

Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance





Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



CEFAREA

26, boulevard Hausmann - 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
La médiation : processus de développement durable des entreprises Corinne Grosbart, Avocat au Barreau de Paris, Médiatrice Agréée CEFAREA & CMAP	7
L'arbitrage de l'assurance et l'assureur en arbitrage Eric Evian, Directeur du développement CGPA Europe Secrétaire Général du CEFAREA	13
Les nouvelles attentes des entreprises en matière d'arbitrage Alexandre Job, Juriste d'entreprise	17



**L'extension de la clause compromissoire
à des parties non-signataires du contrat
à la lumière de l'affaire « *Dallah* »**

25

Jérôme Barbet,
Avocat à la Cour, Solicitor (England & Wales)
Pichard et Associés

Subrogation et arbitrage

31

Stéphane Choisez,
Avocat à la Cour
Ngo Cohen Amir-Aslani et Associés

**Quand les dérives du langage
deviennent insupportables**

39

Martin Judson,
Reinsurance Consultant



Editorial

Cette année, il est possible de dire que le CEFAREA a trouvé sa vitesse de croisière.

L'image projetée par notre association est bien installée parmi les acteurs du monde de l'assurance et il est de moins en moins nécessaire d'expliquer aux différents interlocuteurs ce que sont la médiation et l'arbitrage.

Ces notions, qui deviennent familières au plus grand nombre, suscitent quelquefois des discussions acharnées entre les tenants de l'arbitrage en droit versus les tenants de l'arbitrage en équité.

Ces controverses, qui montrent que la profession n'est pas encore complètement prête à se fondre dans le moule des MARC, sont cependant un progrès par rapport aux questionnements basiques auxquels nous avons droit les années précédentes.

En la matière, le message important à faire passer est que le choix d'un arbitrage ou d'une médiation ne consiste pas à abandonner ses droits ou à baisser pavillon devant l'adversaire.

En effet, que cela soit lors d'une médiation ou d'un arbitrage, chaque partie sera amenée à défendre, avec l'aide de ses avocats, tous les intérêts de son entreprise mais cela dans un esprit différent puisque la « mort » de l'adversaire ne sera pas recherchée, adversaire qui est aussi un partenaire commercial avec qui, une fois le différend réglé, les affaires devraient reprendre dans un esprit apaisé.

Si le message passe de mieux en mieux, il est nécessaire de le répéter encore un petit peu à certains responsables contentieux de compagnie méfiants par nature à l'égard de ces procédures mal connues et encore mal maîtrisées.

C'est la raison pour laquelle je lance un appel à tous les professeurs de droit en faculté pour qu'ils développent l'enseignement de ces matières auprès de leurs étudiants de façon à ce que les prochaines générations de juristes soient complètement familières avec ces notions.

En attendant, le CEFAREA poursuit sa croisade.

Comme chaque année, nous avons tenu un stand au salon du courtage ce qui nous a permis de rencontrer de nombreux interlocuteurs à qui la bonne parole a été prodiguée et qui seront des apporteurs d'affaires potentiels dans le futur.

A cette occasion, je tiens à remercier les organisateurs de cette manifestation qui facilitent grandement les conditions auxquelles nous avons accès à ce salon.

Je souhaite également remercier ceux qui m'ont aidé à tenir ce stand, ce qui n'est pas facile dans la mesure où il faut rester quasiment tout le temps debout, à développer des arguments.

Il est à noter que notre présence à ce salon contribue à rendre « normal » le fait que parmi tous les assureurs, consultants ou spécialistes du monde de l'assurance le CEFAREA soit un acteur parmi les autres et fasse naturellement partie du paysage assurantiel.

Si important qu'il puisse être, le salon du courtage n'a pas été notre seule vitrine cette année.

En effet, nous avons participé à plusieurs conférences organisées par différents organismes.

- Des courtiers qui souhaitent animer leur réseau de clients et prospects en les initiant à des approches différentes des relations dans le monde de l'assurance,
- des assureurs qui voulaient sensibiliser leurs interlocuteurs courtiers ou grands clients sur les avantages liés aux MARC,
- l'Amrae, qui lors de la « journée des commissions » y a inclus une conférence sur ces sujets.

Il est à noter qu'à chaque fois, l'intérêt manifesté par les représentants des grandes entreprises a été remarquable, ce qui laisse espérer qu'un nombre croissant de clauses de médiation et d'arbitrage seront introduites dans les contrats et protocoles augurant, pour le futur que nous souhaitons le plus proche possible, un accroissement des litiges à régler.

Cet intérêt a été confirmé à l'occasion du colloque organisé par le CEFAREA, en fin d'année.

Dans la seule journée qui a suivi l'envoi des invitations, nous avons enregistré 81 inscriptions. Le mouvement ne s'est pas arrêté là puisqu'à un moment nous avons dû refuser d'enregistrer des inscriptions.

Une des preuves de l'engouement suscité par ce colloque réside dans le fait que plusieurs personnes qui ne faisaient pas partie des destinataires des invitations appelaient pour demander si elles pouvaient venir malgré tout.

L'auditorium de la FFSA était plein.

Il faut dire que le panel des intervenants était de grande qualité. Le nombre et la qualité des questions posées par la salle, suscitant au passage quelques controverses, a montré l'intérêt des interlocuteurs pour la matière.

Je tiens également à remercier, à cette occasion, les membres de l'association qui m'ont aidé à concevoir et à organiser ce colloque, qui, sans leur aide, n'aurait pas eu un tel retentissement.

Enfin, le règlement d'arbitrage a été revu afin de le mettre en conformité avec les nouvelles règles édictées par le décret de 2011 et certaines évolutions de la jurisprudence.

*
* *

Ce fascicule possède un contenu très varié et riche en qualité.

Corinne Grosbart, dans un article bien argumenté, décrit ce qu'est la médiation et montre comment ce mode de règlement des litiges aide au processus de développement durable des entreprises.

Eric Evian montre les liens qui existent entre l'assurance et l'arbitrage et l'intérêt qui existe pour les acteurs du monde de l'assurance à y recourir.

Alexandre Job, qui, dans son entreprise, côtoie régulièrement l'arbitrage, fait part des attentes qu'ont les entreprises industrielles et commerciales à l'égard de ce mode de règlement des litiges.

Jérôme Barbet, à l'occasion d'un arrêt « Dallah », montre comment la clause compromissoire peut être étendue à des parties non signataires du contrat.

Stéphane Choisez, avec force détail, nous décrit par le biais de la subrogation, les liens indéfectibles qui existent entre l'assurance et l'arbitrage.

Martin Judson, qui nous avait habitué, dans ses chroniques, toujours drôles, dédiées à une approche plus rigoureuse de la langue anglaise, surtout à l'égard de francophones prêts à s'engouffrer sur l'autoroute des faux amis, a transformé son article d'humour en article d'humeur, à l'égard des anglophones de naissance qui se laissent aller à des dérives de langage insupportables pour lui.

Que chacun en soit remercié.

La méditation, processus de développement durable des entreprises

Corinne Grosbart

Avocat au Barreau de Paris

Médiatrice Agréée CEFAREA & CMAP

Le champ de la médiation n'a pas de limite. Il englobe tous les secteurs de l'activité humaine, du privé au public, et concerne aussi bien les particuliers que les entreprises, les groupes, les activités qui peuvent être nationales, transnationales ou internationales.

La médiation permet aux parties de bâtir un avenir durable convenant à chacun.

Elle contribue, selon le rapport gagnant/gagnant, à :

- préserver les relations entre les parties,
- faire un choix, parmi les solutions possibles, d'une solution équilibrée prenant en compte l'ensemble des besoins des parties,
- maintenir la discrétion autour d'un accord confidentiel, dans le cadre d'une prise de parole libre et protégée,
- contrôler les coûts et le temps (plus rapide et moins chère qu'un procès),
- rechercher une solution commune, donc durable,
- contrôler la décision finale et sa mise en oeuvre.

La directive 2008/52/CE du Parlement Européen, du 21 mai 2008, a été introduite dans la législation française par l'ordonnance du 16 novembre 2011, à laquelle vient s'ajouter le décret du 20 janvier 2012.

La volonté étant d'améliorer le régime de la médiation et d'en promouvoir l'essor, il a été décidé de ne pas limiter la transposition de la directive au seul domaine des médiations transfrontalières, mais de l'étendre également aux médiations nationales.

Le Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) met, à la disposition des acteurs du secteur de l'assurance, un règlement de médiation CEFAREA-CMAP, afin de répondre aux attentes des parties lors de litiges nationaux ou internationaux.

Le CEFAREA s'est associé au CMAP pour la mise en oeuvre des règlements de conflits par cette voie.

Nous insisterons ci-après plus particulièrement sur la médiation volontaire, qu'elle soit conventionnelle ou spontanée.

UN MODE ALTERNATIF DE RESOLUTION DES CONFLITS (M.A.R.C./A.D.R.)

L'ordonnance du 16 novembre 2011 (art. 21) dispose :

« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elle ou désigné, avec leur accord, par le Juge saisi du litige ».

L'article 1530 du code de procédure civile (décret du 20 janvier 2012) précise :

« La médiation s'entend, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris présente, quant à lui, la médiation de la manière suivante :

« La médiation est un mode amiable de règlement des conflits par lequel un tiers impartial et indépendant intervient entre deux ou plusieurs parties afin de les aider à résoudre le différend qui les oppose, de faciliter la recherche d'une solution négociée en évitant ainsi le recours à un procès.

Ce tiers doit être véritablement extérieur aux parties, c'est-à-dire n'avoir aucun intérêt à la solution que les parties peuvent trouver. Il ne s'agit pas de trancher un litige comme le ferait un juge, ou un arbitre. »

Le législateur insiste sur le terme processus afin de préciser que la médiation n'est pas une procédure rigide à la différence d'autres Modes Alternatifs de Règlement de Conflits (M.A.R.C.).

La médiation est un acte de volonté, c'est un contrat qui implique les parties (les médiés) et le médiateur.

La mise en œuvre du droit par le procès favorise la radicalisation des positions et l'imposition d'une solution. Le juge se base uniquement sur les faits, les positions, la loi, sans tenir compte d'éléments sous-jacents au litige tels que, notamment : le vécu, les perceptions, les malentendus, les sentiments, les craintes, les intérêts, les besoins, les émotions et les valeurs.

Au contraire, la médiation permet aux personnes en litige de se réapproprier la gestion de leur conflit, l'accent se trouve ainsi mis non pas sur l'objet du différend, mais sur le blocage de la communication entre les parties en conflit.

Les parties redeviennent les acteurs de leur propre conflit en s'adjoignant les services d'un médiateur, qui facilite la communication, véritable catalyseur humain, garant d'un processus qui a pour objectif de transformer ainsi les perceptions que peuvent avoir les parties au conflit qui les oppose afin de parvenir à un accord.

Le but de la médiation est de faire émerger une solution qui vient des parties et non de leur proposer une solution extérieure.

Le médiateur est un facilitateur qui agit sur le processus de recherche de l'accord et non pas sur le contenu de cet accord lui-même.

Il convient d'insister en particulier sur la notion de processus structuré telle que définie dans l'article 21 de l'ordonnance du 16 novembre 2011.

La médiation n'est, en effet, pas une procédure rigide et n'est pas soumise aux règles du code de procédure civile contrairement à d'autres Modes Alternatifs de Règlement des Conflits.

Les pivots centraux de ce processus sont la liberté d'adhérer ou de renoncer à ce processus, la

neutralité, l'impartialité et l'indépendance du médiateur, la confidentialité du processus et des débats, le médiateur s'assurant de l'accord des médiés sur les règles de communication proposées par lui et sur la confidentialité des réunions plénières ou en caucus.

Durant ce processus, le médiateur conduit les parties à trouver l'objet de leur différend et procède par une écoute active et empathique.

Il fait en sorte d'amener les parties vers leurs besoins, les invite à la recherche de solutions et à la rédaction d'un accord.

La médiation ne peut jamais être imposée, elle n'est pas une convocation d'autorité, ni le résultat d'une clause compromissoire, la médiation est un procédé qui repose entièrement sur l'autonomie des participants.

Son processus rejoint celui de la maïeutique.

Le médiateur contribue à l'émergence d'une ou de solutions autonomes et donc à stimuler la créativité des médiés et en avoir lui-même.

La médiation a des caractéristiques qui lui sont spécifiques, une définition très rigoureuse, mais elle pâtit souvent d'une utilisation (dans son appellation) inappropriée, qui entraîne des confusions entre la conciliation, l'arbitrage, la négociation ou la transaction.

CE QU'ELLE N'EST PAS

Si le législateur perdure à opérer une confusion entre conciliation et médiation, il convient de rappeler que le conciliateur, tel qu'il est prévu par le code de procédure civile, se soumet tout d'abord à une procédure, et non un processus, il ne peut se défaire du principe du contradictoire, il doit respecter les règles d'ordre public à peine de nullité, résoudre un problème d'ordre ponctuel, souvent juridique, et propose lui-même une solution.

L'arbitre a le pouvoir de juger. Ce pouvoir juridictionnel lui est donné par les parties et il rend une sentence qui s'impose aux parties.

La différence entre la conciliation, l'arbitrage, le jugement et la médiation, et que si elles sont ternaires dans la structure, la médiation est la seule à être ternaire dans son résultat.

En effet, le Juge, l'Arbitre doivent trancher et, dès lors, le résultat se trouve être binaire et non ternaire, les parties sont dépossédées de leur conflit, mais également de la solution imposée par le Juge ou l'Arbitre.

La médiation se situe dans les processus de dépassement du conflit et de construction d'un avenir, entre les parties.

A la différence de la médiation, la conciliation peut être imposée par une autorité publique, par exemple dans le cadre d'une procédure ou dans le cadre d'un contentieux du contrat de travail, ou dans les recours précontentieux.

Le Conciliateur, de par son statut, n'a pas une totale liberté créatrice. Il doit respecter une procédure et son activité est bornée par des limitations de saisine et de délais telles que, par exemple, les médiateurs en assurance.

En effet, la création d'une fonction de médiation dans le domaine des assurances ou des banques, ou du crédit, résulte de l'incitation des pouvoirs publics, par exemple la charte de la Médiation de la FFSA, prévoit un dispositif à deux niveaux. Un au niveau de chaque entreprise assurance confié à une personnalité extérieure, un second au niveau de la FFSA. Il s'agit d'un médiateur professionnel, désigné à l'unanimité par un conseil composé du Président de l'Institut National de la Consommation, du Président de la Commission Consultative de l'assurance et du Président de la FFSA.

Il opère selon une procédure très juridique et rend un avis motivé dans les trois mois suivant sa saisine. Il tranche, en conséquence, le point qui lui est soumis en donnant son avis personnel.

De tels médiateurs, que l'on appelle également institutionnels, suscitent la plupart du temps la méfiance des usagers qui ne les perçoivent pas comme étant des tiers indépendants, neutres et impartiaux.

La médiation ne peut donc se concevoir sans un tiers extérieur, n'ayant aucun pouvoir institutionnel. La présence d'un troisième n'est pas un tiers. Le médiateur doit être extérieur, c'est ce qui lui donne son caractère distinctif. En conséquence, s'il entretient un lien juridique de subordination ou de représentation avec un des médiés, il ne peut pas être médiateur.

Par ailleurs, la transaction fait partie des contrats synallagmatiques qui exigent la réciprocité des concessions (Art. 2044 du code civil). En l'espèce, le tiers est totalement absent de la transaction.

La négociation n'est pas ternaire car on peut négocier à deux, le tiers n'est pas indispensable. Le but de la négociation est d'arriver à une solution médiane, ce qui n'est pas le cas de la médiation.

La médiation est différente de la conciliation, négociation, arbitrage et transaction.

INTERETS ET FINALITE

La médiation peut être utilisée en cas d'existence ou non d'une clause de médiation figurant dans le contrat liant les parties (contrat d'assurance, contrat d'intermédiation, contrat de prestations de services, contrat de fournisseur, etc..).

En présence d'une clause de médiation insérée dans un contrat, les parties se verraient déclarer irrecevables à agir devant une juridiction sans avoir mis en place le processus de médiation au préalable, et l'une d'entre elles pourrait exciper d'une fin de non-recevoir (C. Cassation, ch. Mixte, 14/02/2003).

Sans clause, une des parties interroge la partie adverse sur un accord éventuel afin d'utiliser ce processus.

Elles pourront, l'une ou l'autre ou les deux, solliciter du CEFAREA/CMAP la mise en place d'une médiation.

L'Avocat, Conseil de l'entreprise, peut également prescrire à son client la mise en place d'une médiation dans le souci de préserver l'intérêt des parties et dans le but d'une résolution rapide de leur conflit. Il participera au processus.

Dans ce cadre, l'Avocat a un rôle plus large. Sa nouvelle mission consiste à évaluer l'intérêt d'un accord potentiel ou les risques d'un refus.

Il éclaire le choix de la partie, procède à la rédaction d'un accord lorsqu'une solution est trouvée.

Les parties peuvent décider de mettre en place une médiation en cours de procédure, elles solliciteront alors du Juge un sursis à statuer.

Du point de vue des parties (sondage auprès des médiés), les principales motivations pour avoir recours au processus de la médiation sont :

- préserver de bonnes relations : la rétractation des marchés et des interlocuteurs peut conduire légitimement une entreprise à vouloir maintenir des liens contractuels et des liens d'entreprise avec la partie qui l'oppose au différend.
- gagner du temps : le médiateur tente de parvenir à un règlement amiable du différend dans un délai rapide (82% des conflits trouvent leurs solutions en moins de 30 heures, évitant les longues procédures).

- limiter les frais et éviter le coût du procès. Une convention fixant le barème des frais et honoraires leur est soumise en amont de la médiation.
- préserver la confidentialité, un des pivots central du processus de la médiation.

L'article 21-3 de l'ordonnance du 16 novembre 2011 confirme ce principe de confidentialité, il innove l'ensemble du processus de médiation et s'impose à l'ensemble des personnes qui y participent. Ce qui leur permet une libre expression et une créativité dans l'énoncé des solutions qu'elles peuvent proposer pour régler leur différend.

En cas d'instance déjà introduite devant le Tribunal ou d'arbitrage sollicité, la médiation interrompt la procédure, elle est conduite sous le même sceau de confidentialité.

Le Juge ne sera informé que de l'échec ou du succès de la médiation.

Le droit d'accès à la médiation est préservé par l'article 2238 du code civil qui suspend la prescription à compter du jour où les parties conviennent d'y recourir.

Les parties peuvent exploiter de manière optimale le conflit en recherchant le dépassement des différends et en construisant une relation positive et pleine d'avenir.

PRINCIPES FONDAMENTAUX

C'est par l'assise de grands principes fondamentaux que le sens de la médiation prend toute sa force.

Le premier principe est la liberté des parties, et ces deux corollaires : le médiateur n'est garant que du processus, il n'a pas de pouvoir sur le fond du litige.

Le médiateur est neutre, impartial et indépendant. Les parties adhèrent à l'esprit, aux règles de communication, à la confidentialité et au processus. Cette adhésion nécessite l'information sur le cadre et les méthodes que donne le médiateur avant tout démarrage de la médiation elle-même.

Il recueille le consentement des médiés sur le cadre et sur la confidentialité.

L'article 21-2 de l'ordonnance du 16 novembre 2011 dispose : « Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

L'indépendance, qui était listée précédemment, ne se retrouve pas dans le texte de l'ordonnance. Mais elle est nécessairement maintenue dans la pratique.

Les médiateurs signent des chartes de déontologie et adhèrent au règlement des centres de médiation. Le médiateur doit être indépendant, il ne peut intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient ou a entretenu des liens personnels, économiques ou professionnels.

L'appréciation de cette indépendance est l'absence de soumission à un pouvoir hiérarchique, mais également une indépendance fonctionnelle, sa saisine ne peut dépendre que de la volonté des parties.

Le médiateur est soumis à l'impartialité et à la neutralité. Il n'a pas à prendre parti, ni à privilégier un point de vue sur un autre. La neutralité, elle, se réfère à la position du médiateur, il ne doit pas avoir d'intérêt direct dans l'issue du processus de la médiation.

Il aura à coeur de rappeler cette neutralité, cette impartialité, cette indépendance et le fait qu'il soit soumis lui-même au secret professionnel, à la confidentialité à l'instar des parties.

Il a la responsabilité de garantir l'existence de l'authenticité de la médiation tout au long du processus. Il n'a d'autre autorité que celle que lui reconnaissent les médiés qui s'adressent à lui sans la contrainte d'une quelconque institution.

Son absence de pouvoir et le libre choix conduisent les parties en médiation à une attitude active, constructive, facilitant ainsi l'émergence de solutions qu'elles trouvent en toute autonomie.

Enfin, il doit faire preuve d'empathie.

En ce qui concerne leur formation, les médiateurs ont des diplômes, des formations et des expériences professionnelles antérieures variées.

Ils sont soumis à la fois à un apprentissage théorique et à des ateliers pratiques. Sur ce point, il est à noter que le CEFAREA agréé des médiateurs, via la formation donnée par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.

Cette formation est sanctionnée par une épreuve écrite et un oral sur lesquels débouche un agrément, lequel est soumis à une formation continue obligatoire.

Enfin, l'article 21-5 de l'ordonnance du 16 novembre 2011 précise, comme le précisait, d'ailleurs, la loi ancienne, que l'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire, cette homologation n'étant en rien obligatoire.

PROCESSUS GAGNANT/GAGNANT

Elle permet aux parties de se réapproprier leur conflit, de perdre moins d'énergie, de limiter les coûts et de maintenir les relations.

Les parties restent maître des solutions qu'elles proposent sur le règlement de leur conflit, ce qui constitue pour elles un gain de temps et d'argent non négligeable.

Les Avocats des parties médiées sont prescripteurs, conseils et rédacteurs du protocole d'accord. Les clients les remercient d'avoir été à leur côté tout en préservant les relations humaines et professionnelles à venir.

La pratique démontre : la satisfaction de l'accord obtenu (70 % de réussite) et la mise en oeuvre sans difficulté de solutions trouvées par les médiés eux-mêmes.

La médiation inter-entreprise, conventionnelle ou spontanée, telle qu'elle vient d'être décrite, se pratique également intra-entreprise et se développe, de manière très rapide, notamment dans le cadre des risques psycho-sociaux.

La possibilité, en cas de conflit interne ou externe à l'entreprise, de faire appel à la médiation s'avère être un outil qui va dans le sens des relations durables.

L'arbitrage de l'assurance et l'assureur en arbitrage

Eric Evian

Directeur du développement CGPA Europe
Secrétaire Général du CEFAREA

Les relations entre les assureurs et l'arbitrage ne sont pas récentes. Elles demeurent toutefois complexes et contrastées.

Ces relations sont complexes car il est vrai que la notion même d'arbitrage, fondée sur la volonté des parties contractantes et l'effet relatif des conventions s'accommode parfois difficilement de l'opération d'assurance laquelle, par définition, met en jeu des relations à plusieurs parties, trois ou plus : l'assuré, l'assureur et selon les cas la victime, l'ayant droit ou l'auteur du dommage.

Ces relations sont contrastées car si l'arbitrage est de mise dans certains domaines de l'assurance et en particulier dans les affaires de réassurance, il a été longtemps ignoré, par méconnaissance, voire par défiance dans de nombreux secteurs de l'assurance.

En outre, il faut bien reconnaître que ces relations entre assurance et arbitrage ont historiquement bien mal débuté.

C'est, en effet, à l'occasion d'une affaire mettant en scène un assureur et son assuré que fut rendu le célèbre arrêt Prunier de 1843¹ qui a marqué la jurisprudence relative à la clause compromissoire.

Dans cette affaire, une Compagnie d'assurance « l'Alliance » avait pris pour habitude d'imposer à ses clients, au moyen d'un contrat d'adhésion, le règlement de leurs différends par voie d'arbitrage, nécessairement établi à Paris, exposant de ce fait, ses assurés, quel que soit leur qualité et leur lieu de résidence, à un onéreux voyage et les plaçant en situation de faiblesse pour défendre leur droits. Un contentieux se noua autour de la validité d'une telle clause.

Portée devant la chambre civile de la Cour de cassation, cette affaire va donner lieu à un arrêt de principe qui sera interprété comme proscrivant la validité de la clause compromissoire dans les rapports de commerce interne.

Cette décision va, par la suite, faire peser sur la clause compromissoire de manière générale, une suspicion dont elle ne se relèvera que fort tardivement et aux termes de plusieurs étapes législatives s'étalant de 1925 à 2001².

Les relations entre assurance et arbitrage ne datent donc pas d'hier.

L'intensité de ces relations va varier selon qu'elles mettent en jeu des professionnels avertis, qu'elles incluent la présence de consommateurs, ou bien encore, selon les branches d'assurance concernées.

Mais si l'arbitrage a longtemps été limité à la réassurance, son utilisation a aujourd'hui dépassé ce seul terrain et atteint certains domaines de l'assurance directe.

Après une phase de découverte, voire de méfiance, le monde de l'assurance s'ouvre à l'arbitrage comme mode de résolution de ses conflits.

Encore faut-il distinguer les différentes situations dans lesquelles le monde de l'assurance et celui de l'arbitrage se rencontrent.

D) L'ARBITRAGE DE L'ASSURANCE

Traditionnellement, le secteur de la **réassurance** est une des terres d'élection de l'arbitrage.

Plusieurs raisons expliquent cet état de fait et rejoignent les vertus que l'on prête généralement à l'arbitrage.

Le caractère international de la réassurance

Les traités de réassurance, les facultatives, ont souvent un caractère international, dès lors, à quelle juridiction étatique confier le soin de régler les conflits pouvant intervenir entre la cédante d'un état A, son réassureur d'un état B ? L'arbitrage, justice émancipée de tout système de droit étatique, fondée sur la seule volonté des parties, permet de voir un différend tranché en toute impartialité, en se jouant des frontières, et d'avoir recours à juges choisis, neutres, indépendants et impartiaux.

La réassurance est une matière bien spécifique

Le contenu des accords de réassurance est marqué par son caractère technique et il est normal que les parties s'assurent que leurs différends pourront être tranchés par des hommes de l'art, connaissant la matière en jeu, ce que permet l'arbitrage, justice dite « sur mesure ».

En outre, le poids des usages et pratiques de marché est important dans le domaine de la réassurance, ce qui renforce l'intérêt de l'arbitrage en la matière.

La confidentialité

La confidentialité est traditionnellement une des qualités mise en avant en faveur de l'arbitrage. En matière de réassurance, ce critère est également très important. Arbitrer pour ne pas ébruiter, a-t-on pu écrire à ce sujet. Les sommes en jeu, les circonstances des litiges justifient souvent que ces différends ne soient pas étalés sur la place publique.

L'arbitrage n'est plus cantonné à la réassurance

Plus récemment et pour des raisons identiques à celles évoquées ci dessus, le secteur de l'assurance directe s'est également tourné vers l'arbitrage³ et c'est avec **l'assurance dite des « grands risques »** que ce mode de résolution des litiges a trouvé le plus naturellement matière à s'exprimer.

C'est ainsi que les clauses compromissoires sont assez fréquemment préférées à la justice étatique en matière **d'assurance spatiale**, d'assurance de **risques politiques** ou encore de contrats d'assurance de **responsabilité des banques**. L'arbitrage tend également à pénétrer de manière significative le monde du courtage, de la coassurance et des accords de bancassurance. L'utilisation croissante par les entreprises assurées de captives « off shore » en tant qu'élément de gestion de leurs programmes d'assurance a pu, à cet égard, représenter un facteur d'accroissement des clauses compromissoires dans les contrats.

Arbitrage ad hoc ou institutionnel

Dans un premier temps, c'est l'arbitrage ad hoc et il faut bien le reconnaître, la place de Londres, qui s'est accaparée les arbitrages du secteur. Cependant, depuis le milieu des années 90, des centres d'arbitrages spécialisés en assurance ont émergé sous l'impulsion de l'Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) au titre desquels, pour la place de Paris, le Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'assurance (CEFAREA) joue un rôle croissant, profitant en cela du régime récemment rénové du droit Français de l'arbitrage⁴, afin d'offrir aux parties des listes d'arbitres qualifiés dans tous les secteurs de l'assurance et de la réassurance ainsi qu'un cadre institutionnel rapide, peu onéreux et confidentiel de règlement des conflits⁵.

L'amiable composition privilégiée

Enfin, quel que soit le mode d'organisation de l'arbitrage retenu, ad hoc ou institutionnel, il semble qu'il se dégage une préférence pour l'amiable composition, particulièrement en réassurance.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation les parties vont alors demander aux arbitres de rechercher si, au-delà, en complément, des considérations purement juridiques, des considérations d'équité doivent les conduire à modérer, compléter, voire à modifier leur jugement.

Le caractère réduit des acteurs, le poids des usages du secteur et la nécessité de maintenir des relations commerciales au-delà de la question du litige du moment vont conduire les parties, au travers de l'amiable composition, à permettre aux arbitres de tempérer les effets parfois trop rudes d'une décision rendue sur le seul fondement de la règle de droit.

II) L'ASSUREUR FACE À L'ARBITRAGE

A raison de la particularité de son activité, l'assureur connaît toutefois d'autres hypothèses de fréquentation de l'arbitrage.

Ainsi, lorsque des parties à une procédure d'arbitrage sont titulaires d'un contrat d'assurance couvrant, directement ou indirectement, tout ou partie de l'objet du litige à trancher, l'assureur pourra être conduit à intervenir dans la procédure d'arbitrage, voire même à y endosser la qualité de partie, sans y avoir véritablement consenti à l'origine, ce qui lui confère une position tout à fait unique face à cette institution.

En contrepoint de ce qui précède, précisons tout de suite qu'il n'est pas possible pour un assureur de se voir attiré dans une procédure d'arbitrage à laquelle serait partie l'un de ses assurés. L'appel en garantie ou l'intervention volontaire de l'assureur, notamment dans le cadre d'une couverture en responsabilité civile, n'est, en effet, pas juridiquement admis⁶.

La clause de direction de procès et l'arbitrage

C'est plutôt en vertu d'une **clause de direction de procès** que l'assureur va être amené à intervenir dans « les affaires de son assuré ». Ces clauses, fréquentes en matière de grands risques, permettent à l'assureur de prendre en charge la conduite du contentieux dont il supportera *in fine* la charge financière en cas de condamnation de son client⁷ et trouvent parfaitement à s'appliquer en matière d'arbitrage. Cette intervention de l'assureur, lequel ne saurait prendre ici la qualité de partie à l'arbitrage, ne va pas sans poser de questions, notamment sur la qualification juridique de cette intervention. Autre point, l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre en matière d'indépendance ou d'impartialité⁸ doit elle s'étendre à la sphère de ses relations avec l'assureur, pourtant un tiers à la procédure ? La prudence, compte tenu de la rigueur de la jurisprudence en la matière et le risque d'annulation de la sentence, recommande aux arbitres agissant en pareille situation de signaler, sans ambiguïté, tout lien avec l'assureur de la partie en cause.

L'assureur subrogé en arbitrage

Une autre hypothèse est celle de la **subrogation**. Il nous faut alors se placer après l'indemnisation du sinistre assuré : à raison de l'indemnisation du sinistre, l'assureur se voit accorder un recours subrogatoire contre celui qui est à l'origine du dommage. Si ce dernier est un co-contractant de l'assuré et en présence d'une clause compromissaire dans le contrat unissant ces deux parties, le recours subrogatoire de l'assureur devra nécessairement être exercé dans le cadre d'un arbitrage, le bénéfice de la clause étant transmis à l'assureur du fait de l'effet translatif de la subrogation.

L'assureur aura donc intérêt à se faire communiquer, au préalable, les clauses de litiges de ses assurés, ne serait-ce que pour valider ces dernières à l'aune des principes qu'il souhaite appliquer à ses propres contentieux ou arbitrages.

¹ Cass. Civ., 10 juillet 1843, S.1843, 1, p. 561 ; Rev.arb. 1992, 399 et 259.



- 2** La dernière modification au régime français de l'arbitrage ayant été introduite par le décret du 13 janvier 2011, Décret N° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage
- 3** R. Ghuedre et A. Job, « Du bon usage du recours à l'arbitrage en matière de différends d'assurance », Revue CEFAREA 2009
- 4** C. Bouckaert et R. Dupeyré, « Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance », RGDA, juin 2011, p. 361
- 5** ARIAS UK et ARIAS US également créés par l'AIDA proposent des services comparables.
- 6** Sauf accord unanime des parties à l'instance...
- 7** Le régime de cette clause est défini par l'article L. 113-17 du Code des assurances
- 8** Article 1456 du Code de procédure civile



Les nouvelles attentes des entreprises en matière d'arbitrage (*)

Alexandre Job(**)

Juriste d'entreprise

C'est un lieu commun de dire que l'arbitrage international a connu un fort développement durant ces trente dernières années au point de s'imposer comme un mode usuel de règlement des différends internationaux.

Les raisons de ce succès sont connues de tous. Il n'y a pas lieu d'y revenir, sauf peut-être pour souligner que :

- d'une part, l'arbitrage est la méthode la mieux acceptée pour le règlement des différends commerciaux internationaux dès lors que les parties ne souhaitent pas soumettre un éventuel litige aux juridictions nationales de l'une d'entre elles. Un arbitrage vaut souvent mieux qu'un procès en terre inconnue¹ !

- d'autre part, seul l'arbitrage ouvre la possibilité aux entreprises de faire trancher leurs litiges selon une procédure adaptée aux particularismes juridiques, culturels et économiques en jeu, par des juges prenant naturellement en compte les usages du commerce².

Si l'on en croit les statistiques récentes de quelques centres d'arbitrages tels la Chambre de commerce internationale (CCI), *the London Court of International Arbitration* (LCIA), ou l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC) pour ne citer que ceux-là, il semble que ce succès perdure³.

La CCI, par exemple, a enregistré 796 demandes d'arbitrage nouvelles en 2011. Ce chiffre est légèrement supérieur à celui de l'année précédente. Dans le même temps, ce sont 508 sentences qui ont été rendues, ce qui constitue, à ce jour, un record pour cette institution⁴. Les autres grandes institutions internationales connaissent de semblables progressions.

L'arbitrage donc se porte bien ! Et cela devrait encore continuer faute d'alternative crédible offerte aux opérateurs du commerce international. D'ailleurs, les sondages récents faits auprès des Directions Juridiques sont clairement fixés en ce sens⁵.

Pourtant, on peut légitimement s'interroger sur les raisons de ce succès. Aujourd'hui près de la moitié des entreprises qui ont recours à l'arbitrage se déclare déçue par la manière dont les arbitres se sont acquittés de leur mission⁶. Et depuis près d'une décennie se sont multipliés les articles, colloques ou rapports dénonçant ce que certains ont qualifié de « dérives arbitrales »⁷.

Les critiques portent principalement sur les questions de coûts et de délais de la procédure d'arbitrage. Ces deux sujets sont, et c'est un fait incontestable, au cœur des attentes de l'entreprise.

En cas de litige, en effet, les premières questions qu'un opérationnel va poser au juriste d'entreprise sont invariablement les suivantes :

Combien de temps va durer la procédure ? Combien va-t-elle coûter ?

Mais limiter les attentes de l'entreprise en matière d'arbitrage à des considérations de coûts et de délais est, à bien des égards, réducteur.

L'entreprise attend de l'arbitrage qu'il soit un mode équitable, efficace, flexible, discret de résolution des

litiges, dont le dénouement doit intervenir dans un délai compatible avec le rythme de la vie des affaires et pour un coût économiquement raisonnable.

Le présent article a pour but de passer en revue un certain nombre de ces attentes que l'on peut articuler autour de deux thèmes : l'efficacité (I), d'une part, la confiance et la transparence (II), d'autre part.

I) L'EFFICACITÉ

Deux points seront ici abordés :

- d'une part, les délais et les coûts de la procédure (a) ;
- d'autre part, la flexibilité de la procédure (b).

a) Les délais et les coûts

Il convient de se féliciter de la reconnaissance par le droit français de l'arbitrage du principe de célérité, expressément consacré par le récent Décret du 13 janvier 2011⁸, qui s'impose tant aux arbitres qu'aux parties.

Il faut également saluer les initiatives qui ont été prises par un certain nombre de centres d'arbitrage⁹ pour permettre aux procédures conduites sous leur égide de gagner en efficacité et en proposant même parfois aux arbitres des techniques de *Case Management*.

L'heure du bilan viendra et c'est à ce moment là que l'impact réel et effectif de ces mesures pourra être évalué et débattu. A ce titre, les entreprises ont un devoir de vigilance.

Cette exigence d'efficacité ne repose d'ailleurs pas que sur les seuls arbitres et institutions d'arbitrage, mais également sur les avocats et les entreprises qui doivent aussi prendre leur part de responsabilité et adapter leur pratique de gestion des litiges en conséquence. La maîtrise des délais et des coûts doit être une préoccupation permanente de tous.

Pour autant, ce serait une erreur de croire que ce qui a été fait est suffisant et qu'il convient de s'en satisfaire.

Dans la continuité de ce qui a déjà été mis en œuvre, les centres d'arbitrage pourraient développer plus encore, des sessions de formations en matière de *Case Management* et de sensibilisation des arbitres aux techniques de gestion de la procédure.

En pratique, il n'est pas rare de constater que certains arbitres ne sont pas suffisamment armés et pas suffisamment formés pour gérer efficacement une procédure de bout en bout et sous tous ses aspects : juridique, matériel, organisationnel et humain. Si cela est inné pour certains, ce n'est pas le cas pour tous !

Mais il ne faudrait pas que ces exigences d'efficacité et de célérité conduisent à des excès inverses à ceux dénoncés. Il ne faut pas confondre célérité et précipitation et faire de l'arbitrage une justice expéditive. La mission première de l'arbitre est de rendre une sentence arbitrale, méticuleusement motivée à l'issue d'une procédure conduite de manière équitable et juste. C'est l'essence même de sa fonction juridictionnelle. Le devoir – que l'on peut qualifier d'*administratif* – qui incombe à l'arbitre d'agir avec célérité doit le conduire à être attentif aux délais de la procédure mais cela ne doit pas se faire au détriment du professionnalisme qui est attendu de lui, ni de la qualité et de la rigueur de la décision qui sera rendue. Il y a un équilibre à trouver entre célérité et qualité.

Dans la recherche de cet équilibre, l'arbitre se doit de garder à l'esprit que l'écoute est, en matière d'arbitrage, une attente primordiale de l'entreprise car c'est véritablement « un plus » qu'offre l'arbitrage par rapport à la justice étatique où les débats oraux sont généralement réduits à leur plus simple expression, où les témoignages sont quasi-inexistants et où les parties n'ont pas toujours le sentiment d'avoir eu l'oc-

casation d'exposer pleinement leurs positions. Cette exigence d'écoute se traduit aussi par le souci de l'entreprise de faire comprendre à l'arbitre ses contraintes opérationnelles, commerciales ou économiques, ce à quoi le juge étatique n'est pas toujours sensible, centré qu'il est sur l'application objective de la règle de droit et ne mesurant pas toujours bien les réalités imposées par la vie des affaires.

De même, l'arbitre gagnerait à rappeler aux parties, au tout début de la procédure, l'importance qu'il entend donner au devoir de coopération loyale des parties à l'arbitrage.

Il s'agirait en quelque sorte de moraliser la procédure et de rappeler à l'attention de tous les conséquences que pourraient avoir toute tentative de l'une ou l'autre des parties de présenter des demandes dilatoires pour faire dériver la procédure. L'arbitre a ici une arme pour sanctionner ces dérives, avec la répartition des frais dans la sentence finale¹⁰.

Un effort supplémentaire pourrait également être conduit pour assurer une meilleure prévisibilité des coûts que l'entreprise sera amenée à engager pour mener à bien la procédure :

1. les avocats devraient, de manière plus systématique, proposer des prévisionnels d'honoraires pour tout ou partie de la procédure (peut-être les entreprises devraient-elles aussi le demander plus fréquemment),
2. les arbitres et les centres d'arbitrage devraient aussi donner à leurs utilisateurs une meilleure visibilité sur les coûts à venir. Il serait bon que les parties soient très tôt informées, soit par l'arbitre, soit par le centre d'arbitrage, du coût prévisionnel des frais et honoraires d'arbitrage en leur donnant soit des indications sur l'indice minimum ou maximum du barème de frais et honoraires applicable ou, lorsque le montant des honoraires est fonction du temps passé¹¹, un estimatif du temps que l'arbitre estime devoir consacrer à l'instruction du litige compte tenu de ses caractéristiques propres.

Cela est difficile à mettre en œuvre en pratique, car le temps nécessaire à l'instruction d'un dossier dépend beaucoup du comportement des parties, du volume des écritures, de leur nombre, de l'importance du nombre des pièces communiquées, etc. ; mais la difficulté n'est pas une raison suffisante pour se dérober devant l'obstacle.

Outre l'intérêt purement comptable et budgétaire pour l'entreprise, ces données financières, recourent deux avantages supplémentaires :

- d'une part, du point de vue de l'efficacité de la procédure, ce travail oblige à une implication rapide de l'arbitre dans la prise de connaissance des éléments de la procédure,
- d'autre part, en termes d'opportunité, cela permettrait aux entreprises de faire, au plus tôt, une évaluation la plus complète possible du litige dans toutes ses dimensions : factuelles, juridiques, temporelles, financières. Mis en perspective avec l'enjeu réel du litige et la nécessité de préserver une relation commerciale établie, ces éléments peuvent orienter les parties vers un règlement amiable du litige.

3. la rationalisation des coûts passe enfin par une plus grande implication de l'entreprise dans la gestion de ses litiges. Cela impose donc une autre façon de travailler pour le juriste d'entreprise. Pour les dossiers les plus complexes, la procédure doit être gérée de la même manière que l'entreprise gère ses projets industriels. De la sorte, le juriste d'entreprise vient prendre une part plus active dans le suivi, la coordination et l'animation de la procédure d'arbitrage et valider l'ensemble des actions à prendre et fixer les objectifs à atteindre. Le contentieux n'étant que la poursuite de la stratégie d'entreprise par d'autres moyens, le juriste d'entreprise se doit d'en être le garant pendant toute la durée de la procédure.

b) La flexibilité : l'ouverture vers des solutions alternatives

L'une des caractéristiques de l'arbitrage est sa flexibilité. Ainsi, l'arbitrage plus que toute autre procédure, permet d'ouvrir des passerelles vers des solutions négociées. L'arbitre ne peut plus se contenter aujourd'hui de sa casquette de « juge » ; il doit aussi savoir se coiffer de celle d'un « facilitateur ».

Plus qu'aux parties (qui pour des raisons tactique ne le feront pas toujours d'elles-mêmes par crainte de voir une telle proposition perçue comme un signe de faiblesse), c'est à l'arbitre de savoir proposer, au mo-

ment opportun et lorsque que les circonstances s'y prêtent, une tentative de conciliation ou de médiation en cours d'arbitrage. Cette proposition peut intervenir à tout stade de la procédure. A cet égard, le prononcé de sentences partielles, sur certains points clés d'un litige, peut constituer des événements déclencheurs pour ouvrir de telles passerelles.

Dans un contexte de « judiciarisation » de l'arbitrage un recours plus fréquent à ce type de passerelles rend à l'arbitrage une part de sa flexibilité perdue.

Cette attente s'inscrit dans la recherche par l'entreprise, sauf en cas de contentieux de principe, de solutions plus orientées sur la préservation de ses intérêts commerciaux.

L'arbitrage n'est pas une fin en soi pour l'entreprise. C'est un moyen d'atteindre un objectif : trouver une solution à un litige donné.

Si l'arbitre peut prendre l'initiative de proposer aux parties, dans les dossiers qui le justifient, des ouvertures vers une possible conciliation lato sensu, il ne doit pas pour autant porter ces deux casquettes en même temps.

Il n'y a rien de pire que l'arbitre qui pousse à tout prix les parties à transiger lorsque celles-ci ne le souhaitent pas.

Cela peut conduire à des dérives, comme par exemple des sentences partielles qui statueraient sur le principe de la responsabilité - mais pas sur le quantum - en étant davantage inspirées par la volonté d'inciter les parties à transiger, en les renvoyant dos à dos, là où juridiquement une solution plus rigoureuse s'imposerait en termes de partage de responsabilité.

Il doit donc y avoir dans l'arbitrage un temps pour envisager la solution transactionnelle, au besoin à l'initiative de l'arbitre, mais aussi un temps pour dire le droit et juger avec toute la rigueur qu'impose la mission de juger.

C'est d'autant plus important que parfois, c'est parce que l'arbitre sera allé jusqu'au bout du processus arbitral, et aura rendu une sentence juste et rigoureusement motivée, que les parties prendront mieux conscience des droits et obligations que le contrat litigieux faisait peser sur elles. Cela sera susceptible d'aider les parties à régler leur conflit, autrement dit à dé-cristalliser les positions irrationnelles de chaque partie qui sont souvent à l'origine de ce conflit.

II) CONFIANCE ET TRANSPARENCE

Face à certains errements de la pratique arbitrale, les praticiens et usagers de l'arbitrage doivent s'interroger sur les nouveaux défis auxquels est confronté ce mode de résolution des litiges.

Deux points seront ici abordés :

- d'une part, la confiance dans l'arbitre (a), la confiance dans les décisions rendues en cours de procédure arbitrale.
- d'autre part, l'exigence de transparence face à la motivation des sentences arbitrales et des décisions de récusation d'arbitre

a) La confiance dans l'arbitre

Le choix de l'arbitre est, pour l'entreprise, un moment clé du processus arbitral. Et les entreprises y accordent une attention particulière¹². Comme on a coutume de le dire « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage¹³ ».

Au-delà des qualités juridiques, scientifiques, techniques, linguistiques normalement attendues de l'arbitre, l'entreprise accorde une grande importance à son professionnalisme, son expérience, sa disponibilité, mais aussi sa part d'humanité, et *last but not least* à son indépendance et son impartialité¹⁴.

La mission de l'arbitre est noble. L'arbitre est un juge. En tant que tel, il doit, aux yeux des justiciables, être irréprochable¹⁵.

Or, on a assisté ces dernières années à un développement du contentieux de la récusation et de l'annulation fondé sur des manquements supposés ou avérés de l'arbitre à ses obligations en matière d'indépendance et d'impartialité. C'est le signe d'une crise de confiance. Quant à la jurisprudence, elle se montre sévère et exigeante pour apprécier l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Exigeantes, les entreprises le sont aussi en ce domaine.

L'enjeu est d'importance puisque le manquement de l'arbitre à ces qualités essentielles peut conduire à l'annulation pure et simple de la sentence et partant, mettre à néant plusieurs années de procédure, sans compter l'argent et le temps perdus pour l'entreprise.

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre s'apprécient au travers de l'obligation de révélation à laquelle il est astreint tout au long de la procédure¹⁶. La révélation est l'instrument de vérification dont disposent les parties pour mesurer, jauger l'indépendance de l'arbitre¹⁷.

La révélation est la clef de la confiance des parties envers l'arbitre, élément essentiel au processus arbitral. C'est justement l'honnêteté de l'arbitre, sa capacité à jouer la transparence et sa sérénité à révéler aux parties tout élément de nature à lever un doute légitime dans l'esprit des parties sur son indépendance, qui va contribuer à lui permettre de gagner leur confiance.

Or c'est bien souvent d'une révélation imparfaite, incomplète ou « perlée » que va naître le doute dans l'esprit d'une partie¹⁸. Dans les faits, l'abstention de révéler crée souvent une présomption (irréfragable) de doute.

En pratique, l'attente des entreprises est simple : Il faut révéler tous les liens que l'arbitre peut entretenir avec l'une des parties, l'un des conseils à la procédure et/ou avec l'un des co-arbitres. Exerçant une fonction juridictionnelle, l'arbitre doit être indépendant à l'égard de chacune des parties mais aussi à l'égard des autres membres du tribunal arbitral et cela, pour conserver sa liberté de jugement. En ce domaine, l'excès de prudence est un péché véniel sans conséquence. L'inverse, lui, ne l'est pas.

Les centres d'arbitrage ont aussi un rôle à jouer en adoptant, par exemple, des chartes éthiques ou des guides de bonne conduite s'imposant aux arbitres siégeant sous leur égide et en proposant aux arbitres des outils leur permettant d'identifier plus aisément les situations de conflits d'intérêts potentiels. Ils doivent également adapter le fonctionnement de leurs organes internes à cette exigence de transparence¹⁹.

Quant aux entreprises, elles peuvent aussi apporter leur pierre à l'édifice en créant des bases de données internes recensant le nom des arbitres auxquels elles ont eu recours au fil du temps afin de prévenir le risque de désignations répétitives²⁰. De même, l'intervention sur le marché de l'arbitrage de tiers financeurs doit conduire les entreprises qui ont recours à ce type de financement à en dévoiler l'existence afin de permettre à l'arbitre de faire une révélation aussi exacte que possible car l'on ne peut a priori exclure le cas de conflits d'intérêts entre un arbitre et le tiers financeur.

Pour autant, il ne faut pas inverser les rôles. C'est à l'arbitre qu'il incombe de révéler et non à l'entreprise d'investiguer.

Enfin, les entreprises sont à la recherche d'une certaine harmonie dans la manière dont les différents centres d'arbitrage traitent les questions d'indépendance et d'impartialité lorsqu'elles sont saisies de recours en récusation.

Il est difficilement compréhensible pour une entreprise de voir une même situation appréciée de manière différente selon que le centre d'arbitrage (ou le siège de l'arbitrage) se situe à Paris, Londres ou Genève.

De telles contradictions nuisent à la prévisibilité attendue des entreprises.

Un travail de concertation et d'uniformisation entre les centres d'arbitrage serait louable (tout en respectant les particularités de chacun) et la Fédération des Centres d'Arbitrage (FCA)²¹, dont le CEFAREA est l'un

des membres, a assurément un rôle moteur à jouer dans la réalisation de cette tâche en y prenant toute la part qui lui revient.

b) L'exigence de transparence face à la motivation des sentences arbitrales et des décisions de récusation d'arbitre

Les entreprises expriment le souhait d'un effort dans la motivation de sentences arbitrales.

En pratique la motivation des sentences est trop souvent encore inversement proportionnelle à la longueur de la sentence !

Or la motivation est la base de l'acceptation de la sentence par les parties, gagnante comme perdante. Une décision bien motivée, dont les parties comprennent la rationalité, est le gage d'une exécution spontanée et participe, en conséquence, de l'efficacité même du processus arbitral.

Par ailleurs, la question de la motivation des décisions de récusation se pose aujourd'hui avec acuité. A ce jour, seule la *London Court of International Arbitration* (LCIA)²², parmi les grandes institutions internationales, motive les décisions de récusation. Une telle situation n'est plus acceptable pour l'entreprise utilisatrice de l'arbitrage qui a besoin de comprendre « le pourquoi du comment » de la décision rendue. L'absence de motivation est bien souvent source d'incompréhension, de frustration et partant, de rejet.

On peut certes convenir que les décisions en matière de récusation sont parfois difficiles à motiver en ce qu'elles portent sur des questions de personnes, mais si le juge d'appui se prête à l'exercice on ne voit pas bien pourquoi les centres d'arbitrage ne trouveraient pas le courage de le faire aussi.

*
* *

A l'heure où l'arbitrage est devenu un mode de règlement des litiges à la fois de plus en plus courant et de plus en plus technique et procédurier, il n'est pas inutile de lui redonner une certaine forme d'humanisme. Autrement dit, il s'agit de replacer l'humain au cœur du processus arbitral.

Cela passe par une meilleure perception par les arbitres des attentes des parties sur le fond de leur litige, mais aussi par davantage de rigueur, de transparence, voire de moralité, de la part de celui auquel les parties accordent leur confiance et confient cette difficile mission de juger.

* Sous réserve de quelques ajustements, cet article est tiré de la conférence prononcée par l'auteur devant l'Association Française d'Arbitrage, le 10 septembre 2012. Sa forme orale a été conservée. La version intégrale de l'intervention a été publiée dans Les Annonces de la Seine, n°69-2012, p. 15.

** Les propos de l'auteur sont strictement personnels et n'engagent que lui.

- 1 J. Paulsson, E. Kleiman, Arbitrage International : La construction de sa légitimité, En Temps Réel, cahier n° 47, septembre 2011.
- 2 Voir, pour un exemple propre à l'arbitrage en matière d'assurance, l'article 20 c) du règlement d'arbitrage CEFA-REA-CMAP qui stipule : « Dans tous les cas, le tribunal décide conformément aux stipulations du contrat et il tient compte des usages de la profession ».
- 3 Voir par exemple : <http://www.arbitrationonline.org/research/ArbitrationInstat/index.html> ; http://www.lcia.org/LCIA/Casework_Report.aspx ; <http://www.sccinstitute.com/hem-3/statistik-2.aspx>.
- 4 A. Job, J. Rosell, . *Rapport statistique 2011 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) en matière d'arbitrage*, lemondedurdroit.fr, 28 juin 2012 ; A. Mourre, *L'arbitrage ICC consolidé en 2011 sa place de première institution mondiale d'arbitrage*, Echanges Internationaux, n°93, 2012, p. 11. Voir également : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>.
- 5 Voir *International Arbitration : Corporate attitudes and practices 2006* : Queen Mary School of Arbitration - PricewaterhouseCoopers, disponible sur <http://www.arbitrationonline.org>
- 6 Voir *2010 International Arbitration Survey – Choices in International Arbitration* : Queen Mary School of Arbitration, disponible sur <http://www.Arbitrationonline.org>.
- 7 A. Clarke, *International Arbitration: Current Corporate Concerns*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 20/2, 2009 ; J.C Najjar, *Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration*, Arbitration International, Volume 25(4), p. 515. M. Mc Ilwrath and R. Schroeder, *The View from an International Arbitration Customer: In Dire Need of Early Resolution*, Arbitration - The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators (2008) 74 ; P. Hobeck, V. Mahnken and M. Koebke, *Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration*, (2008) Int. A.L.R., Issue 2, p. 84. Pour d'autres dérives et abus affectant l'arbitrage (mais qui ne relèvent pas du champ de la présente étude) : M. de Boissésou, *L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)*, Revarb., 1993 p. 3 ; B. Hanotiau, *Misdeeds, wrongful conduct and illegality in arbitral proceedings*, ICCA Congress Series, 2003, n° 11 ; J.S. Boedels et V. Ferré, *En finir avec les abus de l'arbitrage international*, Les Echos, 24 septembre 2012 ; E. Loquin, *L'arbitrage face à la corruption et à la fraude*, RTD com., 1994, p. 703.
- 8 Article 1464 al. 3 du Code de procédure civile : « A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. « Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1. « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. ». Pour une présentation de la réforme du droit français de l'arbitrage, P. Duprey, *Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage in : L'arbitrage : principes et pratiques*, Les Cahiers du Conseil National des Barreaux, 2011, p. 14. Th. Clay (Dir), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011 ; E. Gaillard, P. de Lapasse, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011, Chron. 175.
- 9 Voir, par ex., *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 18 N° 1, p. 23. Christine Lecuyer-Thieffry, *Le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficience et transparence accrue*, Gazette du Palais, 5-7 février 2012, p. 12. A. Job, J.G Betto, *Aperçu du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI*, Journal Africain du Droit des Affaires (JADAF), 2012-2, p. 130. C'est également l'objet des travaux de révision du règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP auxquels l'auteur a pris part.
- 10 Lors du prononcé d'une sentence partielle ou intérimaire, l'arbitre pourrait décider de statuer sur la répartition des coûts liés à cette phase de la procédure. M. E. Schneider, *Lean Arbitration: Cost Control and Efficiency Through Progressive Identification of Issues and Separate Pricing of Arbitration Services*, Arbitration International, Vol. 10, No. 2, 1994. Dans cet article, l'auteur suggère que la répartition des frais et honoraires soit faite demande par demande afin de responsabiliser les parties afin de limiter le risque de demandes frivoles.

- 11** Ce qui est fréquemment le cas dans l'arbitrage ad hoc. Ce système est également prévu par le règlement d'arbitrage de la LCIA.
- 12** P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in : *Mélanges Jacques Robert, «libertés»*, Montchrestien, Paris 1998, pp. 353-363 ; E. Robine, *Le choix des arbitres*, Rev. arb., 1990, n°2, pp. 315-336. Selon lui, les parties souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres.
- 13** *Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator?*, ICC Publication No. 714, 2011.
- 14** M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ 2001 ; J-D Bredin, *La révélation, Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français*, in : *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, p. 349 (Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999) *Indépendance de l'arbitre*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément Spécial, ICC Publication No. 690, 2008. M. Danis, C. Dupeyron, *Arbitrage et impartialité de l'arbitre*, lemondedudroit.fr, 18 septembre 2012. Th. Clay, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in J. van Compernelle et G. Tarzia (sous la dir. de) : *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 199.
- 15** S. Lazareff, *De l'immoralité présumée de l'arbitre*, Les Cahiers de l'arbitrage, Vol. V, p. 12.
- 16** Th. Clay, *La disparition de l'obligation d'indépendance au profit de l'obligation de révélation*, note sous Paris 12 février 2009, Rev. arb., 2009, p. 186.
- 17** CA Paris, 12 février 2009, n°07/22164 : « l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont l'essence même de sa fonction arbitrale ». Voir également, CA Paris, 10 mars 2011, no 09/28540, EURL Tesco – CA Paris, 10 mars 2011, no 09/28826, Nykcool AB – CA Paris 1er juillet 2011, no 10/10402, SA Sobrior – Cass. 1re civ., 29 juin 2011, no 09-17346, Papillon Group Corporation.
- 18** Th. Clay, *L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la révélation des liens entre arbitre et conseil*, note sous Reims 2 nov. 2011, Paris Journal of International Arbitration 2011, p. 1109.
- 19** B. Moreau, *L'Éthique dans l'arbitrage : l'exemple de l'Association Française d'Arbitrage* : http://www.afa-arbitrage.com/IMG/pdf/11-12-09_-_L_ETHIQUE_DE_L_ARBITRAGE_9_DECEMBRE_2011.pdf
- 20** Voir par exemple, 1re Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, no 204, pourvoi no 09-68131 ; 1re Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, no 204, pourvoi no 09-68-997.
- 21** La Fédération des Centres d'Arbitrage (FCA) a été constituée le 5 avril 2012, entre l'AFA – Association Française d'Arbitrage, le CMAP – Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, la CAMP – Chambre arbitrale maritime de Paris, le CCFA – Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, la Chambre régionale d'arbitrage d'Aix-en-Provence, le Centre d'arbitrage et de médiation de Bretagne de Rennes, la CAREN – Cour d'arbitrage et Centre de médiation de l'Europe du Nord de Lille, la CEA – Cour Européenne d'Arbitrage, ayant son siège à Strasbourg et Valencia, la Chambre de conciliation et d'arbitrage de Toulouse Midi-Pyrénées, l'IEMA – Institut euro-méditerranéen d'arbitrage de Nice, l'ABA – Association bretonne d'arbitrage de Rennes, le CEFAREA – Centre français d'arbitrage de réassurance et assurance de Paris, l'IEAM – Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation de Paris.
- 22** Arbitration International, vol. 27, no. 3, 2011.

L'extention de la clause compromissoire à des parties non-signataires du contrat à la lumière de l'affaire « *DALLAH* »

Jérôme Barbet

Avocat à la Cour, Solicitor (England & Wales)

Pichard et Associés

1. La question de l'extension de la clause compromissoire à des parties non-signataires du contrat connaît un regain d'intérêt depuis l'affaire *Dallah c/ Gouvernement du Pakistan*, où les juridictions françaises et anglaises ont rendu, entre 2008 et 2011, des décisions diamétralement opposées.

Les faits peuvent être brièvement résumés comme suit : une société de droit saoudien *Dallah* avait signé, en juillet 1995, un **Memorandum of Understanding** avec le Gouvernement du Pakistan (Ministère des Affaires Religieuses), concernant la construction et la location de logements destinés à héberger des pèlerins pakistanais à La Mecque.

Au mois de septembre 1996, la société *Dallah* avait ensuite signé avec un *Trust*, constitué quelques mois plus tôt par le Gouvernement du Pakistan (*Awami Hajj Trust*), un contrat relatif à la construction de logements pour 45.000 pèlerins à La Mecque et leur location pour une durée de 99 ans par *Dallah* au *Trust*. Ce contrat contenait la clause compromissoire litigieuse (clause d'arbitrage CCI).

Le 12 décembre 1996, le *Trust* a cessé d'avoir une existence légale (du fait du non-renouvellement de l'ordonnance présidentielle pakistanaise ayant institué ledit *Trust*).

Par courrier du 19 janvier 1997, sur papier à en-tête du Ministère des Affaires Religieuses du Pakistan, un fonctionnaire de l'Etat pakistanais, qui était à la fois secrétaire du Ministère des Affaires Religieuses du Gouvernement du Pakistan et secrétaire d'un organe du *Trust*, a dénoncé la violation de ses obligations contractuelles par *Dallah*, équivalente à une résiliation puis le 20 janvier 1997, saisi les juridictions pakistanaïses pour faire constater la défaillance de *Dallah*.

La société *Dallah* a alors saisi la Cour internationale d'arbitrage de la CCI d'une demande d'arbitrage à l'encontre du Ministère des Affaires Religieuses du Gouvernement du Pakistan. Le Tribunal arbitral, siégeant à Paris, a rendu le 26 juin 2001, une première sentence, aux termes de laquelle il a considéré que le Gouvernement du Pakistan était lié par la clause compromissoire et s'est déclaré compétent.

Suivant deux autres sentences, rendues en 2004 et 2006, le Tribunal arbitral a ensuite retenu la responsabilité du Gouvernement du Pakistan à l'égard de la société *Dallah* et l'a condamné à verser la somme de 18.907.603 USD à titre de dommages-intérêts, outre 1.680.437 USD au titre des frais d'arbitrage.

2. Faisant application du droit français, désigné par la règle de conflit de lois, le juge anglais a considéré, dans cette affaire, que le Gouvernement du Pakistan ne pouvait être considéré comme lié par la clause compromissoire figurant dans le contrat conclu entre *Dallah* et le *Trust* et refusé de donner force exécutoire aux trois sentences arbitrales au Royaume-Uni (*v. England and Wales Court of Appeal*,

[2009] EWCA civ 755 ; [2010] 1 AER 592 ; *UK Supreme Court*, décision du 3 novembre 2010 [2010] UKSC 46).

A l'inverse, la Cour d'appel de Paris a considéré, dans la même affaire, que le Gouvernement du Pakistan, non signataire du contrat, était lié par la clause compromissoire et rejeté les recours en annulation formés à l'encontre des trois sentences, au motif, essentiellement, que « *l'implication du Gouvernement de la République, Ministère des Affaires Religieuses, sans qu'il soit fait état d'actes accomplis par le Trust, comme son comportement lors des négociations pré-contractuelles confirment que la création du Trust était purement formelle, et que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses comme Dallah en convenait s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique* » (Cour d'appel de Paris, Pôle I, Chambre I, 17 février 2011 ; Rev. arb. 2012, p. 369, note F.-X. Train ; G. Cuniberti, Cah. arb., 2011.433 ; I. Michou, JDI, 2011.395 ; L.-C. Delanoy, LPA, 2011, n° 225, p. 5, Ch. Seraglini, JCP, 2011, 1432, n° 2).

3. Cette divergence de solutions paraît étonnante, dans la mesure où les juges anglais et français, saisis des mêmes faits, ont fait application, dans la même affaire, du même droit (le droit français) : (i) le juge anglais, par application de sa règle de conflit de lois (qui désignait le droit français) ; et (ii) le juge français, en application d'une règle matérielle propre au droit français de l'arbitrage international (règle matérielle française applicable dès lors que le juge français est saisi).

4. Pourquoi une telle divergence ? Le juge anglais a-t-il bien compris le critère d'extension posé par la jurisprudence française ? Ce critère est-il « subjectif » ou « objectif » ?

5. L'extension de la clause compromissoire à une partie non-signataire du contrat, du fait de son comportement, a été consacrée par la jurisprudence française il y a près de 30 ans, tout d'abord dans une affaire « *Dow Chemical* » (Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, 21 octobre 1983, Rev. arb. 1984, note A. Chapelle), puis dans de nombreuses affaires subséquentes, notamment, « *Korsnas Marma* », « *Orri* », « *Cotunav* ». Afin de parvenir à cette solution, la Cour d'appel de Paris avait initialement posé la règle matérielle suivante : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait* » (v. notamment Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, 30 novembre 1988 et Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, 14 février 1989, Rev. arb. 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz ; Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, 11 janvier 1990, Rev. arb. 1992, p. 99, note D. Cohen ; Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, 28 novembre 1989, Rev. arb. 1990, note P. Mayer).

6. Dès l'origine, le critère d'extension posé par la Cour d'appel de Paris était quelque peu objectif, puisque la seule constatation qu'une partie non-signataire du contrat était directement impliquée dans l'exécution dudit contrat, « *commandait* » de lui étendre l'application de la clause compromissoire, sous réserve que la « *situation contractuelle* » de cette partie et « *ses activités* » puissent faire « *présumer* » qu'elle avait « *accepté la clause d'arbitrage* ».

Si l'extension de la clause compromissoire à une partie non-signataire du contrat était fondée, en apparence, sur un critère tiré de la volonté - l'acceptation tacite de la clause d'arbitrage par la partie non-signataire -, cette acceptation était en réalité présumée à partir d'éléments objectifs, tirés du comportement de la partie non-signataire avant, pendant et/ou après l'exécution du contrat (le critère

essentiel étant celui de l'implication directe de la partie non-signataire dans les pourparlers pré-contractuels, l'exécution et/ou la résiliation du contrat contenant la clause compromissoire).

Quelle justification donner à cette jurisprudence ? Dans la mesure où les opérateurs du commerce international ne sont pas des novices et sont censés savoir ce qu'ils font, il peut paraître raisonnable de considérer qu'ils doivent supporter les conséquences de leurs actes, lorsqu'ils s'immiscent dans l'exécution d'un contrat. Il n'en reste pas moins qu'en matière d'arbitrage, la volonté des parties, d'exclure la compétence des juridictions étatiques, reste essentielle, et constitue le fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. La jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, particulièrement favorable à l'arbitrage, pouvait donc paraître quelque peu audacieuse. La réaction de la Cour de cassation s'est faite en deux temps.

7. Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est d'abord montrée relativement prudente face à ce nouveau cas d'extension du domaine de la clause compromissoire. Saisie d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt rendu dans l'une de ces affaires (affaire « *Cotunav* »), la Cour de cassation a admis, en 1991, l'extension de la clause compromissoire à une partie non signataire du contrat, mais aux termes d'une motivation différente de celle de la Cour d'appel de Paris. La Cour de cassation a en effet rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris au motif que la partie non-signataire, « *en exécutant l'accord en connaissance de cause avait, en réalité, ratifié celui-ci y compris la clause d'arbitrage* » (Cass., Civ. 1ère, 25 juin 1991, Rev. arb. 1992, p. 73, note D. Cohen). En se référant à la notion de « ratification » de l'accord par la partie non-signataire, la Cour de cassation a fait appel à un concept plus classique, tiré de la théorie générale du droit des obligations, que celui utilisé par la Cour d'appel de Paris (critère tiré de la constatation objective d'une implication directe dans l'exécution du contrat) afin d'étendre la clause compromissoire à une partie non signataire.

8. Nonobstant cet arrêt de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris a persisté à se servir d'un critère objectif afin d'étendre la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat, allant même jusqu'à dire, dans un arrêt « *Jaguar* » (1994), que l'extension était justifiée, notamment, par la nécessité que l'arbitre soit saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige : « *Dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige* » (Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre D, 7 décembre 1994, Rev. arb. 1996, p. 250, note Ch. Jarrosson).

Analysant cette jurisprudence, le Professeur Pierre Mayer a très justement relevé que : « *Pour qu'un individu ou une société soit lié par une clause d'arbitrage, son comportement n'a pas besoin de révéler son consentement d'être lié, mais exige seulement que l'individu ou la société soit informé de l'existence et du champ d'application de la clause d'arbitrage, et qu'il soit directement impliqué dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter. « Être impliqué », même « directement », ne signifie pas nécessairement consentir à être lié. L'effet obligatoire ne repose pas sur un consentement tacite ; il repose sur une situation objective : le fait d'avoir été impliqué* » (P. Mayer, « *Extension of the arbitration clause to non-signatories under French law* » in « *Multiple-party actions in international arbitration* », Oxford University Press, 2009).

9. Dans un deuxième temps, le critère objectif de l'extension a fini par l'emporter devant la Cour de cassation, laquelle a jugé, en 2007, que « *l'effet de la clause d'arbitrage s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* » (Cass., Civ. 1ère, 27 mars 2007, Sté ABS et AGF IART c/ Sté Amkor Technology & a. : JCP I, 168, note Ch. Séragliani). Dans son arrêt « *ABS* », la Cour de cassation ne fait pas référence à une « ratification » du contrat, ni à une

analyse subjective de la volonté de la partie non-signataire, d'être liée par la clause compromissoire. La seule implication d'une partie non signataire dans l'exécution du contrat suffit, objectivement, pour considérer qu'elle est liée par la clause compromissoire. Ainsi, « *la Cour de cassation a éliminé toute référence à un consentement supposé qui, dans certaines décisions de la Cour d'appel de Paris, reposait sur une double présomption : celle de connaissance de la clause d'arbitrage et, par conséquent, de consentement à celle-ci. Selon la Cour de cassation, les clauses d'arbitrage sont directement opposables à une partie individuelle si elle est « impliquée »...* » (P. Mayer, « *Extension of the arbitration clause to non-signatories under French law* » in « *Multiple-party actions in international arbitration* », Oxford University Press, 2009).

Dans la droite ligne de cette jurisprudence, qui érige le comportement objectif de la partie non-signataire, comme critère unique et suffisant d'extension de la clause compromissoire, la Cour d'appel de Paris a ensuite jugé, en 2009, que « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter.* » (Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre C, 7 mai 2009, J. Barbet, LPA, 2009, n°159-160, p. 10). Conformément à la jurisprudence « *ABS* », il n'est même plus exigé, afin d'étendre la clause compromissoire, de constater que la partie non-signataire avait connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage (étant ici précisé que la connaissance de la clause était auparavant présumée à partir d'éléments objectifs : la situation et les activités de la partie non-signataire).

10. Le critère d'extension étant objectif, les juridictions anglaises n'ont-elles pas « mal compris » les subtilités de la théorie française de l'extension de la clause compromissoire à des parties non signataires dans l'affaire *Dallah* ? La divergence entre les jugements français et anglais révèle certes une appréciation différente des faits, mais également et surtout, une compréhension différente du droit français. C'est, en effet, après une analyse à la fois du comportement des deux parties, mais également de leurs volontés, réelles ou supposées, que le juge anglais a décidé que l'extension de clause n'était pas justifiée. Analysant, par exemple, le courrier de résiliation du contrat, écrit sur papier à en-tête du Ministère des Affaires Religieuses du Gouvernement du Pakistan, le juge anglais a refusé d'en tirer la conséquence que le Gouvernement du Pakistan devait être considéré comme lié par la clause compromissoire, dans la mesure notamment où le signataire de ce courrier « *croyait* » que le *Trust* continuait d'exister ou au moins d'avoir une existence légale. Le juge anglais a procédé à une recherche de la volonté subjective des deux parties, de l'« *intention commune* » de la société *Dallah* et du Gouvernement du Pakistan d'être, ou non, liés par la clause compromissoire dans leurs rapports (décision précitée de la Cour Suprême du Royaume-Uni du 3 novembre 2010 § 2 et §61).

A l'inverse, la Cour d'appel de Paris a, quant à elle, fondé sa décision sur une analyse objective du seul comportement du Gouvernement du Pakistan, pour constater qu'il était impliqué dans les pourparlers pré-contractuels, l'exécution et la résiliation du contrat et en tirer la conséquence que la clause compromissoire devait lui être étendue. En relevant que « *l'implication du Gouvernement de la République, Ministère des Affaires Religieuses, sans qu'il soit fait état d'actes accomplis par le Trust, comme son comportement lors des négociations pré-contractuelles confirment que la création du Trust était purement formelle, et que le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires Religieuses comme Dallah en convenait s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique* », la Cour d'appel de Paris sanctionne, non pas la volonté tacite du Gouvernement du Pakistan d'être partie au contrat, mais la situation créée par le comportement objectif du Gouvernement du Pakistan, qui « *s'est comporté comme* » la véritable partie au contrat.

A l'inverse du juge anglais, la Cour d'appel de Paris n'a pas analysé le comportement de la partie signataire (la société *Dallah*) et ne s'est pas embarrassée d'une quelconque référence à la recherche d'une « *volonté commune* » des parties (la Cour d'appel de Paris se contente de relever que la société *Dallah* « *convenait* », quant à elle, que le Gouvernement du Pakistan s'était « *comporté comme la véritable*

partie pakistanaise lors de l'opération économique »). A cet égard, la décision de la Cour d'appel de Paris paraît, bien plus que celle du juge anglais, se situer dans le droit fil de la jurisprudence consacrée par l'arrêt « *ABS* » (Cass., Civ. 1ère, 27 mars 2007, préc.).

11. On se gardera cependant de considérer que la motivation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Dallah* est susceptible d'être généralisée à toutes les situations dans lesquelles un tiers s'immisce dans l'exécution d'un contrat, et que la recherche de la volonté commune des parties doit, *ipso facto*, être exclue dans un tel cas.

L'implication directe d'un tiers dans l'exécution d'un contrat ne saurait en effet suffire, à elle seule, à rendre la clause compromissoire applicable.

D'une part, l'immixtion d'un tiers dans le contrat peut parfois s'expliquer par des raisons autres que celles de vouloir se comporter comme une « véritable partie » au contrat : ainsi, de l'hypothèse du mandataire d'exécution (Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre, *Swiss Oil*, 16 juin 1988, Rev. arb., 1989, p. 309, note Ch. Jarrosson).

D'autre part, il faut encore, pour que la partie non-signataire soit liée par la clause compromissoire, que l'autre partie, qui a signé le contrat, en soit d'accord : cela était naturellement le cas dans l'affaire *Dallah*, où la partie qui avait signé le contrat (la société *Dallah*), cherchait à « imposer » la clause compromissoire à l'autre partie, non signataire (le Gouvernement du Pakistan).

Mais tel n'est pas toujours le cas : ainsi, lorsqu'un tiers qui n'a pas signé un contrat cherche à se prévaloir de la clause compromissoire qui y figure, la jurisprudence prend alors le soin de relever que l'immixtion dudit tiers dans l'exécution du contrat s'est faite « avec l'accord » de la partie qui a signé le contrat (v. Cass., Civ. 1ère, 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 367, Rev. arb., p. 870).

12. Conclusion : si l'affaire *Dallah* nous enseigne que la Cour d'appel de Paris entend se cantonner à une analyse objective du comportement de la partie non-signataire du contrat, il n'en reste pas moins difficile de faire l'impasse sur la question de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, fondement du pouvoir juridictionnel de l'arbitre.



Subrogation et arbitrage

Stéphane Choisez

Avocat à la Cour

Ngo Cohen Amir-Aslami et Associés

La pratique est parfois mauvaise conseillère.

Le rapport entre assurance et arbitrage - caractérisé par une relative indifférence de la première à la seconde - constitue un des meilleurs exemples de cette affirmation.

Car le droit des assurances repose plus que d'autres droits sur l'usage et les habitudes (Voir la thèse du Doctorat de Monsieur Franck TURGNE sur le thème de « *l'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance* » parue en 2005 sous la direction de Monsieur Serge BROUSSEAU, université Paris 12, Val de Marne), et en matière d'assurance la pratique du droit de l'arbitrage est plus que figée.

Dans le domaine de la réassurance, les choses sont claires et les clauses des traités prévoient le plus souvent le recours à l'arbitrage en cas de survenance d'un différend.

L'idée sous-jacente est qu'il s'agit d'un domaine dont les caractéristiques constituent un terrain de prédilection pour la procédure arbitrale (environnement international, technicité de la matière...).

Mais, en ce qui concerne les rapports entre assureurs et assurés, si on met de côté la mise en place des médiateurs institutionnels - de la FFSA ou du GEMA -, il existe une véritable défiance envers l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits.

Et inversement une culture judiciaire du contentieux.

Cette absence de pratique de l'arbitrage exprime l'idée tenace que l'arbitrage est l'instrument des puissants contre les faibles (Voir Franck TURGNE op. cité).

On retrouve cette idée sous-jacente dans l'article R 132-2 10 ° du code de la consommation qui rappelle que la clause compromissoire est présumée abusive sauf au professionnel à prouver qu'elle n'entraîne pas à son profit un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties (Voir l'article de fond sur « le faible et l'arbitrage » de Monsieur de FONTMICHEL, thèse sous la direction du professeur CLAY, Université de Versailles – Saint Quentin – 2011).

Instrument des « puissants », l'arbitrage effraierait non pas forcément les assureurs, mais plutôt les assurés qui auraient en tête l'idée que le contrat d'assurance déjà « imposé » par la supériorité économique et juridique de l'assureur, serait aggravé par le recours à une justice « privée ».

Point de vue caricatural ?

Pas tant que cela quant on sait que ce prétendu « danger » de l'arbitrage en assurances avait été mis en avant - il y a plus de 150 ans - devant la Chambre Civile de la Cour de Cassation qui, suivant le célèbre arrêt Prunier du 10 juillet 1843, avait prononcé la nullité de la clause compromissoire en matière d'assurances sous l'idée de l'abus de puissance économique (Cassation du 10 juillet 1843 – DALLOZ 1843 – 1 – page 343).

Et pourtant arbitrage et assurance parlent le même langage juridique.

La subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est un des mécanismes naturels de l'assurance,

qui, malgré l'indifférence de la pratique contentieuse, est un classique vecteur de transmission de la clause compromissoire.

Arbitrage et assurances étaient donc appelées à se rencontrer.

C'est au processus de cette rencontre qu'invite la première partie de cet article, avant, dans un second temps, de s'interroger sur les hypothèses frontières que la rencontre de deux matières n'a su encore résoudre, faute de contentieux.

Bien que les hypothèses de travail soient infiniment plus nombreuses, nous traiterons d'une seule hypothèse, celle d'un assureur de dommages, subrogé dans les droits de son assuré, et qui entend agir contre le cocontractant de son assuré, les deux partenaires contractuels ayant inscrit une clause compromissoire dans leur convention cadre.

L'ASSUREUR SUBROGÉ, UNE PARTIE PRENANTE AU PROCÈS ARBITRAL

L'assureur partie intéressée au procès arbitral

Analysons rapidement le cas (en s'appuyant sur une terminologie qui a été développée par le Professeur Hadi SLIM, in RGDA du 1er avril 2010 n° 2010-02 pages 582 et suivantes) ou l'assureur, bien que tiers au procès arbitral, peut être juridiquement intéressé à celui-ci.

Ce concept recouvre tant la notion étendue d'autorité de chose jugée issue de la définition large donnée à la représentation par la Cour de Cassation afin d'élargir le cercle des personnes soumises à l'article 1351 du Code Civil (un arrêt de la 2ème chambre civile du 14 janvier 1999 – n° 96-22260 Bull. Civ. 1999 II n° 7 considère par le biais de la subrogation en assurances qu'il y a autorité la chose jugée, l'idée implicite étant que les parties existent « en la même qualité »).

De même, l'assureur peut être un tiers associé au procès arbitral par le biais de la clause de direction du procès.

On rappellera que selon la cour de cassation, l'assureur est dans cette hypothèse « *sous le nom d'assuré et comme mandataire de celui-ci, le maître du procès* » (Civ. 1ère du 18 octobre 1954, RGAT 1954, page 424).

Même si les débats doctrinaux sont nombreux sur cette question, l'assureur serait « mandataire » car au sens de l'article L113-17 il serait associé, par le processus de décision qu'il met en œuvre, au procès arbitral.

En ce sens, la sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral contre un assuré dans le cadre d'une direction du procès serait opposable juridiquement à l'assureur même si la sentence ne jouirait pas de l'autorité de chose jugée à son égard.

Le « prétendu effet relatif » des conventions et la transmission de la clause compromissoire

Second débat à évoquer rapidement, l'article 1165 du Code Civil, fondant le principe de l'effet relatif des contrats, rappelle que « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

Mais inutile de se contenter d'une lecture par trop rapide de l'article 1165 du Code Civil – faisant du contrat la seule chasse gardée des parties - qui n'aurait guère de sens, la doctrine collectant depuis presque cent ans les exceptions au principe de l'effet relatif (Voir « *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* » par R.SAVATIER, RTDC 1934, page 525).

Et surtout qui résumerait aujourd'hui l'opération tripartite assuré/contractant/assureur au seul effet relatif des conventions ?

L'assurance naît de l'activité de l'assuré, et ne peut être indifférente aux conventions qu'il souscrit.

De plus le contrat, s'il ne lie pas les tiers, n'en existe pas moins comme un fait juridique que ces tiers doivent respecter.

De surcroît, en droit commun, il est tout à fait loisible que des personnes qui étaient des tiers au moment de la conclusion du contrat acquièrent la qualité de partie.

Tel sera par exemple le cas des ayants causes à titre universel, et ce sur le classique fondement de l'article 1122 du Code Civil, qui rappelle qu'on est censé avoir stipulé pour soi « *et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ».

Seront considérés comme des ayants cause à titre universel, les héritiers pour les personnes physiques, ou encore pour les personnes morales, la société absorbante à la suite d'une opération de fusion absorption entraînant la dévolution, active et passive, à titre universel des droits et obligations de la société absorbée (Com. du 25 mai 1987, Revue des Sociétés 1987, page 629).

Ladite clause sera notamment déclarée applicable à des tiers à la convention initiale, au titre d'une substitution dans les droits des parties, permettant de déclarer opposable au mandataire d'une partie une clause compromissoire contenue dans l'hypothèse d'une convention de garantie de passif Civ. 1ère du 11 juillet 2006, n°03-11983, JCP G 2006, II, 10183 note C. LEGROS), via le recours à la notion de stipulation pour autrui.

Soit un des mécanismes de création d'obligation contractuelle les plus connoté « assurance » qui soit...

Subrogation et assurances

Il était donc logique qu'un mécanisme contractuel ou légal – la subrogation – qui met « à la place » d'une partie subrogeante un tiers subrogé intéresse rapidement la Jurisprudence en matière d'arbitrage.

Il convient de distinguer la subrogation légale de la subrogation conventionnelle, même si les frontières de ces deux régimes sont poreuses.

La subrogation légale s'appuie sur deux textes.

Le plus souvent sur l'article L 121-12 du code des assurances qui dispose que :

« L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. »

L'autre subrogation légale, celle de l'article 1251-3e du code civil prévoit que la subrogation à lieu de plein droit « *au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter* ».

La jurisprudence rappelle que cette subrogation légale joue pour toutes les assurances de choses et les assurances de responsabilité (Civ. 1ère du 21 janvier 2003 – n° 00-15781) : « *L'assurance de responsabilité est une assurance de dommage comme telle soumise à l'article L 121-12 du code des assurances qui permet à l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance d'être subrogé dans les droits de son assuré.* »

A côté de cela et dans quasiment tous les contrats d'assurance de dommages existe une subrogation conventionnelle prévue par l'article 1250 alinéa 1er du code civil qui est celle par lequel un créancier reçoit son paiement d'une personne autre que son débiteur et « *la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur* ».

Cette subrogation est invocable par tout assureur qui est tenu à une prestation à caractère indemnitaire dès lors qu'il existe une tierce personne responsable qui doit supporter la charge définitive de la dette (Cass. Civ. du 7 juin 1978 – n° 77-10528).

Il est à noter que la solution admise à propos de la subrogation légale au visa de l'article 1251-3e du code civil a été étendue à la subrogation conventionnelle, principe qui résulte d'un arrêt de la 1ère chambre

civile du 22 juillet 1987, au visa de l'article 1250-1e du code civil, et qui dispose que :

« Celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier d'une subrogation conventionnelle s'il a, par son paiement, et du fait de cette subrogation, libéré envers leurs créanciers communs ceux qui lui ont pesé la charge définitive de la dette. »

Bien évidemment le cumul des deux types de subrogation conventionnelle et légale est possible, et de fait largement pratiqué.

Quelque soit son fondement, la subrogation ne peut produire aucun effet sans que l'assureur ait effectivement payé l'indemnité d'assurance à la personne dont il veut exercer les droits contre le responsable du dommage.

Avant le paiement, l'action subrogatoire de l'assureur est irrecevable (Civ. 3ème du 5 avril 1985 – n° 83-15080).

Effets de la subrogation

Et bien évidemment quelle soit légale ou conventionnelle, par la subrogation, l'assuré transmet ses droits et actions à son assureur.

La Cour de Cassation a ainsi rappelé que : « celui qui, après avoir été indemnisé, a subrogé son assureur dans ses droits n'a plus qualité pour agir contre le responsable » et ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir pour son assureur en justice (Civ. 1ère du 4 février 2003 – n° 00-15716).

La subrogation porte sur la créance et les accessoires de la créance : intérêts moratoires à compter de la mise en demeure (Com. du 5 décembre 2006 – n° 04-18621) ou sûretés et accessoires de la créance (Com. du 15 mars 1988 – n° 86-13687).

On voit que la subrogation, par sa simplicité (légale ou conventionnelle), mais également par ses effets (substitution de partie), peut parfaitement servir de véhicule juridique permettant à l'assureur de devenir partie prenante du procès arbitral.

Subrogation et transmission de la clause compromissoire

Car arbitrage et subrogation sont des concepts juridiques compatibles.

Pratiquement, dans le cas où l'assureur est subrogé dans les droits de son assuré, la convention d'arbitrage conclue par cet assuré est transmise à l'assureur.

La jurisprudence a d'ailleurs rappelé que cette solution s'appliquait aux assurances de choses (voir toute une série d'arrêts rendus en matière maritime du 14 janvier 2004 – n° 02-12818 – Civ. 1ère du 16 mars 2004 – n° 01-12943 – Civ. 1ère du 22 novembre 2005 – n° 03-10087, Civ. com. du 4 octobre 2005 n° 03-18482)

Un arrêt plus récent du 17 novembre 2010 (n°09-12442), qui traite du mécanisme de subrogation de façon expresse, précise que :

« la cour d'appel a exactement décidé que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne ».

L'assureur, par le jeu de la subrogation, devient donc de fait une partie et peut saisir lui-même l'arbitre dès lors que le contrat contient bien une clause compromissoire (Cour d'appel de Paris du 13 novembre 1992 – Revue de l'arbitrage 1993 – page 632), la Cour ayant indiqué :

« Par l'effet translatif de la subrogation, la clause compromissoire est transmise au subrogé avec la créance et les droits dont elle constitue une modalité. »

Mais quelques hypothèses non résolues interrogent le juriste quant aux effets de la transmission de la clause compromissoire en assurance par voie subrogatoire, légale ou conventionnelle.

2. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE FACE AUX SPÉCIFICITÉS DE LA SUBROGATION EN ASSURANCE

La nullité manifeste de la clause compromissoire

Nous parlons ici d'une hypothèse où la clause compromissoire serait inscrite dans la convention, et donc transmise à l'assureur par subrogation, mais dont la validité même serait discutable et discutée lors du recours.

Suivant un arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile du 29 février 2012 (n° 11-12782), la Cour de Cassation a affirmé la nullité manifeste de la clause compromissoire lorsque le contrat n'est pas conclu en raison d'une activité professionnelle pour l'une des parties.

En effet, cet arrêt, interprétant les dispositions du nouvel article 2061 du code civil exige un principe de bilatéralité de la condition du caractère professionnel de la clause compromissoire, bilatéralité devant être appréciée au moment de la formation du contrat contenant la clause compromissoire. (Revue de l'arbitrage 2012 – pages 359 et suivantes – Note de FONTMICHEL).

Dans cette hypothèse, la Cour d'Appel, de même que la Cour de Cassation ont considéré que la clause compromissoire était manifestement nulle au sens de l'article 1444 du Code de Procédure Civile (1455 nouveau), fermant également la possibilité de recourir au Juge d'appui afin de procéder à la désignation de l'arbitre.

Cette solution n'est absolument pas évidente en soi puisque, ainsi que le rappelle la doctrine (voir FOUCHARD – « traité de l'arbitrage commerciale international » 1996- N° 672), ce contrôle de l'existence et de la validité de la convention doit être superficiel, et la nullité, évidente et apparente, sans qu'il soit besoin de rentrer dans un examen approfondi des documents produits.

L'arrêt fait curieusement l'impasse sur les dispositions de l'article L 721-3 du code de commerce, l'idée sous jacente restant toujours la même, la protection de la partie faible (en l'occurrence on parle ici de personnes qui avaient été commerçants pendant plus de 30 ans...).

C'est donc l'assureur subrogé qui aura, dans une espèce équivalente, à subir le débat sur la compétence du Tribunal Arbitral.

La « subrogation » avant paiement

Autre question strictement assurantielle - quid de la recevabilité d'une action subrogatoire avant paiement ?

La clause compromissoire sera-t-elle alors transmise ?

On sait qu'en matière d'assurance l'usage de certains assureurs est souvent, pour préserver des délais, de délivrer des assignations au responsable du dommage alors même que l'assureur n'a pas indemnisé son propre assuré, et n'est donc pas juridiquement subrogé dans ses droits.

La Cour de Cassation est tolérante pour les assureurs et accepte que l'assureur soit simplement subrogé au moment où le juge statuera sur sa demande (Civ. 3^{ème} du 29 mars 2000 – n° 98-19505 – Civ. 1^{ère} du 9 octobre 2001 – n° 98-18378 – Civ. 3^{ème} du 30 janvier 2008 – n° 06-19100)

Cette mansuétude de la Cour de Cassation, puisqu'elle permet à l'assureur notamment d'éviter la forclusion de l'action dont dispose son assuré, peut éventuellement poser un problème de raisonnement juridique quand on voit la façon dont la Cour de Cassation analyse cette possibilité en rappelant qu'il est « une partie assignée en justice est en droit d'appeler une autre en garantie des condamnations qui pour-

raient être prononcées contre elle, une telle action étant distincte de l'action directe prévue par le code des assurances et ne supposant pas que l'appelé en garantie ait déjà indemnisé le demandeur initial. » Civ. 3ème du 16 mars 2004 – n° 01-17450 – Cass. Civ. 3ème du 4 novembre 2010 – n° 09-1070235 – Cass. Civ. 3ème du 28 avril 2011 – n° 10-16269

On peut rapprocher de cette hypothèse celle du geste commercial de l'assureur dont on sait qu'il ne le subroge pas dans les sommes versées (Civ. 1re du 5 juin 1967).

Doit-on alors anticiper également la transmission de la clause compromissoire et autoriser l'assureur, future partie liée à la clause compromissoire, à constituer un tribunal arbitral ?

Ou au contraire, considérer que faute de subrogation, c'est à dire de véhicule juridique efficient, la clause compromissoire ne sera transmise que le jour du paiement. ?

La solution n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît, lorsqu'on connaît les débats doctrinaux existant en suite de l'arrêt TAGLIAVINI de la Chambre Commerciale du 25 novembre 2008 (n°07-21888) traitant de la circulation de la clause compromissoire dans les groupes de contrats.

Néanmoins, arrêt Véolia Propreté du 10 octobre 2012 (Civ. 1ère du 10 octobre 2012 n°10-20797) marque de plus en plus clairement l'idée pour la Cour de Cassation que, au delà même de la notion de subrogation, ce qui caractérise l'extension de la clause compromissoire dans un groupe de contrat serait le critère d'indivisibilité des conventions participant de la convention cadre, ou est inclus la clause compromissoire.

On peut donc imaginer que, même avant paiement, l'assureur qui souhaiterait préserver ses droits serait tenu de saisir le Tribunal Arbitral.

La subrogation partielle

Autre question, celle de la question de la subrogation partielle d'un assureur dans les droits de son assuré.

On sait que, par principe, un assureur qui exerce une action subrogatoire n'a pas plus de droit que le subrogeant (Civ. 1ère du 4 juin 1996 – n° 93-21135).

Et logiquement, l'assuré, qui après avoir été indemnisé, n'a plus qualité pour agir contre le débiteur, ne peut même pas agir en justice et interrompre la prescription dans l'intérêt de l'assureur subrogé dans ses droits (Com. du 1er décembre 2009 – n° 08-14203).

Quid de l'hypothèse où le paiement de l'indemnisation de l'assuré est partiel et donc la subrogation, logiquement, l'est tout autant ?

On sait, qu'en droit, le subrogeant partiel assuré est payé par le responsable en priorité à l'assureur subrogé après lui (Civ. 2ème du 2 novembre 2005 - n°03-10909).

Mais la clause compromissoire, si on la considère transmissible, doit elle créer un recours nécessairement bipartite avec une double saisine du tribunal arbitral (où l'assuré serait payé en priorité du fait de la subrogation partielle liée au paiement partiel de l'assureur).

Ou doit-on considérer que la transmission est un jeu à somme nulle ou la subrogeant perd l'usage de la clause compromissoire même du fait du paiement partiel ?

L'assureur recevant la clause et l'assuré la perdant ?

La réponse à cette question doit être négative, sans guère de doute.

Il ne s'agit donc pas de « découper » clause compromissoire, mais simplement au regard du fait qu'elle caractérise depuis l'arrêt PEAVEY de la 1ère chambre civile du 6 février 2001 Civ. 1ère du 6 février 2001 (n° 98-20776) qui anticipait, via l'indifférence qu'il portait à l'acceptation de la clause d'arbitrage,

le principe selon lequel la clause compromissoire « est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis ».

Il ne s'agit pas à proprement parler d'une transmission de la clause mais plus exactement d'une extension du périmètre de celle-ci.

Si on pousse le raisonnement jusqu'au bout, et si on imagine un paiement partiel sans introduction de procédure arbitrale, rien n'empêcherait une double saisine du même tribunal arbitral, ou la saisine de deux tribunaux arbitraux différents....

L'exception de subrogation

Autre question, l'exception de subrogation de l'article L 121-12 du code des assurances qui dispose en son alinéa 2 :

« L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur ».

Ce texte a pour finalité de permettre à l'assureur d'exiger de son assuré qu'il ne contrôlerait pas l'exercice des recours susceptibles d'être menés contre le responsable du dommage.

Si le fait de l'assureur relève de l'appréciation du juge du fond (Civ. 1ère du 9 novembre 1999 – n° 97-13287), on sait que les hypothèses les plus fréquentes sont des renoncements à recours contre le responsable du dommage dans le cadre d'une transaction (Civ. 1ère du 10 juin 1995 – n° 92-17417), voire à des renoncements par trop massives par un propriétaire bailleur à la totalité de ses recours dans le contrat de bail aussi bien contre le locataire que contre l'assureur de ce dernier (Civ. 1ère du 3 novembre 1993 – n° 91-17491).

En ce cas, quelle est l'éventuelle juridiction où se tiendraient les débats sur l'exception de subrogation ?

Si l'assureur ne paye pas et fait valoir l'exception de subrogation, on imagine que ce sera devant une juridiction nationale, mais si c'est un paiement, comme le texte de l'article L 121-12 du code des assurances alinéa 2 le prévoit « en partie », la clause compromissoire, par son effet d'attraction, n'aurait-elle pas une incidence sur le procès théoriquement judiciaire qui devrait exister entre l'assureur et son assuré ?

Et ne doit-on pas désormais intégrer, en sus du mécanisme de subrogation, le concept d'indivisibilité des conventions issu notamment de arrêt Véolia Propreté du 10 octobre 2012 ?

*

* *

Arbitrage et assurance apparaissent donc être des matières compatibles, et plus que cela, complémentaires.

Les raisonnements juridiques y sont disponibles, la plupart des questions juridiques sont résolues, ou en voie de l'être.

Reste à convaincre la pratique de cette évidence juridique.

Mais ceci est une autre histoire.



Quand les dérives du langage deviennent insupportables

Martin JUDSON

Réassurance Consultant

Cette année, si vous me permettez, je souhaite exprimer ma frustration quant à l'usage de certaines expressions fausses mais qui deviennent malheureusement de plus en plus courantes, y compris et surtout chez les anglophones d'ailleurs.

Between you and I

A mon oreille, ceci est un des péchés grammaticaux les plus abominables qui soient. Et pourtant, on le retrouve tous les jours, dans le langage parlé et écrit. Pas plus tard que la semaine dernière, j'ai reçu un courriel d'un londonien de souche qui disait: *Thank you very much for coming to meet with Mike & I earlier today.*

Mis a part *meet with* (usage américain) au lieu de *meet* tout simplement (usage anglais), l'expression devrait être *to meet (with) Mike and me.*

La règle est simple : un pronom après une préposition, ou en complément d'un verbe, se trouve toujours à l'accusatif.

L'expression correcte est *between you and me.* On ne dirait jamais, par exemple, *between you and they* ou bien *between you and he* ; on dirait, bien entendu, *between you and them*, ou bien *between you and him.* Alors, pourquoi les gens insistent-ils tant de dire *between you and I* ?

Pour l'anecdote, cette erreur grammaticale a été immortalisée, avec beaucoup d'aplomb, par Marilyn Monroe dans le film « *Gentlemen Prefer Blondes* » où la blonde en question a dit au sujet de son beau qu'il était *in love with little old I.*

Why don't you lay down ?

La confusion entre *lay* et *lie* est aussi une erreur courante et simple à corriger. *Lay* est un verbe transitif ; il a toujours besoin d'un complément : *birds lay eggs, children (bien élevés) lay the table, poachers lay traps.* On peut aussi *lay claim to, lay hold of, ou bien, lay hands on things.*

Lie, par contre, est un verbe intransitif et veut dire « être horizontal », ou tout simplement « se trouver ». *The answer lies in the soil* (leitmotif d'une célèbre émission radio des années '60), ou *we all lie down to sleep.*

Un bel exemple de cette erreur se trouve dans la chanson célèbre de Bob Dylan, « *Lay, Lady, Lay – lay across my big brass bed* ». La seule excuse permise serait que « *Lay, Lady, Lay* » soit plus poétiquement sonore que le plus grammatical « *Lie, Lady, Lie* ».

Malheureusement, il y a un élément tordu dans cette affaire qui sert à renforcer la confusion : la forme du passé simple de *lie* est *lay.* *At midnight last night, we all lay down to sleep.*

Ceci explique sans doute, en partie au moins, pourquoi il y ait une forte confusion entre *lie* et *lay.*



Pour mémoire, les formes de ces deux verbes sont les suivantes :

	LIE	LAY
Présent	<i>I lie down, am lying down on the bed</i>	<i>I lay, am laying the table</i>
Passé simple	<i>Yesterday, I lay down on the bed</i>	<i>Yesterday, I laid the table</i>
Passé composé	<i>I have lain in bed all day today</i>	<i>I have already laid the table</i>

Une autre source potentielle de confusion est l'expression *the lie of the land* (la physionomie du terrain). Nos cousins américains diraient plutôt *the lay of the land*, ce qui n'arrange pas les choses non plus, bien évidemment.

Et voilà, deux coups de gueule linguistiques de ma part suffisent largement pour cette année. J'en trouverai certainement d'autres d'ici l'année prochaine.

Bonne année !







Édité par SEDDITA
Dépôt légal : à parution

