

LA CONCILIATION ET LA MEDIATION EN DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

Ali BENCHENEB

Professeur émérite à l'université de Bourgogne

Ancien Recteur d'académie

1. Le terme de droit des affaires internationales est retenu dans cette communication pour des raisons de stricte commodité. Il couvre aussi bien des actes relevant du commerce international comme l'est la vente ou la prestation de services que des opérations qualifiées d'investissement international par les textes pertinents, accords de protection des investissements et /ou législations nationales.

2. Toute opération économique transfrontière est susceptible de déboucher sur un contentieux. Compte tenu des incertitudes qui pèsent sur la détermination de la compétence juridictionnelle internationale directe et de celles inhérentes au contentieux de l'exequatur des jugements étrangers, le mieux est donc de prévoir le mode de règlement des différends par une clause appropriée pour le cas où surviendrait un litige durable entre les parties à un contrat donné.

3. C'est ce pourquoi on enseigne dans les bonnes facultés voire dans les écoles professionnelles de formation des avocats que lorsque la négociation d'un contrat à portée économique doté d'un caractère international porte sur le règlement des litiges, il y a lieu de négocier avec attention le contenu d'une clause attributive de juridiction ou d'une convention d'arbitrage.

Le caractère sérieux de cette négociation et, par contrecoup, la qualité rédactionnelle de la clause de règlement des litiges donnent d'ailleurs plus de crédit au principe de la force obligatoire des conventions.

4. Il en est de même en matière d'investissement international lorsque l'opération donne lieu à un contrat international conclu entre l'Etat d'accueil et l'investisseur.

Lorsque ce n'est pas le cas, la prévisibilité du mode de règlement des litiges relatifs à l'investissement est recherchée par une consultation du droit applicable, les accords interétatiques de protection des investissements et, à défaut, les législations nationales offrant des solutions plutôt appropriées du type arbitrage CIRDI ou CNUDCI, en général au choix de l'investisseur.

5. Encore que sur ce point la statistique soit impossible, tout indique que depuis au moins la seconde moitié du vingtième siècle, l'arbitrage ad hoc ou institutionnel a connu une certaine faveur auprès des entreprises et que les Etats en ont pris acte, progressivement et à des degrés différenciés.

Il est tout aussi vrai que le droit de la compétence juridictionnelle internationale s'est considérablement étoffé soit par le biais de codifications nationales comme on peut l'observer pour la Suisse¹ ou la Tunisie² soit sous couvert d'activités unificatrices dans le droit des espaces régionaux, exemple pris de l'Union européenne³.

6. Il est juste également de relever qu'une idéologie de l'arbitrage s'est développée⁴. Elle a mis en avant ses moindres couts, sa rapidité, la qualité des sentences au regard de la complexité des dossiers litigieux, voire la confidentialité de

¹ Loi fédérale sur le dip du 18 décembre 1987, modifiée, articles 2 à 10.

² Loi 98-97 du 27 novembre 1998 portant code de dip, articles 3 à 10.

³ Règlement 44-2001 du Conseil du 22 janvier 2000, modifié, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale.

⁴ On en trouve trace particulièrement dans l'ouvrage de R. DAVID, l'arbitrage commercial international, *Economica*, 1982. La littérature contemporaine est plus nuancée comme le montrent en dernière date C. SERAGLINI et J. ORTSHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

l'arbitrage, le tout sans démonstration aucune, sauf peut-être sur le dernier point mais qui mériterait des conclusions plus subtiles dès lors que les publications à caractère promotionnel masquent de plus en plus la littérature juridique de portée purement scientifique.

7. Or en matière d'arbitrage comme du reste en toutes autres matières, toute idéologie occulte ses excès⁵ et les opérateurs économiques sont les mieux placés pour le savoir. En dernière analyse, ce sont les acteurs économiques qui, directement ou indirectement, apprécient les coûts⁶ et la durée réels des procédures.

C'est encore eux plus que la doctrine qui apprécient la qualité effective des sentences arbitrales comme des jugements, quand ce ne serait pas eux qui organiseraient une circulation de l'information verrouillant ou mettant à mal la confidentialité des procédures et les résultats de ces dernières.

8. L'arbitrage n'est donc pas la solution miracle pour le règlement des litiges internationaux, même si les mécanismes qu'il offre sont de plus en plus sophistiqués et, lorsqu'ils sont maîtrisés, constituent globalement la moins mauvaise des solutions pour le contentieux des affaires internationales au

⁵ En témoignent par exemple, d'une part la critique des sentences rendues sous les auspices du CIRDI dont le rapport de la CNUCED sur « l'investissement dans le monde 2013 » se fait l'écho. Cf. « Vue d'ensemble » du rapport page 20 où il est question de « failles systémiques », de « promouvoir d'autres modalités de règlement des différends » et, entres autres, d'« instituer un mécanisme d'appel », d'autre part la dénonciation de la convention de Washington par quelques Etats : cf. J. CAZALA, la dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI, AFDI, 2012, p. 551.

⁶ Sur l'importance prise par les couts dans l'arbitrage et pour une approche juridique de l'évolution du sujet, cf. DUCLERQ, les « nouveaux » couts dans l'arbitrage international, Cah. arb. 2013-4, p899.

regard des risques toujours existant de chauvinisme de l'ensemble des juridictions nationales⁷.

L'arbitrage est d'autant moins une panacée que le vieux dicton selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès est toujours d'actualité : l'aléa judiciaire n'est jamais maîtrisable, les couts d'une procédure le sont difficilement et bien entendu, il peut y avoir des mauvais procès.

De plus, pour les opérateurs du commerce international, des arrangements à priori discutables sur le plan juridique peuvent s'avérer économiquement profitables, en termes de poursuite des relations contractuelles ou de réalisation d'un investissement mais aussi de notoriété et, par conséquent, de préservation de parts de marché voire de gain de nouveaux marchés.

Autrement dit, si un accord transactionnel permet de préserver un courant d'affaires, il permet de préserver l'entreprise qui l'accepte.

9. Or il se trouve que le droit contemporain a de plus en plus tendance à se réappropriier ce dicton et d'ailleurs la doctrine se montre plus qu'attentive au phénomène⁸.

On peut également constater que le droit algérien ne fait pas exception à ce mouvement, semble-t-il mondial, quelle que soit par ailleurs la perfectibilité des règles mises en place dans le

⁷ Il résulte d'une enquête conduite en 2009 que parmi les modes alternatifs de règlement des conflits les plus utilisés en France, l'arbitrage l'est dans 48% des cas et la médiation dans 39% des cas. Cf. AAA et FIDL, *Management optimisé des litiges*, 2013, p.15.

⁸ Dans une littérature devenue abondante et qui parfois laisse à désirer, on relèvera dans la littérature récente les articles suivants J. CL. MAGENDIE, *la médiation*, Dalloz, 2009, p.2600 ; N. DION, *les forces de la médiation, variations libres*, in *La force normative : naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p.707 et Ch. JARROSSON, *l'intérêt de la médiation pour la résolution des litiges entre entreprises*, Mélanges en l'honneur de Ph. MERLE, Dalloz, 2012, p.365. cf. également sous la direction de F. OSMAN, *l'ouvrage collectif, la médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012.

cadre du Code de procédure civile et administrative de 2008 et l'indigence de ses mesures d'accompagnement⁹.

Comme pour confirmer l'attention de l'Etat au phénomène d'évitement du juge, étatique ou arbitral, on peut ainsi relever en matière d'hydrocarbures la mise en place d'un service de conciliation auprès de l'Agence de Régulation des Hydrocarbures (ARH) chargé d'examiner les différends pouvant résulter de l'application de la réglementation pertinente¹⁰.

10. Il en est de même en droit des affaires internationales. On y réserve en effet de plus en plus de place à la conciliation et à la médiation, plus généralement à ce que l'on regroupe sous le concept de modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ou d'alternative dispute resolution (ADR).

Pour l'essentiel, il s'agit de favoriser le règlement extrajudiciaire des différends, soit en cherchant à les prévenir, surtout par la négociation entre les parties, éventuellement avec l'assistance d'un tiers, exemple pris des « dispute boards »¹¹, soit en recherchant leur traitement par évitement du juge ou de l'arbitre autant que faire se peut grâce à une procédure plus ou moins formalisée comme l'est celle de la conciliation ou de la médiation.

Je me propose ici d'en dresser un constat qui, pour incomplet qu'il puisse paraître, se veut en tous cas significatif d'une tendance globale avant d'évoquer l'enchevêtrement des modes de règlement des litiges qui peut en résulter.

⁹ Pour une lecture critique du droit algérien en la matière, mon article : « La promotion de la médiation judiciaire en Algérie », Revue de la recherche juridique, 2014, n°2 (à paraître).

¹⁰ Cf. article 13 de la loi du 28 avril 2005, modifiée.

¹¹ Il s'agit d'un collège d'experts mis en place dès l'entrée en vigueur d'un contrat portant sur la réalisation de grands travaux et chargé de désamorcer les litiges survenant en cours d'exécution par des propositions faites aux parties sur la base de la propre analyse des experts de la situation litigieuse et de ses causes. Cf. K. KESSEDJIAN, Droit du commerce international, PUF, Thémis, 2013, n°946-953.

I. Le constat

11. La recherche d'une solution à un différend relatif à une opération économique internationale peut emprunter plusieurs voies, entre autres la négociation directe entre les parties ou la recherche d'un règlement amiable par sollicitation de mécanismes comme celui de la conciliation ou de la médiation qui font intervenir un tiers.

Si en droit interne et notamment en droit algérien une différence est faite entre conciliation et médiation¹², elle tend à s'estomper en matière internationale où l'approche se veut moins organique, autant dire plus fonctionnelle¹³.

En effet, le tiers, qualifié de conciliateur ou de médiateur, est toujours pressenti pour rapprocher les parties, plus précisément leurs positions sur un ou des points litigieux en perspective d'un accord. Or qu'il s'agisse du droit applicable aux investissements ou de celui qui concerne les opérations strictement commerciales, le traitement des litiges par évitement du recours au juge ou à l'arbitre n'est pas passé sous silence.

Un certain nombre de repères permettent de s'en convaincre.

A. En matière d'investissements internationaux

12. La convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats n'est pas exclusivement dédiée à l'arbitrage, contrairement à ce que l'on peut croire et même parfois écrire.

¹² Sur cette différence, cf. Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et AJED éditions, 2012, n° 257 et 258.

¹³ Une illustration particulièrement topique de l'assimilation des deux notions se trouve dans l'article 1.3 de la loi type du 2^e juin 2002 sur la conciliation internationale élaborée par la CNUDCI. (Rev. Arb. 2004, p.143).

On peut déjà en effet constater que dans son préambule les Etats contractants¹⁴ attachent « une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux... »¹⁵. En conséquence, l'institution du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID) par la convention de 1965 a pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements ».

13. C'est cet objectif autant que la mise en œuvre des articles 28 à 35 de la convention qui expliquent l'adoption dès 1967 par le Conseil administratif du CIRDI d'un règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage mais aussi l'adoption d'un règlement de procédure relatif aux instances de conciliation ainsi que d'un règlement d'arbitrage¹⁶.

Ce même objectif explique la mise au point de listes indicatives et actualisées de conciliateurs et d'arbitres sur proposition des Etats membres ainsi que l'énoncé de critères de qualification pour les conciliateurs et les arbitres susceptibles d'être désignés¹⁷.

14. Ce qui est remarquable dans la convention de Washington, c'est aussi un certain nombre de dispositions communes à l'arbitrage et à la conciliation comme celles qui portent sur la

¹⁴ Ay 1^{er} novembre 2013, 150 Etats (dont l'Algérie en février 1996) avaient déposé leurs instruments de ratification.

¹⁵ L'idée a d'ailleurs été reprise dans la convention relative au règlement des litiges en matière d'investissement entre les Etats hôtes d'investissements arabes et les ressortissants d'autres Etats arabes du 10 juin 1974. L'article 3 de ce texte fait de la conciliation un préalable au recours à l'arbitrage et protège la phase de conciliation en organisant une étanchéité entre les deux modes de règlement des litiges. Pour un commentaire de ce texte, cf. J.F. RYCX, « l'accord sur le règlement des litiges entre Etats hôtes d'investissement arabes et ressortissants des autres Etats arabes et ses perspectives », *Rev. Arb.* 1981, p.259 et suiv.

¹⁶ Dans la suite des développements il sera tenu compte des amendements apportés à ces règlements en 2002.

¹⁷ Cf. article 14 de la convention.

récusation et le remplacement des arbitres ou des conciliateurs¹⁸, celles qui portent sur les frais de procédure¹⁹ voire sur le lieu de leur déroulement²⁰.

Tout se passe donc comme si la convention de Washington ne marquait aucune préférence qualitative entre conciliation et arbitrage, entre règlement des litiges convenu ou imposé et, par conséquent, affichait une neutralité quant au choix du mode de règlement des litiges²¹.

15. Les accords conclus par les Etats, notamment les accords bilatéraux de protection des investissements²², confirment leur volonté de voir les différends relatifs aux investissements internationaux survenant entre un investisseur et l'Etat d'accueil, se régler à l'amiable²³. Il en est ainsi en particulier des accords conclus par l'Algérie.

16. Premier exemple, l'accord algéro français du 13 janvier 1993²⁴ prévoit en son article 8 que « *Tout différend relatif aux investissements entre une des parties contractantes et un national ou une société de l'autre partie contractante est autant que possible réglé à l'amiable entre les deux parties concernées* ».

Si l'on veut mesurer l'intensité des volontés étatiques à partir de ce texte, trois remarques peuvent être faites.

¹⁸ Article 56 à 58 de la convention.

¹⁹ Article 59 à 61 de la convention.

²⁰ Article 62 et 63 de la convention.

²¹ On en a confirmation à l'examen de l'article 21 du règlement d'arbitrage qui prévoit que la conférence préliminaire visant à déterminer l'objet précis du différend peut être utilisée en vue de « parvenir à un règlement amiable ».

²² Il peut en être de même pour les accords multilatéraux. Pour un exemple, cf. l'article 25 de la convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes de 1982, convention ratifiée par l'Algérie (DP n°95-306 du 7 octobre 1995). Dans ce texte, la recherche de la conciliation est un choix à effectuer après la naissance du litige et non pas vraiment un préalable.

²³ Dans le même sens, W. BENHAMIDA, Litiges relatifs aux investissements internationaux et modes alternatifs de règlement des différends : un nouveau champ d'exploration, in la médiation en matière civile et commerciale, Bruylant, 2012.

²⁴ Ratifié par DP n° 94-01 du 2 janvier 1994, JORA n°1.

D'abord, ce traité révèle que la recherche de l'accord amiable doit durer six (6) mois à partir du moment où le différend est soulevé par l'une des parties et que cette recherche constitue un préalable à la saisine du juge, étatique ou arbitral, sans réserver l'hypothèse d'une négociation qui serait inutile, preuve s'il en est d'une écriture au mobile plus diplomatique que juridique.

En second lieu, le texte envisage plutôt une tentative de traitement du litige qui serait le fait des parties elles-mêmes et non pas, de façon plus large comme on peut le relever dans les accords de protection conclus par les USA, le traitement amiable du litige pouvant intervenir entre les seules parties ou avec le concours d'un tiers²⁵. Mais dans la mesure où il n'exclue aucun autre mode alternatif, rien n'empêche les parties plutôt que de négocier directement de s'en remettre à un tiers, conciliateur ou médiateur, avec recours ou non aux services d'une institution comme le CIRDI.

En troisième lieu, il apparaît que le texte de cet accord comporte une lacune importante car il fait l'impasse sur les conséquences du non-respect de l'obligation de rechercher un arrangement en cas de litige persistant.

Cette occultation de la sanction laisse au juge ou à l'arbitre qui serait saisi de la violation d'une telle obligation, la liberté soit de ne pas la sanctionner au constat qu'à l'impossible nul n'est tenu²⁶ soit de la sanctionner par une indemnité, soit par l'irrecevabilité en l'état d'une demande d'arbitrage conduisant le tribunal arbitral à surseoir à statuer pour que l'investisseur se

²⁵ Article 23 de l'accord type.

²⁶ Pour une illustration récente, CIRDI n°ARB/08/9, décision sur la compétence du 8 février 2013 §. 577-628, affaire *Giordano Alpi c/Argentine*. En l'espèce une loi interdisait toute négociation de la dette argentine pour donner plus de force à l'offre d'échange de dette émanant de cet Etat.

conforme à l'obligation de négocier²⁷ ou même, pour sévère qu'elle puisse paraître, par une incompétence de la juridiction saisie²⁸.

17. Le second exemple est tiré du plus récent accord que l'Algérie a ratifié, à savoir l'accord algéro serbe du 13 février 2012²⁹.

On retrouve dans son article 9 la même idée selon laquelle la recherche d'un accord amiable pendant six (6) mois³⁰ constitue un préalable à la saisine du juge ou de l'arbitre mais aussi les mêmes lacunes, comme pour confirmer l'idée selon laquelle lorsqu'on conclut un accord, fut ce entre Etats, l'effet euphorisant de sa signature est tel que l'on ne se soucie pas concrètement des conséquences de son non-respect et pas davantage de la possibilité de s'adresser à une institution spécialisée pour la mise en place d'une procédure de conciliation³¹.

18. Au-delà de ces exemples, un examen plus poussé des accords de protection des investissements pourrait montrer que le préalable de la négociation avant saisine d'une juridiction arbitrale tend à se généraliser, au point que l'International Bar Association (IBA), au constat de l'augmentation significative ces dernières années du contentieux international relatif aux investissements internationaux, n'a pas hésité à travailler à la mise au point en 2012 d'un règlement de médiation pour les différends entre investisseur et Etat d'accueil ³².

²⁷ En ce sens : CIRDI, arb/04/02, §. 5 de l'ordonnance rendue dans l'affaire Western c/UKRAINE

²⁸ Le préalable de la négociation est parfois ignoré par le tribunal arbitral comme on le constate dans la décision suivante du 9 septembre 2008: CIRDI Arb/06/11 ; Occidental Petroleum c/ EQUATEUR.

²⁹ Ratifié par DP n°13-334 du 30 septembre 2013, JORA n°49.

³⁰ D'un accord à l'autre ce délai est variable. Ainsi il est fixé à 3 mois dans l'accord algéro hollandais du 20 mars 2007 (ratifié par DP n°07-378 du 1^{er} décembre 2007, JORA n°78) et dans l'accord algéro finlandais du 13 janvier 2005 (ratifié par DP n°06-449 du 11 décembre 2006, JORA n°82).

³¹ Sans exclure formellement la négociation entre les parties, d'autres textes comme l'accord algéro indonésien du 21 mars 2000 envisagent la consultation diplomatique (cf. article 8 de l'accord ratifié par DP 2002-226 du 22 juin 2006).

³² Cf. A. JOUBIN-BRET, Les nouvelles règles IBA de médiation entre investisseurs et Etats: un outil au service du règlement des différends investisseur-Etat, Cah. Arb. 2013, p.211.

19. Même des législations nationales peuvent inciter à la recherche d'un arrangement amiable en matière de litiges relatifs à un investissement. Par exemple, selon la législation jordanienne de 1995 modifiée en 2000, les litiges portant sur un investissement qui opposent un investisseur étranger à une agence gouvernementale jordanienne doivent être réglés autant que possible à l'amiable.

A défaut d'un accord dans un délai n'excédant pas six mois, chaque partie peut saisir le juge ou le CIRDI³³.

20. La loi algérienne n'est pas aussi incitative que son homologue jordanien. Ainsi, l'article 17 de l'ordonnance n°01-03 du 20 aout 2001³⁴ réserve seulement l'hypothèse de conventions internationales prévoyant la conciliation et l'arbitrage, ce qui laisse à penser qu'au moins sur ce point il existe des marges de progrès pour ce pan du droit.

Mais le droit spécial de l'investissement paraît moins en retrait et pour tout dire de facture plus moderniste que ne l'est l'ordonnance du 20 aout 2001. Lorsqu'en effet, on examine la législation plus récente relative aux hydrocarbures³⁵, on constate que les différends nés par suite d'un contrat de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures entre l'agence de valorisation des hydrocarbures et la partie contractante (autre que Sonatrach) doivent faire l'objet d'une conciliation préalable à un arbitrage « dans les conditions convenues au contrat ». L'approche est la même dans le cadre de la récente loi minière³⁶.

Il y a donc bien pour ces matières volonté législative de réduire au maximum le traitement juridictionnel des différends.

³³ Cf. Jordan Investment Board: Investment promotion law.

³⁴ JORA n°47. Sur ce point précis, ce texte n'a fait l'objet d'aucune modification.

³⁵ Article 58 de la loi n°05-07 du 28 avril 2005 telle que modifiée par la loi n°13-01 du 20 février 2013, JORA n°11.

³⁶ Article 71 de la loi n°74-05 du 24 février 2014, JORA n°18

Et cette volonté doit être de nature à pousser les rédacteurs de cette catégorie de contrat à une grande vigilance quant au contenu de la clause de conciliation/médiation.

B. En matière de commerce international

21. La question des modes alternatifs de règlement des différends ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en matière d'investissement.

Dès lors en effet que ce qui est en cause concerne la recherche d'une solution amiable et que les droits nationaux ne s'y opposent pas, le recours à la médiation ou à la conciliation internationale est tout simplement concevable, argument pris du principe de la liberté contractuelle.

Il reste que la sollicitation du droit applicable au contrat litigieux est ici inévitable. En effet, la qualification juridique de l'accord qui, le cas échéant, met fin au différend à la suite d'une procédure amiable, conduit à en faire un contrat de transaction. Elle oblige par conséquent les parties à respecter les dispositions impératives du droit pertinent en matière de transaction pour prévenir le risque d'annulation de l'accord transactionnel.

22. En voici une illustration. Lorsque le contrat litigieux est régi par le droit algérien et si à la suite d'un litige les parties ont convenu de le régler à l'amiable, elles le peuvent, abstraction faite de toute référence à une réglementation particulière comme celle qui prévaut en matière de marchés publics³⁷, puisque le code civil consacre la légalité du contrat de transaction.

Pour cette raison, dès lors que les parties contractantes s'entendent sur une transaction, elles se doivent de respecter les prescriptions impératives inscrites dans les articles 460 (capacité

³⁷ Sur ce point, cf. la communication de C. BENNADJI, « Des comités de règlement amiable au médiateur des marchés publics ».

de disposer) et 461 (interdiction de transactions contraires à l'ordre public) du code civil.

Ce libéralisme qui n'est pas spécifique au droit algérien explique au moins deux phénomènes : d'une part une certaine fréquence des clauses de règlement amiable dans les contrats internationaux parmi les plus récents ; d'autre part, l'importance de plus en plus grande accordée par des organisations compétentes, comme la CCI, aux modes alternatifs de règlement des litiges.

23. Dans un contrat international, alors même que la clause de règlement des différends ne prévoit pas de recours à un mode alternatif, rien n'empêche les parties contractantes lors de la naissance d'un litige de convenir de son règlement amiable soit par négociation directe soit en sollicitant un tiers, par exemple un expert ou un médiateur, pour éviter autant que faire se peut, la saisine du juge étatique ou arbitral.

L'observation de contrats internationaux plutôt récents montre cependant un développement des clauses de règlement amiable.

Le plus souvent ces stipulations ne font que poser le principe du recours à la voie amiable, sans autre précision, certaines d'entre elles prescrivant un délai pour ce faire.

Tout aussi souvent d'ailleurs, ce délai n'est que d'un mois à compter de la notification de l'existence de points litigieux à résoudre, du moins lorsque des juristes se sont préoccupés de définir le point de départ du délai. Un tel délai peut paraître trop court pour envisager autre chose qu'une négociation directe dans le cadre d'un litige sans grande complexité, comme par exemple lorsqu'il s'agit de l'application d'une clause pénale pour un retard de livraison.

En revanche, il peut s'avérer insuffisant pour réduire les tensions existant entre les cocontractants lorsque les postes litigieux se sont accumulés dans le temps, analyser finement les risques judiciaires et apprécier les couts probables d'un contentieux, le cas échéant pour obtenir l'autorisation de négocier un accord amiable et de transiger.

Ces observations valent d'ailleurs autant pour les contrats conclus par de grandes entreprises dans lesquelles le processus de décision est complexe que pour ceux qui sont conclus par une administration ou un établissement public soumis à un fonctionnement bureaucratique.

24. Quoi qu'il en soit, la conciliation ou médiation n'est pas conçue seulement comme un mode alternatif préalable à la saisine de la juridiction arbitrale ou étatique.

En effet, l'échec d'une procédure alternative suivi d'un recours juridictionnel ne saurait évincer définitivement la possibilité de solder un litige existant par voie amiable, en sorte qu'il convient de s'interroger sur l'enchevêtrement des procédures.

II. L'enchevêtrement des procédures

25. La saisine d'un juge ou d'un arbitre par suite de l'échec d'une procédure amiable laisse intacte la possibilité pour les parties de rechercher pendant une procédure juridictionnelle une solution amiable par recours à la médiation ou à la conciliation.

Tout bien considéré, la durée de la phase préalable à la saisine du juge ou de l'arbitre peut, surtout lorsqu'on procède par négociation directe, ne pas suffire pour dépassionner le débat relatif au litige surtout lorsqu'on procède par négociation

directe, mieux apprécier ses données juridiques et sa portée économique réelle.

Cette possibilité de mettre en place une procédure de conciliation ou de médiation, alors que le différend a pris une coloration contentieuse devant le juge ou l'arbitre, mérite vérification parce qu'elle est de nature à donner plus d'importance sinon d'effectivité à ces modes alternatifs de règlement des litiges.

Cette investigation sera conduite avant que ne soit envisagé son impact sur une procédure contentieuse existante.

A. Possibilité de recourir à la médiation

26. La vérification à laquelle on procède ici n'a pas à l'évidence une portée exhaustive. On se limitera ici seulement au point de savoir si elle est prise en charge en matière de contentieux de l'investissement international dévolu au CIRDI puis en matière de contentieux du commerce international porté à la connaissance d'une institution arbitrale.

27. La convention de Washington de 1965 ne comporte aucune stipulation significative de la possibilité pour les parties d'envisager une procédure de conciliation alors qu'un arbitrage les concernant est en cours.

Il en est de même en général des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Du reste, ces textes expriment une plus grande préoccupation aux questions substantielles qu'aux possibles aspects contentieux de cette activité économique et pour tout dire révèlent une incurie de leurs rédacteurs pour les questions de procédure.

Tout se passe comme si l'important réside dans la seule recherche d'un accord amiable avant la saisine par l'investisseur de la juridiction compétente, le mode de cette recherche étant indifférent aux auteurs de ces conventions.

Mais il est évident que ces accords internationaux n'interdisent en aucune façon le recours à une conciliation alors qu'une procédure d'arbitrage est en cours. De plus, on l'a vu, la mise en œuvre de la convention de Washington conduit nécessairement à l'application des règlements de procédure précités.

Or comme pour confirmer le fait que le recours à l'arbitrage n'exclue pas la recherche d'une solution amiable avant qu'une sentence ne soit rendue, le règlement d'arbitrage du CIRDI envisage l'effet d'un accord des parties sur une procédure arbitrale en cours. Il prescrit en effet qu'une ordonnance prenant note de la fin de l'instance soit prise par le tribunal arbitral mais aussi la possibilité d'incorporer les termes de la transaction dans la sentence³⁸.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 20 de ce règlement, le tribunal arbitral est tenu par l'accord des parties sur la procédure à suivre si bien qu'on voit mal un tribunal arbitral refuser de prendre une ordonnance de procédure destinée à permettre la mise en place d'une phase de conciliation alors qu'une procédure arbitrale est déjà pendante.

28. En dehors du contentieux régi par la convention de Washington et donc singulièrement en matière de commerce international, la possibilité de recourir à un arrangement amiable pendant une procédure arbitrale voire pendant une procédure introduite devant un juge étatique n'est guère contestable.

Devant un juge, les parties peuvent toujours demander une suspension d'instance³⁹ suivie d'une reprise d'instance en cas

³⁸ Cf. article 43 du règlement :

³⁹ Cf. par exemple articles 213 et 214 du code algérien de procédure civile et administrative, cette dernière disposition prévoyant une ordonnance de sursis à statuer « à la demande des parties ».

d'échec de la tentative d'arrangement amiable ou un désistement d'instance⁴⁰ en cas de transaction, parfois même l'homologation de l'accord transactionnel.

Il en est de même devant une juridiction arbitrale, d'autant que l'arbitrage est fondé sur la seule volonté des parties. Les arbitres ne doivent pas contrevenir à cette volonté commune, sauf à s'exposer au risque d'annulation de leur sentence.

29. Il faut aller plus loin et se demander si l'hypothèse d'une procédure de conciliation ou de médiation est prise en charge par les règlements pertinents des institutions compétentes en matière d'arbitrage international. On se limitera ici aux prescriptions émanant de la CNUDCI et de la CCI.

30. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, pourtant révisé en 2010, pour « *tenir compte des changements survenus au cours des trente dernières années dans la pratique de l'arbitrage* »⁴¹ ne va pas au-delà de ce que l'on vient de relever à propos du CIRDI.

Son article 36 envisage seulement l'hypothèse d'un arrangement amiable « avant que la sentence ne soit rendue », hypothèse qui doit conduire le tribunal arbitral soit à une ordonnance de clôture de la procédure soit à une sentence d'accord des parties lorsque tel est le souhait des parties.

Quant à l'article 16 de son règlement de conciliation, non modifié depuis 1980, il reste marqué par l'idée que les procédures de règlement amiable constituent seulement un préalable au traitement juridictionnel du différend puisqu'il se borne à interdire aux parties à une procédure de conciliation d'« entamer » une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige soumis à une phase de conciliation⁴².

⁴⁰ Cf. par exemple articles 231 à 223 du même code.

⁴¹ Résolution de l'AG de l'ONU du 6 décembre 2010 recommandant l'utilisation du règlement révisé.

⁴² Sous réserve de demandes de mesures provisoires visant à préserver des droits.

31. Le règlement d'arbitrage de la CCI dont il va être désormais question est celui en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012⁴³.

Comme l'ancien règlement, ce texte confirme d'abord la possibilité d'une sentence d'accord des parties par suite d'un règlement amiable du différend⁴⁴.

De fait, il n'est pas rare qu'après la constitution d'un tribunal arbitral ou même pendant cette étape qui en pratique est loin d'être instantanée, une demande de suspension de la procédure soit introduite et dès lors qu'il y soit donné suite lorsqu'elle est le fait des deux parties au litige.

Cela dit et alors même que la spécialisation affichée de la CCI en matière de contentieux est depuis 1923 l'arbitrage, celle-ci n'a pas hésité à adopter en 2001 un règlement ADR accompagné de deux clauses types destinés à assurer la promotion des modes alternatifs de règlement des différends.

Une première clause faisait du recours au mode alternatif une simple faculté à charge pour les parties d'en user ou non alors que la seconde obligeait les parties à envisager d'en faire une première étape en vue du règlement du différend.

32. Il se trouve que la politique de la CCI connaît une évolution remarquable dès lors que l'on prend connaissance de son règlement de « médiation » en vigueur depuis janvier 2014. Ce texte⁴⁵ est manifestement destiné à répondre à une demande croissante des opérateurs⁴⁶ en matière de traitement des contentieux et il remplace le règlement ADR de 2001⁴⁷.

⁴³ Pour une présentation du nouveau règlement, cf. P. MAYER et E. SILVA ROMERO, *Rev. Arb.* 2011, p. 897 et s.

⁴⁴ Article 32 du règlement d'arbitrage.

⁴⁵ Reproduit avec une introduction, les clauses types et une note d'orientation in *Bul. ICC* 2013, vol.24, n°2, pp.1-24.

⁴⁶ *Supra* note 7.

⁴⁷ Sauf opposition d'une des parties, argument pris de l'article 10.1 du règlement de médiation.

On s'en convainc déjà lorsqu'on constate que si l'arbitrage CCI continue à être administré par la Cour internationale d'arbitrage, la médiation l'est par un autre centre spécialisé, le Centre international d'ADR.

On le constate encore plus lorsqu'on relève que les clauses types que propose la CCI sont plus nombreuses que par le passé et qu'elles vont dans le sens de la promotion de la médiation.

Outre la reprise de la clause qui fait de la médiation une simple faculté et de celle qui invite les parties à envisager avant toutes procédures le recours à une médiation, il faut prendre acte des innovations introduites à l'occasion de cette réforme.

En effet, deux nouvelles clauses types viennent d'être introduites qui permettent de faire de la médiation CCI une procédure obligatoire : la première n'interdit pas l'introduction parallèle d'une demande d'arbitrage pendant la phase de médiation lorsque la seconde ne permet l'introduction d'une demande d'arbitrage qu'après l'expiration d'un délai de 45 jours suivant la demande de médiation. En vérité, ce règlement de médiation va plus loin.

33. En effet il n'est pas applicable seulement lorsque les parties ont dans leur contrat prévu le recours à la médiation CCI, même si l'on peut aisément constater que la pratique de clauses de médiation voire celle de compromis de médiation tend à se développer.

Un accord des parties peut toujours intervenir après naissance du litige pour envisager de le régler par la médiation.

De plus, à défaut d'un tel accord, une partie peut toujours faire une offre de médiation par le truchement du Centre international ADR à charge pour ce dernier de tenter de recueillir l'acceptation de l'autre partie pour une procédure de médiation⁴⁸.

⁴⁸ Article 2 du règlement de médiation.

B. Impact d'une procédure de médiation sur une procédure existante

34. Les conséquences d'une procédure de conciliation ou de médiation sur un contentieux en cours sont évidemment sensibles lorsque celle-ci se solde par un accord. Les relations sont pacifiées au point qu'elles peuvent reprendre, situation qui est particulièrement appréciable lorsqu'elles ont été conçues pour une longue durée et/ou si les prestations contractuelles initialement prévues n'ont pas été entièrement exécutées.

En même temps, l'accord met un terme au contentieux existant voire à une partie de celui-ci car on ne peut exclure un accord partiel qui réduit le périmètre du contentieux et permet aussi de réduire les couts du litige.

L'exécution d'un accord transactionnel est également moins délicate que celle d'une décision à caractère juridictionnel, du moins lorsque les parties restent guidées par le principe de bonne foi.

35. Mais les conséquences voire les risques d'une procédure de règlement amiable se mesurent d'abord sur la procédure juridictionnelle introduite dès son déclenchement.

Il importe en effet d'une part de savoir si la procédure juridictionnelle est neutralisée par l'effet d'une procédure de règlement amiable et d'autre part de mesurer l'effet de cette dernière en cas d'échec de cette procédure.

36. La consultation des textes pris en application de la convention de Washington laisse le lecteur quelque peu sur sa faim.

Le règlement de conciliation n'évoque à aucun endroit le sort d'une procédure d'arbitrage lorsque les parties entendent recourir à la voie amiable, laissant ainsi les parties libres de

s'entendre sur une demande conjointe de suspension d'instance en application du règlement d'arbitrage.

Il en est de même lorsqu'on consulte les règlements adoptés par la CNUDCI.

37. Les textes adoptés sous l'égide de la CCI, pourtant de facture plus récente, restent tout aussi discrets.

C'est à peine si la « note d'orientation » sur la médiation préparée pour accompagner le nouveau règlement dont il vient d'être question fait état de l'utilité de suspendre la procédure au motif que « cela permet aux parties de se concentrer sur la médiation sans être distraites par la nécessité d'accomplir des démarches dans le cadre de l'arbitrage et d'en encourir le cout »⁴⁹. Mais elle indique que les parties sont libres d'en décider.

On pourrait donc craindre, compte tenu de la finalité de la médiation, qu'une procédure de médiation au cours de laquelle les parties qui envisagent une solution amiable à leur différend ne campent pas sur leurs positions juridiques et qu'elle puisse nuire à l'une des parties au procès arbitral en cas d'échec de la procédure de recherche d'un arrangement amiable.

Il n'en est rien à partir du moment où au moins deux garde fous sont mis en place.

38. D'une part en effet, il existe une incompatibilité entre les fonctions de conciliateur ou de médiateur et celles d'arbitre pour un même litige. L'impartialité de l'arbitre peut en effet être remise en cause par la connaissance qu'il a eue du comportement des parties lors de la phase de conciliation. Par conséquent, un conciliateur qui serait désigné pour être arbitre

⁴⁹ Cf. §. 29 de la note.

devrait refuser cette mission pour ne pas encourir le risque d'une récusation.

Pour autant, les règlements pris en application de la convention de Washington restent muets sur cette question, l'impartialité étant recherchée essentiellement à travers la nationalité des arbitres.

En revanche le règlement CNUDCI sur la conciliation ne se fait pas faute d'établir une étanchéité entre les fonctions de conciliateur et celles de l'arbitre.

En vertu de son article 19 : « *Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou juridictionnelle relative au litige qui fait l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure* ».

Quant au règlement de médiation de la CCI, c'est indirectement que l'on peut déduire une incompatibilité entre les fonctions de conciliateur et d'arbitre relativement à un même dossier.

Il résulte en effet de l'article 9.2 (d) du nouveau règlement de médiation une interdiction de faire état dans une procédure judiciaire ou arbitrale « *des opinions exprimées ou de proposition faite par le médiateur au cours de la procédure* ». Cette interdiction paraît suffisante pour interdire au médiateur d'accepter d'être nommé comme arbitre dans un dossier dont il a été saisi es-qualité.

39. D'autre part, dans la mesure où la médiation conduit les parties à envisager des renonciations dans la perspective d'un accord transactionnel, il importe de s'assurer de la confidentialité de cette procédure si elle devait se solder par un échec.

L'absence d'impact de la médiation sur la procédure contentieuse permet de garantir l'absence de préjugé de l'arbitre, autrement dit de garantir son impartialité.

Le règlement de conciliation pris en application de la convention de Washington subordonne à l'accord des parties la communication dans le cadre d'une autre instance des « opinions exprimées, déclarations ou les offres de règlement faites au cours de l'instance devant la Commission » de conciliation mais aussi les recommandations de cette dernière ainsi que son procès-verbal⁵⁰.

On retrouve la même organisation de l'étanchéité entre les procédures amiables et contentieuses dans l'article 14 du règlement CNUDCI qui oblige les parties mais aussi le conciliateur à une confidentialité absolue.

Enfin, le fait pour les parties de se soumettre au règlement de médiation de la CCI les oblige à respecter l'article 9.2 que l'on vient d'évoquer et qui prévoit, sauf obligation légale ou accord des parties, l'interdiction de produire dans le cadre d'une autre procédure, des documents, déclarations, communications, opinions, suggestions, aveux et autres indications pouvant suggérer une acceptation des termes d'un projet d'accord par l'une des parties ainsi que les opinions ou propositions émanant du médiateur.

40. La mise en place de ces garanties protège ainsi la phase de médiation et même peut l'encourager, sans menacer le recours à l'arbitrage, s'il y a lieu.

⁵⁰ Cf. article 32.2 du règlement de conciliation.