ATF 142 III 296 | TF, 16.03.2016, 4A_628/2015*

Faits

Deux parties concluent un contrat avec la clause arbitrale suivante : « Tout différend survenant entre les Parties dans l'exécution ou dans l'interprétation du présent Contrat qui ne peut être résolu par les Parties, fera dans un premier temps, l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR (Alternative Disputes Resolution) de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Tout différend entre les Parties découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent Contrat non résolu par voie de conciliation sera tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL) par trois (3) arbitres nommés conformément à ce règlement » (mise en évidence ajoutée). Le siège de l'arbitrage est fixé à Genève.

Suite à un différend, une partie (la requérante) dépose une demande de conciliation auprès du Centre international d'ADR de la CCI. Le Centre nomme alors une conciliatrice. Trois mois après cette nomination, alors que les parties n'ont pas réussi à s'entretenir physiquement ou par conférence téléphonique, la requérante adresse une notification d'arbitrage à sa cocontractante. Cette dernière s'oppose alors à la résolution du litige par l'arbitrage au motif que la procédure de conciliation n'a pas pris fin.

La procédure d'arbitrage s'ouvre et le tribunal arbitral se déclare compétent pour trancher le litige. En résumé, le Tribunal arbitral retient que la « tentative de conciliation » prévue par la clause arbitrale a bel et bien eu lieu : les parties n'avaient pas l'obligation de se rencontrer physiquement, ni même de s'entretenir par l'entremise d'une conférence téléphonique, l'échange de courrier et d'e-mails étant suffisant.

La cocontractante dépose un recours au Tribunal fédéral. Elle considère que la tentative de conciliation n'a pas eu lieu, ce qui rendrait le Tribunal arbitral incompétent *ratione temporis*.

Droit

Le Tribunal fédéral procède à une analyse en trois temps. Premièrement, le Tribunal fédéral

analyse le Règlement ADR de la CCI en lien avec la clause arbitrale afin de déterminer s'il y a effectivement eu une tentative de conciliation. L'art. 5 par. 1 du Règlement ADR 2001 est interprété dans le sens que les parties ne peuvent pas se retirer de la procédure de conciliation avant d'avoir discuté avec la conciliatrice de la manière dont la conciliation sera conduite. La forme de cette réunion n'est pas déterminante, mais il doit y avoir une unité de temps afin que les parties puissent véritablement discuter entre elles. Or, en l'espèce, les échanges de courriers et d'e-mails entre les parties ne remplissent pas les exigences de réunion prévues par l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR. Elles constituent un préalable à cette réunion. Partant, et contrairement à l'avis du Tribunal arbitral, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas eu de procédure de conciliation entre les parties.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral se penche sur l'argument suivant de l'intimée : l'invocation du non-respect de la procédure de conciliation par la cocontractante relèverait de l'abus de droit. Dans l'arrêt TF, 4A_18/2007 (06.06.2007), le Tribunal fédéral a retenu qu'une partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage, agit de manière abusive. Cependant, l'état de fait en l'espèce se distingue clairement de celui de cet arrêt, la cocontractante ayant clairement manifesté en temps utile son intention de soulever l'exception d'incompétence *ration temporis* du Tribunal arbitral. Il n'y a donc pas d'abus de droit.

Troisièmement, le Tribunal fédéral s'arrête sur la conséquence du non-respect de la condition de résolution du conflit par une méthode ADR avant de passer à l'arbitrage. Il considère que sanctionner par des dommages-intérêts la partie qui refuse de se soumettre à l'obligation de recourir à un préalable obligatoire à l'arbitrage n'est pas une solution satisfaisante. Déclarer la demande irrecevable, voire la rejeter, n'est pas non plus une solution appropriée, notamment en raison du fait que si la conciliation échoue, le Tribunal arbitral devra être reconstitué. Partant, et suivant la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral conclut que la solution préférable est la suspension de l'arbitrage conjuguée avec la fixation d'un délai qui permettra aux parties de procéder à ou du reprendre une conciliation. Il appartient au tribunal arbitral de fixer les conditions en vertu desquelles la procédure pendante devant lui sera reprise. Il doit aussi fixer aux parties un délai dans lequel le

processus de conciliation devra être achevé.

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral admet le recours et suspend la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation.

Note

Dans trois arrêts précédents, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de la conséquence d'une violation de l'obligation de résoudre prioritairement un conflit par une méthode ADR avant de passer à l'arbitrage. Dans un premier arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que, non seulement la clause litigieuse ne prévoyait pas l'obligation d'une tentative de résolution du litige par une méthode ADR, mais en plus, même si cette obligation devait exister, la partie défenderesse commettrait un abus de droit en invoquant ce non-respect (TF, 4A_18/2007 [06.06.2007]). Dans un deuxième arrêt, le Tribunal fédéral avait simplement retenu que le caractère obligatoire de résoudre le conflit par une méthode ADR ne ressortait pas de la clause litigieuse (TF, 4A_46/2011 [16.05.2011]). Enfin, dans un troisième arrêt, le Tribunal a retenu que la clause de résolution du conflit des litiges par une méthode ADR était obligatoire, contrairement à l'avis du tribunal arbitral, mais qu'elle n'avait pas été violée et que, en tout état de cause, la partie qui invoque la prétendue violation commettrait un abus de droit (TF, 4A_124/2014 [07.07.2014]).

C'est donc la première fois que le Tribunal fédéral tranche la question de la conséquence d'une violation de l'obligation de résoudre prioritairement un conflit par une méthode ADR avant de passer à l'arbitrage. La solution retenue ici de suspendre la procédure arbitrale est pragmatique. Le Tribunal fédéral laisse aux arbitres le soin de régler les modalités de la suspension, plus particulièrement la limite temporelle imposée aux parties pour tenter de résoudre leur conflit par une méthode ADR. Si, passé ce délai, une solution n'est pas trouvée, le Tribunal arbitral pourra alors reprendre la procédure sans avoir besoin d'être formé à nouveau, tout en sauvegardant la litispendance dès l'ouverture de la procédure arbitrale.

Proposition de citation : C□LIAN HIRSCH, Le non-respect d'une méthode ADR avant la procédure d'arbitrage, in: https://lawinside.ch/216/