



Association
For
Arbitration

Association
Française
d'Arbitrage



Montpellier, 29 - 31 octobre 2014

Convention nationale des Avocats

L'intérêt de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges

Communication de Bertrand Moreau
Avocat au Barreau de Paris
Président du Comité d'arbitrage de l'AFA

Il est frappant de constater que l'arbitrage ne laisse personne indifférent et que ceux qui s'en déclarent les adversaires résolus le sont devenus ensuite d'un arbitrage malheureux, sans trop d'explications, d'où une méfiance pour une institution dont cependant l'apparence a tout pour séduire.

Ainsi depuis toujours et partout l'arbitrage, « justice privée », est en effet paré de tous les attraits : convivial, souple, efficace, mais à y regarder de plus près, cette généralisation ne correspond pas à la pratique car il n'y a pas d'arbitrage en général, chaque arbitrage à sa « spécificité », si bien que l'intérêt de recourir à l'arbitrage se mesure au cas par cas, pour chaque partie. Tantôt il faut l'éviter, tantôt le rechercher et c'est tout l'objet de cette réflexion, conçue au plan de l'avocat et qui coïncide évidemment avec l'intérêt de son client.

Il existe en pratique et en synthétisant, trois grandes catégories d'usagers de l'arbitrage : les grandes entreprises qui disposent d'un service juridique, les petites et moyennes entreprises sans service juridique ou disposant d'un service juridique limité, les particuliers agissant dans le cadre de leur activité professionnelle ou patrimoniale.

Les grandes entreprises ont mis en place une politique de management optimisé des litiges¹. D'abord pour établir une politique générale de l'entreprise face au risque de litiges, pour en minimiser l'impact et tout faire pour préserver la relation avec les partenaires et clients. A cette fin, elles ont opéré un rapprochement entre les juristes et les opérationnels pour anticiper la naissance du contentieux et empêcher sa naissance. L'arbitrage n'intervient ainsi que comme une ultime possibilité. Mais s'il intervient, tous les rouages concernés de l'entreprise, sous l'impulsion de la direction juridique, participent en équipe avec le cabinet d'avocats habituel de l'entreprise parce qu'il en connaît le métier et la culture comme son éthique. À raison de la nature du litige un cabinet d'avocats peut être spécialement sélectionné.

Un audit du litige sera alors établi sous tous ses aspects : risque juridique, risques commerciaux notamment d'image, risque financier, évaluation du coût de l'arbitrage et des coûts annexes. Le choix de cette procédure implique la prise en considération de cette mobilisation générale des services de

¹ Voir : « Dispute Wise Business Management » FIDAL, AAA, ICDR, 2013.

l'entreprise, beaucoup plus coûteuse pour les litiges complexes que les honoraires d'arbitrage ou d'avocats. De la sorte le recours à l'arbitrage est optimisé et le risque canalisé mais la réflexion que nous menons ici n'est pas là pour ces entreprises qui se sont positionnées face à l'arbitrage, non plus que pour les avocats dont l'arbitrage est l'activité.

Pour les entreprises sans service juridique et les particuliers, c'est à l'avocat que revient la tâche de provoquer avec son client une réflexion identique. Pour ce qui concerne l'entreprise, au plan d'une politique générale de celle-ci mais en tout cas au moment du choix du mode de résolution du litige lorsque celui-ci survient. Le devoir d'information de l'avocat est essentiel et il lui appartient d'apporter à son client en temps utile tous les éléments de réflexion afin de réaliser avec lui un audit du contentieux permettant de définir une stratégie. Nouvelle mission pour l'avocat d'avenir dont le client « n'accepte plus d'être le sujet passif d'une justice administrée ».

L'arbitrage lorsqu'il est choisi découle d'une convention, mais le plus souvent pour ne pas dire toujours d'une clause compromissoire insérée dans le contrat avant la naissance du litige, si bien que l'arbitrage est choisi pour lui-même et non en fonction du litige qui vient de naître, en sorte qu'il appartient alors aux parties et à leurs conseils de positiver l'arbitrage ainsi imposé. Or l'intérêt de recourir à l'arbitrage pour le client, mais aussi pour le cabinet d'avocat, ne se manifestera que si ce dernier maîtrise la matière, ce qui n'est pas suffisant cependant. L'arbitrage n'est en effet qu'un outil ajouté à la connaissance d'une matière de fond et qui en profite : droit des sociétés, droit de la construction, de la franchise, droit immobilier, droit maritime, droit des transports... Cela impose pour l'avocat au-delà de son domaine d'activité principale, une connaissance technique des règles gouvernant l'arbitrage, mais aussi une connaissance de la pratique pour en tirer le meilleur profit avec son client et cela s'apprend. En réalité on aboutit ainsi à la recherche des conditions pour que l'arbitrage constitue une plus-value pour le client dont le cabinet d'avocat profitera.

Il convient dès lors de rechercher les raisons objectives de recourir à l'arbitrage dans un contrat, ou de l'écartier, puis de considérer les possibilités de tirer le meilleur parti d'une procédure d'arbitrage qui commence, mais dans l'un et l'autre cas, le rôle de l'avocat est primordial. Cependant on doit constater que les habitudes ne sont plus les mêmes et l'on assiste à une émergence d'une politique de l'entreprise à l'égard des litiges qui obligent à prendre conscience de ce que le recours à l'arbitrage, toujours en dernier ressort, exige une préparation et une mise en œuvre perfectionnées.

LES CONTRATS ET L'ARBITRAGE

L'arbitrage des litiges internationaux

C'est le développement des échanges internationaux après la première puis la deuxième guerre mondiale qui a provoqué l'essor de l'arbitrage en matière internationale, au point qu'il est devenu aujourd'hui le mode normal de résolution des litiges internationaux et non pas seulement du commerce international.

D'évidence aucune partie à un contrat n'accepte sans réticence d'attribuer compétence aux tribunaux du pays de son cocontractant. Outre en effet qu'il s'agit d'un système judiciaire différent, qui exige donc des connaissances particulières, cette délocalisation impose un conseil local, l'usage de langues différentes, des frais supplémentaires... Un tribunal arbitral nationalement indépendant fournit une réponse satisfaisante à cette préoccupation en respectant l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral et la possibilité d'organiser matériellement l'arbitrage dans des conditions acceptables pour toutes les parties en termes de lieu, de langue, de procédure...

En fait, comme l'ont formulé GAILLARD, GOLDMAN et FOUCHARD, « par l'arbitrage international on aboutit à une neutralisation des facteurs nationaux et locaux »², favorisée par la souplesse de la procédure arbitrale, chacun pouvant ainsi s'y reconnaître.

Plus personne ne conteste aujourd'hui l'intérêt de recourir à l'arbitrage pour les litiges internationaux au point que l'arbitrage international après avoir puisé ses origines dans l'arbitrage interne, aujourd'hui lui sert de locomotive par la démonstration qu'il fait des qualités de l'arbitrage, mais aussi de ses exigences.

Il suffit de penser en effet à la disparition des notions de clause compromissoire et de compromis au profit de la convention d'arbitrage, à l'adoption du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, à l'exigence de l'indépendance des arbitres... La conséquence en est importante car si autrefois l'avocat s'initiait à l'arbitrage international par la connaissance qu'il avait de l'arbitrage interne, on assiste aujourd'hui à l'inverse et les jeunes avocats qui sortent de l'université sont bien plus férus d'arbitrage international que d'arbitrage interne, comme le démontrent les concours d'arbitrage auxquels ils se livrent avec passion sur des litiges exclusivement internationaux, mondialisation oblige.

La Convention de New-York de 1958 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, aujourd'hui adoptée par quasiment tous les pays, permet une exécution de la sentence plus facilement qu'aucun jugement, même si dans certains pays on est loin de bénéficier d'une procédure d'exequatur aussi rapide et efficace qu'en France. Certes la Convention de Bruxelles puis les Règlements européens ont permis une exécution aisée, et parfois même trop, des jugements européens, mais l'arbitrage par l'absence d'appel possible de la sentence internationale garde l'avantage et de loin.

L'arbitrage et les litiges complexes

Certains contrats ne peuvent générer que des litiges complexes :

- complexes parce que la matière met en œuvre des éléments catégoriels distincts les uns des autres dont chacun nécessite un examen particulier. L'exemple type en est le contrat de construction avec ses variantes : de la construction de maison individuelle à la fourniture clé en main d'un ensemble industriel,
- complexes parce qu'ils mettent en œuvre des disciplines juridiques différentes telles les garanties de passif qui touchent de autant au droit des sociétés qu'au droit fiscal voire social et à la comptabilité,
- complexes parce qu'ils mettent en œuvre des parties multiples : maître d'ouvrage, sous-traitant, participant d'une chaîne de contrats, cessionnaire...
- complexes parce que le litige concerne plusieurs contrats articulés entre eux tels que les contrats de distribution dont la bonne exécution dépend autant des produits que de l'approvisionnement, de l'achalandage ou de la technique de vente.

L'articulation découlant de cette complexité mérite au niveau de la convention d'arbitrage une attention particulière et sera probablement plus aisée à mettre au point dans le cadre d'une institution dont le règlement favorise la consolidation des procédures arbitrales. Mais il est en tout cas certain que l'arbitrage permettra avec une économie de moyens de considérer l'ensemble des intérêts en jeu.

Les litiges issus de ces contrats sont assurément ceux qui exigent un travail important pour apprécier les droits et obligations respectifs des parties, mais aussi de chaque partie et de leurs conseils un travail en commun pour que l'arbitrage favorise une solution appropriée.

Si l'on considère en effet le rapport « Le Juge au XXI^e siècle » de Monsieur DELMAS-GOYON³, on lit :

² « Arbitrage Commercial International », Litec, 1996 n°117

³ Revue de Jurisprudence commerciale, 2014 n°4, pages 231 et s.

« Les citoyens, enfin, ne se reconnaissent plus dans un système qui les contraint, par la rigidité de son organisation et de ces procédures, à être les sujets passifs d'une justice administrée. L'évolution des modes de vie, de l'accès au savoir et de la communication, les incite plutôt à rechercher des réponses ponctuelles aux difficultés qu'il rencontre, selon des procédures souples et adaptées ».

Et encore :

« Nous sommes ainsi confrontés à une forte attente de prévisibilité et à un défi de la complexité auxquels nous sommes tenus de répondre puisque notre crédibilité en dépend... Pas de sécurité juridique sans compétence assurée... Notre conception ordinaire de la collégialité n'est pas une réponse satisfaisante aux défis de la complexité. Deux principes ici s'opposent :

- celui de l'efficacité, qui incite à rechercher des compositions de jugement pouvant être adaptées à chaque affaire, un peu comme on le fait lorsque l'on compose un tribunal arbitral,*
- celui de l'indépendance de la justice... ».*

Il n'est pas surprenant que la justice étatique veuille emprunter à l'arbitrage davantage que son fonctionnement, sa philosophie. L'arbitrage est à notre disposition pour nous aider à le faire et il nous offre les moyens de le réaliser si nous savons nous en servir. A défaut mieux vaut s'abstenir ou aller chercher du renfort car le litige qui surviendrait serait alors inmanquablement altéré par des contestations aussi dilatoires que légitimes sur la compétence, la composition du tribunal arbitral, le droit applicable, le mode de preuve...

L'arbitrage et les litiges techniques

Chacun sait que le négoce de matières premières a suscité la création de centres d'arbitrage spécialisés qui ne traitent pas seulement de la qualité des denrées (café, cacao, poivre, laine ...) mais aussi du respect des règles professionnelles. L'arbitrage professionnel en ces matières s'impose tout naturellement.

L'arbitrage et la confidentialité

Affirmée en arbitrage interne par le droit français depuis le décret du 13 janvier 2011 (art. 1464 alinéa 4 CPC), sauf volonté contraire des parties, la confidentialité constitue un attrait certain pour des litiges dont il n'est pas souhaitable qu'ils soient portés sur la place publique ou que des secrets soient révélés. En matière internationale cependant il faut que les parties en conviennent pour que la confidentialité soit assurée et encore faut-il qu'elles aient aussi pensé à sa sanction sauf à en perdre l'efficacité.⁴

D'une façon générale on peut constater que les entreprises structurées sur le plan juridique ont toutes mises à l'étude la gestion des différends. Il appartient aux avocats de le faire avec les entreprises qu'ils conseillent dans le cadre de la gestion programmée des risques, c'est un rôle pour l'avocat d'avenir.

LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE

Ainsi, si les contrats se prêtent plus ou moins à l'arbitrage, il est essentiel que la pratique de celui-ci soit connue de l'avocat pour tirer le meilleur profit d'une procédure d'arbitrage et éviter une déconvenue susceptible de faire effectivement renoncer à son usage. Or la nécessité de cette pratique se manifeste

⁴ « La confidentialité dans la procédure d'arbitrage », O. Caprasse et R. Ziadé, Rev.arb., 2014 p. 593.

surtout à l'occasion de certains points forts de la procédure arbitrale sur lesquels il convient maintenant d'insister.

Il est important de déterminer si possible la cause du contentieux qui vient de naître : est-elle purement financière ? technique ? lutte de pouvoir ? conquête recherchée d'une part de marché ? ... pour être assuré que les moyens mis en œuvre sont adaptés à sa résolution. Si le choix est encore ouvert, il appartient à l'avocat, car cela fait partie aujourd'hui de son devoir de conseil, d'orienter son client vers une médiation préalable et/ou une mesure conservatoire.

Il faut ensuite en mesurer les risques ou les possibilités avec son client : que peut-on attendre de ce contentieux ou que peut-on en craindre ? Dans quel délai ? À quel coût ? Dispose-t-on des preuves nécessaires ? Les services de l'entreprise ont-ils conservé la mémoire des relations contractuelles ? Toutes ces questions doivent être envisagées avec le client aussi tôt que possible pour éviter d'être pris dans un engrenage que l'on ne maîtrisera pas, ce qui, il est vrai, est plus facile en demande qu'en défense.

Le choix des arbitres

C'est assurément ce qui exige le plus de soins et ce que le client ne doit pas faire seul sous peine de graves déconvenues.

Arbitre unique ou trois arbitres ? L'intérêt financier du litige commandera souvent la solution.

Mais il faut savoir que le choix du premier arbitre, c'est-à-dire effectué par le demandeur est significatif de ses intentions et influe notamment sur le coût de l'arbitrage en fonction de la qualité de l'arbitre choisi, dont le défendeur souhaitera l'équivalent, avec un président encore plus qualifié, comme sur la durée de l'arbitrage en fonction de la disponibilité des arbitres et sur l'orientation technique de la procédure avec le cas échéant une expertise évitée ou rendue nécessaire.

C'est donc en fonction de sa compétence, de sa disponibilité, de la confiance que l'on peut avoir en lui, en toute indépendance, que le choix s'effectuera d'un commun accord entre l'avocat et son client. C'est un rôle difficile car le client n'a évidemment que le souhait de désigner un arbitre qu'il pense favorable à sa cause. Cela nécessite une information sur les milieux concernés tant au plan technique que juridique et notamment une connaissance des personnes qui peuvent agir en qualité de président du tribunal arbitral, avec autorité pour maintenir l'égalité entre les parties tout en assurant une certaine souplesse dans l'organisation de la procédure.

La désignation du président du tribunal arbitral, généralement effectuée en accord avec les conseils des parties, n'obéit pas en effet aux mêmes critères que la désignation des arbitres, car pratiquement c'est lui qui est responsable de la validité de la sentence dans ses aspects formels (respect du contradictoire, de l'égalité des parties, de l'ordre public, de la motivation...).

La préparation de la procédure

La préparation de la procédure d'arbitrage a pour objectif la sentence à intervenir, mais non seulement son résultat, c'est aussi la façon dont elle sera reçue par le client, ce qui implique sa compréhension et son exécution, pour ne pas repartir dans un nouveau contentieux de contestation de la sentence.

La procédure commence généralement par la rédaction d'un acte de mission ou d'un procès-verbal d'arbitrage. Il faut que l'avocat y réfléchisse avec son client en terme de délais, de souhait d'une sentence

partielle sur la compétence ou la responsabilité, en termes d'expertise, d'audition de témoins, de confidentialité...

On sait qu'en arbitrage, l'argumentation et les pièces feront l'objet d'une étude approfondie par le tribunal arbitral. Dès lors c'est par une étude commune des fins et des moyens que l'avocat et son client mettront ensemble au point les mémoires en demande ou en défense qui seront soumis au tribunal arbitral. Ensemble il faut peser les risques, déterminer les moyens disponibles notamment au niveau des preuves, de la participation des rouages de l'entreprise. L'avocat qui connaît son client est sur ce point le mieux placé pour cette préparation qui exige une connaissance des habitudes de fonctionnement des services de l'entreprise, du process industriel, des techniques commerciales, de tout ce qui fait la culture commune de l'avocat et de son client.

Cette préparation commune est indispensable pour que le client connaisse exactement les arguments qui sont utilisés, les pièces qui viennent à l'appui des prétentions et ceci en vue de l'audience qui constitue aussi un élément particulier de la procédure d'arbitrage.

L'audience

Les arbitres ont pris connaissance des mémoires et des pièces, ils ont généralement préparé ensemble une liste de questions à destination non seulement des conseils mais aussi des parties et c'est à quoi il faut se préparer.

C'est un moment privilégié au cours duquel les parties, autour de la table, par leur présence, permettent au tribunal arbitral de cerner au plus près le problème et de déterminer les questions juridiques techniques dont dépend la solution qui sera retenue par la sentence.

Les positions des uns et des autres s'expriment à l'occasion de ces débats informels bien davantage que dans le cadre d'une plaidoirie qui n'a plus cours en la matière. Bien souvent les parties entendent pour la première fois de la bouche de leur contradicteur les raisons qui ont conduit au litige et la motivation de sa position, et ainsi la sentence à intervenir ne constituera pas une surprise, ce qui est essentiel pour qu'elle soit acceptée alors que véritablement tout le dossier a été examiné dans le détail.

Cet approfondissement du dossier par le tribunal arbitral est extrêmement important car la sentence arbitrale est généralement rendue en dernier ressort et il ne sera pas possible de revenir sur des éléments laissés incomplets ou méconnus.

Conclusion

Cette réflexion n'a pour objet que de faire prendre conscience par les avocats de ce que l'arbitrage n'est pas une spécialité en soi, mais une matière qui participe de la panoplie qu'un avocat doit pouvoir offrir à son client pour le défendre efficacement dans le domaine du droit des affaires qui sous-tend le litige qui se révèle.

Pour cela il est indispensable que la matière de l'arbitrage soit connue dans sa pratique pour être en mesure d'en apprécier l'efficacité potentielle au regard des autres options qui s'offrent dans l'intérêt du client.