

COMMISSION

PARIS - NEW YORK

Responsable : Benoît Charrière-Bournazel



Mardi 17 avril 2012

**Clause de médiation/Arbitrage
international.**

Point de vue américain

Intervenant :

Pierre Cournot

Avocat au barreau de New York

La Commission ouverte Paris-New York du barreau de Paris tenait, le 17 avril 2012, sous la responsabilité de Benoît Charrière-Bournazel, Avocat à la cour, sa première réunion consacrée au point de vue américain sur la clause de médiation et l'arbitrage international, en la présence de Pierre Cournot, Avocat au barreau de New York. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion*.

**Cette réunion ayant été animée en langue anglaise, les éditions Lexbase vous en proposent une traduction.*

A titre liminaire **Pierre Cournot** a rappelé que, lors d'une présentation en décembre 2011 sur le contentieux américain, il avait décrit le système de justice américain au niveau des Etats fédérés et de l'Etat fédéral. Il avait aussi présenté la différence entre les litiges civils et commerciaux. L'un des objectifs de cette présentation était de démontrer que le contentieux américain est contraignant en raison notamment de la procédure d'échange d'information qui peut comprendre la communication des pièces, des questions écrites ou en personne auxquelles il faut répondre sous serment, que l'on appelle la procédure de "*discovery*". Cette étape peut prendre des mois voire des années. Cette procédure est très contraignante et très coûteuse. Et il est nécessaire de rappeler l'importance des témoins dans cette procédure. Les documents doivent, en effet, être introduits par les témoins présentés à l'audience. Et même avec un traducteur, le ressortissant Français qui va témoigner aux Etats-Unis risque, selon l'intervenant, de "*passer un mauvais moment*". C'est en partie pour ces raisons que le contentieux américain peut être considéré comme difficile. C'est pour cela que l'objet de la présentation du 17 avril 2012 est de savoir comment éviter les conflits par le biais des moyens alternatifs de règlement des litiges que sont la négociation, la médiation et l'arbitrage.

- **La médiation**

La médiation est un mode de résolution des litiges réunissant deux parties en conflit avec une troisième personne neutre et qui n'est pas partie au litige appelé le "médiateur". Le médiateur a pour vocation de faciliter la résolution du litige. Cette position n'est pas facile car il est nécessaire de faire en sorte que les parties se confient, qu'elles discutent entre elles afin de trouver un terrain d'entente. C'est une procédure très interactive.

- **L'arbitrage**

L'arbitrage est un mode de résolution des litiges durant lequel deux parties en conflit soumettent leur litige à une troisième partie qui est neutre (l'arbitre) et qui va rendre une sentence définitive et exécutoire.

Pierre Cournot rappelle que l'objectif est de donner aux avocats une boîte à outil afin qu'ils puissent rédiger des clauses de résolution des litiges à plusieurs niveaux. Il faut entendre par plusieurs niveaux que la résolution du litige se fera tout d'abord par une négociation, ensuite par la médiation et enfin par un arbitrage.

Le premier document sur lequel l'intervenant s'est appuyé est relatif aux lignes directrices de l'international bar association (IBA) pour la rédaction de clauses d'arbitrage internationales ("*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*"). Le second document, utilisé par Pierre Cournot, présente les règles de l'association du barreau Américain relative à la charge de la preuve dans l'arbitrage international ("*IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*").

L'Association Internationale du Barreau (IBA) est composée d'un comité d'arbitrage international, qui n'est pas un tribunal mais qui est reconnu par la pratique. Les membres de ce comité sont très professionnels et connaissent bien les rouages de l'arbitrage.

- **Négociation et médiation**

Avant de présenter en détail l'arbitrage, Pierre Cournot a évoqué le "*Continuum* conflictuel" (*conflict continuum*). Il est en effet important de comprendre qu'il existe une ligne au-delà de laquelle les avocats perdent le contrôle du règlement du litige. Le contrôle est maintenu tant qu'il y a négociation et médiation.

Il faut également garder à l'esprit que la médiation -sauf si l'accord de médiation a été homologué par le juge- n'a aucune force exécutoire. Le médiateur est là pour essayer de trouver un compromis. Si les parties sont en désaccord avec le déroulement de la médiation, elles peuvent y mettre fin. En revanche, dès lors que les parties entrent en procédure d'arbitrage ou en contentieux, une tierce personne va décider pour elles. Et dans une procédure d'arbitrage il n'y a pas d'appel possible.

On considère qu'environ 90 % des médiations aboutissent. C'est donc un outil efficace pour ceux qui souhaitent l'utiliser. Le médiateur est par ailleurs un acteur important de la médiation. Il est donc nécessaire de bien choisir son médiateur. Il faut aussi bien se préparer pour la médiation. Les avocats doivent être capables de discuter les points litigieux précisément parce que le contenu de la médiation ne pourra pas être utilisé comme preuve pour un arbitrage potentiel futur. Souvent au début de la médiation, le médiateur s'entretient avec les parties et c'est une discussion, un échange qui s'installe. Le médiateur sépare ensuite les parties pour éventuellement approfondir certains points.

L'intervenant a ensuite abordé la clause à trois niveaux. Cette clause a pour objectif de prévoir les différents degrés de la résolution des litiges : négociation, médiation et arbitrage.

- **L'arbitrage comme moyen contractuel de résolution des litiges**

Pourquoi préférer l'arbitrage au contentieux ? Quels sont les avantages de l'arbitrage ?

Certains pensent que l'arbitrage est rapide entre autre parce qu'il n'y a pas d'échange de pièces ("*discovery*"). En revanche, il n'y a pas d'appel possible. De plus, rassembler le panel d'arbitres peut prendre du temps et être compliqué. Il peut en effet y avoir trois arbitres de trois pays différents. De plus une audience peut se dérouler à New York ou à Paris ou dans un endroit où les parties ont des fuseaux horaires différents. Cela peut prendre six ou huit mois avant de pouvoir rassembler tous les membres du conseil d'arbitrage. Dans ce cas, l'arbitrage n'est pas une procédure rapide. De même, la procédure d'exécution, conformément à la Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, peut prendre du temps. En somme, s'il est probablement vrai que l'arbitrage est une procédure rapide, ce n'est pas toujours le cas. Enfin, si les parties passent par la Chambre de Commerce Internationale ("CCI"), il faudra préparer l'acte de mission qui définira le périmètre du litige et les points essentiels de la procédure, processus qui allonge la procédure en première phase. La décision est revue par la Cour d'arbitrage international de la CCI ce qui peut prendre, là encore, plusieurs mois. En effet, toutes les sentences arbitrales CCI doivent être examinées par la Cour d'arbitrage international de la CCI avant d'être notifiées aux parties. En conclusion, la rapidité théorique de la procédure d'arbitrage connaît des limites en pratique.

Concernant les coûts de l'arbitrage, certains estiment qu'entamer une procédure d'arbitrage auprès de la CCI est moins coûteux que d'aller au contentieux. L'absence du processus de "*discovery*" peut en effet limiter les dépenses. Il n'y a pas d'appel mais si une institution est utilisée cela engendre des coûts et notamment les frais d'honoraires des arbitres (entre 1 500 et 3 000 euros par jour travaillé). En somme, l'arbitrage est peut être moins coûteux qu'une procédure contentieuse mais il reste quand même onéreux.

- **Les lignes directrices de l'association du barreau Américain (IBA) relatives à la rédaction des clauses internationales d'arbitrage**

Les lignes directrices de l'IBA sont un document de 45 pages de grande qualité, selon Pierre Cournot, car elles sont récentes et restent d'actualité. Elles ont été rédigées par les plus expérimentés des professionnels en la matière. Pour chaque ligne directrice, les auteurs expliquent en quelques pages les critères à prendre en compte dans la rédaction des clauses d'arbitrage et de façon accessible. Ces lignes directrices sont très simples et constituent un outil pratique et fonctionnel pour rédiger les clauses d'arbitrage. L'intervenant a choisi d'en présenter quelques unes.

Les parties doivent choisir la langue de l'arbitrage (ligne directrice n° 7)

Les parties peuvent choisir l'anglais qui est une langue commerciale comme langue d'arbitrage. Mais si le client est Français et ne maîtrise pas l'anglais, il va falloir prévoir un interprète ce qui doublera le temps nécessaire pour présenter les éléments de preuve et les témoignages. Le temps et les langues utilisées sont donc des éléments importants à prendre en considération lors de la rédaction de la clause. Par exemple, lorsqu'un témoin ou une partie sont français, les clients peuvent surestimer leur aptitude à manier la langue anglaise et dire des choses en anglais qu'ils considèrent correctes alors que ce n'est pas le cas ou tout au moins de façon imprécise.

Une procédure fréquente aujourd'hui est que chaque partie soumet ses preuves par le biais d'attestations écrites et signées sous serment. Le témoin qui signe doit néanmoins comparaître pour un contre-interrogatoire ("*cross-examination*" -le détail de la soumission de la preuve n'est pas développé ici (cf. les règles de l'IBA relatives à la charge de la preuve)-. Durant ce contre-interrogatoire, la technique consiste à utiliser des questions suggestives de façon précise pour lesquelles il ne faut répondre que par l'affirmative ou la négative. Si le témoin est français, la question sera posée en anglais et il peut ne pas comprendre où l'avocat veut en venir ce qui peut être source de pression pour le client. C'est une raison pour laquelle Pierre Cournot invite les avocats à bien réfléchir au choix de la langue.

Les parties doivent choisir entre arbitrage institutionnel et arbitrage *ad hoc* (ligne directrice n° 1)

Un contrat peut prévoir un arbitrage *ad hoc* c'est-à-dire, par exemple, que chaque partie désigne un arbitre, et ensemble elles (ou les deux arbitres) vont désigner un troisième arbitre. Les parties définissent les règles de procédure. Mais la défenderesse peut ralentir le processus ; les arbitres n'ayant pas le "label" d'institutions telles que l'*American Association of Arbitration* ("AAA") ou la CCI, la sentence pourra être contestée, et donc la procédure pourra s'enliser. Il est plus facile mais plus coûteux de passer par une institution.

Les parties doivent choisir le lieu de l'arbitrage (ligne directrice n° 4)

Il est très important de placer l'arbitrage dans un pays qui a signé la Convention des Nations Unies de 1958 car la procédure d'arbitrage en sera facilitée. Il faut aussi savoir que les pays traitent l'arbitrage de façon différente. Ainsi par exemple, en Angleterre il est plus facile de remettre en cause une sentence arbitrale avant son exécution. Cette procédure peut ainsi ralentir l'exécution de la sentence. La choix du lieu de l'arbitrage doit être fait avec précaution. C'est aussi une question de coût. Par exemple, si une partie est en France et l'autre à San Francisco, il est plus facile d'avoir un arbitrage à New York car c'est là où les deux parties vont devoir voyager. Si c'est la Californie qui est choisie comme lieu d'arbitrage, la partie de San Francisco n'aura pas à supporter les mêmes frais.

Les parties doivent choisir le nombre d'arbitre qu'elles souhaitent (ligne directrice n° 5)

Le nombre d'arbitre est assez simple et varie entre un et trois. Cela dépend des dépenses que les parties sont prêtes à engager. Vu les difficultés d'appel, et si le montant justifie les frais, trois arbitres sont plus surs qu'un seul.

Les parties doivent choisir la loi à laquelle le contrat est soumis (ligne directrice n° 8)

Il est important de choisir une loi qui correspond au droit des parties. Et, lorsque l'avocat choisit le droit applicable au contrat, il doit penser à ce qu'il veut faire ; c'est un élément important de la négociation.

- **Les mesures provisoires et conservatoires**

En faisant appel à l'administration judiciaire, l'avocat peut obtenir une injonction ou une saisie conservatoire. La notion de mesures provisoires est l'une des plus épineuses car, sans détruire l'arbitrage, il peut être nécessaire de faire les choses rapidement. Si la procédure institutionnelle pour des mesures provisoires est utilisée, la clause doit tout d'abord envisager que la sentence arbitrale sur ces mesures sera considérée comme une sentence finale. En outre, pour des raisons de rapidité, il peut être utile de maintenir le droit d'avoir un recours direct aux tribunaux de l'adversaire et de déclarer que ceci ne doit pas être considéré comme contraire à l'arbitrage.

- **La production des documents**

L'idée est de préciser que le tribunal arbitral peut demander la production de documents, mais de manière limitée. Vient ensuite le problème de la confidentialité. C'est à l'avocat de décider dans quelle mesure il entend détailler la clause. Il est intéressant de relever que les règles relatives à la charge de la preuve ont été publiées par l'IBA avant les lignes directrices relatives à la rédaction des clauses en matière d'arbitrage international. Il y a deux systèmes : le système de droit civil (*civil law*) et le système de droit coutumier ("*common law*"). Les règles relatives à la charge de la preuve sont une forme de compromis entre les systèmes de droit civil et la *common law*. En conclusion, Pierre Cournot recommande d'éviter de rédiger des clauses trop compliquées car la complexité ouvre la porte à discussion.

- **La sentence motivée (*the reasoned award*)**

La sentence motivée ("*reasoned award*") est une sentence qui explique le raisonnement du tribunal. Ainsi, avoir une telle sentence ouvre les portes de l'appel si l'avocat estime que l'arbitre a extrapolé le sens de la clause ou a commis des erreurs. La CCI exige une sentence motivée qui sera ensuite revue par la Cour de la CCI. De plus, si les arbitres savent qu'à la fin de l'arbitrage ils devront rédiger une sentence motivée, nécessairement ils statueront avec plus de prudence et mèneront l'arbitrage de façon plus rigoureuse.

Conclusion

Contentieux ou arbitrage ? Si l'avocat atteint la phase contentieuse ou l'arbitrage, c'est que la négociation a échoué. Mais il est très important de favoriser la négociation.

Le message de Pierre Cournot est donc d'encourager les avocats à communiquer et à négocier. Et de rappeler que la négociation est la meilleure solution ! Dans ce sens, il faut penser aussi à inclure dans le contrat une clause de communication forçant les parties à communiquer oralement ou par écrit selon des critères définis. Comme dans tout mariage, c'est quand la communication s'arrête que les problèmes commencent.

Pour aller plus loin :

[IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses approved](#)

[IBA guides, rules and other free materials](#)

Audrey Pagot, élève avocate, et Anne-Laure Blouet Patin, Directrice de la Rédaction

Copyright LEXBASE