

Gazette de la Chambre



Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Comité éditorial : Philippe Delebecque - Claude Goussot - Jean-Yves Thomas - Michel Leparquier

Editeur : Philippe Delebecque

Tiré à part du Numéro 28 - Printemps 2012



" Abundans cautela non nocet "

Contentieux, MARC* et entreprises. Quels enjeux, Quelles attentes ?*

Alexandre Job

- Juriste d'entreprise - Total - Direction Grands Contentieux

(L'auteur précise que ses propos sont strictement personnels et n'engagent que lui)

Le contentieux, facteur de risques pour l'entreprise

Les besoins de l'entreprise en matière de contentieux sont connus : maîtrise de l'aléa judiciaire, maîtrise de l'aléa temporel, maîtrise des coûts, écoute, confidentialité, neutralité. Il s'agit d'éviter autant que possible que le contentieux ne perturbe, outre mesure, le cours de l'activité économique.

On sait que la justice étatique ne peut répondre pleinement à ces attentes et que la justice arbitrale n'y répond qu'imparfaitement. À cet égard, les modes amiables de règlement des litiges constituent des outils complémentaires au contentieux classique à la disposition de l'entreprise dont elle doit savoir saisir les opportunités qu'ils offrent.

Cela ne veut pas dire pour autant que le contentieux classique soit "*has been*" ou dénué d'intérêt pour l'entreprise : la *jurisdictio* du juge, ce pouvoir de dire le droit et l'*imperium*, celui de le faire respecter sont de mise dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit pour l'entreprise de faire trancher une question de principe ou de faire respecter ses droits et intérêts patrimoniaux (concurrence déloyale, saisie, etc.).

Ainsi, la recherche d'une alternative au juge et à l'arbitre ne signifie pas qu'il y a volonté d'exclusion par l'entreprise de ces derniers au profit des modes amiables de règlement des litiges. L'entreprise est à la recherche d'une complémentarité entre les différents modes de résolution des différends dans le but de pouvoir recourir à l'un ou à l'autre de ces modes en fonction des circonstances de chaque espèce.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir quels sont les moyens à la disposition de l'entreprise pour assurer la maîtrise et la gestion du risque qu'il représente.

Le dénouement d'un contentieux, soumis à l'aléa judiciaire et à la décision d'un tiers (juge ou arbitre), est difficilement prévisible. Au rang des incertitudes s'ajoute le temps judiciaire, en décalage avec le rythme de la vie des affaires, ainsi que les frais induits par toute procédure contentieuse (avocats, experts, etc.).

Aussi est-il nécessaire pour l'entreprise de mettre en place des mécanismes appropriés de management des conflits pour en optimiser la gestion. Ainsi, chaque contentieux nécessite une analyse propre, la détermination d'un objectif et la définition d'une stratégie appropriée pour l'atteindre.

En effet, le contentieux ne doit pas être perçu comme une situation subie par l'entreprise. Cette perception change dès lors que l'on regarde le contentieux comme un instrument qui s'intègre dans la stratégie économique de celle-ci.

Et cette stratégie contentieuse se prépare très en amont, au stade de la rédaction des contrats. Dès ce stade, l'entreprise peut agir pour prévenir le risque de contentieux.

Prévenir le risque de survenance des litiges : Cartographier le risque contentieux et mettre en place des solutions standardisées

Le contentieux ne constitue pas une fin en soi. Le prévenir est la réaction première de l'entreprise.

Pour ce faire, il existe différents moyens de leviers à sa disposition pour :

- **prévenir les contentieux** : politique de suivi des contrats, clause de changement significatif défavorable, clause de *hardship*, clause de sortie, etc.)

- **les rendre plus prévisibles une fois nés** : clause de négociation, clause de médiation, clause d'arbitrage, clause d'élection de for, clause de choix de loi, etc.

Ce travail de rédaction peut être utilement complété par (i) la mise en place d'une **cartographie des risques** que peut générer l'application du contrat mais aussi par (ii) les **retours d'expériences** heureux ou malheureux dont l'entreprise a eu à connaître dans l'application de tel ou tel contrat ou dans l'application de tel ou tel type de clause.

L'objectif est de parvenir à une forme de standardisation des contrats et notamment des clauses de litige, de sorte que le traitement du litige, lorsqu'il survient, puisse être conduit de manière objective et plus efficace.

A titre d'exemple, dans les contrats industriels complexes apparaissent de plus en plus fréquemment :

- des clauses de "*Partnering*", de "*Dispute board*",

- des clauses de négociation amiables à plusieurs étages, faisant intervenir in fine des "*Senior Executives*", c'est-à-dire des personnes qui ne sont pas en prise directe avec le différend et dont le recul permet de sortir de l'ornière.

Le but de ces clauses est de prévenir l'émergence d'un différend ou, à tout le moins, d'en favoriser la résolution à un stade très préliminaire et de permettre la continuation du projet porté par le contrat.

Saisir les opportunités offertes par les MARC pour privilégier le maintien de la relation commerciale une fois le litige né

L'évolution récente de la pratique contentieuse fait une large place aux modes amiables de règlements des conflits tels que la médiation, la conciliation, la transaction, ou la négociation informelle, etc.

Suite page 2

Un léger frémissement se fait sentir en France où le recours à la médiation est désormais de plus en plus fréquemment intégré à la politique de gestion des conflits des entreprises. Les MARC sont parfaitement entrés dans les mœurs contentieuses aux USA ou au Royaume-Uni.

Par le recours aux MARC, les "litigants" deviennent des acteurs directs dans la définition de la solution du litige qui les oppose et qu'ils seront amenés à appliquer. Il y a une obligation de dialogue, ce qui impose une obligation corrélative d'écoute. Ce dialogue peut-être facilité par l'emploi, par exemple, d'un médiateur spécialisé dans le secteur d'activité des parties.

Outre une prévisibilité accrue, les MARC sont susceptibles de procurer aux entreprises, quel que soit leur secteur d'activité, des méthodes de résolution des litiges qui sont tout à la fois rapides, efficaces, peu onéreuses et confidentielles.

Les statistiques des centres de médiation français ou étrangers sont parlantes, même si l'on voit poindre une légère augmentation des coûts et délais, mais qui peut-être due au fait que des contrats ou problématiques plus complexes sont soumis à la médiation.

L'environnement pacifié dans lequel les MARC s'insèrent favorise en outre le maintien des relations d'affaires au-delà du différend.

En parvenant à une résolution plus rapide et concertée des conflits qui, autrement, auraient été résolus par la voie contentieuse classique, les MARC, et plus précisément encore la médiation, permettent de générer d'importantes économies en termes de coûts et frais de procédure, de temps gagné, de gain de productivité au bénéfice de l'entreprise.

C'est pour ces différentes raisons que les entreprises sont de plus en plus nombreuses à être tentées d'y recourir en matière commerciale.

Vers une maîtrise négociée du règlement des litiges

Plus généralement, l'émergence des MARC est le signe d'une "déjudiciarisation" du contentieux commercial, notamment international, qui s'affranchit du carcan des règles de procédure et des incertitudes liées aux interférences entre les différents ordres juridiques.

Ceci répond à une attente des entreprises qui entendent privilégier des solutions pragmatiques et "*Business oriented*", c'est-à-dire empreintes de réalisme opérationnel.

La souplesse ainsi conférée par les MARC offre la possibilité de ne pas appréhender le différend sous le seul angle juridique et c'est en cela qu'ils sont porteurs de solutions adaptées aux besoins des entreprises en conflit mais également un vecteur de stabilité de l'activité économique.

C'est la place même du contentieux dans l'entreprise qui s'en trouve révolutionnée.

Cela étant, le choix de recourir aux MARC doit toujours être réfléchi et circonstancié ; il ne s'impose pas dans tous les cas (difficultés de mise en œuvre dans les litiges multipartites, recours dilatoire, etc.) et revêt aussi sa part de risques notamment en cas d'échec (perte de temps, perte d'argent, risque de révéler une partie de ses arguments etc.).

* Intervention de M. Alexandre Job à la "table ronde" de l'AMRAE (www.amrae.fr), commission logistique, du 15 mars 2011 sur le thème : "Les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC): vers la fin du procès ?" (Voir Gazette de la Chambre N°25).

