

Alternative Dispute Résolution et Arbitrage

L'évolution des modes de règlement
des litiges du commerce international

par Philippe FOUCHARD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

A première vue, il semble aisé de distinguer l'arbitrage, méthode juridictionnelle de règlement des litiges¹, et les méthodes alternatives (les ADR) qui reposent sur la recherche d'un accord transactionnel, avec ou sans l'intervention d'un tiers, et cela quelles que soient la mission et les qualifications de ce tiers, qu'il soit conciliateur, médiateur, expert ou conseiller, et qu'il soit nommé par les parties, un juge, un arbitre ou une autorité quelconque. L'existence d'un litige, le débat contradictoire et le pouvoir de décision du tiers semblent les critères de l'arbitrage. Cependant, à y regarder de plus près, les frontières ne sont pas toujours très nettes², et elles le sont même de moins en moins. Si l'on constate aujourd'hui - sans pour autant l'approuver - un certain rapprochement entre les ADR et l'arbitrage (B), c'est sans doute parce que ces méthodes alternatives de règlement des litiges ont elles-mêmes proliféré, et ont connu, sous l'influence de la pratique, une profonde diversification (A).

A - La diversification des ADR

Par hypothèse, les modes alternatifs de résolution des différends (ADR) forment une catégorie ouverte³: ils ne se définissent d'abord que d'une manière négative, ou résiduelle, comme étant des méthodes non juridictionnelles de règlement⁴. Comme elles reposent exclusivement sur la volonté

* Ces pages constituent la seconde partie d'un article à paraître dans l'ouvrage "Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle", Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2001.

¹ Sur "la notion d'arbitrage", v. l'ouvrage portant ce titre, de Ch. Jarrosson, Paris, LGDJ, 1987.

² V. Ch. Jarrosson, *op. cit., passim*. L'auteur montre notamment la nécessité - et les risques - de la qualification de l'arbitrage à partir d'un faisceau de critères, p. 270 et s.

³ En ce sens, Ch. Jarrosson, "Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale", *RID comp.*, 1997.325.

⁴ Parmi une littérature foisonnante, v. notamment B. Oppetit, "Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique", *Justices*, 1995.53

commune des opérateurs économiques, il n'est donc pas surprenant que l'imagination de ceux-ci, gestionnaires et juristes, se soit largement exprimée. Dans le but d'aboutir à une solution acceptable et acceptée par les parties, les praticiens ont multiplié les instruments qu'ils estiment les mieux adaptés, dans chaque cas, à leurs besoins, non sans tomber, parfois, dans un excès de sophistication.

En simplifiant un tableau devenu très complexe, on constate que cette prolifération s'est réalisée, soit à partir de l'expertise (pour mémoire) soit à partir de la médiation.

La médiation est le mécanisme-type du règlement amiable. On renoncera à la distinguer de la conciliation⁵, même si certains suggèrent, sans insister, de voir dans la médiation une espèce de conciliation, une application d'une méthode amiable plus générale⁶, et d'autres une conciliation faisant nécessairement intervenir un tiers, et un tiers plus actif qu'un simple conciliateur⁷.

Dans tous les cas, les parties conviennent de négocier un règlement amiable avec l'assistance d'un tiers. Les variantes tiennent au rôle de ce tiers, aux formes et au moment de son intervention. La dénomination employée peut avoir quelque portée: le conciliateur écoute et rapproche; le médiateur propose des solutions; le "facilitateur" aurait un rôle plus modeste. Mais c'est surtout dans les clauses contractuelles ou les règlements des Centres permanents⁸ que l'on découvre les nuances infinies qui distinguent ces divers mécanismes.

Certains d'entre eux présentent une plus grande originalité, qui s'est marquée d'ailleurs par une dénomination propre. Il en est ainsi par exemple du *mini-trial*⁹. On sait qu'il s'agit d'un procès simulé se déroulant devant les deux directeurs généraux des sociétés en litige, assistés d'un conseiller neutre, et que les avocats ou représentants de chacune d'elles présentent devant ce panel, dans un délai limité, de brefs mémoires et de courtes plaidoiries. Celles-ci sont suivies d'une négociation entre les deux dirigeants, que le conseiller neutre, généralement un juriste, peut guider sur la voie d'une transaction. Commencant comme un procès et se terminant par une médiation, le *mini-trial* est assez souvent pratiqué aux Etats-Unis¹⁰; il se développe plus difficilement en Europe¹¹.

⁵ G. Herrmann, "La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends", *Rev. arb.*, 1985.343.

⁶ J.Cl. Goldschmidt, "Les modes de règlement amiable des différends (RAD)", *RDAl*, 1996.221.

⁷ Ch. Jarrosson, *op. cit.*

⁸ G. Blanc, "La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux", *RTD com.*, 1987.173; M. Van Der Hagen, "Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe", *RDAl*, 1996.255; N. Antaki, "Les modes alternatifs de règlement des conflits", *Rev. libanaise arb.*, 1996/2, p. 20.

⁹ J. Cl. Najjar, "Le mini-trial, chimère ou panacée ? ", *DPCL*, 1988.451.

¹⁰ Sous l'égide, notamment, du CPR (Center for Public Resources) et de l'AAA (American Arbitration Association).

¹¹ Notamment à Zurich (v. D. Henchoz, "Mini-trial" Zurich-USA, *Bull. Assoc. suisse arb.*, 1985.56) et auprès de l'Institut néerlandais d'arbitrage.

On retrouve la même complexité dans d'autres formes d'ADR: la "médiation-arbitrage" ou *Med-Arb*, est un peu le contraire du *mini-trial*: les parties conviennent d'une médiation, et, en cas d'échec, elles acceptent à l'avance que le médiateur statue ensuite comme arbitre¹².

C'est aussi une véritable décision que rendra le tiers dans la pratique du *last offer arbitration (loa)*¹³, où le tiers est amené, après avoir entendu les parties, à se rallier à la dernière proposition de transaction de l'une d'elles. Mais il est parfois convenu que la position que prend ainsi le tiers servira seulement de point de départ d'une médiation: c'est le *medaloo*¹⁴.

Les méthodes alternatives de règlement des différends sont donc en plein essor; un peu par effet de mode; beaucoup pour fuir les dérives du contentieux judiciaire et arbitral; mais peut-être surtout pour répondre à des besoins de plus en plus divers et de mieux en mieux identifiés. Et en se diversifiant, elles superposent les étapes et mélangent la nature des interventions et des pouvoirs des tiers. Elles deviennent ainsi de plus en plus complexes.

Cette évolution va les conduire sur une voie paradoxale. A l'origine, elles exprimaient toutes le souci de leurs promoteurs de se démarquer de la voie contentieuse, d'être une alternative, non seulement à la justice étatique mais aussi et surtout à l'arbitrage. Devenu trop long, trop cher, trop processuel, c'est lui qui cette fois, ferait les frais de ce que l'on a appelé "la loi de substitution"¹⁵. Simple hypothèse, non vérifiée¹⁶ et non vérifiable. En revanche, il est facile d'observer que ces modes alternatifs tendent eux-mêmes à se juridiciser, à se processualiser, et par là même se rapprochent de l'arbitrage en tombant dans une partie des mêmes travers¹⁷.

B - Le rapprochement des ADR et de l'arbitrage

¹² R. Hill, "Med-Arb: New Coke or Swatch ?", 13 *Arb. Int'l* 105 (1997); S. Zarkalam, "Les avantages et les inconvénients du "med-arb." comme mode alternatif de règlement des conflits", *Rev. gén. proc.*, 1998.589.

¹³ Qu'on appelle aussi *baseball arbitration* en raison de son utilisation pour fixer le prix de rachat, entre clubs, des joueurs de baseball.

¹⁴ R. Coulson, "Medaloo: a practical technique for resolving international business disputes", *Journ. Int. arb.*, march 1994, p. 111.

¹⁵ B. Oppetit, art. préc., p. 53; Ch. Jarrosson, art. préc., p. 329.

¹⁶ La pratique de l'arbitrage ne faiblit pas, comme le montrent au moins les statistiques de la CCI et l'activité croissante de Centres d'arbitrages de plus en plus nombreux.

¹⁷ Sur les dérives procédurales de l'arbitrage, v. notamment Ph. Fouchard, "Où va l'arbitrage international", 34 *Mc Gill L. Journ.* 435 (1989); B. Oppetit, "Philosophie de l'arbitrage commercial international", *JDI*, 1993.811; J.B. Racine, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", in: *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 229 et s.

En soi, ce rapprochement peut paraître naturel. Modes conventionnels et privés de règlement des litiges, la voie arbitrale et la voie amiable se voient reconnaître par les Etats le même domaine de licéité: généralement, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage les droits sur lesquels elles peuvent transiger (Code civil, art. 2059).

Pour peu que l'on reste fidèle à sa philosophie, on devrait d'abord voir dans l'arbitrage un instrument de pacification, comme le sont la médiation et la conciliation. L'amiable compositeur, dont la dénomination est si ambiguë, n'est-il pas l'arbitre idéal, recherchant une solution équitable et acceptable par les parties, aux frontières ou même au delà du droit¹⁸ ? Et l'on ne compte plus les arbitrages qui se terminent avant le prononcé de la sentence, par un arrangement ou une transaction que l'arbitre a pu faciliter. Il arrive même que les parties lui demandent de constater leur accord par une sentence, dite "d'accord parties", qui au fond s'apparente à une transaction mais qui, en en revêtant la forme, bénéficiera du statut et des effets d'une sentence arbitrale¹⁹.

En réalité, c'est plutôt dans l'autre sens que s'opère le rapprochement entre l'arbitrage et les ADR. Ceux-ci se processualisent de plus en plus.

Le *mini-trial* est très significatif de cette évolution: si son aboutissement (heureux) est une transaction entre les deux dirigeants des sociétés en conflit, celle-ci n'est négociée qu'au terme d'une procédure où les droits et les prétentions des parties ont été débattus contradictoirement.

Mais c'est un mouvement de fond auquel on assiste: les méthodes non contentieuses de résolution des litiges sont de plus en plus souvent proposées aux parties et administrées par des centres permanents, et spécialement des institutions d'arbitrage qui développent donc parallèlement des services de médiation, d'expertise, etc... Ces méthodes alternatives se trouvent donc encadrées, et, très précisément, soumises à des règlements de procédure²⁰ qui ressemblent fortement à des règlements d'arbitrage. On exige du conciliateur ou du médiateur qu'il soit aussi indépendant et impartial qu'un arbitre (alors qu'il n'a aucun pouvoir de décision); on y prévoit des échanges de notes ou de mémoires; on y envisage l'audition de

¹⁸ En ce sens, E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international - Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Litec, 1980.

¹⁹ Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998, art. 26; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 34; loi-type de la CNUDCI, art. 30.

²⁰ Par exemple: le règlement de conciliation de la CCI (1988), qui pourrait bientôt être remplacé par un règlement de médiation plus ambitieux; le règlement de procédure relatif aux instances de conciliation du CIRDI; le règlement de médiation de l'OMPI (1994); le règlement de conciliation de la CNUDCI (1980); sur ces procédures organisées, v. aussi M. Van Der Haegen, art. préc.

témoins et la nomination d'experts; on permet au médiateur d'enjoindre aux parties de communiquer certaines pièces; on y fixe des délais, etc...

Cette processualisation des ADR est assez inquiétante; elle ne tardera pas à provoquer les mêmes dérives que celles qui ont affecté l'arbitrage: les parties et leurs conseils vont se prendre au jeu, par exemple récuser un conciliateur soupçonné de prévention, invoquer l'irrecevabilité de notes ou de pièces produites hors délai, pire, exiger que le médiateur respecte scrupuleusement le principe du contradictoire en lui interdisant d'entendre séparément chaque partie, etc... Entraînés instinctivement ou professionnellement dans une attitude combative et contentieuse, ils oublieront que ces procédures ne portent en aucun façon atteinte à leurs droits, qu'ils restent totalement maîtres de leur issue, puisque celle-ci, par hypothèse, ne réglera le litige qu'avec leur accord. Mais peut-être un jour demanderont-ils l'annulation de la transaction pour violation des principes fondamentaux de bonne justice lors de la procédure de conciliation qui l'aura précédée ? Appuyant cette tendance, certains auteurs estiment que la Convention européenne des droits de l'homme devrait s'appliquer aux ADR, que le fameux droit à un procès équitable de l'article 6 devrait s'étendre et s'entendre comme le droit à un règlement amiable équitable ²¹.

Le mouvement se poursuit. En France, une "Charte de la médiation" a été adoptée²²; en 1999, la CNUDCI, estimant que l'arbitrage appelle de sa part de nouveaux travaux, a constitué un groupe de travail pour étudier un certain nombre de questions. Et l'un des sujets qu'elle a retenus comme prioritaires, et qui est en effet étudié en premier par le groupe de travail, est précisément la conciliation²³. Dans son premier rapport, le groupe de travail examine de nombreuses et délicates questions comme la recevabilité de certains moyens de preuve présentés durant la conciliation lors de procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures, la possibilité de nommer ultérieurement le conciliateur comme arbitre, le caractère exécutoire de la transaction, l'effet d'une convention de conciliation sur une procédure arbitrale ou judiciaire, l'effet de la conciliation sur le délai de prescription, les principes directeurs d'une procédure de conciliation, etc... ²⁴.

Certaines de ces questions sont en effet délicates; la pratique contractuelle, le bon sens, une déontologie élémentaire et les règles générales de droit civil de la plupart des Etats y apportent cependant des réponses généralement suffisantes. Est-il bien raisonnable, comme le proposent certains experts de la

²¹ V., dans l'ouvrage collectif précité: *Les transformations de la régulations juridique*, la seconde partie consacrée aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits, et spéc. M. Delmas-Marty, "Introduction", p. 209 et s.; S. Guinchard, "L'évitement du juge civil", p. 221 et s.; v. aussi, plutôt en faveur de l'application des principes de justice universelle, Ch. Jarrosson, art. préc., spéc. p. 229 et s.

²² Par le Centre national de la médiation.

²³ CNUDCI, 32ème session, 1999, Doc. A/CN.9/460).

²⁴ Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 32ème session, Vienne, 20-31 mars 2000, A/CN.9/468, n° 18 à 59.

CNUDCI, de s'engager dans une réglementation détaillée de la conciliation ? De rechercher à chaque instant, pour ces mécanismes alternatifs, la protection de la règle de droit et d'accentuer ainsi sa processualisation ? On sait où de telles dérives conduisent parfois l'arbitrage. Elles pourraient atteindre à leur tour les ADR. Il faudrait alors à nouveau - et nul doute que d'éminents spécialistes américains, ceux-là mêmes qui ont rendu inaccessible dans leur pays la justice étatique, déformé et compliqué l'arbitrage international puis les méthodes douces de règlement des litiges, seraient les premiers à nous montrer de nouveau la voie et à réinventer la roue.