

Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



CEFAREA

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

Editorial Michel Yarhi Président de CEFAREA	5
Tohu-bohu chez les clauses limitatives de responsabilité Bernard Mettetal, Avocat Associé, HMN Partners, & Vladimir Rostand'Ancezune, Avocat, Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas-Paris II	7
Vers une théorie de l'autonomie des clauses organisant le droit d'action ? Stéphane Choisez, Avocat à la Cour Ngo, Cohen, Amir Aslami & Associés	11
Les Garanties Procédurales devant l'ACP Xavier Périnne Avocat à la Cour, Affina Legal	15

Arbitrage international :
L'estoppel enfin défini en droit français.
A propos de l'arrêt de la Cour
de cassation du 3 février 2010
Alexandre Job, Juriste d'Entreprise,
& Jean-Georges Betto Associé
Arbitrage international, Hogan Lovells (Paris) LLP

19

Lloyd's et la gestion des sinistres
Guy-Antoine de La Rochefoucauld
LLOYD'S, Directeur pour la France

25

La SGAM, un groupement à géométrie variable
au service de la stratégie d'entreprise
Jérôme DA ROS
Alain CURTET

31

L'Afrique du Sud
Martin Judson
Reinsurance Consultant

37

Déjà plus d'un an de présidence à la tête de l'association !

Comme le temps passe vite !

Il faut reconnaître que nous n'avons pas eu beaucoup de temps mort.

La nécessité de donner un nouvel élan à l'activité a mobilisé de nombreuses énergies.

Il a fallu :

- aller à la rencontre des acteurs de la profession de tous niveaux,
- répondre aux questions, parfois naïves, de ceux qui découvraient la matière,
- argumenter et convaincre les plus sceptiques,
- en un mot, rappeler à tous que l'association existait, qu'elle avait un rôle utile pour la profession et que ses membres étaient prêts à rendre les services attendus.

Toutes ces actions se sont faites lors de conférences, participations à des congrès et salons professionnels ou rencontres en tête à tête avec des dirigeants d'entreprise.

Plus récemment, nous avons réaménagé notre site internet.

Le phénomène de curiosité suscité par cet événement, ne s'est pas limité au seul microcosme parisien. Nous avons enregistré des visites de toutes origines ; plusieurs en provenance d'Europe mais également des Etats Unis et du Japon.

Nous espérons que ce site sera un outil pratique de communication entre les différents acteurs du monde de l'assurance intéressés par la médiation et l'arbitrage.

Nous comptons, d'ailleurs, beaucoup sur la proactivité de ces acteurs qui pourront, à l'occasion, poster des articles, enrichir nos bases de données et permettre, par ce biais, de faire en sorte que la matière soit vivante et bien maîtrisée par tous.

A noter que loin d'être complètement à la « retraite », Michael Hagopian continue, dans cet esprit, à nous adresser des « brèves » toujours très intéressantes.

Plus récemment encore, nous avons créé un groupe « Cefarea » sur le site « linkedin » ouvert à l'ensemble des membres.

Cela pourrait devenir un forum au travers duquel les membres pourraient échanger leurs expériences.

Nous ne saurions trop vous recommander de vous y inscrire et d'y participer.

Après toutes ces actions, nous avons eu la satisfaction de constater qu'elles portaient leurs fruits :

- plusieurs adhésions ont été enregistrées dont certaines en provenance de personnalités prestigieuses,
- un certain nombre de dossiers de médiation et d'arbitrage nous ont été soumis, d'autres, plus nombreux, nous sont annoncés.

Je tiens à remercier ici tous ceux qui, tout au long de cette année, nous ont aidés, soutenus et encouragés dans l'accomplissement d'une tâche dont le résultat ne pourra être constaté que sur la durée.

*
* *

Dans ce numéro, les articles sont variés et d'une grande qualité.

- Bernard Mettetal et Vladimir Rostan d'Ancezune, avocats, ont décrit la difficulté qu'il y avait, tant en France que dans différents pays européens, à cerner les contours des clauses limitatives de responsabilité.
- Stéphane Choisez, avocat, met en lumière la nouvelle décision de la Cour de cassation sur le sujet, souvent débattu, qui est l'autonomie des clauses organisant le droit d'action.
- Xavier Périnne, avocat, nous donne les premières clés d'approche de l'ACP et les garanties qui existent sur le plan procédural.
- Alexandre Job, juriste d'entreprise et Jean-Georges Betto, avocat, commentent un récent arrêt de la Cour de cassation qui, enfin, définit l'estoppel en droit français.
- Guy Antoine de la Rochefoucauld, délégué du Lloyds en France, veut tordre le cou à certaines idées reçues et montre que le Lloyds paye bien ses sinistres.
- Jérôme Da Ros, avocat et Alain Curtet, juriste d'entreprise, développent comment La SGAM (Société de Groupe d'Assurance mutuelle) devient un outil au service de la stratégie des entreprises mutuelles.
- Enfin, Martin Judson, Reinsurance Consultant, qui, d'habitude, traque les difficultés de la langue anglaise pour un public français, s'est rendu compte, à l'occasion de la coupe du monde de football, que ce jeu, d'origine britannique, avait tellement bien été adopté par les français, que son vocabulaire ne comportait que très peu d'anglicisme.

Merci à tout un chacun pour sa contribution.

Tohu-bohu chez les clauses limitatives de responsabilité

Bernard Mettetal

&

Vladimir Rostan d'Ancezune

Voici près de 15 ans qu'observateurs et commentateurs sont tenus en haleine par cette incroyable épopée de la validité des clauses limitatives de responsabilité insérées dans les contrats de prestation de services ou de fournitures.

Tout a commencé par le retentissant arrêt Chronopost du 22 octobre 1996¹ suivant lequel la Cour de cassation a retenu qu'« *en raison du manquement à [une] obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputé non écrite* ». Un auteur a très justement souligné l'ambiguïté du principe ainsi posé, relevant que « *ce n'est pas le manquement à l'obligation essentielle qui a pour effet de réputer non écrite la clause, la clause étant ab initio réputée non écrite comme contredisant la portée de l'engagement pris* »².

Dans une succession de Décisions en 2005 et 2007³, la Cour de cassation a poursuivi sa chasse effrénée aux clauses limitatives de responsabilités, retenant que le simple fait que la clause limitative porte sur une obligation essentielle du contrat la réputait non écrite, quant bien même elle ne contredisait pas la portée de l'engagement.

C'était aller probablement trop loin dans le démantèlement des clauses limitatives de responsabilité par une automaticité de la sanction, laquelle est bien inadaptée, il faut le reconnaître.

Au terme de son arrêt du 29 juin 2010⁴, la Cour de cassation est revenue sur cette évolution en retenant maintenant que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

Comme le souligne très justement un auteur⁵, bien imprudent serait celui qui affirmerait que cet arrêt marque la fin de la passion qui s'est emparée de la Cour de cassation sur l'application des clauses limitatives de responsabilité.

Cet arrêt est, en revanche, très certainement l'occasion de discuter des changements opérés par cette jurisprudence quant à l'application des clauses limitatives de responsabilité et de les mettre en perspective avec la position du droit de certains des États voisins et notamment au regard de la volumineuse décision qu'a rendu la High Court de Londres le 26 janvier 2010⁶.

I. De l'excès à la raison dans l'application en droit français des clauses limitatives de responsabilités

Ensuite de l'arrêt Chronopost en 1996, la Cour de cassation a semé le trouble provoqué par ses arrêts Faurecia I et Extand (A), avant de revenir à une certaine raison avec l'arrêt Faurecia II (B) du 29 juin 2010.

A. Le trouble provoqué par les arrêts Faurecia I et Extand

Dans le prolongement de son « retentissime » arrêt Chronopost du 22 octobre 1996, rendu au visa de l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation a cru devoir aller encore plus loin dans l'éradication des clauses limitatives de responsabilités.

Dans son arrêt du 22 avril 2005⁷, la Cour de cassation a affirmé qu'une « *clause limitant le montant*

de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat ».

Dans l'arrêt Faurecia I, la Cour retenait qu'« *un manquement à une obligation essentielle [est] de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* ». Dans un sens similaire, la Cour de cassation a sanctionné une clause limitative dans son arrêt Extand⁸.

Il y avait dès lors un certain automatisme à l'échec de l'application de la clause limitative de responsabilité dès qu'elle aménageait les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle sans, cependant, que soit prise en considération la portée de l'engagement du débiteur de l'obligation.

Si cette nouvelle règle bouleversait le paysage des clauses limitatives de responsabilité, assurément, elle anéantissait le champ des clauses élusives de responsabilité.

B. L'arrêt Faurecia II, un retour à une certaine raison

Prenant certainement conscience du caractère excessif de sa position lors de l'application uniforme de la nouvelle règle ainsi découverte par les arrêts de 2005 et 2007, la Cour de cassation est venue poser une condition à l'anéantissement systématique des clauses organisant contractuellement la réparation du créancier. C'est ainsi que dans un arrêt EDF du 18 décembre 2007⁹, la Cour de cassation, si elle reprend le critère de la contrariété avec une obligation essentielle, retient également que l'effet de cette clause ne doit pas annihiler la portée de l'engagement contractuel du débiteur de l'obligation.

Cet arrêt sonnait enfin le retour à plus de retenue.

Il a fallu attendre le 29 juin 2010¹⁰ pour que la Cour de cassation retienne que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » et revienne ainsi à sa position issue de l'arrêt Chronopost de 1996.

S'agit-il d'un arrêt de revirement ? Certainement pas. L'arrêt Faurecia II vient ici réparer des errements de la Cour de cassation, certainement trop influencée par des situations particulières, en rappelant le dogme de l'autonomie de la volonté et le caractère primordial de la portée de l'obligation.

Ce qui était en effet choquant dans les décisions postérieures à l'arrêt Chronopost était la négation automatique de l'autonomie de la volonté.

Rappelons que depuis le décret du 18 mars 2009¹¹, les clauses limitatives et élusives de responsabilité ont été ostracisées des contrats de consommation. Aussi, si l'effet destructeur de l'arrêt Chronopost et les effets dévastateurs des arrêts de 2005 et 2007 sur les clauses limitatives de responsabilité pouvaient apparaître comme salutaire dans la perspective d'une application en droit de la consommation, de tels effets dans les rapports entre professionnels aguerris n'étaient pas souhaitables. Dans un tel contexte, la clause limitative de responsabilité est le fruit d'une négociation minutieuse et a son reflet dans le prix convenu pour la fourniture ou la prestation de services. Exclure l'application d'une telle clause risque de dénaturer le contrat.

II. Prospection d'un futur incertain

Le droit français de la responsabilité s'intègre maintenant dans un espace plus vaste et il est intéressant d'observer l'accueil qui est réservé aux clauses limitatives de responsabilité dans d'autres droits d'Etats européens (A).

En outre, *de lege feranda*, se pose la question de l'inclusion du principe résultant de l'arrêt de Faurecia II dans notre droit positif (B).

A. L'accueil des clauses limitatives de responsabilité dans d'autres droits d'Etats européens

Les droits des Etats européens voisins retiennent également l'hypothèse d'un échec à la mise en œuvre d'une clause limitative de responsabilité en cas de manquement grave aux obligations contractuelles.

C'est ainsi que les droits belge et allemand refusent toute application à de telles clauses dans l'hypothèse d'une inexécution à une obligation essentielle.

Si la gravité du manquement s'analyse en un dol ou en une faute lourde, grave ou intentionnelle, les droits belge, espagnol, italien et allemand refusent qu'il soit fait application de la clause considérée.

Enfin, si la clause est manifestement déraisonnable ou disproportionnée, les droits belge et allemand en écartent l'application.

Par ailleurs, tout récemment, la High Court de Londres a rendu un arrêt remarquable le 26 janvier 2010¹² en matière d'application d'une clause limitative de réparation.

Le contrat litigieux contenait à la fois une clause limitative de responsabilité et une clause dite « *Entire Agreement* » qui précisait que le contrat se substituait à toute discussion et échange de documents antérieurs.

Le point était de savoir si la clause limitative de responsabilité pouvait trouver à jouer alors que les déclarations inexacts alléguées étaient antérieures à la conclusion du contrat et tombaient donc sous le coup de l'« *Entire Agreement* ».

Dans sa décision, la High Court retient que la clause limitative de responsabilité cède en cas de fraude.

En droit britannique, la fraude consiste en l'allégation inexacte, faite en connaissance de cause ou sans que l'auteur de l'allégation ne croit en son exactitude ou encore avec une négligence inexcusable, étant précisé que la simple négligence n'est pas suffisante si cette négligence est de bonne foi¹³. Enfin, le droit anglais ne retient pas l'incompétence comme une fraude.

Mutatis mutandis, nous sommes ici proche des confins du dol du droit français qui assurément est de nature également à faire tomber l'application d'une clause limitative de responsabilité.

Comme le souligne fort justement un auteur, « *on ne peut pas se prévaloir d'un contrat auquel on a gravement manqué* »¹⁴.

B. *De lege feranda*, l'inclusion du principe résultant de l'arrêt Faurecia II dans notre droit

Suivant le texte issu du projet de réforme du droit des contrats, le principe redécouvert par la Cour de cassation dans l'arrêt Faurecia II préfigure de ce que pourrait devenir notre droit positif.

En effet, l'Article 87 du projet Catala¹⁵ retient que « *la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite* ».

C'est dans ce contexte qu'est envisagée la rédaction d'un article 1382-2 alinéa 1^{er} suivant lequel « *un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son cocontractant par une faute dolosive lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles* ».

Ainsi, le retour à plus de prudence par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 juin 2010, en redonnant aux clauses limitatives de responsabilité le statut qu'elles avaient par l'arrêt Chronopost de 1996, laisserait à penser que la haute juridiction anticipe déjà une modification du droit de la responsabilité dans le sens du projet d'article précité.

Subsiste malgré tout une difficulté que le praticien puis le juge devra résoudre. L'obligation essentielle qui ne se confond pas avec la prestation caractéristique a des contours quelque peu troubles¹⁶.

On serait tenté de céder à l'appel des sirènes de l'article 1131 du Code civil et de rattacher le raisonnement au pilier de la cause.

L'identification de l'obligation essentielle impose de déterminer ce qui est effectivement entré dans le champ contractuel¹⁷. Ainsi, une analyse *in abstracto* est exclue et c'est bel et bien à une analyse *in concreto* que le juge devra s'adonner.

Dans l'hypothèse de l'appréciation de la validité d'une clause limitative de responsabilité, le prisme de l'analyse *in concreto* paraît par ailleurs plus adaptée pour apprécier l'équilibre contractuel et économique.

Soulignons que dans son arrêt Faurecia du 29 juin 2010, la Cour de cassation retient d'ailleurs que « *la clause limitative de réparation, telle qu'elle a été librement négociée et acceptée par la société Faurecia, n'a pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation, mais seulement de fixer un plafond d'indemnisation qui n'est pas dérisoire, puisque égal au montant du prix payé par le client au titre du contrat de licences ; qu'en accord entre les parties, il a été expressément stipulé que les prix convenus reflétaient la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résulte* ».

La Cour de cassation a donc considéré qu'en refusant de faire application de la clause limitative de responsabilité, elle risquait de rendre une décision qui, au cas d'espèce, romprait l'équilibre contractuel et économique.

L'analyse *in concreto* à laquelle le juge devra donc procéder permettra de faire jaillir par la préservation de l'équilibre contractuel et économique du contrat sa cause.

Saluons ce retour à une position équilibrée de la Cour de cassation par laquelle les juges du fond seront appelés à jouer aux équilibristes.

1 Cass, Com, 22 octobre 1996, Bull n° 261

2 GRIMALDI, Cyril, *Précisions sur les conditions de validité des clauses de responsabilité*, Droit de la responsabilité, Petites Affiches, n°178-179, pp. 7 à 11

3 Cass. Ch mixte, 22 avril 2005, Bull civ. 2005, n°4 ; Cass, Com, 13 février 2007, Faurecia, Bull civ n°43 ; Cass, com, 5 juin 2007, Bull civ 2007, n°157

4 Cass, Com, 29 juin 2010, Faurecia, JCP G 2010, 787

5 MAZAUD Denis, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, Recueil Dalloz 2010, pp 1832-1837

6 BSKyB Limited v. HP Enterprise Services UK Limited, QB, case HT-06-0311, [2010] EWHC 86 (TCC)

7 Cass. Ch mixte, 22 avril 2005, Bull civ. 2005, n°4

8 Cass, com, 5 juin 2007, Bull civ 2007, n°157

9 Cass, com, 18 juin 2007, Bull civ 2007, n°265

10 Cass, com, 29 juin 2010, Faurecia, JCP G 2010, 787

11 Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, JORF n°0067 du 20 mars 2009 page 5030

12 BSKyB Limited v. HP Enterprise Services UK Limited, QB, case HT-06-0311, [2010] EWHC 86 (TCC)

13 Derry v. Peek (1889) 14 App. Cas 337 (HL) per Lord Herschell

14 MAZAUD Denis, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, Recueil Dalloz 2010, p.1834

15 Rapport Catala : *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. Fr., p187

16 DAILLE-DUCLOS Brigitte, *Clauses limitatives de responsabilité – un nouvel avenir ?*, La Semaine juridique Entreprises et Affaires, n°38, 23 septembre 2010

17 GAVANON Isabelle, *Validité des clauses limitatives de responsabilité et la salutaire nécessité d'un équilibre contractuel contrôlé par les juges*, La Semaine juridique Entreprises et Affaires, n°24, 17 juin 2010

Vers une théorie de l'autonomie des clauses organisant le droit d'action ?

Stéphane Choisez

Certaines révolutions sont silencieuses.

En décidant qu'une clause attributive de compétence « *en raison de son autonomie par rapport à la convention principale, dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte* », la Cour de cassation dans son arrêt du 8 juillet 2010 (n°07-17788) ne se contente pas d'un emprunt au droit de l'arbitrage, voir d'un hommage à l'autonomie de la clause compromissoire (voir R. PERROT in Procédures, Octobre 2010, comm. 336).

La Cour va bien au delà du fait de savoir – comme c'était le cas en l'espèce - s'il était possible de se prévaloir d'une clause attributive de compétence lorsque le contrat est argué de nullité, et ouvre la voie à généralisation du principe d'autonomie des clauses qui organisent le litige, ou plus exactement des clauses qui organisent le droit d'action.

Rappelons que l'autonomie de la clause compromissoire ne s'est inscrite que récemment dans notre droit positif, tout d'abord en matière d'arbitrage international en suite de l'arrêt Gosset (Civ. 1^{ère} 7 mai 1963 Bull. Civ. 1963, I, n°246 disposant que « *en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ») puis en arbitrage interne, au travers d'une longue série d'arrêts (Civ. 2^{ème} du 4 octobre 2002, Dalloz 2002, p. 1402 ; Civ. 1^{ère} du 11 juillet 2006, JCP G, II, 10182 ; Com. du 25 novembre 2008, Dalloz 2008, p. 3091).

Si le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui le contient à fait l'objet de quelques critiques (voir P MAYER « *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire* » in Revue de l'Arbitrage 1998, p. 359, qui rappelle que « *la clause compromissoire serait inconcevable en l'absence du reste du contrat* »), la doctrine majoritaire a validé cette autonomie, non pas au nom d'une irrésistible efficacité dont serait irrigué le droit international privé comme il est fréquemment soutenu, mais au motif de la différence au sein même du contrat entre le droit substantiel et le droit d'action (voir E. LOQUIN « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* » in Les Cahiers de l'Arbitrage, vol 2).

Juridiquement la formule retenue par la Jurisprudence est de poser que la clause compromissoire est l'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit principal.

Pratiquement cela signifie qu'il convient d'opérer une distinction entre les droits substantiels nés du contrat (transmission de la chose, versement du prix, garantie...) et le droit d'action qui dérive de ces droits substantiels (solliciter la résiliation, l'exécution forcée...), dont la clause compromissoire ne serait qu'une modalité d'organisation.

Si l'on suit cette analyse, alors, sur le plan théorique, le droit d'action peut parfaitement survivre à la nullité ou à l'inexistence du contrat (Civ. 1^{ère} du 25 octobre 2005, Revue de l'Arbitrage 2006, p. 103, même si dans cet arrêt la Cour procède par amalgame avec le principe compétence-compétence), à sa résiliation (Com. du 12 novembre 1968, Revue de l'Arbitrage 1969, p. 59) voir à sa caducité (Paris 9 septembre 2004, Les Cahiers de l'Arbitrage, vol. 3, p. 347).

Autrement dit, chaque convention est un rapport, le plus souvent synallagmatique, de droits et d'obligations, créateur d'un droit d'action, qui peut parfaitement ne pas être exercé, mais dont l'incontestable existence peut être aménagée par le recours à la juridiction arbitrale.

La formule selon laquelle la clause compromissoire est accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel prend alors tout son sens, la clause compromissoire existant de façon autonome, car naissant du droit d'action, qui lui-même suppose un rapport contractuel pour apparaître.

Ce rappel permet d'expliciter aisément les termes de l'arrêt du 8 juillet 2010, qui, sans reprendre les termes de droit d'action et de droit substantiel, importe ces règles dans un domaine où on ne les attendait pas nécessairement si vite (même si la Cour aurait gagné à les évoquer plus directement ; voir l'article de référence de C. GOLHEN « *L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction* » in Procédures, Mai 2008, étude n°5, qui écrit fort justement que « aucune raison propre à l'arbitrage n'explique que les clauses attributives de juridiction ne soient pas soumises au même régime que les clauses compromissoires sur ce point »)

La clause attributive de compétence, parce qu'elle organise l'action née du contrat et de ses droits substantiels – en désignant la juridiction nécessairement compétente – est bien une modalité d'exercice du droit d'action, accessoire du droit fondamental.

Dès lors, *ceteris paribus*, il est logique sur le plan conceptuel qu'elle acquière elle aussi une autonomie qui la mette à l'abri des plaideurs tacticiens.

Un autre indice caractérisant la mise en place d'une théorie générale de l'autonomie du droit d'action peut être déduite de la jurisprudence rendue sur les clauses de conciliation préalable.

On sait que la Cour de cassation attache une importance croissante à l'effectivité des clauses de conciliation, au point de faire de leur respect une fin de non-recevoir (Chambre Mixte du 14 février 2003, JCP E 2004, p. 465, Com. du 22 février 2005, n° 02-11519) pourvu que l'on soit bien en présence d'une véritable clause organisant une phase de conciliation préalable au contentieux – ce que qu'on qualifie de « multistep clause » postulant clairement que le recours au contentieux est subsidiaire – et non pas dans un simple catalogue de bonne volonté prévoyant une simple « consultation » entre les parties (Civ. 1^{ère} du 6 février 2007, n° 05-17573).

La Cour de cassation, dans un arrêt récent de la Chambre commerciale du 15 juin 2010 (n° 09-16323), en matière de conflit entre associés d'une société civile, vient encore d'affirmer qu'une clause statutaire de conciliation préalable interdit de saisir directement le juge, et que toute action en justice contrevenant à ce type de clause statutaire constitue bien une fin de non recevoir.

De même, en matière de clause de médiation, la Cour de cassation (Civ. 1^{ère} du 8 avril 2009 n° 08-10866) applique une fin de non recevoir à une action introduite en méconnaissance de la clause de médiation (et ce alors même que la validité de la clause était discutable – voir le commentaire de O. CUPERLIER sous l'arrêt in JCP G n° 26, 22 juin 2009, 43).

Car, sur le plan de l'autonomie, postuler que la conciliation ou la médiation est un préalable obligatoire, rejoint l'idée que le droit d'action a bien été organisé par les parties, afin de soustraire, même de façon temporaire, le litige à l'ordre judiciaire.

Le fait que la Cour de cassation retienne la théorie de l'autonomie du droit d'action montre à quel point notre droit interne processuel, marqué par son parti pris régalién, est en train de changer, pourvu que soient respectés les principes fondateurs d'accès à la justice et d'effectivité du recours.

On rejoint l'idée développée par l'arrêt de la CJUE du 18 mars 2010 (aff. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 – voir le commentaire de C. NOURISSAT in Procédures, Mai 2010, comm. 179) selon laquelle les Etats Membres ne se voient pas interdire par principe dans certains domaines (ici il s'agissait de la directive « service universel ») l'instauration d'une procédure de conciliation obligatoire, condition de recevabilité d'un recours juridictionnel, pourvu que soient respectés « *les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective* ».

Cette cohérence globale qui se dessine en matière de modes alternatifs de règlement de litiges passera très vraisemblablement par une généralisation du principe d'autonomie, instrument théorique fondateur pour affirmer l'efficacité des clauses organisant l'action, quelque soit la forme qu'elle prendra.

On ne peut que se féliciter qu'une telle révolution se déroule si paisiblement.

Les garanties procédurales devant l'ACP

Xavier Périnne

L'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément, de contrôle de la banque et de l'assurance, et instaurant l'Autorité de Contrôle Prudentiel (« ACP ») a introduit de nouvelles garanties procédurales afin de se conformer aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour, dans un arrêt du 9 juillet 2009 (Aff. Dubus SA c/ France), a retenu que la procédure devant la Commission bancaire était contraire aux droits de la défense (article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme) dès lors que le même organe collégial décidant de la mise en accusation et de la notification des griefs disposait également d'un pouvoir d'enquête, de recommandation et de sanction.

Les garanties procédurales introduites renforcent la distinction entre les différents organes chargés du contrôle; au secrétaire général est dévolu le pouvoir d'organiser les contrôles sur pièces et sur place (1./), au collège celui de prendre les mesures de police administrative et de décider de l'ouverture d'une procédure disciplinaire (2./) et enfin à la commission des sanctions de prononcer celles-ci (3./).

GARANTIES DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE CONTRÔLE

Convocation et auditions

Au visa de l'article L. 612-24 al 4 du Code monétaire et financier (« CMF »), « le secrétaire général de l'Autorité peut convoquer et entendre toute personne soumise à son contrôle ou dont l'audition est nécessaire à l'exercice de sa mission de contrôle. » En l'absence de précision quant aux personnes susceptibles de faire l'objet d'une convocation et être entendues par le secrétaire général, ces dernières devaient être appréciées comme étant toutes les personnes soumises au contrôle de l'Autorité aux termes des articles L. 612-2 du CMF (établissements, personnes, entreprises et mutuelles relevant du secteur bancaire et du secteur des assurances). Cependant, dans ce périmètre, seules les personnes dont l'audition est nécessaire à l'exercice de sa mission de contrôle devraient être concernées. Aussi, la capacité d'audition du secrétaire général est excessivement large. Sur le fondement des articles R. 612-9 et R. 612-27 du CMF, la convocation doit être adressée à l'intéressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, remise en main propre contre récépissé, acte d'huissier ou tout autre moyen permettant de s'assurer de la date de sa réception et ce, huit jours au moins avant la date de convocation, et rappeler à la personne convoquée son droit à se faire assister par des personnes de son choix (avocat ou salariés de la personne contrôlée). Ce mode de convocation et de délai est censé permettre à la personne convoquée de préparer son audition.

Rapport de contrôle

Le projet de rapport de contrôle est « porté à la connaissance des dirigeants de la personne contrôlée, qui peuvent faire part de leurs observations, dont il est fait état dans le rapport définitif » (L. 612-27 du CMF). Le contenu du rapport définitif de contrôle est ainsi arrêté sur le fondement

du respect du principe du contradictoire. Le régime de l'article L. 612-27 du CMF laisse cependant une large latitude à l'autorité de contrôle qui est simplement tenue de faire « état » des observations de la personne contrôlée. Dans le cadre des contrôles antérieurs, l'ACAM se limitait à reprendre de manière très synthétique les observations formulées. Il était le plus souvent fait simplement état de la position développée. Nous sommes d'avis que seul une reprise de l'intégralité des analyses juridiques et fiscales souvent complexes est de nature à assurer véritablement le respect du principe du contradictoire. Aussi, ces nouvelles dispositions ne constituent pas une véritable avancée par rapport aux pratiques antérieures.

Modalités et conditions du contrôle sur place

Il convient de constater qu'il n'existe aucune règle quant aux conditions et modalités tenant à l'organisation du contrôle sur place par les équipes chargées du contrôle. Or et en pratique, cette phase initiale du contrôle est essentielle. En effet, c'est à l'occasion de ce contrôle sur place que les membres du corps de contrôle collationnent les informations (sur la base en particulier des déclarations des personnes auditionnées et des documents recueillis). Nous sommes d'avis que, sur le fondement du respect du principe du contradictoire qui gouverne la procédure de contrôle, les personnes contrôlées devraient être en mesure de (i) solliciter des délais suffisants nécessaires à l'organisation de ce contrôle sur place, (ii) pouvoir disposer de la liste des documents dont la copie a été sollicitée, (iii) ainsi que de la liste des personnes auditionnées par les membres de l'équipe de contrôle. Les personnes contrôlées doivent être particulièrement vigilantes à l'organisation matérielle du contrôle sur place. En effet, les délais consentis dans les phases ultérieures du contrôle sont particulièrement courts. Aussi, il est impérieux que la personne contrôlée puisse à ce stade très liminaire connaître avec précision le champ des informations collectées par les membres du corps de contrôle.

GARANTIES DANS LE PRONONCÉ DE MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE

Il convient de distinguer deux types de mesures de police administrative applicables à la personne mise en cause, (i) les mesures dites « administratives » (L. 612-30 à L. 612-32 du CMF) et « administratives conservatoires » (L. 612-33 et L. 612-34 du CMF).

Information préalable obligatoire de la personne concernée avant le prononcé de toute mesure de police administrative

De manière générale, lorsqu'une formation du collège envisage de prendre une quelconque mesure de police administrative, le collège doit au préalable porter « à la connaissance de la personne en cause les mesures envisagées et les motifs qui lui paraissent susceptibles de justifier de telles mesures » (R. 612-34 I 1° CMF). L'information préalable ainsi apportée à la personne en cause vise à lui permettre de préparer sa défense en ayant connaissance des éléments retenus contre elle et de la mesure susceptible d'être prise à son encontre par l'autorité de contrôle.

Principe d'une procédure contradictoire préalable au prononcé de mesures de police administrative

Au visa de l'article L. 612-35 du CMF, « L'Autorité de contrôle prudentiel décide des mesures prévues aux articles de la présente section au terme d'une procédure contradictoire. » Ce caractère contradictoire est satisfait par (i) l'octroi d'un délai de cinq jours ouvrés accordé à la personne mise en cause et à son représentant lorsqu'une mesure de police administrative conservatoire est envisagée pour faire connaître ses observations, (ii) le formalisme de l'information adressée à la personne mise en cause, une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, remise en main propre contre récépissé, acte d'huissier ou tout autre moyen permettant de s'assurer de la date de sa réception, information précisant la faculté de la personne de se faire assister ou représenter par des personnes de son choix, (iii) la faculté de formuler des observations par la personne mise en cause.

Exception apportée au principe du contradictoire dans le prononcé des mesures de police administratives conservatoires

« Lorsque des circonstances particulières d'urgence le justifient, l'Autorité de contrôle prudentiel peut, à titre provisoire, ordonner sans procédure contradictoire des mesures conservatoires (...) commandées par l'urgence. » (L. 612-35 al. 2 du CMF) Cette procédure se rapproche de la procédure des référés de droit commun prévue aux articles 848 et 872 du Code de procédure civile aux termes desquels « dans tous les cas d'urgence » il est possible « d'ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. » Cette exception au caractère contradictoire de la procédure, tirée de la nécessité tenant au prononcé de mesures de police administrative conservatoires, est rééquilibrée ultérieurement par le fait qu'une fois ces mesures adoptées, l'autorité se doit sans délai d'engager une procédure contradictoire identique à celle qui aurait dû précéder l'adoption des mesures de police administrative conservatoires, le tout afin de lever, d'adapter ou de confirmer ces mesures.

GARANTIES DE LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE DEVANT L'AUTORITÉ

Notification des griefs visant à assurer l'effectivité des droits de la défense dès l'ouverture d'une procédure de sanction

« Lorsque l'une des formations du collège décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son président notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions. » (ancienne disposition de l'article L. 612-38 al. 1^{er} du CMF). La notification des griefs lors de l'ouverture d'une procédure disciplinaire permet d'assurer l'effectivité des droits de la défense de la personne mise en cause, et ce, dès l'ouverture de cette procédure. La personne mise en cause dispose d'un délai d'au moins 15 jours à compter de la réception de la notification pour transmettre au président de la commission des sanctions ses observations écrites sur les griefs qui lui ont été notifiés. Elle peut également prendre copie des pièces du dossier et se faire assister ou représenter par tout conseil de son choix. La loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, applicable à compter du 22 janvier 2011 a modifié l'article L. 612-38 al. 1 du CMF en faisant désormais référence à l'article L. 612-27. Cette modification a pour conséquence que la notification sera portée également à la connaissance des dirigeants de la personne contrôlée, qui pourront faire part de leurs observations, dont il devrait être fait état dans le rapport définitif.

Procédure disciplinaire contradictoire devant la commission des sanctions

Le caractère contradictoire de la procédure de sanction devant la commission des sanctions n'est assortie d'aucune exception. Il est imposé à la commission des sanctions de veiller elle-même au respect de ce principe pendant la phase de sanction (L. 612-38 al. 2 du CMF). Cette exigence se matérialise dans le droit de la personne en cause de (i) se faire assister ou représenter par le conseil de son choix, (ii) disposer d'un délai minimal de 20 jours ouvrés entre l'envoi de la lettre de notification des griefs et sa convocation devant la commission des sanctions pour préparer sa défense, (iii) prendre (directement ou son conseil), comme en matière de procédure pénale, la parole en dernier lors de l'audience devant la commission des sanctions.

Procédure envers les dirigeants

La procédure de sanction qui est engagée à l'encontre de la personne mise en cause peut conduire à l'application de sanctions à l'encontre d'un ou de plusieurs de ses dirigeants par la commission des sanctions. La commission des sanctions peut ainsi prononcer une suspension temporaire ou la démission d'office d'un ou de plusieurs dirigeants lorsque l'entreprise n'aura pas tenu compte d'une mise en garde ou déferé à une mise en demeure (L. 612-39 du CMF). A l'encontre des dirigeants d'une personne exerçant à quelque titre que ce soit une opération d'intermédiation

en assurance ou réassurance ayant enfreint une disposition du CMF, la commission des sanctions peut prononcer des sanctions allant du simple avertissement à l'interdiction de pratiquer l'intermédiation (L. 612-41 du CMF).

Lorsque la procédure de sanction engagée est susceptible de conduire à l'application de l'une des sanctions envisagées à l'article L. 612-39 du CMF à l'encontre d'un ou de plusieurs dirigeants, les garanties procédurales tenant à la notification des griefs et au caractère contradictoire de la procédure disciplinaire qui s'appliquent à la personne morale mise en cause, s'étendent au(x) dirigeant(s) mis en cause. C'est la raison pour laquelle l'article L. 612-41 du CMF exige que la notification des griefs précise les éléments qui sont susceptibles de fonder la responsabilité directe et personnelle des dirigeants dans les manquements ou infractions en cause.

Garanties spécifiques de huis clos

L'article R. 612-47 du CMF dispose que « *la personne mise en cause peut demander que l'audience ne soit pas publique* ». Interprété à *contrario*, cette disposition sous-tend que les débats devant la commission des sanctions sont ouverts au public. L'article R. 612-47 du CMF rejoint ainsi le principe général de la publicité des débats posé tant au niveau communautaire (article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme) qu'aux niveaux constitutionnel (article 10 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789) et législatif (article 22 du Code de procédure civile). Néanmoins, « *lorsque la protection des secrets d'affaires ou de tout autre secret protégé par la loi l'exige* », le huis clos pourra être accordé. Compte tenu de la nature des problématiques et des enjeux financiers susceptibles de pouvoir en résulter pour les personnes mises en cause, il est recommandé de solliciter ce huis clos avant l'audience, le tout en justifiant de son caractère impérieux.

Garantie spécifique de récusation

La personne mise en cause dispose de la faculté de solliciter la récusation d'un membre de la commission des sanctions « *s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre*. » (L. 612-38 al. 5 du CMF). Afin d'assurer cette prérogative, la convocation mentionne obligatoirement la composition des membres de la commission des sanctions. Cette garantie n'est qu'une application de l'article 341 du Code de procédure civile qui prévoit l'exigence d'impartialité du juge civil et les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime. Il convient de relever qu'à la différence de l'article 341 du Code de procédure civile qui liste les cas de récusation, le principe posé à l'article L. 612-38 al. 5 du CMF n'est pas entouré par de telles conditions. Cependant, la demande de récusation, pour être reçue, devra remplir certaines exigences; elle devra à peine d'irrecevabilité (i) être formée dans les huit jours ouvrés à compter de la réception de la lettre de convocation qui informe de la composition de la commission des sanctions, ou au plus tard avant la fin de l'audience si le motif de récusation n'a pas pu être connu avant, (ii) indiquer avec les pièces propres à le justifier, (iii) le motif de récusation. Lorsque le membre dont la récusation est demandée s'y oppose, une série de dispositions permettent la garantie des droits procéduraux du demandeur: (i) l'absence du membre lors de l'examen de cette demande, (ii) la convocation du demandeur à la récusation, (iii) la faculté pour ce dernier de présenter des observations orales et de se faire représenter ou assister par le conseil de son choix.

Garantie d'un recours devant le Conseil d'État

La décision de la commission des sanctions peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État par les personnes sanctionnées et par le président de l'autorité, après accord de la formation du collège à l'origine de la notification des griefs, et ce, dans un délai de deux mois suivant cette notification (L. 612-16 IV du CMF). Il convient de relever que la décision de la commission statuant sur la demande de récusation ne peut donner lieu à recours qu'avec la décision statuant sur les griefs (R. 612-45 du CMF).

Arbitrage international : L'estoppel enfin défini en droit français

Alexandre Job¹

&

Jean-Georges Betto

A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2010

Le principe de l'*estoppel* également connu sous le nom de principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (*non concedit venire contra factum proprium*²), vise à sanctionner une partie qui, par son comportement contradictoire, a trompé la confiance légitime de son adversaire³. Inspiré de l'obligation de loyauté et de bonne foi, le principe de l'*estoppel* vise ainsi à la « moralisation des comportements processuels⁴».

Consacré au rang de principe général du droit du commerce international⁵, l'*estoppel* est un concept aux multiples facettes dont le rayonnement dans le commerce international et la pratique arbitrale l'a conduit à dépasser les frontières de différents ordres juridiques : droits anglais⁶, américain et australien pour les pays de *common law* et droits allemand et espagnol pour les systèmes de droit civil⁷.

Le principe de l'*estoppel* a été consacré en droit français par la Cour de cassation. C'est dans le domaine de l'arbitrage, par un arrêt de la première chambre civile de 2005 que la Cour de cassation a introduit le concept de l'*estoppel* dans l'ordre juridique français (Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, Bull. civ. I, n° 302)⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que le demandeur à l'arbitrage ne pouvait solliciter, sans se contredire, l'annulation de la sentence au motif que les arbitres auraient statué sans convention d'arbitrage. La loyauté procédurale justifie l'idée selon laquelle on ne peut se contredire au détriment d'autrui et prive le demandeur à l'arbitrage de la possibilité de se contredire en contestant l'existence de la convention d'arbitrage sur laquelle il s'est lui-même fondé pour initier l'arbitrage. Un autre arrêt de la Cour de cassation, statuant en assemblée plénière, est venu, par la suite, étendre l'application du principe d'*estoppel* à la procédure civile, tout en précisant que la Cour de cassation se réservait le droit d'en contrôler les conditions d'application (Cass. ass. plén., 27 février 2009, pourvoi n° 07-19.481)⁹. Il ne restait plus qu'à définir le principe et à en préciser les conditions de son application, ce qui est à présent chose faite.

La première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 février 2010, a défini pour la première fois la notion d'*estoppel* en droit français dans les termes suivants : « le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un

estoppel, et, d'autre part, que l'absence de contestation par la société Merial de la recevabilité de la demande reconventionnelle de la société Klocke entre l'ordonnance du 12 avril 2006 et le procès d'audience du 12 mai 2006 n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation (...) » (Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, Merial c/ Klocke *Verspackung*, pourvoi n°08-21.288)¹⁰.

Dans son arrêt précité, la Cour de cassation a, d'une part, consacré la définition de l'*estoppel* en droit français (I), et d'autre part, confirmé l'autonomie du principe de l'*estoppel* vis-à-vis de la renonciation à l'exercice des voies de recours (II).

I. En affirmant qu'est constitutif d'un *estoppel* « *un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions*, la Cour de cassation est venue préciser, pour la première fois, les conditions de sa mise en œuvre. Pour la Cour de cassation, l'*estoppel* suppose (i) un changement de position en droit d'une partie et (ii) la prise en considération de ce comportement procédural par l'autre partie de nature à l'induire en erreur sur ses intentions.

Le message est donc clair pour les juges du fond devant lesquels l'*estoppel* est de plus en plus fréquemment invoqué, au-delà même de la matière de l'arbitrage¹¹.

Il ne faut toutefois pas oublier que la sanction de l'*estoppel* - la fin de non-recevoir - est radicale pour le plaideur malheureux. Le mécanisme de l'*estoppel*, comme toute irrecevabilité, prive en effet le demandeur de l'accès au juge. Une interprétation trop large de ce principe pourrait ainsi conduire à une violation des droits de la défense. Toutefois, la consécration de ce principe par la Cour de cassation ne doit pas conduire à paralyser la liberté de la défense, et encore moins à bloquer toute initiative de la partie qui entend faire évoluer sa position en fonction des circonstances ou de l'évolution du litige.

En contrepartie, la loyauté procédurale qu'apporte l'*estoppel* dans la conduite du procès ne doit pas conduire à une déloyauté dans son utilisation. Il est donc indispensable de circonscrire le risque que ce principe soit invoqué à mauvais escient ou à des fins purement dilatoires pour contrer toute évolution dans l'argumentation de l'autre partie, ce qui serait contreproductif, source d'incidents multiples, et surtout contraire à l'effet recherché par la consécration du principe de l'*estoppel*.

C'est indiscutablement une des raisons pour laquelle la Haute juridiction, statuant en assemblée plénière, s'est expressément réservée, dans son arrêt du 27 février 2009¹², le droit de contrôler les conditions de son application : « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* »¹³.

II. En affirmant d'une part, que l'*estoppel* ne pouvait être invoqué en l'absence de contradiction dans le comportement procédural du demandeur, et d'autre part, que l'absence de réitération de réserve après l'ordonnance de procédure ne signifiait pas que le demandeur avait renoncé à se prévaloir de cette irrecevabilité au stade de l'annulation de la sentence, l'arrêt susmentionné de la Cour de cassation du 3 février 2010 consacre l'autonomie du principe de l'*estoppel* vis-à-vis de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure.

Précédemment, dans un arrêt où elle avait qualifié le comportement procédural du demandeur tant d'*estoppel* que de renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure, la Cour de cassation a précisé que ces deux notions ne se recoupaient pas nécessairement et ce, même si leurs domaines d'application « *peuvent, dans certains cas, être identiques* »¹⁴.

Le principe de l'*estoppel* et la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure sont donc des mécanismes distincts susceptibles d'application commune. On ne peut toutefois regretter le fait que les hauts magistrats aient omis de préciser, à ce jour, les critères de différenciation entre ces deux mécanismes.

Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence, certains faits peuvent être qualifiés à la fois de renonciation et d'*estoppel* (Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *Golshani c/ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, Bull civ I, n° 302¹⁵ ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *Jean Lion*, pourvoi n°08-10.281) ou encore être considérés comme n'entrant dans aucune de ces deux catégories (Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, *Merial c/ Klocke Verspackung*, pourvoi n°08-21.288), voir ne s'apparentant qu'à l'une d'entre elles sans discuter de l'autre (Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 pourvoi n°08-10.281). Par conséquent, il reste à attendre une jurisprudence qui sanctionnerait un comportement constitutif d'un *estoppel* sans qu'il y ait une renonciation ou, à l'inverse, une renonciation qui ne serait pas constitutive d'*estoppel* et qui préciserait alors les critères de distinction entre ces deux notions.

La doctrine admet que la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure, à la différence de l'*estoppel*, sanctionne le comportement unilatéral d'une partie sans considération d'une éventuelle prise en compte de ce comportement par l'autre partie¹⁶. A l'inverse, parce qu'il tend à protéger la confiance légitime de la partie victime des contradictions de la partie adverse, l'*estoppel* nécessite l'analyse du comportement des deux parties¹⁷. Ceci permet de distinguer deux mécanismes, susceptibles d'application commune et qui sont tous les deux sanctionnés par l'irrecevabilité du moyen soulevé.

A n'en pas douter cette nouvelle institution du droit français que constitue l'*estoppel* a un grand avenir devant elle comme outil premier de régulation et de moralisation du contentieux, à tout le moins en matière de contentieux civil et commercial¹⁸.

La première chambre civile a d'ores et déjà montré à diverses reprises son esprit novateur dans ce domaine, principalement dans le cadre de litiges afférant à l'arbitrage international. L'avenir de l'*estoppel* serait encore plus grand si ce mécanisme était étendu à l'ensemble de la matière contractuelle¹⁹.

1 Direction Juridique, Grands Contentieux, Total S.A. Les propos et opinions tenus par l'auteur sont strictement personnels et n'engagent que lui.

2 Cette locution latine peut se traduire comme « *Impossibilité pour une partie de se prévaloir d'allégations contradictoires lorsqu'une telle prétention fait grief à l'autre partie* ». Le terme *estoppel* vient du vieux français « *étoupe* » qui marque l'idée d'arrêter ou de bloquer. Voir en ce sens, B. Fauvarque-Cosson in « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », Colloque CEDAG, Economica 2000, p. 3.

3 Pour Mme Fauvarque-Causson, « *la doctrine de l'estoppel tient compte des deux facteurs suivants : la contradiction dans l'attitude de la partie soumise à l'estoppel et la confiance faite à l'auteur de l'estoppel par celui qui l'invoque* », *Idem*.

4 H. Muir-Watt, « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », in Mélanges Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 303.

5 Voir E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. Arb.* 1985, p. 241. Voir aussi, article 1.8 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2004) : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* » ; Voir aussi les articles 29.2, 40 et 80 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980). Au-delà du commerce international, l'*estoppel* semble avoir trouvé terrain propice à sa diffusion auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme au travers de la notion de confiance légitime (voir notamment, CEDH, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96, 22 juin 2004), voir même auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes, (voir, CJCE, *Ampafrance SA & Sanofi*, 19 septembre 2000, C-177/99 et 181/99, rec. I-7013).

6 Voir O. Moreteau, *Droit anglais des affaires*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 2000, n° 185.

7 Voir Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 1462, p. 832. Pour une distinction du principe de l'estoppel entre les droits anglais, américain et australien, voir Ph. Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », JDI, 1998.905. Pour le principe de l'estoppel en droit allemand et droit espagnol, voir E. Agostini, « Estoppel : rendons à César », Rec. Dalloz 2006, p. 1424. Voir également pour des études en droit comparé, B. Fauvarque-Cosson, *La Confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée (2007), 17^{ème} Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, Pays-Bas, 16-22 juillet 2006.

8 Le principe de l'estoppel avait déjà été admis au préalable par la Cour de cassation (Cass. crim., 11 juin 1996, Bull. crim. n°245) mais ce n'est que dans l'arrêt *Golshani* du 6 juillet 2005 que la Cour a fait expressément référence, pour la première fois, à la règle de l'estoppel : « l'arrêt, sans encourir le grief de dénaturation, a justement décidé que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable » (soulignement ajouté). Voir, Rev. arb. 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle; voir aussi l'arrêt d'appel, plus ambigu sur le principe d'estoppel, Paris, 1^{re} Ch. civ., 28 juin 2001, *Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran*, Rev. arb. 2002.163, note. J. Paulsson.

9 La consécration du principe de l'estoppel s'inscrit dans le prolongement de la consécration par l'assemblée plénière de l'obligation de concentration des moyens, qui constitue, comme l'estoppel, une autre facette de l'application du principe de la loyauté procédurale, voir Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, Bull. ass. plén., n°8. .

10 Voir A. Moore et P. Pedone, *Cahiers de l'arbitrage* 2010-1, note sous *Merial c/ Klocke Verspackung - Service GmbH*, Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2010, p. 256, Panorama international de jurisprudence; voir aussi L. Weiller, « Du bon usage de l'estoppel en droit français », note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2010, Rev. arb. 2010/1, p. 93 et seq

11 Pour une application du principe de l'estoppel en procédure civile, voir Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 : *JCP G* 2009, II, 1073, note P. Callé ; D. 2009. 1245, note D. Houtcieff. Par ailleurs, l'estoppel est de plus en plus fréquemment invoqué devant la Cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international : voir CA de Paris, *Liv Hidravlika DOO c/ SA Diebolt*, 1^{re} ch. civ., 28 février 2008, Rev. arb. 2009/1, p. 168 et seq.; CA de Paris, *Gothaer Finanzholding c/ ICD*, 1^{re} ch. civ., 17 décembre 2009, in *Cahiers de l'Arbitrage* 2010-1, p. 251; CA de Paris, *Inversiones Errazuriz c/ Kreditanstalt fur Wiederaufbau*, 1^{re} ch. civ., 21 janvier 2010, in *Cahiers de l'Arbitrage* 2010-1, p. 255.

12 Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 : *JCP G* 2009, II, 1073, op. cit. *supra*.

13 Dans ce sens, le communiqué de presse du service de documentation et d'études de la Cour de cassation prévoit que « sans exclure l'application de la règle dite de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ou estoppel, en matière procédurale, la Cour de cassation se réserve le ainsi le droit d'en contrôler les conditions d'application » (soulignement ajouté), voir Bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 avril 2009, n°700.

14 Cass. 1^{ère} civ., *Jean Lion*, 6 mai 2009, pourvoi n°08-10.281.

15 Dans l'affaire Golshani, la Cour de cassation a implicitement reconnu la coexistence de l'estoppel et de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure. En consacrant le principe de l'estoppel en droit français elle relève également la participation « *sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale* » de M. Golshani, ce qui conduit à caractériser une renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure.

16 Voir L. Cadiet, « *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale* », Rev. arb., 1996.3 ; Ph. Pinsolle, note sous Cass. 1ère civ, 6 juillet 2005, Rev. arb., 2005.993 ; J. Ortscheidt, « *Précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires n°8, 25 Février 2010, 1194 ; M.A. Ziadé, « *French Supreme Court Recognizes the Principle of Estoppel in French Law* », *International Dispute Resolution*, vol.19, N°1, mars 2006. Le projet de réforme préparé par la Chancellerie envisage de codifier et de consacrer le principe de la renonciation (voir le projet de l'article 1466 CPC). Voir dans le même sens l'article 14 al. 8 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage du 11 mars 1999 : « *La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

17 *Idem*.

18 Le Conseil d'Etat, interrogé pour avis par le Tribunal administratif de Dijon (TA Dijon, 2e ch., 26 nov. 2009, n° 0500532, SAS Marsadis : Dr. fisc. 2010, n° 6, comm. 182, note E. Meier et G.-H. Boucheron), a récemment rejeté l'application de l'estoppel en matière de contentieux fiscal. Voir Conseil d'Etat, 1 avril 2010, n°334465, conclusions de P. Collin, *in* Droit fiscal n° 17, 29 Avril 2010, comm. 299 : « *sous réserve des garanties prévues pour le contribuable par les articles L. 80 A et L. 80 B du livre des procédures fiscales (...), la position ou le comportement de l'Administration avant la procédure contentieuse, lors de l'instruction de la réclamation ou en cours d'instance devant le juge de l'impôt, quelles que soient leurs évolutions ou contradictions éventuelles, ne peuvent faire obstacle à l'application par le juge de l'impôt de la loi fiscale, dans le cadre des moyens soulevés par chacune des parties et de ceux qu'il est tenu de relever d'office* ». Sur l'impossibilité d'une transposition de l'estoppel en droit français, voir M. Collin, *opit. cit.* : « *en tant que principe de droit interne des pays de common law, l'estoppel ne saurait s'appliquer en droit français. Aucune règle constitutionnelle ou législative ne permet en effet au juge national de faire directement application d'une règle ou d'un principe de droit étranger* ».

19 Le principe d'estoppel n'a été consacré, à ce jour, que partiellement en matière contractuelle, notamment en matière bancaire concernant la mise en place d'une convention d'unité de compte, voir Com. 8 mars 2005, Bull. civ. IV, n°44. Voir également l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mars 1997 selon lequel « *en vertu de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, nul ne peut se contredire illégitimement aux dépens d'autrui et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant* » (Cass. ch. com., 11 mars 1997, n°95-16.853). Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a retenu la faute contractuelle d'une compagnie d'assurance qui, après s'être prévalué de la nature décennale des désordres pour exiger de son assuré le versement de primes majorées, avait ensuite contesté la garantie correspondante pour lui voir substituer une autre moins onéreuse pour elle (Cass. Civ. 3^{ème}, 28 janvier 2009, RDC 2009, p. 999).

Lloyd's et la gestion des sinistres

Guy Antoine de la Rochefoucauld

Le monde de la banque et celui de l'assurance sont bien différents à bien des égards.

Dans le cadre de la banque, un client, privé ou entreprise, qui souhaite obtenir un prêt ou une ligne de crédit, va voir son banquier et lui fait une demande. Le client remplit le dossier, qui lorsqu'il est accepté, lui permet de se voir créditer une somme pour laquelle il s'engage à rembourser le capital et à payer les intérêts à périodes fixes. Dès le jour de l'obtention du crédit, le client peut donc bénéficier du montant emprunté contre un engagement de sa part de rembourser sur une période donnée.

Dans le cadre de l'assurance, le cycle est inversé et comporte un aléa : la survenance du sinistre. Le client verse une prime chaque année, si le client est victime d'un sinistre pouvant être garanti pendant la période d'assurance, l'assureur s'engage à lui verser le montant de l'indemnité selon les termes de la police d'assurance ce qui ne pose généralement pas de difficultés. Si aucun sinistre ne survient, l'assureur conserve la prime.

Le Lloyd's est le marché mondial leader de l'assurance spécialisée, opérant dans plus de 200 pays et territoires du monde entier, et est souvent le premier à assurer des risques nouveaux, insolites ou complexes. C'est le plus grand marché d'assurance et de réassurance, et les syndicats qui le composent règlent chaque année d'importants sinistres.

Les derniers en date et les plus connus pour l'année 2010 sont sans nul doute la plateforme pétrolière Transocean (Deep water) pour laquelle le Lloyd's a réglé plus de 320 sinistres, et le tremblement de terre au Chili pour lequel, le Lloyd's a réglé, à ce jour, près de 1 003 sinistres. Transocean est estimé, à ce jour dans une fourchette de \$300 à \$600 millions et le tremblement de terre au Chili est estimé à environ \$1 400 millions.

L'histoire du Lloyd's débute en 1688 avec l'ouverture d'un café sur les bords de la Tamise par un certain Edward Lloyd. Le café était très fréquenté par les marins, les marchands et les propriétaires de bateaux qui y concluaient des accords d'assurances.

Parce que les bateaux et leurs marchandises étaient souvent en perte, des hommes d'affaires aisés s'associaient pour assurer une cargaison et ainsi répartir le risque. L'importance de Londres en tant que centre d'affaires pour le commerce était grandissante, il en fut de même pour la demande d'assurance de bateaux et des marchandises qu'ils transportaient, c'est de cette façon que le Café du Lloyd's acquit sa renommée: c'était l'endroit qui permettait de trouver des couvertures d'assurance maritime.

Aujourd'hui le principe de partage des risques existe toujours au Lloyd's. Le Lloyd's n'est pas une compagnie mais un marché. Les courtiers apportent au marché des risques provenant de tous les pays du monde, parfois les plus atypiques et difficiles à tarifer, qui sont ensuite assurés par des syndicats de souscripteurs qui les répartissent entre eux.

Cependant, bien que le principe fondateur de partage du risque subsiste depuis 300 ans, les risques couverts ont eux grandement changé. Pendant plusieurs siècles nous avons assuré l'industrie maritime, dont par exemple le Titanic et son fameux voyage inaugural. Mais au 20^{ème} siècle nous nous sommes diversifiés.

En 1904 nous entrons dans l'assurance automobile, souscrivant notre première police auto. A peu près à la même époque nous avons commencé à fournir des couvertures dommages, et durant cette période le principe de réassurance fut en grande partie inventé sur le marché du Lloyd's par un célèbre souscripteur du nom de Cuthbert Heath.

Quand San Francisco fut touché par un tremblement de terre majeur en 1906, les souscripteurs du Lloyd's ont installé des stands dans les rues de la ville dévastée afin de régler les sinistres en espèces pour que les assurés puissent commencer à reconstruire leurs entreprises, leurs maisons et leurs vies aussi vite que possible. C'était une grande première.

Le Lloyd's a assuré le premier vol commercial et assure aujourd'hui de nombreuses compagnies aériennes dans le monde ainsi que le « superjumbo » Airbus 380, le plus gros transporteur de passagers au monde. Nous couvrons les systèmes ferroviaires et de tramway, ainsi que des projets de constructions et d'infrastructures de grandes envergures.

Nous assurons les sportifs contre les blessures. Nous assurons les concerts pop, des événements majeurs sportifs ou autres, tels que les Jeux Olympiques, contre le risque d'annulation. Nous souscrivons également quelques risques hors du commun. Nous assurons par exemple la langue d'un chef goûteur d'une des plus grandes chaînes de café au monde et le nez d'un œnologue de renom international. C'est le Lloyd's qui a assuré les jambes de Betty Grable (la première Pin Up) ainsi que les cordes vocales de Céline Dion.

Mais avant de comprendre comment fonctionne le règlement des sinistres au Lloyd's, il faut en comprendre son fonctionnement.

Jusqu'à ce jour, le Lloyd's continue d'être un marché où les affaires se concluent en face à face. Comme tout marché dynamique et innovant, il permet à ceux qui ont quelque chose à vendre (les souscripteurs qui offrent les garanties d'assurance) d'entrer en contact avec ceux qui désirent acheter (les courtiers qui travaillent pour le compte de leurs clients à la recherche d'assurances). Nous tenons notre force de la diversité des sociétés de gestion (les sociétés responsables de la gestion d'un syndicat) qui choisissent d'opérer au Lloyd's, soutenus par des capitaux provenant de sources diverses dans le monde.

Le marché du Lloyd's concentre une expertise de souscription exceptionnelle et des groupements souples de capitaux. C'est un environnement dynamique dans lequel évoluent de nombreuses parties prenantes.



Les détenteurs d'un contrat d'assurance demandent une couverture d'assurance. Des entreprises, des organisations, d'autres assureurs et des particuliers dans le monde entier veulent une protection contre les risques qui pourraient les affecter. Ils contactent un courtier et lui expliquent leurs besoins spécifiques.

Afin de placer les risques des clients auprès des syndicats du Lloyd's, il y a trois types d'intermédiaires, les courtiers agréés auprès du Lloyd's, les *coverholders* et les « sociétés de services ». La majorité des affaires du Lloyd's sont placées par l'intermédiaire d'un courtier agréé par le Lloyd's.

En plus du contrôle exercé par les autorités réglementaires nationales, les intermédiaires doivent également répondre aux propres critères d'éligibilité du Lloyd's. Les intermédiaires peuvent aussi être de *Coverholders* qui sont des intermédiaires autorisés par une société de gestion à conclure des contrats d'assurance et/ou à délivrer les documents d'assurance pour le compte des membres d'un syndicat, ou de plusieurs syndicats.

Les *coverholders* négocient chaque année une ou des autorités de souscription auprès d'un ou des syndicats du Lloyd's. Les classes d'affaires qu'ils souscrivent sont très variées et vont de l'assurance dommages et responsabilités principalement pour les sociétés, à l'assurance transport, ou encore à l'assurance des œuvres d'art ou des risques spéciaux.

Certains *coverholders* souscrivent pour les syndicats du Lloyd's depuis plus de vingt ans. Il y a aussi les « sociétés de services » qui sont considérées comme *coverholder* et que le Lloyd's a qualifié de « société de services », car c'est une filiale détenue à 100% soit par une société de gestion, soit par sa holding. Ce sont donc des syndicats du Lloyd's qui décident de venir s'installer directement en France. A ce jour, il y a 8 « sociétés de services » qui opèrent en France, soit en assurance, soit en réassurance, et qui sont : Amlin, Beazley, Catlin, C.V. Starr, Hiscox, Kiln, Liberty Syndicates, et dernièrement QBE. Ces *coverholders* et ces « sociétés de services » facilitent l'accès au Lloyd's pour les assurés et les cédantes et notamment pour la question de la langue.

Les syndicats souscrivent les risques et ne font que cela. Les souscripteurs décident pour le compte de leurs membres quels risques seront souscrits par un syndicat et à quelles conditions. La plupart des activités du Lloyd's est menée dans la salle de souscription, où les négociations sont menées en face à face avec les courtiers pour les risques qu'ils souhaitent placer au Lloyd's.

Les sociétés de gestion des syndicats, appelées « *Managing Agents* », gèrent les syndicats. Ce sont des sociétés constituées pour gérer un ou plusieurs syndicats. La société de gestion emploie le personnel de souscription et gère au jour le jour l'infrastructure et les opérations du syndicat.

Les Membres du Lloyd's apportent les capitaux nécessaires au soutien des activités de souscription des syndicats. Quelques-uns parmi les plus grands groupes d'assurance mondiaux et des sociétés cotées à la bourse de Londres, ainsi que des particuliers et des « *limited partnerships* », sont Membres du Lloyd's.

La Corporation du Lloyd's apporte son soutien au marché. Elle assure la promotion du Lloyd's dans le monde entier. Ses fonctions consistent à déterminer le montant des capitaux investis par les membres à l'appui de leurs opérations de souscription, à travailler avec la direction des syndicats dont les résultats sont moindres pour améliorer leur rentabilité, à élaborer les rapports financiers et réglementaires pour le compte du marché du Lloyd's, à gérer et développer le réseau mondial de licences du Lloyd's et la marque du Lloyd's.

Au 31 décembre 2009, le marché du Lloyd's regroupait 52 sociétés de gestion et 84 syndicats. Plus que la taille, c'est bien l'étendue et l'importance de l'expertise spécialisée des courtiers et des souscripteurs réunis sous un même toit qui donnent au Lloyd's toute son importance.

Mais, contrairement à la plupart des compagnies d'assurance ou de réassurance, le Lloyd's n'a pas, en tant que tel, de département sinistre. Chaque syndicat supervise ses propres sinistres, mais en déléguant chacun dans sa propre mesure la partie gestion, analyse, évaluation soit au courtier, soit aux experts d'assurance, soit encore aux avocats spécialisés.

En effet, le Lloyd's et donc les syndicats, souscrivant la plupart du temps des risques spécialisés, ceux-ci délèguent au spécialiste le plus approprié la gestion du sinistre. En ce sens, il est très important de comprendre que ce n'est pas parce qu'un syndicat nomme un avocat ou un expert d'assurance pour gérer un sinistre qu'il y a un contentieux assureur/assuré.

Cela fait souvent partie des nombreuses idées reçues. On peut relever sur ce point la transparence du Lloyd's qui affiche clairement ses intervenants lors d'un sinistre, qu'il soit courtier, expert ou avocat. Cette procédure permet un dialogue et une flexibilité lors d'un règlement de sinistre afin d'accompagner le client. C'est notamment le cas lorsque le Lloyd's prend la direction du procès. Là encore, l'esprit et le travail d'équipe prédomineront pour assister l'assuré.

Les Anglo-Saxons ont une culture de négociation et plus généralement sont très ouverts aux modes alternatifs de règlements des litiges et suivant en cela cette approche, le Lloyd's est aussi adhérent du CEFAREA qui favorise la médiation et l'arbitrage dans le secteur de l'assurance et de la réassurance.

Les syndicats du Lloyd's rechercheront donc un règlement de sinistre juste pour toutes les parties car in fine, un client satisfait est un client qui renouvellera ses contrats d'assurance.

Néanmoins, la meilleure manière pour aboutir à la satisfaction des parties en cas de sinistre, c'est de permettre d'avoir une prise en compte d'une forme de « prévention » des possibles litiges et cela dès la souscription du contrat d'assurance et donc d'éviter le conflit assureur/assuré sur le contenu et l'application des garanties.

Depuis maintenant quelques années, comme évoqué ci-dessus les syndicats souscrivent les contrats d'assurance en français, soit par l'intermédiaire des « coverholders », soit par l'intermédiaire des « sociétés de services », représentant un syndicat, implanté en France. Les contrats peuvent être souscrits directement à Londres. Dans toutes ces hypothèses, il faut savoir éviter le litige assureur/assuré.

La question clé est que les deux parties comprennent bien les tenants et aboutissants du contrat avant la prise d'effet de la garantie et ses implications.

La question de la différence des approches juridiques suivant les pays est importante.

Si un client accepte l'application du droit anglais il doit en comprendre les conséquences.

A titre d'illustration en matière de déclaration du risque à la souscription, en France c'est à l'assureur de poser les questions alors qu'en Grande-Bretagne, c'est à l'assuré de déclarer les éléments qui permettront à l'assureur d'évaluer le risque à assurer. La terminologie doit être comprise, en droit anglais, le non-respect d'une « warranty » peut impliquer la nullité du contrat d'assurance *ab initio*.

En France, le non-respect d'une condition de garantie aura des conséquences moins radicales. Depuis 2003, certains types de police peuvent être souscrites en France en base réclamation (*claims made*), cependant le fonctionnement de cette base réclamation en droit français est différente du *claims made* « à l'anglaise »...

Ces différences d'approche juridique doivent être comprises, expliquées et gérées mais elles sont aussi une source d'enrichissement pour les cultures des marchés de l'assurance des différents pays.

Lloyd's France SAS, qui est le mandataire général des syndicats en France, assure leur représentation juridique. S'agissant de la gestion des sinistres, le bureau du mandataire général en France, et ses équipes, jouent un rôle de coordination pour trouver le bon interlocuteur et de conseil, mais n'intervient pas directement dans la gestion. Néanmoins, il peut arriver qu'un assuré ne soit pas satisfait quant à une réclamation et il peut alors adresser sa demande aux syndicats par l'intermédiaire du mandataire général. Mais cela reste des cas isolés.

La bonne gestion des sinistres est considérée par le Lloyd's comme essentielle. Le Lloyd's en gère environ 600 000 par an. En 2009, pour le Lloyd's, les sinistres réglés, bruts, étaient environ de £ 11 544 Millions et le ratio combiné était de 86,1%. La bonne qualité des règlements des sinistres a bien entendu un impact sur le coût de la réassurance et sur celui des réserves. La corporation du Lloyd's dans son rôle de superviseur du marché, attache une grande importance à la cohésion dans les règlements des sinistres par les syndicats, même si ceux-ci sont maîtres de leur gestion. La Corporation du Lloyd's travaille actuellement à améliorer la satisfaction des clients, car le bon règlement des sinistres est un des cinq éléments du positionnement de la marque avec trois points essentiels qui sont : la facilité de déclaration des sinistres, l'information donnée aux clients (par l'intermédiaire de son courtier), et la rapidité des règlements. En effet, nous pensons que l'adhésion à la marque « Lloyd's » est directement liée à une bonne gestion des sinistres et à son efficacité.

Une étude réalisée¹ en 2009, sur le marché de Londres, faisait ressortir que 23% des personnes interrogées avaient une bonne opinion de la gestion des sinistres au Lloyd's et 74% avaient une opinion moyenne, contre 12% et 84% respectivement pour les autres assureurs de la place de Londres, et 7% et 77% pour les assureurs européens.

Comme expliqué, une des particularités du marché du Lloyd's est qu'il est formé de syndicats et qu'on pourrait le comparer à un marché de co-assurance, dans lequel le ou les apériteurs jouent un rôle important.

Pour une gestion efficace des sinistres, le Lloyd's travaille à la mise en place d'une répartition des sinistres en trois segments.

Le bas du segment inclut les sinistres dits standards, de £0 à £100k, qui représentent 74% du volume et 5% des valeurs. Dans ce segment, le syndicat apériteur gèrera directement tous les sinistres.

Le segment du milieu va de £100k à £5 millions, avec des sinistres moyens qui représentent 25% du volume et 58% en valeur. Ce segment sera géré par l'apériteur en coordination avec le second syndicat ou XChanging (organe de gestion des flux pour le Lloyd's et les assureurs du marché).

Enfin le segment du haut comprend les sinistres complexes qui représentent 1% du volume et 37% en valeur. Ce segment sera géré par les deux principaux apériteurs.

L'objectif est de faire diminuer le nombre de jours de gestion d'un sinistre avec une moyenne qui serait en dessous de 30 jours entre le moment où le syndicat apériteur a connaissance du sinistre et le moment où il est réglé.

Pour la sécurité du client final, il y a aussi une particularité du Lloyd's, qui est sa chaîne de sécurité. En effet, non seulement chaque syndicat a ses propres actifs non mutualisés que sont les actifs qu'il détient et les primes qu'il perçoit, ainsi que les fonds des membres au Lloyd's. Mais en plus il existe le fond de garantie du Lloyd's, qui s'élevait à plus de £2 Milliards en 2009.

¹ Source « The Claims Landscape Claims Monitor 2009 », December 2009, Gracechurch Consulting

Il faut aussi rappeler que les trois premières agences mondiales de notation reconnaissent la force du Lloyd's, sa capitalisation robuste ainsi que la solidité financière du marché. En 2009, ces agences de notation ont toutes trois confirmé nos notations. Tous les syndicats du Lloyd's bénéficient des ressources centralisées du Lloyd's, ainsi que de la marque du Lloyd's, de son réseau de licences mondiales et de son Fonds central.

L'ensemble des polices du Lloyd's étant soutenu par cette sécurité commune, il est donc possible d'appliquer une notation de marché unique. Les notations de solidité financière du Lloyd's s'appliquent à chaque police délivrée par chaque syndicat du Lloyd's depuis 1993.

Aujourd'hui, c'est notamment grâce à l'assurance que les choses se réalisent. L'assurance est un « moteur » de réussite pour les clients et le monde économique.

La SGAM, un groupement à géométrie variable au service de la stratégie d'entreprise

Jérôme DA ROS

&

Alain CURTET¹

Un début d'année est toujours propice aux rétrospectives, aux bonnes résolutions, voire aux intentions de mariage !

Si le marché capitalistique offre couramment des exemples d'OPA hostiles² ou de tentative de mariage forcé³, le monde de l'assurance, lui aussi, s'est « réinventé pour pérenniser le modèle mutualiste »⁴. En matière de regroupement de mutuelles, après s'être posée la question du pourquoi⁵ et dans quel but⁶, vient naturellement celle des moyens !

Bien que des regroupements s'opèrent depuis des années dans le secteur mutualiste, ceux-ci ont été réalisés en l'absence d'instruments juridiques véritablement adaptés⁷ pour partager une stratégie commune. Cela expliquerait, pour certains, le mouvement plutôt lent de concentration dans ce secteur de l'assurance, pourtant très atomisé⁸.

Introduite dans le Code des assurances par une ordonnance du 29 août 2001⁹, la Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (SGAM) est venue palier le nombre limité d'options juridiques dont disposaient les groupes mutualistes qui souhaitaient nouer des alliances stratégiques¹⁰. Forte de son succès, la SGAM constitue désormais l'outil de création par excellence des grands pôles mutualistes français¹¹.

Alors que le juriste est généralement dérouter par les institutions de la mutualité, l'introduction de la SGAM dans le paysage juridique français l'aura convaincu que celles-ci sont décidément fort éloignées des concepts classiques du droit des sociétés. Comme le soulignait le Directeur Juridique de GROUPAMA, si « *le droit des sociétés d'assurance mutuelles est un droit original qui vit dans la modestie et la discrétion* », cette originalité « *le prédestine parfois à des innovations inattendues* »¹².

« *Créations sui generis ...* » dont les règles de fonctionnement tendent « *à les assimiler à des « holding » de l'économie sociale* »¹³, les SGAM illustrent parfaitement le caractère profondément atypique du droit de la mutualité. Le juriste restera en effet perplexe à l'idée que des entreprises dépourvues de capital social puissent s'allier pour constituer de véritables groupes. Par ailleurs, alors que le droit des sociétés érige en principe cardinal l'indépendance des personnes morales au sein des groupes de sociétés¹⁴, ce même juriste sera saisi d'étonnement en constatant que la loi permet aux affiliés de transférer tout ou partie de leur gestion à la SGAM.

« Alliance politique, outil de sauvegarde, instrument de pilotage ? La société de groupe d'assurance mutuelle, c'est un peu tout ça à la fois »¹⁵: la SGAM est donc le « couteau suisse » du regroupement dans le monde de la mutualité. Un bref panorama des principales caractéristiques juridiques de la SGAM permet de se convaincre de la nature profondément atypique et du potentiel de cette structure sociétaire.

I. Un objet au service du secteur mutualiste

L'article L. 322-1-3 alinéa 3 du Code des assurances pose en effet comme condition que seules des entreprises du secteur mutualiste peuvent être affiliées d'une SGAM. Cet article dresse une liste limitative comprenant les sociétés d'assurance mutuelles du Code des assurances, les mutuelles (ou unions de mutuelles) du Code de la mutualité, les institutions de prévoyance (ou unions d'institutions de prévoyance) et les équivalents européens de ces entreprises. Les sociétés anonymes d'assurance¹⁶ ne peuvent donc pas être membres d'une SGAM.

De manière inhabituelle, l'objet des SGAM est défini précisément par la loi. L'article L.322-1-2 du Code des assurances leur assigne deux objets précis. En premier lieu, l'activité principale des SGAM consiste à nouer et à gérer des liens de solidarité financière importants et durables avec d'autres entreprises du secteur mutualiste. En second lieu, la SGAM a pour objet de « *prendre et à gérer des participations* » dans d'autres entreprises d'assurance ou de réassurance, qui sont par définition des sociétés de capitaux. Par conséquent, et contrairement à une opinion répandue, la SGAM n'a donc absolument pas la capacité d'effectuer des opérations d'assurance et de réassurance !

Enfin, la SGAM, à l'instar de ses affiliés, n'est pas une société commerciale, toute idée de spéculation ou de profit lui étant a priori étrangère. La Cour de cassation a été amenée à préciser justement qu'une SGAM est « *en principe* » une société civile au regard de son activité « *telle qu'elle résulte des dispositions des articles L. 322-1-2 et L. 322-1-3 du Code des assurances* ». Or, si l'objet social d'une SGAM tel qu'il est rédigé dans les statuts inclut la possibilité d'effectuer des opérations commerciales, sans qu'il soit précisé que ce soit de manière accessoire, le tribunal de commerce devient alors compétent en cas de litige avec un créancier¹⁷.

II La convention d'affiliation, centre névralgique de la SGAM

Les liens entre la SGAM et les affiliés sont définis par des conventions d'affiliation. Plus que les statuts souvent succincts, ce sont ces conventions qui constituent le centre névralgique des SGAM. Assorties du sceau de la plus grande confidentialité, elles matérialisent les obligations financières et politiques de chaque affilié envers les autres et envers la SGAM.

La conclusion d'une convention d'affiliation à la SGAM fait l'objet d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de Contrôle Prudentiel. Il en est de même en matière de résiliation de ladite convention ou d'exclusion prononcée à titre de sanction. Dans ces deux cas, l'Autorité peut s'opposer à l'opération si elle lui apparaît contraire aux intérêts des assurés¹⁸.

L'article L.322-1-3 du Code des assurances précise que « *lorsque la société de groupe d'assurance entretient des liens de solidarité financière importants et durables qui ne résultent pas de participations financières avec des mutuelles, des institutions de prévoyance ou des sociétés d'assurance mutuelle, ces liens sont définis par une convention d'affiliation et la société peut être dénommée SGAM.* » Même si le texte n'indique pas expressément que la convention d'affiliation doit être similaire pour tous les affiliés, cette condition nous semble naturelle. Il pourrait sembler illogique qu'une SGAM fédère des entreprises en des termes différents. A l'inverse, il pourrait pourquoi pas être imaginé qu'un ou plusieurs affiliés aient un socle de droits et d'obligation commun et que d'autres, plus avancés dans la volonté de coopérer prennent entre eux des engagements complémentaires¹⁹.

C'est aussi la convention d'affiliation qui détermine le contrôle et qui matérialise le transfert de pouvoirs de gestion à la SGAM. Le transfert de contrôle est donc organisé contractuellement, alors qu'en matière capitalistique, le contrôle est un attribut de la détention du capital social. La convention d'affiliation vient donc pallier l'absence de capital social des mutuelles et organise un transfert consensuel du contrôle.

En disposant que « *Les statuts peuvent conférer à la société de groupe d'assurance mutuelle des pouvoirs de contrôle à l'égard des entreprises affiliées par convention, à condition que les statuts de celles-ci le permettent, y compris en ce qui concerne leur gestion* », la loi permet à la SGAM, et donc aux autres affiliés, de s'immiscer dans les affaires d'une affiliée. Cette atteinte au principe d'indépendance des sociétés peut surprendre voire choquer ; elle est à notre avis le corollaire indispensable de la nécessaire solidarité financière entre les affiliés. En effet, la solidarité financière n'est pas un chèque en blanc donné aux affiliés, dont les pratiques de gestion doivent être disciplinées et coordonnées.

III L'essence de la SGAM : la solidarité financière

La solidarité financière est de l'essence de la SGAM. En effet, non seulement les conventions d'affiliation aux SGAM doivent obligatoirement prévoir des mécanismes de solidarité financière, mais ces liens de solidarité financière doivent être « importants et durables ». La SGAM est donc nécessairement, selon le Code des assurances, un outil de solidarité financière entre les affiliés, un instrument de mutualisation des risques par la mise en commun de moyens financiers dans l'intérêt de chaque affilié.

Bien qu'essentiel, le concept de solidarité financière est peu développé dans le Code des assurances. L'article L. 334-2 précise simplement que les liens de solidarité financière importants et durables peuvent résulter « *d'engagements financiers, de dirigeants et de services en commun* ». Ce manque de précision est volontaire et opportun, car il laisse aux affiliés le soin de préciser eux-mêmes, dans les conventions d'affiliation, l'étendue et les modalités des mécanismes de solidarité financière. Cette solidarité pourra résulter de la création d'un fonds de solidarité, de la capacité de la SGAM d'emprunter au profit des entreprises affiliées ou de cautionner des emprunts souscrits par ces mêmes entreprises²⁰.

Les autorités de tutelle du secteur de l'assurance ont précisé à plusieurs reprises les critères à respecter pour que ces liens puissent être considérés comme « *importants et durables* ». Plus que par ses mécanismes, laissés à la discrétion des affiliées, les autorités de tutelle caractérisent l'importance et la durabilité des liens de solidarité financière à l'aune des objectifs qu'elle sert, à savoir le respect par chacun des affiliés de ses obligations prudentielles.

Le Comité des Entreprises d'Assurances (CEA), alors en charge d'apprécier la conformité des conventions d'affiliation au regard des dispositions du Code des assurances, avait indiqué que les liens de solidarité financière « *doivent notamment permettre d'assurer en permanence la couverture des engagements réglementés et la couverture des exigences de marge de solvabilité par chaque entreprise affiliée* »²¹. Dans le même sens, l'Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles (ACAM), prédécesseur de l'ACP, avait précisé que « *l'intérêt des assurés commande que la solidarité financière instituée puisse être mise en œuvre au profit d'une « entreprise affiliée » dont les difficultés ne lui permettraient temporairement plus de respecter les exigences réglementaires de couverture de ses engagements réglementés ou de sa marge de solvabilité. A ce titre, il est plus que souhaitable que les statuts de la SGAM mentionnent le non-respect des règles prudentielles comme facteur déclenchant de la solidarité financière* »²².

L'article R. 322-166 du Code des assurances précise que la convention d'affiliation doit décrire « *les liens, les obligations, les engagements et les modalités de partage des coûts ou de toute autre forme de coopération entre une société de groupe d'assurance et l'entreprise affiliée* ».

Le CEA instaure néanmoins deux limites à la mise en œuvre de la solidarité financière. D'une part, « *le déclenchement de ces mécanismes au profit d'une entreprise ne saurait mettre en péril la situation financière d'une autre entreprise ou le respect de ses engagements réglementaires* ». D'autre part, « *le montant des sommes susceptibles d'être mises en jeu du fait du déclenchement d'un mécanisme de solidarité ne peut être illimité. Toutefois, il ne devrait pas être plafonné a priori de manière absolue* ». Ainsi, la solidarité ne doit pas conduire à la faillite de l'ensemble des membres.

IV Un fonctionnement inspiré de la mutualité

Malgré leur nature sui generis, le fonctionnement des SGAM emprunte largement aux entreprises du secteur mutualiste qu'elles fédèrent.

En effet, à l'instar des mutuelles, les SGAM ne possèdent pas de capital social. Cette condition résulterait indirectement de l'article R.322-161 du Code des assurances imposant à toute SGAM la constitution d'un fonds d'établissement²³. La SGAM n'est donc pas dépourvue de moyens financiers puisqu'elle est dotée d'un fonds d'établissement dont le montant est librement fixé par les statuts. La SGAM peut par ailleurs émettre des emprunts, sous la condition d'y être autorisée par son assemblée générale à la majorité qualifiée et obtenir l'accord préalable de l'ACP.

En plus du montant du fonds d'établissement, les statuts de la SGAM doivent mentionner chacune des entreprises affiliées, notamment fixer au minimum les conditions d'admission, de retrait ou d'exclusion des entreprises affiliées.

Par ailleurs, chaque entreprise affiliée est naturellement représentée lors des assemblées générales de la SGAM. Les statuts peuvent prévoir que chacune d'elle possède un nombre de voix égal ou proportionnel au montant des encaissements ou au nombre de sociétaires de chacune des entreprises affiliées²⁴. En pratique, on constate que la plupart des SGAM fonctionne sur un mode égalitaire.

V Un potentiel d'utilisation important

A mi-chemin entre la holding capitalistique impliquant une très forte intégration et la simple union technique prévoyant seulement la mise en commun de certains moyens d'exploitations communs ou fonctions transversales, par exemple, la SGAM constitue bien un instrument de rapprochement privilégié capable de répondre à tous les besoins. La SGAM permet à des entités de se réunir tout en conservant leur personnalité juridique et leur identité, sur la base d'une coopération dont il appartient aux fondateurs de dessiner les contours. Et c'est bien là que réside la principale innovation !

Les statuts de la SGAM et les conventions d'affiliation seront négociés et rédigés entre les futurs partenaires après avoir fixé leurs axes de rapprochement. L'avantage du caractère contractuel permet de transcrire le plus petit commun dénominateur trouvé entre les futurs partenaires devant se positionner sur des questions fondamentales : jusqu'à quel point faut-il se rapprocher au sein de la SGAM ? Jusqu'à quel point faut-il garder l'identité de chaque enseigne ? Quel degré d'autonomie va conserver chaque partenaire ? Quels pouvoirs va se voir déléguer la holding qui va chapeauter les futurs partenaires ?

On perçoit alors l'amplitude des possibles puisque la SGAM permet d'instaurer différents degrés d'intégration entre les affiliés en fonction de leurs ambitions de coopération.

Aujourd'hui principalement utilisée comme outil de création de synergies opérationnelles, la SGAM recèle de multiples potentialités.

En premier lieu, la fonction naturelle de la SGAM est de favoriser la création de synergies et de liens forts entre acteurs de la mutualité. La SGAM peut constituer l'instrument privilégié de la détermination et du pilotage de politiques et stratégies coordonnées pour l'ensemble de ses affiliés. La politique et l'achat de réassurance du groupe, les axes stratégiques communs, le développement international ou la gestion de sinistres, de même que l'ensemble des fonctions auxquelles sont utiles l'effet de taille, peuvent être utilement définis au niveau des instances de la SGAM.

Respectueuse des particularités de chaque affilié, la SGAM n'en réalise donc pas moins une intégration extrêmement poussée entre eux et dont le droit tire toutes les conséquences. Les autorités de la concurrence considèrent que la création d'une SGAM constitue une « fusion de fait » pour les besoins du contrôle des concentrations²⁵. En outre, la SGAM doit en principe établir des comptes combinés conformément à l'article L. 345-2 du Code des assurances. Enfin, si les groupes capitalistes traditionnels connaissent depuis longtemps le régime de l'intégration fiscale, la possibilité pour les SGAM d'opter pour ce régime d'imposition n'a été reconnue que récemment²⁶.

En second lieu, la définition de l'objet de la SGAM par le Code des assurances en fait potentiellement un instrument privilégié de croissance externe. De manière fort pragmatique, le Code des assurances indique en effet que la SGA, et donc la SGAM, a pour objet la prise et la gestion de participation dans d'autres entreprises d'assurance ou de réassurance.

Enfin, la SGAM peut jouer un rôle important de financement du groupe. Les SGAM peuvent en effet procéder à des émissions obligataires, et notamment de dette subordonnée, ou se porter caution de telles émissions par les affiliés, afin de renforcer leur solvabilité.

VI Conclusion

La SGAM est un instrument respectueux des principes mutualistes et compatible avec différents degrés d'association laissés à la libre appréciation des fondateurs. Si sa vocation est clairement d'organiser la vie en commun d'un ensemble d'entreprises mutualistes, la SGAM permet de réaliser cette ambition dans le respect de leur culture et de leur identité, sans lien capitalistique.

Les seules limites de la SGAM dépendront de la volonté des dirigeants des affiliés. Si la SGAM est en effet « *une solution qui devrait largement se développer [elle] n'a qu'un seul frein, d'ordre psychologique : la crainte du management de perdre quelque chose de son indépendance, de ne pas être gagnant dans l'opération, qui s'appuie également sur la crainte du changement purement affective des sociétaires et celle plus systématique des organisations syndicales* »²⁷.

Structure modulable et évolutive par excellence, la SGAM peut accompagner et favoriser un niveau de cohésion et d'association croissant entre les affiliés. En bref, il s'agit de l'instrument idéal pour « *se rassembler sans se ressembler !* »²⁸, en permettant de tendre « *à chaque fois vers la taille critique en ne créant aucun traumatisme inutile, ni aucune perte d'efficacité* »²⁹. La SGAM réalise donc une harmonie idéale entre le droit et la stratégie d'entreprise.

La performance juridique se révèle ici dans l'aptitude de l'entreprise à construire des avantages concurrentiels durables, en s'appuyant sur un certain nombre de ressources juridiques³⁰. Le droit, instrument de contrainte, devient alors un atout considérable pour le secteur mutualiste.

1 Les vues et réflexions personnelles exprimées dans cet article n'engagent que leurs auteurs et ne peuvent en aucun cas être considérées comme représentant la position officielle de la Société et du Groupe auquel ils appartiennent

2 Safran SA pourrait lancer une OPA hostile sur Zodiac Aerospace – GENZYME, est la cible d'une OPA hostile de Sanofi-Aventis

3 Dernier exemple en date : LVMH est désormais le premier actionnaire de la Société HERMES avec 20,21% du capital et 12,73% des droits de vote, selon une déclaration à l'Autorité des Marchés Financiers du 21 décembre 2010.

4 « *Les défis stratégiques des mutuelles d'assurance – Se réinventer pour pérenniser le modèle mutualiste* », Etude XERFI, juin 2009

5 « *Dans un contexte particulièrement tendu, l'ampleur des chantiers à mener, leur complexité, les problèmes de retour sur investissements ... poussent à une accélération des partenariats et regroupements... Mais au-delà de cette diversité, la mise en commun de moyens, des expertises, la mutualisation des coûts, des risques, la recherche d'économies d'échelle ... guident ces rapprochements* » in « *Les défis stratégiques des mutuelles d'assurance – Se réinventer pour pérenniser le modèle mutualiste* », Etude XERFI, juin 2009, p. 2

6 Quelques éléments méritent d'être rappelés. Le marché de l'assurance est très concurrentiel et l'industrialisation de cette activité permet la réalisation d'économies d'échelle importante, notamment en matière informatique. Enfin et surtout, la prochaine entrée en vigueur de règles de solvabilité plus contraignantes (Solvabilité II) oblige les petites structures à trouver les fonds propres nécessaires à l'exercice de leur activité. Cette mobilisation de fonds propres supplémentaires pourra prendre la forme de levées de fonds auprès des sociétaires, d'un recours plus massif à la réassurance, voire de regroupements.

7 On citera pêle-mêle les filiales communes, groupements d'intérêt économique ou le pools de réassurance.

8 Le manque de structure parfaitement adaptée ne constitue pas à notre sens une explication unique.

9 Ordonnance n° 2001-766 du 29 août 2001, complétée par le décret n°2002-943 du 26/6/2002, dont les dispositions ont été transposées principalement aux articles L. 322-1-3 à L. 322-1-4 ainsi qu'aux articles R. 322-160 à R. 322-166 du Code des assurances.

10 La seule structure de regroupement envisageable avant la transposition de l'ordonnance était la société de participation d'assurance, inadaptées à la création de groupes mutualistes en raison de leur nature capitalistique et de leur objet. La société de participation d'assurance, aujourd'hui disparue, avait pour vocation à prendre et à gérer des participations dans des sociétés d'assurance anonymes, et obligeait les sociétés d'assurance mutuelles à renoncer à leur statut mutualiste et à les priver de leurs réserves.

11 On rescence ainsi non moins de sept SGAM en France, dont six créées au cours des quatre dernières années. A ce jour, sept SGAM ont été constituées en France : SGAM COVEA (2003), MASCF SGAM (2005), SGAM BTP (2006), SGAM MACIF (2006), SGAM AG2R LA MONDIALE(2007) et SGAM SPEREN (2010) et SMACL SGAM (2010).

12 « *Evolutions récentes du droit des sociétés d'assurance mutuelles* », P. GIRAUDEL, CEFAREA 2002, n°7, p. 25

13 Sénateur Ph. Marini, Avis sur le projet de loi de simplification du droit, Session ordinaire 2004-2005, avis n°10, Position de la Commission des Finances du Sénat– sous l'article 53.

14 G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T.1, ed. L.G.D.J., 1989, n°711, p. 550 et n° 713, p. 556 ; Contin et Houasse, *l'autonomie patrimoniale des sociétés*, D. 1971, chron., p.197; Cass. Com., 4 novembre 1987, Rev. Soc. 1988, p.393, note Le Cannu; Cass. Com., 24 mai 1982, Rev. Soc. 1983, p.361, note Béguin; Cass. Civ. 21 novembre 1934, S. 1936, I, p.289, note Rousseau.

- 15 « *La SGAM, à quoi ça sert ?* » ; l'Argus de l'Assurance n°7063, 7/3/2008, p. 30, F. BOZZO
- 16 Les sociétés anonymes d'assurances sont des sociétés à but lucratif dotées d'un capital social, comme toute SA classique. Elles sont régies par les articles L. 322-1 et suivants du Code des assurances.
- 17 Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-17599, et les commentaires de R. MORTIER, « *Du caractère nécessairement civil de la société de groupe d'assurance mutuelle et de sa requalification en société commerciale* », Rev. Droit des Sociétés n°8, Août 2009, Comm. 157.
- « *La nature légalement civile d'une SGAM peut-être contredite par son objet statutaire* », Revue des sociétés 2009 p. 837, Note sous Cour de cassation (com.) 5 mai 2009, Sté Covea c/ Sté Libre et Change, Jean-Philippe Dom
- 18 Articles L. 322-1-4 R. 322-61 I du Code des assurances.
- 19 - A l'instar des actionnaires de catégories A et B dans les sociétés commerciales, nous pourrions imaginer des Affiliés de catégories A et B mais ayant tous un socle commun de droits et d'obligations, seuls les seconds s'engageant plus que les premiers
- 20 Comité des Entreprises d'Assurance, Rapport d'activité pour l'année 2009, p. 9
- 21 - CEA, Rapports d'activité pour les années 2004 à 2007.
- 22 - Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles, Rapport d'activité pour l'année 2005.
- 23 - Article R. 322-161 I 2° du Code des assurances : « *Les statuts des sociétés de groupe d'assurance mutuelle doivent également (...) fixer, sans être tenus par un minimum, le montant de leur fonds d'établissement* ».
- 24 - Article R. 322-161 I 2° du Code des assurances.
- 25 Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 21 novembre 2003 relative à la création de la SGAM COVEA, regroupant la MMA, la MAAF et la GMF, BOCCRF 2004-08. Plus récemment, v. décision de l'Autorité de la Concurrence n° 10-DCC-52 du 2 juin 2010 relative à la création d'une SGAM par la MACIF, la MAIF et la MATMUT. V. également sur ce point L. FRANCOIS-MARTIN, « *L'application du droit de la concurrence aux SGAM* », La Tribune de l'Assurance n°146, avril 2010, p. 51.
- 26 Sur ce point, L. Clot et B. Vignon, Mise en place d'une intégration fiscale au niveau d'une Sgam, L'argus de l'assurance, 16 avril 2010.
- 27 - Jean-Claude SEYS, « *Le regroupement des Mutuelles* », Congrès AISAM/ACME, Bruges, 20 octobre 2006
- 28 - Thierry DEREZ, Président de la SGAM Covéa
- 29 - Jean-Claude SEYS, « *Le regroupement des Mutuelles* », Congrès AISAM/ACME, Bruges, 20 octobre 2006
- 30 - C. COLLARD et C. ROQUILLY, « *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise* », LGDJ, collection droit des affaires - Pour avoir de longs et passionnants développements sur la façon dont le Droit influence l'entreprise dans ses décisions, et dont il est à son tour influencé par les décisions de l'entreprise.

L'Afrique du Sud

Martin Judson

Pendant la Coupe du Monde en Afrique du Sud cet été, j'ai non seulement été frappé par la piètre performance des Bleus mais aussi (et surtout) par la richesse de la langue française en termes footballistiques. Un comble pour un sport inventé en Angleterre !

A part le nom du sport lui-même (le football), je n'ai pu distinguer que trois mots anglais courants proférés par les commentateurs d'une façon systématique – corner, penalty et match. Etant donné que le jeu a été créé en Angleterre et les règles d'origine écrites en anglais, il est étonnant que, à part ces trois-là, tous les autres mots et expressions aient été traduits ou francisés.

Malgré l'usage du mot penalty, le français a gardé quand même « surface de réparation » (penalty area), bien qu'il ait adopté le point de penalty (penalty spot). Et s'il est vrai que Mr Larqué s'obstine à employer le terme officiel « coup de pied de coin », il est à noter que lorsqu'il s'emporte (par exemple dans les arrêts de jeu d'un match amical contre le Luxembourg) il préfère lui aussi utiliser le mot corner.

Tous les autres mots (à ma connaissance) sont bel et bien français. A titre d'exemples :

Positions sur le terrain : gardien (goalkeeper) ; buteur (striker) ; libéro (centre back) ; remplaçant (substitute) ; arbitre (referee)

Faits de jeu : six mètres (goal kick ou goal area) ; touche (throw-in) ; coup-franc (free kick) ; hors-jeu (offside) ; faute (foul) ; séance de tirs au but (penalty shoot-out) ; coup d'envoi (kick off) ; passe décisive (assist)

Accessoires : protège-tibia (shinpad) ; chasubles (bibs) ; maillot (shirt) ; crampons (studs) ; brassard (armband)

Infrastructure : terrain (pitch) ; filet (net) ; poteau (post) ; barre transversale (crossbar) ;

Et puis, il existe quelques mots anglais (mais pas beaucoup) qui ont été francisés et acceptés : tacle (tackle), dribbler (dribble), et bien entendu le foot (football ou soccer).

Et finalement, il existe des expressions courantes en français qui ne trouvent d'équivalence en anglais qu'avec difficulté : petit pont, grand pont, chandelle, roulette, boulette, contrôle orienté, lucarne, percussion, meneur de jeu, passément de jambes. La langue française a donné une richesse supplémentaire au vocabulaire du football.

Le football est donc un excellent exemple où la langue française a parfaitement intégré une activité étrangère. Elle est donc bien capable de le faire. Pourtant, le football fait partie de ces activités hautement modernes et télévisuelles, où d'habitude l'on retrouve souvent des termes anglais. On peut expliquer cette différence peut-être par le fait que les règles du football ont été traduites, établies et écrites par la Fédération bien avant l'ère de la communication de masse et la prédominance de l'anglais.

D'ailleurs les mots récents qui gravitent autour du football (et qui évitent donc le contrôle de la Fédération et d'autres autorités) sont malheureusement d'origine anglaise : je pense notamment à supporter, hooligan et Kop. Il est dit que l'origine du mot hooligan est Hooley's Gang, une bande de brigands en activité à Londres au 19^{ème} siècle. Quant à Kop, pour revenir à l'Afrique du Sud, le mot complet est Spionkop (ou bien Spioenkop en Africaans, ou Colline d'espion), qui est le nom d'une colline où a eu lieu une bataille entre l'Empire Britannique et les Boers près de Ladysmith en Afrique du Sud en 1900 (que l'Empire a perdue). Il est dit que le Kop, qui depuis 1905 est le nom de la partie du stade où se dressent les supporters les plus virulents de Liverpool derrière les buts à Anfield Road, commémore les nombreux soldats de la ville tués dans cette bataille.

Par ailleurs, si quelqu'un sait pourquoi le mot football lui-même n'a jamais été traduit en français, qu'il nous le fasse savoir.

Édité pas SEDDITA
Achevé d'imprimer par Pithiviers
N° d'imprimeur : 1379 - Dépôt légal : janvier 2011
Imprimé en France