



L'ADR : une alternative à l'arbitrage de la CAMP ?

Jean-Serge Rohart – Avocat à la Cour & Président du CMI

1/ « *Alternative Dispute Resolution* ». Une fois de plus on a peine à évoquer un thème cher aux juristes anglo-saxons sans utiliser leur vocable. Toute tentative de francisation des termes employés tourne vite à la lourdeur : certains auteurs emploient l'expression « *modes alternatifs de résolution des litiges* », d'autres disent « *règlement alternatif des différends* », mais l'on reste insatisfait. Au reste, peu importe, car ce qui compte est que la vogue de l'ADR commence à s'emparer des praticiens du droit français, et que certains proposent d'introduire dans nos institutions d'arbitrage, y compris à la CAMP, l'une ou l'autre des méthodes de règlement des litiges qui font fureur à l'étranger.

2/ C'est surtout aux Etats-Unis, en Angleterre et dans les pays de « *common law* » que l'ADR connaît son plus grand succès, qui naturellement est dû à la crainte généralement ressentie là-bas par les justiciables d'affronter une justice lourde, lente et coûteuse, devant les tribunaux étatiques comme en arbitrage.

- Aux **Etats-Unis**, l'idée d'une alternative aux procédures judiciaires et arbitrales traditionnelles est née à la fin des années 1970, essentiellement en raison de certaines insatisfactions procurées par le système judiciaire américain : imprévisibilité procurée par le système judiciaire américain : imprévisibilité quasi-totale des verdicts prononcés par les jurys, recours excessif du juge américain aux dommages-intérêts « punitifs », lenteur des procédures de « *discovery* ».

- Au **Royaume-Uni** également l'ADR connaît un triomphe. De nouvelles règles de procédure civile ont été mises en place récemment en Angleterre et au Pays de Galles, qui ont institué une sorte de juge de la mise en état, en lui conférant le pouvoir d'« encourager les parties à utiliser une méthode de règlement alternatif des litiges s'il le considère approprié ». Rappelons qu'en France cette possibilité n'est pas nouvelle et que le Nouveau Code de Procédure Civile la prévoit à de nombreux endroits (notamment article 21 : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties »).

- Les méthodes d'ADR fascinent à ce point les juristes qu'il est question dans certaines organisations internationales (en particulier la CNUDCI, l'OMI, le CMI) d'introduire, dans les futures conventions de droit maritime, le recours à l'ADR comme substitut possible aux clauses juridictionnelles ou compromissoires classiques. La CNUDCI a d'ailleurs adopté en juin 2002 une loi-type sur la conciliation commerciale internationale, ses rédacteurs ayant tenu toutefois à souligner que le terme « *conciliation* » recouvre diverses techniques de recherche non-contraignante de solution des litiges (y compris la médiation). Cette précision est d'importance, car la différence entre conciliation et médiation n'est pas toujours bien perceptible. Ainsi note-t-on que la CAMP elle-même a introduit dans son règlement des règles sur la « *conciliation / médiation* », sans pour autant différencier l'une et l'autre des deux procédures.

3/ Il paraît utile de décrire ci-après quelques formes d'ADR rencontrées dans la pratique américaine :

L'avis d'expert (« *Expert determination* »)

Il s'agit d'une procédure par laquelle un tiers indépendant, généralement un expert choisi par les parties dans le domaine technique dans lequel est né le litige, est appelé à imposer aux parties son avis sur les éléments de leur différend. Cette méthode d'avis contraignant convient bien aux litiges essentiellement techniques ou reposant sur des évaluations controversées. La procédure à suivre est généralement extrêmement souple et rapide, laissée à la liberté de l'expert ou convenue sur une base ad hoc lors de la désignation conjointe de l'expert par les parties. Cependant certaines organisations fournissent leurs services d'administration, leurs règles de procédure, ainsi que des listes d'experts susceptibles d'opérer dans de telles missions (on citera le Centre d'Expertise de la CCI ou la British Academy of Experts).

L'évaluation liminaire (« *Early Neutral Evaluation* »)

Cette formule, plus adaptée que la précédente aux litiges à forte consistance juridique, vise, dès avant la mise en état d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage, à permettre aux parties et à leurs conseils de se réunir devant un tiers indépendant désigné d'un commun accord (un avocat ou un magistrat à la retraite) pour lui présenter les grandes lignes de leurs dossiers. Après les avoir entendus, le tiers indépendant leur livre une évaluation des mérites respectifs de chaque dossier et indique quelle devrait, selon son sentiment, être l'issue du procès. Cette évaluation non-contraignante permet de faciliter le rapprochement des parties, et conduit bien souvent à une médiation anticipée. Aux Etats-Unis, de nombreux tribunaux invitent les parties à recourir à cette formule, parfois également appelée « *pre-trial conference* » lorsqu'elle se situe à un stade plus développé de la procédure, si ce n'est à la veille du procès.

Le « mini-procès » (« Mini-trial »)

Avec cette procédure, le litige est jugé par un collège composé des représentants au plus haut niveau des entités impliquées dans la cause, souvent leurs dirigeants eux-mêmes, sous la présidence d'un tiers indépendant, qui dirige les débats et veille le plus possible à amener les parties à la transaction. C'est donc bien une formule hybride, qui combine les caractéristiques des procédures contraignantes et des procédures consensuelles. A l'instar de la médiation, le mini-procès repose sur une démarche volontariste, avec une solution non-contraignante. Chaque partie peut s'en retirer à tout moment. Il s'agit d'atteindre un accord commercial sans vainqueur ni vaincu, et de préserver les bonnes relations des parties pour l'avenir. En revanche, le mini-procès emprunte au procès judiciaire ou à l'arbitrage en ce que les parties se font représenter par des avocats qui cherchent, naturellement, à « gagner leur cause », ce qui risque de nuire au climat de concorde recherché par cette institution originale.

La « justice privée » (« Private judging »)

La « justice privée » est un moyen d'accélérer le cours des procédures devant les tribunaux de l'ordre judiciaire en permettant aux justiciables de désigner leur propre juge pour statuer sur leur cas. La personne ainsi désignée sera la plupart du temps un avocat ou un ancien magistrat, qui présidera une audience et rendra un jugement ayant la même autorité que s'il émanait d'un tribunal ordinaire et qui sera susceptible d'appel. Cette forme d'ADR connaît un grand succès aux Etats-Unis, où elle est mise en pratique dans plus de la moitié des états, avec certaines variantes dans l'étendue des pouvoirs du juge ou dans son mode de désignation. L'intervention d'un tel juge peut en effet parfois être proposée aux parties par le tribunal, et on ne l'appelle plus alors « *private judge* », mais « *referee* » ou « *master* ». Dans tous les cas cependant les parties doivent marquer leur accord sur le nom du juge et partager ses honoraires et frais : il s'agit bel et bien d'une « justice privée » et c'est à juste titre que les américains surnomment ce système le « *rent-a-judge* ».

La médiation/conciliation

On peut définir la médiation en général comme le règlement négocié d'un litige par l'intermédiaire d'un tiers indépendant. La solution donnée au litige donnera lieu à un accord amiable, ce qui signifie que la solution suggérée par le médiateur/conciliateur n'est pas, sauf s'il en a été autrement convenu à l'avance, contraignante pour les parties. En réalité, la médiation revêt des formes particulières. Les juristes américains ont usé pour leur part de toute leur imagination pour inventer autour de la formule générique de la « médiation » diverses techniques particulières :

• La médiation-arbitrage (« Med-Arb »)

Formule parfaitement hybride, la médiation-arbitrage opère à deux degrés. Au départ les parties s'entendent pour soumettre leur différend à un médiateur. Si elles ne parviennent pas, en tout ou partie, à un accord amiable, le litige ou les points restant en litige sont alors automatiquement soumis à l'arbitrage, le médiateur devenant arbitre, et les parties étant liées par la sentence à venir. Cette forme d'ADR convient assez bien à des litiges opposant des entreprises associées dans de grands projets qui souhaitent, si un litige survient au cours de la réalisation du projet, trouver une solution à ce litige, tout en évitant une rupture durable de leur coopération.

• L'arbitrage post médiation (« Med-then-arb »)

La procédure est la même que celle de la médiation-arbitrage décrite ci-dessus, à l'exception près que les deux phases de cette procédure ne sont pas confiées au même intermédiaire, afin d'éviter que des révélations confidentielles éventuellement faites par les parties au tiers « médiateur » puissent l'influencer au moment de rendre sa sentence comme « arbitre ». En réalité ce souci n'a pas lieu d'être, car un médiateur digne de ce nom est normalement capable de jouer successivement les deux rôles, alors que le recours à deux intermédiaires successifs occasionne nécessairement un accroissement des frais.

• L'arbitrage-médiation (« Arb-Med »)

Cette technique ressemble au « med-then-arb », mais elle implique un seul intermédiaire chargé de régler le litige. Elle s'en différencie toutefois puisqu'elle débute par une audience classique d'arbitrage où les parties exposent leurs argumentations. La singularité du système consiste à voir alors les parties entrer aussitôt dans la phase de médiation, avec le concours de l'arbitre jouant son rôle de médiateur. Il y a là un risque évident de perte de temps par rapport à la médiation-arbitrage, d'autant plus que, une fois leur affaire plaidée devant l'arbitre, les parties sont sans doute plus réticentes à entrer en voie de négociation, même si le talent du médiateur peut les y aider.

• La médiation-fantôme (« Shadow Mediation »)

Ici encore ce sont des personnes différentes qui opèrent pour la médiation et pour l'arbitrage, mais l'originalité vient de ce que le médiateur assiste aux opérations d'arbitrage, et se tient à la disposition de l'une ou l'autre des parties qui viendrait à demander sa médiation sur tel ou tel aspect du litige. Comme la précédente, cette méthode est coûteuse, et ne se justifie que dans des litiges extrêmement complexes ou portant sur des intérêts considérables.

• Le « co-med-arb »

C'est le complet mélange des genres, qui combine médiation, médiation-fantôme, arbitrage et mini-procès, afin d'éviter les inconvénients respectifs de ces diverses formules. En pratique cela revient pour l'arbitre (les arbitres) à assister à la réunion initiale de médiation, ce qui lui (leur) permet de prendre connaissance de l'affaire en même temps que le médiateur. Pour autant, l'arbitre ne participe pas à la phase de négociation, qui demeure donc confidentielle entre le médiateur et les parties. Comme dans le mini-procès, des représentants au plus haut niveau des entreprises en cause peuvent assister à la phase préliminaire de la médiation. Si celle-ci échoue, ils jugent l'affaire dans le cadre d'un « mini-procès », et si cette méthode en vient à son tour à échouer, l'arbitrage aura lieu sous la présidence de l'arbitre (des arbitres), étant entendu que le médiateur demeurera à disposition des parties pour les aider à négocier tel ou tel aspect du litige soumis à l'arbitrage. On aboutit ici au comble de la complication, alors que l'ADR vise en principe à simplifier les procédures...

4/ La CAMP doit-elle s'inspirer des pratiques précitées et introduire dans son règlement le recours à une forme quelconque d'ADR ? Le besoin ne semble pas devoir s'en faire sentir présentement. On a vu en effet que l'ADR vise principalement à remédier aux défauts de lenteur et de coût souvent reprochés à la justice étatique ou arbitrale de certains systèmes juridiques étrangers. Or, peut-on bien adresser les mêmes reproches à l'arbitrage de la CAMP ?

• La procédure de la CAMP serait-elle lente ? Certainement pas, et personne ne s'est jamais plaint du rythme plutôt tonique que le Comité de la Chambre impose aux parties pour procéder à l'échange de leurs mémoires.

• L'arbitrage de la CAMP est-il coûteux ? Non, et il est infiniment moins coûteux que celui rendu dans certaines grandes places d'arbitrage du monde, alors que la compétence des arbitres et la qualité de leurs sentences n'y sont pas nécessairement inférieures.

• Les audiences d'arbitrage de la CAMP sont-elles trop longues ? Pas le moins du monde, et on dirait même : pas assez. C'est là d'ailleurs qu'il y a peut-être un problème latent. La grande différence entre la justice rendue chez nos amis anglais ou américains – tribunaux judiciaires et arbitraux confondus – et la nôtre réside dans la longueur des débats. Il s'agit d'un phénomène de société qui prend ses racines dans l'éducation des peuples. A la différence des Anglo-saxons, les Français évitent, soit par crainte soit par dédain, la discussion. Cela se constate dans le domaine politique, où le « combat » est traité comme plus méritoire que le « débat », dans le domaine social où le « dialogue » fait souvent défaut, et naturellement dans le domaine judiciaire où l'on ignore dans la plupart des cas l'audition des témoins et des experts et où l'on peut s'amuser de voir que les « submissions » des Anglais deviennent ici des « conclusions ». Cela doit peut-être signifier que lorsque les uns « soumettent », les autres « concluent » et que le français cherche à être le premier à avoir le dernier mot ! C'est son « exception culturelle » ! A partir de là, il n'est pas étonnant qu'en France les arbitres (comme les juges étatiques, à l'exception du juge pénal dans les « grandes » affaires) ne consacrent à l'audience (c'est-à-dire, littéralement, à la séance destinée à « entendre » les parties) qu'un temps relativement court par rapport à ce qu'on connaît ailleurs. Il est extrêmement rare à la CAMP qu'une affaire - même complexe - soit entendue sur plus d'une journée, voire une demi-journée, et ceci étonne souvent les représentants des parties étrangères, habitués qu'ils sont de semaines entières d'audience occupées dans les arbitrages de Londres ou de New York.

Là donc est le problème. Les formules d'ADR n'ont pour but, dans les systèmes anglo-saxons, que d'alléger, en l'écoutant, la phase de rencontre entre le juge et les parties. Viser le même but n'aurait aucun sens dans notre système, en particulier à la CAMP, qui peut vanter partout la simplicité, la rapidité et le coût relativement faible de sa méthode de règlement des litiges. La concision des plaidoiries et des sentences révèle en effet des qualités propres au génie juridique français, et il n'y a aucune raison d'en rougir, car elle nécessite à la fois esprit de synthèse et clarté d'expression.

Cependant on peut se demander si dans certains cas le caractère particulièrement complexe des questions juridiques ou techniques d'une espèce donnée ne justifierait pas que la CAMP propose aux parties deux procédures, au choix :

- Une procédure « légère », qui serait celle suivie habituellement aujourd'hui et qui serait présentée à l'étranger comme une formule particulière d'ADR, singulièrement rapide, économique et efficace.
- Une procédure plus « lourde », réservée aux dossiers importants ou complexes, et dans laquelle il serait donné un caractère plus solennel et rigoureux à la phase d'audition des parties par les arbitres : examen complet et contradictoire des pièces, audition et contre-audition d'experts ou de témoins (« cross-examination »), échange approfondi du dialogue entre arbitres et parties ou conseils des parties. Les séances d'arbitrage verraient sans doute leur durée augmenter de manière significative, sans pour autant atteindre la longueur des audiences que l'on connaît Outre-Manche et Outre-Atlantique.

Ce serait ainsi un choix qui serait offert aux parties et cela constituerait, au sens propre du terme, une véritable « alternative »...