

ARBITRAGE

Think Outside the Box : Pour une gestion optimisée des litiges en arbitrage international



Par Diana Paraguacuto-Mahéo, avocat, Ngo Cohen Amir-Aslani & Associés

Les directeurs juridiques, utilisateurs aguerris de l'arbitrage international, le savent bien : le nombre d'accords transactionnels obtenus en cours d'instance arbitrale est plus faible que le nombre d'accords transactionnels obtenus en cours d'instance devant une juridiction étatique¹. En se limitant à ces données, on pourrait en tirer une conclusion hâtive que l'arbitrage international et les modes amiables de règlement des différends évoluent dans des mondes cloisonnés, incompatibles. Or, il n'en est rien.

Résoudre de façon optimale les litiges passe nécessairement par un dépassement de la vision traditionnelle binaire du tout ou rien : tout arbitrage ou tout mode amiable de règlement des conflits. C'est aussi avoir une vision dynamique et une approche stratégique des outils de gestion de conflit. C'est enfin, et c'est l'objet de cet article, avoir un recours systématique à certaines pratiques qui permettront aux parties d'augmenter les chances qu'un accord amiable soit trouvé en cours d'instance arbitrale.

Nous envisagerons les bonnes pratiques qui doivent être mises en œuvre avant le début de l'instance (i) avant d'envisager celles qui doivent être adoptées en cours d'instance (ii).

1. Bonnes pratiques avant tout arbitrage

Si l'arbitrage peut être combiné avec des modes amiables de règlement des différends, telle la médiation, et augmenter ainsi les chances d'une résolution efficace et moins coûteuse des litiges, les directions juridiques doivent anticiper la survenance de ces conflits et s'assurer de :

1.1. la rédaction attentive des clauses de résolution des litiges dans les contrats afin d'anticiper l'outil alternatif le plus approprié. Ainsi, il peut être avantageux d'avoir recours à une institution arbitrale qui recherche activement à aider les parties à trouver une solution amiable à leur différend. Il faut dès lors s'assurer de sélectionner le règlement d'arbitrage adéquat. Les parties peuvent aussi envisager d'utiliser des clauses combinées prévoyant une négociation ou une médiation obligatoire avant l'arbitrage ;

1.2. travailler main dans la main avec un conseil qui est sensibilisé et formé aux modes amiables de

règlement des différends aussi bien qu'en arbitrage international. Ce conseil saura assister ses clients dans la rédaction des clauses combinées dans les contrats complexes et stratégiquement identifier le moment optimal pour recourir aux outils alternatifs les plus appropriés à la situation. Il pourra aussi préparer au mieux les équipes internes tant dans leur stratégie de négociation qu'à la procédure amiable ;

1.3. former les équipes internes aux modes amiables de règlement des différends ;

1.4. lors de la sélection de l'arbitre ou des co-arbitres, choisir un tiers impartial réceptif aux modes amiables de résolution des conflits. Un arbitre à même :

1.4.1. d'organiser la procédure d'une façon efficiente afin de favoriser indirectement une résolution amiable du litige. Ainsi, d'un arbitre qui dispose très vite des prétentions infondées, et focalise l'attention des parties sur les questions de droits, les faits et les enjeux essentiels du litige ; ou de celui qui décide de bifurquer la procédure de telle sorte que les questions principales, à même d'influencer la résolution de questions subsidiaires, puissent être traitées dans une première phase de l'arbitrage, augmentant ainsi les chances que les parties s'accordent sur les questions subsidiaires. Enfin l'arbitre qui suggère que les experts techniques se rencontrent sans parties ni conseils, et rédige un rapport à l'attention du tribunal expliquant leurs points d'accords et de désaccords, augmente les chances que les experts trouvent des points d'entente, préparant ainsi les fondements d'une résolution amiable du conflit ;

1.4.2. de donner un avis préliminaire sur le litige, permettant aux parties de reconsidérer en cours d'instance l'opportunité de négocier ;

1.4.3. de mettre en place des fenêtres de médiation ou informer les parties sur les modes amiables et les institutions qui les administrent, disponibles aux parties. Cette simple information peut se révéler très utile lorsque l'une des parties et leurs conseils viennent de juridictions où les modes amiables ne sont pas communément utilisés ;

1.4.4. d'enjoindre les parties à être présentes lors de la première conférence afin qu'elles jugent elles-mêmes des options qui sont à leur disposition ;

1.4.5. d'interroger ponctuellement les parties sur

¹ Les recherches sporadiques qui ont été menées et les retours d'expériences suggèrent un taux moyen de 50 % en arbitrage international, contre 90 % en contentieux classique. Plusieurs raisons propres à l'arbitrage international peuvent expliquer cette différence, notamment le fait qu'en contentieux classique des négociations ne sont pas systématiquement engagées avant la saisine du tribunal, alors que les litiges, souvent complexes, qui sont soumis à l'arbitrage, ont souvent fait l'objet de longues négociations préalables.

les progrès de leurs négociations ;

1.4.6. d'encourager les parties à faire des offres transactionnelles en cours d'instance et faire supporter les frais d'avocats par la partie qui aurait refusé une offre qui lui aurait été plus favorable que la sentence arbitrale ;

1.4.7. d'inviter les parties à considérer le recours à la sentence sous scellé, sentence qui ne sera ouverte que si les parties n'arrivent pas à un accord ;

1.4.8. d'accepter, au prix de certaines précautions, de procéder à des «Med-Arb» ou «Arb-Med».

2. Bonnes pratiques en cours d'arbitrage

Les directions juridiques et leurs conseils doivent aussi œuvrer en cours d'arbitrage dans le sens d'un climat favorable au règlement amiable du litige. Ils doivent ainsi :

2.1. considérer l'utilisation de modes amiables dès le début et tout au long de la procédure arbitrale, sans hésiter à combiner les deux, et sans pour autant retarder la procédure d'arbitrage, par exemple :

2.1.1. la nomination concomitante d'un médiateur de réserve et d'un arbitre ou tribunal arbitral ;

2.1.2. une médiation simultanée à l'arbitrage ;

2.1.3. les fenêtres de médiation ;

2.1.4. les enveloppes scellées ;

2.1.5. la DDO, décision sur dernière offre, où l'arbitre n'a qu'une possibilité, celle de choisir l'une ou l'autre des dernières offres formulées par les parties.

2.2. activement associer à l'arbitrage en cours des intervenants qui ont non seulement une connaissance parfaite des faits, mais aussi l'autorité de transiger. Leur présence à l'instance et le suivi qu'ils assurent augmentent les chances qu'un accord amiable soit trouvé en cours d'arbitrage ;

2.3. être prêts, avec leurs conseils, à engager une discussion avec l'autre partie, l'arbitre, le tribunal et l'institution arbitrale au sujet des possibilités d'avoir recours à des modes amiables de règlements des différends, tant au début qu'en cours de procé-

dure. Demander au tribunal arbitral qu'il donne un avis préliminaire sur le fond de l'affaire afin de faciliter les négociations entre les parties, demander qu'il précise les questions qu'il a identifiées et pour lesquelles il exigera des preuves afin de faire prévaloir une partie ou une autre, demander à ce qu'il préside une session où les termes d'un protocole transactionnel pourraient être discutés, contribue à cette discussion.

Optimiser la gestion des litiges passe donc par la maîtrise combinée des procédures de résolution des litiges, même lorsqu'un arbitrage est entamé. C'est aussi lors des négociations ou de la médiation, adopter un style de négociation intégrative, permettant aux parties d'élargir le gâteau en créant de la valeur et en explorant des solutions globales fondées sur les intérêts des parties. L'objectif est avant tout de trouver une solution «gagnant-gagnant», que ni le juge ni l'arbitre, limité par le droit et les prétentions des parties ne pourraient proposer.

Le taux de succès important que connaissent les modes de résolution amiable des différends (80 % pour la médiation), le bouquet de solutions qu'ils offrent et la possibilité de faire homologuer le protocole transactionnel dans une sentence arbitrale d'accord parties devraient suffire à convaincre les indécis. Bien sûr, même avec un esprit extrêmement créatif, certains litiges ne peuvent pas être transigés et l'arbitrage doit aller jusqu'à son terme. L'utilisation stratégique des modes amiables peut cependant permettre de transiger certains aspects du litige. Last but not least, l'arbitrage lui-même peut favoriser la résolution amiable d'un litige en faisant apparaître les forces et les faiblesses d'un cas, en offrant un temps de maturation au litige et en permettant parfois l'élucidation de faits dont la connaissance est un préalable à la résolution du litige. Les outils de gestions de conflits sont donc complémentaires les uns des autres, et leur maîtrise parfaite peut seule permettre la mise en place d'une stratégie gagnante. ■

Option DROIT & AFFAIRES

Directeur de la rédaction :
Jean-Guillaume d'Ornano
01 53 63 55 55

Rédactrice en chef :
Ondine Delaunay Chambaud 01 53 63 55 61
ondine.delaunay@optionfinance.fr
Rédaction :
Florent Le Quintrec 01 53 63 55 73
florent.lequintrec@optionfinance.fr

Editeur : Lucy Letellier 01 53 63 55 56
lucy.letellier@optionfinance.fr

Conception graphique :
Florence Rougier 01 53 63 55 68
Maquettiste : Gilles Fonteny
Publicité :
Régie : Option Finance SAS
91 bis rue du Cherche-Midi
75006 PARIS
Tel : 01 53 63 55 56 - Fax : 01 53 63 55 60
Assistante : Sylvie Alinc 01 53 63 55 63
Secrétaire générale : Laurence Fontaine
01 53 63 55 54

Administration, abonnements
Service abonnements : 18-24, quai de la Marne
75164 Paris Cedex 19 - Tél 01 44 84 80 45
Fax 04 42 00 56 92 -
optionfinanceabonnements@dipinfo.fr
Impression : Ambiance graphique - Hôtel d'Entre-
prises, rue Aristide Bergès, Local D1 - 17180 Périgny
N° de commission paritaire : 0112190179
N° ISSN : 2105-1909
Editeur : Option Droit & Affaires est édité par
Option Finance SAS au capital de 2 043 312 euros.
Siège social : 91, bis rue du Cherche-Midi - 75006 PARIS
RCS Paris B 342 256 327
Directeur de la Publication : Jean-Guillaume d'Ornano
Fondateur : François Fahys
Option Finance édite : Option Finance,
Option Finance à 18 heures, Option Droit & Affaires,
Funds, Family Finance, AOF, OFE.

Option Finance 91 bis rue du Cherche-Midi • 75006 Paris • Tél. 01 53 63 55 55