



# L'Arbitrage face aux Moyens Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC)

Paris, 15 juin 2006

Me Detlev Kühner, Pôle Arbitrage

[dkuehner@bmhavocats.com](mailto:dkuehner@bmhavocats.com)

**BMHAVOCATS**

[www.bmhavocats.com](http://www.bmhavocats.com)



## BMHAVOCATS

### I. Introduction:

Imaginons le scénario suivant:

Il est tard, très tard. Une longue journée de négociations s'achève, ou presque, car il manque encore un petit détail – la clause d'attribution de compétence. Faut-il recourir à l'arbitrage ou à autre chose? Enfin, peu importe, il ne nous reste que 15 minutes pour boucler cela...

Ceci peut expliquer une chose *a priori* inexplicable, à savoir le fait que pratiquement une clause d'arbitrage sur deux est plus ou moins pathologique.

Par conséquent, le scénario décrit ci-dessus reflète malheureusement souvent la réalité!

Or, ces clauses pathologiques sont une proie facile pour un Défendeur qui va profiter du manque de clarté de la clause pour créer très tôt un litige dans le litige. Cela affecte non seulement le bon déroulement de la procédure, mais entraîne des frais supplémentaires considérables.



## **BMHAVOCATS**

Le scénario peut pourtant être évité en respectant deux directives:

- l'acquisition d'une connaissance des différents moyens alternatifs de règlement des conflits;
- se résoudre à songer à la clause d'attribution de compétence en amont en s'y préparant suffisamment à l'avance;

Le présent exposé cherche avant tout à faire comprendre l'essentiel concernant les MARC.

Toutefois, il n'aura pas atteint son but s'il n'arrive pas à démontrer la nécessité de songer aux clauses d'attribution de compétence en temps utile chaque fois qu'on négocie un contrat.



**BMHAVOCATS**

## II. Définitions:

MARC: « Moyens Alternatifs de Règlement de conflits » qui englobent notamment:

- La Médiation
- La Conciliation
- L'Expertise
- Les Dispute Boards

Question: L'arbitrage, est-il aussi compris dans la notion de « ADR/MARC »?

Réponse selon les deux écoles:

- a. ADR = « Alternative Dispute Resolution » (Arbitrage compris)
- b. ADR = « Amicable Dispute Resolution » (Arbitrage pas compris)

La même analyse pourrait évidemment être faite par rapport aux MARC, sachant que « MARC » est l'équivalent au terme anglais « ADR ».



### III. Essor des Moyens Alternatifs de Règlement des Conflits:

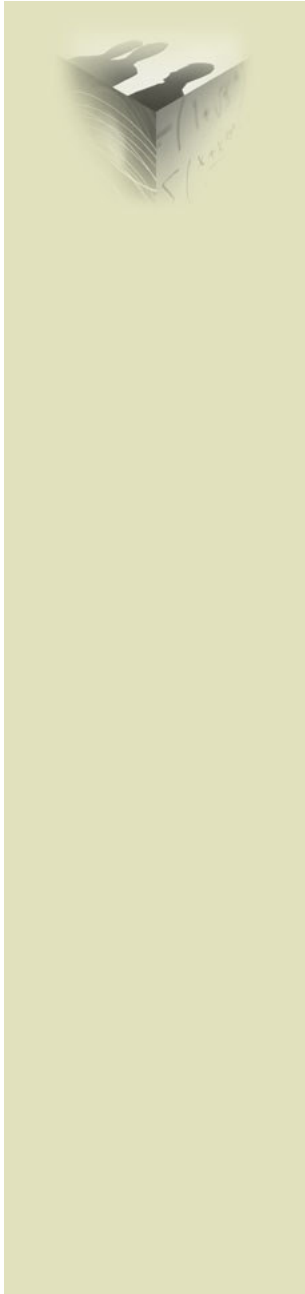
Dans la quasi-totalité des ordres juridiques nationaux, l'arbitrage ne cesse d'occuper de nouveaux domaines du droit qui deviennent ainsi « arbitrable ».

En France, la réforme de l'article 2061 du Code Civil par la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 en témoigne:

Ancien texte: « *La clause compromissoire est nulle, s'il n'est disposé autrement par la loi* ».

Nouveau texte: « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* »

- Extension considérable du champ d'application (notion «d'activité professionnelle» remplace celle de la «commercialité» beaucoup plus restrictive);
- Domaines qui restent exclus sont notamment le droit de la consommation et le droit du travail et les matières qui intéressent l'ordre public (p.ex. question de validité d'une marque ou d'un brevet enregistré en France).



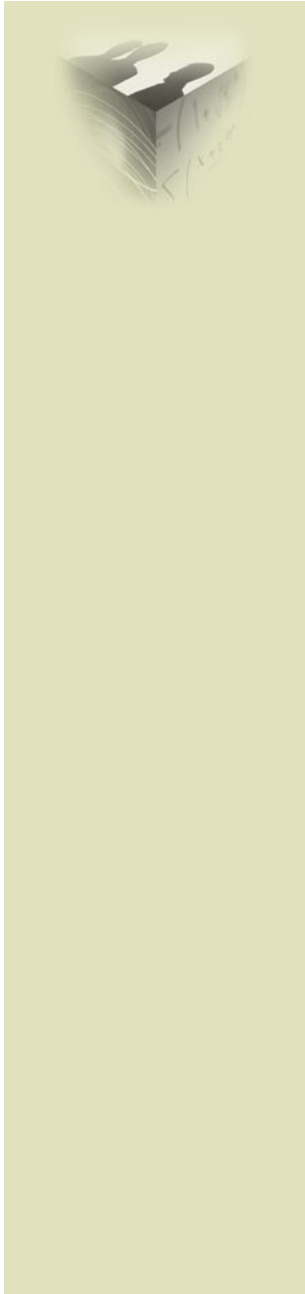
## **BMHAVOCATS**

Aussi, pendant longtemps, l'arbitrage était la seule alternative aux juridictions étatiques.

Puis, à partir des années 80, se sont développées d'autres techniques, notamment celle de la médiation, qui commencent à concurrencer ou, plutôt, à compléter l'arbitrage. Il s'agit là de mécanismes novateurs qui ont institutionnalisé la recherche d'une solution à l'amiable, qui peut, il est vrai, aussi avoir lieu à l'intérieur d'une procédure d'arbitrage ou judiciaire.

Raisons pour ce développement:

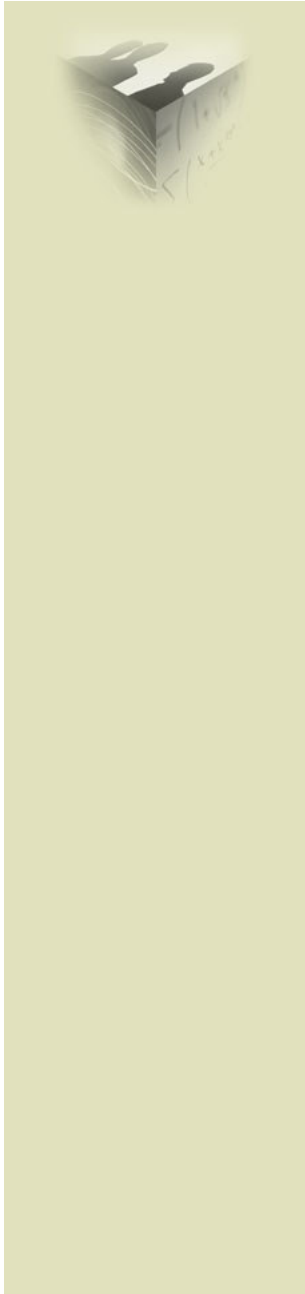
- évolution des mœurs qui ne cherchent plus forcément la confrontation, ou, pour le moins, immédiatement, combinée avec la volonté des parties de rester en bons termes;
- prise de conscience du fait que dans la majorité des litiges, en matière commerciale, le schéma du noir ou blanc ne s'applique pas.



## BMHAVOCATS

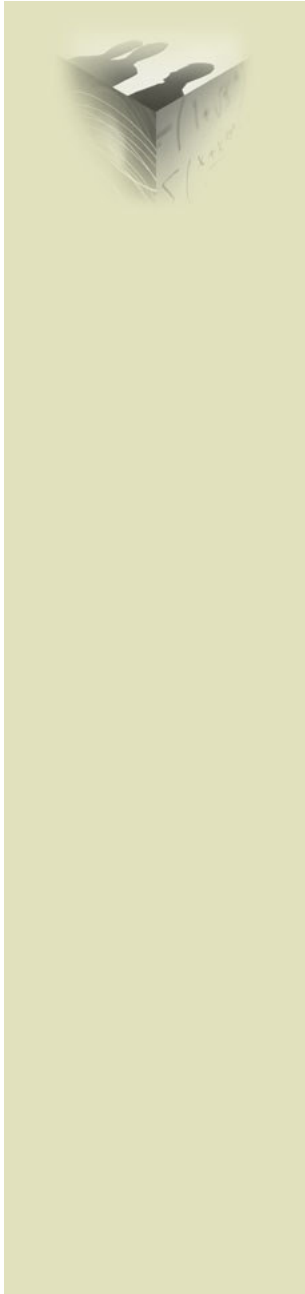
### 1. Caractéristiques de la procédure d'Arbitrage:

- institutionnel (par exemple CCI, CMAP, AFA, OMPI) / ad hoc (Règlement de la CNUDCI);
- confidentiel;
- très grande flexibilité/autonomie des parties qui peuvent elles-mêmes déterminer les paramètres de leur litige (lieu d'arbitrage, langue(s) de l'arbitrage droit matériel applicable, règles de procédure applicables, choix des arbitres);
- réduction de la durée (« fast-track arbitration ») et adaptation à la complexité du litige (« lignes directrices pour l'arbitrage des petits litiges » de la CCI) possible;
- une seule instance avec une durée moyenne raisonnable (2 ans pour l'arbitrage CCI);
- « garantie » d'un ultime contrôle restreint par le juge étatique dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence ou lors de l'exequatur de la sentence;



## BMHAVOCATS

- facilité d'exécution des sentences dans plus de 140 pays, grâce à la Convention de New York de 1958;
- coûts relativement importants (un montant en litige de € 300 000 avec un arbitre unique entraîne des frais approximatifs de: AFA: € 14 000, CMAP et CFACI: € 17 000, CCI: US\$ 25 000, OMPI US\$ 4 000 plus honoraires d'arbitre sur la base d'un taux horaire entre US\$ 300 et US\$ 600);
- Conclusion: beaucoup d'avantages à signaler, à l'exception des cas de durée excessive, engendrant des coûts très élevés (mot-clés «judiciarisation de l'arbitrage», et «création d'un groupe de travail au sein de la Commission d'Arbitrage de la CCI sur la réduction du temps de travail et des frais dans des procédures d'arbitrage complexes»).



## BMHAVOCATS

### 2. Autres techniques de résolution de litiges:

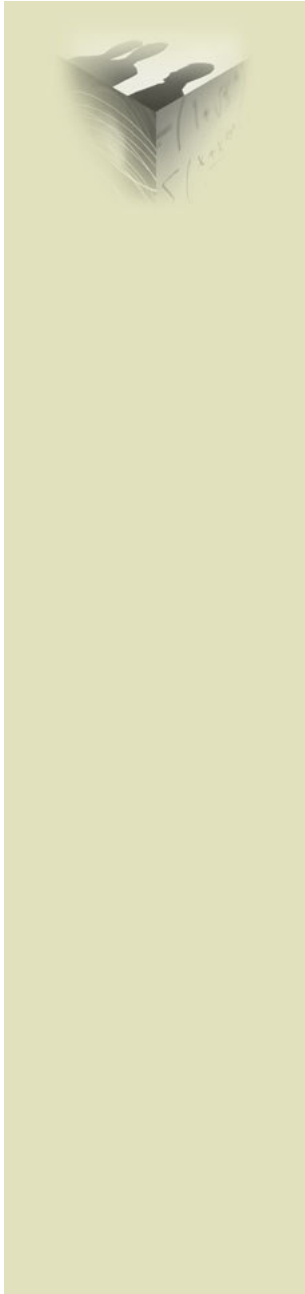
#### 1. Les services de résolution de litiges offerts par la CCI:

La Chambre de Commerce Internationale a son siège à Paris et est organisée en forme d'association à but non lucratif. Elle a administré plus de 14 000 procédures d'arbitrage depuis la fondation de sa Cour Internationale d'Arbitrage en 1923.

##### (a) Règlement ADR

Originalité : les parties sont libres de choisir toute méthode susceptible d'apporter une solution satisfaisante à leur problème. En cas de désaccord, une médiation aura lieu:

- Médiation : entretien en aparté avec chacune des parties afin de trouver un terrain d'entente et régler leur différend à l'amiable (le médiateur n'est pas chargé de se prononcer sur le fond du litige);
- Consultation d'un tiers : les parties demandent à un tiers un avis qui ne les engage pas portant sur différents points tels que : question de fait, question technique, question de droit;



## **BMHAVOCATS**

- Mini-trial : composition d'un comité réunissant le tiers et un dirigeant de chacune des parties;
- Autres formules : le champ est libre - combinaison de plusieurs techniques possibles – tiers qui donne son avis sur un point spécifique au cours d'une procédure de médiation;
- Délai: pas de délai prévu dans le règlement;
- Coûts: frais administratifs entre US\$ 1 500 et US\$ 10 000, honoraires du tiers (taux horaire fixé en concertation avec le Centre et les parties), ainsi que les frais raisonnables du tiers.

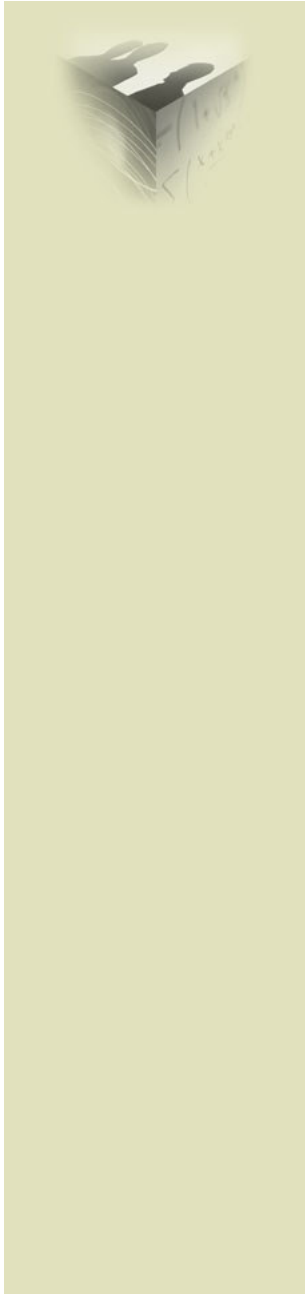


## BMHAVOCATS

### (b) Règlement d'expertise de la CCI:

Ressemble à la consultation d'un tiers dans le cadre d'une procédure ADR, toutefois avec des différences importantes, telles que:

- le tiers rend un avis confidentiel, l'expert un rapport d'expertise qui peut être produit dans une procédure judiciaire ou arbitrale;
- examen formel de la décision de l'expert par la CCI;
- une procédure ADR peut être arrêtée unilatéralement par une partie, ce qui n'est pas le cas pour l'expertise;
  
- Délai: pas de délai prévu dans le règlement;
  
- Coûts: frais administratifs entre US\$ 2 500 et 15% de l'honoraire de l'expert, honoraires de l'expert fixés à un taux journalier en consultation avec le Centre et les parties, ainsi que les frais raisonnables.



## **BMHAVOCATS**

### **(c) Règlement relatif aux Dispute Boards de la CCI**

Le Dispute Board est un comité chargé des différends, généralement créé dès le début du contrat, reste en place et est rémunéré pendant toute la durée de celui-ci. Il émet des recommandations/décisions (« organes permanents destinés à traiter des différends au fur et à mesure qu'ils surgissent »).

- Délai: prononcé d'une détermination (recommandation ou décision) dans les 90 jours;

- Coûts: frais administratifs entre US\$ 2 500 et US\$ 10 000 plus honoraires des membres du DB tels que prévus dans le Contrat de membre du DB, à savoir un honoraire mensuel pour la « disponibilité » (égal à trois fois l'honoraire journalier) et un honoraire journalier pour les missions concrètes, ainsi que les frais exposés par les membres.



## BMHAVOCATS

### (d) Règlement de référé pré-arbitral de la CCI

Mécanisme par lequel des mesures peuvent être rapidement prises par un tiers statuant en référé avant la constitution du tribunal arbitral.

Les mesures que le tiers ordonne, obligent les parties aussi longtemps qu'il n'en a pas été décidé autrement par une autorité judiciaire ou arbitrale.

Le tiers a pouvoir:

- d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui revêt un caractère d'urgence;
  - d'ordonner à une partie d'effectuer des paiements,
  - d'ordonner à une partie de prendre des mesures dont elle est contractuellement obligée
  - d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement des preuves
- 
- Durée: 30 jours à compter de la remise du dossier au tiers;
  - Coûts: frais administratifs US\$ 2 500, honoraires du tiers fixé par la CCI selon complexité, et temps passé.



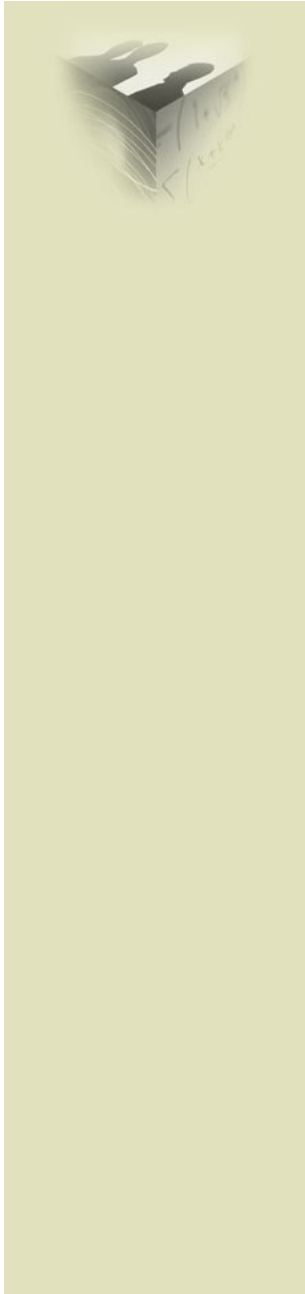
## BMHAVOCATS

### Tendance actuelle:

rédaction de clauses à plusieurs étapes (multi-tiered arbitration clauses).

L'arbitrage étant le seul qui aboutit à une sentence d'un tribunal ayant force exécutoire, il doit forcément constituer la deuxième étape.

Quant à la première étape, elle peut, selon les besoins, consister en une procédure ADR, Expertise, DB ou Référé pré-arbitral.



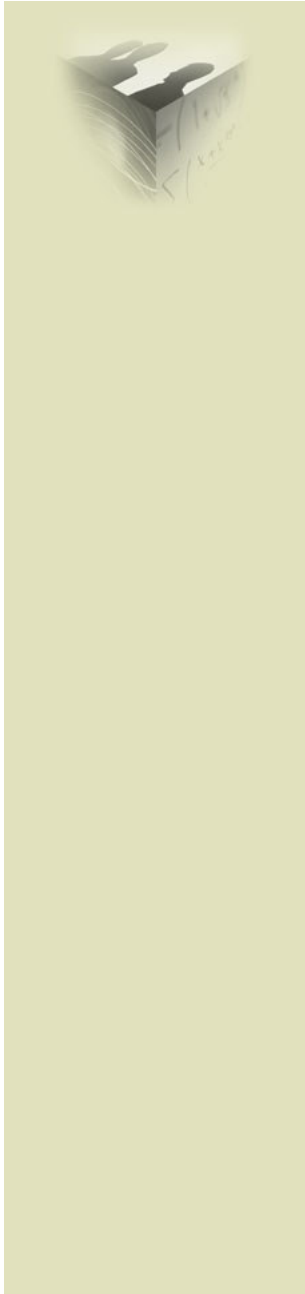
## **BMHAVOCATS**

### 2. Les services de résolution de litiges offerts par le CMAP:

Mis en place par la CCIP (Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris) en 1995, le « Centre de Médiation et d'Arbitrage » sous forme d'association à but non lucratif.

#### a. Médiation conventionnelle:

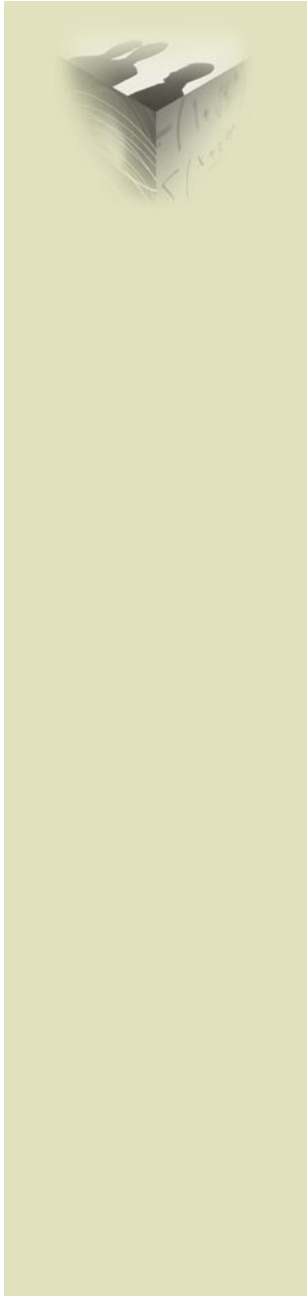
- Déf.: voir sous 1.;
- Résultat: accord qui fait l'objet d'un protocole signé qui est revêtu de l'autorité de la chose jugée;
- Délai: 2 mois;
- Coût moyen (10 heures): environ 3 000 € pour une médiation franco-française et environ 4 000 € pour une médiation internationale (dont respectivement 100 €/h au titre des frais administratifs du CMAP)
- Procédure simplifiée de reconnaissance conférant la force exécutoire à l'accord (Art. 1441-4 NCPC)



## **BMHAVOCATS**

### b. Médiation judiciaire:

- ordonnée par le juge civil ou commercial à sa propre initiative et avec l'accord des parties ou à la demande de celles-ci (Art. 131-1 à 131-15 NCPC);
- le CMAP a vocation à être nommé par les tribunaux pour organiser et administrer la médiation;
- Homologation par le juge possible, conférant la force exécutoire à l'accord;
- Délai: 3 mois, renouvelable une fois;
- Coût: il s'agit d'une mission de service public, le médiateur est rémunéré € 110/h.



## **BMHAVOCATS**

### c. Avis technique amiable:

- Déf.: correspond plus ou moins à la définition de l'expertise sous 1.;
- Délai: 2 mois;
- Coût: 400 €/h (dont 100 €/h au titre des frais administratifs du CMAP).

### d. Evaluation juridique indépendante:

- Déf.: Intervention d'un tiers évaluateur qui a pour mission d'aider les parties à évaluer ensemble la manière dont, vraisemblablement, une juridiction envisagerait de trancher le litige; interpréter une clause contractuelle et, éventuellement, sa réécriture; évaluer un préjudice.
- Délai: 2 mois;
- Coût: 400 €/h (dont 100 €/h au titre des frais administratifs du CMAP).



## BMHAVOCATS

### e. Med-Arb simultanés:

Mise en oeuvre de manière simultanée, mais indépendamment l'une de l'autre, d'une médiation et d'un arbitrage. Ainsi, la médiation n'est plus un préalable à l'arbitrage (« luxe procédural »).

### f. Décision d'urgence:

- Correspond à la procédure du référé pré-arbitral de la CCI;
- Délai: 28 jours;
- Coûts: en fonction du montant en litige et du contrat mis en œuvre.

### g. Recommandation en ligne:

- Déf.: procédure de règlement amiable de conflits, totalement informatisée et sécurisée pour les entreprises du commerce électronique ainsi que pour les noms de domaine en *.fr* et *.re*;
- Délai: 8 jours;
- Coûts: 240 €.



## **BMHAVOCAT**

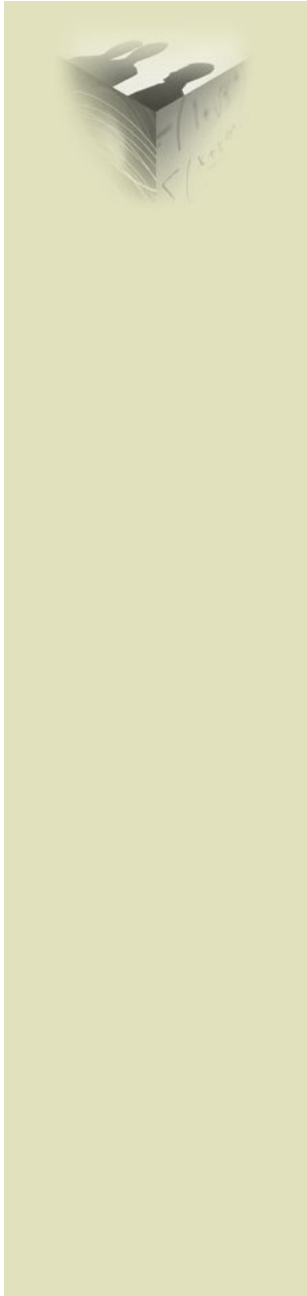
### 3. Les services de résolution de litiges offerts par l'OMPI:

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et notamment son Centre d'arbitrage et de médiation sont installés à Genève.

#### a. Arbitrage:

- Existence d'un Règlement d'arbitrage accéléré

- (i) moins cher par rapport au Règlement d'arbitrage
- (ii) écritures condensées
- (iii) toujours un arbitre unique
- (iv) audiences condensées (durée maximale de trois jours)
- (v) délais raccourcis (3 mois plus 1 mois, au lieu de 9 mois plus 3 mois)



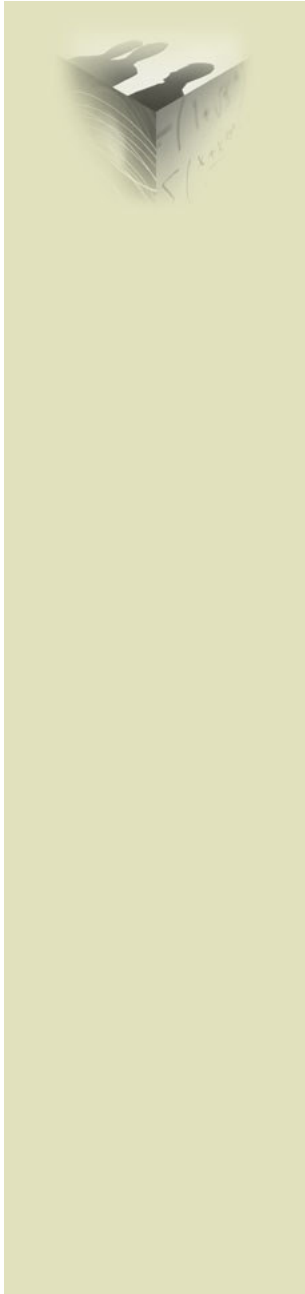
## **BMHAVOCAT**

### b. Médiation:

- là encore l'OMPI est particulièrement bien placé pour trouver des médiateurs spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle.

### c. Règlement des litiges relatifs aux noms de domaine

- L'offre de l'OMPI est plus complète que celle du CMAP, et connaît un très grand succès depuis son début en 1999.



## **BMHAVOCATS**

### Conclusion:

- Prise de conscience des institutions arbitrales et du monde de l'arbitrage en général par rapport aux coûts élevés et à la longueur de la procédure; (propositions du Groupe de Travail au sein de la Commission d'Arbitrage de la CCI)
- Tendance d'opter de plus en plus souvent pour les clauses à plusieurs étapes encore trop peu utilisé dans le passé.