

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

3 numéros par an

(Janvier - Avril - Septembre)

Numéro 38 - Automne 2015



"Tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero"

L'action directe et l'arbitrage maritime Comment conjuguer les avantages des arbitrages anglais et français ?

Patrick Simon
Avocat maritime

L'action directe existe un peu partout : contre l'assureur du responsable, contre le vendeur dans une filière contractuelle, contre l'armateur propriétaire s'il n'est pas le transporteur, contre le mandant principal non-contractant en cas de mandat confié par un armateur à un intermédiaire.

La législation a institué ce type d'action. Ses formes varient : en droit français une loi de 1930 permet à la victime d'un dommage d'agir contre l'assureur du responsable du dommage ; en droit anglais c'est aussi possible en vertu d'une loi également de 1930 mais uniquement si le responsable fait faillite (je ne parle pas là de l'action contre les P&I Clubs qui n'est pas possible car elle se heurte à la règle "pay to be paid" aussi bien en droit anglais que français).

La jurisprudence a également permis en France l'action délictuelle contre le vendeur d'un produit défectueux même s'il n'est pas le contractant et contre l'armateur propriétaire non-partie au connaissement si c'est le mauvais entretien du navire qui a causé le dommage à la cargaison. Elle a également autorisé l'action contre le mandant principal. J'y reviendrai.

La difficulté

Le problème qui se pose en matière d'arbitrage est le suivant : le plus souvent ces actions autorisées par la jurisprudence ont un fondement délictuel et non contractuel. Dans ce cas il y a certes une action contractuelle qui relève de la compétence des arbitres (celle contre le vendeur intermédiaire fondée sur le contrat de vente, celle contre le transporteur fondée sur le connaissement ou contre le fréteur fondée sur la charte-partie, celle contre le mandant intermédiaire et non principal fondée sur le mandat) mais elle ne peut inclure l'autre action, celle contre le véritable responsable (le vendeur fabriquant du produit défectueux avec qui l'acheteur n'a pas contracté, l'armateur-propriétaire qui n'est pas partie au transport, l'armateur ayant confié l'agence à une société de son groupe qui l'a à son tour sous-traité à un agent) ou à l'inverse l'assuré partie à la police d'assurance peut seul agir contre son assureur mais il n'a pas subi le dommage puisqu'il en est le responsable (faute de manutention par exemple). Dans tous ces cas on se heurte à l'effet relatif des contrats. On m'objectera que ce n'est pas grave car les deux actions seront poursuivies devant deux forums différents : devant des arbitres pour l'action contractuelle, au tribunal pour l'action *in tort* ou instituée par la loi. Il y a tout de même un inconvénient : les arbitres n'auront pas certaines preuves fournies dans l'autre procès et réciproquement pour les tribunaux. Il serait assurément meilleur d'avoir les deux actions jugées par le même tribunal et à mon avis préférable de les avoir jugées par les arbitres plutôt que par les tribunaux.

L'intérêt d'une juridiction unique

Pourquoi cela ? Parce que les arbitres étant spécialistes et praticiens pourront plus facilement demander, trouver et sélectionner les preuves qui permettent de dire si, oui ou non, le navire était mal entretenu ou le produit vendu défectueux ou le travail consistant à recruter du fret effectué dans l'intérêt de tel ou tel armateur ou le type de dommages un risque assuré, etc.

Mais ce n'est pas possible juridiquement, sauf bien sûr si toutes les parties se mettent d'accord *a posteriori* par un compromis d'arbitrage pour tout soumettre aux arbitres. En pratique cela arrive rarement.

Pourtant les avantages d'une telle solution d'unicité sont incontestables.

1/ D'abord les témoins peuvent être entendus contradictoirement par les arbitres. Le système anglais de *cross-examination*, très efficace, est également pratiqué en France, ce que l'on ignore, en arbitrage et aussi au cours des expertises judiciaires. Les tribunaux, du moins en France, sont réticents à autoriser l'audition de témoins et c'est bien dommage.

Je vous donne quelques illustrations de l'utilité du témoignage oral (et non pas écrit).

Je vous raconte ce que j'ai vécu il y a quelques années dans un arbitrage à Londres. Un *barrister* interrogeait un témoin qui, pour doubler sa réclamation de surestaries, avait concocté une charte-partie entre deux sociétés de son groupe. Cela n'a rien d'illégal en soi mais toute la question était de savoir s'il l'avait fait avant les faits ou *a posteriori*. Le témoin avait une maîtrise parfaite de son langage et de ses documents mais à chaque fois qu'il disait une contre-vérité, il avait un mouvement du bassin qui trahissait son embarras. La première fois les arbitres et avocats n'ont rien remarqué, une deuxième fois non plus mais au bout de quatre ou cinq mouvements du bassin, tout le monde avait compris qu'il disait une inexactitude. C'était le langage du corps.

Je vous donne un deuxième exemple. Un *barrister* contre-interroge un second officier :

Barrister : - "Quel temps faisait-il ce jour-là ?"

Témoin : - "Je ne me souviens pas."

Barrister : - "Vous vous souvenez d'avoir remis au manutentionnaire le plan d'arrimage mais vous ne vous souvenez pas du temps qu'il faisait ?"

Témoin : - "Je ne me souviens que des choses importantes."

Le témoin aurait pu bafouiller, dire qu'il s'était trompé et finalement se souvenait du temps. Là il a donné la réponse crédible.

Ce que je vous raconte là, jamais cela ne pourra apparaître à l'écrit et c'est pourquoi le contre-interrogatoire oral pendant des heures est un exercice utile qu'en France nous pratiquons peu malheureusement.

Le problème est qu'on pratique le contre-interrogatoire sans règles et dans l'anarchie. Quand l'expert ou un avocat pose une question au témoin, il arrive qu'un autre réponde à sa place dans une atmosphère de foire d'empoigne. Il faudrait adopter au moins trois règles simples :

- a. personne ne doit répondre à la place du témoin,
- b. le témoin doit être interrogé en étant éloigné, séparé de son conseil qui ne peut lui souffler la réponse,
- c. chaque avocat doit pouvoir poser toutes les questions sans qu'il y ait intervention d'un tiers.

2/ Un deuxième avantage, propre à l'arbitrage français, est que son coût est relativement modeste par rapport à l'arbitrage anglais car il ne dure qu'une journée ou deux au maximum.

J'ai expérimenté au moins trois fois un arbitrage à la Chambre Arbitrale Maritime de Paris avec procédure et droit anglais applicables. J'en ai gardé un souvenir très positif : deux *barristers* britanniques interrogeaient les témoins le matin et l'après-midi les avocats français plaidaient les faits puis les *barristers* le droit. Il est possible donc de pratiquer ce système qui permet de combiner les qualités des deux systèmes. Ce n'est pas un rêve inaccessible puisque je l'ai pratiqué plusieurs fois.

C'est sans doute notre esprit de synthèse français, que l'on fait souvent remonter à Descartes mais qui remonte à bien plus loin, qui permet de réduire à une journée au lieu d'une semaine parfois à Londres.

Et c'est l'esprit anglais d'analyse des faits qui permet d'aller en profondeur. Chacun de ces esprits a ses défauts et ses excès. L'esprit de synthèse tel que compris par certains tribunaux en France donne une audience bâclée en une heure à peine, une écoute distraite, une obsession technocratique d'évacuer les dossiers et un jugement tenant parfois pour sa motivation en deux pages avec des affirmations plus que des démonstrations. La synthèse devient très superficielle. Entre une heure et une journée il y a une marge.

L'esprit d'analyse tel que parfois pratiqué en Grande-Bretagne peut donner des kilos de documents (avec ce qui s'appelle la "*discovery*"), le document essentiel de trois pages étant noyé dans des milliers de pages inutiles et pendant toute cette étude bien sûr le compteur des cabinets tourne. L'esprit d'analyse n'est pas exempt d'esprit lucratif, de perte de temps et de recours à des arguments dilatoires ou de technique juridique qui visent à allonger l'exercice.

Entre 10.000 pages de documents et trois pièces il y a aussi une marge. Nous avons en France un système de pièces à fournir qui permet au juge d'ordonner la production de certains documents tout en évitant la masse submergeante. Le défaut de notre système est que chaque partie a le droit de limiter sa communication de documents. On produit ce que l'on veut, et pas ce que l'on ne veut pas, de sorte que le juge peut passer à côté d'un document essentiel. Pour éviter cela il est devenu possible pour le juge d'ordonner la production de pièces, si telle ou telle partie le demande.

Une solution

Puisque la meilleure solution est que ce soit le même tribunal arbitral qui juge l'ensemble des recours propres à une affaire, comment faire pour que la chose devienne possible ?

Il suffirait en fait de faire quelque chose d'assez simple, la loi française sur les actions directes serait amendée pour permettre au juge saisi d'une des deux actions d'ordonner un arbitrage judiciaire c'est-à-dire la jonction entre l'action contractuelle soumise aux arbitres et l'action extracontractuelle à lui soumise.

C'est une idée que je défends depuis longtemps malheureusement sans succès et qui répond à un souci plus large : on ne peut pas demander à un juge qui passe son temps à essayer de survivre face au tout venant des affaires simples mais qui arrivent par flots, de juger des affaires compliquées. Il faut donner le droit au juge judiciaire de constater le caractère complexe d'une affaire et d'ordonner un arbitrage comme il aurait ordonné une expertise. Cette idée, je l'espère, fera son chemin un jour et convaincra les jeunes générations, soucieuses de qualité. Car souvent la qualité est incompatible avec la rapidité.

Cette réforme législative, beaucoup de pays pourraient la faire et donner l'exemple. C'est pourquoi j'ose la proposer dans cette enceinte internationale à vous qui avez de l'influence dans vos pays respectifs.