

The Seven Pillars of Wisdom⁽¹⁾ or the chief reasons why one should resort to mediation under ones (international) commercial contracts

Mediation is to Alternative Dispute Resolution (ADR) techniques what collaborative schemes are to commercial contracting⁽²⁾: a recipe for successful outcomes which mature, proactive and imaginative parties can use to their mutual benefit. Here are seven reasons why one should liberally resort to mediation for resolving disputes under ones (international) commercial contracts, in particular in the fields of construction, environment, energy and manufacturing.

Mediation empowers the parties^o: Mediation is in essence negotiation assisted by a third party neutral. Parties own the process: they decide to resort to mediation within or outside the frame of their contract, design the applicable procedural rules by referring or not to existing (institutional) mediation rules, administer the process or request the assistance of an institution, and determine the outcomes.

Mediation is swift and inexpensive^o: The overall mediation process usually span over 3-6 months, from the identification of the third party neutral down to the signing of a mediated agreement or the acknowledgement of the mediation failure⁽³⁾. The mediation itself rarely exceed one day^o! Parties do not need to involve counsels, consultants or experts. The process is not documentation-heavy. Unsurprisingly, the cost of a mediation is only a fraction of the cost of other ADR procedures (no to mention litigation or arbitration).

Mediation does not drain the Parties' resources^o: Unlike a complex expertise, an ad hoc dispute board, a litigation or an arbitration which may drag over years, is procedure-intensive and mobilises the parties' (internal and external) resources, mediation spans over a few months, does not require bundles of submissions, does not involve evidentiary hearings, and does not «vampirise^o» countless (internal and external) resources. As a result, the parties can conduct the mediation and, at the same time, stay focus on carrying out their core businesses.

Les Sept Piliers de la Sagesse⁽¹⁾ ou les principales raisons de recourir à la médiation pour résoudre ses différends commerciaux

La médiation est aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ce que les schémas collaboratifs sont aux contrats commerciaux⁽²⁾: une recette à la disposition de parties matures, proactives et créatives pour la résolution amiable de leurs différends. Voici sept raisons qui devraient vous inciter à recourir systématiquement à la médiation pour résoudre vos différends commerciaux en France comme à l'étranger, en particulier dans les secteurs de la construction, de l'environnement, de l'énergie et manufacturier.

Avec la médiation, les parties sont maîtres de leur destin^o: La médiation est, par essence, une négociation assistée par un tiers neutre. Les parties sont en charge de la médiation: elle décident d'y recourir en application ou en marge du contrat qui les lie, elles définissent les règles procédurales applicables en se référant ou non à un règlement de médiation institutionnel, elles gèrent la procédure avec ou sans l'aide d'une institution, elles en déterminent l'issue.

La médiation est rapide et bon marché^o: En général, une procédure de médiation dure 3-6 mois, entre la désignation du médiateur et la conclusion d'une transaction ou le constat de l'échec de la médiation⁽³⁾. La médiation elle-même excède rarement un jour^o! Les parties n'ont pas besoin d'impliquer des conseils, des consultants et/ou des experts. La médiation implique peu d'échanges d'écritures. Aussi le cout d'une médiation ne représente-t-il qu'une infime proportion du cout induit par d'autres MARD (sans même parler de celui d'un contentieux judiciaire ou arbitral).

La médiation ne vampirise pas les ressources des parties^o: A la différence d'une expertise complexe, d'un « dispute board » ad hoc, ou d'un contentieux judiciaire ou arbitral qui peut durer plusieurs années, induit de nombreuses étapes et mobilise les ressources (internes et externes) des parties, une médiation ne dure que quelques mois, n'implique pas de multiples écritures, ne nécessite pas d'audiences, et ne vampirise pas les ressources (internes et externes) des parties. De ce fait, les parties peuvent conduire la médiation tout en restant concentrées sur la réalisation de leur objet social.



Snapshot

Mediation is effective°: In 2018, 89% of the mediations conducted under the auspice of CEDR ended up with a mediated agreement (with 74% of settlements occurring on the mediation day and 15% shortly afterwards)⁽⁴⁾. Besides, by virtue of the «°Singapore Convention°» (December 2018), an international mediated agreement can be recognised and enforced in any signatory country (which, as of September 2020, numbered 53 countries, including China, USA and India)⁽⁵⁾.

Mediation is soft on people°: Unlike expertise, dispute board or arbitration which are adversarial, mediation is in essence collaborative. The process encourage parties to listen to each other, dialogue constructively, and try overcome their difference to design a mutually acceptable agreement. Irrespective of its outcomes, mediation preserve the parties' business relationship.

Mediation invite parties to reality test their stands°: In order to be effective, the mediation process requires that the parties embrace it voluntarily, that they prepare for it, and that they are empowered to compromise. While the preparation of the mediation give to the parties an opportunity to revisit their stands, arguments and proofs, the mediation day operates as a «°reality test°». This may account for the relatively high percentage of disputes that settle during or shortly after the mediation day.

Mediation leaves parties' options open°: Mediation is both confidential (i.e., it all occurs behind closed doors) and «°without prejudice°» (i.e., the parties' stands, information or documents cannot be used against them later on)⁽⁹⁾. At the end of the mediation day, parties are at liberty to settle, partially settle or walk away without settling. Then, parties are at liberty to proceed as stipulated in their contract or as agreed between them to resolve any unsettled disputes.

Prominent arbitration centres such as AFA⁽⁶⁾, CMAP⁽⁷⁾ or ICC⁽⁸⁾ offer mediation services, although mediation can be conducted without their assistance. If parties wish to have their mediation administered by any such centres, they are advised to use their standard clauses

La médiation est efficace°: En 2018, 89% des médiation conduite sous l'auspice du CEDR ont abouti a une transaction (dont 74% le jour même de la médiation et 15% peu de temps après)⁽⁴⁾. Par ailleurs, en vertu de la «°Convention de Singapour°» (Décembre 2018), les accords de règlement internationaux issus de la médiation sont reconnus et exécutés dans les pays signataires (qui, en Septembre 2020, comptaient 53 pays, y compris la China, les USA et l'Inde⁽⁵⁾).

La médiation ménage la relation des parties°: A la différence de l'expertise, du « dispute board » ou de l'arbitrage qui impliquent la confrontation, la médiation est par essence collaborative. La procédure encourage les parties à l'écoute, les invite à un dialogue constructif, les accompagne dans la recherche d'une solution mutuellement satisfaisante. Quelle qu'en soit l'issue, la médiation préserve la relation des parties.

La médiation invite les parties à la lucidité: Pour être efficace, la médiation requière que les parties fassent preuve de volontarisme, qu'elles s'y préparent, et que leurs représentants aient le pouvoir de transiger. En se préparant pour la médiation, les parties ont l'occasion de réévaluer la robustesse de leur position, de leurs arguments et de leurs preuves, tandis que le médiateur porte le différend un regard indépendant et impartial. Cette « épreuve de vérité » explique sans doute le taux de succès élevé de la médiation.

La médiation n'entrave pas la liberté des parties°: La médiation est à la fois confidentielle (i.e., elle n'implique en principe que le médiateur et les parties) et «°sans préjudice°» (i.e., son contenu ne peut être utilisé lors de procédures ultérieures)⁽⁹⁾. A l'issue, les parties peuvent transiger, transiger en partie ou constater l'échec de la médiation. Faute d'accord ou en cas d'accord partiel, les parties suivent les étapes prévues au contrat ou conviennent de la procédure qu'elles souhaitent mettre en œuvre pour y remédier.

Des institutions d'arbitrage de premier plan telles que l'AFA⁽⁶⁾, le CMAP⁽⁷⁾ ou la CCI⁽⁸⁾ offrent des services de médiation, même si la médiation peut s'organiser sans leur concours. Les parties qui souhaitent recourir à leurs services ont intérêt à insérer dans leurs contrats les clauses standard proposées par ces institutions.

(1) T.E. Lawrence, *Seven Pillars of Wisdom*, Penguin Classics, 2000, (2) Guillaume Feld, *Law and Practice of Major International Projects*, Legitech, 2020, pp. 811-833 and 851-872, (3) According to the 2019 CMAP Mediation Barometer, the process average duration was 8 months, while the mediation day average length was 16 hours, (4) *The Eighth Mediation Audit*, CEDR, 2018, (5) Singapore Convention, (6) (French) Association for Arbitration, (7) Paris Mediation and Arbitration Centre, (8) International Chamber of Commerce, (9) Susan Blake, Julie Browne, Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2014, pp. 215-252