



Arbitration in the US, a Love/Hate Affair

Par John Lowe

Arbitre et Médiateur International, « *Lowe Arbitration* »

L'arbitrage est vraisemblablement bien enraciné aux États-Unis. Le « *Federal Arbitration Act* » (ci-après « *FAA* ») a été adopté en 1925 et sa portée et applicabilité a été confirmée par la Cour suprême américaine. Il existe de nombreuses associations d'arbitrage basées aux États-Unis notamment l'Association Américaine d'Arbitrage dite « *American Arbitration Association* » (ci-après « *AAA* ») (leur branche internationale est le Centre International de Règlement du Différend dit « *International Center for Dispute Resolution* » (ci-après « *CIRD* »), JAMS, l'Institut International pour la Prévention et la Résolution du Différend dit « *International Institute for Prevention and Resolution of Disputes* » (CPR) et bien d'autres. En outre, les institutions d'arbitrage international sont actives aux États-Unis. Les clauses d'arbitrage sont insérées dans divers types de contrats. Et, de toute évidence, ce sont les États-Unis qui ont ajouté l'« arbitrage baseball » au lexique d'arbitrage¹.

Dans le même temps, il y a presque un flux constant d'affaires judiciaires et d'actions administratives contestant l'efficacité et la légitimité de l'arbitrage aux États-Unis. Les plaintes formulées par les cours américaines au sujet de l'arbitrage soulèvent l'absence de possibilité d'un procès devant jury, des interrogations relatives aux qualifications des arbitres ainsi que la question de l'impartialité des tribunaux arbitraux. Des litiges plus récents se sont intéressés de savoir si les lois étatiques pouvaient invalider des conventions d'arbitrage. La législation américaine phare en arbitrage, à savoir le « *FAA* », a été adoptée en 1925 en réponse au refus largement répandu de la justice à faire exécuter les accords de résolution par l'arbitrage. Au regard du *FAA* les conventions d'arbitrage sont applicables « *sous réserve de motifs tels que ceux qui existent en droit ou en équité pour l'annulation d'un contrat* »². La position forte de la Cour suprême favorable à l'arbitrage et une interprétation large du *FAA* ont été soulignées en 1984 dans l'arrêt *Southland Corp c. Keating*³. Dans cette affaire, la Cour suprême a soutenu que le *FAA* établissait une politique nationale qui favorisait l'arbitrage et était conçu pour empêcher les États parties de ne pas faire exécuter les clauses d'arbitrage. La Cour a ainsi statué que le *FAA* présentait une « *politique nationale favorisant l'arbitrage* ». La Cour a également soutenu que le *FAA* était applicable tant dans la cour étatique que la cour fédérale⁴.

Comme cela pourrait être attendu, il existe un flux constant d'affaires et à la cour étatique et à la cour fédérale relatives à l'applicabilité des conventions d'arbitrage et à l'exécution des sen-

tences. Le cas récent le plus intéressant pourrait être la décision de la Cour d'appel américaine de 2^{ème} instance qui défend, dans les affaires *Corporacion Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. ("COMMISA") c. Pemex-Exploracion y Produccion* (« *PEP* »), une sentence arbitrale qui avait été annulée par les cours de Mexico où était le siège de l'arbitrage. Alors que la 2^{ème} instance a bien défendu cette sentence, bien que l'annulation en question que ait tiré le maximum des circonstances rares du litige, en particulier le fait que le fondement de l'annulation était une loi mexicaine adoptée à la suite du rendu de la sentence arbitrale.⁵ En effet, dans une affaire très récente, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. c. Gov't of the Lao People's Democratic Republic*⁶, la 2^{ème} instance a annulé une sentence arbitrale qui avait au préalable été confirmée aux États-Unis. Cela s'est produit après que la cour au siège de l'arbitrage, Malaisie, ait accordé au Gouvernement du Laos l'autorisation de prétendre à l'annulation de la sentence malgré l'application et après qu'elle ait accepté la requête en annulation. La 2^{ème} instance a estimé que la prolongation du délai accordé par la cour malaisienne était justifiable alors que la modification de la loi dans *COMMISA* ne l'était pas.

L'arbitrage comprend en effet plusieurs éléments qui ne sont pas communs avec le contentieux tel que généralement exercé aux États-Unis. Il n'y a ainsi pas de procès devant jury dans les affaires d'arbitrage. L'arbitre ou les arbitres sont désignés selon les règles de procédure des institutions arbitrales ou au regard de la convention d'arbitrage elle-même. Alors que les juges au niveau fédéral sont désignés par le Président, au niveau de l'État partie, il y a de nombreuses façons dont les juges sont choisis notamment par l'élection. De manière plus significative, dans une procédure arbitrale, les coûts incluant les frais d'avocats (et possiblement d'autres coûts importants tels que ceux du financement par tiers-partie) pourraient revenir à la partie perdante. En contentieux, tel qu'exercé aux États-Unis, ce n'est pratiquement jamais le cas. Ainsi, les conséquences pour la partie condamnée requièrent un calcul qui n'est d'ordinaire pas fait dans les affaires d'une cour étatique ni d'une cour fédérale. Alors qu'il n'est pas inhabituel (trop commun ?) aux États-Unis qu'une action en justice de nature douteuse soit enregistrée par les cours, cela n'est pas le cas en arbitrage. Cette caractéristique affecte une fonction concomitante du contentieux américain : la détermination des honoraires en fonction des résultats. Ceux-ci sont bien plus rares pour les procédures arbitrales que pour le contentieux ordinaire. Les tribunaux arbitraux ont le

pouvoir d'accorder des recouvrements de frais importants aux parties gagnantes. De telles sentences pourraient octroyer des commissions qui ont été négociées.

Sans exception, mes collègues de la communauté des juristes d'entreprise européenne déplorent le coût du contentieux aux États-Unis. De toute évidence, le facteur premier pour ces coûts additionnels est la pratique étendue préliminaire de divulgation et de dépositions. De plus, avec l'accumulation de toute cette information, les mêmes procès et la préparation sont naturellement bien plus longs que ce qu'ils seraient en Europe continentale et même au Royaume-Uni. Géré correctement, l'arbitrage, alors que non-peu coûteux, peut être davantage efficace en termes de coûts. Étant donné que l'essentiel des coûts en arbitrage sont ceux associés avec les coûts de conseil extérieur, c'est évidemment par là qu'il faut commencer. L'Association of Corporate Counsel (ci-après « ACC »), une organisation mondiale majeure pour les conseillers internes a un vaste programme de consultation et de défense de gestion de la valeur. En substance, ces programmes promeuvent des modalités alternatives de facturation et de nouvelles façons d'agencer la relation client/conseil. De tels arrangements pourraient aboutir à la baisse des frais ou au moins à un accord où les risques et récompenses sont partagés. Le principal résultat est que plus d'un conseil général de sociétés européennes leaders (qui ne seront pas nommées) m'ont raconté que les arbitrages aux États-Unis peuvent être entrepris, aussi efficacement que ceux en Europe continentale, de par la volonté des firmes américaines de convenir des arrangements d'indemnisation négociée et des limites au rassemblement de preuve préalable à l'audience dans les procédures arbitrales. Alors que les praticiens européens remarquent que les arbitrages acquièrent de plus en plus de caractéristiques propres aux procédures de Common law, ils devraient avoir connaissance que les praticiens en *Common law* formulent l'observation inverse.

La divulgation, en termes de requêtes de document et d'information et de dépositions préliminaires exhaustives de témoins et d'experts, est courante et répandue aux États-Unis. Ceci permet de maintenir les coûts du contentieux américain parmi les rangs des plus élevés, comparés au reste du monde. D'un point de vue culturel, j'ai noté qu'il n'est guère aisé pour les avocats formés aux États-Unis, notamment les avocats en entreprise, habitués en tant que tels au contentieux américain, de renoncer à la divulgation ou autrement d'accepter des limites significatives à la divulgation en arbitrage. Cependant, il en est ainsi car ceci est évident au regard des règles de diverses institutions arbitrales basées aux États-Unis. L'article 21 du Règlement d'arbitrage du CIRDP présente des procédures détaillées relatives à l'échange d'information entre les parties. Le 1^{er} alinéa dudit article énonce le principe général suivant :

« *The arbitral tribunal shall manage the exchange of information between the parties with a view to maintaining efficiency and economy. The tribunal and the par-*

ties should endeavor to avoid unnecessary delay and expense while at the same time avoiding surprise, assuring equality of treatment and safeguarding each party's opportunity to present its claims and defenses fairly ».

Afin d'éviter toute confusion, le dernier alinéa 10 de l'article 21 dispose :

« *Depositions, interrogatories, and requests to admit as developed for use in U.S. court procedures generally are not appropriate procedures for obtaining information in an arbitration under these Rules* »⁷.

En général, les règles du CIRDP, comme il est commun avec les règles de diverses autres institutions, attribue la responsabilité de gestion, et par la même celle de limiter les requêtes de documents et d'information, au tribunal arbitral. Ceci est clairement établi dans le Règlement d'arbitrage commercial AAA qui est, en quelque sorte, moins contraignant que le Règlement du CIRDP. Le principal alinéa de l'article 22 est l'alinéa (a) qui dispose :

« *Authority of arbitrator. The arbitrator shall manage any necessary exchange of information among the parties with a view to achieving an efficient and economical resolution of the dispute, while at the same time promoting equality of treatment and safeguarding each party's opportunity to fairly present its claims and defenses* »⁸.

La disposition elle-même est relativement anodine. Alors que l'alinéa « *dissipant toute confusion* » du Règlement CIRDP n'est pas ajouté, le principe confère bien à l'arbitre le pouvoir de limiter significativement l'échange de documents au cours de la procédure arbitrale. Toute preuve anecdotique indique que, dans l'ensemble, les requêtes pour la production de documents sont accordées à un taux significativement plus réduit dans les procédures arbitrales que dans des procédures de contentieux similaires aux États-Unis. De toute évidence, la manière de gérer l'arbitrage dépendra de l'arbitre ou des arbitres et de s'ils ont la volonté d'exercer le pouvoir qui leur est conféré par les règlements sous couvert desquels ils opèrent.

La preuve empirique relative à l'efficacité de l'arbitrage aux États-Unis, comparé aux cours américaines, est soulevée dans un rapport récent de Micronomics élaboré pour le AAA⁹. Les principales conclusions de cette étude sont remarquables. Les affaires entendues dans les cours des districts US ont duré plus de 12 mois de plus, avant qu'ait lieu le procès (audience), que les affaires d'arbitrage : 24,2 mois comparés à 11,6 mois (pas d'appel dans les procédures arbitrales)¹⁰. Pour huit États, représentant la moitié des arbitrages AAA et la moitié des affaires devant les cours de district (Californie, New York, Texas, Floride, Pennsylvanie, Géorgie, New Jersey et l'Illinois), la différence est encore plus notable. Le délai médian pour arriver au procès, s'agissant des litiges entendus devant les cours de district (pour les cours de circuit de ces huit États) est de 27,3 mois comparé à 11,8 mois pour les litiges en arbitrage. Si l'on inclue les dé-

lais d'appel, la différence devient de 36,5 mois, pour une affaire entendue à la cour de district, comparés à 11,8 mois pour les litiges en arbitrage.

L'étude Micronomics n'approfondit pas les causes derrière la grande disparité de délai entre les différends devant la cour de district et ceux en arbitrage ; ceci étant, un facteur significatif est certainement l'usage bien plus fréquent de la divulgation et des dépositions dans le contentieux civil. Alors qu'un observateur occasionnel pourrait remarquer que les règlements précédemment mentionnés autorisent en effet la production d'un document important, la preuve empirique appuie la preuve anecdotique avec laquelle je suis familier. Les arbitres, comparés à leurs homologues judiciaires, sont un modèle de gestion effective des litiges. Des durées plus longues jusqu'au procès, des procès plus longs et le processus d'appel, combinés avec la production importante de documents et la divulgation, aboutissent à des coûts bien plus élevés pour régler le différend et à des coûts énormes d'opportunité en termes de décisions différées et de ressources affectées au contentieux plutôt qu'à l'activité économique.

Les évaluations par Micronomics ont commencé par un examen des cours étatiques en Californie et l'effet recherché de budgets réduits sur leurs opérations. Comme démontré par ce rapport le plus récent, une solution plus effective, au moins en termes d'efficacité économique, serait un recours accru à l'arbitrage comme mode de résolution du différend, plutôt que de préconiser une augmentation des ressources aux cours étatique et fédérale. Il existe de toute évidence des groupes opposés à un usage plus fréquent de l'arbitrage pour la résolution des litiges. Un groupe puissant est le lobby des avocats plaidants qui peut pleinement profiter des différends de recours collectifs. Alors que de tels différends produisent des avantages négligeables pour les mêmes utilisateurs des recours collectifs, les avocats en charge de ces affaires peuvent largement en bénéficier.

Nous venons d'être témoins aux États-Unis d'un exemple des tensions entre une position généralement pro-arbitrage et un désir de garantir que, dans certaines circonstances, l'accès à la capacité de procéder à un contentieux de recours collectif ne soit pas lésé. L'exemple spécifique impliquait un règlement qui avait été promulgué par le bureau de Consumer Financial Protection, une agence fédérale établie en 2011 suivant la loi Dodd-Frank. Cette législation autorisait l'interdiction ou la limite des conventions d'arbitrage avec les dérogations de recours collectif dans les accords de services financiers (l'entente d'arbitrer et l'entente de ne pas prendre part à une action de recours collectif) si une telle action relevait de l'intérêt général. En dépit de la preuve que la rentabilité moyenne d'une requête était de 5.389 USD pour une procédure arbitrale, contre 32 USD pour une procédure de recours collectif, principalement car, dans la majorité des recours collectifs (60 % du total), les demandeurs devaient remplir des formalités additionnelles au terme de l'enquête¹¹. L'essentiel du recouvrement, 31 %, est revenu

aux avocats plaidants. Quoi qu'il en soit, le CFPB a en effet adopté le règlement interdisant l'utilisation de telles clauses qui, selon certaines estimations, figurent dans 50 % des accords financiers des consommateurs. En revanche, le Congrès américain, faisant usage du « *Congressional Review Act* », a voté pour invalider cette règle proposée. Le vote était néanmoins assez serré. Bien que le vote d'invalidation ait été adopté par la Chambre assez aisément, il n'a qu'été adopté par le Sénat grâce au Vice-Président Pence détenant le vote prépondérant.

Début octobre de cette année, la Cour suprême américaine a adressé la problématique de l'exécution des contrats d'emploi qui exigent d'un employé et d'un employeur de résoudre les litiges relatifs à l'emploi par l'arbitrage individuel renonçant au droit de poursuivre par un recours collectif¹². L'affaire porte sur un conflit potentiel entre deux lois. La première, à savoir le FAA, dispose que les conventions d'arbitrage « *sont valides, irrévocables et applicables* ». La seconde, à savoir le « *National Labor Relations Act* » (ci-après « *NLRA* »), énonce que les employés ont le droit d'entreprendre des activités concertées pour la protection et l'aide mutuelle. Sur la base de la plaidoirie, il se peut que cette décision soit contestée, probablement 5-4 avec le Juge Kennedy prodiguant le vote prépondérant. L'impact sera significatif. Pendant la plaidoirie, il avait été supposé que les contrats d'emploi avec de telles clauses pourraient affecter 25 millions de personnes. Alors que le FAA, tel que formulé et interprété par les cours américaines notamment la Cour suprême, présente une forte présomption en faveur de l'arbitrage, une présomption solidement garantie par des arguments économiques et d'efficacité, des orientations fortes existent au sein de la société américaine et dans le droit américain, qui militent contre de telles présomptions. Epic Systems n'en est pas moins un exemple de cette dichotomie constante.

Notes

1. L'arbitrage baseball est un type d'arbitrage dans lequel chaque partie soumet une proposition d'indemnité pécuniaire à l'arbitre. Après audition ou soumission finale de documents, l'arbitre choisit une des indemnités sans y apporter de modification.
2. 9 U.S.C. § 2.
3. 465 U.S. 1 (1984).
4. Id. at 10.
5. *Corporacion Mexicana De mantenimiento Integral*, S. De Ri.L. De C.V. c. Pemex-Exploracion y Produccion, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013).
6. No. 14-597 (2d Cir. July 20, 2017).
7. ICDR International Dispute Resolution Procedures, Rules Amended and Effective June 1, 2014.
8. AAA Commercial Arbitration Rules Amended and Effective October 1, 2013.
9. Efficiency and Economic Benefits of Dispute Resolution through Arbitration Compared with U.S. District Court Proceedings, Roy Weinstein, Cullen Edes, Joe Hale and Neals Pearsall of Micronomics, March 2017.
10. Ibid, p. 2.
11. Wall Street Journal, 22 October 2017.
12. Supreme Court of the United States, *Epic Systems Corporation v. Jacob Lewis*, 13 January 2017.