

# Wilhelm Gilliéron

## AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 13 avril 2014

## Conflits de droit commercial : quelle procédure choisir ?

Tout chef d'entreprise, entrepreneur, actionnaire ou investisseur, confronté à un litige de droit des sociétés ou, plus généralement de droit commercial, relatif par exemple à l'exécution d'une convention d'actionnaires ou d'un contrat d'investissement, sera très certainement amené à devoir s'interroger sur la façon la plus opportune de régler ce différend.

Ses principales préoccupations seront alors de résoudre ce conflit en le moins de temps possible, en y consacrant un minimum d'énergie et de moyens financiers tout en ayant le sentiment d'avoir été entendu et même écouté par une autorité habituée aux affaires et aux problèmes financiers, économiques ou juridiques qu'elles posent.

Le but de la présente contribution est de décrire les grandes avenues que le droit suisse du règlement civil des différends offre aux acteurs de la vie économique pour régler leurs litiges. Elle sera fondée sur notre expérience de plus de vingt ans d'avocat d'affaires dans le cadre de litiges de droit civil, expérience qui sera exposée sans détour et parfois même avec une certaine franchise proche de l'ingénuité. Le présent article n'abordera toutefois pas les éventuels aspects pénaux d'un litige.

Notre expérience nous fait souligner d'entrée de cause qu'il n'y a pas de solution miracle et que la meilleure façon d'éviter un litige est de bien gérer ses intérêts, ce qui n'est pas toujours possible, malheureusement. L'avocat ne saurait donc assez attirer l'attention de son client sur les ravages irrémédiables qu'un litige judiciaire ouvert à l'encontre d'une relation d'affaire occasionnera inmanquablement à son égard. La confiance inhérente à toute relation commerciale s'en trouvera en effet presque toujours définitivement rompue. Le litige judiciaire ouvert ne doit donc être considéré que comme une solution de dernier recours et il importe que les plaideurs puissent comprendre les autres voies que le droit moderne offre désormais aux parties dans le cadre du règlement de leur différends, qu'il s'agisse de le prévenir, de l'éviter ou de le régler, pour ne pas détruire définitivement et forcément tout ce qui a compté entre elles par le passé.

### 1. Médiation ou litige : le premier choix à faire :

#### 1.1. Introduction :

Le premier choix que doit faire tout justiciable désirent s'aventurer sur la route du règlement de son différend sur le plan civil porte sur le fait de savoir si celui-ci doit être réglé par voie de médiation ou par voie judiciaire.

#### 1.2. La médiation :

La médiation est une voie particulière du règlement d'un différend de nature civile. Elle consiste dans le fait de soumettre le litige à un médiateur neutre, choisi d'un commun accord par les parties, lequel n'aura pas de pouvoir contraignant sur celles-ci, mais dont la tâche consistera à les amener à renouer le dialogue pour exprimer, l'une à l'égard de l'autre, leur revendications et travailler sur certaines solutions extrajudiciaires du règlement de leur différend, solutions auxquelles les parties auront abouti elles-mêmes à l'issue du processus de médiation.

La médiation est donc à distinguer de la conciliation qui constitue désormais l'étape préalable et incontournable de la procédure civile ordinaire instaurée par le code fédéral de procédure civile.

Il résulte de ce qui précède que la médiation doit nécessairement s'inscrire dans un cadre extrajudiciaire. Ce cadre doit être défini par les parties elles-mêmes, généralement avec l'aide du médiateur. Le médiateur inscrira son action dans un rapport horizontal avec les parties et non pas dans un rapport vertical d'autorité à justiciable.

La confidentialité des échanges tenus lors de la médiation est un autre élément clé de ce processus de règlement. Tout ce qui se dira devant le médiateur doit rester non seulement secret, mais ne saurait, d'une quelconque manière, être rapporté par la suite dans le

cadre judiciaire éventuel du litige, si le processus de médiation ne venait pas à aboutir à règlement définitif.

Si la médiation peut intervenir avant toute tentative de règlement judiciaire du différend, elle peut également intervenir pendant celui-ci. Le code de procédure civil suisse, à ses articles 213 à 218, prévoit cette possibilité. Cette loi stipule que la médiation peut remplacer la conciliation. Elle prévoit que le tribunal peut en tout temps conseiller aux parties de procéder à une médiation.

Les parties peuvent également par elles-mêmes en tout temps décider de suspendre la procédure judiciaire en cours pour tenter de régler ou de progresser vers une solution par la voie de la médiation. Si elles parviennent à un accord, le code de procédure civile prévoit à son article 217 que cet accord peut être ratifié par le tribunal saisi qui l'assortira des effets d'une décision judiciaire entrée en force. L'article 216 CPC garantit par ailleurs la confidentialité, soit en particulier le fait que « les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans le processus judiciaire » ainsi que l'indépendance de la procédure de médiation par rapport à celle du tribunal.

La médiation est également prévue par la Chambre Internationale de Commerce (ICC) dans le cadre de ses offres de règlements alternatifs des différends (ADR). Ainsi, par exemple, la Chambre offrira aux parties les compétences de médiateurs qualifiés.

### **1.3. Le pour et le contre de la médiation :**

La médiation est encore mal connue et ses effets sont souvent mis en doute par les acteurs économiques. Ceux-ci ne voient souvent en la médiation qu'« un tour de chauffe » de la « véritable » procédure, qui ne peut intervenir – selon eux – que sur le plan judiciaire. De plus, même si le processus est confidentiel, les parties redoutent souvent de se livrer entièrement en médiation car elles craignent que leurs positions, révélées dans ce cadre, même si elles ne peuvent être reprises telles quelles sur le plan judiciaire, puissent néanmoins indiquer leurs principaux arguments et révéler leurs atouts, permettant à la partie adverse de s'y préparer, voire de mieux les contrer.

Le grand avantage de la médiation consiste toutefois selon nous dans le fait que ce processus ne s'inscrit pas dans le cadre formaliste de la procédure judiciaire. Dans la médiation, les parties doivent être innovantes et libres d'avancer dans le cadre de leur litige des solutions non juridiques, souvent plus raisonnables. Elles doivent être prêtes à considérer leurs différends non plus sous l'angle juridique, mais sous d'autres angles, en particulier celui de l'aspect économique et commercial de leur relations passées ou futures. Il n'est donc pas indispensable que le médiateur soit un juriste. Ce serait même à notre sens un désavantage, tant est importante l'occasion que la médiation offre aux parties de se parler informellement. Il est en revanche indispensable que le médiateur soit rompu aux méthodes de médiation, afin d'amener les parties à renouer le dialogue et à faire preuve de toute la flexibilité et de l'imagination nécessaire pour régler leur litige.

## **2. Procédure civile ordinaire ou procédure arbitrale : le second choix :**

### **2.1. La procédure civile ordinaire :**

En droit suisse, la procédure civile ordinaire est définie par le code fédéral de procédure civile, entré en vigueur le 1er janvier 2011. Ce code a unifié les différentes procédures civiles cantonales qui prévalaient jusqu'alors. Le propos de la présente contribution n'est pas de décrire le détail de cette procédure. Il consiste plutôt à permettre à l'homme d'affaires d'envisager ce qui l'attend s'il décide d'emprunter cette voie pour procéder au règlement de son litige. A ce titre, il convient en premier lieu de souligner que cette procédure ne saurait être envisagée sans l'assistance et les conseils d'un avocat inscrit au barreau du for du litige. La procédure, même si elle a été sur de nombreux points quelque peu simplifiée par ce nouveau code, reste complexe et particulière. Seul un avocat au barreau saura guider son client dans ce labyrinthe souvent compliqué.

En second lieu, il convient d'attirer l'attention des parties sur la longueur de la procédure. Une durée de 18 à 24 mois en première instance est la règle. 36 mois est fréquent. Un appel d'une durée de 12 mois en moyenne peut suivre, ainsi qu'un recours au Tribunal fédéral lequel est réglé en 6 à 12 mois, ce qui amène, d'après notre expérience, et quel que soit le for choisi, à des procédures de près – voir de plus – de quatre ans, toutes instances confondues.

Les coûts de la procédure ne sont pas non plus négligeables. Les avances de frais – définies suivant les cantons – peuvent être importantes. Ainsi, par exemple, pour une valeur litigieuse de plus de CHF 500'000.-, l'avance de frais initiale sera dans le canton de Vaud de l'ordre de CHF 16'000.-, ce à quoi il faut rajouter les avances subséquentes, notamment relatives à l'audition des témoins, à l'expertise éventuelle, à l'appel et au recours au Tribunal fédéral, sans oublier les honoraires de l'avocat. A ce dernier titre, ceux-ci s'élèvent facilement à plus de CHF 30'000.- en première instance, pour autant que la rédaction de la demande et de la réplique éventuelle soit relativement aisée.

Enfin, et c'est peut-être le principal écueil, les tribunaux saisis seront des tribunaux composés de juges généralistes, souvent peu au fait des arcanes de la pratique des affaires. Les accords soumis aux juges devront donc être soigneusement expliqués et/ou rendus compréhensibles pour vaincre les préjugés qui ont souvent cours à l'encontre de certaines pratiques commerciales.

### **2.2. La voie de l'arbitrage :**

La voie de l'arbitrage permet d'offrir aux plaideurs une alternative au mode ordinaire et judiciaire du règlement de leur litige. La procédure d'arbitrage peut être multiple et variée. Elle diffère toutefois de la procédure civile ordinaire sur les points suivants : en premier lieu, la procédure, sauf sur certains principes intangibles destinés à garantir aux parties certains principes fondamentaux de notre ordre juridique moderne tel le droit d'être entendu, peut être librement choisie par les parties. Certaines instances, telles que l'ICC précitée ou la Chambre suisse d'arbitrage instituée de manière commune par les chambres suisses de commerce et répondant à la dénomination de Swiss Rules of Arbitration, ont toutefois institué des règles procédurales de base dont les parties s'inspirent en général, mais dont elles peuvent aussi s'écarter ou vouloir compléter.

En second lieu, les parties doivent choisir leurs arbitres. Contrairement à la médiation, nous sommes d'avis que le choix d'arbitres ayant non seulement une expérience en matière d'arbitrage, mais également une solide qualification de juriste, est indispensable. En effet, bien que plus souple, la procédure arbitrale fixe le cadre d'un débat et d'arguments avant tout juridiques.

En troisième lieu, la procédure arbitrale n'est possible que si les parties au litige sont d'accord de soumettre leur différend à ce type de procédure. Elles peuvent l'avoir fait préalablement à tout litige, notamment par une clause arbitrale insérée dans le contrat qui les lie et dont est issu leur dispute, ou subséquemment par un accord écrit ad hoc.

Les articles 353 à 399 du code de procédure civile fixent le cadre minimum dans lequel doit s'inscrire une procédure arbitrale dirigée par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse, c'est-à-dire mettant aux prises des parties ayant leur domicile ou leur siège situé en Suisse. Ces dispositions fixent les règles minimales applicables aux termes de la convention d'arbitrage, à la procédure de constitution du tribunal arbitral, à la récusation, la révocation ou le remplacement des arbitres, à la procédure arbitrale proprement dite, y compris celles relatives aux sûretés, aux mesures provisionnelles éventuelles et aux dommages-intérêts, ainsi qu'à la forme et au contenu de la sentence arbitrale, à son contenu et aux conditions auxquelles il peut y être fait recours.

Dans le cas de litiges opposant des parties situées en dehors de Suisse, ce sont généralement les Swiss Rules of International Arbitration ou les règles de l'ICC qui régleront le cadre procédural de l'arbitrage, si le siège de l'arbitrage se trouve en Suisse. Le cadre général est dans ce cas posé par les articles 176 à 194 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

### **2.3. Le pour et le contre de l'arbitrage**

A notre sens, le règlement d'un différend de droit commercial, qu'il soit interne à la Suisse ou de nature international, offre de grands avantages par rapport à la procédure civile ordinaire. Sur le plan international tout d'abord, il permet à la partie suisse d'éviter de se trouver attrait à un for étranger qu'elle n'aurait pas souhaité. Sur le plan interne ou international, la procédure arbitrale offre à notre sens l'immense avantage de voir son litige tranché par des arbitres choisis par les parties, et donc par des spécialistes soit du règlement des différends, soit de la matière considérée. Les chambres de commerce et l'ICC en particulier offrent en effet des listes d'arbitres en fonction de leurs compétences dans les matières du droit en cause. Ces arbitres savent en outre user du doigté et de la courtoisie nécessaire pour non seulement favoriser le dialogue arbitral entre les parties, mais également éviter de les crispier ou de faire encore augmenter la défiance réciproque souvent à l'origine de leur litige et rendant la période de la procédure souvent parfaitement insupportable et réhibitoire à toute reprise de relations commerciales à l'avenir.

Un autre avantage déterminant tient dans la durée de la procédure arbitrale. Celle-ci dépend directement de l'implication des parties. Ce sont elles qui fixent le calendrier de la procédure. La durée de celle-ci peut donc être relativement courte. Selon notre expérience, les litiges arbitraux sont en général tranchés durant une période de dix-huit mois, ce qui est considérablement plus court qu'une procédure civile ordinaire.

L'exécution d'une sentence arbitrale interne et/ou internationale est régie par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, convention internationale ratifiée par la quasi-totalité des Etats de notre planète. Cette convention a fait ses preuves et permet de faire reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale à l'étranger de façon relativement aisée.

Le principal inconvénient de la procédure arbitrale peut paradoxalement être considéré comme un grand avantage. Un recours contre une sentence arbitrale n'est ouvert que pour un vice majeur de procédure. En matière d'arbitrage interne, c'est l'article 393 du code de procédure civile qui fixe les motifs du recours. Ceux-ci sont énumérés limitativement et portent sur une informalité crasse de la procédure tendant à priver l'une des parties de ses droits fondamentaux de procédure, tel que le droit d'être entendu ou celui de pouvoir compter sur un tribunal indépendant et impartial. Tels sont également les motifs des recours énumérés par l'article 190 LDIP en cas d'arbitrage international.

Le second désavantage de la procédure arbitrale tient souvent dans son coût. Celui-ci est en effet souvent considéré comme très important, voire exorbitant. Ainsi par exemple, pour une valeur litigieuse de USD 600'000.-, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international sous l'égide de la CCI, le montant des honoraires des arbitres sera en moyenne de USD 30'000.- par arbitre auxquels s'ajoutent environ USD 16'000.- de frais administratifs. Notons qu'en cas de gain du procès, la totalité des honoraires d'avocats doit être remboursé par la partie qui succombe, de même que les frais de l'arbitrage susmentionnés. En cas de perte du procès en revanche, la facture peut être relativement salée, puisque la partie qui succombe supporte le tout. C'est à mon sens cependant un inconvénient qui ne doit pas être surestimé, surtout eu égard aux avantages que peut procurer aux parties un règlement rapide de leurs différends.

### **3. Nos conseils pour éviter l'impasse :**

Comme nous l'avons relevé en introduction, un conflit ouvert fait courir un risque énorme en droit commercial. C'est le risque de perdre de façon irrémédiable ses relations d'affaires avec un client, un fournisseur ou toute autre relation d'affaire. D'un autre côté, une transaction n'est pas toujours possible. Comment donc s'en sortir ? D'après notre expérience, le meilleur moyen d'éviter un conflit consiste à la fois à prévoir les termes de ses futurs droits et obligations à l'avance dans un contrat écrit, mais également de laisser suffisamment flexibles les clauses de ce contrat pour pouvoir les adapter à l'évolution à venir des relations commerciales. Dans cette perspective, il est essentiel pour le chef d'entreprise ou l'homme d'affaires avisé de considérer ses relations contractuelles non comme des termes gravés dans le marbre de l'éternité, mais comme un jardin méritant suivant les saisons un entretien minutieux et sans cesse renouvelé. Il importe pour ce faire de maintenir un dialogue constant et respectueux avec le cocontractant, certes pour promouvoir ses intérêts, mais également dans la prise en compte objective de ceux d'autrui.

### **4. En guise de conclusion :**

S'il n'est pas possible d'éviter le litige, nous sommes d'avis qu'en matière de droit commercial, la voie de l'arbitrage est celle qui est la plus indiquée. La procédure arbitrale est en effet la plus à même à assurer un climat constructif au règlement du litige commercial entre parties. Elle est également la voie la plus sûre pour voir le litige tranché par de vrais spécialistes choisis par les parties. C'est en outre la procédure la plus rapide. Naturellement, c'est aussi la procédure la plus chère, mais le temps n'est-il pas de l'argent ?

Les parties doivent cependant se rappeler que la médiation leur est ouverte en tout temps, que ce soit avant le procès ou pendant celui-ci. La voie de la médiation peut permettre de résoudre un litige plus rapidement, de renouer le dialogue entre parties ou de faire trancher une question technique essentielle à la résolution du conflit. A ce titre, la sagesse populaire est souvent bonne conseillère lorsqu'elle rappelle qu'« un bon arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès ».

---

**Source :**

**<https://www.wg-avocats.ch/actualites/litiges-judiciaires-ou-arbitraux/conflits-de-droit-commercial-quelle-procedure-choisir/>**