



CEFAREA

L'arbitrage et la médiation au service du monde de l'assurance

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N°22 • 2020

CEFAREA-ARIAS
www.cefarea-arias.fr



the *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) and the *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA).

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the application of behavior analysis to various areas of human behavior. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the experimental and applied aspects of behavior analysis. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

Both journals are highly respected in the field of behavior analysis and provide a platform for researchers to share their findings and advance the science of behavior.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) and the *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) are both published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the application of behavior analysis to various areas of human behavior. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the experimental and applied aspects of behavior analysis. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

Both journals are highly respected in the field of behavior analysis and provide a platform for researchers to share their findings and advance the science of behavior.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) and the *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) are both published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the application of behavior analysis to various areas of human behavior. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the experimental and applied aspects of behavior analysis. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

Both journals are highly respected in the field of behavior analysis and provide a platform for researchers to share their findings and advance the science of behavior.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) and the *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) are both published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the application of behavior analysis to various areas of human behavior. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

The *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) is a peer-reviewed journal that publishes research on the experimental and applied aspects of behavior analysis. It is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

Both journals are highly respected in the field of behavior analysis and provide a platform for researchers to share their findings and advance the science of behavior.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* (JABA) and the *Journal of Experimental and Applied Behavior Analysis* (JEA) are both published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA).

CEFAREA

L'arbitrage et la médiation au service du monde de l'assurance

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N°22 • 2020

CEFAREA-ARIAS

www.cefarea-arias.fr

26, boulevard Haussmann • 75009 Paris
Tél. : 01 42 93 95 62 • Fax : 01 42 93 95 63
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901



SOMMAIRE

LE MOT DU PRÉSIDENT	7
----------------------------------	----------

ARBITRAGE

LA RESPONSABILITÉ DE L'ARBITRE PAR MARIE-HÉLÈNE BARTOLI	9
---	----------

L'ARBITRE FACE À LA CORRUPTION ET AU BLANCHIMENT DE CAPITAUX PAR FLORENCE DURAND ET SOPHIE GRÉMAUD	17
--	-----------

L'AMIABLE COMPOSITEUR ET L'ORDRE PUBLIC : ENTRE LIBERTÉ ET CONTRAINTE PAR STÉPHANE CHOISEZ	25
--	-----------

L'ARBITRAGE DANS LE CODE DES ASSURANCES CIMA PAR ADAMA KOFFI DRISSA	29
---	-----------

MÉDIATION

LA MÉDIATION HORS CONFLIT PAR JEAN-MARC BLAMOUTIER	41
--	-----------

CEFAREA

L'arbitrage et la médiation au service du monde de l'assurance

ARIAS



FRANCE

Professionnels de l'assurance, résolvez rapidement et efficacement vos conflits



LE CEFAREA-ARIAS OFFRE

L'accès à des listes
de professionnels de
l'assurance, arbitres
ou médiateurs
spécialistes et formés

Des règlements
d'arbitrage et
médiation efficace et
régulièrement révisés

une gestion efficace
et rapide des procédures
en vue d'une résolution
rapide et confidentielle
des litiges

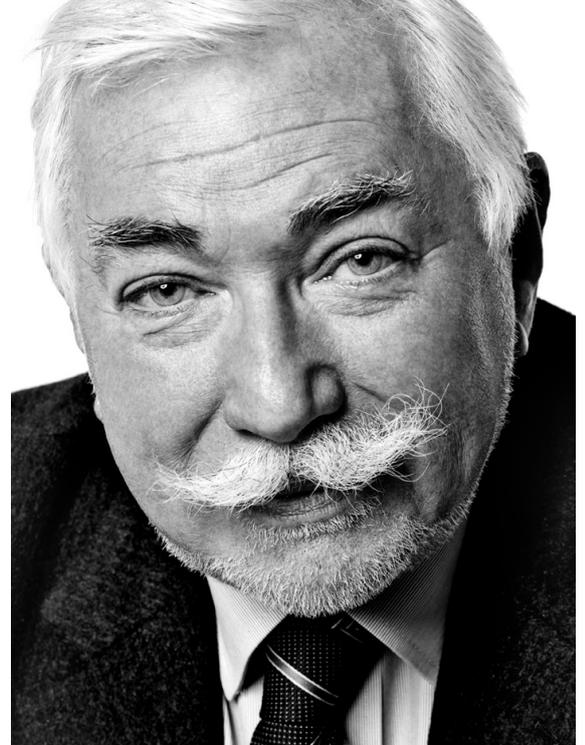
Une éthique exigeante

CEFAREA-ARIAS, Centre d'arbitrage et de médiation conventionnelle pour les acteurs de l'assurance

Créé sous l'égide de l'A.I.D.A. France, CEFAREA-ARIAS a pour mission principale de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits, plus particulièrement la médiation et l'arbitrage dans les litiges pouvant opposer des acteurs du monde de l'assurance dans son ensemble et sa diversité.

www.cefarea-arias.fr

LE MOT DU PRÉSIDENT



CEFAREA-ARIAS voit son activité progresser régulièrement, même si le monde de l'assurance au sens large ne s'est pas encore totalement converti aux modes alternatifs de règlement des litiges.

Les causes de cette évolution sont multiples. Sa gestion bien entendu n'y est pas étrangère mais nul ne peut s'attendre à une autre déclaration de la part de son président.

D'autres motifs exogènes cette fois sont à l'origine de ce mouvement de fond :

Le premier est l'encombrement des Cours et Tribunaux, de notoriété publique de longue date, leur retard dans leur informatisation malgré les plans successifs. Le récent confinement a fait ressortir la difficulté d'organiser des audiences virtuelles même si les considérations techniques se doublent de considérations éthiques (importance du présentiel, de la plaidoirie...) Nous savons tous que la médiation judiciaire est plus liée à la volonté de désengorger les juridictions qu'à un engouement pour le procédé.

Viennent ensuite des considérations nées de l'évolution des mœurs avec la volonté de plus en plus développée des parties d'avoir recours à un mode de règlement précisément plus personnalisé, peut-être plus convivial, ce que ne peut offrir la justice étatique.

A la nécessité et la volonté, il faut ajouter l'évolution accélérée des techniques à notre disposition qui génèrent depuis un certain nombre d'années de nouvelles pratiques que nous suivons de très près, qu'il s'agisse sans volonté d'exhaustivité de la médiation voire de l'arbitrage en ligne ou de la justice prédictive.

Y ayant réfléchi, nous sommes néanmoins persuadés que pour les dossiers que vous nous confiez, modernité ne saurait signifier déshumanisation. Nous préférons la médiation présenteielle parce que par expérience nous savons qu'elle fonctionne mieux, mais et le confinement par force nous l'a prouvé, nous possédons à la fois les outils et la technique pour la pratiquer en ligne.

Nous sommes de ceux qui pensent que dans un arbitrage, la plaidoirie et le cas échéant les auditions de témoins ont toute leur importance mais savons également que ceci n'est pas totalement vrai pour tous les litiges. Que parfois le grand éloignement des parties et/ou de leurs conseils peut conduire à une Visio-plaidoirie.

Notre action cette année s'est enfin tournée largement vers le recours aux modes alternatifs en amont des conflits, avant qu'ils ne naissent ou au moins n'exploient. Nous avons ainsi développé la médiation de projet et la médiation préventive. Nous travaillons également à introduire dans nos pratiques et à mettre à disposition de tous des procédés bien connus des Anglo-Saxons et destinés à évaluer les chances de succès d'un procès avant de le lancer («non binding process»)

CEFAREA-ARIAS est plus que jamais à votre disposition pour vous aider faire en sorte que les litiges, nés ou à naître pouvant toucher des entités du monde assurantiel trouvent le moyen de les résoudre dans les meilleures conditions possibles.

Le Président

Jean-Marc BLAMOUTIER



ARBITRAGE

LA RESPONSABILITÉ

DE L'ARBITRE

PAR MARIE-HÉLÈNE BARTOLI,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

L'auteur remercie Alexandra Heneine pour sa précieuse assistance dans la préparation de cette publication.

«*Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*», dit l'adage. La qualité de l'arbitrage est traditionnellement assurée par l'autorégulation qu'exerce la communauté arbitrale sur ses membres, davantage que par des mécanismes de responsabilité. La réputation de l'arbitre est son capital le plus précieux, le souci de sa préservation encourage la responsabilité éthique de chacun.

Cependant, le public comme les praticiens de l'arbitrage international expriment une aspiration croissante à la transparence et à la responsabilisation de ses acteurs. Ce mouvement se double d'un recours de plus en plus fréquent des parties au juge étatique pour contester le déroulement ou le résultat d'un arbitrage. De telles contestations doivent en principe être soulevées contre la sentence lors d'un recours en annulation, d'un appel contre une ordonnance d'exequatur ou, plus rarement, d'un appel contre la sentence en matière interne. Cependant, d'autres actions émergent, dirigées directement contre l'arbitre, voire le centre d'arbitrage. Ainsi, bien qu'il demeure rare, l'engagement de la responsabilité civile, voire pénale, de l'arbitre n'est plus une hypothèse

d'école. Peu à peu, la jurisprudence française dessine un régime équilibré qui préserve la sérénité et l'intégrité du processus arbitral, notamment contre les attaques abusives destinées à le déstabiliser¹, tout en protégeant les intérêts des parties face à des arbitres qui se montreraient gravement défaillants.

Le Club des Juristes a dressé un état des lieux complet de la situation en 2017² et le risque pénal auquel peut faire face l'arbitre a été traité récemment lors d'un colloque du Comité français de l'arbitrage³. L'auteur de ces lignes ne prétend pas à une telle exhaustivité. Il s'agit ici de présenter un panorama des principes qui gouvernent, en droit français, la responsabilité de l'arbitre. La responsabilité des centres d'arbitrage ne sera pas évoquée.

L'arbitre est ici envisagé au singulier : nombre de tribunaux arbitraux sont collégiaux, mais tous leurs membres sont tenus individuellement des obligations attachées à la fonction d'arbitre. Chacun pourra, dans certaines circonstances, répondre de décisions collectives, sauf à s'en être dé-

1. L'actualité internationale illustre la pertinence de ces réflexions : en octobre 2018, une cour qatarie a condamné (en leur absence) trois arbitres à une peine de trois ans d'emprisonnement : ils avaient rendu une sentence d'environ 20 millions de livres sterling contre un éminent homme d'affaires qatari (M. Walters, «Qatari conviction of arbitrators 'deeply concerning', says ICA chief», The Law Society Gazette, 3 janvier 2019). Or le déplacement des audiences hors du lieu du siège par les arbitres pour échapper à la pression de procédures nationales peut fragiliser la sentence (C. Sanderson, «Vietnam court sets aside hydropower award», Global arbitration review, 4 février 2020). Plus récemment, au Pérou, quatorze arbitres ont été placés en détention provisoire dans le cadre d'une enquête pénale sur des allégations de corruption (C. Sanderson, «Arbitrators jailed in Peru amid Odebrecht corruption scandal», Global arbitration review, 7 novembre 2019).

2. Rapport du Club des Juristes, Commission ad hoc, La responsabilité de l'arbitre, 2017 : <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/responsabilite-de-larbitre/> (disponible sur demande à l'adresse indiquée sur ce site).

3. Actes du Colloque annuel du Comité français de l'arbitrage du 23 novembre 2018, «L'arbitrage à l'épreuve des procédures pénales», Rev. arb., premier numéro 2019.

solidarisé⁴. La responsabilité se définit, en droit, comme l'«*obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc.*»⁵. Seront donc envisagées successivement la responsabilité disciplinaire de l'arbitre (1), sa responsabilité civile (2) et sa responsabilité pénale (3).

1 UNE RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DE L'ARBITRE ?

Il n'existe pas de procédure disciplinaire propre aux arbitres et la transposition du régime disciplinaire des magistrats est inenvisageable, les arbitres n'étant pas investis de fonctions publiques⁶. La plupart des arbitres exercent par ailleurs une autre profession et peuvent être soumis à ce titre à un régime disciplinaire, mais ces régimes n'ont en général pas vocation à régir une activité d'arbitre⁷ et en tout état de cause, un système qui dépend de chaque profession n'est pas satisfaisant.

Face à ce constat, certaines institutions ont adopté des chartes d'éthique assorties de mécanismes de sanction.

Le rapport du Club des Juristes présente ainsi le système du Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), organisation professionnelle anglaise dédiée à la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits, et notamment à celle de l'arbitrage⁸. Son règlement définit les manquements susceptibles de donner lieu à une procédure disciplinaire : un comportement préjudiciable à la réputation du CI Arb, une violation grave des codes de conduite, un comportement significativement en-deçà des standards attendus d'un professionnel du secteur, un manquement injustifié à une instruction d'un Peer Review Panel, et/ou une violation

grave de toute règle du CI Arb⁹. Ces manquements sont assortis de sanctions qui vont de la réprimande ou l'avertissement à la suspension du CI Arb pour une durée pouvant aller jusqu'à 12 mois, à la perte temporaire ou définitive de l'agrément du CI Arb lorsque l'arbitre en bénéficiait, ou à l'exclusion du CI Arb, ainsi qu'à une condamnation aux dépens¹⁰.

S'inspirant de ce système, le Club des Juristes propose d'instaurer en France une procédure disciplinaire par l'intermédiaire d'une association dédiée¹¹. Il faut espérer que la communauté arbitrale se saisira de cette proposition qui permettrait de formaliser et de rendre plus effective l'autorégulation informelle qui prévaut aujourd'hui.

2 LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'ARBITRE

L'arbitre se voit proposer une mission qu'il accepte : sa mission est d'origine contractuelle, tant vis-à-vis des parties (2.1) que du centre d'arbitrage (2.2). C'est donc sa responsabilité contractuelle qui sera principalement recherchée en cas de manquement, sous les tempéraments exposés ci-après.

Il existe toutefois d'autres hypothèses dans lesquelles l'arbitre peut engager sa responsabilité extracontractuelle sur le fondement de l'article 1240 (anc. art. 1382) du Code civil, comme lorsque sa faute est précontractuelle¹², lorsqu'il a agi en qualité d'arbitre sans pouvoir prétendre à cette qualité¹³, ou lorsque sa responsabilité est engagée par des tiers affectés par son comportement fautif¹⁴.

2.1 LA RESPONSABILITE DE L'ARBITRE À L'ÉGARD DES PARTIES

Les parties proposent à l'arbitre une mission qu'il accepte. Ce contrat, que l'on

4. Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497 ; J.-S. Borghetti, «La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre», note sous Cass. civ. Ire, 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. arb. 2016.506, paras. 36 et s. ; Rapport du Club des Juristes, Commission ad hoc, La responsabilité de l'arbitre, 2017, p. 91 et s. ; P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123, paras. 58 et s.

5. G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, v. Responsabilité.

6. S. Guinchard, «Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice», Rep. proc. civ. Dalloz, para. 103 ; v. aussi D. Chilstein, «Droit pénal et arbitrage», Rev. arb. 2009.3, para. 30.

7. A l'exception notable des avocats.

8. Rapport du Club des Juristes, Commission ad hoc, La responsabilité de l'arbitre, 2017, p. 65 et s. ; documents disponibles en ligne sur le site du CI Arb (not. https://www.ciarb.org/media/1558/ciarb_bye-laws_a-pdf-jan14.pdf).

9. CI Arb Royal Charter Bye-Laws and Schedule to the Bye-Laws, Règlement, Article 15.2.

10. CI Arb Royal Charter Bye-Laws and Schedule to the Bye-Laws, Annexe au Règlement, Article 8.5.

11. Rapport du Club des Juristes, Commission ad hoc, La responsabilité de l'arbitre, 2017, p. 79 et s.

12. Par ex. si le compromis qui nomme l'arbitre est annulé pour dol (par analogie pour un tiers nommé en application de l'article 1592 du Code civil : TGI Paris, 9 décembre 1992, L'Oréal, Rev. arb. 1996.483).

13. Cass. civ. Ire, 28 mars 2018, n° 15-16.909.

14. Depuis le célèbre arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2006 (n° 05-13.255), le tiers à un contrat peut engager la responsabilité extracontractuelle d'une partie pour le manquement de cette partie envers son cocontractant, si ce manquement a causé à ce tiers un dommage.

qualifie de contrat d'arbitre¹⁵, présente des caractéristiques du contrat d'entreprise : l'arbitre accepte d'accomplir une prestation contre une rémunération. Cependant, son objet est inhabituel : la mission de l'arbitre consiste à trancher le litige. Les enjeux de cette mission juridictionnelle sont tels qu'il est admis qu'elle dépasse le simple cadre contractuel et justifie un régime dérogatoire. La jurisprudence et la doctrine distinguent donc traditionnellement entre la fonction juridictionnelle de l'arbitre et sa fonction contractuelle, dualité qui emporte des conséquences importantes sur le régime de sa responsabilité.

Le principe est l'immunité de l'arbitre dans l'exercice de sa mission juridictionnelle¹⁶. La sérénité de celui qui rend la justice doit être assurée, le «mal-jugé» n'engage pas sa responsabilité (pas davantage, d'ailleurs, que le «mal-jugé» ne permettrait l'annulation de la sentence).

Cette immunité ne peut être écartée que de manière exceptionnelle, en présence d'une faute qualifiée d'une extrême gravité que la jurisprudence définit ainsi : une «faute personnelle¹⁷ équipollente au dol¹⁸ ou constitutive d'une fraude¹⁹, d'une faute lourde²⁰ ou d'un déni de justice²¹». La spécificité de la fonction juridictionnelle de l'arbitre est telle que la nature de la responsabilité engagée en présence d'une telle faute qualifiée fait débat : elle pourrait être de nature délictuelle²².

Cependant, cette quasi-immunité n'existe

que pour les fautes commises par l'arbitre dans le cadre de sa mission juridictionnelle. Pour le reste, c'est-à-dire lorsqu'est en jeu une violation de ses obligations contractuelles, sa responsabilité relève du droit commun de la responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article 1217 (anc. art. 1142) du Code civil²³.

Or, la frontière entre les devoirs de l'arbitre qui relèvent de sa fonction juridictionnelle, couverte par l'immunité, et ceux qui relèvent de ses obligations contractuelles est difficile à tracer²⁴. Les devoirs de l'arbitre, variés, résultent souvent directement du Code de procédure civile, quel que soit le contenu du contrat qui le lie aux parties :

- L'arbitre est tenu de révéler en temps utile toute information susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, avant comme après l'acceptation de sa mission²⁵ ;
- Il est tenu de poursuivre sa mission jusqu'à son terme, sauf empêchement ou cause légitime²⁶ ; ce qui suppose également d'y attacher la diligence et la disponibilité suffisantes ;
- Il doit respecter les principes fondamentaux de toute procédure juridictionnelle : égalité des parties, contradiction, loyauté et équité de la procédure²⁷ ; comme les parties, il doit agir «avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure»²⁸ ;
- En matière interne, il doit respecter la

15. Cass. civ. 1re, 1^{er} février 2017, n° 15-25.687 ; T. Clay, L'arbitre, Dalloz, 2001, paras. 587 et s. Contre : L. Jandard, La relation entre l'arbitre et les parties. Critique du contrat d'arbitre, dir. F.-X. Train, Univ. Paris Nanterre, 2018.

16. Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Azran, n° 11-17.196 ; v. antérieurement : Paris, 22 mai 1991, Bompard, Rev. arb. 1996.476 ; Paris, 1^{er} mars 2011, n° 09/22701, Gaz. Pal., 24-26 juill. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude.

17. Sur ce terme, v. J.-S. Borghetti, «La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre», note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. arb. 2016.506, para. 16.

18. C'est-à-dire produisant les mêmes effets qu'une faute intentionnelle, une «violation délibérée de ses devoirs de juge» (TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.977).

19. Cass. civ. 1re, 4 novembre 2015, Vasarely, n° 14-22.630 («simulacre d'arbitrage» organisé par certaines parties avec l'arbitre) ; Cass. civ. 1re, 30 juin 2016, Tapie c/ CDR, n° 15-13.755.

20. C'est-à-dire un comportement gravement fautif (Cass. com., 29 juin 2010, Faurecia II, no 09-11.841), une «négligence caractérisée» ou «d'une extrême gravité» dans l'accomplissement de ses devoirs (TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.977 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-25.183).

21. Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Azran, n° 11-17.196 ; Paris, 21 mai 2019, n° 17/12238. La formule est très proche de celle de l'art. L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire, relatif aux magistrats.

22. L. Jandard, note sous Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Dalloz actu. 17 juillet 2019 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 799.

23. Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497 ; J.-S. Borghetti, «La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre», note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. arb. 2016.506, para. 16 ; S. Guinchard, «Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice», Rep. proc. civ. Dalloz, para. 103.

24. V. not. J.-Y. Garaud et G. de Rancourt, note sous TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.983 ; R. Dupeyré, «Les arbitres et les centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre», Rev. arb. 2014.265.

25. Articles 1456 et 1506, 2^o du Code de procédure civile.

26. Articles 1457 et 1506, 2^o du Code de procédure civile.

27. En matière interne, l'arbitre détermine la procédure arbitrale en appliquant les principes directeurs du procès (art. 1464, al. 1 et 2) et en matière internationale, «le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction» (art. 1510).

28. Articles 1464, al. 3 et 1506, 3^o du Code de procédure civile.

confidentialité de la procédure d'arbitrage²⁹ ; en matière internationale, la confidentialité n'est pas prévue par la loi mais peut être prévue contractuellement³⁰ ;

- En matière interne comme internationale, les «*délibérations du tribunal arbitral sont secrètes*»³¹ ;
- L'arbitre doit respecter le délai d'arbitrage conventionnel ou le délai légal lorsqu'il existe³².

Selon la jurisprudence, la mission juridictionnelle de l'arbitre comprendrait tout ce qui a trait au «*contenu de la sentence*». Le reste - l'organisation et la conduite de la procédure arbitrale - relèverait de ses obligations contractuelles, régies par le droit commun³³.

Pendant, la ligne est ténue. Selon ce critère, le respect du principe de la contradiction devrait relever des obligations contractuelles de l'arbitre³⁴. Or ce n'est pas ce qu'a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt remarqué du 21 mai 2019³⁵. Constatant que le manquement au principe du contradictoire allégué «*remet en cause le contenu*» de la sentence en l'espèce, la cour d'appel juge que ce manquement relève de l'exercice des fonctions juridictionnelles du tribunal et applique le régime de quasi-immunité³⁶.

S'agissant des obligations contractuelles de l'arbitre, leur nature fait également débat : il peut s'agir d'obligations de moyens

ou d'obligations de résultat. Celui qui se plaint de l'inexécution d'une obligation de moyens doit prouver que cette inexécution était fautive ; en revanche, l'inexécution d'une obligation de résultat suffit à engager la responsabilité du débiteur défaillant.

Malgré une certaine confusion³⁷, il semble que les obligations de l'arbitre soient souvent des obligations de moyens dans la mesure où leur exécution ne dépend pas des seuls arbitres (la célérité de la procédure ou sa loyauté, par exemple, dépendent également de l'attitude des litigants). A l'inverse, lorsque l'exécution d'une obligation dépend de l'arbitre seul, elle peut être de résultat³⁸. Ainsi, le respect du délai d'arbitrage serait une obligation de moyens³⁹, mais les arbitres auraient une obligation de résultat de solliciter la prorogation de ce délai lorsqu'il va être dépassé⁴⁰. L'arbitre peut ne pas achever sa mission pour des motifs légitimes, mais une démission intempestive ou abusive devrait engager sa responsabilité⁴¹. Des obligations comme celle de rendre une sentence valide et efficace⁴² ne peuvent être que de moyens⁴³ : la responsabilité de l'arbitre n'est pas engagée du seul fait de l'annulation de sa sentence⁴⁴. En revanche, il sera responsable des conséquences de cette annulation si elle résulte d'une faute, telle que la méconnaissance de son obligation de révélation de faits relatifs à son indépendance ou son impartialité⁴⁵.

Des incertitudes subsistent enfin sur la détermination du dommage réparable : seul

29. Article 1464, al. 4 du Code de procédure civile.

30. V. également, avant la réforme du droit de l'arbitrage français en 2011 : E. Loquin, «Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage», Rev. arb. 2006.323 ; v. aussi : C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., paras. 307 et 798.

31. Articles 1479 et 1506, 4^o du Code de procédure civile.

32. En matière interne, le délai d'arbitrage est légalement fixé à six mois à compter de la saisine du tribunal arbitral, sauf convention contraire (art. 1463, al. 1). Légal ou conventionnel, ce délai peut être prorogé (art. 1463, al. 2). En matière internationale, le Code ne prévoit pas de délai légal. Cependant, tout délai conventionnel devra être respecté et s'il n'en existe pas, les arbitres demeurent tenus d'une obligation de célérité qui impose un délai raisonnable (Paris, 28 février 2008, D. 2008.1325).

33. Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 2014, Azran, n° 11-17.196 ; Paris, 22 mai 1991, Bompard, Rev. arb. 1996.476 ; P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 799.

34. C. Duclercq, «Recours en annulation, violation du contradictoire et responsabilité du tribunal arbitral», JCP 2015.582 ; P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123.

35. Paris, 21 mai 2019, n° 17/12238, Dalloz actu. 17 juillet 2019, note L. Jandard ; confirmant TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.977, note J.Y. Garaud et G. de Rancourt, Rev. arb. 2017.983. Dans le même sens, mettant en avant la nécessité de préserver la sérénité de la procédure sauf faute d'une «particulière gravité», Rapport du Club des Juristes précité, p. 32.

36. Paris, 21 mai 2019, n° 17/12238.

37. C. Jarrosson, «Note sous Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.), 6 décembre 2005», Rev. arb. 2006.127, paras. 22 et s.

38. T. Clay, L'arbitre, Dalloz, 2001, para. 935 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 798 ; Rapport du Club des Juristes précité, p. 33 ; J.-Y. Garaud et G. de Rancourt, note sous TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.983.

39. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-12.352.

40. Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, Juliet, Rev. arb. 2006.126, note C. Jarrosson ; Paris, 2 avril 2019, n° 16/00136 ; Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497 ; TGI Paris, 29 novembre 1989, Rev. arb. 1990.525.

41. Paris, 1^{er} juillet 1997, Rev. arb. 1998.131.

42. C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 309.

43. P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 309.

44. TGI Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Rev. arb. 2017.977.

45. Paris, 12 octobre 1995, Sté Raoul Duval, Rev. arb. 1999.324 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1997, Rev. arb. 1999.253.

est réparable le préjudice causé directement par le manquement de l'arbitre⁴⁶. On peut envisager la réparation des conséquences préjudiciables d'un retard causé par l'arbitre⁴⁷. En cas d'annulation de sa sentence par sa faute, l'arbitre devrait restituer les honoraires perçus et rembourser les frais d'arbitrage exposés en vain par la ou les parties lésée(s), ainsi que les frais exposés pour l'annulation⁴⁸. En revanche, il n'est pas certain que le litigant mécontent puisse obtenir la réparation d'une perte de chance d'obtenir gain de cause. Bien que cela n'ait pas été exclu par la jurisprudence⁴⁹, ce ne serait pas sans difficultés⁵⁰ : il faudrait a minima que le demandeur ne puisse plus agir⁵¹ et il faudrait se garder, dans l'évaluation de cette perte de chance, de rejurer le fond. Enfin, si la sentence n'a pas été annulée, il n'est pas certain que l'on puisse identifier un préjudice réparable : les frais et honoraires ne devraient pas être restitués et la perte de chance d'une meilleure décision semble difficile à réparer sans rejurer le fond, ce qui demeure exclu⁵².

A cet égard, les clauses que contiennent souvent les règlements d'arbitrage pour limiter ou exclure la responsabilité du centre et des arbitres⁵³ offrent peu de protection⁵⁴. En droit commun, ces clauses sont valables sauf lorsqu'elles contredisent l'obligation essentielle du débiteur⁵⁵ et peuvent être écartées en cas de faute lourde ou équipollente au dol⁵⁶. Dans le cas particulier d'une action en responsabilité contre un arbitre pour des faits tenant à sa mission juridictionnelle, la clause est inutile : l'arbitre

bénéficie déjà d'une immunité sauf faute qualifiée d'une exceptionnelle gravité⁵⁷. C'est lorsque lui est reproché un manquement contractuel que ces clauses pourraient trouver une utilité⁵⁸. Or la cour d'appel de Paris a jugé en 2015 que la clause limitative était une simple transposition de l'immunité reconnue dans l'exercice du pouvoir de juger et ne s'appliquait pas aux fautes qui en étaient distinctes⁵⁹. Le peu de protection offert par ces clauses conduit à envisager des assurances privées pour faire face au risque de condamnation⁶⁰.

2.2 LA RESPONSABILITÉ DE L'ARBITRE À L'ÉGARD DE L'INSTITUTION D'ARBITRAGE

Lorsque l'arbitrage se déroule sous l'égide d'une institution arbitrale, cette dernière et l'arbitre sont liés par un contrat de collaboration arbitrale⁶¹. Ce contrat est composé du règlement d'arbitrage mais aussi des documents annexes de l'institution (barème, règlement interne, brochures promotionnelles, guides et lignes directrices, notes, documents-modèles, code d'éthique, etc.). Le centre doit permettre à l'arbitre de remplir sa mission dans de bonnes conditions. L'arbitre doit respecter le règlement de l'institution, conduire une procédure impartiale, respecter les délais de procédure, rendre une sentence, la corriger le cas échéant et respecter le barème de rémunération de l'institution⁶². Les règlements prévoient généralement des sanctions qui peuvent aller

46. Dans les conditions du droit commun définies aux articles 1231-1 et suivants du Code civil.

47. R. Dupeyré, «Les arbitres et les centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre», Rev. arb. 2014.265.

48. P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., paras. 246 et 799 ; R. Dupeyré, «Les arbitres et les centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre», Rev. arb. 2014.265 ; L. Jandard, note sous Paris, 22 mai 2017, Blow Pack, Dalloz actu. 17 juillet 2019.

49. Paris, 12 octobre 1995, Sté Raoul Duval, Rev. arb. 1999.324 ; Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497.

50. P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123.

51. Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497 ; P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123.

52. P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123.

53. Règlement d'arbitrage du CEFAREA, Article 38 : «Les arbitres, les personnes nommées par le Tribunal arbitral et le CEFAREA ARIAS France (dont son bureau, son conseil d'administration et sa Commission d'Arbitrage, ainsi que tous ses membres) n'encourent aucune responsabilité à raison de leurs actes ou omissions en relation avec un arbitrage organisé selon le Règlement, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi française».

54. P. Stoffel-Munck, «La responsabilité de l'arbitre», Rev. arb. 2017.1123.

55. Article 1170 du Code civil. Voir également la prohibition, dans un contrat d'adhésion, des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (art. 1171 du Code civil).

56. Article 1231-3 du Code civil.

57. V. supra.

58. J.-S. Borghetti, «La dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre», note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. arb. 2016.506.

59. Paris, 31 mars 2015, Delubac, Rev. arb. 2016.497, note J.-S. Borghetti. Par ailleurs, statuant sur une action dirigée contre le centre d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, la même cour a écarté la clause limitative de responsabilité de son règlement d'arbitrage au motif qu'elle contredisait la portée du contrat d'arbitrage (Paris, 22 janvier 2009, SNF, Clunet 2009.617).

60. R. Dupeyré, «Les arbitres et les centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre», Rev. arb. 2014.265.

61. C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 291.

62. Rapport du Club des Juristes précité, p. 85 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2^{ème} ed., para. 291.

de la sanction financière au remplacement de l'arbitre. Une action en responsabilité contractuelle pourrait cependant s'envisager si l'arbitre venait à causer au centre un préjudice en manquant à ses obligations.

3 LA RESPONSABILITE PENALE DE L'ARBITRE

Le droit français entend préserver la sérénité de la procédure arbitrale. L'arsenal répressif ne doit donc pas être utilisé à des fins de déstabilisation des arbitres. Ce serait cependant une erreur de penser que le droit pénal et la conduite d'un arbitrage ne se rencontrent pas.

Au cours de leur mission, les arbitres peuvent être confrontés à des allégations relevant du droit pénal : il n'est pas rare que l'une des parties accuse l'autre de corruption, de blanchiment ou de fraude fiscale. Le juge du contrôle de la sentence veille à ce que les arbitres consacrent toute l'attention requise à de telles allégations, et les ré-examine lorsqu'il contrôle la sentence. S'il estime que ces allégations ont été écartées à tort par les arbitres, la sentence peut être annulée ou privée d'exequatur pour violation de l'ordre public international⁶³. Une différence d'appréciation entre les arbitres et le juge du contrôle sur la caractérisation des infractions alléguées par les parties n'engage naturellement pas la responsabilité des arbitres. En revanche, des arbitres pourraient être considérés comme complices de l'infraction s'ils la facilitaient ou y participaient, en connaissance de cause, par leur décision⁶⁴.

Hormis ce cas particulier, la responsabilité pénale de l'arbitre évoque principalement les infractions qui peuvent être commises par l'arbitre dans la conduite d'un arbitrage, seul ou en collusion avec une partie.

Le Code pénal vise explicitement les ar-

bitres dans deux de ses dispositions relatives aux entraves à l'exercice de la justice : la première punit les menaces ou actes d'intimidation commis envers un arbitre «en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions»⁶⁵ ; la seconde réprime la corruption d'arbitre, c'est-à-dire le fait «de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction»⁶⁶.

Ces dispositions spéciales ne sont pas limitatives : toute autre infraction commise par un arbitre peut être sanctionnée. Il en ira ainsi si l'arbitrage est un simulacre de procédure orchestré pour faciliter une opération de blanchiment ou une escroquerie, ou s'il implique l'usage de faux (par exemple en cas de déclaration d'indépendance sciemment mensongère ou si l'arbitre inclut intentionnellement dans sa sentence des affirmations fausses)⁶⁷. Dans l'arrêt BEL Tronic's⁶⁸, par exemple, un centre d'arbitrage fictif avait rendu une sentence condamnant lourdement une partie sans qu'un procès équitable ait eu lieu : l'arbitre a été condamné pour escroquerie et faux. Dans l'affaire Tapie, l'un des arbitres était accusé d'avoir agi en collusion avec un avocat de M. Tapie. Un recours en révision avait été engagé avec succès contre la sentence par le Consortium de Réalisation (CDR), la cour d'appel de Paris estimant que cet arbitre avait «surpris par fraude la décision du tribunal arbitral»⁶⁹. Cependant, poursuivi devant le tribunal correctionnel de Paris pour faux et escroquerie, l'arbitre a été relaxé, le tribunal ayant jugé que l'infraction n'était pas caractérisée⁷⁰.

Par ailleurs, la violation du secret du délibéré est passible de sanctions pénales⁷¹. Dans la mesure où en matière interne,

63. Paris, 4 mars 2014, Gulf Leaders, n° 12/17681 ; Paris, 4 novembre 2014, SAS Man Diesel & Turbo France v. Société Al Maimana General Trading Company Ltd., n° 13/10256 ; Cass. civ. 1re, 13 septembre 2017, Bauche c. Indagro, n° 16-25657/16-26445 ; Paris, 28 mai 2019, Alstom, n° 16/11182 ; Paris, 21 février 2017, Belokon, n°15/01650.

64. D. Chilstein, «Droit pénal et arbitrage», Rev. arb. 2009.3 ; D. Chilstein, «Les infractions pénales ayant une influence sur le fond du litige», Rev. arb. 2019.31 : il s'agit ici d'infractions majeures telles que la corruption, non d'infractions-obstacles telles que la violation d'une règle d'un code des marchés publics national dont les arbitres n'auraient pas assuré l'application (Paris, 16 mai 2017, RDC c/ société Customs and Tax Consultancy LLC, Rev. arb. 2018.249, note J.-B. Racine).

65. Article 434-8 du Code pénal.

66. Article 434-9 du Code pénal.

67. Rapport du Club des Juristes précité, p. 42-44.

68. TGI Strasbourg, 7e ch. correctionnelle, 1^{er} juillet 1988, Ministère public c. Vignals, Ardouin, Viandier et Sté Portex ; partie civile : Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd, inédit ; v. R. Dupeyré, «Les arbitres et les centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre», Rev. arb. 2014.265.

69. Paris, 17 février 2015, n° 13/13278 ; Cass. civ. 1re, 30 juin 2016, n° 15-13.755/15-13.904/15-14.145.

70. TGI Paris, 9 juillet 2019, n° 18334000654.

71. Article 226-13 du Code pénal : «La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou

l'ensemble de la procédure d'arbitrage est «*soumise au principe de confidentialité*», sa violation pourrait être passible des mêmes sanctions⁷².

On l'a relevé, les poursuites civiles et pénales contre des arbitres demeurent exceptionnelles. Cet état de fait est dû à la qualité des professionnels qui acceptent cette mission, comme à l'équilibre maintenu par le droit français entre la nécessaire responsabilisation des arbitres et leur protection contre les pressions abusives. Cependant, l'augmentation des contentieux ainsi que les réflexions engagées autour de la création d'un régime disciplinaire généralisé invitent les arbitres à la vigilance : chacun des membres du tribunal arbitral doit s'impliquer personnellement pour assurer le respect des standards d'une bonne justice.

par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende». Or, l'article 1479 du Code de procédure civile prévoit le secret du délibéré en arbitrage.

72. En revanche, l'application de l'article 226-13 du Code pénal à l'arbitrage international lorsque la confidentialité de la procédure a été contractuellement prévue fait débat (Rapport du Club des Juristes précité, p. 47-48 ; M. Henry, «Infraction pénale et confidentialité de l'arbitrage : devoirs et obligations des arbitres et des conseils», Rev. arb. 2019.65, paras. 43 à 45 ; E. Loquin, «Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage», Rev. arb. 2006.323, para. 22).

ARBITRAGE L'ARBITRE FACE À LA CORRUPTION ET AU BLANCHIMENT DE CAPITAUX

PAR FLORENCE DURAND,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS
ET SOPHIE GRÉMAUD,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

Les enjeux financiers représentés par la délinquance financière sont colossaux. Le 9 décembre 2019, à l'occasion de la journée internationale de lutte contre la corruption, le Secrétaire général de l'ONU rappelait que chaque année plus de 5% du PIB mondial disparaît dans des pratiques de corruption¹.

L'urgence de la lutte contre la délinquance financière a donné lieu ces dernières années à une inflation de la réglementation tant au niveau national, européen, qu'international.

En France, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 transpose la 4^{ème} directive anti-blanchiment² visant à mettre le droit de l'Union européenne en conformité avec les recommandations du Groupe d'action financière internationale (GAFI) adoptées en février 2012, et modernise le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT)³. La 5^{ème} directive anti-blanchiment - transposée par l'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 et les décrets n° 2020-118 et

n°2020-119 du 12 février 2020 - vient renforcer le dispositif en place⁴. La conformité technique et l'effectivité du dispositif français de LCB-FT seront évaluées par le GAFI entre 2020 et 2021.

Parallèlement, la France a adopté la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite «Sapin 2», qui vient renforcer son dispositif de lutte anti-corruption notamment en installant l'Agence Française Anticorruption en tant qu'autorité de contrôle chargée de vérifier la mise en place par les entreprises d'un dispositif de lutte efficace contre la corruption⁵.

Dans ce contexte, l'ensemble des acteurs de la vie économique sont invités à être particulièrement vigilants et à jouer un rôle actif dans la lutte contre ces pratiques de délinquance financière. La pratique arbitrale ne fait pas exception, posant ainsi la question de l'importance du rôle de l'arbitre face à la vigilance constante devant être exercée.

1. Communiqué de presse de l'Organisation des Nations-Unies du 9 décembre 2019 : <https://www.un.org/press/fr/2019/sgsm19101.doc.htm>

2. La Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (4^e directive anti-blanchiment).

3. Cette modernisation de dispositif français de LCB-FT passe notamment par l'élargissement du champ des entités assujetties, le renforcement des obligations de vigilance, de l'approche par les risques, des procédures de contrôle et d'échange d'informations, des prérogatives de la cellule Tracfin et du dispositif de supervision et de sanction.

4. La Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE (5^{ème} directive anti-blanchiment) vient notamment élargir à nouveau le champ des entités assujetties à la LCB-FT (en particulier dans le secteur des actifs virtuels), renforcer les mesures à mettre en place à l'égard des pays tiers à haut risque et améliorer l'échange d'information entre autorité compétente en matière de LCB-FT et les cellules de renseignements financiers.

5. Les entreprises, remplissant certaines conditions, sont soumises à la supervision de l'Agence française anticorruption, dont la commission des sanctions a rendu sa première décision le 4 juillet 2019. Un certain nombre d'obligations s'imposent désormais à ces entreprises, notamment la mise en place d'une cartographie des risques, d'une procédure d'évaluation des risques présentés par leurs clients, d'un dispositif d'alerte et d'un dispositif d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

En particulier, les arbitres siégeant en France ou dont la sentence est susceptible d'être exécutée en France doivent rendre une sentence dont la reconnaissance ou l'exécution n'est pas contraire à l'ordre public international dont le contrôle par le juge de l'annulation a été considérablement renforcé.

Après un rappel des risques que peut présenter la pratique arbitrale en matière de blanchiment et de corruption (1), seront abordés le rôle de l'arbitre (2) et celui du juge français de l'annulation (3).

1 LES RISQUES PRÉSENTÉS PAR LA PRATIQUE ARBITRALE

La pratique arbitrale considère très largement que la lutte contre la corruption et le blanchiment est un principe général du droit appartenant à l'ordre public transnational⁶.

Il n'existe cependant pas de définition universelle de la corruption ou du blanchiment. Les définitions de chacune de ces infractions varient en fonction des conventions internationales et/ ou du droit local applicables. La matérialisation de ces infractions en arbitrage prend diverses formes.

A. LA CORRUPTION : DÉFINITION ET MATÉRIALISATION

La corruption est définie de manière plus ou moins large selon les conventions internationales et les droits locaux applicables⁷.

En matière d'arbitrage international, la dé-

finition de la corruption contenue dans les Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011) constitue un point de départ intéressant, suffisamment large pour harmoniser les différentes définitions données par les conventions internationales et viser plusieurs hypothèses :

*On entend par Corruption l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre, [...] en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage impropre se rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives.*⁸

L'article 1(a) des Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011) vise également deux hypothèses d'actes constitutifs de faits de corruption :

La Corruption inclut souvent (i) l'octroi d'une rétro commission d'une partie du prix contractuel à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou amis proches ou Partenaires Commerciaux, ou (ii) le recours à des intermédiaires tels qu'agents, sous-traitants, consultants ou autres Tierces Parties afin d'effectuer des paiements à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou, amis proches ou Partenaires Commerciaux.

Concrètement, il existe une multitude de scénarios dans lesquels la procédure arbitrale peut être utilisée à des fins de corruption, mais il est possible de les regrouper en

6. Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau. Déjà, en 1963, un arbitre unique se déclarait incompétent pour trancher un litige qui, selon lui, impliquait des actes de corruption. L'arbitre fondait sa décision sur l'existence d'un principe général du droit selon lequel les contrats violant l'ordre public international pour des faits de corruption sont nuls ou a minima inopposables, et ne peuvent être analysés par un tribunal arbitral (Sentence CCI n° 1110, 1963). Vers le milieu des années 80, la doctrine arbitrale reconnaît la lutte contre la corruption comme un principe général appartenant à la conception transnationale de l'ordre public international (voir notamment : Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international : Rev. arb. 1986, p. 329/337, n° 22 : «On peut voir dans la condamnation arbitrale de la corruption l'application d'un principe général de droit «reconnu par les nations civilisées» ou encore la consécration d'une «règle matérielle d'application immédiate», aussi bien que le recours à un «ordre public transnational»; quelles que soient les étiquettes, c'est bien la même notion qui est en cause»). Voir également : E. Gaillard, The Emergence of transnational responses to corruption in international arbitration : Arbitration International, 2019, 35, p.9. La jurisprudence arbitrale a confirmé cette approche à de nombreuses occasions et est désormais largement établie. A titre d'exemples : Sentence CCI n° 7664, 1996, Frontier AG & Brunner Sociedade vs. Thomson CSF («un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale») ; Sentence CCI n° 8891, 1998 Clunet 2000.1076 et seq. («un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultation, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité»). Voir également en matière d'arbitrage d'investissement : World Duty Free Company Ltd. The Republic of Kenya, aff. CIRDI n° ARB/00/7, Sentence du 4 octobre 2006, para. 157 : «In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public Policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public Policy»

7. Pour citer quelques conventions internationales en matière de corruption : Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur le 15 février 1999 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à l'Assemblée Générale des Nations Unies entrée en vigueur le 14 décembre 2005 ; Convention de l'Union européenne sur la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, 1997 ; Convention Pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, etc. En France, la corruption est le fait pour une personne investie d'une fonction déterminée, privée ou publique, de solliciter ou d'accepter un don ou un avantage quelconque en vue d'accomplir, ou de s'abstenir d'accomplir, un acte entrant dans le cadre de ses fonctions (art. 433-1 et suivant du Code pénal). On distingue la corruption active (le fait de proposer le don ou l'avantage à la personne investie de la fonction déterminée) de la corruption passive (le fait pour la personne investie de la fonction déterminée d'accepter le don ou l'avantage).

8. Article 1(a) des Règles de la CCI pour combattre la corruption (2011).

trois grandes catégories :

- Le litige implique un contrat par lequel les parties s'accordent pour effectuer des actes de corruption (par exemple, un contrat assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un marché). Le but du contrat n'est donc pas la fourniture de services déterminés, mais bien l'obtention du marché convoité. Seule l'obtention du marché peut déclencher le droit au paiement. Ces contrats prennent aujourd'hui diverses formes, incluant des mécanismes plus ou moins sophistiqués afin de dissimuler le véritable objet du contrat⁹. Souvent, seule l'analyse du mécanisme contractuel et de sa mise en œuvre concrète permet de déterminer s'il existe ou non des faits de corruption ;
- Le litige implique un contrat obtenu par corruption, par exemple par le versement de pots-de-vin, ou par un trafic d'influence. Cette hypothèse est souvent plus délicate à démontrer et dépendra du droit applicable au contrat, éclairé le cas échéant par l'ordre public international. Il y a d'ailleurs peu de sentences annulant un contrat de fond entaché par la corruption¹⁰. La situation est un peu différente si le contrat contient une clause prohibant le recours à des intermédiaires car dans ce cas il appartient uniquement au demandeur d'établir une violation contractuelle, en prouvant l'existence d'un intermédiaire ou de commissions versées.
- La corruption passive des arbitres. Il s'agit cependant d'une hypothèse rare¹¹ et très difficile à prouver compte-tenu notamment des déclarations d'indépendance et d'impartialité qu'ils sont tenus de verser à la procédure.

B. LE BLANCHIMENT : DÉFINITION ET MATÉRIALISATION

Comme pour la corruption, il n'existe de pas de définition universelle du blanchiment de capitaux.

Cela étant, le blanchiment correspond à un processus par lequel la source illicite d'actifs obtenus ou produits par une activité délictuelle est dissimulée pour masquer le lien entre les fonds obtenus et le délit initial¹².

Concrètement, si les scénarios de blanchiment sont moins nombreux que ceux de corruption dans la pratique arbitrale, ils demeurent bel et bien présents sous les aspects suivants :

- Le litige factice : les deux parties à la procédure d'arbitrage constituent un litige factice visant à obtenir la condamnation au paiement (par exemple, par le paiement de dommages et intérêts, ou le remboursement d'un prêt) de l'une des parties envers l'autre, utilisant ainsi la sentence rendue comme justification au transfert des fonds d'origine illicite. La sentence constitue ainsi la justification mensongère de l'origine des fonds. Il appartient alors à l'arbitre de déceler le caractère artificiel du litige et de s'abstenir de rendre une sentence, au risque de se rendre complice de blanchiment.
- Le litige est réel et implique des fonds d'origine illicite : seule l'une des parties connaît l'origine frauduleuse des fonds - ayant connaissance de l'infraction initiale, par exemple un pot de vin - et cherche à les utiliser dans le cadre d'une transaction tout à fait légale.

Face à l'intensification de la lutte contre le blanchiment et la corruption, ces différents montages évoluent, devenant parfois plus subtils et ingénieux, ce qui nécessite une vigilance accrue et constante de la part notamment des arbitres.

2 LE RÔLE DE L'ARBITRE FACE AUX FAITS DE CORRUPTION ET DE BLANCHIMENT

Les arbitres ont longtemps fait preuve d'une certaine passivité fataliste face à la délinquance financière, soit en déclinant leur compétence, soit en prétextant que la preuve - dont le standard particulièrement élevé en raison de la gravité des allégations - n'était pas rapportée. Aujourd'hui, les arbitres sont appelés à jouer un rôle de plus en plus actif. Si les contours de ce rôle se dessinent progressivement (A), certaines difficultés liées à l'établissement de la preuve persistent (B).

9. Voir notamment : Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI No. 13914, 2008.

10. Voir notamment : Sentence CCI n° 12990, 2005, JDI, 2010.1406, note F. Mantilla Serrano.

11. Th. Clay, L'arbitre, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 942 et s., p. 712 et s.

12. En droit français, le blanchiment est le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit (article 324-1 du Code pénal). Le délit de blanchiment suppose la connaissance par son auteur de l'origine délictuelle ou criminelle des fonds

A. LES CONTOURS DU RÔLE DE L'ARBITRE DANS LA LUTTE CONTRE LA DÉLINQUANCE FINANCIÈRE

L'arbitre confronté à des faits de corruption ou de blanchiment dispose de différents pouvoirs lui permettant d'investiguer (1) et éventuellement de sanctionner ces pratiques (2). Le contenu de ces pouvoirs peut cependant varier en présence d'un règlement d'arbitrage et en fonction du droit du lieu du siège du tribunal arbitral¹³.

Si l'arbitre ne fait pas usage de ces pouvoirs, il s'expose à ce que la sentence qu'il rend soit annulée par le juge national pour violation de l'ordre public international (ce point sera abordé dans la section 3 ci-après).

A.1 LES VASTES POUVOIRS D'INVESTIGATION DE L'ARBITRE

Les pouvoirs d'investigation de l'arbitre en matière de corruption et de blanchiment ont été significativement ravivés par la jurisprudence arbitrale. En effet, si ces pouvoirs d'investigation ne sont pas nouveaux¹⁴, ils sont aujourd'hui utilisés plus fréquemment par les arbitres.

Les arbitres peuvent ainsi soulever d'office les questions de corruption ou de blanchiment si les circonstances le justifient. Si, dans l'arbitrage le principe veut que l'arbitre ne puisse trancher que les questions que les parties entendent lui soumettre, sous peine d'annulation de la sentence rendue ou du refus de son exequatur¹⁵, il n'en demeure pas moins que l'arbitre doit rendre une sentence susceptible d'exécution. La sentence doit donc être conforme à l'ordre public international des lieux où elle est susceptible d'être exécutée¹⁶. Or, comme il a été vu, la lutte contre la corruption et le blanchiment fait partie de l'ordre public international d'un grand nombre de pays. En France, le contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international et

en particulier d'allégations de corruption ou de blanchiment fait l'objet d'un contrôle renforcé qui sera détaillé ci-après à la section III. Dès lors, il ne fait pas de doute que les arbitres ont le pouvoir, si ce n'est l'obligation, de soulever d'office les questions de corruption ou de blanchiment.

Sous réserve du respect du principe du contradictoire, les arbitres peuvent également demander à une partie de fournir toute explication ou document de nature à les éclairer sur les conditions dans lesquelles un contrat a été conclu et au besoin, à peine d'astreinte¹⁷. Les arbitres peuvent avoir recours au juge d'appui afin d'obtenir certains documents détenus par des tiers¹⁸.

Les arbitres peuvent entendre toute personne dont le témoignage leur paraît pertinent¹⁹ ; ou encore trancher un incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299 du Code de procédure civile²⁰.

Enfin, les arbitres sont libres de tirer toutes les conséquences du refus par une partie de produire les éléments demandés sans justification sérieuse.

A.2 LE POUVOIR DE SANCTION DE L'ARBITRE

La question de la sanction est plus délicate en raison notamment de la frilosité des arbitres à prononcer une sanction ferme.

Compétence

Initialement, les arbitres hésitaient à traiter de sujets relevant de la matière pénale et à en tirer des conséquences civiles. La violation de l'ordre public international résultant de faits de corruption était donc sanctionnée en constatant la non-arbitrabilité de la matière et en déclinant sa compétence²¹.

13. Nous nous concentrerons ici sur le droit français.

14. Voir notamment les Règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. En ce qui concerne les règlements d'arbitrage, voir notamment l'article 27 du Règlement Cefarea-Arias France.

15. En pratique, cependant, le risque est faible car si le tribunal soulève des faits de corruption ou de blanchiment, invitant les parties à en débattre contradictoirement, il est très probable que l'une d'entre elles se saisisse de la question, formulant une demande et invitant le tribunal à statuer dessus.

16. La violation des ordres publics internationaux est un fondement de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences au titre de la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

17. En droit français : Art. 1467 du Code de procédure civile (CPC), applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

18. En droit français : Art. 1469 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

19. En droit français : Art. 1467 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

20. En droit français : Art. 1470 CPC, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 CPC.

21. Sentence CCI n° 1110, 1963, 10 Arb. Int'l 282, 292 (1994). Cette décision a cependant été fortement critiquée en ce que la conséquence de la violation de l'ordre public international ne doit pas être l'incompétence de l'arbitre, mais bien la nullité ou l'inopposabilité du contrat litigieux. En arbitrage d'investissement, l'arbitre se déclare incompétent uniquement lorsque le traité d'investissement prévoit que la légalité de l'investissement est une condition d'application dudit traité. Cela étant, il appartiendra au tribunal d'analyser minutieusement la véracité des allégations de corruption souvent soulevées de manière abusive pour faire échec à sa compétence. Les allégations de corruption qui ne concernent pas la réalisation de l'investissement seront, quant à elles, traitées par le tribunal lorsqu'il devra trancher le fond du litige. Voir également : E. Gaillard,

La situation est différente aujourd'hui et les arbitres se reconnaissent compétents pour trancher des questions de corruption ou de blanchiment, mais le nombre de sentences sanctionnant ces faits demeure encore faible.

Nullité du contrat et ses conséquences

Le juge français de l'annulation a précisé que la sentence est susceptible d'annulation dès lors qu'elle donne effet à un contrat obtenu par corruption ou que son exécution est de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses²². Dès lors, une éventuelle réduction de la rémunération de l'intermédiaire ne semble pas appropriée, seule l'absence totale de paiement est justifiée.

La nullité absolue est donc la sanction la plus souvent retenue²³. Elle a pour effet de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion du contrat.

La question peut cependant se poser d'une éventuelle compensation lorsque le contrat a été partiellement exécuté. Il faut distinguer la situation dans laquelle les deux parties ont participé à des faits de corruption (pacte de corruption), de celle où l'une des deux parties ignore ces faits (contrat obtenu par corruption).

Dans la première situation, le principe devrait être l'interdiction d'une éventuelle compensation car les deux parties sont toutes les deux responsables de la violation à l'ordre public²⁴. Il est vrai cependant qu'en fonction de l'état d'avancement du contrat, l'une des parties peut se retrouver plus lésée que l'autre. Par exemple, l'intermédiaire a

déjà effectué des services mais n'a pas encore été rémunéré par le commanditaire. La question se pose de savoir si les arbitres peuvent atténuer le caractère inéquitable de la sanction. Si la réponse est positive et permet ainsi aux arbitres de se livrer à une analyse de la moralité du comportement de chacune des parties, les arbitres semblent réticents à procéder de la sorte²⁵.

Dans la seconde situation, si l'une des parties ignorait les faits de corruption, le principe de l'interdiction des restitutions pourrait ne pas trouver à s'appliquer²⁶. Dans un premier temps, les arbitres devront déterminer si cette partie est réellement une victime innocente et de bonne foi²⁷. Le cas échéant, il leur reviendra de déterminer le montant des dommages et intérêts devant être octroyés pour réparer le préjudice subi.

B. LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE

Si les arbitres disposent de vastes pouvoirs d'investigation, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent faire face aux débats liés à l'établissement de la preuve, en particulier à son standard (a) et ses moyens (b). La charge de la preuve demeure sur la partie qui allègue les faits de corruption ou de blanchiment²⁸.

B.1 LE STANDARD DE LA PREUVE APPLICABLE

Le débat porte sur la question suivante : les faits de corruption ou de blanchiment doivent-ils être démontrés de manière claire et convaincante²⁹, ou peuvent-ils résulter d'un faisceau d'indices établissant une présomption suffisante³⁰ ?

La corruption saisie par les arbitres du commerce international : Rev. Arb. 2017, n° 3.

22. Paris, 4 mars 2014, RG n° 12/17681 ; Paris, 21 février 2017, RG n° 15/01650

23. En droit français, la sanction du pacte de corruption est effectivement la nullité absolue au titre des articles 6, 1162 et 1180 du Code civil. Sur la distinction pacte de corruption et contrat obtenu par corruption, voir : J.-Y. Garaud, L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions, Rev. Arb. 2019, p. 173-203 ; M. de Fontmichel et B. Siino, Contrats, compliance et contentieux arbitral, Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, n° 6, décembre 2019.

24. En droit français, le principe d'interdiction des restitutions se fonde sur l'adage « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

25. Sentence CCI n° 3913 (1981) ; Sentence CCI n° 12990, 2005. Voir également : J.-Y. Garaud, L'office de l'arbitre en arbitrage commercial : caractérisation de l'illicéité et mise en œuvre des sanctions, Rev. Arb. 2019, p. 173-203 ; E. Gaillard, The Emergence of transnational responses to corruption in international arbitration : Arbitration International, 2019, 35, p.10-13.

26. Comme relevé par J.-Y. Garaud, en citant la décision Indagro, dans son article précité, l'arbitre doit demeurer prudent car « la jurisprudence française considère que ne peut avoir effet en France une sentence dont « la reconnaissance [...] permettrait à [une partie] de retirer les avantages du pacte corruptif » (Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-25.657 et 16.26.445).

27. Dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, le tribunal a estimé que le manque de diligence de la partie innocente ne lui permettait pas d'obtenir une compensation financière.

28. Le principe *actori incumbit probatio* est appliqué unanimement, malgré quelques tentatives doctrinales de renverser la charge de la preuve. Certains tribunaux ont pu faire preuve d'une certaine flexibilité dans l'application stricte de ce principe : Sentence CCI n° 6497, 1999.

29. Cette approche a longtemps été suivie par les tribunaux arbitraux : Sentence CCI n° 6401, 1991 ; EDF (Services) Limited c. Roumanie, aff. CIRDI n°ARB/05/13, Sentence du 8 octobre 2009, para. 221. Certains tribunaux arbitraux ont exigé une preuve « au-delà de tout doute » (Sentence CCI n° 5622, 1988). Le standard élevé a été appliqué dans l'affaire Belokon dans le cadre de laquelle le Tribunal arbitral a exigé une preuve « concrète et décisive » pour caractériser des faits de blanchiment (Valéri Belokon c/ République du Kirghizistan, Sentence du 24 octobre 2014).

30. L'approche dite des « red flags » a été proposée par l'OCDE, en 1997, dans sa Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Plusieurs tribunaux arbitraux ont appliqué cette approche. Pour l'application de

La première approche - longtemps adoptée par les tribunaux³¹ - repose sur l'idée que compte tenu de la gravité des allégations de corruption et de blanchiment, le standard de preuve doit être particulièrement élevé, quasi identique au standard applicable en matière pénale. L'application d'un tel standard permettrait également d'éviter que des allégations de corruption soient employées à des fins dilatoires.

Cela étant, l'arbitre n'est pas un juge pénal. Il est uniquement chargé de tirer des conséquences civiles d'une situation impliquant des faits de corruption ou de blanchiment.

La tendance actuelle semble ainsi opter pour la seconde approche selon laquelle l'arbitre doit déterminer si une situation donnée concentre plusieurs faits circonstanciés de nature à faire présumer de l'existence de faits de corruption ou de blanchiment³². L'arbitre doit ainsi effectuer une analyse minutieuse des faits de chaque espèce.

B.2 LES MODES DE PREUVE

La preuve directe de faits de corruption ou de blanchiment est quasiment impossible à établir pour les arbitres³³. Les arbitres ne peuvent pas non plus se limiter à l'analyse du contrat litigieux³⁴. Ils adoptent alors la technique du faisceau d'indices.

Selon cette technique, l'arbitre recherche et identifie l'ensemble des indices ou «red flags» pouvant indiquer l'existence de faits de corruption ou de blanchiment. Il doit ensuite déterminer, tout en mettant ces indices en perspective, s'il peut établir avec un certain degré de conviction³⁵, des faits de corruption ou de blanchiment. Cette technique est reconnue par la jurisprudence française³⁶.

L'analyse des sentences permet de dégager un certain nombre d'indices ou de «red flags», désormais listés dans un «Toolkit» élaboré par le Centre de compétence arbitrage et criminalité de l'Université de Bâle

le 26 juin 2019.

Quelques exemples de ces indices ou «red flags» en matière de blanchiment :

- Un litige unilatéral avec une partie défaillante ou avec une partie qui reconnaît sa responsabilité ou consent de manière prématurée à transiger ;
- Des informations manquantes concernant le contexte du litige, les parties et leurs activités : absence de preuve de l'existence des transactions (ex: échéances de remboursement d'un prêt, etc), impossibilité de déterminer l'origine des fonds ou le bénéficiaire effectif, absence d'activité régulière des parties, etc ;
- Implication de personnes politiquement exposées ;
- Entités ou fonds provenant de pays présentant un risque élevé de blanchiment/corruption ;
- Transactions d'un montant inhabituellement élevé ou impliquant d'importants paiements en espèces ou sans justification économique apparente.

Quelques exemples de ces indices ou «red flags» en matière de corruption :

- Le marché a été octroyé sans appel d'offres, surtout si une telle procédure est normalement exigée par le droit local ;
- Le risque de corruption notoirement connu présenté par le pays dans lequel le contrat a été conclu ;
- Circonstances suspectes autour de l'intermédiaire :
 - l'intermédiaire n'a pas son siège là où il accomplit ses services ;
 - la structure corporative de l'intermédiaire est trouble (société coquille) ;
 - le refus de divulguer les bénéficiaires effectifs ou de produire des documents

cette méthode à la question de la légitimité de contrats assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un marché, voir notamment : Sentence CCI n° 3916 (1982) ; Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI n° 13515, 2006 ; Sentence CCI n° 13914, 2008.

31. Pour un exemple : sentence CCI 13384, où l'arbitre énonce que «que les moyens de défense contre la corruption exigent, de par leur nature, une attention toute particulière aux faits, conformément à un principe qui impose leur interprétation restrictive et doivent être vérifiés selon un niveau de preuve élevé».

32. Dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, paras. 251-252, le tribunal a considéré que «Les Tribunaux - ou les arbitres - peuvent, en principe, utiliser tous les moyens de preuve autorisés par la loi, étant entendu qu'ils ne sont pas liés par la formulation du contrat ... L'exigence en matière de preuve est dès lors réduite et peut se limiter à une présomption reposant sur des indices» ; voir également : Sentence CCI n° 3916 (1982) ; Sentence CCI n° 8891, 1998 ; Sentence CCI n° 13515, 2006 ; Sentence CCI n° 13914, 2008.

33. En effet, l'admission par l'une des parties d'avoir versé un pot de vin est extrêmement rare. Voir en ce sens : World Duty Free Company Ltd. The Republic of Kenya, aff. CIRDI n° ARB/00/7, Sentence du 4 octobre 2006.

34. Comme cela a été très justement rappelé par le tribunal dans la Sentence CCI n° 12990, 2005, le tribunal a considéré que «[le] caractère illicite est souvent difficile à prouver, les parties masquant l'objet réel du contrat derrière des stipulations contractuelle anodines».

35. Le degré de conviction exigé par un tribunal arbitral varie. De manière générale, l'approche civiliste consiste à exiger un standard plus élevé de «quasi-conviction» qu'en droit anglo-saxon. Cependant en matière d'arbitrage international l'établissement de la preuve s'inspire plutôt du droit anglo-saxon. La jurisprudence française en matière d'arbitrage international utilise la notion d'«indices graves, précis et concordants».

36. Paris, 21 février 2017, RG n° 15/01650 ; Paris, 16 mai 2017, RG n° 15/17442 ; Paris, 10 avril 2018, RG n° 16/11182.

sans justification

- l'intermédiaire présente des liens très étroits avec des personnes clés du gouvernement étranger ;
- la commission payée à l'intermédiaire est anormalement élevée ;
- l'incohérence entre les qualifications de l'intermédiaire et la mission qui lui est confiée ;
- l'absence de justification des diligences d'un intermédiaire ;
- la durée très courte de la mission de l'intermédiaire ;
- le paiement des diligences de l'intermédiaire dans un pays présentant un risque élevé de corruption ou via un montage financier suspect.

Il va de soi que l'existence d'un seul indice ou «red flag» ne saurait constituer une présomption de corruption. Seule la présence de plusieurs indices ou «red flag» invitent à prêter une grande vigilance et à mener des investigations complémentaires pour déterminer si ces indices caractérisent ou non des faits de corruption et/ou de blanchiment.

Ainsi, si la technique du faisceau d'indices a conduit les arbitres à établir des faits de corruption et/ou de blanchiment, elle les a aussi menés à conclure que les griefs de corruption ou de blanchiment n'étaient pas établis³⁷.

3 LE RÔLE DU JUGE FRANÇAIS DANS LE CADRE DES RECOURS EN ANNULATION

Le juge français saisi d'un recours en annulation ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence, exerce un contrôle très limité sur la sentence. Il ne s'agit pas d'une révision au fond de la sentence. L'annulation ou le refus de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence est permis uniquement sur des fondements

juridiques précis et énumérés au Code de procédure civile³⁸.

En matière de corruption et de blanchiment, le fondement utilisé est celui de la contrariété à l'ordre public international. Le juge de l'annulation est autorisé, dans ce contexte, à rechercher en droit et en fait tous les éléments lui permettant de constater une contrariété à l'ordre public international³⁹. L'intensité du contrôle exercé par le juge a cependant fluctué dans le temps entre contrôle restreint⁴⁰ et contrôle renforcé⁴¹.

Le contrôle exercé actuellement par le juge de l'annulation est un contrôle renforcé visant une contrariété «manifeste, effective et concrète» à l'ordre public international, pouvant se manifester par des «indices graves, précis et concordants»⁴².

La Cour d'appel de Paris affirme également que lorsqu'elle est saisie d'une allégation de corruption violant l'ordre public international, elle n'est pas limitée aux éléments de preuve fournis dans le cadre de la procédure arbitrale, ni par les constatations, appréciations et qualifications faites par les arbitres. L'illustration la plus parlante est celle de l'affaire Belokon⁴³.

Le litige opposait M. Belokon, national letton, à la République du Kirghizistan pour expropriation. La défense de la République reposait essentiellement sur des allégations de blanchiment commis par M. Belokon. Le tribunal arbitral a considéré qu'en l'absence de preuve concrète et décisive, ces allégations n'avaient pas été établies, relevant notamment qu'aucun jugement de condamnation pénale n'était intervenu par les juridictions locales. Le tribunal a donc ordonné à la République de payer 15,2 millions de dollars à M. Belokon pour la perte de son investissement.

La République a ensuite formé un recours en annulation contre la sentence pour violation de l'ordre public international. La République soutenait que l'exécution ou la reconnaissance de la sentence était contraire à l'objectif de lutte internationale

37. Voir par exemple : Sentence CCI n° 7047, 1994 ; Sentence CCI n° 9333, 1998 ; Sentence CCI n° 16090, 2011.

38. En matière d'arbitrage interne, il s'agit de l'article 1492 CPC ; en matière d'arbitrage international, il s'agit de l'article 1520 (recours en annulation) et de l'article 1525 CPC (refus de la reconnaissance ou de l'exequatur de la sentence).

39. Civ. 1ère, 6 janv. 1987, n° 84-17.274.

40. La contrariété à l'ordre public international devait être «flagrante, effective et concrète», voir notamment : Civ. 1ère, 4 juin 2008, n° 06-15.320 ; Paris, 18 nov. 2004, RG n° 2002/19606.

41. Par trois arrêts rendus en 2014, la Cour d'appel de Paris a marqué sa volonté de distinguer les violations à l'ordre public international suite à des faits de corruption des autres violations en annulant une sentence arbitrale dont la reconnaissance et l'exécution étaient de nature à violer «de manière effective et concrète» l'ordre public international, sans que le critère de flagrante ait à être démontré : Paris, 4 mars 2014, RG n° 12/17681 ; Paris, 14 octobre 2014, RG n° 13/03410 ; Paris, 4 novembre 2014, RG n° 13/22288. Cette tendance a été confirmée : Civ. 1ère, 24 juin 2015, n° 14-18.706.

42. Civ. 1ère, 13 sept. 2017, n° 16-25.657 ; Paris, 10 avril 2018, RG n° 16/11182 ; Paris, 16 janv. 2018, RG n° 15/21703.

43. Paris, 21 févr. 2017, RG n° 15/01650

contre le blanchiment, et produisait à l'appui un certain nombre d'éléments. La Cour d'appel de Paris a rappelé que la prohibition du blanchiment fait partie de l'ordre juridique français et ne saurait souffrir de violation même dans un contexte international. Après avoir procédé à un examen détaillé des éléments qui lui avaient été soumis, la Cour a conclu à l'existence d'indices graves, précis et concordants montrant que la reprise par M. Belokon de la banque kirghize n'avait pour but que de développer des pratiques de blanchiment dans un Etat où M. Belokon bénéficiait de relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissant l'absence de contrôle réel de ses activités⁴⁴.

Pour conclure, le rôle de l'arbitre - central dans la lutte contre la délinquance financière - est de plus en plus exigeant. Les arbitres disposent cependant de moyens efficaces pour lutter contre cette délinquance et tirer les conséquences civiles nécessaires de tout comportement impliquant des faits de corruption et de blanchiment.

44. La Cour d'appel de Paris a considéré qu'il existait des indices «graves, précis et concordants» de corruption à partir des indices suivants : (i) la brièveté des notes produites par le consultant et dont l'authenticité ne pouvait être établie avec certitude ; (ii) l'absence d'explication du consultant quant aux moyens employés pour se procurer des documents confidentiels ; (iii) l'absence de preuve rapportée par le consultant sur l'adéquation des moyens humains avec la mission de consulting qui lui avait été confiée ; (iv) le caractère trop élevé de sa rémunération au regard des diligences accomplies ; (v) la condamnation à la prison à vie pour corruption du ministre des chemins de fer chinois et de l'ingénieur en chef adjoint en relation avec le consultant.

ARBITRAGE

L'AMIABLE COMPOSITEUR

ET L'ORDRE PUBLIC :

ENTRE LIBERTÉ

ET CONTRAINTE

PAR STÉPHANE CHOISEZ
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

La question de l'amicable composition en arbitrage est parfois présentée comme un sujet simple, une règle autorisant le juge arbitral à invoquer l'équité dans une sentence arbitrale.

C'est à la fois vrai sur le plan conceptuel, car c'est bien d'équité dont il s'agit, mais faux sur le plan juridique.

La cour d'appel de Paris définit ainsi la clause compromissoire en amiable composition : «*La clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige*» (Paris 28 novembre 1996 Rev. Arb. 1997, p.381).

Cependant, comme toujours, le droit de l'arbitrage est empreint d'une grande subtilité, et les pouvoirs qui sont conférés à l'amicable compositeur tiennent autant à la volonté des parties – qui créent et consacrent le principe à son recours sous cette forme d'exercice – qu'aux textes de Loi qu'il sera chargé d'appliquer, sans compter le souci particulier que l'arbitre aura lors de la rédaction de la sentence à exprimer et manifester cette équité.

Car au-delà du débat sur l'arbitrabilité d'une matière, qui préexiste à l'application de l'équité dans une sentence, et avant de voir comment l'arbitre rédigera en équité, c'est sur le rapport entre amiable composition et ordre public qu'il convient de s'arrêter.

L'AMIABLE COMPOSITEUR ET LE DROIT TEL QU'IL DOIT L'APPLIQUER

Sur le plan théorique, la solution est assez simple, et comme l'indique la doctrine (C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT «*Droit de l'arbitrage interne et international*» éditions LGDJ 2019 p. 878) «*l'amicable compositeur ne peut pas écarter toute règle de droit ; il peut uniquement écarter les droits nés de l'application de règles auxquelles les parties peuvent valablement renoncer et doit respecter celles qui sont considérées comme d'ordre public international*».

Passons rapidement sur la problématique de l'ordre public international qui constituerait une sorte de tronc commun de valeurs universelles que les arbitres – y compris donc dans le cadre d'arbitrages internationaux – ne pourraient jamais outrepasser, ces principes étant considérés comme fondamentaux dans l'ensemble des systèmes juridiques mondiaux (ex interdiction de l'esclavage, interdiction du trafic de drogue,...).

De fait, on voit (vraiment) mal un amiable compositeur aller dans une direction qui favoriserait de tels manquements à l'intégrité humaine ou sociale, qui plus est au nom de l'équité, insistons tout de même sur ce point.

Plus intéressant, au regard du Droit interne qui est la terre d'élection de ce type d'arbitrage, est d'appréhender ce qui pourrait faire l'objet d'un aménagement équitable de la part de l'amicable compositeur.

En clair, à quoi l'amicable compositeur peut-il déroger ?

Car puisque l'amiable composition est une «renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit» (Paris 28 novembre 1996 op. cité), l'amiable compositeur ne peut pas recueillir plus de droits que les parties n'en possèdent et disposent.

Autrement dit, l'amiable compositeur pourra statuer en équité, pour autant que les droits sur lesquels il va raisonner «*ex aequo et bono*» soient librement disponibles, et qu'on puisse par anticipation y renoncer au sein de la clause compromissoire.

Car il existe des droits, irrigués par l'ordre public, auxquels on ne peut renoncer par avance.

Un arrêt très récent de la Cour de Paris du 19 novembre 2019 (RG 17 /20392), commenté par le Pr. CHANTEBOUT (in Dalloz Actualité du 14 février 2020) illustre le travail qu'un amiable compositeur peut – ou ne peut pas – faire lorsqu'il est saisi d'un arbitrage en amiable composition.

Dans l'espèce, reprenant sa formule habituelle sur la «renonciation conventionnelle», la Cour de Paris précisera dans cet arrêt sa formule comme suit «*La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige, sauf lorsqu'est en cause une disposition d'ordre public au bénéfice de laquelle une partie ne peut renoncer*»

Cette précision s'explique par les faits de l'espèce.

En l'occurrence, dans le cadre d'un marché principal qui lui a été confié, un GIE avait lui-même confié à un second GIE différents travaux de construction et de terrassement en vue de la construction d'une ligne ferroviaire.

Ce marché de sous-traitance, qui contient la clause compromissoire en amiable composition, ne comprenait pas la copie du cautionnement obligatoire imposé par l'article 14 de la Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, et qui être fourni aux sous-traitants pour leur assurer le paiement de leurs marchés.

Tout le débat était alors de savoir si cette règle était d'ordre public de protection – et destinée donc aux parties qu'elle protège – ou d'ordre public de direction – car destinée à protéger globalement l'organisation

sociale et économique en France, afin que les sous-traitants puissent être payés de leur travail.

Pour l'amiable compositeur, arbitre unique, la disposition omise relevant de l'ordre public de direction, elle ne pouvait faire l'objet d'une renonciation valable, et donc d'un pouvoir d'équité transféré à l'arbitre lui permettant de passer outre cette nullité.

Le Tribunal Arbitral en avait conclu «*qu'à peine d'un risque d'annulation de la sentence, ses pouvoirs d'amiable compositeur ne lui permettaient pas en l'espèce d'écarter en équité la nullité prévue par la Loi du 31 décembre 1975*», l'implicite étant que si cette disposition avait relevé de l'ordre public de protection, l'équité aurait pu être invoquée par l'arbitre.

Cette lecture apparaît toutefois assez paradoxale, puisque cela revient à considérer qu'une règle protectrice des intérêts d'une partie, fut-elle ici un GIE, pourrait être écartée car «*inéquitable*» ? (voir l'analyse critique de V. Chantebout op. cité).

Saisie d'une demande en annulation la Cour de Paris, tout en semblant reconnaître que le moyen de nullité qui lui était soumis pouvait se débattre – à savoir pour le coup une violation par l'arbitre du régime de l'article 14 de la Loi du 31 décembre 1975 – la Cour indiquait que «*le contrôle exercé par le juge de l'annulation ne porte que sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public. Mais ne viole pas l'ordre public une sentence qui fait application d'une disposition législative qui aurait été qualifiée à tort d'ordre public*».

Attention cela ne signifie pas que la Loi du 31 décembre 1975 n'est pas d'ordre public, mais que ce point était insuffisant à déclencher le pouvoir d'annulation conféré à la Cour par la Loi.

On le voit, le schéma général qui mène au pouvoir d'équité de l'arbitre statuant en amiable composition est subtil.

Né de la clause compromissoire, articulé sur la renonciation partielle des parties à des règles de droit, limité dans les effets de cette renonciation, ce pouvoir d'équité appelle l'arbitre à la prudence et à l'analyse juridique la plus fine lorsqu'il intervient.

L'AMIABLE COMPOSITEUR ET LE DROIT TEL QU'IL DOIT LE RÉDIGER

Mais, ce faisant, en appliquant le droit tel qu'il a le pouvoir de l'appliquer, même en tenant compte des règles d'ordre public, l'amiable compositeur n'a réalisé que la moitié de son rôle d'arbitre.

Raisonner en amiable compositeur est une chose, rédiger en exprimant l'usage de cette équité en est une autre.

Cette obligation ne relève d'ailleurs même originairement de la mission de l'arbitre, mais ici encore de la Loi et plus précisément de l'article 1478 du Code de Procédure Civile qui dispose :

«l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur»

L'amiable compositeur a beau être nommé par les parties, les obligations essentielles du procès s'appliquent à lui et notamment l'obligation de motivation de la sentence (Cass. 2e civ. 25 oct. 1995, Bull. civ. II, no 251).

Mais comment motiver en équité ?

Faut-il l'exprimer d'une façon générale, une fois pour toutes ?

Le démontrer dans chaque phase du raisonnement juridique ?

La Jurisprudence synthétisée dans le traité de «Droit de l'arbitrage interne et international» de Christophe SERAGLINI et Jerome ORTSCHEIDT (éditions LGDJ 2019 n°453 et suivants) est au fond logique et de bon sens, s'articulant sur la rédaction de la clause compromissoire et de ses effets.

En effet, puisque ce sont les parties qui vont souhaiter – ou pas - qu'il existe un affranchissement – relatif on l'a vu - au regard des règles de droit, aucun arbitre n'a la pouvoir, d'office, de s'accorder de statuer en amiable composition, à défaut de quoi sa sentence serait nulle (Civ. 1^{ère} 12 octobre 2011 Rev. Arb. 2012 p.91).

Et réciproquement, un arbitre qui est supposé statuer en Droit, et qui indiquerait néanmoins indemniser «*ex aequo et bono*», soit «*selon le droit et le bon*», ce qui est une autre terminologie recouvrant l'amiable composition, mais dans les faits statuerait en Droit, ne violerait pas sa mission d'arbitre (Civ. 2^{ème} 30 septembre 1981 Rev. Arb. 1982, p.431)

Mais comment savoir alors si on est en pré-

sence d'un raisonnement en amiable composition ?

Il faut en fait accepter l'idée d'une forme de casuistique, ou tout dépendra du raisonnement suivi, et de la façon dont les effets d'une règle de droit ont été – ou pas – limités par l'équité, plutôt que de la façon dont l'arbitre décrira son propre rapport à l'équité.

Comme l'indiquant justement les professeurs SERAGLINI et ORTSCHEIDT (op. cité p.432) «*ne rien dire sur l'équité n'exclut pas de rendre une décision équitable ; à l'inverse, une référence expresse à l'équité ne garantit pas qu'elle a été effectivement prise en compte par l'arbitre*»

La règle est donc beaucoup plus pragmatique, et posée en termes généraux par la Cour de Cassation comme suit «*le Tribunal Arbitral, auquel les parties ont conféré mission de statuer comme amiable compositeur, doit faire ressortir dans sa sentence qu'il a pris en compte l'équité*» (Civ. 1^{ère} 1^{er} février 2012, Rev. Arb. 2012 p.91, Civ. 1^{ère} 12 juin 2014, n°13-18596)

L'équité n'est donc pas un brevet que l'amiable compositeur se décerner en rédigeant la sentence, mais un prérequis que la sentence doit révéler de façon évidente.

Rien n'empêche l'amiable compositeur d'écrire qu'il a pensé et rédigé en équité, mais la véritable règle est que la sentence doit avoir «*pris en compte des considérations d'équité*» pour pouvoir être validée en cas de contrôle de la Cour d'Appel statuant sur la validité de la sentence (Civ. 1^{ère} du 12 juin 2014 précité).

On le voit, l'amiable composition amène l'amiable compositeur bien au delà de ce que son intuition lui dictait, l'obligeant à avancer prudemment sur les droits objet de l'équité dont il entend faire usage, sans oublier de l'expliciter dans la sentence.

Du Droit comme forme d'art...

ARBITRAGE

L'ARBITRAGE DANS LE CODE DES ASSURANCES CIMA

PAR ADAMA KOFFI DRISSA
DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ,

Dans l'espace de l'Ohada, en plus des arbitrages ad hoc, super-institutionnel et institutionnel qui sont régis respectivement par l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, par le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et par les nombreux règlements des centres d'arbitrage, il existe des systèmes d'arbitrage corporatiste à l'instar de celui administré par les associations des assureurs automobiles à travers les Commissions Nationales d'Arbitrage [CNA]. Si cet arbitrage rencontre un franc succès dans sa pratique, sa réglementation restrictive peut davantage être améliorée pour l'aider à se positionner comme une réelle justice alternative dans le traitement du contentieux assurantiel, et l'optimiser afin de lui permettre d'être plus profitable aux usagers de l'assurance de la zone CIMA¹.

INTRODUCTION

1 Les relations entre les assurances et le droit de l'arbitrage sont fusionnelles² et ancestrales. En effet, c'est à l'occasion d'une célèbre affaire opposant un assureur à son assuré que fut rendu en 1843 en France, l'arrêt Prunier³, lequel a marqué la jurisprudence relative à la clause compromissoire⁴. Les faits qui ont donné naissance à cette

décision sont les suivants : un contrat d'assurance incendie avait été conclu entre le sieur Prunier et son assureur, la Compagnie d'assurance «Alliance». La police a intégré le principe d'un recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges à naître, lequel arbitrage devait nécessairement se tenir à Paris, exposant ainsi l'ensemble des assurés dans cette situation à de nombreux voyages onéreux et les plaçant en situation de précarité pour la défense de leurs droits face à cet assureur. Un contentieux naît sur la question de la validité d'une telle clause compromissoire. Soumise à la chambre civile de la Cour de Cassation française, cette affaire va donner lieu à un arrêt de principe qui sera interprété comme proscrivant la validité de la clause compromissoire entre assureur et assurés non-professionnels, cette clause étant considérée comme risquée pour cette catégorie d'assurés.

2 Dans la zone de la Conférence Inter-africaine des Marchés d'Assurances (CIMA), espace dans lequel il existe une législation des assurances unique⁵, le mécanisme de l'arbitrage est régi principalement par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA⁶, par le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et par les nombreux Règlements des centres d'arbitrage qui exercent dans

1. À l'instar de la CEFAREA-ARIAS en France, un organisme qui a pour mission principale de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits, plus particulièrement la médiation et l'arbitrage dans les litiges pouvant opposer des acteurs du monde de l'assurance dans son ensemble et sa diversité.

2. L'arbitrage est un mécanisme qui permet d'aspirer à une justice mieux administrée à travers l'intervention de juges spécialisés (arbitres), qui règlent confidentiellement, dans des délais et coûts acceptables les différends en aidant à l'apaisement et au maintien des relations commerciales. Très pratique pour les contentieux techniques et internationaux, il est assez présent en assurance maritime, dans les assurances qualifiées «de grands risques» et dans la réassurance.

3. Sirey 1843, I, page 561.

4. Au terme de l'article 3-1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA), la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel.

5. Le code des assurances de la CIMA est entré en vigueur le 15 janvier 1995. Cette organisation institue un code unique des assurances dans l'espace OHADA, à l'exception de la Guinée et de la RDC qui n'en sont pas membres. Cette réglementation unifiée s'applique aux assurances terrestres et de personnes, de capitalisation et régit les règles générales du contrat d'assurance, des assurances obligatoires (véhicules terrestres et facultés d'importations), des sociétés d'assurance, de capitalisation, de micro-assurance, de réassurance, de Takaful ainsi que les règles comptables applicables à ces sociétés.

6. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) instituée par le traité de 1993, révisé en 2008, comprend 17

cette région. Aussi, faut-il le préciser, le code CIMA a prévu des règles applicables à l'arbitrage. Ainsi, l'on pourrait légitimement penser à première vue, qu'il existerait un conflit de norme entre ces deux législations supranationales⁷. L'arbitrage⁸ n'a pas de définition légale dans notre droit, toutefois il peut être appréhendé comme un mode de règlement de différends, provenant d'une convention privée et accordant des pouvoirs juridictionnels ponctuels à des particuliers appelés arbitres. Ces pouvoirs leur permettent de trancher le litige par la reddition d'une sentence qui revêt l'autorité de la chose jugée au même titre que la décision d'une juridiction étatique rendue par un juge. La notion d'assurance peut être comprise comme «une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique.»⁹.

3 À l'image de la relation ancienne et complexe qui unit l'assurance à l'arbitrage, mener une analyse les impliquant reste une gageure qui présente plusieurs intérêts. D'un point de vue pratique, il faut préciser que l'arbitrage est le mécanisme privilégié de résolution des litiges de certains domaines des assurances à l'instar de la réassurance, de l'assurance maritime, de l'assurance spatiale, de l'assurance des risques politiques et des risques de responsabilité des banques. Il tend également à pénétrer de manière significative le monde du courtage, de la coassurance et des accords de bancassurance. L'utilisation croissante par les entreprises assurées de captives¹⁰ en tant qu'élément de

gestion de leurs programmes d'assurance, a pu à cet égard, représenter un facteur d'accroissement des clauses compromissoires dans les contrats¹¹. D'un point de vue théorique, l'arbitrage et l'assurance sont des domaines éminemment techniques. Et, s'il commence à exister une doctrine arbitrale avec l'avènement du droit de l'Ohada¹², cette œuvre pédagogique se caractérise par sa faiblesse sinon son inexistence dans la sphère des assurances CIMA. Cet état de fait ne favorise guère l'appropriation des techniques d'assurances qui se révèlent le plus souvent atypiques. Cette rareté d'écrits pourrait se positionner comme l'un des facteurs ralentissant l'essor de l'assurance et de sa pénétrabilité dans la zone CIMA¹³.

4 La question de l'interaction «assurances et arbitrage» est vaste et complexe. Quand bien même le droit CIMA règlementerait l'arbitrage dans les assurances, il faut rappeler qu'il existe en la matière, d'autres textes¹⁴ notamment l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage lequel demeure consacré spécialement au mécanisme de l'arbitrage dans la zone CIMA. Dans ces conditions, traiter d'une interaction entre assurances et arbitrage renvoie à aborder des relations qui existent entre la législation des assurances CIMA et l'institution qu'est l'arbitrage en ayant un regard sur les règles produites par le droit de l'arbitrage de l'OHADA. Autrement dit, il sera question d'analyser la problématique des rapports qui existent, d'une part, entre la réglementation des assurances CIMA et le mécanisme même de l'arbitrage, et d'autre part, les relations entre ce premier ensemble et la législation arbitrale de l'OHADA, notamment avec l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

4.1 Notons qu'à l'occasion de leurs activi-

États parties : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Niger, Mali, République Centrafricaine (RCA), République Démocratique du Congo (RDC), Sénégal, Tchad et Togo.

7. Voir Infra, n°12.

8. L'arbitrage est une institution complexe qui fait intervenir une convention d'arbitrage, un litige et une instance procédurale par laquelle le litige est dénoué (P. MEYER, Droit de l'arbitrage, Bruylant, 2002, p. 43.) ; Il est également considéré comme un mode parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige, par une autorité qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la simple convention des parties, lesquelles peuvent être de simples particuliers ou des États. (G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 69.)

9. J. HEMARD, Théorie et pratique des assurances terrestres, Paris, 1924.

10. Une captive d'assurance ou captive directe est une société filiale, créée par l'entreprise, qui va jouer le rôle d'un assureur traditionnel, en garantissant les risques uniquement supportés par l'entreprise. Elle perçoit les primes par la holding, elle verse l'indemnité à l'instar du dispositif d'assurance tout en faisant intervenir le fronting. Selon l'article 800 in fine du Code CIMA, «Par extension, on entend également par captive, toute entreprise de réassurance appartenant à un groupe ou à un réseau d'entreprises d'assurance qui réassure uniquement les filiales du groupe ou membres de ce réseau.»

11. E. EVIAN, «L'arbitrage de l'assurance et l'assureur en arbitrage», Revue CEFAREA, n° 17-2012, p.14.

12. Particulièrement dans les pays membres de cette organisation (Ohada) en Afrique.

13. Nous avons notamment comme causes freinant l'essor de l'assurance de personnes dans la zone CIMA : la faiblesse du niveau des revenus par habitant, la mauvaise image du secteur des assurances auprès des populations, le taux de frais de gestion et d'acquisition excessifs, les préjugés d'ordre culturel, sociologique ou religieux, les marchés financiers embryonnaires et le manque de transparence dans la gestion de certains contrats. Au regard de leurs généralités, ces causes peuvent valablement être étendues aux assurances de dommages dans la zone CIMA. Voir D. OUATTARA, Cours polycopié d'Assurance des personnes, Cycle MST-A, 14^{ème} Promotion (2018-2020), 1^{ère} année, p.12 et 13.

14. L'arbitrage est régi principalement par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA, par le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et par les nombreux Règlements des centres d'arbitrage qui exercent dans cette région.

tés, les assureurs peuvent être, soit conduits à choisir volontairement l'arbitrage dans certains de leurs contrats, soit contraints, en cas de subrogation, lorsque par exemple, la partie subrogée, l'assuré, s'était engagée via une clause compromissoire à soumettre les litiges à l'arbitrage, ou bien encore, lorsque l'assureur se trouve dans l'obligation de se soumettre à un arbitrage. Il convient de préciser aussi que, l'arbitrabilité¹⁵ des litiges en assurance CIMA n'est pas si évidente qu'elle en a l'air. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer le nombre assez important d'occurrences dans lesquelles, l'arbitrage semble exclu par cette réglementation¹⁶. Cette grande prudence à l'égard de l'arbitrage dans le code CIMA pourrait justifier, probablement, le silence des rédacteurs de cette législation sur la problématique du régime juridique des clauses compromissoires¹⁷ dans les contrats d'assurances à l'égard des particuliers¹⁸.

5 De l'analyse du code CIMA, il ressort que malgré beaucoup de réserves, une place relativement appréciable est accordée à l'arbitrage. En effet, le droit CIMA impose systématiquement dans certaines hypothèses, l'arbitrage comme instrument de règlement de conflits entre assureurs. Cet arbitrage doit se tenir devant la Commission Nationale d'Arbitrage, institution créée par les associations des assureurs, et son fonctionnement est organisée par la combinaison des dispositions de l'article 276 du code CIMA et des règlements intérieurs desdites Commissions. L'exploitation de ces différents textes donne de constater que, même si cet arbitrage CIMA reste encadré et, effectivement organisé par les associations des assureurs automobiles dans certains États, il n'en demeure pas moins que son optimisation et son expansion restent tributaires d'améliorations de son régime juridique. En clair, il existe la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le cadre de l'article 276 de la législation CIMA. Toutefois celle-ci reste

strictement réservée à certaines situations. Ainsi, les Commissions Nationales d'Arbitrage ne peuvent en principe être saisies par les assurés. Alors que la protection des intérêts des assurés aurait pu leur justifier l'ouverture de cette institution. Le besoin de trouver des solutions aux difficultés rencontrées par les assurés, en la matière, à pousser le marché du Cameroun à ouvrir une brèche permettant à ceux-ci d'être des justiciables de sa Commission Nationale d'Arbitrage¹⁹. D'autres marchés comme celui de la Côte d'Ivoire ont tout simplement mis en place un médiateur en assurance²⁰. Ce désir de ces deux marchés leaders d'offrir une justice alternative aux assurés devrait être perçu comme une insuffisance du code CIMA qui mérite un regard attentif. S'il est constant que le droit CIMA pose les bases de l'édification d'un système arbitral corporatiste pour le secteur des assurances (I), il devient nécessaire que celui-ci soit réorganiser afin qu'il puisse jouer un rôle plus important dans la résolution du contentieux assurantiel de la zone CIMA (II).

I UN SYSTÈME D'ARBITRAGE EN CONSTRUCTION

6 Dans la pratique des marchés de la zone CIMA, l'arbitrage figure parmi les modes de règlement de litiges puisqu'il est consacré par la législation unique²¹ pour la gestion des conflits résultant des recours entre compagnies d'assurance (A), d'une part, et parce que l'arbitrage vit effectivement à travers la densité des activités des Commissions Nationales d'Arbitrage [ci-après CNA] (B), d'autre part, lesquelles Commissions sont installées par les associations des sociétés d'assurances automobiles des différents marchés des États membres de la CIMA.

15. L'arbitrabilité est la possibilité pour une personne de compromettre, avoir le droit de porter un litige devant un tribunal arbitral (arbitrabilité subjective) ou à une matière d'être arbitrale, soumise à arbitrage (arbitrabilité objective).

16. Voir les articles 30, 46, 51, 239, 601 et 610 notamment.

17. Au terme de l'article 3-1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA), la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel.

18. Dans notre espace, ni l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage ni le code CIMA ne traite de la question. Il faut donc voir du côté du droit de la consommation qui n'est pas harmonisé. Par conséquent, même s'il prescrivait une réponse, elle serait différente d'un pays à un autre. Les lois relatives à la consommation ivoirienne (Loi n°2016- 412 du juin 2016 relative à la consommation en Côte d'Ivoire) et camerounaise (Loi-Cadre n° 2011/012 du 6 Mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun, complété par la Loi n°2015/018 du 15 décembre 2015 régissant l'activité commerciale au Cameroun) ne proscrivent pas expressément les clauses compromissoires des contrats avec les non-professionnels ou consommateurs.

19. Article 3 du règlement intérieur de la Commission Nationale d'Arbitrage et Contentieux Divers (CNA-CD) dispose que : «la Commission peut être saisie des cas n'ayant pas trouvé de solution dans le cadre de règlement pour compte d'autrui». Voir à ce propos, Assurances et sécurité, Magazine de l'ASAC, n°36 Février 2016, p.10.

20. Institution dont les parties à un contrat d'assurance n'ont pas l'obligation de soumettre leurs litiges. Elle émet des avis qui ne lient pas ces dernières.

21. Traité CIMA, Annexe 1, Code des Assurances des Etats membres de la CIMA, Article 276 du Code CIMA.

A. L'INSTITUTIONNALISATION D'UN SYSTÈME ARBITRAL CORPORATISTE CIMA

7 Un arbitrage est dit corporatiste, si l'organe qui l'administre est un centre d'arbitrage socio-professionnel qui n'a pour objet que de régler exclusivement les litiges provenant d'un secteur d'activité déterminé²². Cela suppose qu'il faille s'assurer, d'une part, de ce que le centre organisant l'arbitrage est constitué dans un cadre professionnel ou est l'émanation d'une association professionnelle ; et que, ces professionnels soient à l'origine de sa création, l'administrent et soient les seuls à pouvoir être désignés comme des arbitres²³. D'autre part, cela implique que ce centre doit avoir des compétences spécialisées, et ne doit pouvoir connaître que des litiges d'un secteur d'activité précis. En analysant les activités des Commissions Nationales d'Arbitrage [CNA] dont la création est dévolue à chaque association nationale des assureurs automobiles, laquelle association à l'obligation d'administrer les arbitrages en rapport avec les conflits nés de l'exercice des recours entre assureurs, l'on est fondé à affirmer que les arbitrages administrés sous les auspices de ces Commissions Nationales ne peuvent qu'être des arbitrages corporatistes ; c'est-à-dire des arbitrages administrés par les assureurs, lequel se limite qu'à leur secteur d'activité.

8 Il ressort, en effet, de l'analyse de l'article 276 précité qu'il est imposé un arbitrage pour le règlement des conflits nés de l'exercice des recours entre les assureurs. Les dispositions de l'article précisent que cet arbitrage doit être administré uniquement par la CNA, composée nécessairement d'un ou de trois assureurs étrangers aux sociétés intéressées par le litige en cause. En réalité, le ou les assureurs dont il est question, représentent les arbitres ; et leur nombre (un ou trois) dépend de la configuration du marché, c'est-à-dire du nombre de com-

pagnies présentent sur celui-ci. La CNA qui fait office de tribunal arbitral en l'espèce, une fois saisie, doit impérativement rendre sa sentence dans le mois de sa saisine. Cette sentence ne doit pas être rendue selon les règles trop rigides du droit, mais selon la technique de l'amiable composition. En outre, les dispositions de l'article suscitent prescrivent qu'un mandat d'un an (1) est dévolu aux membres qui composent la Commission Nationale d'Arbitrage par l'association nationale des assureurs automobiles.

9 En substance, en dehors de son caractère corporatiste, l'on peut retenir que cet article établit un arbitrage forcé, institutionnel, et amiable composition au profit des sociétés d'assurances, dès lors que le contentieux des opposants est en rapport avec l'exercice d'un recours²⁴. Le premier caractère de celui-ci, est son caractère forcé. L'arbitrage forcé peut être désigné comme la situation dans laquelle la loi impose aux plaideurs une juridiction d'exception et décide d'appliquer à celle-ci, au moins partiellement, le régime de l'arbitrage volontaire²⁵. En effet, les notions de forçage et d'arbitrage paraissent inconciliables d'autant plus que l'arbitrage est un mécanisme par essence, conventionnel²⁶. Mais pour l'intérêt général, le législateur fait parfois le choix de contraindre les parties à l'arbitrage. Dans ce cas, les parties n'ont ni besoin de clauses compromissaires, encore moins de compromis d'arbitrage. Aux termes de l'article 276, les assureurs sont soumis à un régime d'arbitrage forcé et ne doivent pas soumettre les litiges ciblés par le législateur aux juridictions nationales²⁷. L'autre aspect de cet arbitrage, est son caractère institutionnel. Ce caractère renvoie aux arbitrages administrés sous les auspices des centres d'arbitrage²⁸. En général, les arbitrages institutionnels sont plus recommandables que les arbitrages ad hoc, car administrés par des professionnels de l'arbitrage. L'arbitrage prévu par le code CIMA, lequel doit se tenir devant les

22. Ph. FOUCHARD, «Typologie des institutions d'arbitrage», Revue de l'arbitrage 1990, pp.281 à 309.

23. Notamment à travers une liste fermée ne comportant que des techniciens et spécialistes de l'activité en cause.

24. Les conflits nés de l'exercice des recours après paiement pour compte prévu par la section IX du chapitre IV du livre II du code CIMA. (Recours pour le compte des assurés, recours en contribution et recours subrogatoires dont les fondements se trouvent aux articles 42, 200 al.4 271 et 274 du code CIMA.)

25. A. PINNA, «Réflexions sur l'arbitrage forcé», Gazette du Palais, spécial arbitrage, p.1.

26. Cependant, étant donné que les hommes agissent ou sont parfois tellement disposés à agir contre leurs propres intérêts et ceux de leurs semblables, il faut quelque fois lorsque leur bien particulier et celui de la société paraissent l'exiger, contraindre leur liberté naturelle en leur imposant l'arbitrage, lorsqu'ils n'avaient pas assez de sagesse pour prendre volontairement cette voie. Voir. Le nouveau Denisart, Arbitrage, n°33.

27. Tribunal de commerce d'Abidjan, jugement du 23 janvier 2015, SAHAM Assurances Côte d'Ivoire contre la Société UTB et SIDAM. «Espace Ohada, terrain propice au règlement des litiges des contrats d'assurance par voie d'arbitrage», CEFAREA, Revue annuelle, n°17-2017, voir note de bas de page n°32, p. 20 et svts.

28. P. MAYER, «Droit de l'arbitrage», <http://www.ohada.compresentationdroitohada/categorie/4/arbitrage.html>, n°14. Notamment les arbitrages administrés par la CCJA (Côte d'Ivoire), le CAMC-O (Burkina-Faso), la CACI (Côte d'Ivoire), le GICAM (Cameroun), le CATO (Togo), le CAMeC-CCIB (Bénin), CECAM (Mali), CEMAN (Niger), CMAC-CCIAD (Sénégal) ou étranger comme le CCI (France), le CIRDI, CAMP (France).

Commissions et sous l'emprise de leurs règlements intérieurs, est un arbitrage institutionnel corporatiste.

10 La dernière particularité de ce mécanisme reste le caractère amiable compositeur de ses sentences. En fait, les sentences rendues par ces Commissions, dans un délai d'un (1) mois, doivent l'être en amiables compositeurs. Cela implique que les arbitres de la Commission peuvent s'écarter de la stricte application du droit des assurances, pour parvenir à une solution plus juste et plus équitable entre les parties²⁹. L'amiable composition est une technique arbitrale qui permet aux arbitres de tenir compte explicitement de l'équité et les autorise à modérer, soit l'application stricte de la règle de droit, soit les conséquences des stipulations contractuelles des parties en litige ; sans pour autant aller jusqu'à modifier l'économie des contrats en substituant les obligations contractuelles à des obligations nouvelles, ne répondant pas à l'intention commune des parties.

11 Il faut aussi souligner que, si les principes forts de l'arbitrage comme ceux de l'imparité et de l'indépendance³⁰ du tribunal arbitral ont été pris en compte, la question de l'impartialité a été négligée. Au titre de l'imparité, il a été prévu que le tribunal arbitral sera composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres. Pour leur indépendance, il est dit que le ou les arbitres désignés doivent être étrangers aux sociétés représentées dans le litige. Somme toutes, si le choix de telles solutions d'arbitrages amiables paraît remarquable, il reste tout de même quelques questions. On peut citer notamment l'ouverture de la Commission à des litiges autres que les recours ; la possibilité de la saisine de la Commission par les particuliers ; la question du régime juridique des clauses compromissaires des particuliers en assurance CIMA. Revient-il aux associations nationales des assureurs automobiles des marchés d'y répondre à l'occasion de l'élaboration des règlements intérieurs desdites Commissions ? Toujours

est-il qu'elles ont l'obligation de les créer et de les faire vivre.

12 En tout état de cause, la formalisation des règlements intérieurs des Commissions doit se plier aux exigences de fonds de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'Ohada. En effet, l'article 1^{er} du dit acte uniforme dispose qu'il «*a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties.*». Tous les Etats de la CIMA sont membres de l'OHADA et l'ensemble des Commissions Nationales d'Arbitrage se trouvent situées territorialement dans l'espace d'application de l'arbitrage de l'OHADA. Par conséquent, les règlements intérieurs des Commissions Nationales d'Arbitrage devraient impérativement se conformer aux règles impératives de l'arbitrage de l'OHADA, tout en recherchant le maintien de leur caractère corporatiste. En l'espèce, le conflit de lois communautaires qui pourrait s'élever entre législation CIMA et Acte uniforme relatif à l'arbitrage peut être résolu à travers le recours au critère chronologique qui fait prévaloir le texte le plus récent (*lex posterior derogat priori*), ce qui favoriserait l'Acte Uniforme, ou encore le critère de la spécialité (*specialia generalibus derogant*)³¹, lequel tranche en faveur du même Acte uniforme ou enfin, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 10 du Traité instituant l'OHADA³².

13 Mais, fort heureusement, un tel conflit n'est pas envisageable en l'état actuel entre ces deux législations en matière d'arbitrage, d'autant plus que, d'une part, le code CIMA est en phase avec ce droit OHADA et, d'autre part, laisse la latitude aux associations des assureurs le pouvoir de l'élaboration des règlements intérieurs des Commissions Nationales d'Arbitrage. Dans cette logique, toutes contrariétés que l'on constaterait entre ces règlements intérieurs et le droit de l'OHADA ne sauraient être considérées comme des conflits de lois communautaires stricto sensu ; de telle manière qu'ils devraient être réglés en faveur

29. Ch. JARROSSON et J. -B. RACINE, Arbitrage commercial. - Droit international, JCC 2012, p. 22.

30. L'indépendance en droit de l'arbitrage, doit s'entendre comme une absence de lien de dépendance (personnel, pécuniaire, de subordination, de conflit d'intérêts de tous ordres), tandis que l'impartialité est davantage subjective et consiste en l'absence de préjugé sur le litige ou de parti pris. Voir Ch. JARROSSON et J. -B. RACINE, Arbitrage commercial-Notion, JurisClasseur, Fasc. 199, n° 42, p. 19.

31. Dans une affaire, une Cour d'appel de Togolaise a rejeté les arguments d'une partie concernant l'application de l'article 10 du Traité instituant l'OHADA. En effet, dans une procédure de liquidation d'une société d'assurance, le requérant avait invoqué l'article 28 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives. La Cour d'appel de LOME (Arrêt n°150/2009, du 20 Oct.2009 ; Ohadata J-10-222) a estimé que la Compagnie GTA-C2A IARDT est une société d'assurance et que la procédure de liquidation de ces sociétés est régie par l'article 325 et suivants du code CIMA en vertu de son caractère de norme internationale particulière. Dans la même affaire, la CCJA a validé l'interprétation de cette Cour d'appel sur le fondement de l'article 916 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. CCJA, arrêt n°40/2013, du 16 Mai 2013, Inédit. De ce qui précède, l'on peut prédire le caractère spécial de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage sur le code CIMA en matière d'arbitrage.

32. «Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou postérieur».

du droit OHADA en regard à l'article 10 suscitée. Concrètement, cela revient à dire que les règlements intérieurs contraires à l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage devront faire l'objet de redressements. En définitive, l'application de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'OHADA n'est pas à exclure dans le système arbitral de la CIMA, surtout dans l'hypothèse du silence des règlements intérieurs qui gouvernent ces Commissions Nationales d'Arbitrage.

B. LA GESTION DU SYSTÈME ARBITRAL CIMA PAR LES ASSUREURS

14 L'une des conséquences du caractère corporatiste de l'arbitrage institué par le code CIMA est son administration par les hommes des métiers de l'assurance : les assureurs. Il se déduit de l'alinéa 2 de l'article 276 de ce code, qu'un mandat d'une durée annuelle est dévolu aux membres composant la Commission Nationale d'Arbitrage par les associations nationales des assureurs automobiles. C'est sur ces dispositions que l'ASACI et l'ASAC³³ se sont fondés pour procéder à la création de leurs Commissions Nationales d'Arbitrage.

15 Dans ce cadre, l'ASACI a institué en Côte d'Ivoire conformément au code CIMA et à l'article 28 de ses statuts, une Commission Nationale d'Arbitrage dotée d'une Convention d'Indemnisation Rapide des Assurés (CNA-CIRA). Pour le bon fonctionnement et son organisation, cette Commission est dotée d'un règlement intérieur³⁴. Aux termes de l'article 10 de ce règlement, la Commission est saisie par une lettre motivée de la compagnie demanderesse. Avant cette saisine, les sociétés disposent d'un délai de discussion sur les responsabilités des assurés n'excédant pas trois (3) mois. La lettre de saisine doit être accompagnée, sous peine d'irrecevabilité, du procès-verbal ou du constat de l'accident en plus des frais de saisine. Subsidiairement, il peut être joint tous les autres justificatifs jugés nécessaires. Après la saisine de la Commission, il revient à la société demanderesse d'adresser un courrier d'information, auquel est joint le procès-verbal ou le constat d'accident, aux compagnies garantissant les véhicules impliqués dans l'accident. Cette lettre dont copie est adressée à la Commission, doit être déchargée sur papier entête par son

destinataire sous peine d'irrecevabilité. Dès réception de cette lettre de saisine, la compagnie défenderesse dispose de trente (30) jours pour faire valoir ses moyens de défense. Passé ce délai, la Commission statue par défaut et sa sentence est opposable aux parties.

16 Au titre des compétences de la Commission, il découle de l'article 8 de son règlement intérieur, qu'elle est chargée conformément à l'article 276 du code CIMA, d'examiner les dossiers sinistres automobiles opposant deux ou plusieurs sociétés. À ce titre, elle a le pouvoir de délibérer sur tous les dossiers matériels et corporels entre compagnies. Elle délibère aussi sur les questions relevant des responsabilités à définir et sur celles relevant de l'application de la convention d'indemnisation rapide des assurés dans le cadre des recours exercés entre sociétés. Les sentences que rend la Commission sont insusceptibles de recours et revêtent un caractère obligatoire pour les parties. Elles sont exécutoires dès la réception des procès-verbaux transmis par le Secrétariat général permanent de l'ASACI aux parties. La question de l'exécution des sentences est résolue à travers l'adhésion des compagnies au règlement intérieur de la Commission. Ainsi, les sociétés sont engagées à l'avance à les exécuter et, ont en même temps renoncé aux recours juridiques et administratifs.

17 Au Cameroun, c'est conformément aux mêmes prescriptions législatives que l'ASAC a institué la Commission Nationale d'Arbitrage et de Contentieux Divers (CNA-CD). En vue de garantir son fonctionnement, cette Commission a été dotée d'un règlement intérieur, qui contient un ensemble de dispositions facilitant l'opérationnalisation des procédures. Les débats devant cette Commission sont contradictoires. En effet, une fois enrôlées, les affaires sont notifiées aux compagnies d'assurance défenderesses par le Secrétariat de l'association au moins quinze (15) jours avant la tenue de la session par le tribunal. En cas de non-réalisation de cette formalité, l'assureur défendeur est en droit de demander le renvoi de l'affaire à la session suivante.

18 La Commission n'a pas le droit de s'auto saisir ; en revanche, elle peut être saisie

33. Le cas de l'ASACI et de l'ASAC : ASACI est l'acronyme de l'Association des Sociétés d'Assurances de Côte d'Ivoire et ASAC celui de l'Association des Sociétés d'Assurances du Cameroun. Notre choix s'est porté sur ces deux associations parce qu'elles sont celles des pays les mieux classés en matière de pénétrabilité de l'assurance dans les deux sous zones que compte la CIMA. La Côte d'Ivoire avec l'ASACI est le leader en Afrique de l'Ouest et le Cameroun avec l'ASAC en Afrique centrale.

34. Ce règlement intérieur comprend 13 articles. Il règle globalement les points relatifs à la composition de la Commission, à l'élection et au mandat de son Président et de son Vice-président, au fonctionnement, aux attributions, à la force exécutoire de ses sentences et à la conduite de la procédure d'instruction devant elle.

par les compagnies et par le bureau même de l'ASAC. Cette Commission peut être saisie par les particuliers et victimes de sinistres³⁵. Cela résulte de l'interprétation de l'article 3 de son règlement intérieur³⁶. L'acte de saisine est une requête unilatérale ou conjointe adressée au Secrétariat de l'association³⁷. Il est obligatoirement accompagné de tous documents³⁸ pouvant aider le demandeur à éclairer le tribunal arbitral. Cette Commission est compétente matériellement pour connaître, d'une part, les différends opposant les assureurs relativement au quantum de responsabilité susceptible d'incomber à leurs assurés à l'occasion d'un accident, d'autre part, les conflits nés de l'exercice des recours ; et tous les autres litiges impliquant au moins un assureur.

18.1 Quant à la sentence, elle doit être prononcée en amiable compositeur et intervenir dans le mois de la saisine comme le prévoit le code CIMA. Elle est notifiée par le Secrétariat de l'ASAC aux directeurs généraux des compagnies en litige et doit être exécutée dans les trente (30) jours de sa notification³⁹, sous peine de sanctions. Le nombre important de sentences rendues par cette Commission met en exergue son dynamisme et démontre la pratique de l'arbitrage corporatiste des assurances au Cameroun. En 2015, selon le 1^{er} vice-président de cette Commission, Germain AYINDA «*il y'a eu 824 affaires qui ont été radiées du rôle pour des accords trouvés et des paiements effectués ; 311 sentences ont été rendues dont 05 avis valant sentences concernant les tiers, soit un total de 1135 dossiers examinés en 20 sessions*»⁴⁰.

19 Il convient de rappeler qu'en dépit de leur nature corporatiste, le régime juridique de ces arbitrages n'exclut guère l'application de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'OHADA notamment en cas de silence des règlements intérieurs qui gouvernent les Commissions Nationales d'Arbitrage. Cette occurrence est justifiée par les dispositions d'ordre public de l'article 1^{er} dudit Acte uniforme. Au regard de ce qui précède, les règles régissant l'arbitrage des

assureurs méritent quelques aménagements afin d'étendre le rayonnement que connaît le mécanisme d'arbitrage dans le monde des assurances CIMA. L'initiative prise par l'Association des Sociétés d'Assurances du Cameroun (ASAC) en ouvrant sa Commission Nationale d'Arbitrage et de Contentieux Divers (CNA-CD) à d'autres types de personnes et de contentieux, mérite d'être encouragée.

II UN SYSTÈME D'ARBITRAGE À COMPÉTENCE EXTENSIBLE

20 L'extension du champ de l'arbitrage CIMA a pour but de renforcer le dénouement des contentieux des assurances et renforcer la protection des intérêts des assurés, bénéficiaires de contrat et les victimes de dommages⁴¹. Contrairement à l'OHADA, la CIMA n'a pas une institution judiciaire propre à elle. Il existe cependant, un mécanisme d'interprétation unifiant l'application de sa législation unique⁴². En complément à ce mécanisme, les Commissions Nationales d'Arbitrage peuvent avoir plus d'impacts et jouer un rôle proche de celui de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA en matière d'interprétation de la législation unique des assurances. Cela suppose indubitablement une extension des compétences desdites Commissions à des contentieux autres que ceux de leur domaine initial (A), en veillant à ce qu'elles ne perdent pas leur nature de «*juridiction professionnelle*» (B).

A. L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE DES COMMISSIONS

21 La problématique judiciaire a toujours été une préoccupation des instances supérieures des assurances de la CIMA. En effet, c'est pour rendre raisonnable les montants des indemnités que fixaient les juridictions nationales dans certains États que la législation unique des assurances a procédé notamment à la limitation des préjudices et les individus indemnisables⁴³, à leur ba-

35. N. Timo RAOUL ANDY et B. Ejangue FELIX NOEL, Le contentieux des assurances dans l'espace CIMA, Sion 2015, 1^{ère} éd., p.248.

36. Article 3 du règlement intérieur de la CNA-CD dispose que : «la Commission peut être saisie des cas n'ayant pas trouvé de solution dans le cadre de règlement pour compte d'autrui.»

37. Article 4 al.5 du règlement intérieur de la CNA-CD.

38. Notamment un préavis de saisine signé du DG ou DGA de la compagnie requérante, les justificatifs de la réclamation, la copie du PV d'enquête préliminaire et de celui du constat de l'accident, les mises en causes et les lettres de rappel attestant l'épuisement de la démarche amiable.

39. Article 8 du règlement intérieur de la CNA-CD.

40. Assurances et sécurité, Magazine de l'ASAC, n°36 Février 2016, p.10.

41. La philosophie générale du code CIMA est assise sur la protection des assurés, bénéficiaires de contrat et les victimes de dommages. Cela est perceptible dans l'alinéa 2 du préambule du Traité instituant l'organisation intégrée de l'industrie des assurances dans la CIMA.

42. Article 49 du Traité CIMA.

43. Article 258 à 266 du Code CIMA.

rémisation et à l'obligation de procéder à une offre d'indemnité dans un délai⁴⁴ dans les procédures d'indemnisation des victimes. Même si cette façon de procéder ne rencontre pas l'adhésion de certains juristes des États membres, lesquels considèrent que le législateur se substitue aux juges de la zone CIMA⁴⁵, cette méthode participe néanmoins à «une indemnisation rapide, à un rétablissement de l'équité par la suppression des disparités énormes constatées entre les montants des indemnités fixés par le juge pour les mêmes préjudices et enfin, à un désengorgement des tribunaux.»⁴⁶. À travers l'article 276 du code des assurances, le législateur facilite le dénouement des litiges qui naissent à l'occasion des recours entre compagnies en excluant les autres contentieux. En raison du régime juridique attrayant de cet article, il aurait fallu que le champ d'arbitrabilité de ses litiges fût étendu à des conflits.

22 Autrement, l'extension du domaine de l'arbitrabilité des Commissions leur aurait permis, d'augmenter le niveau de célérité du traitement des dossiers sinistres et, d'accroître le nombre des indemnisations sur nos marchés, lesquels ont la réputation de ne pas faire du paiement des prestations indemnitaires, une priorité. Tout en conservant la nature de juridiction professionnelle des Commissions, le législateur aurait dû ouvrir leur compétence matérielle à d'autres litiges, spécialement les différends intéressants les contrats de Coassurance et de Réassurance. Si l'extension du volet matériel pourrait poser moins de difficultés juridiques, celle par contre de l'ouverture des Commissions à des personnes autres que les assureurs reste délicate. Le fait pour une juridiction corporatiste de n'être ouverte à toute personne n'implique pas sa transformation systématique en une institution à vocation générale. Il faudrait simplement qu'elle demeure une institution spécialisée, c'est-à-dire ayant une sorte de «compétence d'attribution déterminée»⁴⁷. Par conséquent, dans la mesure où les Commissions resteraient compétentes pour les litiges relatifs aux assurances, leur caractère professionnel ne devrait pouvoir être préservé. De notre

point de vue, l'extension de l'arbitrabilité des Commissions aux particuliers est envisageable.

23 L'augmentation du champ de l'arbitrage forcé du législateur CIMA pourrait choquer outre mesure, d'autant plus que les clauses compromissaires sont suspectées d'être des clauses abusives dans les contrats d'assurances entre assureurs et particuliers⁴⁸. Toutefois, étant donné que les hommes agissent ou sont parfois tellement disposés à agir contre leurs propres intérêts et ceux de leurs semblables, il faut quelques fois lorsque leur bien particulier et celui de la société paraissent l'exiger, contraindre leur liberté naturelle en leur imposant l'arbitrage, lorsqu'ils n'avaient pas assez de sagesse pour prendre volontairement cette voie⁴⁹. L'on doit comprendre que l'arbitrage forcé peut faire l'objet d'extension dans certaines hypothèses. C'est le cas lorsqu'il s'agit de la défense d'un intérêt fondamental, comme celui de la protection des assurés. Le législateur aurait pu ne pas restreindre la compétence des Commissions, car l'arbitrage reste une institution de règlements de litiges assurantiels efficace. La situation de la Commission Nationale d'Arbitrage et des Contentieux Divers du Cameroun [CNA-CD] en est la preuve.

23.1 En effet, il est indiscutable que le législateur, lorsqu'il dispose que les conflits nés de l'exercice des recours entre assureurs sont obligatoirement soumis à un arbitrage de la Commission Nationale d'Arbitrage, entend restreindre les compétences de celle-ci. De l'interprétation rigoureuse de ces dispositions, l'on doit admettre que, seules les sociétés d'assurances ont la possibilité de saisir la Commission pour la résolution de leurs conflits nés de l'exercice des différents recours. Dans cette logique, l'on comprendrait mal pourquoi des associations nationales de sociétés d'assurances automobiles étendraient la compétence des Commissions et, permettraient leur saisine par des particuliers alors que celles-ci sont considérées comme des juridictions professionnelles dont la compétence ne peut s'imposer qu'en cas de conflit entre assureurs⁵⁰.

44. Article 231 du code CIMA.

45. D. SAMBA DIALLO, La CIMA ou l'histoire d'un modèle d'intégration dans les assurances, P.44

46. Ibid.

47. Ph. FOUCHARD, «Typologie des institutions d'arbitrage», Revue de l'arbitrage 1990, p.303.

48. Pour s'en convaincre, l'on peut citer l'arrêt Prunier de 1848, Sirey 1843, I, page 561 et la recommandation faite par la Commission des Clause abusive française relativement au clauses concernant les recours en justice du B.O.S.P du 24/11/1979, in Contrats : attention aux clauses abusives !, Journal Officiel de la République française, p.9 et 10.

49. A. PINNA, «Réflexions sur l'arbitrage forcé», Les Cahiers de l'Arbitrage 2011, Volume V, Sous la direction de Alexis Mourre, Ed. PEDONE, p.144 et suivants.

50. I. SAYEGH, «Nature et régime juridique des règles d'indemnisation des victimes d'accidents causés par les véhicules terrestres à moteur (Articles 225 à 277 du code CIMA), Ohadata D-03-04.

24 En effet, l'article 3 du règlement intérieur de la Commission Nationale d'Arbitrage et des Contentieux Divers [CNA-CD] de l'Association des Sociétés d'Assurance du Cameroun permet la saisine de cette institution par des particuliers. Selon les responsables de cette Commission, ayant ouvert ses portes à toute possibilité de saisine par les tiers autres que les compagnies d'assurances, la Commission donne satisfaction aux victimes et aux ayants droit par les réponses appropriées qu'elle apporte. Lorsqu'elle est saisie par des particuliers, la Commission siège en plénière⁵¹. La CNA-CD connaît dans le cadre de ce prolongement de compétence, des questions relatives aux accidents de circulation, des différends entre assureurs d'autres branches ou des contestations survenues à l'occasion de coassurances⁵². Si une telle extension de compétence reste extrêmement avantageuse pour les assurés et l'image des assurances à travers l'accélération de la cadence des règlements de sinistres ; cela pose deux difficultés à résoudre.

25 La première est la suivante, quelles sont la nature et les compétences exactes des Commissions Nationales d'Arbitrage ? En l'état actuel des textes, il nous semble que la Commission est une juridiction professionnelle à compétence bien définie ; par conséquent, sa saisine ne saurait être ouverte aux particuliers. Par ailleurs, sa compétence matérielle est clairement précisée, c'est la connaissance des conflits nés de l'exercice des recours. Cette position est celle adoptée par le règlement intérieur de la Commission Nationale d'Arbitrage dotée d'une Convention d'Indemnisation Rapide des Assurés [CNA-CIRA] de l'ASACI en Côte d'Ivoire. En effet, les dispositions des articles 8.1 et 8.2 de ce règlement, relatives aux attributions de cette Commission sont formelles. Elle est chargée exclusivement d'examiner les dossiers sinistres automobiles opposant deux ou plusieurs sociétés. En outre, elle statue et délibère sur les questions relevant des responsabilités à définir et de celles relevant du suivi de l'application de la Convention d'Indemnisation Rapide des Assurés (CIRA) dans le cadre des recours exercés entre sociétés.

26 La seconde est celle de savoir, si l'acte d'une association nationale d'assureurs peut conférer des compétences addition-

nelles à une Commission Nationale d'Arbitrage⁵³. La réponse à apporter à cette question doit être nuancée. Au demeurant, il est évident que les actes pris par les associations des assureurs pour le fonctionnement des Commissions restent inférieurs à la législation CIMA auxquels ils doivent impérativement se conformer. En revanche, si ces nouvelles compétences octroyées par les règlements intérieurs mis en place par ces associations n'empiètent pas sur le domaine originel des CNA, mais relèvent des compétences statutaires de ces associations d'assureurs et renforce la protection des assurés⁵⁴, une réponse affirmative mérite d'être donnée. Dans cette dernière hypothèse, il ne s'agirait pas d'une extension de compétence des CNA, qui pourrait s'avérer illégale, mais plutôt d'une juxtaposition de compétences. Cette technique a été utilisée par l'ASAC avec la création de la CNA-CD. En effet, au Cameroun, c'est dans le cadre des Contentieux Divers (CD) que la CNA connaît des litiges autres que ceux nés des recours entre assureurs. Pour marquer la spécificité des litiges qui ne sont pas du domaine de l'article 276, la Commission siège en plénière et non par l'entremise d'un tribunal arbitral. En définitive, si les Commissions ont été instituées par le législateur, certaines associations d'assureurs, tout en respectant la loi les instituant à travers leur organisation et fonctionnement, les utilisent pour solutionner des problèmes que connaissent leurs marchés.

27 Est-ce conforme à l'esprit du code CIMA ? Assurément, d'autant plus que les intérêts des assurés, des autres bénéficiaires de contrats semblent être protégés à travers une certaine célérité dans le traitement de leurs différentes indemnisations⁵⁵. En effet, il est communément admis que le code CIMA s'interprète dans le sens de la protection des intérêts des assurés. Ainsi, il est recommandable que l'organe d'interprétation de la CIMA, le Conseil des Ministres des Assurances (CMA) aille dans le sens de l'extension des compétences des Commissions Nationales d'Arbitrage. Dans l'attente d'une telle interprétation, le cas de la CNA-CD du Cameroun doit pouvoir inspirer par à son bilan assez satisfaisant. En tout état de cause, la situation de la Commission Nationale d'Arbitrage du Cameroun impose, soit une réécriture du régime juridique de l'arbitrage CIMA, soit un rappel à l'ordre à la

51. Assurances et sécurité, Magazine de l'ASAC, n°35 Février 2016, p.10.

52. N. Timo RAOUL ANDY et B. Ejangue FELIX NOEL, Op. cit., p.256.

53. Au Cameroun, c'est dans le cadre des Contentieux Divers (CD) que la CNA de l'ASAC, peut connaître des litiges autres ceux nés des recours.

54. Alinéa 2 du préambule du Traité instituant l'organisation intégrée de l'industrie des assurances dans les États africains (Traité CIMA).

55. Ibid.

régularisation. Toutefois, pour les intérêts des assurés et bénéficiaires de contrats, une extension du champ de la compétence des Commissions Nationales sur le plan subjectif et objectif serait appropriée.

B. LES MODALITÉS DE L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE DES COMMISSIONS NATIONALES

28 Si l'on est d'accord sur la nécessité d'une réécriture l'article 276 de la législation unique des assurances en étendant les compétences des Commissions Nationales d'Arbitrage, encore faut-il en définir les modalités ; parmi lesquelles le maintien du caractère professionnel de cette juridiction demeure une priorité. En la matière, l'exemple de la CNA-CD du Cameroun peut servir de modèle. Cette extension de compétence va aider l'arbitrage à jouer un rôle plus important dans le dénouement des contentieux. À cet effet, le législateur CIMA devra ouvrir la saisine des Commissions Nationales d'Arbitrage à certains particuliers, et aussi autoriser par la même occasion que d'autres contentieux⁵⁶ puissent désormais être arbitrables. Autrement, il doit procéder à l'extension de l'arbitrabilité subjective⁵⁷, c'est-à-dire permettre la saisine des Commissions à d'autres personnes que les assureurs, particulièrement les assurés. Cela suppose en outre, l'extension de l'arbitrabilité objective⁵⁸, ce qui octroierait aux Commissions le droit de pouvoir se prononcer sur des questions allant au-delà des conflits initialement réservés à leurs compétences. Cette double extension semble indissociable dans la mesure où, permettre que les assurés puissent être des justiciables de ces Commissions, serait qu'un éléphant blanc, si ces derniers n'avaient pas l'opportunité de lui soumettre leurs propres difficultés différentes des recours de celles que prévoient l'actuel article 276.

29 La solution peut également se trouver dans l'institution de médiateurs des assurances dans les marchés de la zone CIMA, à l'instar du cas de la Côte d'Ivoire. La mé-

diation est généralement perçue comme un mode de règlement amiable. En droit de l'Ohada, elle signifie tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États⁵⁹. Ainsi, le médiateur des assurances peut être considéré comme une personne qui intervient dans le cadre du traitement des litiges existant entre les assureurs et leurs assurés. Un médiateur des assurances peut être rattaché aux organisations professionnelles, comme c'est le cas du marché ivoirien. Il peut également être un représentant désigné par une compagnie d'assurance ou un spécialiste des assurances indépendant. Quel que soit le cas, il doit agir en conseiller indépendant et impartial, afin de pouvoir régler le différend pour lequel il a été saisi. En général, le rôle de ce dernier consiste, soit à rendre des avis qui peuvent être acceptés ou non par les parties en litige, soit à emmener ces derniers à parvenir à un accord amiable ou négocié.

29.1 À l'instar de la transaction préalable imposée aux parties dans les contrats d'assurances, en cas de sinistre automobile en droit CIMA⁶⁰, le législateur peut aller plus loin en recommandant aux États de conditionner la saisine des juges nationaux à une procédure de médiation préalable devant le médiateur des assurances⁶¹. Un tel mécanisme audacieux, peut être institué par le législateur. La mise en œuvre, l'administration et le contrôle d'une telle institution doivent être assurés conjointement par un organe qui se compose nécessairement des représentants respectifs intéressés par les contrats d'assurances ; c'est-à-dire l'association nationale des sociétés d'assurances (les assureurs), la direction nationale des assurances (l'État) et enfin, l'association des consommateurs (les assurés) de chaque États membres de la CIMA. En plus de la pacification des rapports entre les assurés et les assureurs, cette technique contribuera

56. Article 276 alinéa 1^{er} du Code CIMA, «Les conflits nés de l'exercice des recours entre assureurs sont obligatoirement soumis à un arbitrage auprès de la Commission Nationale d'Arbitrage composée de trois assureurs étrangers aux sociétés représentées dans le litige.»

57. L'arbitrabilité subjective est la possibilité pour une personne de compromettre, avoir le droit de porter un litige devant un arbitre ou des arbitres.

58. L'arbitrabilité objective quant à elle, est la possibilité de soumettre une matière à l'arbitrage.

59. Article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM).

60. Voir les dispositions des articles 231 et suivants du Code CIMA.

61. Comme c'est le cas en Côte d'Ivoire, pour les affaires dont le Tribunal de commerce est compétent. Article 5 de la Loi n°2016-1110 du 08 décembre 2016 portant procédure devant le Tribunal de commerce au fonctionnement du Tribunal de Commerce de Côte d'Ivoire dispose : «La tentative de règlement amiable est obligatoire avant toute saisine du Tribunal de commerce et se tient entre les parties elles-mêmes, ou avec l'intervention d'un tiers, dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation ».

certainement au désengorgement et à la réduction des tribunaux, du contentieux assurantiel. Les parties au contrat d'assurance auront, en plus, la possibilité de poursuivre leur contentieux devant les juges nationaux en cas d'insatisfactions et ou de contestations. Il est indiscutable que la longueur de la procédure qui pourra en résulter, peut donner lieu à des abus importants. En définitive, si une telle procédure doit être imposée, elle doit être strictement encadrée.

30 Certains assureurs affirment qu'une part importante des dossiers sinistres reste en suspens pour des causes imputables le plus souvent à la négligence des assurés⁶². Pour cela, toutes les situations de blocage ne doivent pas pouvoir justifier la saisine des Commissions. Il est profitable pour les assureurs de se voir attirer devant la Commission Nationale d'Arbitrage, un médiateur en assurance que devant un juge. Il semblerait que ces professionnels ne soient pas foncièrement hostiles à l'arbitrage⁶³. En revanche, il faut prévoir que ces derniers se heurtent au refus de leurs clients qui ont en permanence à l'esprit l'image d'un juge les défendant contre la puissance des assureurs⁶⁴. Dans le subconscient des assurés, le contrat d'assurance est un contrat léonin à travers lequel l'assureur impose sa supériorité économique et juridique. En conséquence, les assurés répugnent l'idée de renoncer à la saisine des juridictions étatiques, dans la mesure où cela éviterait d'accentuer le déséquilibre contractuel déjà prégnant. Il s'infère de ce qui précède, que le législateur doit faire preuve de flexibilité en laissant la latitude aux assurés de saisir optionnellement la Commission ou les juridictions étatiques chaque fois qu'ils en auraient l'occasion.

31 Un autre souci avec lequel il faudra composer reste les soupçons de la partialité des arbitres et les médiateurs des assurances. En réalité, il est légitime pour les assurés de craindre la partialité des arbitres, motif pris de ce que la Commission Nationale d'Arbitrage soit une institution professionnelle des assureurs. La CEFAREA-ARIAS⁶⁵, centre d'arbitrage et de médiation du

monde de l'assurance est victime de cette stigmatisation en France. À cet effet, il a été révélé que le Professeur Bigot attestait que la difficulté qu'il y a à convaincre les assurés d'avoir recours à cette l'institution demeure le fait que celle-ci serait «*l'outil des sociétés d'assurances*». Il faut prévoir et anticiper de telles considérations chez les assurés de la zone CIMA. Là également, il pourrait avoir une pléthore de solutions. Mais, celle allant dans le sens de permettre la remise en cause des sentences par les juridictions nationales paraît l'idéale. Concrètement, la loi doit laisser les sentences des Commissions être attaquées par les recours en annulation selon les règles de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'Ohada⁶⁶. Cette technique arbitrale peut être vue comme l'équivalent d'un recours en appel d'une décision d'un Tribunal, avec d'énormes exceptions⁶⁷.

32 En clair, le législateur devra autoriser le réexamen des sentences de la Commissions par les juridictions étatiques en cas d'insatisfaction d'une partie face au verdict de cette juridiction professionnelle. En somme, il faut à travers la législation unique des assurances, donner aux assurés, aux bénéficiaires de contrats et aux victimes de dommages, la possibilité de saisir ces Commissions afin d'obtenir des décisions permettant d'accélérer la cadence de règlement tout en raccourcissant les délais d'indemnités. Subséquemment, les conflits nés de l'exercice des recours entre les assureurs ne devraient plus être le domaine matériel exclusif des Commissions. Le législateur doit donner compétence aux Commissions dans d'autres matières qu'il pourra déterminer après examen de l'ensemble des marchés de la zone. Cette révision attendue ne sera pas sans conséquences sur les règlements intérieurs des Commissions, lesquels devraient être désormais moins laconiques. Ils doivent se rapprocher d'une part, des règlements d'arbitrage, d'autre part, des règles de fond de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'OHADA. Dans cette veine, les règles concernant la désignation des arbitres, l'organisation de l'instance arbitrale et la phase post-arbitrale, méritent d'être bien élaborées afin que l'on puisse aboutir

62. Le retard dans la fourniture ou l'insuffisance des pièces imposées par le législateur conditionnant le règlement des sinistres.

63. F. TURGNE, L'arbitrage en matière d'Assurance et de réassurance, *Economica*, 2007, p.277.

64. Ibid.

65. CEFAREA-ARIAS a pour mission principale de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits, plus particulièrement la médiation et l'arbitrage dans les litiges pouvant opposer des acteurs du monde de l'assurance dans son ensemble et sa diversité. Voir sur <http://www.cefarea-arias.fr/>.

66. Article 25 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage en droit de l'Ohada.

67. Le recours en annulation, est une voie de recours qui permet à une partie de demander l'annulation d'une sentence arbitrale à une juridiction étatique. Cela intervient dans le cas où le demandeur estime que la sentence est en porte à faux avec une règle fondamentale qui rendent la sentence valide. Voir A. Koffi Drissa, Aperçu de la révision du droit de l'arbitrage de l'Ohada, *Revue Congolaise de droit et des affaires*, n°32, p.41.

à un équilibre procédural devant les Commissions Nationales d'Arbitrage, où les assureurs semblent avoir a priori les faveurs des pronostics face à leurs assurés.

CONCLUSION

33 La législation unique des assurances CIMA instituée à travers son article 276, un arbitrage corporatiste obligatoire entre les compagnies pour la résolution de leurs conflits nés de l'exercice des recours. Cet arbitrage au champ d'application restreint, est mis en œuvre de façon extensive par certaines Commissions Nationales d'Arbitrage en l'étendant à des particuliers et à d'autres types de contentieux. Cette pratique est symptomatique d'un besoin pour les professionnels de combler un vide. En l'état actuel, l'extension des compétences des Commissions n'a pas été envisagée par le législateur, en dépit du fait qu'elle pourrait présenter de nombreux avantages⁶⁸. Ainsi, son utilisation poserait des questions dont les réponses définitives n'existent pas dans la mouture actuelle de la législation unique des assurances. À notre avis, le législateur gagnerait soit à imposer l'institution d'un médiateur des assurances pour chaque marché de la zone, soit à se prononcer en faveur d'une arbitrabilité étendue en la matière, afin de permettre à l'arbitrage de contribuer efficacement au désengorgement des tribunaux tout en améliorant l'image de marque des assurances, à travers notamment la célérité du traitement et du paiement des indemnités dues aux assurés, aux bénéficiaires de contrats et aux victimes de dommages dans la zone CIMA.

68. Notamment par la participation à l'accélération des paiements des indemnités des assurés, aux bénéficiaires de contrats et les victimes de dommages.

MÉDIATION

LA MÉDIATION HORS CONFLIT

PAR JEAN-MARC BLAMOUTIER
PRÉSIDENT DU CEFAREA ARIAS, ARBITRE ET MÉDIATEUR

INTRODUCTION ET CONTEXTE : LA MÉDIATION ET L'ASSURANCE

La médiation conventionnelle a du mal à tenir sa place dans le monde «assurantiel».

Chacun sait pourquoi, à savoir d'une part sa faible applicabilité dans le contrat d'assurance, du fait d'une part de règles d'ordre Public mais aussi de principes de gestion qui pourraient gagner à être rénovés et d'autre part d'une confusion avec une autre médiation qui, malgré le même nom n'a aucun rapport, la médiation dite de consommation qui a de longue date et bien avant les textes occupé une place de choix dans notre milieu.

Il n'est en aucun cas question de critiquer cette dernière, bien au contraire ; Elle a son efficacité et sa place incontestable dans notre environnement.

Le propos est simplement de rappeler qu'à côté d'elle existe une autre médiation, la conventionnelle (ou judiciaire, c'est la même ou presque) qui peut apporter beaucoup à notre milieu professionnel.

Il ne s'agit plus alors, sauf exception, d'interférer dans le contrat d'assurance ou assimilé, mais d'aider à gérer plus sereinement et surtout efficacement les relations entre professionnels.

Disons-le clairement : Il m'apparaît profondément anormal de ne pas prévoir de clause de médiation dans des conventions telles que UMG, SGAM, SGAPS, Assureur-grossiste, Assureur-déléataire, et même contrats d'agence.

POURQUOI ?

La réponse a le mérite d'être simple et de ne pas imposer de comprendre le mécanisme

dans le détail : En présence d'une clause de médiation, la seule et unique obligation des parties sera en cas de litige de se présenter à une réunion (pleinière ou non) et si le procédé déplaît ou n'apparaît pas convenir à la situation, de le dire et partir, le tout sous la plus totale confidentialité !!!

RISQUE ZERO DONC !!!

Quant aux avantages, l'auteur les connaît trop pour les voir en permanence. Il pourrait écrire d'innombrables articles sur la question mais tel n'est pas le sujet.

Celui-ci est ciblé et veut ouvrir une nouvelle fenêtre : faire prendre conscience à un maximum de lecteurs que le mécanisme de la médiation a vocation à s'appliquer aussi hors conflit, hors contentieux avéré ou latent et même hors contrat ou encore au sein d'une entreprise !

Rappelons simplement que la médiation est un processus structuré, technique, complexe, utilisé par des intervenants spécialement formés qui, dans la plus totale confidentialité aide les parties à se parler, se comprendre et à trouver une solution au minimum acceptable pour tous et si possible «gagnant-gagnant».

LES MÉDIATIONS HORS CONFLIT

Le recours à la médiation peut avoir lieu dans différentes conditions de lieu et de temps, en entreprise, dans le cadre d'un contrat pour en poursuivre l'exécution et non gérer sa rupture consommée et même lors d'une phase contractuelle.

Nous sommes donc bien loin d'un simple mode de résolution de conflits ouverts et son application est au contraire très large.

1 LE LIEU : INTER OU INTRA

Les médiateurs parlent volontiers d'interventions inter ou intra pour désigner celles ayant lieu en entreprise ou entre groupes ou individus « simplement » partenaires.

1.1 INTRA

La médiation organisationnelle est une façon efficace de résoudre des conflits internes.

Chacun sait que dans une entreprise, les dirigeants, les DRH, passent une partie notable de leur temps à gérer des tensions internes entre salariés, mais aussi entre services ainsi d'ailleurs qu'entre filiales... Certaines sociétés ont en leur sein un médiateur d'entreprise, obéissant à des règles précises pour garantir compétence, indépendance et confidentialité mais il est aussi possible préférable même dans certains cas, de faire appel à un médiateur extérieur. Selon les cas, celui-ci ou son Centre peuvent avoir été désignés à l'avance ce qui leur fait préalablement acquérir des notions concernant l'activité et l'organisation, permettant une plus grande efficacité (Il est bien entendu également possible de n'effectuer que des désignations au coup par coup). Sinon, les méthodes restent inchangées (entretiens individuels et/ou en séance...), mais aussi et c'est une particularité de ce type de médiation, avec de possibles réunions en groupe, en équipe, ce qui implique de posséder quelques outils spécifiques.

L'objectif sera de remettre au centre la démarche de l'entreprise, de faire reconnaître des compétences, lever des incompréhensions, retrouver un esprit d'équipe, prendre conscience des enjeux et obstacles inévitables à franchir.

1.2 INTER

De la même manière, le recours à la médiation en cours de contrat est une solution efficace et trop peu utilisée.

Dans la première hypothèse, un médiateur ou un Centre sont nommés dans le contrat et chaque partie peut le faire intervenir dans des conditions pré-déterminées, avec bien entendu toujours les mêmes principes de confidentialité mais aussi de caractère non contraignant. Ce médiateur interviendra le plus souvent en cas de conflit de personnes, de renégociation, de griefs divers (tarifs, ex-

clusivité, gestion, etc...) Une telle approche a une vertu essentielle : En traitant le litige dès l'origine, avant qu'il ne dégénère, le lien contractuel est le plus souvent sauvé voire renforcé au lieu d'être rompu sans nécessité absolue, avec des dommages pour tous.

L'avantage de ce procédé est bien entendu que le médiateur aura suivi la conclusion du contrat, connaîtra les parties et sera donc efficace sans délai en cas de difficulté.

Et ici, dans tous les cas, enfonçons le clou une nouvelle fois : **RISQUE ZERO !! QUE DU POSITIF, AUCUN INCONVENIENT.**

Mais la médiation hors conflit, organisationnelle, de projet, de partnering a aussi bien d'autres applications possibles. Un médiateur peut parfaitement être nommé ponctuellement, dès qu'un risque de conflit surgit (chacun sait néanmoins qu'il est plus facile de nommer un tiers quand tout va bien que quand une partie a des reproches à formuler envers l'autre mais cette possibilité n'est pas pour autant à négliger).

Il est fréquent que lors de l'exécution d'un contrat, des conflits surgissent sans pour autant que ceci ne doive inexorablement conduire à une rupture. Les causes de cet état sont multiples : Les parties ont un intérêt objectif à poursuivre le contrat, si ceci s'avère possible ; L'objet du litige ne touche pas à l'essence du contrat...

Dans une telle hypothèse, en réalité assez fréquente, le recours à un médiateur, avec toute la palette de ses outils dont la confidentialité et la possibilité d'entretiens séparés est de nature à permettre de faire émerger des solutions possibles tout en préservant les égos, les contraintes de chacune ses parties et, si elles en sont conscientes, les parties qui s'opposent peuvent parfaitement se retrouver sur ce choix.

2 EN PLUS : LES AIDES POSSIBLES EN CAS DE NÉCESSITÉ

Les Anglo-Saxons connaissent bien celles-ci, utilisées dans les contrats importants. Citons- en deux à titre d'exemple :

- l'early neutral évaluation.

Si le débat entre les parties porte sur une question technique, par exemple entre un

utilisateur et une entreprise d'informatique, il est alors fait appel à un tiers, un expert, qui donnera un avis le plus rapidement possible, lequel éclairera les parties et selon leur choix préalable sera ou non confidentiel. Il peut tout aussi bien s'agir d'interroger un professionnel du Droit qui donnera un avis sur des positions juridiques contradictoires ou d'un expert. Le tout aidera tant les parties que le médiateur.

- L'adjudication

Il s'agit ici d'une procédure par laquelle un tiers, proche d'un arbitre qui agirait en référé, va rendre une décision s'imposant aux parties, mais n'ayant qu'un caractère provisoire. Ce procédé est très utile par exemple sur de gros chantiers de construction, ne pouvant être arrêtés trop longtemps sans dommages majeurs (mais il a aussi son utilité dans bien d'autres domaines). Il faudra alors que le tiers ait toutes les qualités techniques nécessaires. L'idéal est de le nommer dans le contrat car il le connaîtra et sa réaction n'en sera que plus rapide.

3 ALLONS ENCORE PLUS LOIN : LA MÉDIATION AVANT TOUT CONTRAT !!

Il est encore un moment où le recours à un médiateur «permanent» (ou non !) peut s'avérer d'une redoutable efficacité : Celui de la discussion précontractuelle.

Deux entités (ou plus) projettent de se lier, par fusion, absorption ou tout simplement par un contrat.

Ces projets débutent souvent par une déclaration d'intention, des négociations, exclusives ou non bref une période au cours de laquelle vont être mises au grand jour des questions d'organisation, de transmission d'informations confidentielles, de relations humaines, le traitement de doublons de poste, la mise à nu de petits secrets, période pendant laquelle les relations humaines, les échanges de toute nature vont avoir des conséquences énormes. Recourir à un médiateur va permettre d'aider les groupes ou les individus à accompagner ou guider des pans de discussion, à les aider à dialoguer, créer, sans prendre le risque d'être noté fiché ou autre. Ceci peut permettre de lever des doutes infondés, d'éclaircir l'avenir, de

non seulement renouer une relation mais aussi et surtout d'en créer une nouvelle, de faire remonter aux négociateurs, si les participants en sont d'accord, des informations essentielles. Il est infiniment plus facile de se confier à un tiers indépendant et tenu à la plus stricte confidentialité que de se dévoiler.

CONCLUSION

Chacun l'aura compris, l'objet de cette brève note est essentiellement de faire découvrir les vertus trop souvent ignorées de la médiation. CEFAREA-ARIAS en a eu conscience pour sa part et a tout mis en œuvre pour qu'à côté, en plus ou au lieu de l'arbitrage, tous les modes alternatifs d'accompagnement ou de résolution soient à la disposition du monde assurantiel, assureurs et réassureurs, intermédiaires de toute sorte, Mutuelles, IP, CGP et autres.





Créé en 1995 sous l'égide de l'Association Internationale du Droit de l'Assurance (AIDA), le CEFAREA-ARIAS est le centre de référence en matière de règlement alternatif des différends du monde de l'assurance et de la réassurance.

Ouvert aux professionnels du secteur au sens large (assureurs, réassureurs, intermédiaires, conseil en gestion de patrimoine, mutuelles et institutions de prévoyance) et à leurs clients, CEFAREA-ARIAS réunit une large communauté d'experts arbitres et médiateurs spécialisés et propose des procédures rapides, à cout modéré et confidentielles.



26 , boulevard Haussmann • 75009 Paris
Tél. : 01 42 93 95 62 • Email : contact@cefarea-arias.fr
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
www.cefarea-arias.fr