

Nouvelles méthodes de règlement des litiges : rapidité et économie (1^{re} partie)

Claude Goldman, Philippe Szokoloczy,
avocats au barreau des Hauts-de-Seine
Associés S.G. Archibald

Le règlement amiable des litiges par le recours aux méthodes ADR (alternative dispute resolution) n'est-il qu'une invention anglo-américaine visant à remédier à l'abondance et à la durée excessive des procès que connaissent les systèmes de droit coutumier tels que celui des Etats-Unis ? Ou a-t-il également vocation à s'imposer à l'intérieur de nos frontières comme complément aux procédures traditionnelles de règlement des litiges devant les tribunaux ? Si les ADR connaissent un franc succès aux Etats-Unis, en Australie, en Asie, en Angleterre et dans certains pays européens, elles ne suscitent pas encore en France un intérêt aussi marqué. Quelles sont les caractéristiques marquantes de ces nouveaux modes de résolution des litiges ?

QUE SONT LES ADR ?

«ADR» est le terme générique désignant les diverses procédures de résolution des litiges fondées sur l'intervention d'une tierce personne afin de faciliter la négociation amiable des différends.

Les ADR ont pour point commun d'être généralement non-contraignantes à l'égard des parties. Leur but est de rapprocher les parties et de les aider à trouver une solution de compromis à leur différend. En cela, les ADR se distinguent des procédures traditionnelles devant les tribunaux étatiques ou des procédures d'arbitrage (tribunaux privés composés d'arbitres sélectionnés par les parties) dont la nature est par essence conflictuelle et dont la finalité est de trancher les litiges par une décision contraignante.

Les ADR visent plutôt à convaincre les parties que leur intérêt respectif réside dans l'élaboration d'une solution amiable à leur litige et dans la continuation de leurs relations d'affaires, en lieu et place d'un affrontement judiciaire devant les tribunaux. L'optique recherchée est de permettre aux parties de prendre conscience des faiblesses éventuelles de leur argumentation et des points forts du dossier adverse pour avoir une meilleure compréhension des implications découlant du litige, notamment sur le plan commercial.

Le rôle de la tierce personne animant les négociations a une importance prépondérante dans le succès d'une procédure ADR. L'issue du litige dépendra souvent de sa capacité à amener les parties sur un terrain d'entente.

LES DIFFERENTES PROCÉDURES ADR

Au nombre des procédures ADR on trouve la médiation, la conciliation, la procédure simulée (*mini-trials*), l'évaluation du litige par un expert (*expert appraisal*), etc. (voir ci-dessous). Ces appellations ne correspondent pas à une

terminologie officielle. Bien au contraire, la distinction entre les différentes procédures est souvent difficile à établir. Il en résulte une certaine confusion à l'échelon du langage, le même terme étant parfois employé pour désigner des procédures pourtant distinctes.

En tout état de cause, la terminologie utilisée n'est pas essentielle ; il suffit de savoir qu'il existe une variété de procédures ADR, modulables selon le bon vouloir des parties et les exigences du cas d'espèce (en d'autres termes, selon le degré de sophistication et de formalisme auxquels les parties entendent soumettre le règlement de leur différend). Que les parties souhaitent intituler leur procédure « médiation » ou « conciliation » n'a qu'une importance secondaire ; seuls le contenu de la procédure et le résultat qu'elle permet d'atteindre sont véritablement pertinents.

Parmi les définitions utilisées dans la pratique on retrouve fréquemment les définitions suivantes :

La conciliation

La tierce personne jouant le rôle du conciliateur est nommée d'un commun accord par les parties. Son rôle se confine à essayer de rapprocher les parties et à encourager la négociation d'une solution amiable. Le conciliateur ne formule pas d'opinion ou de recommandation à proprement parler ; il se limite à faciliter le déroulement des discussions entre les parties.

La médiation

Le médiateur joue essentiellement le même rôle que le conciliateur, à la différence près qu'il exprime une opinion motivée si les parties le souhaitent. Cette opinion est généralement écrite et peut porter sur le fonds du litige, sur un problème technique donné, sur une question juridique, sur les chances de succès de chaque partie en cas de procès, etc.

Il est possible de prévoir que l'opinion du médiateur lie les parties pendant la durée du contrat en attendant qu'elle soit confirmée.

modifiée ou annulée par une décision judiciaire ultérieure. Dans cette perspective, la médiation a pour but de préserver les relations commerciales entre les parties dans l'attente d'une décision finale.

La procédure simulée (*mini-trial*)

Les parties présentent leurs arguments sous forme abrégée à un comité généralement constitué d'un dirigeant de chacune des parties et présidé, le cas échéant, par une tierce personne neutre. Dans un premier temps, les conseils des parties plaident l'affaire devant le comité. Ensuite ce dernier se retire pour tenter de parvenir à un règlement amiable du litige. Le rôle de la tierce personne neutre est d'assister les dirigeants, membres du comité, dans leurs négociations et, éventuellement, de donner son opinion sur le fonds, le droit ou le résultat probable d'un procès ou d'un arbitrage. Ce type de procédure fait généralement l'objet d'échanges de mémoires et de pièces et permet un examen relativement détaillé des questions litigieuses.

L'évaluation du litige par un expert (*expert appraisal*)

Lorsque le litige porte sur une question d'ordre technique, les parties peuvent faire appel à un expert indépendant. Le rapport d'expertise de celui-ci ne lie pas les parties, mais celles-ci peuvent convenir de l'accepter par la suite.

D'autres formes d'ADR existent. Tout comme les précédentes, elles ont pour fondement l'intervention d'une tierce personne afin de favoriser le règlement amiable du litige.

POURQUOI LE RECOURS AUX ADR ?

Lorsqu'une relation contractuelle prend une tournure contentieuse, le recours aux tribunaux ou à l'arbitrage est souvent perçu comme le seul moyen de résoudre le problème. Surtout lorsque les efforts de négocia-

tion ont abouti à une situation d'impasse. Mais alors, pourquoi recourir aux ADR ?

Débloquer les situations d'impasse

On pourrait penser que, si les tentatives de règlement amiable ont échoué, il est inutile de retourner à la table de négociation. C'est toutefois sous-estimer le rôle que peut jouer la tierce personne neutre dans une procédure ADR. Les conseils et l'assistance d'une tierce personne qui n'est pas intéressée au litige permettent souvent de débloquer la situation en apportant un regard extérieur et en contribuant à un rapprochement par des suggestions qui n'étaient peut-être pas venues à l'esprit des parties ou dont elles n'avaient pas saisi la portée véritable.

La phase pré-contentieuse d'un litige se caractérise généralement par l'attitude hostile des parties. Chacune d'elles est convaincue de son bon droit et s'efforce de faire entendre raison à l'autre partie. Parfois même, une partie adopte une attitude qu'elle sait déraisonnable, confortée dans sa conviction qu'elle n'aura de comptes à rendre que dans un avenir lointain. En tout état de cause, rares sont les situations où chacune des parties recherche véritablement un terrain d'entente, sans se laisser emporter par le désir avoué ou inconscient de faire valoir à tout prix le bien-fondé de ses arguments.

La présence d'une tierce personne neutre aura souvent un effet catalyseur sur la psychologie des débats. Elle permettra de passer d'une « guerre de tranchées » à de véritables pourparlers transactionnels.

Ce dernier aspect – la dédramatisation du débat – est facilité par la faculté qu'ont les parties de rencontrer en privé la tierce personne, hors la présence de l'autre partie. La tierce personne fera la « navette » entre les parties, enlevant ainsi au processus son caractère de confrontation. Les parties pourront se confier individuellement à la tierce personne dont le rôle sera de comprendre leurs aspirations respectives. Elle soupèsera les intérêts en jeu afin de suggérer aux parties une solution aussi équitable que possible.

Les ADR ne peuvent toutefois pas être dans tous les cas un substitut aux procédures arbitrales ou contentieuses traditionnelles. Tout d'abord, il existera toujours des litiges que les parties préféreront résoudre par voie de procès. Tel peut être le cas des différends où les sommes en jeu sont très élevées, et qui soulèvent des problèmes juridiques ou techniques complexes. Dans ces cas, les bénéfices d'une procédure ADR (notamment son coût peu

élevé et sa rapidité) apparaissent négligeables au regard des intérêts en jeu.

Il faut aussi rappeler que les procédures ADR sont généralement non-contraignantes. Cela signifie qu'en cas d'échec de la procédure ADR, les parties devront avoir prévu un mode définitif de règlement de leur différend, tel que l'arbitrage ou le recours aux tribunaux. Dans ce sens, la procédure ADR n'est qu'une étape intermédiaire. Si elle réussit, elle aura au moins donné aux parties un meilleur aperçu de la force respective de leur dossier dans la perspective de l'arbitrage ou du procès qui suivra.

Rapidité et réduction des coûts

Outre le rôle conciliateur joué par la tierce personne, les ADR offrent l'avantage d'une procédure rapide et d'une économie de coût par rapport à l'arbitrage et au contentieux traditionnel.

Une procédure ADR dure généralement entre deux et six semaines, dont deux à trois jours sont consacrés aux audiences. Lorsque la procédure ADR permet de mettre fin au litige, les économies en termes d'honoraires d'avocats, de frais de procédure, de coût et de temps de gestion interne du dossier, etc., sont substantielles par rapport aux procédures arbitrales et contentieuses traditionnelles, lesquelles semblent avoir atteint ces dernières années un degré de complexité et de formalisme parfois excessif. On a pu en effet voir certains grands arbitrages s'étendre sur plusieurs années, notamment dans le domaine de la construction.

Même si le règlement amiable du litige par le biais des ADR échoue, le temps passé en préparation et en négociation n'aura pas été perdu. Il aura permis aux parties d'avoir une meilleure compréhension des enjeux du litige et le travail ultérieur de préparation au procès ou à l'arbitrage en sera allégé et facilité d'autant.

Maintien des relations contractuelles

Un des principaux avantages des ADR est qu'elles permettent le maintien des relations contractuelles ou du moins des relations d'affaires entre les parties. On ne peut en revanche que rarement en dire autant de l'arbitrage ou du contentieux traditionnel. Les procédures arbitrales ou contentieuses sont généralement intentées dans le but avoué d'obtenir une condamnation au paiement de dommages et intérêts. La nature de ces procédures est clairement conflictuelle. N'ayant pas pour objectif la recherche d'un accord qui sa-

tisfasse les intérêts de chacun, elles rendent difficiles la continuation de relations commerciales saines.

Avec les ADR, il arrive que les tentatives de règlement amiable conduisent à la renégociation du contrat. Il faut cependant que les deux parties soient d'accord. Or, le climat de rapprochement et de discussion que visent à instaurer les ADR est justement propice à l'obtention d'un tel accord, contrairement au cli-

mat de confrontation qui caractérise l'arbitrage et le contentieux traditionnel.

Enfin, les ADR peuvent être utilisées à tous les stades du contrat et en plusieurs occasions si nécessaire. Elles peuvent avoir un rôle préventif, en désamorçant les conflits dès leur survenance, sans devoir attendre que l'affaire ne dégénère en litige devant les tribunaux.

Suite à paraître dans le prochain numéro.

Nouvelles méthodes de règlement des litiges rapidité et économie (2^e partie)

Claude Goldman, Philippe Szokoloczy,
avocats au barreau des Hauts-de-Seine
Associés S.G. Archibald

Le règlement amiable des litiges par le recours aux méthodes ADR (alternative dispute resolution) n'est-il qu'une invention anglo-américaine visant à remédier à l'abondance et à la durée excessive des procès que connaissent les systèmes de droit coutumier tels que celui des Etats-Unis ? Ou a-t-il également vocation à s'imposer à l'intérieur de nos frontières comme complément aux procédures traditionnelles de règlement des litiges devant les tribunaux ? Si les ADR connaissent un franc succès aux Etats-Unis, en Australie, en Asie, en Angleterre et dans certains pays européens, elles ne suscitent pas encore en France un intérêt aussi marqué. Quelles sont les caractéristiques marquantes de ces nouveaux modes de résolution des litiges ?

LES ADR : UN CONCEPT TRANSPOSABLE EN FRANCE ?

Dans certains domaines du droit français les ADR existent déjà depuis de nombreuses années. Ainsi, les procédures de médiation et de conciliation font partie intégrante du droit français en matière de relation avec l'Administration (lois du 3 janvier 1933 et du 24 décembre 1976), de propriété industrielle (loi du 13 juillet 1978 et décret du 24 septembre 1979) ou de procédures collectives (loi du 1^{er} mars 1984).

Plus récemment, le législateur a octroyé au juge civil, par le biais de l'article 21 du Nouveau Code de procédure civile, la faculté de nommer un médiateur en fonction de la nature de l'affaire, notamment de son degré d'urgence. Cette option a d'ailleurs rencontré un certain succès en droit immobilier, notamment en matière de baux commerciaux et d'habitation.

En revanche, dans de nombreux autres domaines, tels que le droit de la construction et le droit commercial, le recours aux ADR ne connaît pas un succès aussi franc qu'aux Etats-Unis ou en Angleterre. Une explication à ce manque d'engouement réside peut-être dans les différences de mentalité entre notre culture et la culture anglo-américaine.

Les différences de mentalité

Aux Etats-Unis, les différents départements au sein d'une entreprise maintiennent des rapports très étroits entre eux. Ainsi, le département juridique ou, s'il n'y en a pas, le conseil extérieur, est fortement impliqué à tous les échelons du fonctionnement de l'entreprise. Les dirigeants d'entreprise ont eux-mêmes souvent une formation juridique. Les entreprises américaines entretiennent avec le juridique un rapport presque naturel, propice à l'introduction de techniques telles que les ADR.

En France, il existe un cloisonnement plus

prononcé entre les différents départements, notamment entre la direction générale et le département juridique. Certaines décisions stratégiques (comme, par exemple, la décision de transiger un litige ou «d'aller au procès») sont parfois prises par la direction générale sans impliquer le département juridique.

D'aucuns pensent que ce cloisonnement n'offre pas au département juridique la marge de manœuvre nécessaire pour décider librement de l'orientation à donner aux litiges qu'il connaît, notamment pour décider du mode de résolution (ADR ou autre) qui lui semble approprié. D'autres sont par contre d'avis que ce sont justement les juristes qui sont réticents à l'utilisation des ADR, et non les dirigeants d'entreprise. Le juriste n'aurait pas toujours une vision globale des intérêts en jeu et aurait tendance à privilégier le procès plutôt que la transaction, suivant en cela l'instinct de confrontation souvent attribué par nature à l'esprit français.

Si les avis sont partagés quant à l'incidence du rôle joué par le juridique dans le fonctionnement de l'entreprise, rôle que tous s'accordent à reconnaître comme étant moins important en France qu'aux Etats-Unis, il n'en demeure pas moins que contrairement à la justice américaine, la justice française, quelles que soient ses lenteurs bien souvent dénoncées, s'est jusqu'à présent révélée d'une efficacité suffisante pour que le recours à des modes alternatifs de résolution des litiges ne s'impose pas de façon aussi impérative qu'aux Etats-Unis.

Il faut également rappeler qu'un certain nombre d'activités sont encore sous le contrôle de l'Etat en France et n'offrent qu'une marge limitée pour l'introduction de techniques de type ADR (1). Sans oublier les matières touchant à l'ordre public qui ne peuvent faire l'objet d'une transaction, en principe.

Perception des ADR : les préjugés

Si les ADR n'ont pas encore intégré à part en-

tière le paysage juridique français, c'est également en raison des préjugés entretenus à leur encontre. Au nombre de ceux-ci, la crainte que toute suggestion de recours aux ADR ne soit perçue par l'autre partie comme un aveu de faiblesse ou de manque de conviction quant au bien-fondé de sa propre position. Cette crainte est toutefois infondée. Premièrement, elle peut aisément être contournée en prévoyant dans le contrat, lors de sa signature, que tout litige devra être soumis à une procédure ADR. Le recours à l'ADR sera ainsi automatique en cas de litige. Deuxièmement, même en l'absence d'une clause ADR dans le contrat, on ne saurait reprocher à une partie de proposer, une fois le litige survenu, un mode de résolution qui permettrait aux deux parties des économies de temps et d'argent considérables en cas de succès.

D'aucuns considèrent que le recours aux ADR n'aurait d'autre but que de permettre aux avocats des parties d'obtenir des informations de la partie adverse puis, profitant du caractère non-contraignant de la procédure, de se retirer des négociations avec un aperçu de la stratégie adverse. Ce préjugé est également injustifié. Si une partie estime que les révélations qu'elle entend faire au cours de la procédure ADR sont susceptibles de lui porter tort par la suite, notamment dans l'hypothèse où la tentative de règlement amiable échouait, libre à elle d'aménager la procédure ADR de façon à écarter ce risque. Elle peut, par exemple, demander à rencontrer la tierce personne en privé de façon à ne lui révéler certaines informations qu'en dehors de la présence de l'autre partie, en précisant la nature confidentielle de ces informations.

(1) Il y a lieu de relever que le Conseil d'Etat a publié en février 1993 une étude contenant diverses propositions de développement des modes alternatifs de résolution des litiges en matière administrative (Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Collection Les études du Conseil d'Etat, la Documentation française, 1993).

Il doit être clair que le rôle de la tierce personne n'est pas d'aller répéter ce qui lui a été confié sous le sceau du secret. Son rôle consiste plutôt à «récolter» toutes informations utiles à une meilleure compréhension du litige, de façon à pouvoir en analyser les tenants et les aboutissants et parvenir à formuler une proposition équitable de règlement, ou du moins à guider les parties, grâce à sa connaissance des circonstances du litige, vers une solution qui leur soit acceptable.

Il semble également subsister une certaine crainte que la tierce personne puisse se voir contrainte de rompre son obligation de confidentialité, par exemple, si elle venait à être citée en qualité de témoin par un tribunal postérieurement à la procédure ADR. En d'autres termes, les parties hésitent à recourir aux ADR de crainte que le juge puisse contraindre un médiateur ou un conciliateur à témoigner dans un procès ultérieur sur des faits dont il a eu connaissance au cours de la médiation ou de la conciliation.

Le juge français a en effet le pouvoir d'exiger de tout détenteur d'informations susceptibles de l'assister dans la découverte de la vérité, de divulguer ces informations. Seul le témoin ayant un motif légitime de refus est en droit de s'y opposer. Parmi les personnes possédant un motif légitime figurent *a priori* les personnes astreintes au secret professionnel (qui est une obligation légale) et celles liées par un engagement contractuel de confidentialité.

Nous n'avons pas connaissance de décision judiciaire ayant énoncé expressément que le médiateur, le conciliateur ou toute autre tierce personne ayant participé à une procédure ADR est en droit d'invoquer le secret professionnel pour refuser de témoigner. Il semble en revanche qu'un tribunal ne pourrait obliger un médiateur à rompre un accord de confidentialité.

La cour d'appel de Paris a rendu une décision en 1986 qui semble aller dans ce sens, bien que de façon indirecte seulement (Paris, 18 février 1986, Dalloz 1987, 340). Dans cette affaire, une décision arbitrale internationale avait été rendue en Angleterre. L'une des parties avait introduit un recours en annulation de la décision devant la cour d'appel de Paris, qui était manifestement incompétente, la décision ayant été rendue à l'étranger. Non seulement la cour d'appel a rejeté le recours, mais elle a condamné le recourant au paiement de dommages-intérêts à l'autre partie pour avoir provoqué un débat en audience publique sur des faits qui auraient dû demeurer confidentiels.

Cette décision ne répond pas directement à la

question de savoir si un tribunal français pourrait obliger un médiateur ou un conciliateur à témoigner. Elle semble toutefois indiquer que tel ne serait pas le cas. Surtout dans l'hypothèse où la tierce personne aurait signé un accord de confidentialité aux termes duquel elle s'était engagée à ne pas divulguer les faits dont elle a eu connaissance au cours de la procédure ADR.

RECOURS AUX ADR : COMMENT PROCEDER ?

Dans certains domaines, le recours aux ADR se fait automatiquement. Tel est le cas en droit de la construction, par exemple, lorsque les parties ont soumis leur contrat aux conditions générales Fidic. Les conditions Fidic stipulent en effet que les parties doivent, dans un premier temps, soumettre leur différend à l'ingénieur Fidic et, dans un deuxième temps, si la décision de l'ingénieur est contestée, négocier pour trouver une solution amiable à leur différend avant de pouvoir le soumettre à l'arbitrage. Il est intéressant de noter que l'obligation faite aux parties de négocier pour trouver une solution amiable au litige avant de pouvoir le soumettre à l'arbitrage, obligation dont l'objectif est le même que celui poursuivi par les ADR, n'a été introduite qu'avec la 4^e édition des conditions Fidic en 1987. Cette dernière rédaction confirme l'évolution du droit vers l'adoption de nouvelles méthodes de résolution des litiges.

Dans la majorité des cas cependant, le recours aux ADR n'aura lieu que si les parties l'ont expressément prévu : par exemple, en insérant une clause ADR dans le contrat lors de sa rédaction, ou, à défaut de l'avoir prévue dans le contrat, en rédigeant une clause ADR appropriée au moment de la survenance du litige.

Quant au contenu de la clause ADR, les parties ont le choix soit d'utiliser une des clauses types proposées par les diverses institutions d'arbitrage (clause institutionnelle), soit de rédiger leur propre clause sur mesure (clause *ad hoc*). L'avantage des clauses institutionnelles est que la pratique antérieure en facilite l'interprétation et l'application alors que les risques de blocage dus à des défauts de rédaction sont plus grands avec les clauses *ad hoc*. Celles-ci permettent cependant d'adapter la procédure aux spécificités du contrat et aux types de litiges susceptibles de survenir entre les parties.

Les clauses institutionnelles les plus connues sont celles de la CCI (Chambre de commerce internationale), de la CNUDCI (Commission

des Nations-Unies pour le droit commercial international) et du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Elles n'ont toutefois vocation à s'appliquer qu'aux contrats internationaux.

Pour les contrats entre parties d'un même pays, il existe des clauses types rédigées par certaines institutions nationales. Tel est le cas aux Etats-Unis (American Arbitration Association) en Angleterre (Chartered Institute of Arbitrators), et également en France (Cour d'arbitrage et de conciliation, CNPF).

Aux Etats-Unis et en Angleterre, il existe également des organismes de promotion des ADR. Ces organismes ont contribué de manière significative au développement des ADR, notamment en offrant à leurs membres une assistance en matière de rédaction de clauses, de sélection de médiateurs, de formation aux techniques d'ADR, etc. De tels organismes n'ont en revanche pas encore vu le jour en France.

CONCLUSION

Les ADR étant une création relativement récente, il ne s'est pas encore développé une véritable théorie des ADR reposant sur une assise jurisprudentielle ou doctrinale éprouvée.

En fait, de par la nature confidentielle des procédures ADR et le caractère non public des avis des médiateurs ou des transactions en résultant, on ne dispose que de peu d'informations sur le déroulement pratique des diverses procédures ADR.

De façon générale, on peut cependant reconnaître aux ADR de nombreux avantages. Elles sont rapides, peu coûteuses, flexibles et confidentielles. Elles permettent de se concentrer sur les points clés du litige et de maintenir les relations commerciales entre les parties. Si elles ne sont pas nécessairement adaptées à tous les cas de figure, elles peuvent cependant se révéler d'une grande efficacité lorsqu'elles sont utilisées à bon escient.

A ce jour, nombre d'entreprises multinationales ont adopté les ADR. Parmi elles on trouve des entreprises telles que Pepsi, Kelloggs, Mc Donald et Holiday Inn, mais relativement peu d'entreprises françaises. Ces dernières vont-elles se laisser séduire par ces modes de résolution des litiges qui ont su faire la preuve de leur efficacité dans de nombreux pays ? Le Comité national français de la Chambre de commerce internationale (dont le siège est à Paris) vient de mettre sur pied un groupe de travail sur les ADR. Il s'agit peut-être d'un signe annonciateur d'un essor prochain de ce mode de résolution des litiges en France ■