

Singapore Management University

Institutional Knowledge at Singapore Management University

Research Collection Yong Pung How School Of
Law

Yong Pung How School of Law

10-2011

Opening the mediation window in the arbitration house

Nadja ALEXANDER

Singapore Management University, nadjaa@smu.edu.sg

Follow this and additional works at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#)

Citation

ALEXANDER, Nadja. Opening the mediation window in the arbitration house. (2011). *Canadian Arbitration and Mediation Journal*. 20, (2), 37-43.

Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1867

This Journal Article is brought to you for free and open access by the Yong Pung How School of Law at Institutional Knowledge at Singapore Management University. It has been accepted for inclusion in Research Collection Yong Pung How School Of Law by an authorized administrator of Institutional Knowledge at Singapore Management University. For more information, please email cherylds@smu.edu.sg.



Nadja Alexander

Opening the Mediation Window in the Arbitration House

Professor and Director, Institute for Conflict Engagement and Resolution, Hong Kong Shue Yan University, Adjunct Professor Bond and Murdoch Universities Australia and Research Fellow, University of the Witwatersrand, South Africa. Nadja is an accredited mediator in Hong Kong and Australia.

Throughout the 20th century the arbitration house has dominated the landscape of international commercial dispute resolution with the court house providing another part of the structural landscape. In the 21st century foundations are being laid for construction of a free-standing mediation house in international dispute resolution practice. Meanwhile a closer inspection of arbitration house reveals the ongoing construction of mediation and other ADR windows in its design. In this paper I explore how and why mediation windows are being built, their structural and functional soundness and the extent to which they may open up and transform arbitration.

Introduction

Many lawyers and commercial parties recognise the benefits of mediation such as flexibility, confidentiality, capacity for creative outcomes, and time and cost effectiveness. This is reflected in the remarkable uptake of mediation around the world in relation to domestic disputes. In relation to cross-border disputes, however, users remain cautious about mediation's effectiveness in the absence of a mature international legal framework to regulate issues such as the admissibility of mediation evidence, the impact of mediation on statutory limitations and the enforceability of foreign mediated settlements.

International arbitration has been chartered as a formal dispute resolution process for a much longer period of time; it has established sophisticated procedures and is accompanied by a significant body of case law. International arbitration enjoys the benefits of a well-developed international legal framework largely based on two instruments: the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 and UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. The New York Convention has 146 signatories and, as a result, foreign arbitral awards are recognised and *prima facie* enforceable in many domestic courts. In a survey conducted by Bühring-Uhle regarding the perceived advantages of arbitration for continental European and US lawyers, the existence of an enforcement mechanism was praised and rated as one of arbitration's strong advantages, second only to its perceived neutrality.¹ In the absence of an equiva-

lent regulatory regime, foreign mediated settlements are not able to enjoy the same level of foreign recognition and enforceability.

The table below provides an overview of the characteristics of cross-border arbitration and mediation. Perceived disadvantages of mediation are shown in italics.

Comparative Features of International Arbitration and Mediation

Characteristic	Arbitration	Mediation
International framework	Established international legal framework adopted by 66 countries ² ; see UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.	International framework in its nascent stage and adopted by only 10 countries ³ ; see UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. On a regional level, see the EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters (2008)
Enforceability of outcomes	International framework for enforceability of outcomes: the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, which has 146 signatories.	No international framework for enforceability of mediated outcomes. Diverse approaches to enforceability depending upon jurisdiction
Jurisprudence and case law	Significant body of cases interpreting arbitration law, giving arbitration strong legal backing and arguably a degree of legal certainty	Limited, but growing, number of cases interpreting mediation law, resulting in lack of legal certainty and predictability
Cost	Generally high costs associated with arbitration	Generally lower costs associated with mediation
Time	Lengthy process over months or years	Shorter duration of process over days, weeks or months
Nature of presentations	Highly legalistic and technical arguments	Highly flexible and can move beyond legal issues
Decision making	By arbitrator on the basis of legal arguments presented	By parties on whatever basis they choose, whether it be legal rights, commercial, financial and personal interests or a combination of factors.

The previous discussion suggests that potential users of mediation may lack enthusiasm for the process in the absence of a mature legal framework supporting the rights and obligations of me-



diation participants, or where there is uncertainty surrounding enforcement issues.

Given the accelerated pace of its uptake in countries around the world, it is only a matter of time before mediation in cross-border settings matures in terms of institutionalisation, regulation and professionalization, and is able to address the concerns identified above. This raises a further question - what is being done in the meantime to offer potential users of cross-border mediation greater confidence in the process?

The best of both worlds: opening mediation windows in the arbitral house

Arbitration is the process of choice in private cross-border disputes. The results of a 2008 Price Waterhouse Coopers survey shows relatively high levels of usage, effectiveness and user satisfaction with international arbitration.⁵ A closer look at the survey data, however, highlights the significant role of assisted negotiation and settlement in international arbitration, with 92 per cent of matters resolving at some stage of the arbitral proceedings. So it seems that survey respondents may not always have been making their comments in relation to arbitration procedures in the strict determinative sense of the term. In many cases respondents may have actually been articulating satisfaction with negotiation or mediation processes that led to settlement within the parameters of arbitration.

In cross-border settings mediation increasingly takes place within arbitration processes. There are numerous advantages to this approach. Where the matter settles amicably, parties may enjoy the benefits of mediation such as:

- reduced cost and time investment in resolving the dispute;
- outcomes that might not have been achievable through a strictly determinative process; and
- opportunities for a renewed business relationship between the parties.

Mediated settlements may be issued in the form of settlement awards and thereby enjoy the benefits of arbitration's enforceability regime. Finally in the absence of settlement, the arbitration continues and the parties are assured of a final outcome in the form of an arbitral award.

This phenomenon of arbitrators taking on a mediation role is not new. It has a long tradition in the People's Republic of China (PRC) and Taiwanese arbitration, and is also practised by arbitrators from certain civil law jurisdictions such as Germany – a reflection of the German judicial tradition of settlement.⁶ However the practice is not generally considered to be part of a western arbitral tradition, especially in common law jurisdictions.

Contemporary arbitration regulation seems increasingly to be attempting to harmonise these different approaches by providing for mediation or other settlement opportunities within the framework of arbitration. For example, the new ICC Arbitration Rules, due to come into effect on 1 January 2012, recognise

ADR and mediation as part of a case management tool box (Article 24) that can be drawn upon to shape dispute resolution to suit the parties' needs.

Arbitration statutes and procedural rules that explicitly envisage that the same person may conduct arbitration proceedings as well as facilitate settlement discussions or mediation can be found in numerous jurisdictions including Australia, England, Germany, Hong Kong, Singapore, India, Taiwan and Japan.⁷

For example the recently amended Hong Kong Arbitration Ordinance provides in s 33(5) that,

No objection may be made against the conduct of the arbitral proceedings by an arbitrator solely on the ground that the arbitrator had acted previously as a mediator in accordance with this section.

Thus engaging in processes such as med-arb or opening up a mediation window in arbitration are expressly recognised as procedurally acceptable.

However the Hong Kong Ordinance goes further and provides in s 33(4) that, in the event that a mediation does not result in settlement and the arbitration resumes, an arbitrator-mediator must disclose all confidential information from the mediation which is material to the arbitral proceedings. This provision, introduced in 2011 as an amendment to the Arbitration Ordinance, is to prevent the type of situation that arose in the US case of the *Bowden v Weickert*⁸ where an arbitrator was found to have exceeded his authority because he based his arbitral decision on confidential information received during the mediation. Section 33(4) has received a controversial response in Hong Kong – especially among members of the mediation community. Hong Kong mediators are concerned that the section impairs the integrity of the mediation process by compromising assurances of confidentiality which are an integral part of the process. They suggest that parties are unlikely to engage in the type of frank and open communication essential to mediation with the spectre of mediator disclosure hovering over them.

In addition, they make the point that many arbitrators acting as mediators have not been appropriately trained and credentialed, and may lack appropriate facilitative skills and an appreciation of the subtleties of the process. As a result the opportunities for the parties to experience the benefits of mediation and achieve a mediated settlement are severely curtailed.

Finally, it is argued that there are many process design options that dispute resolution practitioners can employ to avoid potential breaches of procedural fairness. Three of these are outlined below.

1. Mediation early in the arbitral procedure with a mediator who is not a member of the arbitral tribunal.
2. Mediation windows with all members of the arbitral tribunal present at, or conducting, the mediation. Only one of tribunal members conducts the private media-



tion sessions and in the event of the arbitration resuming, that tribunal member is replaced. This variation allows all tribunal members access to joint session discussions at mediation, ensuring therefore that, should the matter not settle and the arbitration resume, the tribunal is abreast of all developments apart from *ex parte* communications between the now retired mediator and the parties.

3. ‘Med-arb simultanés’ – a process offered by the Centre for Mediation and Arbitration in Paris according to which an arbitration process runs simultaneously with, and independently from, a mediation process. Generally the parties set a time frame for the completion of the mediation. If the mediation does not result in a mediated settlement then the arbitration will result in an award binding on the parties eight days after the mediation deadline has expired. During the parallel processes, the mediator and arbitrator are not able to communicate with each other about the case. However at the end of each day or during breaks, the parties may consult with their legal representatives in each process in relation to the progress that has been made.

The importance of planning for hybrid processes in a manner that takes into account issues relating to procedural fairness, impartiality and neutrality cannot be over-emphasised. The point is well-illustrated in the Hong Kong decision of *Gao HaiYan and Xie HePing v Keeneye Holdings Ltd* and others HCCT 41/2010 (judgment dated 12 April 2011). This case involved an application in Hong Kong to set aside an arbitral award issued by the Xian Arbitration Commission in the PRC on the basis that it would be contrary to public policy to enforce the award as the arbitration process had been tainted by bias or the perception thereof. A previous application to the Xian Intermediate People’s Court to have the award set aside had been refused. The arbitral dispute concerned the validity of a share transfer agreement.

His Honour Mr Justice Reyes stated that the issue before the court was “whether the Award was made in circumstances which would cause a fair-minded observer to apprehend a real possibility of bias on the part of the Arbitration Tribunal”.

While some of the facts remained in dispute, it seems that during an adjournment in arbitration proceedings a member of the Xian

Arbitral Tribunal contacted a lawyer for the respondent and requested that another person, Zeng, who was friendly with the respondent, meet with him and the Secretary-General of the Xian Arbitration Commission (XAC). The meeting took place over dinner at the Shangri-la Hotel. During the meeting the Secretary-General conveyed to the Zeng that while the Tribunal regarded the share transfer agreement to be valid, it considered that the respondents should compensate the applicants by a payment of RMB250 million. The Secretary-General encouraged Zeng to persuade the respondents to adopt this suggestion. Zeng conveyed the Tribunal’s view to the respondents who, while satisfied with the proposed decision, refused to pay the suggested compensation.

When the arbitration resumed the Tribunal issued an award to the effect that the share transfer agreement was not valid - the opposite decision to that intimated during the Shangri-La dinner.

The applicants contended, and the respondents denied, that the meeting at the Shangri-la Hotel amounted to a mediation within the terms of Article 37 of the Xian Arbitration Rules. The Rules permitted arbitrators and, with the parties’ consent, third parties, to act as mediators, and to meet with the parties jointly or separately. Under the Rules mediators were expressly allowed to make settlement proposals to the parties.

Reyes J expressed reservations about whether the so-called mediation complied with Article 37 of the Rules, pointing to numerous “unusual” aspects of the process, including:

- The venue and timing, namely dinner in a hotel rather than a formal venue.
- The parties did not appear to consent to the time and place of the mediation.
- The parties did not appear to consent to a third-party ‘mediator’, namely the Secretary-General.
- The mediation was conducted by a non-presiding member of the Tribunal and the Secretary-General of the XAC, an unusual combination.
- The parties did not attend the mediation; rather a non-party who was thought to have influence over the respondents was asked to attend.
- The applicants did not appear to have been consulted about the proposal put to the respondents and it is unclear how the compensation figure of RMB 250 million was calculated.
- The “mediators” asked the person in attendance, Zeng, to “work on” the respondents to accept the proposal. This seems to amount to more than neutral communication of a message.

At para 79, his Honour explained that,

“...labelling a process as mediation does not mean that anything goes. There are appropriate and inappropriate ways of conducting mediations. The would-be mediator must ensure at all times, especially when one might act as arbitrator later on, that nothing is said or done in the mediation which could convey an impression of bias.”



Reyes J concluded that the events at the Shangri-la Hotel would give the fair-minded observer “a palpable sense of unease” (54) and would cause a fair-minded observer to apprehend a real risk of bias (53). As a matter of public policy, therefore, he refused enforcement of the Award.

The *Keeneye* case sends a strong signal to dispute resolution practitioners all over the world. If you choose to blend facilitative processes, such as mediation, with determinative processes, such as arbitration, then it must be done in a manner that maintains the

integrity of both processes and ensures procedural fairness and the perception thereof.

It is also an opportunity for mediators to play a more active role in the arbitration house and not leave it to arbitrators alone to open mediation windows. Mediators can contribute not only as facilitators of mediation processes in arbitration but also as dispute system designers, shaping procedurally fair hybrid processes tailored to specific client needs. ❁

- 1 C Bühring-Uhle, L Kirchhoff and G Scherer *Arbitration and Mediation in International Business* (2nd ed, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006) at 108–109 and C Bühring-Uhle, G Scherer and L Kirchhoff, ‘The Arbitrator as Mediator: Some Empirical Insights’ (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 81–88. See also the findings of G Lagerberg and L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) available at www.pwc.co.uk.
- 2 Figures are available on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
- 3 Figures are available on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
- 4 See, for example, the CLOUT database on the UNCITRAL website: www.uncitral.org.
- 5 See G Lagerberg and L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) available at www.pwc.co.uk.
- 6 See Bühring-Uhle et al (2006), above note 89 at 128.
- 7 See s 27 of the Commercial Arbitration Act 1984 (NSW), s 51 of the English Arbitration

- Act (1996), § 1053 of the German Code of Civil Procedure (ZPO), s 33 of the Hong Kong Arbitration Ordinance 1996, ss 16–17 of the Singapore International Arbitration Act 1995, s 30 of the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996, articles 44 and 45 of the Taiwanese Arbitration Act, and s 38(4) of the Japanese Arbitration Act (2003). In England see the 2009 Draft Report of the CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, which considers the opportunities and risks involved in arbitrators engaging in mediation and other settlement attempts and has established draft rules in relation to the practice: available at www.cedr.com.
- 8 *Bowden v Weickert* N° S-02-017, 2003 WL 21419175 at *7 (Ohio App 6 Dist June 20, 2003) and discussed in J Coben and P Thompson, ‘Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation’ (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 99 at 100–101. The authors comment that “[t]he same concerns about mishandling of confidential information make dual service as a mediator and guardian *ad litem* problematic.’

Apporter la pierre de la médiation à l’édifice de l’arbitrage

Nadja Alexander

Professeure et directrice, *Institute for Conflict Engagement and Resolution*, de l’Université Hong Kong Shue Yan, professeure auxiliaire aux Universités Bond et Murdoch en Australie et chercheur universitaire, *University of the Witwatersrand*, en Afrique du Sud. Nadja est une médiatrice agréée à Hong Kong et en Australie.

Pendant tout le 20e siècle, l’édifice de l’arbitrage a dominé le paysage du règlement de différends commerciaux internationaux, alors que le palais de justice fournissait un autre élément du complexe. Au 21e siècle, dans la pratique en matière de règlement de différends internationaux, les bases d’un édifice autonome de la médiation sont jetées. Entre-temps, un examen plus approfondi de l’édifice de l’arbitrage révèle l’apport continu de la médiation et d’autres modes de PRD à sa conception. Dans cet exposé, j’explore comment et pourquoi des possibilités de médiation sont en train d’être incorporées à l’édifice de l’arbitrage, le bien-fondé de leur structure et de leur fonctionnement et la mesure dans laquelle elles peuvent ouvrir et transformer l’arbitrage.

Introduction

Bon nombre d’avocats et de parties commerciales reconnaissent les avantages de la médiation, dont la souplesse, la confidentialité, la possibilité d’obtenir des résultats créatifs, et l’efficacité en fonction du coût et du temps. Le remarquable essor de la médiation en matière de différends liés au droit de la famille en est le reflet partout sur la planète. Toutefois, en matière de différends internationaux, les utilisateurs demeurent prudents quant à l’efficacité de la médiation en l’absence d’un solide cadre juridique international pour régler des questions comme l’admissibilité de la preuve découlant de la médiation, l’incidence de la médiation sur les prescriptions statutaires et la force exécutoire de

règlements étrangers intervenus au terme d’une médiation.

L’arbitrage international est reconnu depuis beaucoup plus longtemps comme un processus de règlement formel de différends; il a établi des procédures très élaborées et a donné lieu à une importante jurisprudence. L’arbitrage international bénéficie des avantages d’un cadre juridique internationale fondé en grande partie sur deux instruments : la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la Convention de New York), et la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international. La Convention de New York compte 146 signataires et, en conséquence, les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et exécutoires *prima facie* par bon nombre de tribunaux nationaux. Dans une enquête menée par Bühring-Uhle auprès d’avocats du continent européen et des États-Unis sur leur perception des avantages de l’arbitrage, l’existence d’un mécanisme d’exécution était fort appréciée et a été considérée comme l’un des plus importants avantages de l’arbitrage, bon deuxième après la neutralité de l’arbitrage¹. En l’absence d’un système réglementaire semblable, les règlements étrangers intervenus au terme d’une médiation ne peuvent pas bénéficier du même niveau de reconnaissance et de force exécutoire.

Le tableau ci-après donne un aperçu des particularités de l’arbi-



trage international et de la médiation internationale. Les inconvénients perçus de la médiation sont indiqués en italiques.

Tableau comparatif des caractéristiques de l'arbitrage international et de la médiation internationale

Caractéristique	Arbitrage	Médiation
Cadre international	Un cadre juridique international bien établi et adopté par 66 pays ² : voir la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.	Le cadre international à ses débuts et adopté par seulement 10 pays ³ : voir la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. À l'échelon régional, voir la directive européenne sur la médiation en matière civile et commerciale (2008)
Force exécutoire des résultats	Un cadre international pour l'exécution des sentences : la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, (la Convention de New York) qui compte 146 signataires.	Aucun cadre international en matière d'exécution des règlements intervenus au terme d'une médiation. Diverses approches quant à l'exécution selon la juridiction
Jurisprudence	Un nombre important de décisions qui interprètent le droit de l'arbitrage, ce qui donne à l'arbitrage un solide support juridique et il est permis de penser, un degré de sécurité juridique.	Un nombre restreint, mais croissant, de décisions qui interprètent le droit de la médiation, ce qui donne lieu à un manque de sécurité juridique et de prévisibilité.
Coût	Des frais liés à l'arbitrage en général élevés	Des frais liés à la médiation en général moins élevés
Délai	Un long processus qui se déroule sur plusieurs mois ou années	Le processus dure moins de temps : des jours, des semaines ou des mois
Nature des présentations	Des arguments très « légalistes » et techniques	Très souple et la médiation peut aller au-delà des questions juridiques
Pouvoir décisionnel	L'arbitre en se fondant sur les arguments juridiques présentés	Les parties selon peu importe la base qu'elles choisissent, que ce soit selon le droit, des objectifs commerciaux, financiers et personnels ou un ensemble de facteurs.

L'examen précédent donne à penser que les éventuels utilisateurs de la médiation peuvent manquer d'enthousiasme pour le processus en l'absence d'un cadre juridique avancé qui soutient les droits et les obligations des participants à la médiation, ou lorsqu'il règne une incertitude à l'égard de l'exécution.

Étant donné le rythme rapide de son essor dans tous les pays, la médiation dans le contexte international viendra sous peu à maturité en ce qui a trait à l'institutionnalisation, la réglementation et la professionnalisation, et elle sera alors en mesure de répondre aux préoccupations indiquées plus haut. Une autre question est ainsi soulevée - que fait-on entretemps pour que les éventuels utilisateurs de la médiation internationale aient une plus grande confiance dans le processus ?

Accès aux atouts des deux systèmes : introduire la médiation dans l'édifice de l'arbitrage

L'arbitrage est le processus préféré lors de différends internationaux du secteur privé. Les résultats d'une enquête de Price Waterhouse Coopers en 2008 indiquent qu'à l'égard de l'arbitrage international, les niveaux d'utilisation, d'efficacité et de satisfaction des utilisateurs sont assez élevés⁵. Toutefois, un examen plus approfondi des données de l'enquête fait ressortir le rôle important de la négociation assistée et du règlement à l'amiable dans l'arbitrage international, dont 92 % des questions sont réglées pendant les procédures arbitrales. De ce fait, il appert que les commentaires des répondants à l'enquête ne concernent peut-être pas les procédures arbitrales dans le sens strict du terme. Dans bon nombre de cas, les répondants peuvent avoir exprimé leur satisfaction envers des processus de négociation ou de médiation qui ont mené à un règlement dans le cadre de l'arbitrage.

Dans un contexte international, la médiation a lieu de plus en plus au sein du processus d'arbitrage. Cette approche compte bon nombre d'avantages. Lorsque la question est réglée à l'amiable, les parties peuvent bénéficier des avantages de la médiation dont :

- un moindre investissement en termes de temps et de coût pour régler le différend;
- des résultats qui n'auraient peut-être pas été obtenus selon un processus qui tranche le débat; et
- la possibilité d'une reprise de relations d'affaires entre les parties.

Les règlements intervenus au terme d'une médiation peuvent revêtir la forme de sentences et, en conséquence, bénéficier de la force exécutoire liée à l'arbitrage. Enfin, en l'absence d'un règlement, l'arbitrage se poursuit et les parties sont assurées d'un résultat final sous forme de sentence arbitrale. Les arbitres qui assument un rôle de médiateur ne constituent pas un fait nouveau. Cette pratique existe depuis longtemps à Taiwan et en République populaire de Chine, et également dans certains pays de droit civil notamment en Allemagne - un reflet de la tradition juridique allemande de règlement à l'amiable⁶. Toutefois, la pratique n'est pas généralement considérée comme faisant partie de la tradition arbitrale occidentale, surtout dans les pays de *common law*.

Il semble de plus en plus que la réglementation actuelle en matière d'arbitrage tente d'harmoniser ces différentes approches en prévoyant la médiation et d'autres modes de règlement dans le cadre de l'arbitrage. Par exemple, le nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI, qui entre en vigueur le 1er janvier 2012, inclut la médiation conduite conformément au Règlement ADR de la CCI (article 24) dans les techniques de gestion de la procédure que les parties peuvent adopter pour que le règlement du différend procède selon leurs exigences.

Les lois sur l'arbitrage et les règles de procédure qui prévoient expressément que la même personne puisse mener l'arbitrage ainsi que prendre des mesures afin de faciliter un accord ou la médiation ont été adoptés par bon nombre de pays, y compris l'Austra-



lie, l'Angleterre, l'Allemagne, Hong Kong, Singapour, l'Inde, Taiwan et le Japon⁷.

Par exemple, la *Hong Kong Arbitration Ordinance*, récemment amendée, stipule à l'article 33(5) :

[traduction]

Aucune objection ne peut être formulée à l'encontre de la conduite de procédures d'arbitrage uniquement au motif que l'arbitre a agi précédemment comme médiateur conformément au présent article.

En conséquence, la médiation-arbitrage et la possibilité de recourir à la médiation lors d'un arbitrage sont des processus qui sont expressément reconnus à titre de procédure acceptable.

Toutefois, la *Hong Kong Ordinance* va encore plus loin et stipule à l'article 33(4) que, dans le cas où la médiation ne donne pas lieu à un règlement et que l'arbitrage reprend, un arbitre-médiateur doit divulguer tous les renseignements confidentiels divulgués lors de la médiation qui sont essentiels à la procédure d'arbitrage. Cette disposition, introduite en amendement à l'*Arbitration Ordinance*, a pour but d'empêcher le type de situation qui est survenu aux États-Unis dans l'affaire *Bowden c Weickert*⁸ où il est décidé qu'un arbitre excède sa compétence étant donné qu'il fonde sa sentence arbitrale sur des renseignements confidentiels obtenus au cours de la médiation. L'article 33(4) soulève la controverse à Hong Kong - particulièrement au sein des professionnels de la médiation. Les médiateurs de Hong Kong sont préoccupés de ce que l'article porte atteinte à l'intégrité du processus de médiation en jetant le doute sur les assurances de confidentialité qui sont une partie intégrale du processus. Ils indiquent que les parties seront peu enclines à entreprendre une communication franche et ouverte, essentielle à la médiation, sous le spectre de la divulgation par le médiateur.

En sus, ils soulèvent la question que bon nombre d'arbitres qui agissent à titre de médiateur n'ont pas reçu la formation et l'agrément appropriés, et qu'ils peuvent ne pas posséder les compétences appropriées propices à la facilitation ni maîtriser les nuances du processus. En conséquence, les possibilités que les parties tirent profit de la médiation sont sévèrement freinées.

Enfin, il est invoqué qu'il y a bon nombre de possibilités de conception du processus que les praticiens en matière de règlement de différends peuvent utiliser afin d'éviter de possibles manquements à l'équité de la procédure. Trois de celles-ci sont décrites ci-après.



1. La médiation en début de la procédure arbitrale avec un médiateur qui n'est pas un membre du tribunal d'arbitrage.
2. Des créneaux de médiation en présence de tous les membres du tribunal d'arbitrage ou avec ceux-ci qui conduisent la médiation. Un seul membre du tribunal conduit les séances de médiation en privé et, dans le cas où l'arbitrage reprend, ce membre du tribunal est remplacé. Cette possibilité permet à tous les membres du tribunal d'avoir accès aux discussions des séances en commun de la médiation, ce qui assure en conséquence que, si le différend n'est pas réglé et que l'arbitrage se poursuit, le tribunal a connaissance de tous les développements à l'exception des communications *ex parte* avec les parties et le médiateur qui est alors excusé.
3. « Med-Arb simultanés » - une procédure offerte par le Centre de médiation et d'arbitrage à Paris selon laquelle un arbitrage est mis en œuvre de manière simultanée, mais indépendamment, d'une médiation. En général, les parties conviennent d'une date de fin de la mission du médiateur. Si la médiation ne résulte pas en un règlement, alors la sentence arbitrale qui lie les parties sera rendue huit jours après la date de la fin de la mission du médiateur. Pendant les procédures parallèles, le médiateur et l'arbitre ont interdiction de s'entretenir de l'affaire. Toutefois, à la fin de chaque journée ou pendant les pauses, les parties peuvent communiquer avec leurs représentants légaux de chacune des procédures à l'égard de l'avancement des procédures.

On ne peut donner trop d'importance à la planification de procédures hybrides d'une manière qui tient compte des questions liées à l'équité des procédures, l'impartialité et la neutralité. Ce point est bien illustré dans la décision rendue à Hong Kong dans l'affaire *Gao HaiYan and Xie HePing v Keeneye Holdings Ltd and others* HCCT 41/2010 (jugement du 12 avril 2011). Cette affaire concerne une demande à Hong Kong d'annuler une sentence arbitrale rendue par la Commission d'arbitrage de Xi'an en République populaire de Chine au motif qu'il est contraire à l'ordre public d'exécuter la sentence étant donné que la procédure d'arbitrage est viciée par la partialité ou la perception de celle-ci. Une demande précédente auprès du Tribunal populaire de seconde instance de Xi'an d'annuler la sentence a été rejetée. Le différend en arbitrage concerne la validité d'une entente de transfert d'actions.

Le juge Reyes énonce que la question dont le tribunal est saisi est « de savoir si la sentence a été prononcée dans des circonstances qui porterait un observateur de bonne foi à redouter une réelle possibilité de partialité de la part du Tribunal d'arbitrage [traduction] ».

Alors que certains faits demeurent en litige, il semble que durant un ajournement des procédures d'arbitrage, un membre du Tribunal arbitral de Xi'an communique avec un avocat des intimés et demande qu'une autre personne, Zeng, qui est en bons termes avec

les intimés, le rencontre ainsi que le secrétaire-général de la Commission d'arbitrage de Xi'an (CAX). La rencontre a lieu lors d'un dîner à l'Hôtel Shangri-la. Durant la rencontre, le secrétaire-général fait savoir que, bien que le Tribunal considère l'entente de transfert d'actions comme valide, il estime que les intimés doivent compenser les demandeurs par un paiement de 250 millions de renminbis. Le secrétaire-général encourage Zeng à convaincre les intimés à adopter cette proposition. Zeng transmet l'opinion du Tribunal aux intimés qui, bien que satisfaits de la décision proposée, refusent de verser la compensation suggérée.

Lorsque l'arbitrage reprend, le Tribunal prononce une sentence déclarant que l'entente de transfert d'actions n'est pas valide - le contraire de ce qui avait été donné à penser lors du dîner au Shangri-La.

Les demandeurs affirment, et les intimés nient, que la rencontre à l'hôtel Shangri-la équivaut à une médiation selon l'article 37 du Règlement d'arbitrage de Xi'an. Le Règlement permet aux arbitres et, avec le consentement des parties, à des tiers d'agir à titre de médiateurs et de rencontrer les parties, ensemble ou séparément. En vertu du Règlement, les médiateurs sont expressément autorisés à faire des propositions de règlement aux parties.

Le juge Reyes émet des réserves quant à savoir si la soi-disant médiation respectait l'article 37 du Règlement, en indiquant bon

nombre d'aspects « inhabituels » du processus, y compris :

- le lieu de la rencontre et le choix du moment, à savoir un dîner dans un hôtel plutôt qu'un lieu de rencontre officiel;
- les parties ne semblent pas avoir convenu du moment et du lieu de la médiation;
- les parties ne semblent pas avoir convenu d'un tiers « médiateur », à savoir le secrétaire-général;
- la médiation est conduite par un membre non président du Tribunal et par le secrétaire-général de la CAX, une composition inhabituelle;
- les parties ne sont pas présentes à la médiation; plutôt, la présence d'un tiers dont on pense qu'il a une influence sur les intimés est demandée;
- les demandeurs ne semblent pas avoir été consultés sur la proposition présentée aux intimés et il n'est pas clair comment le montant de compensation de 250 millions de renminbis est établi;
- les « médiateurs » demandent à la personne présente, Zeng, de « travailler les répondants au corps » pour qu'ils acceptent la proposition, ce qui semble équivaloir à plus qu'une communication neutre d'un message.

Au paragraphe 79, le juge explique que « ...nommer un processus une médiation ne signifie pas que tout est permis. Il y a des façons appropriées et inappropriées de conduire une médiation. Le soi-disant médiateur doit assu-

rer continuellement, particulièrement s'il pourrait agir plus tard comme arbitre, que rien n'est dit ou fait qui puisse donner à penser à de la partialité ». [traduction]

Le juge Reyes conclut que les faits survenus à l'hôtel Shangri-la donneraient à un observateur de bonne foi « un sentiment manifeste de malaise » (54) et porterait un observateur de bonne foi à redouter une réelle possibilité de partialité (53). En conséquence, dans l'intérêt public, il refuse l'exécution de la sentence.

L'affaire *Keeneye* donne un message très fort aux praticiens en règlement de différends partout au monde. Si vous choisissez de combiner des processus de facilitation, comme la médiation, avec des processus décisionnels, comme l'arbitrage, alors il faut procéder de manière à maintenir l'intégrité des deux processus et assurer l'équité procédurale et la perception de celle-ci.

C'est aussi l'occasion pour les médiateurs de jouer un rôle plus actif dans le domaine de l'arbitrage et de ne pas laisser seuls les arbitres ouvrir les créneaux de la médiation. Les médiateurs peuvent contribuer non seulement à titre de facilitateurs de processus de médiation lors d'arbitrage, mais également à titre de concepteurs du système de règlement de différend, par l'élaboration de processus hybrides qui sont d'une équité procédurale et qui répondent aux besoins des clients. 🌱

Affichez votre publicité dans le
Journal canadien d'arbitrage
et de médiation

Informez-vous sur les tarifs :
janet@adrCanada.ca



1 C Bühring-Uhle, L Kirchhoff et G Scherer *Arbitration and Mediation in International Business* (2e éd, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006) aux pages 108-109 et C Bühring-Uhle, G Scherer and L Kirchhoff, « The Arbitrator as Mediator: Some Empirical Insights » (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 81-88. Voir également les conclusions de G Lagerberg et L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) disponible au www.pwc.co.uk.

2 Les données sont disponibles sur le site de la CNUDCI : www.uncitral.org.

3 Les données sont disponibles sur le site de la CNUDCI : www.uncitral.org.

4 Par exemple, voir le recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) au www.uncitral.org.

5 Voir G Lagerberg et L Mistelis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008* (PWC: London 2008) disponible au www.pwc.co.uk.

6 Voir Bühring-Uhle et al (2006), note plus haut 89 à 128.

7 Voir l'article 27 de la *Commercial Arbitration Act* 1984 (NSW), l'article 51 de l'*English*

Arbitration Act (1996), le paragraphe 1053 du Code de procédure civile allemand (ZPO), l'article 33 de la *Hong Kong Arbitration Ordinance* 1996, les articles 16-17 de la *Singapore International Arbitration Act* 1995, l'article 30 de l'*Indian Arbitration and Conciliation Act* 1996, les articles 44 et 45 de la *Taiwanese Arbitration Act*, et l'article 38(4) de la *Japanese Arbitration Act* (2003). En Angleterre, voir le 2009 *Draft Report of the CEDR Commission on Settlement in International Arbitration*, qui étudie les avantages et les risques en matière d'arbitres qui agissent comme médiateurs et qui tentent d'autres modes de règlement et qui établit un règlement type à l'égard de cette pratique : disponible au www.cedr.com.

8 *Bowden c Weickert* N° S-02-017, 2003 WL 21419175 au *7 (Ohio AP 6 Dits 20 juin 2003) et étudié par J Cobain et P Thompson, dans « *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation* » (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 99 aux pages 100-101. Les auteurs notent que « les mêmes préoccupations sur le traitement inadéquat des renseignements confidentiels rendent problématiques la dualité de service de médiateur et de tuteur à l'instance ». [traduction]

