



CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N° 19 • 2017

CEFAREA-ARIAS
www.cefarea-arias.fr



CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N° 19 • 2017

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 ET PARTIE FAIBLE : QUELLE PLACE POUR L'ASSURANCE ?	9
LA MÉDIATION CONVENTIONNELLE DU CEFARIA ARIAS : QUELLE PLACE DANS LE MAQUIS DES MÉDIATIONS LÉGALES ?	15
L'ESPACE OHADA, TERRAIN PROPICE AU RÈGLEMENT DES LITIGES DES CONTRATS D'ASSURANCE PAR LA VOIE DE L'ARBITRAGE	21
L'INTERVENTION D'UN TIERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE	29
ÉVITONS LES CLICHÉS !	39

LE MOT DU PRÉSIDENT



En 21 ans d'existence, ce numéro en principe annuel sera le 19^e, ce n'est pas si mal. Mais nous entendons bien poursuivre la série.

Comme vous le savez mieux que quiconque, l'environnement professionnel ne cesse d'évoluer.

CEFAREA-ARIAS se devait de suivre cette évolution.

Sans négliger en rien son champ d'intervention d'origine, à savoir l'arbitrage entre réassureurs et cédantes, il a étendu son activité à tous les acteurs du secteur « assurantiel » (mutuelles, IP, grossistes...).

Sans négliger en rien l'arbitrage, il a également étendu sa compétence à la médiation et plus généralement à tous les modes alternatifs de gestion des conflits.

En définitive, il n'y a qu'une série de points convergents qui ne changent pas :

- CEFAREA-ARIAS ne s'intéresse qu'aux relations entre professionnels du secteur, pour mettre à leur disposition les meilleurs moyens de résoudre leurs éventuels conflits.
- Dans le même sens, tous les intervenants sélectionnés, outre le fait qu'ils doivent bien entendu être de vrais spécialistes de l'arbitrage ou de la médiation, doivent, chacun à leur manière être également des professionnels reconnus.
- Ainsi, les inévitables litiges pourront être résolus sans recours aux tribunaux, par des moyens légaux et encadrés, avec prise en considération des usages et de l'équité, le tout par des professionnels à la fois de la résolution des conflits et du monde « assurantiel ».

Bonne lecture et n'oubliez pas :

Nous sommes à votre disposition.

JEAN-MARC BLAMOUTIER

ARBITRAGE ET PARTIE FAIBLE : QUELLE PLACE POUR L'ASSURANCE ?

« Les faibles sont partis à la conquête du droit »

LOUIS JOSSERAND¹

S'interroger sur l'existence même d'une partie faible en matière d'arbitrage, c'est toucher à un paradigme de la matière tant la notion semble éloignée de la pratique de l'arbitrage.

Après tout l'arbitrage est caractérisé, ce que confirme son histoire, comme étant un mode de résolution privilégié « *de litiges économiquement importants réputés opposer des opérateurs économiques de puissance plus ou moins égale* »².

L'arbitrage est donc par nature d'un coût élevé et débattre de la faiblesse d'une partie quant à ce coût, de son impécuniosité potentielle, c'est rejeter une règle implicite mais nécessaire que cette partie était supposée maîtriser depuis l'origine de l'inscription de la clause compromissoire dans son contrat, qui veut que l'arbitrage ait un coût.

Autrement dit, comme le rappelle abruptement l'adage, « *pas d'argent, pas d'arbitrage* »³.

Pourtant, se contenter de cette approche, qui au fond ne traite que de l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage, c'est aller trop vite en besogne, puisque la partie faible a bien

une place, et même éminente, au sein de l'arbitrage.

Car sous la même notion de « partie faible », selon le sens que l'on donne aux mots, il apparaît que le droit de l'arbitrage traitera cette partie soit avec une grande attention, soit avec une profonde indifférence.

Et le droit des assurances jouera, logiquement, un rôle anecdotique ou fondamental dans la prise en compte de la partie faible en arbitrage.

LA PARTIE FAIBLE, CRITÈRE FONDATEUR DE L'ARBITRAGE

En effet, la « partie faible » peut être l'objet de toute l'attention du législateur au point de délimiter le périmètre autorisé de l'arbitrage.

Et, de façon anecdotique, cette attention a été offerte à cette partie faible par un contrat d'assurance, et plus précisément une police d'assurance incendie.

C'est bien du célèbre arrêt PRUNIER de la 1^{re} Chambre Civile du 10 juillet 1843⁴ dont on parle, qui posera la première pierre de ce

1. Cité in « Evolutions et Actualités » conférence de Droit Civil Sirey 1936 p.160.

2. Selon l'expression de S. BOLLEE in Cahiers de l'Arbitrage 2013 p.1163- Voir également l'ouvrage de référence « le faible et l'arbitrage » par Maximin De Fontmichel - Economica 2013).

3. Voir l'article de K. SACHS « la protection de la partie faible en arbitrage » in Gazette du Palais du 17 juillet 2007 n° 198 page 22.

4. Sirey 1843, I, page 561

qui deviendra ultérieurement le droit de la consommation.

Dans cet arrêt, un contrat d'assurance incendie avait été conclu entre Monsieur PRUNIER et son assureur, la police intégrant le principe d'un recours à l'arbitrage pour le règlement du litige.

Pour refuser le recours à cette clause, l'idée, exprimée clairement par la Cour de Cassation dans l'arrêt PRUNIER, est de rappeler que l'arbitrage, et plus précisément la clause compromissoire, est un instrument risqué pour le citoyen et notamment pour la partie profane, devant faire face à un spécialiste.

On voit donc naître ici l'idée qui irriguera, sans doute avec excès, l'ensemble du droit de la consommation considérant que la partie faible doit se voir protégée des effets jugés radicaux du droit de l'arbitrage.

Cette « préfiguration de droit de la consommation »⁵, va se retrouver constituer la colonne vertébrale du raisonnement du législateur qui opposera de façon quasi systématique le droit de la consommation (ou le droit du travail) et le droit de l'arbitrage.

Le choix de l'article 2061 du Code Civil⁶ confirme cette orientation en rappelant que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Même si on peut discuter du dogme moral qui soutient cette appréhension de la partie faible, la règle est acquise et posée, et en dehors de la sphère professionnelle, aucune clause compromissoire n'est valable.

La Cour de Cassation dans un arrêt du 16 juin 2011⁷, applique strictement cette règle dans une hypothèse où un contrat d'assurance collectif avait mis en place une procédure arbitrale, sous l'intitulé « *procédure de conciliation* », prévoyant que les conclusions du médecin-expert s'imposeraient aux parties.

Faute de rattacher cette clause, qualifiée de clause compromissoire, à une activité professionnelle, la clause est frappée de nullité, et la décision du médecin-expert inopposable.

On voit que la notion de partie faible sert, dans cette acception, à délimiter le périmètre de ce qui peut relever, ou non, de l'arbitrage, c'est-à-dire de l'arbitrabilité du litige, sa capacité à être soumis à un arbitrage.

La partie faible, entendu ici comme celle incapable de contracter librement et à armes égales avec le professionnel, se voit donc être l'objet de toutes les attentions du législateur car au fond « *l'arbitrabilité des litiges est une notion qui n'a de sens que par référence à un ordre juridique étatique* »⁸.

Autrement dit, partie envisagée comme éternellement faible par le législateur, le consommateur doit être protégé de lui-même et de la puissance économique du professionnel, se matérialisant par l'insertion injustifiée de clauses compromissoires.

Il y a bien sûr des exceptions, mais qui ne bouleversent pas la règle.

Ainsi, une fois le litige né, rien n'interdit de soumettre un Tribunal Arbitral les litiges mêmes du droit à la consommation via la mise en place d'un compromis d'arbitrage.

5. Selon l'expression de C. JARROSSON « La clause compromissoire (article 2061 du *Code Civil*) » in *Revue de l'Arbitrage* 1992, p. 259.

6. Introduit par la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

7. Civil 2^e du 16 juin 2011 n° 10-22780.

8. Expression de E. LOQUIN in « *L'arbitrage du commerce international* », Editions Joly Juillet 2015 n° 75.

De même, le caractère transnational du litige influencera le débat, puisqu'un contrat de consommation international pourra entraîner la mise en œuvre de la procédure inscrite dans la clause compromissoire du contrat international de consommation dès lors qu'il appartient « à l'arbitre de mettre en œuvre les règles d'ordre public international sous le contrôle du Juge de l'annulation pour vérifier sa propre compétence spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »⁹.

Mais sous cette double réserve, celle de l'internationalité de l'arbitrage, mais encore celle de la mise en place d'un compromis postérieur à la naissance du litige, la règle est maintenue et la partie faible doit être protégée d'elle-même.

On comprendra que l'assurance n'a que peu à faire de ce débat sur l'arbitrabilité, si ce n'est pour rappeler que seront donc licites par nature les clauses compromissoires inscrites dans les contrats d'assurances placés auprès de professionnels au titre de l'exercice de leur activité, au sens de l'article 2061 du *Code Civil*.

LA PARTIE FAIBLE, CRITÉRE INDIFFÉRENT DE L'ARBITRAGE

Mais qu'en est-il de la partie faible entendue comme partie impécunieuse ?¹⁰

C'est en effet la seconde acception de la notion de partie faible, entendue ici non pas comme insusceptible de défendre ses intérêts dans la mise en place de l'arbitrage, mais insusceptible d'en assurer le financement.

C'est donc bien de l'impécuniosité de la partie à un arbitrage qui doit être évoquée ici.

Et la position de la Cour de Cassation, depuis les arrêts PIRELLI du 28 mars 2013¹¹ et ATE du 13 juillet 2016¹², est claire, l'impécuniosité d'une partie n'est pas un élément permettant d'empêcher la mise en place d'une procédure arbitrale.

C'est donc très clairement un choix que fait la Cour de Cassation, celui de faire respecter la force obligatoire de la clause compromissoire d'arbitrage, alors même qu'une partie ne peut pas nécessairement pouvoir financer sa part de la procédure arbitrale.

L'arrêt PIRELLI du 28 mars 2013 avait déjà répondu clairement à la question de l'impécuniosité du défendeur.

Dans cette affaire, un contrat de licence exclusive de production et de commercialisation de chaussures avait été conclu entre la société italienne PIRELLI et une société espagnole LICENSING PROJECT.

Faute de paiement des royalties, la société PIRELLI avait décidé de résilier le contrat et de saisir la Cour internationale d'arbitrage de la CCI en vertu d'une clause compromissoire.

La société espagnole ayant été placée en liquidation judiciaire, elle fut condamnée par le Tribunal Arbitral à verser plus de trois millions d'euros à la société PIRELLI.

Un recours en annulation fut intenté, invoquant notamment la violation du droit au procès équitable de la société LICENSING PROJECT, et le fait que conformément à l'ancienne version du règlement de la CCI, les demandes reconventionnelles de cette entreprise espagnole avaient été rejetées

9. Civile 1^{re} du 21 mai 1997, *Revue de l'Arbitrage* 1997 p. 537 note E. GAILLARD.

10. Il convient d'ailleurs de souligner que l'impécuniosité d'une partie est à distinguer de son insolvabilité, l'insolvabilité obéissant à des règles juridiques (par exemple les procédures collectives) – voir article de K. SACHS « la protection de la partie faible en arbitrage » op. cit.

11. Civile 1^{re} du 28 mars 2013 n° 11-27770.

12. Civile 1^{re} du 13 juillet 2016 n° 15-19389.

faute de versement des provisions d'arbitrage correspondantes.

Les Juges du Fond avaient alors annulé la sentence arbitrale, mais la Cour de Cassation censura l'arrêt pour défaut de base légale.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 28 mars 2013 impose toutefois une solution plus subtile qu'il n'y paraît.

Pour la Cour de Cassation, si les demandes reconventionnelles du défendeur sont indissociables des demandes principales du demandeur, les demandes reconventionnelles doivent faire l'objet d'un examen par le Tribunal Arbitral.

A défaut, si les demandes reconventionnelles sont dissociables de la demande principale, le Tribunal Arbitral peut, notamment si le règlement le prévoit, les écarter en cas de défaut de provision.

A noter que la solution n'a que l'apparence de la simplicité, puisque la notion « d'indissociabilité » ouvre de nombreuses questions sans réponses.

Mais la règle est également posée lorsqu'il s'agit de l'impécuniosité du demandeur, ainsi que le rappelle l'arrêt de la 1^{re} Chambre Civile du 13 juillet 2016.

C'est cette fois-ci sous l'angle de l'article 1448 du Code de Procédure Civile, mais également et surtout de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, que le recours avait été mené.

Il s'agissait en l'espèce d'une société ATE, représentée par son liquidateur judiciaire, la société MJA qui avait assigné différentes sociétés du groupe AIRBUS devant le Tribunal de Commerce.

Une exception d'incompétence avait alors été présentée par les sociétés du groupe AIRBUS au regard des clauses compromissoires inscrites dans les contrats des filiales de AIRBUS avec la société ATE.

Sous le visa de l'article 1448 du Code de Procédure Civile, la Cour de Cassation écarte la problématique de l'accès au juge et, dans un attendu radical, rappelle que *« la Cour d'Appel a exactement retenu que l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne pouvait être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de la société ATE de faire face au coût de la procédure d'arbitrage »*.

Même si la décision est ferme, est-ce à dire que l'article 6 paragraphe 1^{er} de la Convention Européenne ne s'applique pas à l'arbitrage ?

Cette question fait actuellement toujours l'objet de débats doctrinaux et la réponse est, comme toujours en arbitrage, subtile puisque si formellement l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention Européenne n'est pas susceptible de s'appliquer à l'arbitrage, il pourrait l'être néanmoins sous l'angle de l'ordre public processuel¹³.

Comment faire dès lors pour assurer à la fois l'efficacité de la clause compromissoire et le respect de la volonté des parties, mais encore inscrire le respect des droits de la défense et donc de l'accès au Juge dans le règlement d'arbitrage ?

La solution peut provenir tout d'abord des stratégies d'évitement de l'arbitrage, y compris contractuelles, développées par les parties elles-mêmes.

On pense ici aux clauses MARC (Modes Alternatifs de Résolution des Conflits) et notamment les clauses de conciliation et de

13. Voir sur cette question la « chronique de droit de l'arbitrage » de l'UFR de droits et sciences politiques, Master arbitrage et commerce international, in Les Petites Affiches du 27 janvier 2014 n° 19 page 4.

médiation préalables qui depuis un arrêt de la Chambre Mixte du 14 février 2003, sont sanctionnées en cas de non-respect par l'irrecevabilité des demandes¹⁴.

Autre solution, favoriser tout simplement une transaction.

Dans le même ordre d'idée, les parties peuvent parfaitement aménager les clauses compromissaires, afin d'alléger leur formalisme en limitant par exemple le nombre de mémoires ou simplifiant l'administration de la preuve¹⁵.

On peut aussi utiliser toutes les facilités qu'autorisent les clauses d'arbitrage « ad hoc » avec le risque toutefois de l'absence de sécurité qui est substantielle à ce type de procédure d'arbitrage.

On peut également envisager des solutions alternatives de financement comme le transfert des risques financiers à un tiers non assureur¹⁶, soit pratiquement à un fond d'investissement, dans le cadre d'un mécanisme dit de « third party funding ».

Si on peut citer aux Etats-Unis quelques fonds¹⁷, en Europe le marché est encore balbutiant¹⁸.

Mais quelle place peut alors prendre l'assureur dans ce schéma ?

De fait, face à la question de l'impécuniosité, l'assurance peut en effet intervenir de trois façons dans la gestion du coût de l'arbitrage¹⁹.

En premier lieu, via la mise en place d'une assurance de protection juridique conformé-

ment aux dispositions des articles L127- 1 à L127-8 du *Code des Assurances*.

Cette solution apparaît toutefois théorique dans la mesure où si elle serait techniquement parfaitement adaptée aux risques d'impécuniosité au niveau de la procédure arbitrale, les primes moyennes de ce type de police et les limites d'honoraires pris en charge par les assureurs de protection juridique rendent cette solution inadaptée, sauf évolution majeure du marché.

En second lieu, l'assurance défense recours inscrite dans la majorité des polices de responsabilité civile, peut – avec ici encore des limites dues aux plafonds – permettre un financement total ou partiel du risque impécuniosité.

En dernier lieu, via la clause de direction du procès qui permet, grâce à un mécanisme que l'on analyse communément comme une promesse de mandat émanant de l'assuré²⁰, de faire financer les frais de défense, et théoriquement les frais d'arbitrage (sauf exclusion contractuelle) par l'avocat désigné par la compagnie afin de défendre son assuré.

Il n'existe certes aucune solution parfaite, mais l'assurance peut être un acteur important pour résoudre cette quadrature du cercle juridique consistant à permettre de rendre compatible force obligatoire du contrat et accès au juge, fut-il arbitral.

On voit donc qu'arbitrage et partie faible obéissent à des règles allant de l'indifférence polie à l'intérêt passionné.

14. Voir l'article de J. EL AHDAB « la gestion du risque arbitral par les parties » qui inspire plusieurs des analyses reprises dans notre étude – voir notamment Chambre Mixte du 14 février 2003, Dalloz 2003, page 1386, observations P. ANCEL et M. COTTIN.

15. Arbitrage dit « Fast track ».

16. Cf. l'article de J. EL AHDAB op. cité.

17. On peut citer les sociétés Juridica Investments Limited ou Buford Capital Ltd

18. En France on peut citer la société La Française IC Fund

19. Cf. l'article de J. EL AHDAB op. cité

20. Voir H. GROUDEL « la direction du procès par l'assureur » in RCA 1997, chron. 24.

LA MÉDIATION CONVENTIONNELLE DU CEFARIA ARIAS QUELLE PLACE DANS LE MAQUIS DES MÉDIATIONS LÉGALES ?

JEAN-MARC BLAMOUTIER

Craint ou espéré, l'accroissement du recours aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges est inéluctable, et la médiation s'impose dans le vaste paysage des MARC (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) comme étant une des solutions les plus porteuses d'avenir.

Face à des Tribunaux encombrés, des délais judiciaires qui s'allongent sans cesse, le souci de rapprocher les parties au litige, d'imposer un dialogue constructif, apparaît comme la piste privilégiée par le Législateur lui-même.

Il suffit pour s'en convaincre de lire le décret du 11 mars 2015 (n°2015-282), organisant les articles 56 et 58 du CPC, et qui obligent les plaideurs à indiquer dans toute assignation ou requête « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige »

Et le mouvement est sans cesse renouvelé, la Loi dite J 21 (Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016) qui vient d'être publiée au JO du 19 novembre 2016, intitule son titre II comme suit « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ».

Mais insistons, le propos n'est pas purement humaniste et destiné à réconcilier des adversaires incapables de se parler, il est beaucoup plus simplement économique et pragmatique : La Justice n'a plus les moyens nécessaires à son fonctionnement et les Etats

ne peuvent pas y remédier, quitte à donner l'impression que l'on sacrifie une fonction régaliennne première, celle de la Justice.

Le paradoxe est que la médiation, qui s'inscrit dans ce vaste mouvement de déjudiciarisation, paraît aujourd'hui menacée par son développement même.

Autrement dit, auréolée de son succès, qui a contribué à multiplier les médiations légales, ce mécanisme ne risque-t-il pas de souffrir paradoxalement de la confusion qui règne sur des définitions proches, mais jamais identiques.

C'est pourquoi, avant de détailler l'intérêt de la médiation conventionnelle et professionnelle, il est nécessaire d'en comprendre la place dans le vaste tableau des médiations légales.

UN MAQUIS REGRETTABLE D'APPELLATIONS SIMILAIRES

Le succès de la médiation est tel qu'il est devenu aujourd'hui une source de confusion, même les professionnels ayant des difficultés à se retrouver dans le maquis des textes applicables et invocables.

Les responsabilités sont connues et multiples.

Bruxelles, tout d'abord qui refuse de donner des définitions précises et transversales, laissant à chaque Etat sa possibilité de choix.

C'est ainsi que le Professeur Nathalie FRICERO a pu écrire :

« L'Union Européenne semble vouloir englober sous un seul et même terme tous les processus quelle que soit la manière dont ils sont nommés en droit national, y compris s'ils s'intitulent "conciliation". » (N. FRICERO, le Guide des Modes Amiables de Résolution des Différends, in article BOITTELE-COUSSAU GP 12 juin 2015 page 9).

Le Législateur Français n'est pas exempt de faute lui qui par exemple, traite dans les mêmes articles du *Code de Procédure Civile*, de la conciliation judiciaire et la médiation conventionnelle, alors que la médiation judiciaire, pourtant identique dans son principe à la conventionnelle, est traitée par ailleurs. (Art. 1528 et suivants du CPC et 131-1 et suivants CPC).

Mais n'oublions pas non plus les praticants eux-mêmes, qui ne font rien pour simplifier : ainsi, trouvant que la dénomination « MARC » (modes alternatifs de règlement des conflits) serait trop « connotée », des intervenants réputés mettent en avant leur préférence pour les MARL (modes alternatifs de règlement des litiges).

Certains encore n'en veulent pas non plus, car cela sonnerait toujours trop « contentieux » et proposent alors de parler des « MARD » (modes alternatifs de règlement des différends).

L'Etat n'est d'ailleurs pas en reste sur ce sujet, intitulant le livre cinquième du CPC « la résolution amiable des différends » et le livre IV du code de la consommation « règlement des litiges ».

La Loi dite J21 du 18 novembre 2016 reprend cette même idée du procès comme simple « différend » entre les parties.

Le tout bien entendu alors que Bruxelles, fidèle à sa logique précitée, utilise la terminologie « REL » (règlement extrajudiciaire des litiges), tout comme les Anglo-Saxons utilisent celle d'« ADR » (alternative dispute resolution).

La Doctrine autorisée s'en est ému, en indiquant ainsi que « *la confusion terminologique entre les différents modes amiables de résolution des différends, outre l'absence de suivi des expériences individuelles est une des raisons de leur faible développement* » (voir Guillaume-Hoffnung et Fabrice Vert (Conseiller à la Cour de Paris mais aussi référent médiation de celle-ci) in Gaz. pal. 20 décembre 2015, page 9).

Et pourtant, la question est simple :

Il existe des droits dont les parties ont la libre disposition.

Il leur est donc possible de décider qu'en cas de litige, celui-ci sera géré de manière convenue, sans recours (direct et automatique) aux juridictions.

Ils font donc appel aux « modes alternatifs de règlement ».

Ceux-ci sont sans autre limite que l'imagination humaine.

L'ÉCHEVEAU DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

Pour les besoins de notre article, nous ne développerons que les seuls modes qui font l'objet d'une législation particulière, et encore en laissant de côté des concepts particuliers comme la procédure participative, ou les médiations spéciales comme celles du droit pénal ou du droit de la famille.

On peut donc dénombrer quatre modes alternatifs fréquemment usités :

- l'arbitrage, particulièrement interne, qui ne fera pas ici l'objet d'une étude ;
- la conciliation ;

- la médiation que l'on appellera conventionnelle ou judiciaire, en considérant que c'est globalement la même (cf. infra);

- et enfin la médiation de consommation, qui, elle, est tout à fait distincte.

Premier mode alternatif, la **conciliation**.

En vertu de l'article 21 du *Code de Procédure civile*, la conciliation entre dans la mission générale du juge.

Elle est généralement, mais non nécessairement, judiciaire.

Chacun au demeurant en a entendu parler, qu'il s'agisse de l'ordonnance de non-conciliation en matière de divorce, de l'audience de conciliation aux Prud'hommes, ou encore du rôle de conciliateur attribué plus particulièrement au juge de proximité et d'instance.

La différence entre médiation et conciliation est au fond assez simple : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord.

Deuxième mode alternatif, les **médiations conventionnelles et judiciaires** que l'on oppose souvent à la **médiation consommation**.

Chacune a son rôle et son utilité et aucun de ces deux modes alternatifs n'est à rejeter.

Il faut cependant être très clair sur ce point essentiel : Elles n'ont strictement rien à voir l'une avec l'autre !

On aurait pu les distinguer en leur donnant des noms différents, pour l'une, institutionnelle ou médiation de services au public, pour l'autre, conventionnelle (ou judiciaire), mais ne revenons pas sur l'incapacité du Législateur à dire simplement les choses.

Ce qui est certain, c'est que les textes eux-mêmes sont explicites.

Nous sommes en présence de deux directives distinctes, transposées par deux ordonnances puis deux décrets eux-mêmes différents, et enfin de dispositions intégrées dans des codes eux-mêmes séparés, interdisant d'imaginer que le législateur ait imaginé procéder ainsi s'il y avait identité des procédés.

En pratique ensuite, la différence y compris dans la nature profonde des deux médiations saute aux yeux :

- L'une est gratuite pour une des deux parties, pas l'autre.

- L'une se réalise, sauf rares exceptions, hors la présence des parties et a fortiori d'un conseil, alors que l'autre à l'inverse exige la présence des parties et encourage celle des conseils (La durée moyenne est de 5 à 10 heures).

- L'une se traduit par un avis écrit, ce qui est impensable pour l'autre.

Ceci à fait dire à certains observateurs que la médiation de consommation serait en réalité une conciliation, et même, dans l'hypothèse où le professionnel s'engagerait à suivre l'avis du médiateur, comme ce fut le cas avec le GEMA, qu'il s'agirait alors d'une conciliation pour le consommateur et d'un arbitrage pour ledit professionnel.

La raison de cette différence est fondamentalement économique et d'une grande simplicité d'explication.

Le médiateur de l'assurance envisage de parvenir à 20.000 dossiers cette année.

En médiation conventionnelle (ou judiciaire), même s'il n'existe pas de chiffre précis compte-tenu de la diversité des Centres et des origines de ces procédures de médiation, un nombre entre 100 et 200 dossiers pour l'ensemble de la filière « finance-assurance » peut raisonnablement être avancé.

Comment traiter de façon équivalente deux ordres de grandeur si différents ?

Ensuite, la médiation de consommation concerne essentiellement des litiges de faible importance, alors que la médiation conventionnelle (ou judiciaire) concerne la plupart du temps des affaires complexes, entre professionnels le plus souvent (voir sur la médiation de consommation et l'assurance, l'article de LANDEL in RGDA 2015, pages 538 et suivantes et BAILLOT, RGDA 2016, pages 466 et suivantes).

LA PLACE DE LA MÉDIATION PROFESSIONNELLE

La médiation professionnelle englobe aussi bien la médiation judiciaire que conventionnelle.

La médiation judiciaire a bien naturellement quelques spécificités secondaires et inhérentes à son cadre (contrôle du juge, délais... pour lesquels on renverra à la lecture des articles 131-1 à 131-15 du CPC).

Mais elle reste totalement identique à la médiation conventionnelle dans ses principes et sa pratique.

Sous cette seule et unique réserve, leurs principes communs sont forts.

La médiation professionnelle est un processus structuré prévu par l'article 1530 du CPC («*La médiation...s'entend de tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles*»).

«*Structuré*» signifie organisé, construit, systématisé.

Tout l'inverse d'un processus ouvert, où chacun agirait à sa guise.

Sans être un métier, la médiation obéit à des règles fortes et impératives.

Parmi ces règles, celles relatives à la formation, la qualification et la compétence des médiateurs, l'article 1533 2° du CPC indiquant que le médiateur doit «*posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation*».

Nul ne s'improvise médiateur.

Le processus de médiation, y compris quand il est d'origine judiciaire, est totalement confidentiel; Aucun des participants ne pourra se prévaloir de ce qui aura été dit, voire même écrit pendant celle-ci.

Sa mise en œuvre suspend la prescription (article 2238 du code civil).

Les parties si elles le souhaitent, car ce n'est nullement obligatoire, ont la possibilité de faire homologuer leur accord par le juge compétent, ce qui le rend exécutoire. (articles 1565 et 131-12 du CPC).

LA MÉDIATION CONVENTIONNELLE DU CEFAREA-ARIAS

Face à des médiateurs, certes non professionnels, mais formés et indépendants quels avantages peut alors apporter un centre de médiation et d'arbitrage ?

La plupart des centres d'arbitrage se sont aujourd'hui dotés d'un règlement de médiation intégrant ces contraintes.

La particularité du CEFAREA-ARIAS, via son expérience et ses médiateurs, est de permettre au monde assurantiel, à tous les professionnels qui le composent, de bénéficier de tous les modes possibles de règlement extra-judiciaire des litiges susceptibles de les opposer.

Le CEFAREA s'est donc doté depuis quelques années déjà d'un règlement de médiation, agréé des médiateurs répondant aux critères qu'il s'est fixé, est régulièrement nommé par les chambres spécialisées des tribunaux et développe de ce fait une expertise incontournable en la matière.

L'intérêt pour les acteurs du monde assurantiel, combiner la connaissance précise non seulement des textes réglementaires et légaux, mais encore des pratiques et usages de l'assurance, avec une formation propre à la médiation dans le secteur de l'assurance.

L'intérêt de la médiation est fort, par exemple lorsqu'une procédure judiciaire complexe a été initiée.

Ce dossier a vocation à durer de nombreuses années, contre quelques mois en médiation.

Proposée par les parties, ou suggérée par le Juge, la Médiation suspend la procédure.

Et la meilleure façon de convaincre les magistrats d'inviter à la médiation est notamment de leur présenter un règlement de médiation clair et accessible, respectant les principes généraux de la matière en termes de qualification, d'expérience... et de discrétion, ce qu'assure le CEFAREA-ARIAS.

Il en est de même pour les avocats, puisque la qualité du règlement de médiation, l'autorité du centre qui le porte, peuvent également convaincre les conseils de l'importance de chercher une autre voie que l'affrontement parfois stérile.

Mais cela suppose que l'avocat puisse « vendre » la solution médiation à son client,

ce qui suppose que les standards de qualité soient manifestes.

Aucune partie, aucun client dont le procès a débuté ne quittera la proie pour l'ombre.

Il ne le fera que s'il estime que la médiation permet de trouver une autre voie, alternative au procès, mais dans le cadre d'un processus maîtrisé de médiation.

De plus, les avocats restent des acteurs en cours de médiation.

Leur concours est indispensable au Médiateur ce qui explique qu'ils sont présents dans plus de 90% des Médiations inter-entreprises.

Autre intérêt, le coût de la médiation, qui est aisément prévisible pour toute partie concernée.

Le CEFAREA-ARIAS prévoit des barèmes progressifs en fonction de la « taille » estimée du conflit, allant jusqu'à quelques milliers d'euros à partager entre les parties, soit un coût bien plus faible que l'arbitrage.

Au fond, la médiation suppose une confiance réciproque des parties dans la volonté de trouver une solution, confiance qui ne peut que se nourrir de la qualité du règlement de médiation, de sa « lisibilité » mais encore du sérieux dans lequel le centre de médiation va s'inscrire pour assurer le respect d'un niveau de qualité et de formation de ses médiateurs.

C'est à ce prix que la médiation occupera une place de choix dans les MARC.

C'est à ce prix que l'assurance adoptera la médiation.

L'ESPACE OHADA¹, TERRAIN PROPICE AU RÈGLEMENT DES LITIGES DES CONTRATS D'ASSURANCE² PAR LA VOIE DE L'ARBITRAGE

Le secteur des assurances dans les Etats parties à l'OHADA a connu un développement important au cours de ces dernières années grâce à l'émergence d'une classe moyenne ayant des besoins nouveaux, à la solidité du cadre juridique des assurances, en particulier au regard du droit de la Conférence Internationale des Marchés d'Assurance (CIMA)³ et des assurances obligatoires⁴, ainsi que par la régulation des marchés d'assurance par la Fédération des Sociétés d'Assurances de Droit National Africaines (FANAF)⁵. L'accroissement du contentieux des assurances devrait conduire à l'essor des modes alternatifs de règlement des différends, dont l'arbitrage déjà pris⁶ dans les litiges de réassurance, de coassurance et d'intermédiation.

L'espace OHADA est un terrain neutre en la matière dans la mesure où il n'existe aucun centre d'arbitrage spécialisé à l'image du CEFAREA-ARIAS, à l'exception des Commissions Nationales d'Arbitrage (CNA) instituées par le code CIMA. Pourtant, la création d'un centre spécialisé n'en serait plus qu'aisée tant le système d'arbitrage OHADA est moderne, conforme aux standards internationaux et novateurs sur certains points. L'originalité du système d'arbitrage OHADA repose essentiellement sur la dualité de ses régimes juridiques. D'une part, le Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et ses décisions dérivées⁷ régissent les arbitrages conduits sous

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

2. Essentiellement les litiges relatifs aux couvertures d'assurance dommage, capitalisation et vie, ainsi qu'à la réassurance, la coassurance, l'intermédiation.

3. Le Traité et le code CIMA sont entrés en vigueur en 1995. La CIMA 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 ne s'applique qu'aux assurances terrestres et de personnes/capitalisation et régit les règles générales du contrat d'assurance, des assurances obligatoires (véhicules terrestres et facultés d'importations), des sociétés d'assurance et de capitalisation ainsi que les règles comptables applicables à ces sociétés.

4. Entres autres, les assurances de responsabilité civile (automobile, scolaire, décennale de construction et pour les transporteurs de kérosène dans les aéroports gérés par l'ASCENA) ; les assurances des facultés à l'importation ; les assurances d'assistance et d'hospitalisation pour la délivrance de visas européens.

5. Association professionnelle dont le siège social est à Dakar au Sénégal, regroupant 194 sociétés d'assurance et de réassurance, présente dans 30 pays africains : Afrique du Sud, Algérie, Burundi, Ghana, Kenya, Madagascar, Maroc, Mauritanie, Nigeria, Rwanda, Sierra Léone, Tanzanie, Tunisie et les Etats parties à l'OHADA.

6. Certes, la confidentialité de la procédure d'arbitrage ne nous permet de mesurer le nombre de règlement des différends par la voie de l'arbitrage dans l'espace OHADA même si la tendance générale est à l'augmentation des demandes d'arbitrage en matière d'assurance.

7. Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 entré en vigueur à cette date ; Décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 entrée en vigueur le 12 mars 1999 relative aux frais d'arbitrage et Décision n°004/99/CCJA du 12 mars 1999 portant approbation de la première décision.

l'égide du centre d'arbitrage de la CCJA dit « arbitrage CCJA ». D'autre part, l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage du 11 mars 1999 entré en vigueur le 11 juin 1999 (« AUA ») constitue le droit commun de l'arbitrage, tel une loi uniforme pour les 17 Etats parties⁸ régissant tout arbitrage institutionnel ou *ad hoc* dont le siège est dans l'un de ces Etats.

Ces deux régimes sont exclusifs l'un de l'autre ce qui oblige le rédacteur d'une convention d'arbitrage OHADA de bien indiquer le choix retenu au risque de rédiger une clause « pathologique ». En effet, les règles applicables à l'arbitrage CCJA ne le sont pas à l'arbitrage AUA. C'est pourquoi avant de choisir l'un et l'autre système, le rédacteur d'une convention d'arbitrage devra choisir le régime le plus adapté à ses besoins après étudié l'un et l'autre des régimes. En effet, la notion d'arbitrabilité des litiges en matière d'assurances des régimes d'arbitrage de l'AUA et CCJA sont distincts. Pour cela, il conviendra d'aborder les règles de droit commun relative à l'arbitrabilité des litiges nés des contrats d'assurance (A) sans éluder le contexte particulier du code CIMA (B).

L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES NÉS DES CONTRATS D'ASSURANCE À L'AUNE DU DROIT DE L'ARBITRAGE OHADA

Les litiges nés des contrats d'assurance peuvent-ils être tranchés par un tribunal arbitral, au détriment des juridictions étatiques?

L'arbitrabilité de ces litiges paraît, a priori, évidente en droit de l'arbitrage OHADA⁹. Tant l'article 21 du Traité que l'article 2 de l'AUA prévoient, très favorablement, le recours à l'arbitrage dès lors qu'il existe un élément de rattachement à l'espace OHADA. Toutefois, la notion d'arbitrabilité des litiges du système d'arbitrage CCJA (1) diffère de celui de l'arbitrage de droit commun (2).

1 – L'arbitrabilité des litiges soumis à l'arbitrage CCJA

Aux termes de l'article 21¹⁰ du Traité et de l'article 2 du Règlement d'arbitrage CCJA¹¹, toute partie à un contrat peut soumettre à l'arbitrage CCJA tout litige d'ordre contractuel, et exclu de facto tout litige nés des quasi-contrats et extracontractuels. Le contrat peut être interne ou international dans la mesure où le droit de l'arbitrage OHADA ne distingue pas entre arbitrage interne et arbitrage international. Le caractère contractuel du litige est interprété de manière assez large. Il n'est pas cantonné aux matières couvertes par le droit de l'OHADA mais recouvre tous litiges civils et commerciaux d'ordre contractuel. En ce sens, dans l'affaire *Ngando Bebey c/ Société Axa Assurances*¹², le tribunal arbitral a considéré que, même en l'absence d'écrit, l'acceptation de la mission d'expertise par l'assureur en contrepartie d'une rémunération sous forme d'honoraires, établit la relation contrac-

8. Article 35 de l'AUA.

9. Dans le cadre de l'arbitrage CCJA, les critères de rattachement sont le domicile ou la résidence de l'une des parties ou le lieu d'exécution du contrat dans un Etat partie (art.21 du Traité). Dans le cadre de l'arbitrage de droit commun, le siège de l'arbitrage doit être situé dans l'un des Etats parties (art.1 AUA).

10. Article 21, alinéa 1 du Traité: « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, (...), peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre ».

11. Article 2.1 du Règlement d'arbitrage CCJA: « La mission de la Cour est de procurer, conformément au présent règlement, une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat (...) »

12. *Ngando Bebey c/ société Axa Assurances*, Sentence partielle du 20 octobre 2004, Revue de l'arbitrage n°26, Juillet-Août-Septembre 2004, p.3, note Roger Sockeng.

tuelle. En effet, en matière commerciale, le commerçant dispose de tous moyens pour prouver l'existence d'une relation contractuelle, même à l'égard des non-commerçants¹³. La solution est différente en matière civile et dans le cadre de contrats spéciaux dont l'écrit est exigé à peine de nullité. C'est le cas notamment des contrats d'assurances en général¹⁴, bien que l'assureur soit considéré comme un commerçant¹⁵.

2 – L'arbitrabilité des litiges soumis à l'arbitrage de droit commun

L'article 2 de l'AUA pose la condition de la libre disposition des droits comme critère d'arbitrabilité d'un litige. En d'autres termes, le litige est arbitral dès lors que le droit sur lequel il porte est disponible et son titulaire peut en disposer à son gré voire y renoncer. Cette notion de disponibilité des droits pose quelques difficultés au sein de l'espace OHADA. Le législateur OHADA n'a pas pris le soin de définir le contenu des droits disponibles et n'a pas établi une annexe à l'AUA qui aurait permis de les identifier dans chacun des dix-sept Etats parties. Il conviendra, pour le rédacteur d'une convention d'arbitrage, de se référer au droit interne de l'état qui abrite le siège de l'arbitrage et celui dans lequel l'exéqua-

tur pourrait être demandé pour connaître les droits qui seraient disponibles et ceux qui ne le seraient pas. D'ordre général, les Etats ont la même conception des droits disponibles du fait de leur appartenance au même système juridique civiliste hérité de l'époque coloniale. Il ne fait nul doute que l'inarbitrabilité des litiges relatifs à l'état des personnes et aux infractions pénales est communément admise. Aussi, les autres droits, aussi bien en matière civile que commerciale, sont en principe disponibles. En réalité, les difficultés naissent dans le cadre des clauses compromissoires contenues dans les contrats liant une partie faible, tel que le salarié, le consommateur ou l'assuré¹⁶. Certes, l'arbitrabilité de ces litiges n'est pas contestée lorsqu'ils font l'objet d'un compromis d'arbitrage mais la solution en est autrement en présence d'une clause compromissoire. Or, ni le droit de l'arbitrage CCJA ni celui de l'arbitrage de droit commun ne fait de distinction entre la clause compromissoire et le compromis¹⁷. A titre d'exemple, en Côte d'Ivoire, l'arbitrabilité des litiges nés de l'exécution ou de la résiliation du contrat de travail en présence d'une clause compromissoire est admise¹⁸. En principe, les litiges nés des contrats d'assurances sont disponibles¹⁹ mais la même question pourrait être posée à l'égard d'un

13. Article 5 Acte uniforme relatif au droit commercial général: «*les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants. Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant*».

14. Par exemple, l'article 7 du code CIMA prévoit que les contrats d'assurances de dommages non maritimes et de personnes soient prouvés par écrit.

15. L'assureur est un commerçant au sens du droit OHADA puisque les opérations d'assurances sont des actes de commerce par nature. Cf. articles 2 et 3 Acte uniforme relatif au droit commercial général.

16. MONPOINT JEUNE Harold, «*Quid de l'arbitrabilité des litiges découlant du contrat d'assurance entre assureur et assurés ?*», 14 juin 2012, disponible au lien suivant [dernière consultation le 30 août 2016] : <http://lenouvelliste.com/lenouvelliste/article/106130/Quid-de-larb...litiges-decoulant-du-contrat-dassurance-entre-assureur-et-assures>.

17. Cour d'Appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire), arrêt n°2032, 30 juillet 2002, SCI Les Tisserins c/ Dame Coste épouse Diomande Danielle, Ohadata J-03-28

18. Cour d'Appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire), ordonnance n°1435, 27 mars 2003, Ohadata J-04-177.

19. CCJA, arrêt n°1/2002 du 10 janvier 2002, Compagnie des Transports de Man c/ Colina SA, Ohadata J-02-23

assuré non professionnel au regard de la jurisprudence française de l'arrêt Prunier²⁰, qui semble toujours être en vigueur dans les Etats parties²¹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation française avait affirmé l'interdiction des clauses compromissaires entre assureur et assuré non professionnel. Cette position est justifiée par le fait que ces contrats sont des contrats d'adhésion dans lesquels la clause compromissoire est souvent cachée dans des conditions générales. Or, en vertu du principe de compétence-compétence, la partie faible serait obligée de saisir un tribunal arbitral pour faire valoir ses droits, ce qui implique un coût élevé pour un assuré-consommateur, sauf à considérer que la clause est manifestement nulle et par conséquent, cela permettra au juge étatique de se saisir de l'affaire. Dans le cas contraire, il ne serait pas exclu que l'assuré renonce à intenter une action et, *de facto*, serait privé de son droit fondamental d'ester en justice²². Même si nous n'y sommes pas favorables, la question est donc de savoir si l'article 2 de l'AUA abroge purement et simplement cet arrêt. Dans l'attente d'une réponse, si la situation se présente, rien n'empêche les parties de régulariser la clause litigieuse par un compromis d'arbitrage.

L'arbitrabilité des litiges d'assurances réglementées par le code CIMA

Comme précédemment évoqué, le code CIMA a pour vocation de régir le droit des assurances de dommages terrestres et des assurances de personnes dans les Etats membres, soit l'ensemble des Etats parties à l'OHADA à l'exception de la Guinée et de la République Démocratique du Congo (RDC)²³. Ainsi, quel que soit le régime d'arbitrage OHADA choisi, les règles du code CIMA s'appliquent. Et pour cause, le code CIMA réduit considérablement l'arbitrabilité de certaines matières (1) même s'il prévoit un recours obligatoire à l'arbitrage pour les recours entre assureurs à l'occasion d'un accident de la circulation (2).

1 – Les litiges exclus du recours à l'arbitrage

Au préalable, il convient d'écarter l'idée selon laquelle le droit CIMA est essentiellement un droit impératif ce qui aurait pour conséquence de réduire considérablement l'arbitrabilité des litiges nés des contrats d'assurances régis par ledit code. Le caractère d'ordre public des dispositions du code CIMA tel que défini à l'article 2 de ce code²⁴ ne devrait pas faire échec à la compétence du tribunal arbitral. En ce sens, toutes les dispositions d'ordre public ne devraient pas entacher la compétence de l'arbitre du seul fait que le litige concerne des dispositions d'ordre public. Une distinction doit être

20. Cour de cassation de Paris (France), civ., 10 juillet 1843, *Cie L'alliance c/ Prunier*, S. 1843, 1, p. 561, note Devilleneuve, concl. Hello ; Rev. arb. 1992, p. 399.

21. L'auteur n'a pas connaissance de jurisprudence portant sur l'arbitrabilité des litiges entre un assurés et un assureur en raison d'une clause compromissoire.

22. SERAGLINI Christophe, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : la recherche d'équilibre », gaz pal., n° 349, 15 décembre 2007, page 5.

23. Le 21 juin 2016, la Guinée a adopté un nouveau code des assurances abrogeant la loi N° L/95/022/CTRN du 12 juin 1995 portant code des assurances. La RDC est régie par la Loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances.

24. Article 2 du code CIMA : « Ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions des titres I, II et III du présent livre, sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont limitativement énumérées dans les articles 4 alinéa 2, 5, 9, 10, 35 à 38, 42, 45, 46, 50, 51, 53, 58 et 72 ».

faite entre les matières d'ordre public, qui *de facto*, vont écarter certains types de litiges du recours à l'arbitrage, à l'instar des litiges concernant l'état des personnes, des autres litiges qui mettent en cause des dispositions d'autres public. En effet, la CCJA²⁵ a eu à juger qu'une partie ne peut pas invoquer des règles d'ordre public pour contester la validité d'une convention d'arbitrage OHADA. L'article 2 du code CIMA ne peut donc pas affecter la validité de la convention d'arbitrage. La solution apportée par la CCJA est à saluer dans la mesure où ni le Traité, le Règlement CCJA ou l'AUA ne font référence aux règles d'ordre public. Le système d'arbitrage OHADA est très favorable au règlement des litiges, quels qu'ils soient, par la voie de l'arbitrage. Encore faut-il que l'exequatur de la sentence arbitrale soit demandée dans l'un des Etats parties à l'OHADA. Une sentence rendue sur des dispositions d'ordre public, pour être applicable, doit être exequaturée dans un ordre juridique favorable à son exécution. Ainsi, il est important de connaître les différentes législations pour éviter l'annulation de cette sentence au motif que son exécution heurterait l'ordre public international de l'Etat d'exécution de la sentence. Ceci étant exposé, il convient d'apprécier les matières effectivement exclus du champ de compétence des arbitres. L'arbitrabilité des litiges entrant dans le champ de compétence du code CIMA est sérieusement limitée par la

compétence exclusive des juridictions étatiques dans certaines matières. L'article 30 du code CIMA²⁶ prévoit la compétence exclusive des juridictions étatiques pour connaître des litiges relatifs à la fixation et au règlement des indemnités d'assurance, quelles qu'elles soient. C'est l'une des clauses qui éliminent le recours à l'arbitrage et d'autres articles du code CIMA prévoient également des règles de compétences au profit des juridictions étatiques²⁷. C'est le cas d'un recours d'un assureur contre l'assuré ou l'auteur du dommage ou d'un tiers, soit en sa qualité de mandataire, soit en sa qualité de subrogé, soit en sa qualité de tiers payeur. Ceci étant, ces dispositions ne couvrent pas l'ensemble du contentieux qui pourraient naître de l'application de ce code. Il en va ainsi des litiges relatifs à la validité et l'inexécution du contrat ou à la contestation d'expertise. En conséquence, le système d'arbitrage OHADA pourrait être une alternative intéressante, d'autant plus que le contentieux des assurances réglementées par le code CIMA pose des problèmes récurrents et difficilement appréhendés par les juges nationaux²⁸. L'un des avantages considérables de l'arbitrage réside dans le choix d'arbitres aguerris en fonction de leurs compétences et qualités dans un domaine très spécialisé qu'est le droit des assurances. De plus, la procédure étant naturellement confidentielle, les tribunaux ne pourront pas être tentés de suivre des précédents jurisprudentiels.

25. CCJA, 2^e chambre, arrêt n°035/2010 du 03 juin 2010, Carlos Domingo Gomes c/ BAO SA.

26. Article 30 du code CIMA : « Dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues, le défendeur (assureur ou assuré) est assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré, de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse, sauf en matière d'immeubles ou de meubles par nature, auquel cas le défendeur est assigné devant le tribunal de la situation des objets assurés. Toutefois, s'il s'agit d'assurances contre les accidents de toute nature, l'assuré peut assigner l'assureur devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable ».

27. Articles 46, 51, 239, 601 et 610 et suivants du code CIMA.

28. DIALLO Bakary, « Commentaire de l'arrêt CCJA n°15 du 29 juin 2006 – 1^{re} chambre, Aff. C.D c/ SIDAM », Jurifis, édition spéciale, n°12, octobre 2012, page 36.

2 – L'arbitrage des Commissions Nationales d'Arbitrage (CNA)

Les CNA ont été introduites par l'article 276 du code CIMA²⁹ pour connaître des conflits nés de l'exercice des recours entre assureurs impliqués dans un accident de la circulation routière. Une CNA est instituée par Etat membre et ses membres, au nombre de trois assureurs étrangers aux sociétés représentées, sont renouvelés chaque année. La CNA est une véritable institution d'arbitrage pour certains, une juridiction professionnelle pour d'autres³⁰, mais tous lui accorde son caractère original et son rôle très important dans l'amélioration et l'accélération de l'indemnisation des victimes³¹. En principe, la CNA est saisie de conflits nés de l'exercice des recours entre assureurs. Il en résulte que toute action relative à un tel conflit portée devant les juridictions étatiques des 15 Etats parties à l'OHADA/la CIMA doit être déclarée irrecevable. Personne ne peut déroger à la compétence exclusive de cette commission. Le Tribunal de Commerce d'Abidjan a eu à rappeler ce principe dans le cadre de l'affaire SIDAM³². En l'espèce, la société SIDAM avait invoqué l'irrecevabilité de l'action de la société SAHAM Assurances CI au motif qu'elle aurait dû saisir la CNA en

application des dispositions de l'article 276 du code CIMA. Rappelant la compétence de principe de la Commission, le juge ivoirien a considéré que l'action principale de la demanderesse visait à obtenir la condamnation de l'assuré sous la garantie de son assureur, la SIDAM. En effet, la lettre d'information qui fût adressée par la demanderesse à la société d'assurance appelée en garantie n'avait pas eu pour effet de transformer le litige au sens de l'article 276 du code CIMA. Par conséquent, la procédure d'appel en garantie de l'assureur envers son assuré n'est pas soumise au recours obligatoire à la CNA. Toutefois, rien n'empêche qu'un tel litige soit porté devant une CNA si les parties en expriment le souhait. D'ailleurs, cette institution connaît aujourd'hui un véritable succès et les pouvoirs des arbitres sont plus étendus. Ainsi, une victime peut, lorsque ses droits sont menacés ou ne sont pas respectés, solliciter l'arbitrage de la CNA³³. Ce succès est autant dû à la célérité de la procédure, dans la mesure où le tribunal arbitral dispose d'un court délai d'un mois pour rendre sa sentence, qu'aux pouvoirs d'amiable-compositeurs des arbitres. Le tribunal arbitral ne peut pas statuer uniquement en droit et peut trancher les litiges en prenant en compte

29. Article 276 du code CIMA : « Les conflits nés de l'exercice des recours sont obligatoirement soumis à un arbitrage auprès de la Commission Nationale d'Arbitrage composée de trois assureurs étrangers aux sociétés représentées dans le litige. Les membres composant la Commission d'arbitrage rendent leur sentence en qualité d'amiables compositeurs dans le mois de leur saisine. Leur mandat, d'une durée annuelle, leur est dévolu par l'association nationale des assureurs automobile. Pour les marchés dont le nombre de sociétés est réduit, les assureurs désignent d'accord parties un tiers arbitre ».

30. En ce sens, lire ISSA-SAYEGH Joseph, « Nature et régime juridiques des règles d'indemnisation des victimes d'accidents causés par des véhicules terrestres à moteur (articles 225 à 277 du code CIMA) », Ohadata D-03-04.

31. Lors de la réunion des marchés du 20 novembre 2007, les participants ont recommandé au Bureau Exécutif de tout mettre en œuvre pour que tous les marchés de la FANAF soient dotés de cet instrument de régulation et de concertation entre les sociétés d'assurances opérant dans un même pays.

32. Tribunal de Commerce d'Abidjan (Côte d'Ivoire), jugement du 23 janvier 2015, SAHAM Assurances CI / Société UTB et SIDAM.

33. NGOUBEYO Sébastien, « Réflexion sur l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation routière dans la zone CIMA : le cas du Cameroun », disponible au lien suivant [dernière consultation le 14 septembre 2016] : http://assurancesducameroun.info/index.php?option=com_content&view=article&id=62%3Areflexion-sur-lindemnisation-des-victimes-daccident-de-la-circulation-routiere-dans-la-zone-cima--le-cas-du-cameroun&catid=4%3AArticle-assurances&Itemid=84.

34. CCJA, 1^{re} chambre, arrêt n°43 du 17 juillet 2008, Monsieur D c/MATCA, Ohadata J-09-81.

l'équité et les usages en matière d'assurance. Ce choix marque la volonté des acteurs du secteur de limiter les conséquences pratiques d'une application stricte de la seule règle de droit. Néanmoins, la CNA n'est pas dispensée d'appliquer les règles impératives d'indemnisation des articles 267 à 277 du code CIMA.

Pour conclure, l'arbitrabilité des litiges nés des contrats d'assurance est largement admise dans le droit de l'arbitrage OHADA. Il appartient donc au rédacteur de la convention d'arbitrage d'être attentif à ces différentes règles. De plus, l'attractivité de ce

modèle de justice (rapidité, confidentialité, efficacité de la convention d'arbitrage au travers des principes de compétence-compétence³⁴, d'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient et de la reconnaissance de l'effet translatif de la convention d'arbitrage) devrait l'emporter sur ses inconvénients (déficit de juristes formés à l'arbitrage, peu d'Etats parties ont pris des mesures internes d'application de l'AUA, coût). Il nous est donc permis de penser que le règlement des litiges nés des contrats d'assurance par la voie de l'arbitrage OHADA a un avenir certain.

34. CCJA, 1^{re} chambre, arrêt n°43 du 17 juillet 2008, Monsieur D c/MATCA, Ohadata J-09-81.

L'INTERVENTION D'UN TIERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE

PAR ROMAIN SCHULZ
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS
DOCTEUR EN DROIT
CABINET HMN & PARTNERS

La question de l'intervention d'un tiers dans la procédure arbitrale reçoit le plus souvent une réponse aussi simple qu'expéditive : contrairement à ce qui est admis devant le juge étatique, en matière d'arbitrage l'intervention est en principe impossible à moins que le tiers, les parties à l'instance et le tribunal arbitral y consentent tous¹. Cette solution repose sur le caractère conventionnel de l'arbitrage (étant rappelé que par opposition à la justice étatique, l'arbitrage a une double nature à la fois juridictionnelle et contractuelle) et sur l'effet relatif des conventions². Le rejet de l'intervention est consacré en droit positif, en particulier pour l'intervention forcée qui vient se briser sur le mur de l'absence de consentement du tiers³.

Cette solution peut toutefois paraître quelque peu simpliste et a fait l'objet de critiques⁴. D'abord, l'intervention n'est pas une notion monolithique et recouvre différents aspects sur lesquels nous reviendrons brièvement. On peut dès lors se demander si une réponse unique s'impose. Ensuite, le caractère conventionnel de l'arbitrage implique-t-il forcément que l'ensemble des protagonistes doivent consentir spécifiquement à chaque interven-

tion ? On peut envisager que ce consentement spécial soit rendu inutile par l'adhésion à une convention (convention d'arbitrage et/ou règlement d'arbitrage) ou par la loi.

Au surplus, de plus en plus nombreux sont les cas dans lesquels l'opportunité ou du moins l'utilité de l'intervention d'un tiers est ressentie. De manière générale, des opérations économiques de plus en plus complexes s'éloignent du schéma juridique du contrat conclu entre deux parties qui se prête commodément à l'arbitrage. On rencontre des contrats multipartites et des opérations impliquant plusieurs contrats : autant de situation qui peuvent poser des questions d'arbitrage multipartite et d'intervention.

Plus particulièrement, l'assurance est un domaine propice à des situations dans lesquelles la question de l'intervention se pose. A commencer par la question classique de l'intervention de l'assureur d'une partie, qu'il s'agisse de l'intervention dirigée contre cet assureur afin qu'il garantisse un dommage, ou de l'intervention volontaire de l'assureur subrogé dans les droits de l'assuré ou de la

1. H. J. Nougéin et R. Dupeyré : Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage, éd. Gazette du Palais Lextenso, 2012, n° 61 ; cf. également A. Mourre : L'intervention des tiers à l'arbitrage, Gaz. Pal. 2001, n° 123, p. 21, n° 11 et les auteurs cités.

2. Art. 1165 C. civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

3. CA Paris, 1^{re} ch. civ., 8 mars 2001, Rev. arb. 2001, n° 3, p. 559, obs. C. Legros ; CA Paris, pole 1 ch. 1, 6 janv. 2011, Rev. arb. 2011, n° 3, p. 770, obs. T. Bernard.

4. A. Mourre, art. préc. ; B. Beigner, Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale, Rev. arb. 2008, p. 227.

personne qu'il a indemnisée. Les opérations d'assurance ou de réassurance et surtout la distribution d'assurance peuvent donner lieu à des litiges impliquant de multiples parties⁵. Dans ces cas favorisant un morcellement du contentieux, l'utilité de traiter le litige en un ensemble unique conduit à souhaiter la possibilité d'interventions.

Afin de faire un point sur le sujet, nous pouvons poser le problème avant d'envisager les solutions pratiques.

POSITION DU PROBLEME

On constate en matière d'arbitrage une opposition entre d'une part la rigidité de la solution de principe rejetant l'intervention, et d'autre part une utilité (et même pour certains une nécessité) ressentie d'autoriser cette intervention. Ce qui n'est pas sans rappeler une autre situation, celle de l'intervention de l'assureur devant le juge répressif⁶. Un point commun est en effet le rôle central de la compétence de la juridiction (pénale dans un cas, arbitrale dans l'autre) à l'égard du litige concernant l'intervention du tiers. Cela nous amène, en matière arbitrale, à la question de l'arbitrabilité du litige à l'égard du tiers⁷. Comme nous l'avons évoqué dès l'introduction, le caractère conventionnel de l'arbitrage conduit à rejeter l'intervention d'un tiers qui ne consent pas à l'arbitrage. De même, ce caractère conventionnel s'oppose à ce qu'un tiers intervienne contre le gré de l'une des parties à l'arbitrage.

En tout état de cause, l'intervention doit porter sur une prétention entrant dans le champ de la convention d'arbitrage.

Cette solution a fait l'objet de critiques en opportunité. En particulier, il a été souligné que si elle protège les droits de parties à l'arbitrage, elle peut conduire à méconnaître ceux des tiers⁸.

La sentence arbitrale est revêtue de l'autorité de chose jugée, mais uniquement entre les parties à l'arbitrage⁹. Cette relativité de la chose jugée fait écho à la relativité des conventions (art. 1165 C. civ.) et plus précisément à la relativité de la convention d'arbitrage. Toutefois, la sentence arbitrale peut affecter les droits de tiers à la procédure en tant qu'acte juridique s'imposant à tous. Nous relèverons qu'il s'agit là d'un problème d'opposabilité de l'acte distinct de l'autorité de chose jugée. Il n'en reste pas moins qu'une personne tenue à l'écart d'une instance arbitrale peut souhaiter y intervenir afin de faire valoir son point de vue avant que ne soit rendue une sentence qui, si elle n'a pas d'autorité de chose jugée à son égard, lui sera opposable. La question se pose avec une acuité particulière pour l'assureur de responsabilité civile : bien que la décision rendue hors sa présence sur la responsabilité de son assuré n'ait pas autorité de chose jugée à son égard, elle lui est opposable en application d'une jurisprudence¹⁰ qui a créé un « succédané d'autorité de chose jugée »¹¹.

5. Par exemple des opérations de distribution impliquant un (ou des) assureur(s) lié(s) à plusieurs intermédiaires en assurances par des conventions, ou impliquant une convention entre l'assureur (ou les assureurs) et un intermédiaire ainsi qu'une ou plusieurs conventions entre cet intermédiaire et d'autres intermédiaires.

6. Sur cette dernière, voir R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal, contribution à l'étude de l'action civile*, thèse, LGDJ, 2012.

7. Devant le juge répressif, la question de l'intervention de l'assureur revient ni plus ni moins à celle de la compétence civile du juge répressif, c'est-à-dire l'action civile : cf. R. Schulz, thèse préc.

8. A. Mourre, art. préc., n° 14 et s.

9. Article 1484 CPC et article 1351 C. civ.

10. Par ex. Civ. 1^{re}, 12 juin 1968, n° 65-14399 et n° 66-11076 (2 arrêts), JCP 1968 II 15584 concl. R. Lindon ; Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-20102, RGDA fév. 2014, n° 110g4, p. 124 note R. Schulz.

11. J. Cl. Berr et H. Groutel, note sous TGI Paris, 18 juin 1981 et Civ. 1^{re} 6 mai 1981, D 1983 IR 214.

Au-delà de ces critiques en opportunité, d'ailleurs soutenues par des considérations juridiques, d'autres considérations juridiques invitent à s'interroger sur le caractère peu nuancé du principe de rejet de l'intervention à l'arbitrage.

Selon l'article 66 du *Code de Procédure civile*, constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès entre deux parties originaires. Mais derrière cette définition de l'intervention il y a plusieurs sortes d'intervention. Immédiatement après avoir énoncé la définition de l'intervention l'article 66 indique la distinction entre intervention volontaire et intervention forcée, et les différents types d'intervention sont décrits dans les articles 325 et suivants du Code de procédure civile. L'intervention peut être volontaire ou forcée (art. 327 CPC) ; l'intervention volontaire est principale ou accessoire (art. 328 CPC) ; l'intervention forcée peut être aux fins de condamnation ou aux fins de déclaration de jugement commun (art. 331 CPC) ; et s'agissant de l'appel en garantie, la garantie peut être simple ou formelle (art. 334 CPC). Cette variété d'interventions contribue à ce que les distinctions à opérer pour apprécier le bien-fondé d'une demande d'intervention soient très nombreuses¹².

Par définition, l'intervention ne peut se concevoir que par rapport à une instance pendante devant la juridiction. Cela pose un problème spécifique en matière d'arbitrage dès lors que le tribunal arbitral est considéré comme saisi au jour où il est constitué, c'est-à-dire lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission¹³. Peut-on vraiment parler d'inter-

vention dans la période entre le déclenchement de l'arbitrage et la saisine effective de la juridiction arbitrale constituée ? Nous ne le pensons pas, du moins au sens procédural : tant que la juridiction arbitrale n'a pas été saisie il n'y a pas d'instance à laquelle intervenir.

Il n'en reste pas moins que la participation (volontaire ou forcée) d'un tiers à l'arbitrage au stade de la constitution de la juridiction arbitrale (donc avant sa saisine) peut être opportune. Se pose alors la question de la désignation d'un arbitre par cette nouvelle partie. Une telle désignation n'est pas possible en cas d'intervention stricto sensu devant le tribunal arbitral saisi de l'instance, car le tribunal est alors constitué. Avant la saisine du tribunal arbitral, il n'y a pas vraiment intervention mais une problématique d'arbitrage multipartite.

Un autre facteur à prendre en compte est la qualité du tiers visé par l'intervention. Au sens procédural, c'est un tiers à l'instance. Mais plus précisément en matière d'arbitrage, cette qualité de tiers peut également être appréciée par rapport à la convention d'arbitrage. Or, le « tiers » peut ne pas être si étranger que cela à cette clause. On peut à cet égard distinguer entre le « tiers absolu » (personne à la fois étranger au contrat et à la procédure) et le « tiers imparfait » (tiers à la procédure qui serait cependant partie au contrat contenant la clause compromissoire ou qui se trouverait dans une situation juridique d'assujettissement à la clause)¹⁴. Ceci a une incidence sur l'arbitrabilité du litige à l'égard du tiers, et donc sur sa faculté d'y intervenir. Nous y reviendrons.

12. A. Mourre, art. préc., n° 10.

13. Article 1456 CPC. Cf. ég. l'article 11 du règlement d'arbitrage CEFAREA-ARIAS, aux termes duquel le tribunal arbitral est réputé constitué à la date de l'acceptation de sa mission par le dernier arbitre désigné, et saisi à compter de la date de communication du dossier par le Centre.

14. A. Mourre, art. préc., n° 9.

Face à une telle diversité de facteurs juridiques, le principe de l'impossibilité de l'intervention d'un tiers à l'arbitrage doit être considéré avec plus de subtilité. Et s'agissant d'un principe, n'a-t-il pas vocation à connaître des exceptions? C'est à travers ces dernières que l'on peut rechercher des solutions pratiques.

RECHERCHE DE SOLUTIONS PRATIQUES

La solution classique rejetant l'intervention hors du consentement du tiers et/ou des parties est difficilement contournable en ce qu'elle découle du caractère conventionnel de l'arbitrage et de l'effet relatif des conventions. En principe, l'intervention forcée n'est pas possible si le tiers ne consent pas à intervenir à l'arbitrage (la convention d'arbitrage ne peut nuire au tiers), et l'intervention volontaire n'est pas possible si une partie à l'arbitrage s'y oppose (la convention d'arbitrage ne peut profiter au tiers).

On peut toutefois considérer des cas dans lesquels le consentement d'une personne à l'intervention n'est pas nécessaire, soit parce qu'il a déjà été donné dans un acte (convention d'arbitrage ou règlement d'arbitrage), soit parce qu'il est rendu inutile par cet acte ou par la loi qui autorise l'intervention.

La convention d'arbitrage

Il sera en principe très rare que la convention d'arbitrage prenne la peine de prévoir le cas de l'intervention (que ce soit pour l'autoriser ou pour l'exclure). Cela relèvera plutôt du règlement d'arbitrage auquel la clause d'arbitrage renverra le cas échéant.

La convention d'arbitrage peut cependant suffire à résoudre le problème de l'intervention d'un tiers à l'instance arbitrale lorsqu'elle permet de caractériser ou de déduire le consentement du tiers et/ou des parties à l'arbitrage.

La question de l'intervention se pose différemment selon qu'il s'agit d'une intervention forcée ou volontaire. Dans le second cas, le problème du consentement du tiers ne se pose pas. Subsiste cependant la difficulté, commune aux deux types d'intervention, du consentement d'une partie à l'arbitrage qui ne souhaite pas l'intervention du tiers.

Spécificité de l'intervention forcée

Le principe de l'impossibilité de l'intervention forcée d'un tiers tient à la nature contractuelle de l'arbitrage (on ne peut contraindre à intervenir la personne qui n'a pas consenti à l'arbitrage) et, selon une idée qui en dérive, à l'égalité des parties (il est difficile d'admettre qu'une partie soit soumise à l'arbitrage d'une juridiction privée qu'elle n'a pas concouru à constituer¹⁵).

Toutefois, ainsi que nous l'avons évoqué dans la première partie, le tiers à la procédure n'est pas toujours totalement tiers à la convention d'arbitrage. Si le « tiers absolu » ne peut être attiré à l'arbitrage, il n'en va pas de même du « tiers imparfait ». Ce dernier est en effet soit une personne partie à la convention d'arbitrage, soit une personne liée par la clause d'arbitrage (dans les cas où cette dernière peut lui être étendue ou transmise). Ce tiers imparfait ne peut donc pas se retrancher derrière le caractère conventionnel de l'arbitrage pour s'y soustraire.

15. Ce qui est tout le paradoxe de l'intervention en matière arbitrale: par définition, une intervention au sens procédural strict ne peut se concevoir que devant une juridiction arbitrale constituée (cf. supra).

Subsiste toutefois la difficulté d'imposer l'intervention du tiers à une partie à l'arbitrage qui ne la souhaite pas.

L'intervention volontaire (problème commun aux deux interventions)

Même lorsque le tiers consent à intervenir (intervention volontaire) ou ne peut le refuser (intervention forcée d'un tiers tenu par la clause d'arbitrage), se pose la question du consentement des parties à l'arbitrage¹⁶.

Il ne fait guère de doute que l'intervention d'un tiers absolu ne peut avoir lieu contre le gré de l'une des parties à l'arbitrage : le tiers à la convention d'arbitrage ne peut exciper de cette dernière à l'encontre d'une partie. Sauf à ce que la convention d'arbitrage prévoie expressément la possibilité de l'intervention d'un tiers.

La question est plus délicate en présence d'un tiers imparfait. Celui-ci a vocation à intervenir à un arbitrage car il est lié par la clause d'arbitrage. Cela autorise-t-il à imposer l'intervention aux parties à l'arbitrage ? Il faut bien considérer que oui, car la clause d'arbitrage s'impose également aux parties à l'arbitrage. Le problème est alors que le tiers a vocation à participer à l'arbitrage, ce qui ne se limite pas à une intervention mais implique le droit de participer à la constitution de la juridiction arbitrale en désignant un arbitre. En fait, dans cette hypothèse la

question n'est pas tant celle d'une intervention que celle d'un arbitrage multipartite.

Le règlement d'arbitrage

C'est en général par ce document que l'intervention à l'instance arbitrale va être régie. Nous pouvons rappeler ici que l'application du règlement d'arbitrage et son opposabilité dépendent du fait de savoir si une personne est liée par la clause d'arbitrage (cf. supra). Dans les faits, les règlements d'arbitrage proposent une grande variété de solutions reflétant la complexité du problème exposée dans la première partie. Nous pouvons citer quelques-uns de ces règlements.

Le règlement de la Chambre de Commerce Internationale de Paris admet l'intervention, mais de manière bien plus restrictive qu'une lecture rapide de son article 7 peut le laisser penser¹⁷.

Seule l'intervention forcée est prévue, ce qui a contrario signifie que l'intervention volontaire n'est pas possible.

L'intervention ne peut en principe avoir lieu après la confirmation ou la nomination d'un arbitre, c'est-à-dire avant que le tribunal arbitral soit constitué¹⁸ : il ne s'agit donc pas véritablement d'une intervention à une instance pendante. En témoigne le fait que la demande d'intervention soit soumise par le règlement au même régime que la demande d'arbitrage¹⁹. Une intervention ne peut avoir

16. S'agissant de l'intervention forcée, cette question ne se pose pas pour la partie qui sollicite l'intervention du tiers. Mais l'autre partie peut ne pas souhaiter cette intervention.

17. Le premier paragraphe de cet article dispose que « la partie souhaitant faire intervenir un tiers comme partie à l'arbitrage (la « partie intervenante ») soumet au Secrétariat une demande d'arbitrage contre celle-ci (la « Demande d'intervention »). La date de réception de la Demande d'intervention par le Secrétariat est considérée, à toutes fins, comme celle d'introduction de l'arbitrage contre la partie intervenante. Toute intervention est soumise aux dispositions des articles 6, paragraphes 3 à 7 et 9. Aucune intervention ne peut avoir lieu après la confirmation ou la nomination d'un arbitre, à moins que toutes les parties, y compris la partie intervenante, en soient convenues autrement. Le Secrétariat peut fixer un délai pour soumettre des Demandes d'intervention ».

18. Le tribunal arbitral étant constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée, et saisi du litige à cette date (art. 1456 CPC).

19. Les paragraphes 4 et 5 de l'article 7 renvoient respectivement à l'article 4, paragraphes 4 et 5 et à l'article 5, paragraphes 1 à 4 concernant la demande d'arbitrage et la réponse à la demande d'arbitrage.

lieu après la confirmation ou la nomination d'un arbitre que si toutes les parties, y compris la partie intervenante, en conviennent.

L'intervention est encore limitée par le fait que « toute intervention est soumise aux dispositions des articles 6, paragraphes 3 à 7, et 9 », ce qui la soumet à la condition de l'existence d'une convention d'arbitrage visant le règlement de la CCI et liant l'ensemble des parties²⁰. Ne peuvent donc faire l'objet d'une intervention forcée que les tiers liés par une convention d'arbitrage visant le règlement.

Le règlement d'arbitrage de la CCI de Paris n'organise donc pas tant une intervention qu'un arbitrage multipartite, et il concerne par définition des personnes liées par une clause d'arbitrage et par le règlement, en ce compris le tiers.

Le règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie russe prévoit la possibilité pour un tiers d'intervenir avec le consentement des parties²¹. Ceci ne permet qu'une intervention volontaire et non forcée, mais cette intervention ne nécessite pas l'accord du tribunal arbitral.

Le règlement de la London Court of International Arbitration prévoit que les

arbitres ont le pouvoir, sauf stipulation contraire, d'autoriser l'intervention de tiers à la demande d'une des parties, mais à la condition que le tiers à la procédure et la partie requérante à l'intervention y consentent par écrit²². Il s'agit donc plutôt d'une intervention volontaire (bien que provoquée), mais qui ne nécessite pas l'accord de l'ensemble des parties. La partie à l'arbitrage qui n'est pas celle demandant l'intervention du tiers, qui pourrait vouloir s'opposer à cette intervention, ne peut le faire en ne donnant pas son consentement car celui-ci n'est pas requis. Le pouvoir de décision est conféré par le règlement à la juridiction arbitrale.

Le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève prévoyait que l'intervention du tiers pouvait être décidée en fonction des circonstances, sans que l'accord du tiers ou celui de toutes les parties soit obligatoirement nécessaire²³. Ce règlement a été abrogé au 31 décembre 2011 et remplacé, à compter du 1^{er} janvier 2012, par le règlement suisse d'arbitrage international. La jonction et à l'intervention font l'objet de l'article 4 de ce règlement²⁴.

S'agissant de l'intervention, nous relevons deux différences notables avec le règlement

20. Cf. le paragraphe 4. (i) de l'article 6 : « lorsque l'arbitrage intéresse plus de deux parties, il aura lieu entre les parties, y compris les parties intervenant conformément à l'article 7, à l'égard desquelles, prima facie, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage les liant toutes et visant le Règlement ».

21. A. Mourre, art. préc., n° 28 et note 52 : « Any third party may only join the proceedings with the consent of the parties in dispute. Invitation of any third party to the proceedings apart from the consent of the parties in dispute requires the consent of the invited person... ».

22. Art. 22.1 (viii) du Règlement de la LCIA : « The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party [...] (viii) to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party consented to such joinder in writing following the Commencement Date (if earlier) in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration ».

23. Art. 18 de ce règlement : cf. A. Mourre, art. préc., n° 28 et note 54.

24. Art. 4 de du règlement suisse d'arbitrage international : « 2. Lorsqu'un ou plusieurs tiers demande(nt) à intervenir dans une procédure arbitrale pendant sous l'égide du présent Règlement ou lorsqu'une partie à une procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement requiert qu'un ou plusieurs tiers participe(nt) à l'arbitrage, le tribunal arbitral décide de la requête après consultation de toutes les parties, y compris le ou les tiers dont la participation est requise, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes ».

de la CCI de Genève. La première est que l'intervention concerne une « *procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent règlement* » alors qu'en application du règlement de la CCI de Genève l'intervention ne pouvait avoir lieu que dans la phase antérieure à la constitution du tribunal arbitral. On pouvait donc voir dans ce règlement une référence à un cas d'arbitrage multipartite plutôt qu'à une véritable intervention en cours d'instance²⁵. La seconde est que c'est le tribunal arbitral qui décide de l'admission de l'intervention, alors que dans le règlement de la CCI de Genève le pouvoir d'autoriser l'intervention n'était pas dévolu au tribunal arbitral mais à l'organisme d'arbitrage. Le fait que la décision n'appartienne pas à la juridiction nous paraît faire écho à la nature institutionnelle de l'arbitrage : pour les juridictions judiciaires, c'est le *Code de Procédure* qui impose l'intervention, et devant la CCI de Genève c'était l'institution s'appuyant sur le règlement d'arbitrage.

Enfin, last but not least, l'une des diverses solutions possibles est que le règlement ne prévoie pas la possibilité de l'intervention d'un tiers à l'arbitrage. C'est le cas du règlement CEFAREA-ARIAS, qui n'envisage que la jonction d'instances en son article 15.

Lorsque le règlement d'arbitrage ne prévoit pas expressément la possibilité de l'intervention d'un tiers, un renvoi opéré aux règles générales de procédure civile peut-il permettre l'application des règles relatives à l'intervention, en particulier celles des dispositions du Code de procédure civile ? On peut trouver un tel renvoi au Code de procédure civile dans le règlement d'arbitrage CEFAREA-ARIAS²⁶.

Le principe d'effet relatif des conventions s'oppose à notre avis à une telle application des règles de l'intervention, qu'il s'agisse de l'intervention volontaire ou forcée. Le règlement n'est opposable qu'aux parties à la convention d'arbitrage qui ont choisi, par cette convention, de se soumettre au règlement. Le règlement n'étant pas opposable au tiers, il ne peut justifier une intervention forcée contre le gré de ce dernier.

Et réciproquement, le tiers qui souhaite intervenir volontairement ne peut le faire contre le gré de l'une des parties à l'instance arbitrale. En l'absence de renvoi exprès du règlement aux règles du *Code de Procédure civile* régissant l'intervention, il est difficile de considérer qu'en adhérant au règlement la partie accepte l'application de ces règles. Il faut à notre avis que le règlement d'arbitrage contienne une disposition prévoyant soit que les parties admettent l'intervention volontaire d'un tiers conformément aux règles du *Code de Procédure civile* (auxquelles le règlement renverrait donc expressément), soit que le tribunal arbitral décide de l'admissibilité d'une telle intervention (cf. les règlements cités plus haut). Ce qui revient à ce que les parties à l'arbitrage soit consentent à l'intervention volontaire du tiers, soit consentent à transférer le pouvoir de décision à la juridiction arbitrale.

La loi

Il se peut que même lorsque la convention d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage ne régissent pas l'intervention à une instance arbitrale, la loi étatique applicable à la procédure l'autorise. La loi française ne comporte pas de dispositions en ce sens.

25. A. Mourre, art. préc., n° 28.

26. Article 17.3 : « *La procédure arbitrale est régie par les dispositions convenues entre le tribunal arbitral et les parties, à défaut par celles du présent règlement et, pour toute question non prévue par l'ensemble de ces dispositions, par le Code de procédure civile français* ».

Encore faudrait-il, pour une pleine effectivité, que la loi autorise l'intervention sans qu'il soit besoin de recueillir le consentement des parties et du tiers. La loi néerlandaise sur l'arbitrage prévoit la possibilité de l'intervention d'un tiers, mais la subordonne à l'accord des personnes intéressées (y compris l'adhésion du tiers à la clause d'arbitrage pour une intervention forcée)²⁷. Ces conditions ont conduit un auteur à « *se poser la question de savoir quel est l'intérêt véritable du texte, si ce n'est - avantage peut-être non négligeable - de servir de point d'appui à un arbitre souhaitant "inviter" les parties à accepter une demande d'intervention* »²⁸.

En conclusion, le principe du rejet de l'intervention du tiers à l'instance arbitrale peut paraître abrupt mais les exceptions à ce principe sont bien compliquées à mettre

en œuvre. Cela tient à la situation que l'intervention est censée régler. La complexité du litige (multiplicité de protagonistes, dont certains peuvent ne pas être liés par la clause d'arbitrage) ne rend pas forcément souhaitable son règlement par l'arbitrage. L'arbitrage peut s'avérer particulièrement adapté à la résolution de différends impliquant un nombre raisonnable de parties. Mais dès lors que le litige devient procéduralement complexe à gérer, l'arbitrage perd ses avantages (notamment celui de la célérité). Nous restons donc très réservés sur l'opportunité de l'intervention d'un tiers à un arbitrage : est-il vraiment opportun de remplacer un problème par d'autres ? L'exemple de l'action de groupe montre que lorsque la procédure ne s'y prête pas, l'intervention n'est pas souhaitable²⁹.

27. Article 1045 du Code de Procédure civile néerlandais.

28. A. Mourre, art. préc., n° 28.

29. R. Schulz, L'assureur et l'action de groupe : quid de l'intervention de l'assureur à l'action de groupe ?, RGDA oct. 2014, n° 111g9, p. 488.

ÉVITONS LES CLICHÉS !

Lorsqu'on parle en langue étrangère, on est parfois très content, voire très fier, de montrer notre compétence en sachant interposer dans nos discussions des expressions courantes, à la mode et habituellement utilisées par les natifs.

On appelle cela parler couramment, et c'est très bien.

Mais, attention !

Un sondage récent à Londres parmi 5,000 personnes a montré que l'utilisation de certains clichés ou d'expressions trop à la mode agacent les gens plutôt que les impressionnent. Pire, il paraît que lorsque les gens entendent ces expressions trop utilisées et fatiguées, ils perdent de la concentration et arrêtent de suivre la conversation. En encore pire, ils estiment que celui qui parle manque d'imagination.

Quelles sont donc ces expressions meurtrières qui tuent une conversation et détruisent une réputation ?

Voici les dix premières expressions choisies par les participants dans le sondage, en ordre descendant. Dans chaque cas, je vous propose un alternatif simple pour éviter le problème :

- 1) At the end of the day – *In the end*
- 2) At this moment in time – *Now*
- 3) Like (comme une pause) – *À omettre, pas nécessaire*
- 4) With all due respect – *À omettre, pas nécessaire*
- 5) To be perfectly honest – *À omettre, pas nécessaire*
- 6) To touch base – *To keep in touch, to make contact*

7) I hear what you are saying – *I do not agree with you*

8) Going forward – *From now on, in the future*

9) Absolutely – *I agree with you, definitely*

10) Ballpark figure – *An approximate number*

Et voici d'autres phrases que je peux citer et qui agacent autant :

- 24/seven – *continuous*
- Level playing field – *Same conditions for everyone*
- Bear with me – *Let me finish my argument*
- Between a rock and a hard place – *In a difficult situation*
- Bottom line – *Result*
- It's not rocket science – *It's not a difficult subject*
- A heads up – *Advance notice*
- Moving the goalposts – *Changing the rules or conditions*
- Prioritise – *Put in order of importance*
- Singing from the same hymn sheet – *Working together, cooperating*
- Thinking outside the box – *Thinking differently from other people, original thinking*

En conclusion, pour montrer une vraie supériorité en langue anglaise il faut favoriser les expressions simples et laisser s'ennuyer les anglais entre eux avec leurs propres clichés.

So, the bottom line, going forward, is, to be perfectly honest and with all due respect, for you to think outside the box to avoid these, like, expressions that will absolutely, at the end of the day, leave you all between a rock and a hard place.

Bonne chance. It's not rocket science!

