

Didier FERRIER

Professeur à l'Université de Montpellier

Les modes alternatifs de règlement des conflits dans une Europe élargie

- Les parties dans la diversité de leurs relations internationales (le caractère international dépendant du fait que l'opération économique en cause réalise un transfert de biens, de fonds ou de services à travers une frontière, cf. art. 1 CNUDCI) et particulièrement au sein de l'Europe élargie et en voie d'élargissement (Roumanie, Bulgarie) cherchent à réduire l'incertitude que crée la problématique du droit international privé avec les divergences de lois et de jurisprudence remarquablement exposée par le Professeur Bortolotti.
- Les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) représentent, dans leur désignation même, l'expression de ce choix.

On entendra le règlement alternatif de conflit de manière large comme l'ensemble des moyens permettant de prévenir ou de régler un différend par intervention de tiers et sans s'adresser aux tribunaux étatiques.

- Il paraît déplacé voire insolent de les évoquer au cœur de la première chambre du Tribunal de grande instance de Paris où nous accueille si chaleureusement le Président Claude Magendie, mais si cette branche de l'alternative éloigne du juge en ouvrant d'autres voies de règlement des conflits que la voie judiciaire (I), elle renvoie aussi au juge en aménageant le traitement contractuel de ces conflits (II).

I - L'ALTERNATIVE ELOIGNE DU JUGE

L'alternative éloigne du juge lorsqu'elle ouvre une voie non contentieuse en préalable et si possible en évitement de la voie contentieuse (A), elle éloigne surtout du juge lorsqu'elle ouvre la voie d'un traitement arbitral en substitut du traitement judiciaire (B).

A - L'ALTERNATIVE AU CONTENTIEUX

Les parties cherchent parfois à prévenir le contentieux. La formule utilisée constitue bien un mode alternatif de règlement des conflits dès lors que le conflit est compris comme l'argument d'un litige à venir.

Le mode de règlement vise à obtenir cet arrangement dont on sait qu'il vaut toujours mieux que le meilleur des procès, tout au moins pour les parties..., soit par une négociation directe

entre elles mais il s'agit alors de simples formes de pourparlers ne concernant qu'elles, soit grâce à l'intervention d'un tiers chargé de favoriser leur accord et impliqué dans ce traitement.

Cette intervention du tiers fait l'objet de conventions dont l'organisation est laissée à l'entière liberté des parties et qui n'a suscité jusqu'à présent que peu de velléités d'intervention normative lorsque le tiers est chargé de donner un avis (1) mais semble maintenant inspirer celles-ci lorsque le tiers est chargé d'une intermédiation (2).

1. La liberté des parties dans la sollicitation de l'avis d'un tiers

Le tiers dont l'avis est sollicité peut être un expert chargé d'éclairer ou de trancher une question de nature technique, y compris juridique (E. Jolivet, Le recours à l'expertise dans les procédures d'arbitrage commercial international, Cah. arbitrage 2004-1, 2^{ème} partie, p.3 ; C. Jarrosson, L'expertise juridique, in Liber amicorum, Claude Rémond, Litec 2004, p. 127), ou un consultant chargé d'éclairer les parties sur les suites prévisibles d'un contentieux, ou encore un « Comité de résolution des différends » ou « Dispute Review Board » chargé d'assister les parties en émettant une recommandation pour leur permettre de résoudre elles-mêmes leur conflit (C. Koch, Le nouveau règlement de la CCI ou Dispute Boards, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol. 15, n°2, 2^{ème} semestre 2004, p.10).

Mais on ne saurait se limiter à ces modes classiques d'intervention d'un tiers, car il existerait d'innombrables formules aux appellations généralement anglo-saxonnes : facilitation, evaluation, rent a judge, mini-trial, expert determination, adjudication, negotiation, partnering..., qui sont utilisées dans la pratique et se trouvent plus ou moins largement proposées par les institutions de règlement des conflits qui opèrent dans le monde international des affaires.

2. L'intervention normative dans l'intermédiation d'un tiers

Le tiers dont l'intermédiation est sollicitée peut être un conciliateur chargé d'étudier les positions respectives des parties et de faciliter le débat entre elles ou un médiateur chargé de proposer une solution aux parties.

Peut-être parce que le tiers joue ici un rôle actif dans la recherche de la solution, cette formule suscite un mouvement d'encadrement normatif.

Ainsi, la CNUDCI a établi en 2002 une loi-type sur la conciliation commerciale internationale (www.uncitral.org/fr-index.htm) qui est devenue une recommandation aux Etats-Unis (« Uniform Mediation Act ») et qui a été adoptée par la Croatie.

La Commission européenne a intégré des dispositions sur la médiation dans plusieurs directives applicables notamment dans les pays d'Europe centrale (Dir. 97/5/CE sur les paiements transfrontières, art. 10, Dir. 97/7/CE sur les ventes à distance, art. 11, Dir. 2000/3/CE sur le commerce électronique, art. 17, Dir. 2002/CE sur les services financiers à distance, art. 14, Dir. 2002/92/CE sur la médiation en matière d'assurance, art. 11), et elle a diffusé dans le prolongement d'un Livre vert sur la médiation, un Code européen des bonnes pratiques en matière de médiation (2004 ; rapp. European Network for Disputes Resolution qui regroupe des centres de médiation et d'arbitrage en France, Italie, Espagne, Royaume-Uni).

Ces velléités d'encadrement peuvent surprendre dès lors qu'elles concernent des formules fondamentalement consensuelles puisque orientées vers la recherche d'un accord, ce qui n'est pas le cas de l'arbitrage pour le moment délaissé par les autorités communautaires.

B - L'ALTERNATIVE AU JUDICIAIRE

L'alternative éloigne du juge en excluant la voie judiciaire au profit de la voie arbitrale. Il serait vain de discuter les mérites respectifs de l'arbitrage et du procès judiciaire car il y a en la matière beaucoup d'idées reçues, notamment quant au coût, dont l'analyse nous éloignerait de notre sujet. La spécificité de l'arbitrage est son caractère conventionnel (comme le rappelle la définition donnée par Henri Motulsky : « jugement d'une contestation par des particuliers, choisis, en principe par d'autres particuliers, au moyen d'une convention ») (1) qui n'exclut pas évidemment (cf. en droit français C. civ. art. 6 et 1134) un encadrement normatif (2).

1. Le contexte contractuel de l'arbitrage

L'arbitrage présente un caractère contractuel pour les parties, pour les arbitres et, le cas échéant, pour l'institution d'arbitrage.

Les parties contractantes ont généralement le libre choix de leur arbitre, de la mission qui lui est confiée (acte de mission), de la procédure applicable au traitement de leur litige, des délais de l'arbitrage, des règles de droit applicable (droit national, anational, amiable composition) et du type de sentence qu'elles attendent (sentence d'accord parties, sentence partielle, sentence finale).

Les arbitres accomplissent une mission juridictionnelle comme le soulignent avec fermeté les tribunaux. L'arbitre accède ainsi « au statut de juge » (par exemple Paris 29 mai 1992, RTD.com. 1992, 588, obs. Dubarry et Loquin), mais il est avant tout un contractant lié, à ce titre, aux parties. Sa responsabilité contractuelle peut être engagée en cas de faute lourde équipollente au dol dans l'accomplissement de ses devoirs de juge (par exemple TGI Paris, 15 fév. 1995, cité par Ph. Fouchard in Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française),

en retour, il est, en exécution du contrat, rémunéré par les parties, directement ou par l'intermédiaire d'une institution d'arbitrage.

L'institution d'arbitrage est elle aussi partie à un contrat (dont la qualification est discutée mais qui s'apparente à un mandat) par lequel les parties lui confient l'organisation de l'arbitrage, préférant à un arbitrage « ad hoc » où tous les éléments de l'arbitrage sont réglés par elles, l'arbitrage institutionnel où ces éléments sont réglés par un organisme d'administration de l'arbitrage. L'intérêt de l'arbitrage administré tient évidemment à l'expérience et à la compétence de ce centre, qui lui permettent de proposer, à travers son règlement, des procédures d'arbitrage et même des arbitres bien adaptés au litige, de dégager des solutions pour l'ensemble des incidents éventuels de procédure et de contrôler le bon aboutissement de la procédure (est généralement admis que les sentences rendues en arbitrage institutionnel et notamment par les institutions d'arbitrages réputées, - sont très rarement annulées en comparaison de celles rendues en arbitrage ad hoc ; de même que l'autorité morale de l'institution d'arbitrage facilite souvent l'exécution de la sentence et permet notamment de ne pas avoir recours à l'exequatur).

2. L'encadrement normatif de l'arbitrage

Selon la formule de Jean Robert, « l'arbitrage n'est pas une brèche dans le droit judiciaire, il n'en est qu'un élément » (L'arbitrage droit interne, droit international privé, 6^{ème} éd.).

L'arbitrage est à cet égard encadré par de nombreuses normes de diverses natures.

Cet encadrement normatif de l'arbitrage international est constitué d'un enchevêtrement de principes généraux (par exemple en matière de procédure, comme celui du « contradictoire » ; voir D. Hascher, Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international, recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, année 1999, tome 279, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 51), d'usages, de conventions internationales (comme la convention de New-York de 1958 qui règle ainsi de manière indirecte l'arbitrage par le jeu de la reconnaissance des sentences) et même de lois nationales car si certaines ne considèrent que l'arbitrage interne, la plupart assimilent les arbitrages internes et internationaux et d'autres disposent des règles propres à chacun. En France par exemple le décret du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international a défini des règles de procédure : respect du contradictoire ; obligation faite aux arbitres de s'en tenir à leur saisine ; limitation des voies de recours à l'appel et au recours en annulation ; interdiction faite à une personne morale d'être arbitre sans que cette règle affecte toutefois la réglementation ou l'organisation d'arbitrage par une institution. Il en résulte une problématique particulière de « forum shopping ».

Les parties qui choisissent le droit applicable à leur contrat ne prêtent généralement attention qu'au droit matériel et négligent le droit processuel. Or si le droit matériel doit évidemment être pris en considération, il convient de s'intéresser également au droit processuel, et plus

précisément la « lex arbitri », car l'efficacité de l'arbitrage repose aussi sur lui. A cet égard, certains pays européens ont une culture de l'arbitrage international (c'est le cas de la France, ou encore de la Belgique qui a adopté en 1985 une loi visant à faire de son territoire « un paradis » pour l'arbitrage). Une telle culture pourra être précieuse lorsque devra intervenir le juge auquel renvoient aussi les modes alternatifs de règlement des conflits.

II - L'ALTERNATIVE RENVOIE AU JUGE

On se plaît à relever qu'il n'existe pas d'opposition entre les modes alternatifs de règlement des conflits et le traitement judiciaire en particulier entre la sphère arbitrale et la sphère judiciaire : la compétence du juge vient de la loi, celle des arbitres vient de la volonté des parties ; mais il convient aussi de souligner qu'il existe entre eux une complémentarité.

En effet, le juge peut être appelé à intervenir dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits à l'occasion d'une saisine concernant la convention (A) ou la solution de l'arbitrage (B).

A - LE JUGE DE LA CONVENTION

La convention organisant le règlement d'un conflit, de même que toute autre convention, s'inscrit comme une norme particulière dans l'ordre juridique et peut se trouver à ce titre soumise au juge. Le juge intervient pour soutenir la convention, c'est l'image du juge serviteur du contrat (1), ou pour la contrôler (2)

1. Le juge de soutien

Dans le domaine des modes alternatifs de règlement des conflits, le juge au soutien de la convention d'arbitrage ou de médiation (désigné aussi comme « juge d'appui ») est souvent appelé à conforter la démarche des parties par exemple en désignant un arbitre, en fournissant une assistance dans la phase probatoire, en autorisant une mesure provisoire, en dégagant par voie d'interprétation le droit applicable lorsqu'il y a conflit de règles...

Ce rôle du juge diminue lorsque le mode alternatif de règlement des conflits est administré car l'institution d'arbitrage pallie normalement elle-même les lacunes, sans qu'il soit besoin de faire appel au juge. Au demeurant, au cas de défaillance de l'institution d'arbitrage, le juge pourra encore intervenir en substitut.

2. Le juge de contrôle

Le juge contrôle la convention aménageant le règlement d'un conflit, comme il le ferait pour tout autre contrat. Ce contrôle porte sur la formation (validité du consentement des parties, arbitrabilité de l'objet du litige...) mais également sur l'exécution de la convention (refus par l'une des parties d'accomplir ses obligations...).

En matière d'arbitrage, certains juges étatiques utilisent ce contrôle pour s'opposer à l'arbitrage ou le contrarier et c'est une raison parmi d'autres pour que les parties s'inquiètent du lieu de l'arbitrage (voir notamment E. Gaillard, L'influence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage, in Liber Amicorum Claude Rémond, Litec 2004, p.83) mais la plupart composent avec l'arbitrage dès lors qu'il n'empiète pas sur le domaine réservé par leur législateur au judiciaire et qu'il ne viole pas des dispositions d'ordre public.

Parfois, le juge de contrôle devient, à cette occasion, juge de soutien ; c'est notamment le cas lorsqu'il est saisi d'une mesure d'anti-injonction pour suspendre précisément une mesure de blocage.

B - LE JUGE DE LA SOLUTION

La solution de l'arbitrage a l'autorité de la chose jugée elle peut donc faire l'objet d'un recours (1) ou d'une demande d'application (2) devant le juge compétent.

1. L'appréciation de la solution

La solution dès lors qu'elle modifie des droits subjectifs et constitue une situation juridique nouvelle peut faire l'objet de recours devant les tribunaux compétents.

Ces recours sont certes limités en matière d'arbitrage international par des conventions régionales (convention européenne de Genève de 1961, convention interaméricaine de Panama de 1975) et par la Convention internationale de New-York de 1958 dont l'article 5-1 précise les hypothèses de recours et qui est appliquée dans tous les pays d'Europe centrale.

Cette dernière convention a été ratifiée dans toute l'Europe et notamment dans tous les pays d'Europe centrale où elle a donc vocation à recevoir application.

2. L'application de la solution

Alors que toutes les étapes de la procédure ont été franchies, le juge chargé de donner l'exequatur peut encore faire obstacle à l'application de la solution en relevant que l'objet du différend ne saurait être réglé par arbitrage ou que l'exécution de la sentence porterait atteinte à l'ordre public international du pays.

Et, alors même que ces objections ne pourraient être relevées, le juge peut encore paralyser ou retarder l'exécution de la sentence par l'invocation de règles locales formelles complexes ou par un contrôle vétilleux de la forme.

Le dernier mot revient ainsi au juge...