateur. Il prend le temps de leur expliquer les choses et démontre aux parties qu'il est là pour elles.

Cela peut cependant être déstabilisant pour les avocats qui ne sont pas du tout accoutumés à ce genre de procédures. Ils peuvent également se sentir méfiants par rapport au médiateur qui pourrait sembler trop bienveillant pour que cela soit vrai.

L'entrée en médiation est très aisée et s'attache à peu de formalités. Il faut bien entendu que les parties soient d'accord sur le principe de la médiation et doivent trouver un médiateur. Une fois le médiateur choisi, il n'y a en général que de brefs entretiens préalables avant la première séance. Le fait qu'il n'ait qu'une faible connaissance préalable du dossier peut lui donner un aspect plus impartial, mais également plus influençable car tout se passe en séance.

Les avocats et les parties peuvent cependant percevoir comme une perte de temps de devoir réexpliquer tout le cas au médiateur qui contrairement à l'arbitre ne prend pas connaissance du dossier en amont de la procédure.

Dans le processus de médiation, à l'inverse des procédures judiciaires, les parties sont en contrôle et s'occupent de la majorité du dialogue. Elles donnent la direction des débats et peuvent en changer aussi souvent qu'elles le souhaitent. Elles sont cependant encadrées par le médiateur qui, à la manière du berger veillant sur son troupeau, est là pour s'assurer que tout se déroule pour le mieux et ne s'écarte pas de manière incontrôlée des sentiers battus.

Les parties peuvent cependant être mal à l'aise à l'idée de devoir participer activement à la discussion. Elles préfèrent des fois laisser la place à leur avocat qui, selon elles, est plus compétent pour régler ce genre de problèmes. Il arrive également que l'amertume ressentie vis-à-vis de l'autre partie soit si importante qu'elle empêche tout bonnement une personne d'entamer une discussion.

Le processus se concentre beaucoup plus sur les intérêts directs des parties plutôt que sur les points juridiquement litigieux. Il n'est bien entendu pas question d'abandonner les aspects juridiques mais ils ne sont pas, dans le cadre de la médiation, le point central. Le médiateur s'attèle à la tâche de faire sortir les parties du 'blame game' et cherche à résoudre les conflits personnels afin de rétablir un esprit de collaboration. Il dispose pour ce faire de nombreux outils

qui permettent de résoudre les incompréhensions et les tensions d'une relation. Le médiateur semble, de ce point de vue, vraiment œuvrer pour le bien-être des parties.

Certaines personnes peuvent cependant considérer qu'il s'agit là d'un processus bien trop psychologique et n'ayant aucun rapport avec le droit. De nombreuses personnes réticentes à la médiation utilisent cet argument pour la dénigrer, estimant qu'elle n'est en rien l'outil idéal au règlement de leurs problèmes.

Arbitrage ou médiation ?

Il apparaît que les deux procédures sont relativement aisées à mettre en place avec de nombreuses sources pour aider les parties ainsi que des institutions vers lesquelles il est possible de se tourner pour l'administration de la procédure. Dans ce contexte, l'avantage va, tout de même, à la médiation qui requiert bien moins de formalités et se met en place beaucoup plus rapidement. Si les parties se mettent facilement d'accord sur le médiateur, le processus peut débuter à peine quelques jours après la survenance du litige.

La flexibilité est un élément important de ces processus. Elle permet aux parties d'adapter la procédure aux besoins concrets du cas d'espèce. Si l'un est adjudicatif et l'autre non, ces deux processus offrent, en terme de mise en place de la procédure, des possibilités similaires.

En revanche, pour ce qui est du déroulement de la procédure, la médiation est bien moins stricte. En effet, l'arbitrage est très structuré et, une fois lancé, se déroule sans qu'on puisse le dévier ou l'interrompre, hors raisons juridiques. De ce point de vue, la médiation est plus agréable pour les parties qui exercent une influence directe sur la procédure pouvant ainsi évoluer plus proche de leur rythme et n'ont donc pas besoin de s'adapter à celui de la procédure. L'arbitrage n'offre pas un tel contrôle, les parties ne peuvent pas orienter les débats à leur bon vouloir. Certaines parties préfèrent cependant rester en retrait et se laisser guider au travers du processus et laisser les arbitres rendre leur verdict sans s'impliquer.

Evaluation des Solutions

En arbitrage :

Lors de l'arbitrage, il n'y a pas de recherche des solutions à proprement parler. Il s'agit pour les arbitres de déterminer le juste et donc, indirectement, d'indiquer qui a raison et qui a tort.

Les parties ne sont là que pour assister les arbitres dans cette tâche en amenant des preuves et en plaidant leur cause.

Les arbitres ne s'écartent pas du cas concret qui leur est proposé et ne cherchent pas réellement une solution pour les parties, mais bien pour le problème. Cette distinction est

essentielle dans le sens où, pour les parties, ce conflit spécifique peut ne représenter qu'une couche d'un problème plus profond qui pourrait ressortir, par exemple, en médiation.

L'arbitrage ne s'y intéresse cependant pas du tout. Une fois le conflit proposé au tribunal arbitral résolu, l'arbitrage prend fin indépendamment de la satisfaction des parties et de leur sentiment d'avoir obtenu ou non une réponse finale.

Dans le cas d'espèce on peut voir qu'il y a un mode de résolution en entonnoir menant à 'la'⁵¹ solution et les parties ne sont guère sollicitées pour savoir ce qui leur sied le mieux. Ils se voient imposer une solution finale à laquelle ils n'ont pas participé.

En médiation :

Lors de la médiation, il y a une vraie recherche des solutions qui est faite. Cette fois, la solution recherchée est une solution finale pour les parties. Le but est que, lorsqu'elles quittent la médiation, elles puissent immédiatement reprendre leur collaboration sans accrocs.

Nous voyons bien dans le cas d'espèce qu'il y a une succession d'offres et de contre-offres faites par les parties et leur avocat ce qui rapproche la médiation d'avantage de la négociation que de l'arbitrage. Il y a cependant une différence majeure : la présence du médiateur. En effet, on peut voir dans le cas d'espèce qu'il guide les parties, les aide à dépasser les incompréhensions et les pousse à révéler leurs intérêts.

Le fait que les parties acceptent de révéler leurs intérêts marque le gouffre séparant la médiation de la négociation. Ce partage d'informations crée une véritable dynamique de collaboration et non plus une simple relation d'affaire binaire où chacun cherche à obtenir le plus possible sans égards pour les intérêts de l'autre.

On voit également dans le cas d'espèce que la médiation peut prendre des tournures tout à fait inattendues en explorant des solutions insoupçonnées et relevant d'intérêts qui n'auraient jamais été mis en avant lors d'une procédure d'arbitrage.

De plus, le fait d'avoir un contrôle sur les solutions et de ne rien signer sans en être d'accord apporte une satisfaction bien plus élevée aux parties ainsi qu'un taux d'application spontanée de la 'décision'⁵² bien plus élevé.

⁵¹ Le déterminant 'la' est mis entre guillemets car cette solution est certes unique, mais il est important de se rappeler qu'elle peut être différente selon les arbitres et les circonstances.

⁵² Le mot 'la décision' est ici mis entre guillemet car s'il s'agit bien d'une décision en arbitrage, la solution en médiation n'est pas issue d'une décision à proprement parler mais d'un accord entre les parties.

Arbitrage ou médiation ?

En conclusion, nous pouvons voir que ces deux méthodes sont très différentes en termes de méthodologie. L'une cherchant le 'juste' et l'autre le 'mieux'⁸.

Si la médiation offre une plus grande satisfaction générale due au fait que les deux parties sont théoriquement satisfaites, il ne faut pas oublier que dans de nombreux cas les personnes cherchent une réponse finale à leur question et n'ont aucunement envie de s'investir dans le processus ou besoin de poursuivre une relation donnée.

Afin de pouvoir déterminer quel est le mode de résolution le plus adapté, concernant la recherche des solutions, il faut avant tout déterminer quelles sont les attentes par rapport à la procédure. Est-ce la recherche d'une solution à un problème qui met en péril une relation durable mutuellement bénéfique ? Dans ce cas, la médiation semble être la bonne option. En revanche, si le problème intervient dans une relation sans la mettre à mal ou qu'on cherche une résolution finale sans volonté de préserver une relation, alors l'arbitrage peut être la voie à suivre.

Comparaison de la durée et des frais du processus

Nous pouvons constater dans le cas d'espèce que, pour entrer en arbitrage, il est nécessaire de verser une provision qui se monte à 30'922 CHF et qu'au total la procédure coûte aux parties 708'706 CHF. GRE a 24'737 CHF à sa charge pour l'entrée en arbitrage et 212'611 CHF au total. NT doit déboursier, pour sa part, 6184,40 CHF pour l'entrée en procédure et doit supporter au total un montant s'élevant à 496'094,20 CHF.

Concernant la médiation, il y a des frais d'enregistrement de 2'000 CHF à faire valoir sur la provision. Au total, la médiation n°1 coûte 33'600 CHF, réparti de manière égale entre les parties. Dans la deuxième médiation, le total s'élève à 61'800 CHF, soit 30'900 CHF par partie.

Il est aisé, à partir de ces chiffres, de voir que la médiation est bien moins onéreuse que l'arbitrage.

Pour ce qui est de la durée, l'arbitrage dure généralement entre une et plusieurs années. Dans le cas d'espèce, cette durée est estimée entre 15 et 18 mois.

Pour la médiation, la durée du processus, avant de parvenir à un accord négocié, est estimée entre 2 et 5 semaines dans les deux cas.

S'il est évident que la médiation est bien plus rapide, il ne faut pas oublier qu'elle nécessite beaucoup plus d'investissement personnel et qu'elle peut être psychologiquement éreintante. L'arbitrage peut plus facilement être délégué à un subordonné et/ou à son avocat sans que cela

devienne un tracas quotidien. Il est donc, de ce point de vue, bien moins dérangeant que l'arbitrage dure longtemps, sauf si la solution attendue doit être obtenue rapidement.

Evaluation de l'implication et de l'état d'esprit des parties

En arbitrage :

L'implication des parties est relativement limitée. Elles sont bien sûr sollicitées lors de la décision d'entrée en arbitrage, que ce soit par le biais d'une clause compromissoire ou par un compris postérieur à la survenance du conflit. Cependant même dans cette tâche, aussi simple puisse-t-elle paraître, les parties sont régulièrement assistées afin que l'accord soit rédigé au mieux.

Par la suite, elles doivent assister leur avocat dans la préparation du dossier en lui fournissant les informations et pièces dont il a besoin. On remarque cependant tout de suite que le client, à l'image d'un fin gourmet ne sachant pas cuisiner, est très intéressé par le résultat final mais ne peut pas parvenir à ses fins tout seul. Il est attentif tout au long des préparatifs et de la réalisation de son plat, mais force est de constater qu'il n'est qu'un spectateur 'impuissant', n'apportant son aide au chef que lorsque l'occasion lui est donnée. Ce rôle de spectateur réactif⁵³ se retrouve également dans la suite de la procédure.

Durant l'arbitrage à proprement parler les acteurs sont les arbitres et les avocats, les parties étant reléguées au rang d'assistant. Ces acteurs sont le moteur du développement de la situation conflictuelle. C'est eux qui savent comment les choses fonctionnent et de ce fait ils prennent le contrôle et la responsabilité d'un différend qui ne leur appartient pas. Les parties quant à elles se retrouvent dans une situation où elles ne créent rien et se contentent de 'subir'⁵⁴ la procédure. Elles n'ont aucun contrôle direct sur la décision rendue et doivent s'y conformer quel que soit leur ressenti vis-à-vis de cette dernière.

L'état d'esprit des parties, lors d'un arbitrage, va naturellement passer par plusieurs stades du fait de la durée du processus et dépend naturellement de la personnalité de tout un chacun.

On peut cependant imaginer que lorsqu'une partie entre en arbitrage, elle est en colère, humiliée, ou encore triste. Ce qu'elle vient chercher c'est avant tout la victoire. Elle ne se lance pas dans une telle procédure à la légère et veut obtenir réparation de son dommage, restauration de son honneur et elle veut voir l'autre partie payer pour ses fautes. Il arrive malheureusement

⁵³ Ce rôle de spectateur est dit réactif dans le sens où il est tout de même sollicité à certains stades de la procédure et peut l'impacter dans une plus large mesure que ne pourrait le faire un simple spectateur.

⁵⁴ Il convient de tempérer la puissance du verbe. Toutes les parties ne subissent pas la procédure de manière impuissante mais un mot puissant a été choisi ici afin de démontrer le peu de pouvoir qu'on les clients lors de la procédure d'arbitrage.

que cet état d'esprit aille jusqu'à l'envie de vengeance et l'espoir de voir l'autre humilié et ruiné.

Au cours de ce processus, cet état d'esprit ne va que peu changer, sauf éléments extérieurs à la procédure, et habiter les parties en toile de fond. Sur cet état d'esprit général peuvent venir se greffer diverses émotions positives, comme négatives, dépendant de divers facteurs, tels que l'avancement de la procédure ou encore les perspectives de victoire. Les parties peuvent ressentir de l'excitation et de la joie, ou au contraire, du désespoir, de l'impatience et de la frustration.

Une fois le verdict rendu et la sentence prononcée tout dépendra, bien entendu, du sens de cette sentence.

La partie victorieuse peut ressentir de la délivrance, de la reconnaissance et de la joie. Il n'est cependant pas rare qu'une partie n'obtienne pas tout ce qu'elle souhaite et un certain mécontentement, ou une frustration, peut faire son apparition. De plus, la perspective de l'autre partie essayant de recourir, ou le besoin de faire reconnaître et exécuter la sentence, peut créer une certaine lassitude.

Chez la partie vaincue, on retrouve souvent de la déception, de la tristesse, de la frustration, de la colère, etc. Elle a le sentiment de ne pas avoir été entendue, et sachant que ses voies de recours sont très limitées, elle peut développer un certain esprit de rébellion, refusant ou retardant autant que possible l'exécution de la sentence.

Dans tous les cas, la fin de la procédure représente un certain soulagement pour les deux parties. En effet, s'il n'est pas agréable de perdre, il est beaucoup plus aisé de gérer la déception de la défaite que de se battre inlassablement jusqu'à l'épuisement.

En médiation :

A l'instar de l'arbitrage, les parties sont en contrôle au début du processus lors de l'accord sur le principe de la médiation. Elles conservent cependant ce contrôle jusqu'à la fin du processus. En effet, il n'est pas rare qu'elles ne soient pas accompagnées par un avocat à qui elles pourraient céder ce contrôle. Si elles sont accompagnées, comme dans le cas d'espèce, les avocats ne sont là qu'à titre de conseil et de soutien et non plus en guise de commandant de bataille.

Lors du déroulement de la procédure, il est possible que les avocats, s'il y en a, essaient de reprendre le rôle d'acteur qu'ils avaient en arbitrage car c'est un rôle qui leur est naturel, au contraire de celui qui leur est attribué en médiation. Le médiateur devra donc veiller à ce que les rôles soient correctement distribués.

Les parties se voient offrir l'opportunité d'avoir un rôle actif et d'avoir un impact dans le litige qu'ils subissent. Ils reprennent ainsi possession de leur conflit, à l'inverse de ce qu'on a pu voir en arbitrage. Ils se trouvent ici dans une position où ils peuvent créer quelque chose et ne sont limités que par leur imagination et le droit.

Ils peuvent ainsi choisir de simplement trouver une solution à leur litige, comme dans le premier scénario, ou alors ils peuvent se projeter dans le futur, comme dans le second scénario, afin de confectionner un avenir commun. Par la médiation, les parties se voient promues au rang de capitaine de leur conflit.

Lorsque la procédure touche à sa fin, les parties se voient, une fois de plus, dans la position de décideur. Il leur revient de prendre leur destin en main et de signer l'accord négocié.

En médiation, l'implication est beaucoup plus importante tout au long de la procédure. Malheureusement pas tout le monde ne sait exploiter au mieux ce pouvoir offert aux parties, d'où toute l'importance d'être bien conseillé.

L'état d'esprit d'une personne entrant en médiation est sans doute plus difficile à capter tant les raisons l'ayant menées ici peuvent être variées. Il peut dépendre de la présence ou non d'un conseil, de l'expérience en médiation dudit conseil, des moyens financiers, de la recommandation d'un ami, etc.

Dans le cas d'espèce, Vincent souhaite entrer en médiation car il a besoin d'une résolution rapide et ses moyens financiers sont très limités. Il est en colère contre NT car ils n'ont pas réussi à fournir un logiciel conforme à ses attentes. Il n'a cependant pas subi d'affront similaire à celui que NT estime avoir subi et n'a donc pas d'amertume particulière à l'égard de son cocontractant. Il aborde donc la médiation plein d'espoirs et prêt à résoudre les problèmes plombant son business et sa relation avec NT. Il est impatient, mais anxieux, à l'idée que la médiation puisse échouer, chose qu'il ne peut pas se permettre.

François, quant à lui, n'est pas très favorable à l'idée de la médiation et la considère comme une perte de temps. Son avocate, expérimentée dans le domaine, l'a cependant convaincu d'aborder le processus avec une certaine ouverture d'esprit. Il reste malgré tout dans l'optique de 'vaincre' Vincent pour laver l'affront qui lui a été fait par GRE. Il est convaincu de la force de sa position et pense obtenir ce qu'il souhaite par n'importe quel biais, que ce soit la médiation ou l'arbitrage.

Il est, à nouveau, très difficile de prévoir comment l'état d'esprit des parties va évoluer une fois que la procédure a débuté. Cela dépendra du médiateur, de son style ainsi que des outils qu'il pourrait utiliser. Cela peut également dépendre des parties, notamment par leur degré d'engagement ou le partage de certaines informations.

Dans le premier cas, Vincent apparaît sûr de lui et accusateur. Il cache cependant une certaine peur et une pointe de désespoir. Il sait qu'il ne peut pas aller en procédure et se sent quelque peu piégé, forcé de céder, en partie tout du moins, à François. Bien qu'il ressente une petite frustration, il sait qu'il agit au mieux pour les intérêts de sa société.

Pour sa part, François campe sur ses positions. Fidèle à son état d'esprit avant d'entrer en médiation, il veut obtenir ce pour quoi il est venu, ni plus ni moins. Il n'est pas très ouvert à la collaboration. On peut cependant voir qu'il se laisse déstabiliser l'espace d'un instant par l'avocat de Vincent. Le fait d'avoir une avocate expérimentée dans le domaine en guise de conseil l'aide à agir de manière plus rationnelle et moins émotionnelle. Il fait donc le choix de ravalier sa fierté dans l'intérêt de sa société.

Dans le deuxième scénario, Vincent part sur les mêmes bases. Le médiateur fait cependant usage d'autres outils qui rassurent Vincent et le poussent à dévoiler une information qu'il avait tu lors du premier scénario. En se révélant ainsi, François est anxieux, mais également plein d'espoir. Suite à la réaction positive de François, Vincent gagne confiance et se lance sur la route de la collaboration qui le mènera tout droit vers une médiation couronnée de succès.

François débute également sur les mêmes bases que dans le précédent scénario. Cependant, tout change pour lui lors de la révélation de Vincent. Il ressent une certaine honte de l'avoir attaqué avec tant de véhémence sans même chercher à comprendre les raisons ayant poussés GRE à agir de la sorte. Il ressent également une certaine pitié, ainsi que de la sympathie à l'égard de Vincent. L'affront semble effacé de l'esprit de François laissant place à une vague de bienveillance. Il rejoint finalement Vincent dans son esprit de collaboration et termine la médiation avec un sentiment d'excitation.

Une fois la médiation terminée et le contrat signé, l'idéal serait que tout le monde soit satisfait, soulagé et heureux. Ce n'est malheureusement pas toujours le cas.

Comme nous pouvons le voir dans le premier cas, Vincent fini la médiation avec ce dont il avait besoin mais il n'est pas porté par un sentiment d'allégresse pour autant. Il ressent pour sa part une certaine frustration car il a le sentiment qu'il aurait pu obtenir bien plus si le temps et l'argent ne lui avaient pas manqués.

François ressent également une certaine frustration car il a dû se comporter de manière rationnelle, faisant passer les intérêts de sa société avant la réparation de son honneur. Il reste persuadé que voir GRE condamné à payer par un juge ou un arbitre lui aurait apporté la satisfaction qui lui fait défaut. Il est tout de même très satisfait d'avoir obtenu tout ce qu'il

souhaitait, et ce en un temps record. De plus, il ressent du soulagement de pouvoir mettre ce tracis dans un coin de sa tête et pouvoir poursuivre ses affaires l'esprit libéré.

Lors du second scénario, les choses prennent une tournure quelque peu différente. En effet, les deux parties partagent un seul et même sentiment d'excitation et d'accomplissement. Ils sont soulagés d'avoir réglé leur différend. Ils sont très satisfaits d'avoir pu restaurer leur relation et par la même occasion tisser des liens pour le futur.

Il s'agit ici, en termes de satisfaction, du sommet de l'échelle. Les parties maximisent leurs bénéfices sur tous les points, que ce soit sur les coûts, le temps ou encore les solutions trouvées.

6 Conclusion

« Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », c'est ce qu'affirme Balzac dans *Les Illusions Perdues*. Dans ce travail, nous nous sommes intéressés à cette philosophie en comparant la médiation, menant à un arrangement, et l'arbitrage, procédure analogue au procès.

Nous avons pu constater tout au long de ce travail que les deux procédures sont très différentes et ne partagent que quelques caractéristiques essentielles. Comme dit précédemment, l'un de ces processus s'intéresse au 'juste' et l'autre au 'mieux'. Il convient de faire attention de ne pas considérer le 'mieux' comme surpassant le 'juste'. Ils sont complémentaires et ont besoin l'un de l'autre afin de fonctionner de manière optimale. En effet, le 'juste' est une base essentielle sans laquelle il n'y aurait pas d'ordre établi et il deviendrait donc extrêmement ardu de trouver le 'mieux'. De plus, le 'juste' sert de garantie générale, une sorte de filet de sécurité, permettant aux personnes de s'aventurer de manière plus assurée vers les terres inconnues du 'mieux'.

Pour ce qui est de l'arbitrage, il puise ses solutions dans la loi et la jurisprudence. Ce sont des solutions éprouvées du bon fonctionnement de la société. Il s'agit cependant d'éléments passés donnant à l'arbitrage un côté statique et inflexible. Cette procédure donne la part belle aux avocats, déresponsabilisant ainsi les parties.

Pour sa part, la médiation est nourrie par ses participants, lui donnant une forme différente à chaque fois qu'un élément est changé. De plus, n'étant pas tenu par la formalité juridique d'une procédure classique, elle peut se permettre de créer du contenu et non se contenter d'appliquer une solution sélectionnée dans un catalogue prédéfini. La médiation est donc très dynamique, mettant à l'honneur les parties.

Il nous a été possible de constater dans la médiation n°1 qu'un mauvais accord vaut effectivement mieux qu'un bon procès. Il convient tout de même de faire attention avec le terme 'mauvais accord'. Il est évident que la première médiation a été frustrante pour les deux protagonistes même si le résultat est très avantageux pour eux. L'accord trouvé peut cependant être qualifié de 'mauvais' par rapport à un autre accord, comme celui de la deuxième médiation, qui aurait apporté plus de choses.

L'arbitrage ne doit pas être considéré comme une mauvaise solution pour autant. Il pourra être la procédure idéale pour une grosse entreprise ayant de nombreux litiges mineurs en route et n'ayant pas besoin de les régler immédiatement. Dans tous les autres cas où la personne ne veut ou ne peut pas s'occuper personnellement de son litige, l'arbitrage représente une très

bonne solution. De plus, il garantit une confidentialité que ne peut pas égaler la médiation. En effet, si cette dernière vient à échouer, l'affaire tombera entre les mains de la justice traditionnelle, sauf accord contraire. A ce moment les parties ne bénéficieront plus de la confidentialité.

La médiation est, selon nous, la voie à emprunter dans une grande majorité de cas. Elle présente de nombreux avantages que ne proposent pas les autres modes de résolution des conflits. Elle est cependant susceptible d'échouer, mais on n'obtient pas de grands bénéfices sans sacrifices. Dans le cas de la médiation les bénéfices outrepassent, à notre sens, les risques potentiels.

De ce point de vue, les solutions méd-arb semblent très intéressantes, malgré les quelques points négatifs passés en revue. Ces solutions méd-arb permettent, grâce au bâton que représente l'arbitrage, d'amener en médiation des personnes qui n'y seraient pas spontanément venues.

La médiation mérite d'être plus connue et répandue. Les gens ne s'y intéressent pas par manque d'informations. Ils sont inconscients de son pouvoir et bien souvent les avocats ne sont d'aucun secours dans l'information de leurs clients. Serait-il judicieux de faire de la médiation une branche obligatoire des études de droit ? Selon nous la réponse est oui. Cela sensibiliserait les futurs praticiens à son pouvoir et les familiariseraient avec son processus. Ils pourraient en bénéficier dans tous les cas, car son enseignement développe des compétences concrètes pouvant servir dans tous les domaines du droit et de la vie.

Maurice Chapelan disait que « la justice, c'est l'injustice équitablement partagée ». La médiation cherche à aller au-delà de cet esprit en permettant aux parties, en plus de partager équitablement leur injustice, de se créer de nouvelles opportunités.

Bibliographie

Ouvrages :

BALTHASAR Stephan et al., *International Commercial Arbitration*, C.H.Beck, Hart & Nomos, Munich, 2016.

BEER Jennifer E., PACKARD Caroline C., *The Mediator's Handbook*, New Society Publishers, Gabriola Island, 2013.

BORN Gary B., *International Arbitration: Cases and Materials*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2015.

BRENNEUR, Béatrice (dir.), *Panorama des médiations du monde : La médiation, langage universel de règlement des conflits*, L'Harmattan, 2010.

CADIET, LOÏC (DIR.), *Médiation et arbitrage : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives*, Litec, 2005.

CARIO, Robert, *Justice restaurative. Principes et promesses*, L'Harmattan, 2005.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Renouer les liens sociaux : médiation et justice réparatrice*, Conseil de l'Europe, 2004.

CRYUPLANTS, Jean et al., *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008.

FRIEDMAN Gary, HIMMELSTEIN Jack, *Challenging Conflict Mediation Through Understanding*, Harvard's Program on Negotiation, Chicago, 2008.

GEISINGER Elliott, VOSER Nathalie, *International Arbitration in Switzerland : A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2013.

IYNEDJIAN Nicolas, *Négociation Guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne, 2005.

KARRER Pierre A., *Introduction to International Arbitration Practice: 1001 Questions and Answers*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2014.

MARCHAND Sylvain, CHAPPUIS Christine, HIRSCH Laurent et al., *Recueil de contrats commerciaux : Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013.

MARCHANDISE Thierry et al., *La médiation dans tous ses états*, Larcier, Bruxelles, 2015.

MCILWRATH Michael, SAVAGE John, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2010.

MULLER Christoph, *Contrats de Droit Suisse*, Stämpfli, Berne, 2012.

PFISTERER Stefanie, SCHNYDER Anton K., *International Arbitration in Switzerland*, Dike, Zurich, 2012.

SCHNEEBALG, Avi, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Economica, Paris, 2003.

SMETS-GARY, Coralie, BECKER, Martine, *Médiation et techniques de négociation intégrative : approche pratique en matière civile, commerciale et sociale*, Larcier, Bruxelles, 2012.

THÉVENOZ Luc, WERRO Franz, *Commentaire romand : Code des obligations I*, Helbig Lichtenbahn, Bâle, 2012.

Articles :

COLLOT Mathias, DEBEAUD Laurent (2000). L'arbitrage international. <http://www.anales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf>.

DAMON Julien (2009). Le partenariat : retour sur une notion d'un quart de siècle. <http://eclairs.fr/wp-content/uploads/2012/06/PartenariatDamonRDSS.pdf>.

DUBOIS Isabelle (2007). L'application de l'article VII de la Convention de New York de 1958 en France et en Allemagne. <http://blogs.u-paris10.fr/content/lapplication-de-larticle-vii-de-la-convention-de-new-york-de-1958-en-france-et-en-allemande->.

HAUSER Martin (2013). La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales : Le point de vue d'un avocat. http://www.bmhavocats.com/commun/pdf_colloque/07-11-2013/La_remuneration_des_mediateurs_dans_des_mediations_commerciales.pdf

Harvard Law School: Program on negotiation. Business negotiation skills: 5 common business negotiation mistakes. www.pon.harvard.edu.

MULLER François (2014). Arbitrage ad hoc ou institutionnel ? http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2014/01/31/cercle_90099.htm

PASTORE Florent, SAMBETH GLASNER Birgit (2010). La médiation civile dans le code de procédure civile unifié.

THOMAS, Marc (2005). Choisir les stratégies adaptées pour gérer les conflits. *Revue de prévention et de règlement des différends* : vol. 3 n. 3.

VAN LEYNSEELE Patrick (2013). La 'med-arb' et ses dérivés — Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace.

http://www.daldewolf.com/documents/documents/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf.

ZENA Zumeta (2000). Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation. <http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>.

Sources internet :

Commission fédérale de la médiation (2012). Durée d'une médiation. <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/duree-dune-mediation>.

ICC (2015). Gestion efficace de l'arbitrage - Guide destiné aux juristes d'entreprise et aux autres représentants des parties. <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2014/Gestion-efficace-de-l%E2%80%99arbitrage-Guide-destin%C3%A9-aux-juristes-d%E2%80%99entreprise-et-aux-autres-repr%C3%A9sentants-des-parties/>.

International Institute for Conflict Prevention & Resolution (2015). CPR European Mediation and ADR Guide.

Le-Droit-des-affaires.com (2012). Combien coûte un avocat d'affaires ?. <http://www.le-droit-des-affaires.com/combien-coute-un-avocat-d-affaires--page33.html>.

Mediation conseils. Le coût d'une médiation : Combien coûte une médiation ?. <http://www.mediation-conseils.com/8885/23385.html>.

Réseau d'avocats d'arbitrage international indépendants (2012). Calculatrices de coûts d'arbitrage complet. <https://international-arbitration-attorney.com/fr/full-international-arbitration-cost-calculators/>.

www.ICCWBO.org.

Annexe I – Cas pratique et informations confidentielles

INFORMATIONS GENERALES Geneva Real Estate / New Technologies

Geneva Real Estate est une nouvelle agence immobilière qui vient d'être fondée par deux associés, Vincent et Albert, actifs depuis 20 ans dans ce domaine. Le but de cette agence est de servir une clientèle très haut de gamme recherchant des locaux commerciaux, ainsi que des résidences exclusives pour ses cadres dirigeants. Le concept de Geneva Real Estate est basé sur l'efficacité et la rapidité du service « on line » par Internet. Pour réaliser ce concept, Vincent et Albert ont fait appel à la société informatique New Technologies et l'ont chargée de toute la conception du système. Pour le bon fonctionnement du concept, New Technologies a conseillé à Geneva Real Estate d'acquérir un nouveau serveur avec des capacités spécifiques et une carte graphique coûteuse. New Technologies disposait de ce type de matériel mais le prix exigé était trop élevé pour Geneva Real Estate, qui a finalement choisi de se procurer un autre système à un prix plus avantageux auprès d'une société tierce. New Technologies a installé son système sur ce serveur.

La prestation de New Technologies a été devisée à CHF 200'000.- payables comme suit :

- 10% à la signature du contrat
- 50% une fois l'installation effectuée
- 40% trois mois après la réception.

Dès les débuts de l'activité de Geneva Real Estate, il s'est avéré que le système informatique ne fonctionnait pas comme prévu engendrant des retards et des plaintes de la clientèle haut de gamme de Vincent et Albert. Certains clients mécontents ont même déjà quitté la jeune société et choisi un nouveau partenaire immobilier. Plusieurs interventions visant à améliorer le système ont été effectuées par New Technologies mais sans succès. Selon New Technologies, la cause du dysfonctionnement provient du serveur acquis par Geneva Real Estate auprès d'une société tierce. Les rapports entre les deux sociétés se sont tendus. Geneva Real Estate voit son concept haut de gamme compromis et craint pour la survie de sa société. New Technologies pour sa part entend recevoir le solde du prix, soit les 40% restant. New Technologies rejette sur la société de Vincent et Albert la responsabilité en prétendant que le matériel acquis par eux auprès d'une société tierce ne correspond pas aux spécifications contenues dans le contrat. New Technologies a d'ailleurs fait réaliser une expertise qui confirme ses dires. Geneva Real Estate produit une contre-expertise arrivant à la conclusion inverse à savoir que le problème provient d'une erreur de conception de New Technologies, puisque leur serveur fonctionne normalement. Le contrat signé par les parties prévoit une clause de médiation institutionnelle auprès de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève. Les parties ont adressé une requête commune à l'institut. Dans leur requête les parties ont conjointement désigné un médiateur, lequel a été confirmé par le service ADR de la CCIG en application de leur règlement. Vincent, lequel représente Albert et Geneva Real Estate, et François qui représente New Technologies ont rendez-vous aujourd'hui avec le médiateur pour une première réunion. L'un et l'autre sont accompagnés de leur avocat.

* * *

Informations confidentielles pour François (New Technologies)

Ces informations sont confidentielles et ne pourront être dévoilées qu'à votre avocat.

François est le patron de New Technologies, société active dans la conception de systèmes informatiques ainsi que dans le domaine du *web hosting*. François a eu, au départ, un coup de cœur pour le projet d'Albert et de Vincent. En dépit de son carnet de commande bien rempli, il leur a accordé beaucoup de temps. Il est particulièrement déçu du non paiement du solde car il estime avoir pleinement rempli ses obligations. Il a également été très contrarié qu'Albert et Vincent achètent leur matériel auprès d'une société tierce. Il n'a pas très envie d'aller en médiation et préférerait un jugement condamnant clairement Albert et Vincent à lui payer son dû, en raison de leur ingratitude pour tout le travail qu'il a consenti à faire pour eux.

New Technologies dispose par ailleurs d'un système de *web hosting* qu'il met à disposition de plusieurs clients, lesquels en sont très satisfaits. Ce système utilise le même logiciel que celui acheté par Geneva Real Estate (mais pas dans l'immobilier) et François n'a jamais eu de problèmes avec ce système. Il est clair que la source du problème est le matériel acheté par Albert et Vincent. Il est tout de même un peu inquiet du risque (si faible soit-il) que New Technologies doive s'acquitter de dommages-intérêts du fait de la perte de clientèle de Geneva Real Estate. Il est vrai qu'il a installé son système sur le serveur d'Albert et Vincent sans avoir vérifié si ce serveur fonctionnerait adéquatement. De plus, il craint que la réputation de sa société, qui doit faire face à une concurrence très vive, ne soit entachée et que cela entraîne la perte de certains marchés.

* * *

Informations confidentielles destinées à l'avocat de François

Sur la base des informations reçues de votre client, il vous apparaît clairement que la cause du mauvais fonctionnement du système est dû au matériel acquis par Geneva Real Estate auprès d'une société tierce et que vous auriez de bonnes chances de gagner en cas de procès.

Vous avez consenti à accompagner votre client en médiation et vous vous efforcerez de défendre au mieux ses intérêts.

C'est à vous de choisir de présenter vous-même les faits ou de laisser à François le soin de s'en charger. Cette intervention qui se fera au début de la médiation, sur invitation du médiateur, ne devra pas dépasser 5 minutes.

* * *

Informations confidentielles pour François (New Technologies)

Ces informations sont confidentielles et ne pourront être dévoilées qu'à votre avocat.

François est le patron de New Technologies, société active dans la conception de systèmes informatiques ainsi que dans le domaine du *web hosting*. François a eu, au départ, un coup de cœur pour le projet d'Albert et de Vincent. En dépit de son carnet de commande bien rempli, il leur a accordé beaucoup de temps. Il est particulièrement déçu du non paiement du solde car il estime avoir pleinement rempli ses obligations. Il a également été très contrarié qu'Albert et Vincent achètent leur matériel auprès d'une société tierce. Il n'a pas très envie d'aller en médiation et préfèrerait un jugement condamnant clairement Albert et Vincent à lui payer son dû, en raison de leur ingratitude pour tout le travail qu'il a consenti à faire pour eux.

New Technologies dispose par ailleurs d'un système de *web hosting* qu'il met à disposition de plusieurs clients, lesquels en sont très satisfaits. Ce système utilise le même logiciel que celui acheté par Geneva Real Estate (mais pas dans l'immobilier) et François n'a jamais eu de problèmes avec ce système. Il est clair que la source du problème est le matériel acheté par Albert et Vincent. Il est tout de même un peu inquiet du risque (si faible soit-il) que New Technologies doive s'acquitter de dommages-intérêts du fait de la perte de clientèle de Geneva Real Estate. Il est vrai qu'il a installé son système sur le serveur d'Albert et Vincent sans avoir vérifié si ce serveur fonctionnerait adéquatement. De plus, il craint que la réputation de sa société, qui doit faire face à une concurrence très vive, ne soit entachée et que cela entraîne la perte de certains marchés.

* * *

Informations confidentielles destinées à l'avocat de François

Sur la base des informations reçues de votre client, il vous apparaît clairement que la cause du mauvais fonctionnement du système est dû au matériel acquis par Geneva Real Estate auprès d'une société tierce et que vous auriez de bonnes chances de gagner en cas de procès.

Vous avez consenti à accompagner votre client en médiation et vous vous efforcerez de défendre au mieux ses intérêts.

C'est à vous de choisir de présenter vous-même les faits ou de laisser à François le soin de s'en charger. Cette intervention qui se fera au début de la médiation, sur invitation du médiateur, ne devra pas dépasser 5 minutes.

* * *

Annexe II – *Contrat de médiation*

CONTRAT DE MEDIATION

entre

Nom, prénom : _____

Adresse : _____

et

Nom, prénom : _____

Adresse : _____

1. Objet de la médiation

Les parties conviennent d'entamer une médiation dans le but de résoudre leur différend concernant :

2. Le médiateur

A cet effet, les parties mandatent en qualité de médiateur :

_____, médiateur/médiatrice FSA à _____,

En cette qualité, le médiateur :

- aide les parties dans la recherche d'une issue amiable à leur différend dans un climat serein, sans proposer de solution aux parties ;
- est indépendant et impartial, et s'oblige à informer les parties de tout fait susceptible de remettre en question son indépendance ou son impartialité ;
- ne représente ni l'une ni l'autre des parties, et ne donne pas de conseils juridiques ;
- peut proposer, lorsqu'il le juge utile, d'avoir des entretiens séparés avec l'une ou l'autre des parties ;
- peut mettre fin à la médiation en tout temps.

3. Règles applicables en médiation

Le processus de médiation est volontaire et chaque partie consent librement à y participer de façon active. Chacune des parties peut mettre unilatéralement fin au processus en tout temps.

Durant la médiation, les parties s'obligent à veiller au maintien d'un climat de coopération et de respect mutuel.

Les parties peuvent choisir, d'un commun accord, d'être accompagnées ou non, et de faire intervenir des avocats ou d'autres spécialistes en qualité d'expert.

Les parties peuvent demander à s'entretenir en privé et confidentiellement avec le médiateur.

Les parties seront personnellement tenues par l'accord final qu'elles auront trouvé dans le cadre de la médiation. Elles peuvent demander que cet accord soit établi par écrit.

4. Rapport avec les procédures judiciaires

Les parties s'engagent à suspendre, le cas échéant, les procédures judiciaires ou arbitrales en cours, et s'abstiendront d'en introduire. Font exception les démarches visant à la sauvegarde d'un droit, par exemple l'interruption d'un délai de prescription, étant entendu que celles-ci relèvent de la seule responsabilité des parties.

Lorsque la médiation remplace une tentative préalable de conciliation judiciaire, ou lorsqu'une procédure est en cours et a été suspendue, les parties s'engagent à informer l'autorité saisie de l'issue de la médiation. Lorsqu'un accord final a été trouvé, celui-ci sera passé en la forme écrite, et les parties pourront en demander la ratification par le juge.

5. Confidentialité

Toutes les données relatives à la médiation sont confidentielles. Les parties et le médiateur s'engagent à en respecter le secret, et s'interdisent d'en faire usage dans une procédure judiciaire ou d'arbitrage. Par données relatives à la médiation, on entend, notamment, le contenu des discussions entre parties, les projets d'accord ainsi que les notes de travail du médiateur.

Les parties prennent note que le médiateur est tenu au secret professionnel, et s'abstiendront de requérir son audition en justice.

6. Rémunération du médiateur

Le médiateur sera rémunéré en fonction du temps passé sur le cas, sur la base du tarif suivant :

- Entretiens préliminaires individuels _____ / séance
- Séances communes de médiation _____ / heure
- Entretiens séparés, entretiens téléphoniques, correspondances, rédaction et suivi de l'accord final, etc. _____ / heure

Les parties conviennent que le coût de la médiation, à l'exception de l'entretien préliminaire individuel facturé séparément, sera réparti comme suit entre elles :

Ainsi fait à _____, le _____

Signatures :

Annexe III - *Accord de médiation N°1*

1. *Parties au contrat*

Le présent contrat est passé entre :

- Geneva Real Estate Sàrl
Place de Longemalle 14
1204 Genève, Suisse
Représenté par Vincent Morret

Et,

- New Technologies SA
70 Boulevard du Montparnasse
75014 Paris, France
Représenté par François Martin

2. *Objet du contrat*

Ce contrat a pour but de tester la qualité du programme développé par New Technologies SA pour Geneva Real Estate Sàrl sur un serveur aux qualités recommandées à l’art. 6 du rapport de base afin de déterminer si le programme doit être révisé ou si le serveur acquis par Geneva Real Estate Sàrl doit être remplacé.

3. *Obligations caractéristiques de New Technologies SA*

- I. New Technologies SA s’engage à :
 - a. prêter un serveur répondant aux caractéristiques recommandées par l’art. 6 du rapport de base et,
 - b. installer le programme développé pour Geneva Real Estate Sàrl sur ce dernier.
- II. Dans le cas où le test démontre que le programme doit être révisé, New Technologies SA s’engage à :
 - a. Recoder le programme dans un délai d’un mois, afin qu’il fonctionne sur le serveur ‘X’ de Geneva Real Estate Sàrl comme prévu dans le rapport de base.
 - b. Accorder à Geneva Real Estate Sàrl une réduction du prix du programme de 80'000 CHF, correspondant à sa créance.

- III. Dans le cas où le test démontre que le serveur doit être remplacé, New Technologies s'engage à :
- a. Vendre le serveur prêté à Geneva Real Estate Sàrl pour un montant de 45'000 CHF.
 - b. Accorder un plan de paiement à Geneva Real Estate Sàrl pour l'entier de sa dette. Le montant de cette dette est de 125'000 CHF, comprenant 80'000 CHF du solde de la précédente facture ainsi que 45'000 CHF pour l'achat du serveur prêté par New Technologies SA.

4. *Obligation caractéristiques de Geneva Real Estate Sàrl*

- I. Geneva Real Estate s'engage à ne pas réclamer de dommages et intérêts pour la perte de clients subie.
- II. Dans le cas où le test démontre que le programme doit être révisé, Geneva Real Estate Sàrl s'engage à :
 - a. Payer le serveur ainsi que le solde de la facture précédente, soit un montant de 125'000 CHF, selon les délais mentionnés à l'art 5.
 - b. Faire un communiqué de presse disculpant New Technologies SA de toute responsabilité dans les problèmes rencontrés par Geneva Real Estate Sàrl.
- III. Dans le cas où le test démontre que le serveur doit être remplacé, Geneva Real Estate Sàrl, ainsi que tous ses employés, s'engagent à ne faire aucune déclaration publique ou privée pouvant nuire à la réputation de New Technologies.

5. *Plan de paiement*

Dans le cas où le serveur 'X' devait être remplacé, Geneva Real Estate Sàrl s'engage à payer l'entier de sa dette, soit 125'000 CHF, selon les délais suivants :

- 30% (37'500 CHF) sont à payer dans un délai de 6 mois.
- 40% (50'000 CHF) sont à payer dans un délai de 12 mois suivant le premier paiement.
- 20% (25'000 CHF) sont à payer lors du premier exercice bénéficiaire suivant le deuxième paiement mais au plus tard dans un délai de 3 ans.

6. *Droit applicable*

Le présent contrat est exclusivement régi par le droit suisse.

7. *Résolution des conflits*

En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci.⁵⁵

8. *Rapport avec le contrat de base*

Pour le surplus le contrat régissant précédemment les relations entre Geneva Real Estate Sàrl et New Technologies SA reste valable.

⁵⁵ Clause recommandée par l'ICC. www.ICCWBO.org.

Annexe IV - *Contrat de médiation N°2*

1. *Parties au contrat*

Le présent contrat est passé entre :

- Geneva Real Estate Sàrl
Place de Longemalle 14
1204 Genève, Suisse
Représenté par Vincent Morret

Et,

- New Technologies SA
70 Boulevard du Montparnasse
75014 Paris, France
Représenté par François Martin

2. *Objet du contrat*

- a. La présente convention a pour but de régler les rapports de collaboration entre les parties pour la création d'une plateforme sociale destinée aux professionnels de l'immobilier.
- b. Définir dans les grandes lignes les caractéristiques de la plateforme.
- c. Déterminer les contributions respectives de chacune des sociétés ainsi que les modalités de rétribution.

3. *Prestations caractéristiques de New Technologies SA*

New Technologies SA s'engage à :

- a. Vendre un serveur répondant aux caractéristiques recommandées par l'art. 6 de la précédente convention pour le prix de 45'000 CHF.
- b. Racheter le serveur 'X' de Geneva Real Estate Sàrl pour un montant de 25'000 CHF.
- c. Installer le logiciel développé pour Geneva Real Estate Sàrl selon les termes du précédent contrat sans frais sur ledit serveur et en assurer sa maintenance pour

une durée de 5 ans. Cette durée est renouvelée automatiquement à son terme pour une nouvelle période de 5 ans sauf préavis contraire de 6 mois.

- d. Développer une plateforme sociale destinée aux professionnels de l'immobilier en partenariat avec Geneva Real Estate Sàrl pour un montant forfaitaire de 600'000 CHF

4. *Prestations caractéristiques de Geneva Real Estate Sàrl*

Geneva Real Estate Sàrl s'engage à :

- a. Payer à New Technologies SA le prix du nouveau serveur, la moitié du prix de développement de la plateforme ainsi que les prestations impayées liées au précédent contrat. En déduction du montant obtenu par Geneva Real Estate Sàrl pour le rachat de son serveur 'X', ce montant s'élève à 400'000 CHF.
- b. Participer aux frais de maintenance de la plateforme à hauteur de moitié. Ces frais seront estimés par un expert externe nommé par les deux parties.
- c. Conseiller et aider activement New Technologies SA au développement de la plateforme. Pour ce faire, Geneva Real Estate Sàrl devra, notamment :
 - i. Procéder aux études de marché
 - ii. Faire la promotion régionale de la plateforme
 - iii. Participer au moins à une réunion bimensuelle avec l'équipe de développement

5. *Caractéristiques et fonctionnement de la plateforme*

La plateforme a pour but qu'un agent immobilier n'ayant pas le bien recherché par son client puisse voir l'état actuel du parc immobilier de ses concurrents afin de conseiller un bien concurrent à ce client.

Lors de la signature d'une vente via la plateforme, l'agent ayant bénéficié de la recommandation devra verser 6% du montant de la vente aux propriétaires de la plateforme ainsi que 8% à l'agent ayant formulé la recommandation.

La plateforme est installée sur les serveurs de New Technologies SA et entretenue par elle.

Les délais d'actualisation de la plateforme ne devront pas dépasser les 5 minutes.

La plateforme sera ouverte, dans un premier temps, à la Suisse romande uniquement.

Après la première année d'exploitation, si les résultats sont concluants, elle sera étendue à la Suisse alémanique puis à la France dans les 6 mois suivants.

Toute extension future de la plateforme se fera aux termes de ce contrat.

6. *Propriété de la plateforme et rétribution des parties*

- a. Geneva Real Estate Sàrl et New Technologies SA sont propriétaires de la plateforme à hauteur de 50% chacun.
- b. Chaque partie touche 3% du montant des ventes faites via la plateforme. Elles se partagent à parts égales tout autre bénéfice éventuel lié à la plateforme.

7. *Prix et paiement*

- a. Geneva Real Estate Sàrl paie à New Technologies SA un montant de 400'000 CHF correspondant à hauteur de 80'000 CHF pour les prestations dues liées au précédent contrat, 20'000 CHF pour la différence entre le serveur 'X' revendu à New Technologies SA et le serveur racheté et 300'000 CHF pour la moitié du prix de développement de la plateforme.
- b. L'entier de ce montant (400'000 CHF) est payé en parts de propriétés. Ce montant correspond à 25% de la société Geneva Real Estate Sàrl.
- c. Les frais de maintenance des serveurs doivent être payés dans les 30 jours suivant le rapport de l'expert mandaté.

8. *Droit applicable*

Le présent contrat est exclusivement régi par le droit suisse.

9. *Résolution des conflits*

En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci.⁵⁶

⁵⁶ Clause recommandée par l'ICC. www.ICCWBO.org.

10. Rapport avec le contrat de base

Pour le surplus le contrat régissant précédemment les relations entre Geneva Real Estate Sàrl et New Technologies SA reste valable.

Annexe V – Tableaux des frais et honoraires de l'arbitrage

RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCI APPENDICE III – FRAIS ET HONORAIRES DE L'ARBITRAGE

B Honoraires d'un arbitre		Honoraires**	
Pour un montant en litige (en dollars US)			
		minimum	maximum
Jusqu'à	50 000	\$3,000	18,0200 %
de	50 001 à 100 000	2,6500 %	13,5680 %
de	100 001 à 200 000	1,4310 %	7,6850 %
de	200 001 à 500 000	1,3670 %	6,8370 %
de	500 001 à 1 000 000	0,9540 %	4,0280 %
de	1 000 001 à 2 000 000	0,6890 %	3,6040 %
de	2 000 001 à 5 000 000	0,3750 %	1,3910 %
de	5 000 001 à 10 000 000	0,1280 %	0,9100 %
de	10 000 001 à 30 000 000	0,0640 %	0,2410 %
de	30 000 001 à 50 000 000	0,0590 %	0,2280 %
de	50 000 001 à 80 000 000	0,0330 %	0,1570 %
de	80 000 001 à 100 000 000	0,0210 %	0,1150 %
de	100 000 001 à 500 000 000	0,0110 %	0,0580 %
au-dessus de	500 000 000	0,0100 %	0,0400 %

** A titre d'exemple seulement, le tableau à la page 56 indique les honoraires d'arbitre en \$US résultant de calculs corrects.

A Frais administratifs		Frais administratifs*
Pour un montant en litige (en dollars US)		
Jusqu'à	50 000	\$3,000
de	50 001 à 100 000	4,73 %
de	100 001 à 200 000	2,53 %
de	200 001 à 500 000	2,09 %
de	500 001 à 1 000 000	1,51 %
de	1 000 001 à 2 000 000	0,95 %
de	2 000 001 à 5 000 000	0,46 %
de	5 000 001 à 10 000 000	0,25 %
de	10 000 001 à 30 000 000	0,10 %
de	30 000 001 à 50 000 000	0,09 %
de	50 000 001 à 80 000 000	0,01 %
de	80 000 001 à 500 000 000	0,0035 %
au-dessus de	500 000 000	\$113 215

* A titre d'exemple seulement, le tableau à la page 55 indique les frais administratifs en \$US résultant de calculs corrects.

Montant en litige A Frais administratifs*

(en dollars US)	(en dollars US)
jusqu'à 50 000	3 000
de 50 001 à 100 000	3 000 + 4,73 % du mont. sup. à 50 000
de 100 001 à 200 000	5 365 + 2,53 % du mont. sup. à 100 000
de 200 001 à 500 000	7 895 + 2,09 % du mont. sup. à 200 000
de 500 001 à 1 000 000	14 165 + 1,51 % du mont. sup. à 500 000
de 1 000 001 à 2 000 000	21 715 + 0,95 % du mont. sup. à 1 000 000
de 2 000 001 à 5 000 000	31 215 + 0,46 % du mont. sup. à 2 000 000
de 5 000 001 à 10 000 000	45 015 + 0,25 % du mont. sup. à 5 000 000
de 10 000 001 à 30 000 000	57 515 + 0,10 % du mont. sup. à 10 000 000
de 30 000 001 à 50 000 000	77 515 + 0,09 % du mont. sup. à 30 000 000
de 50 000 001 à 80 000 000	95 515 + 0,01 % du mont. sup. à 50 000 000
de 80 000 001 à 100 000 000	98 515 + 0,0035 % du mont. sup. à 80 000 000
de 100 000 001 à 500 000 000	99 215 + 0,0035 % du mont. sup. à 100 000 000
au-dessus de 500 000 000	113 215

* Voir page 54.

**RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCI
APPENDICE III - FRAIS ET HONORAIRES
DE L'ARBITRAGE**

B Honoraires d'un arbitre**

Montant en litige (en dollars US)		Minimum (en dollars US)		Maximum	
jusqu'à 50 000		3 000		18,0200 % du montant en litige	
de 50 001 à 100 000		3 000 + 2,6500 % du mont. sup. à 50 000		9 010 + 13,5680 % du mont. sup. à 50 000	
de 100 001 à 200 000		4 325 + 1,4310 % du mont. sup. à 100 000		15 794 + 7,6850 % du mont. sup. à 100 000	
de 200 001 à 500 000		5 756 + 1,3670 % du mont. sup. à 200 000		23 479 + 6,8370 % du mont. sup. à 200 000	
de 500 001 à 1 000 000		9 857 + 0,9540 % du mont. sup. à 500 000		43 990 + 4,0280 % du mont. sup. à 500 000	
de 1 000 001 à 2 000 000		14 627 + 0,6890 % du mont. sup. à 1 000 000		64 130 + 3,6040 % du mont. sup. à 1 000 000	
de 2 000 001 à 5 000 000		21 517 + 0,3750 % du mont. sup. à 2 000 000		100 170 + 1,3910 % du mont. sup. à 2 000 000	
de 5 000 001 à 10 000 000		32 767 + 0,1280 % du mont. sup. à 5 000 000		141 900 + 0,9100 % du mont. sup. à 5 000 000	
de 10 000 001 à 30 000 000		39 167 + 0,0640 % du mont. sup. à 10 000 000		187 400 + 0,2410 % du mont. sup. à 10 000 000	
de 30 000 001 à 50 000 000		51 967 + 0,0590 % du mont. sup. à 30 000 000		235 600 + 0,2280 % du mont. sup. à 30 000 000	
de 50 000 001 à 80 000 000		63 767 + 0,0330 % du mont. sup. à 50 000 000		281 200 + 0,1570 % du mont. sup. à 50 000 000	
de 80 000 001 à 100 000 000		73 667 + 0,0210 % du mont. sup. à 80 000 000		328 300 + 0,1150 % du mont. sup. à 80 000 000	
de 100 000 001 à 500 000 000		77 867 + 0,0110 % du mont. sup. à 100 000 000		351 300 + 0,0580 % du mont. sup. à 100 000 000	
au-dessus de 500 000 000		121 867 + 0,0100 % du mont. sup. à 500 000 000		583 300 + 0,0400 % du mont. sup. à 500 000 000	

** Voir page 54.