



ARIAS



FRANCE

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

REVUE ANNUELLE

N°23 • 2024



SOMMAIRE

LE MOT DU PRÉSIDENT

ÉRIC ÉVIAN, PRÉSIDENT D'ARIAS FRANCE 4

LA CONFIDENTIALITÉ DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN RÉASSURANCE

MADÉLINE JAUVAT, JURISTE RÉASSURANCE CCR RE
ET CHARLOTTE MARTIN, JURISTE SINISTRES CCR RE 6

L'UTILITÉ DE LA MÉDIATION DE L'ASSURANCE POUR ALLER VERS LA 'SANCTION IDÉALE'

ARNAUD CHNEIWEISS, MÉDIATEUR DE L'ASSURANCE 9

L'ASSUREUR FACE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE

ME PIERRE FENG, SENIOR ASSOCIATE, CABINET HFW 14

RÉFLEXIONS SUR LA COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

PIERRE-DENIS CHAMPVILLARD, ARBITRE ET FORMATEUR 20

LE RISQUE CYBER ET LA RESPONSABILITÉ DE L'ARMATEUR

ME JÉRÔME DE SENTENAC, AVOCAT ASSOCIÉ - MÉDIATEUR, CABINET STREAM
ET PATRICE EDORH, DOCTEUR EN DROIT 23

LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE À LA DISTRIBUTION DES PRODUITS D'ASSURANCE :

QUELS ENJEUX POUR LES DISTRIBUTEURS D'ASSURANCE ?

MARIE BETOLAUD, RESPONSABLE JURIDIQUE MÉTIER ET CONFORMITÉ DE PLANÈTE CSCA
ET CHRISTOPHE PARDESSUS, MEMBRE DU COMEX DE MARSH FRANCE 29

L'ARBITRAGE ET APRÈS ?

ME JIMMY SERAPIONIAN, CABINET TENEO 33

LE MOT DU PRÉSIDENT

La présente revue annuelle, au travers des différentes contributions, se veut le reflet de la diversité de nos activités - qu'il s'agisse d'arbitrage ou de médiation - dans le spectre large du monde de l'assurance et de la réassurance, du courtage, ou de la gestion des risques. Elle est aussi pour moi l'occasion de vous parler du Centre et de son actualité, particulièrement riche.



Alors que notre Centre fêtera en 2025 son trentième anniversaire, nous avons souhaité préparer cet événement en procédant à certains changements et améliorations.

Tout d'abord, notre nom :

nous devenons officiellement ARIAS France, ce qui marque notre appartenance au réseau ARIAS, constitués de centres similaires et présents dans le monde entier. Cet ancrage fort nous permettra d'améliorer nos échanges et notre collaboration avec les centres ARIAS à l'échelle internationale afin de promouvoir notre Centre ainsi que ses arbitres et médiateurs.

A cette nouvelle identité, s'ajoute un nouveau site, plus accessible et plus lisible qui permettra de mieux faire connaître nos activités.

Notre gouvernance, ensuite, a été renouvelée, vous en trouverez les détails dans les pages suivantes.

Nous avons notamment accueilli, il y a un peu plus d'un an maintenant, Héloïse Meur en tant que secrétaire générale qui est devenue le point de contact permanent avec les parties dans le cadre des procédures d'arbitrage ou de médiation que nous administrons.

Enfin, et surtout, nous sommes fiers de pouvoir proposer à nos utilisateurs, une nouvelle version de notre règlement d'arbitrage.

Cette nouvelle version est le fruit de notre expérience de ces dernières années et assurera aux litigants et aux arbitres une plus grande efficacité des procédures d'arbitrage

Notre expérience s'est particulièrement renforcée ces dernières années à la suite d'une augmentation significative des saisines d'ARIAS France. Cette augmentation démontre l'utilité des solutions que nous proposons à l'heure où les politiques de justice étatique encouragent le recours aux M.A.R.D.

C'est donc empli d'optimisme, qu'ARIAS France, ayant opéré sa mue, se tourne vers l'avenir pour confirmer qu'il est bien le Centre d'arbitrage de référence dans le secteur de l'assurance et de la réassurance.

Bonne lecture.

ERIC EVIAN

Président ARIAS France

BUREAU

PRÉSIDENT

ÉRIC ÉVIAN

VICE PRÉSIDENTE

SOPHIE GRÉMAUD

SECÉTAIRE GÉNÉRALE

HÉLOÏSE MEUR

TRÉSORIER

JEAN-MARC SARAFIAN

PIERRE-DENIS CHAMPVILLARD

JEAN-MARC BLAMOUTIER

LA CONFIDENTIALITÉ DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN RÉASSURANCE

PAR MADELINE JAUVAT, JURISTE RÉASSURANCE CCR RE
ET CHARLOTTE MARTIN, JURISTE SINISTRES CCR RE

LA CONFIDENTIALITÉ EST UNE COMPOSANTE ESSENTIELLE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN RÉASSURANCE, PERMETTANT LA MISE EN PLACE D'UN CADRE EFFICACE DE RÉOLUTION DES LITIGES.

Lorsqu'un différend naît entre deux personnes privées, la confidentialité s'impose comme une composante essentielle au règlement du conflit. Les parties peuvent également souhaiter régler rapidement leur litige, d'autant lorsqu'elles poursuivent des relations d'affaires. Ainsi, les modes alternatifs de règlement des conflits sont plus souvent préférés aux actions judiciaires. La médiation, typiquement initiée au stade préliminaire du conflit, permet aux parties de négocier dans la plus stricte confidentialité. En cas d'échec de ces négociations non contraignantes, les parties se tourneront généralement vers l'arbitrage, dont la décision est rendue par des arbitres qui trancheront définitivement le litige.

Ceci étant, il va sans dire qu'en réassurance particulièrement, confidentialité et arbitrage sont de mise.

Le principe de confidentialité s'entend comme une interdiction, pour une personne, de divulguer certaines informations, sans le consentement de l'autre. Appliquée à l'arbitrage, la confidentialité permet notamment de porter à la connaissance l'existence même d'un litige, voire d'empêcher l'ingérence de tiers dans la procédure arbitrale. Hormis les cas légaux, cette confidentialité ne s'applique pas lorsque :

1. les informations sont déjà en possession par l'une des parties avant réception par l'autre ou reçues d'un tiers non tenu par une obligation de

confidentialité ;

2. les informations relèvent du domaine public ;
3. les informations ont été développées indépendamment par l'une des parties.

La confidentialité s'applique à tous les stades de la procédure, sauf convention contraire des parties : de la nomination des arbitres à la décision arbitrale, en passant par les auditions.

Il existe toutefois un débat en doctrine concernant le dénouement de la procédure, notamment la publication des sentences arbitrales. Par principe, ces dernières sont confidentielles et non publiées, les parties doivent rester discrètes à la fois quant à l'issue et aux arguments de la sentence arbitrale pouvant comporter des informations commerciales sensibles. Cela permet en effet de préserver la relation commerciale des parties, d'éviter de la publicité négative et de protéger le secret des affaires. Cependant, certains auteurs souhaitent la publication des sentences afin de constituer une jurisprudence arbitrale. En ce sens, une réforme a été opérée le 13 janvier 2011 par décret modifiant le code de procédure civile français sur l'arbitrage pour encourager la transparence et la publication des sentences arbitrales¹.

LA CONFIDENTIALITÉ S'APPLIQUE À TOUTES LES PARTIES PRENANTES À LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE.

En toute logique, arbitres et parties sont tenues à la confidentialité lors d'une procédure d'arbitrage, de même que leurs conseils, experts et avocats. Le cas échéant, la confidentialité doit être aménagée à l'égard de ces tiers, même si ces professions sont soumises au secret professionnel.

¹ Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

En réassurance, le courtier doit se conformer à des usages professionnels réglementés (les usages du courtage) et est en principe tenu à la confidentialité sur l'existence même d'une procédure d'arbitrage entre une cédante et un réassureur. Pour renforcer cette obligation, il peut toutefois être nécessaire de prévoir une disposition spécifique dans la clause d'intermédiation ou le contrat d'intermédiation signée entre les parties. Le courtier ne peut ainsi divulguer l'existence d'un litige ou de la procédure d'arbitrage, fut-ce l'affaire placée en co-réassurance. La pratique peut différer lorsque plusieurs réassureurs sont assignés ensemble devant un même tribunal arbitral. Dans ce cas, des informations sensibles peuvent être partagées entre eux sans qu'un manquement à leur obligation de confidentialité ne puisse leur être reproché.

LE NON-RESPECT DE L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ EST SANCTIONNÉ PAR L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'AUTEUR DE LA DIVULGATION.

La partie subissant une divulgation non-autorisée pourra se retourner contre son auteur et rechercher sa responsabilité.

Lorsque le non-respect de l'obligation de confidentialité émane d'une partie à la procédure d'arbitrage ou d'une obligation du traité, la responsabilité contractuelle de son auteur peut être engagée. Le co-contractant étant tenu d'une obligation de résultat s'agissant de l'obligation de confidentialité, la seule existence de la divulgation suffit.

Pour obtenir réparation de son préjudice, la victime dispose de deux possibilités : elle peut agir en justice pour faire reconnaître la responsabilité de l'auteur de la divulgation, elle peut aussi demander à l'arbitre de statuer sur ce point. Dans le premier cas, force est de constater qu'il existe moins d'intérêt à agir en référé pour faire cesser la divulgation puisque que la première divulgation matérialise le préjudice. La réparation du préjudice aura donc principalement pour objet l'octroi de dommages-et-intérêts à la victime, à mesure de l'évaluation du préjudice moral subi. En demandant à l'arbitre de statuer sur la responsabilité de l'auteur de la divulgation, la victime pourra optimiser le processus de règlement du con-

flit en bénéficiant d'une procédure d'arbitrage déjà initiée.

Le manquement à l'obligation de confidentialité intervenant toujours dans une situation conflictuelle, certains proposent d'en simplifier la gestion en insérant des clauses pénales, imposant automatiquement une sanction pécuniaire (d'un montant dissuasif) à l'auteur du manquement. Attention, dans ces hypothèses, à ce que la clause pénale ne dissuade pas les parties d'intégrer la confidentialité dans leur convention par crainte de devoir supporter une telle amende...

Lorsque l'information a été divulguée par un tiers, il conviendra, pour engager sa responsabilité extra-contractuelle, d'apporter l'existence d'un préjudice conformément aux règles de droit commun.

LA PRÉCISION DE LA CONFIDENTIALITÉ DANS LA CLAUSE D'ARBITRAGE, EN SUS DE LA CLAUSE DE CONFIDENTIALITÉ AUTONOME DU CONTRAT DE RÉASSURANCE, PERMET D'ASSURER L'APPLICATION DE CETTE OBLIGATION AUX PARTIES.

Un doute subsiste sur la nécessité d'intégrer explicitement l'obligation de confidentialité dans la clause d'arbitrage pour qu'elle soit mise en œuvre. Pour soutenir cette théorie, la clause de confidentialité du contrat est avancée pour arguer du fait que l'obligation de confidentialité s'applique à toutes les dispositions du contrat, et par extension, à la clause d'arbitrage.

Cependant, cette lecture extensive de l'obligation de confidentialité ne semble pas assurée : en France, la tendance est plutôt à l'explicite, comme le confirment certaines décisions récentes. Ainsi, la décision de la Cour d'Appel de Paris du 24 janvier 2004 'Société National Company for Fishing and Marketing Nafimco v société Foster Wheeler Trading Company AG'² conclut sur l'absence de présomption de confidentialité en arbitrage international.

À défaut de présomption, il est nécessaire d'ajouter une provision spécifique développant les obligations de confidentialité au sein de la clause d'arbitrage négociée par les parties.

Généralement, le cadre de l'obligation de confidentialité y est d'abord spécifié : l'obligation de confidentialité s'applique à la procédure d'arbitrage, mais

² Paris 22 janv. 2004, société National Company for fishing and Marketing Nafimco v. société Foster Wheeler Trading Company AG, Revue de l'arbitrage 2004, pp.657-664, note E. Loquin.

aussi à l'existence même de la procédure d'arbitrage, à l'identité des arbitres et à la sentence arbitrale.

Les exceptions traditionnelles peuvent permettre aux parties de se soustraire à l'obligation, notamment pour faciliter la communication entre les parties et leurs conseils. Il est ainsi possible d'exclure la communication d'informations confidentielles aux conseils des parties du besoin d'autorisation écrit préalable, sous réserve que ces conseils soient avisés par écrit de leur obligation de maintenir la confidentialité des matériaux qui leur sont transmis.

Alors que certaines clauses de confidentialité tendent déjà à se rapprocher d'un accord de confidentialité, nous ne sommes pas à l'abri de voir cette pratique se reproduire au sein des clauses d'arbitrage, afin de respecter pleinement la volonté des parties.

Si l'insertion d'une clause d'arbitrage dans le contrat de réassurance permet aux parties de déterminer elles-mêmes le cadre applicable à leur procédure d'arbitrage, il est également fréquent d'insérer des clauses renvoyant à des règlements d'arbitrage institutionnels au sein des contrats de réassurance.

Les clauses ainsi insérées dans les contrats sont succinctes et précisent généralement le règlement auquel il est fait référence ainsi que les lois et juridictions applicables, en miroir de celles applicables au contrat de réassurance, pour aider à définir le siège du tribunal arbitral ainsi que les modes d'exécution de la sentence arbitrale.

Selon le centre d'arbitrage choisi et donc le règlement d'arbitrage applicable, les obligations de confidentialité varient.

En pratique, la plupart des règlements d'arbitrage mentionnent une obligation de confidentialité, qui s'applique notamment aux informations échangées dans le cadre de la procédure et à la procédure en elle-même. Cependant, il est plus rare de voir ces règlements prévoir que l'existence même de l'arbitrage entre les parties est confidentielle.

L'obligation de confidentialité en arbitrage international demeure un principe pour les plus grands centres d'arbitrage international qui l'intègrent bien à leur règlement, sans toutefois détailler le cadre de l'obligation de confidentialité applicable aux parties. Cependant, partant du postulat qu'il n'existe pas de présomption de confidentialité en arbitrage international, comme développé plus haut, le manque de détails quant à l'obligation de confidentialité applicable en arbitrage présente des désavantages : si une partie veut se prévaloir d'une obligation à la charge

de son partenaire, les contours de cette obligation ne se présument pas. Dès lors, les parties doivent formaliser au possible l'obligation de confidentialité. Il semble donc nécessaire, même au sein des clauses faisant référence à des règlements d'arbitrage, d'intégrer des dispositions propres au principe de confidentialité.

L'UTILITÉ DE LA MÉDIATION DE L'ASSURANCE POUR ALLER VERS LA « SANCTION IDÉALE »

PAR ARNAUD CHNEIWEISS, MÉDIATEUR DE L'ASSURANCE

A la Médiation de l'assurance, nous sommes toujours dans la quête d'une « sanction idéale » par rapport au litige soumis. C'est notre raison d'être.

Nous ne sommes pas une médiation par la réconciliation, le rapprochement des points de vue.

Nous avons reçu plus de 34 000 saisines au cours des 12 derniers mois et sommes 80 personnes au total, dont une cinquantaine de juristes spécialistes du droit des assurances. Chacun comprend que nous n'avons pas le temps de réunir les deux parties pour tenter de les faire converger vers un point commun. D'autres médiateurs agissent ainsi, plutôt dans le domaine institutionnel (médiateur des entreprises, médiateur du crédit...).

Nous sommes une **médiation par l'expertise**, comme l'immense majorité des médiations de la consommation. Nous sommes supervisés par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, créée par loi en 2015, et fonctionnons selon une procédure écrite en demandant aux deux parties leurs arguments et éléments. Les juristes de la Médiation vont alors étudier le dossier d'une façon approfondie, collégiale puisque ce n'est jamais un juriste seul qui instruit un dossier, personnalisée au vu de ce que nous rapporte l'assuré, d'abord en droit et éventuellement en ayant des considérations d'équité.

Bien sûr nous sommes guidés par les principes essentiels du droit des assurances : la bonne foi, la loyauté, la sincérité des parties.

Nous suivons d'abord le cadre juridique : que dit la loi (Code des assurances, Code de la consommation, Code civil...), que dit la jurisprudence de la Cour de cassation ?

Et puis j'ai cette chance, inscrite dans la loi qui définit le rôle des médiateurs de la consommation, c'est que n'étant pas un juge, dans l'individualisation des décisions, je peux aller dans le sens de l'assuré en droit mais aussi **en équité, afin de « rétablir le juste »**.

En 2023, lorsque la médiation de l'assurance a été saisie et que le dossier était recevable, dans 54% l'assuré a eu satisfaction en tout ou en partie, ce que je considère beaucoup. Dans ce chiffre figure les transactions amiables faites « spontanément » par les assureurs quand ils apprennent que la médiation a été saisie. Si l'on se concentre sur nos propositions de solution, c'est-à-dire les positions exprimées alors que les deux parties ont maintenu leur désaccord, dans 32% des cas nous sommes allés dans le sens de l'assuré, dans 28% de ces dossiers en droit et pour 4% en équité. Nous sommes quasi-systématiquement suivis par les assureurs et les courtiers, que nos positions soient en droit ou en équité, ce dont je remercie la Profession puisque cela contribue bien sûr à l'utilité et à la crédibilité de la Médiation.

1. VOICI DES EXEMPLES DE POSITIONS EN ÉQUITÉ.

Je vous cite un exemple où **l'assureur doit savoir ce qu'il assure** : l'assureur assurait une voiture décapotable de marque Audi et avait donné sa garantie « bris de glace ». L'assuré retrouve sa voiture avec la vitre arrière brisée. L'assureur envoie un expert qui estime que pour ce type de modèle la seule manière de remplacer la vitre est de changer l'ensemble du toit. L'assureur refuse, arguant qu'il a donné la garantie « bris de glace » et non « changement de toit » ! En équité, j'ai estimé que l'assureur devait financer le remplacement du toit, seule manière de délivrer sa garantie « bris de glace ».

Autre exemple. Je considère qu'**il faut récompenser le comportement de l'assuré qui, par sa réactivité,**

a permis de réduire l'ampleur du sinistre. Dans le cadre d'une fuite d'eau dans un immeuble en copropriété, l'assuré appelle le plombier qui intervient rapidement, si bien qu'il n'y a pas de dégât des eaux, ni dans l'appartement de l'assuré, ni chez ses voisins. L'assureur refuse pourtant la prise en charge de la facture de recherche de fuite, car cette prise en charge n'est prévue par le contrat que si des dégâts sont constatés dans l'appartement... Ainsi, si l'assuré n'avait pas réactif et avait laissé des dégâts se produire l'assureur serait intervenu, mais son comportement vertueux conduit l'assureur à lui dire qu'aucune prise en charge n'aura lieu !

J'ai invité l'assureur à prise en charge 50% de la facture du plombier.

Troisième cas de figure, celui où **la stricte application du contrat est absurde** : un mari aide son épouse reconnue médicalement dépendante et ayant besoin de l'assistance constante d'une tierce personne pour les actes de la vie quotidienne. Le médecin généraliste fait un certificat affirmant que le mari joue ce rôle auprès de son épouse. Une prestation financière est prévue par le contrat dépendance de l'épouse pour financer cette assistance constante. Cependant, l'assureur refuse de verser la prestation expliquant qu'il a besoin de factures. On comprend la procédure suivie par l'assureur dans un cas général, où une tierce personne intervient. Mais ici le mari n'avait bien sûr pas de factures à produire pour son action auprès de son épouse ! J'ai demandé en équité à l'assureur de délivrer la prestation financière prévue au contrat.

Je termine par un dernier exemple où compte-tenu des circonstances dramatiques, **il faut faire preuve d'humanité.**

Un beau-père, après avoir tué son épouse avec une arme dont le canon était scié, met le feu à la maison familiale (en ayant pris le soin de sortir les détecteurs de fumée de la maison), puis se suicide. Les grands-parents maternels des enfants mineurs déclarent un sinistre auprès de l'assureur auprès duquel le couple avait souscrit son contrat d'assurance multirisque habitation. L'assureur refuse de prendre en charge le sinistre incendie en se retranchant derrière l'exclusion de garantie légale de la faute intentionnelle ou dolosive (article L.113-1 du code des assurances). J'ai pris position en reconnaissant qu'en droit l'assureur n'était pas tenu d'intervenir dans la prise en

charge du sinistre (les enfants ayant également la qualité d'assurés au titre du contrat, l'exclusion de la faute dolosive leur était également opposable), mais solliciter de l'assureur en équité une prise en charge de 10 % du montant de l'indemnité qui aurait été accordée si la garantie incendie du contrat avait pu jouer en raison de la situation dramatique vécue par les enfants qui avaient perdu leur habitation principale et leurs parents. Ceci a permis de rembourser la dette de 30 000 euros qui restait à rembourser sur cette maison.

On voit au travers de ces exemples que **personnaliser les sanctions n'est pas une utopie.**

De même, nous sanctionnons régulièrement **le manque de réactivité de l'assureur** dans la gestion du sinistre. Nous parlons de « gestion perfectible du dossier ». Et même si, in fine, la garantie a été délivrée, nous accordons fréquemment des indemnités de quelques centaines d'euros pour des délais de gestion anormalement longs.

Les exemples que je viens de citer s'appliquent à **des dossiers individuels.**

Parfois, nous utilisons l'équité pour faire avancer des sujets de façon structurelle.

Je pense à deux sujets :

- À propos des assurances de téléphone portable. Quand la règle était encore le respect d'un délai de rétractation de seulement 14 jours, confrontés à des témoignages convergents de mauvaise pratique commerciale (des assurés contestant avoir souhaité souscrire une assurance), nous donnions raison en équité aux assurés qui nous semblaient de bonne foi n'avoir jamais souhaité d'assurance et qui se manifestaient quelques semaines après leur passage en agence de téléphonie mobile. Suite à nos constats, faits avec d'autres et notamment les associations de consommateurs, le Comité consultatif du secteur financier et le législateur se sont emparés du dossier et ont changé la règle : le délai de rétractation est désormais de 30 jours et ne commence à courir qu'après une éventuelle période de gratuité ;
- À propos des petites rentes en matière de retraite. En épargne retraite, souvent les assurés souhaitent sortir en capital, surtout si l'épargne constituée est d'un montant réduit. Suite à

nos constats, le Gouvernement a fait passer le seuil mensuel en-deçà duquel il est possible de récupérer son épargne retraite sous forme de capital de 40 à 110 euros.

Après cette analyse de décisions prises en équité, est-il possible de faire mieux pour personnaliser davantage les sanctions avec les règles de droit existantes ?

2. VIS-À-VIS DE L'ASSUREUR

L'assureur doit pouvoir être sanctionné s'il n'a pas respecté ce qui est attendu de lui : bonne foi, loyauté dans l'exécution du contrat. Ces sanctions peuvent venir des tribunaux, du superviseur (on pense au retrait d'agrément de la SFAM au printemps 2023 du fait de pratiques commerciales déloyales), et plus modestement de la Médiation.

La procédure de médiation est confidentielle, mais puisque nous parlons de personnalisation, j'invite le lecteur à lire le rapport annuel de la médiation où je publie le classement de nos « meilleurs clients ». C'est une façon de faire du « Name and shame » soft, puisque ces classements sont à relativiser par les parts de marché bien sûr, et le fait que les assurés protestent ne signifient pas qu'ils ont raison. Mais c'est un indicateur intéressant de la relation client.

Abordons ici trois sujets.

i. Parlons du devoir de conseil :

Dans la relation du distributeur d'assurance (assureur ou intermédiaire d'assurance) avec le client, le distributeur pourra être sanctionné si son conseil n'est pas adapté.

On attend un conseil adapté, personnalisé, tenant compte des souhaits et besoins exprimés par le client.

L'ampleur de la sanction – s'il est prouvé que le conseil n'était pas adapté, ce qui suppose pour l'assuré de conserver des écrits montrant qu'il y a un écart entre ses souhaits et ce qui lui a été proposé - sera alors fonction de « **la chance perdue par l'assuré** » (en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation définissant la réparation du préjudice de perte de chance) de souscrire une garantie adaptée à sa situation dès la souscription du contrat.

Il y a donc en matière de devoir de conseil une approche davantage proportionnée de la sanction par

le mécanisme de la perte de chance à défaut d'être réellement individualisée.

ii. Parlons de la clarté des contrats, sujet sur lequel il y a encore beaucoup de progrès à faire.

Dans le cadre du devoir de conseil, l'assureur a le devoir d'attirer l'attention de l'assuré sur des clauses importantes ou inhabituelles, certaines précautions de prévention du risque qu'il sera indispensable de respecter pour être indemnisé.

Je pense aux définitions très restrictives, qui s'éloignent du langage de la vie courante et que les assurés ne comprennent pas : invalidité, accident, effraction, blessure... Pour prendre les deux premiers termes, qui reviennent souvent dans les saisines de la Médiation, les assurés ne comprennent pas que l'on puisse être reconnu en accident du travail par la Sécurité sociale sans qu'il s'agisse d'un « accident » dans le cadre d'un contrat « accident de la vie » par exemple ; ou que l'on peut être invalide selon la Sécurité sociale (de catégorie 2 par exemple) mais ne pas être reconnue invalide selon la définition du contrat d'assurance, qui exige l'assistance constante d'une tierce personne pour accomplir les actes de la vie quotidienne et correspond à la catégorie 3 de la Sécurité sociale.

Aujourd'hui je donne raison en droit à l'assureur, puisque le contrat, avec ses définitions restrictives, a été signé par les deux parties. J'ai pourtant souvent très envie de prendre des décisions favorables à l'assuré dans ces situations, parce que je suis convaincu - sans pouvoir le prouver - que le devoir de conseil n'a pas été correctement fait lors de la souscription. Rappelons enfin que si les conditions de la garantie ne sont pas claires, « le doute doit profiter à l'assuré », en vertu du Code de la consommation et du Code civil.

iii. Enfin, abordons les clauses d'exclusion floues.

Il est encore trop fréquent de voir certains assureurs appliquer des clauses d'exclusion de garantie floues sanctionnées pour certaines depuis près de 30 ans par la Cour de cassation car trop vagues (la « négligence », le « défaut d'entretien » de son habitation, les « affections psychiques » ou « autres mal de dos »...).

Je me permets de penser que mon action sur le sujet depuis 4 ans a conduit la plupart des assureurs à se mettre en conformité et à réécrire leurs contrats pour

respecter les décisions de la plus haute juridiction du pays, d'autant plus que cette dernière a durci sa jurisprudence en juin 2021 : désormais si quelques mots flous figurent dans une clause d'exclusion, c'est l'ensemble de la clause qui est invalidée.

Mais où est la sanction pour les assureurs qui ont eu ce comportement choquant depuis des années ?

3. VIS-À-VIS DE L'ASSURÉ

Abordons quelques cas de sanctions fréquemment opposées par l'assureur à l'assuré où la question de la personnalisation de la sanction peut se poser :

i. La nullité du contrat.

A titre personnel, je trouve l'art L 113-8 du Code des assurances parfois très dur pour les assurés, quand il existe une disproportion entre l'omission et la sanction dramatique appliquée, la nullité du contrat.

Ce qui peut choquer bien sûr, c'est que l'absence de lien entre l'antécédent non déclaré et le sinistre est sans incidence sur l'application de l'article L.113-8 du Code des assurances qui dispose que « le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré (...) alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ».

Une jurisprudence constante des tribunaux rappelle en effet que la sanction de la nullité est encourue « même en cas d'absence d'incidence de la fausse déclaration sur le sinistre proprement dit », puisque la véracité des déclarations de celui qui demande à être assuré doit s'apprécier à la date de souscription.

Ainsi, quand bien même il n'y aurait pas de lien entre le sinistre et les antécédents non déclarés, l'entreprise d'assurance peut retenir une fausse déclaration intentionnelle sur le fondement de l'article L.113-8 du Code des assurances.

Je comprends la volonté de sanctionner très durement toute fausse déclaration, par principe.

Cependant, quand l'assureur applique la nullité du contrat, si bien que la garantie décès n'est pas délivrée, alors que l'assuré avait omis de déclarer un traitement médical et est mort dans un accident de la route sans rapport avec ce traitement médical puisqu'il était un passager, on peut se demander si cet article de loi est « juste ».

ii. Encore faut-il avoir posé une question précise à l'assuré.

À la médiation de l'assurance, nous veillons à contenir la force de cet article sur la nullité du contrat par l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation : si l'assureur n'a pas posé de questions précises, il ne peut affirmer que l'assuré lui a menti volontairement. De même, les formulaires pré-imprimés, sans questions précises, ne sont pas valables.

iii. De même quand l'assureur invoque l'art L 113-9, c'est-à-dire la réduction proportionnelle de primes.

Nous voyons souvent des cas où l'assureur souhaite réduire l'indemnité versée, au moment d'un dégât des eaux par exemple, en indiquant une sous-déclaration du nombre de pièces de l'habitation par l'assuré. L'assureur ne peut utiliser cet argument que s'il a correctement expliqué à l'assuré au moment de la souscription comment il doit déclarer et décrire son risque.

iv. La clause de déchéance de garantie

L'assureur pourra également appliquer une clause de déchéance de garantie pour fausse déclaration des causes et circonstances du sinistre ou remise de documents inexacts à l'occasion d'un sinistre déclaré par l'assuré.

Néanmoins, l'assureur ne pourra opposer ce type de sanctions à l'assuré que s'il rapporte la preuve de sa mauvaise foi. Force est de constater que les assureurs ont tendance à généraliser l'application de ce type de clause de déchéance de garantie à l'assuré sans prouver, comme l'exige le code civil (article 1104 et 2274 du code civil) et la jurisprudence (Cass. 2ème Civ. 5 juillet 2018 n°17-20.488, Cass. 2ème Civ. 5 juillet 2018 n°17-20.491, Cass. 2ème Civ. 16 septembre 2021 n°19-25278), que dans la situation donnée l'assuré est de mauvaise foi.

Trop souvent, l'assureur soulève la clause de déchéance de garantie en ne caractérisant pas dans le dossier de comportement de l'assuré relevant de la mauvaise foi, permettant de distinguer l'assuré simplement négligent du fraudeur.

Conclusion

Les assureurs vendent de la confiance, la promesse qu'ils seront là en cas de coup dur pour l'assuré. Ils doivent apparaître dans notre société travaillée par la défiance comme des repères, des îlots de stabilité. Or nous voyons bien la défiance vis-à-vis du secteur en général dans différents sondages d'opinion – les sondages sont plus positifs quand les sondés sont interrogés sur leur assureur en particulier.

Comment progresser ? Je suis persuadé que les acteurs qui se développeront seront ceux qui parviendront à donner le sentiment d'une relation plus personnelle, empathique avec leur assuré, en proposant des contrats aux clauses plus claires, utilisant un vocabulaire sans surprise, en ayant des contacts plus fréquents, facilités par les nouvelles technologies, afin de vérifier si les besoins des assurés ont changé. Cette attitude de plus grande connaissance de son client peut aussi se traduire par des gestes commerciaux au moment du sinistre.

Faute de quoi, le risque de disruption, par des acteurs plus empathiques et plus réactifs, peut exister.

L'ASSUREUR FACE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE

PAR PIERRE FENG, SENIOR ASSOCIATE, CABINET HFW¹

Si les assureurs recourent fréquemment à l'arbitrage pour trancher les éventuels différends les opposant à d'autres professionnels du secteur (réassureurs, assureurs ou intermédiaires)², leur recours à ce mode de règlement des différends reste cependant plus rare s'agissant des éventuels litiges pouvant les opposer à leurs assurés.

Si le taux d'insertion de clauses compromissoires dans les polices d'assurance a pu être évalué aux alentours de 10%³, la présence de telles clauses s'avère en pratique plus fréquente dans les polices couvrant les « grands risques » ou dans les secteurs propices à leur insertion en raison de leur caractère international et/ou de la complexité des risques assurés (technicité, complexité des solutions d'assurance, forts usages de marché, besoin accru de confidentialité). Tel est notamment le cas des industries maritime, aérienne et spatiale, mais la complexité croissante des litiges (pollution, cyber, compliance, etc.) pourrait militer en faveur d'une inclusion plus large des clauses compromissoires au sein des programmes de responsabilité civile.

Ce recours relativement limité à l'arbitrage dans les relations assureur/assuré ne doit cependant pas occulter sa progression, notamment grâce aux actions menées par ARIAS France, et en particulier la modernisation de son règlement⁴.

Les rapports qu'entretiennent les assureurs à l'égard

de l'arbitrage sont à la fois riches et complexes, notamment en matière de responsabilité civile⁵. L'assureur peut en effet soit être partie à la convention d'arbitrage soit s'y retrouver confronté lorsqu'elle a été conclue par une partie dans les droits de laquelle il se trouve subrogé.

Le fait que les parties à l'instance arbitrale soient (le plus souvent) assurées entraîne une implication de l'assureur, à des degrés divers, dans le cadre de la procédure arbitrale bien qu'il ne soit pas originellement partie à la convention d'arbitrage ou formellement attiré à l'instance arbitrale. Par exemple, l'assureur est susceptible :

- d'avoir à mettre en œuvre lui-même l'arbitrage, en sa qualité de subrogé dans les droits d'une partie ayant conclu une convention d'arbitrage avec le responsable ;
- d'assurer la direction du procès au nom et pour le compte de son assuré (art. L. 113-17 C. Ass), la clause de direction du procès lui conférant alors « les pleins pouvoirs »⁶, et en particulier le droit de choisir l'arbitre⁷; ou encore
- de supporter, totalement ou partiellement, le coût de la procédure arbitrale, au titre de sa garantie « frais de défense »⁸;

Envisager la question de l'arbitrage sous le prisme de sa perception par les assureurs ne relève cependant pas de l'évidence dès lors que le caractère volontaire de l'arbitrage conduit, en principe, à exclure les par-

¹ La présente contribution et les propos qui y sont tenus n'engagent que leur auteur, et ne sauraient, de quelque manière que ce soit, engager le cabinet HFW.

² F. Turgné, « La place et l'avenir de l'arbitrage dans le règlement des différends entre assureurs et assurés », *Resp. civ. et assur.* oct. 2005, étude 15 ; R. Gheldre et A. Job, « Du bon usage du recours à l'arbitrage en matière de différends d'assurance », *Rev. CEFAREA* 2009, p. 5 ; H. Slim, « L'assureur et le procès arbitral », *RGDA* 2010, p. 582 ; Ch. Bouckaert et R. Dupeyré, « Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance », *RGDA* 2011, p. 363 ; M. Yarhi, « Les litiges dans l'assurance et les spécificités de l'institution d'arbitrage », *RGDA* 2012, p. 185.

³ F. Turgné, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *RGDA* 2012, p. 177 ; S. Choizez, « Action directe en assurance et clause compromissoire – Quelles règles du jeu ? », *JCP G* 2019, p. 792.

⁴ S. Choizez et A. Job, « Contentieux en matière d'assurance : quel règlement d'arbitrage choisir ? », *RGDA* 2013, p. 501 ; R. Schulz, « Le nouveau règlement CEFAREA-CMAP : évolution et adaptation d'un arbitrage institutionnel dans le secteur de l'assurance », *RGDA* 2014, p. 143.

⁵ E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *RGDA* 2012, p. 216 ; N. Ferrier, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *RGDA* 2012, p. 205.

⁶ B. Beignier, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev. arb* 2008, p. 228.

⁷ R. Dupeyré, « L'arbitrage et les figures juridiques du droit de l'assurance », *BJDA* 2019, n°61.

⁸ J. El Adhab, « La gestion du risque arbitral par les parties », *RGDA* 2012, p. 234.

ties qui n'ont pas conclu la convention d'arbitrage⁹.

La présente étude se limitera donc à l'examen de la question de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, au regard des mécanismes de transmission / circulation d'obligations qui, bien que n'étant pas propres au droit des assurances, sont en la matière particulièrement éprouvés¹⁰.

On distinguera ici suivant que la clause compromissoire a fait l'objet d'une acceptation (I) ou non (II).

I. L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN PRÉSENCE D'UNE ACCEPTATION

Conformément au nouvel article 2061 du Code civil, la clause compromissoire est opposable à la partie qui l'a acceptée. La solution n'est pas différente en matière d'arbitrage international. Tel est notamment le cas dans les hypothèses d'assurance pour compte (1) et de subrogation (2).

1. L'opposabilité de la clause compromissoire en matière d'assurance pour compte

L'assurance pour compte vaut « *tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause* » (art. L. 112-1 C. Ass). Elle constitue donc un mécanisme assimilable à une stipulation pour autrui. Dans ce cadre, le promettant (l'assureur) et le stipulant (le souscripteur) concluent une police incluant une clause compromissoire, au bénéfice d'un tiers, le bénéficiaire, dont le consentement n'est pas requis.

Si le bénéficiaire entend agir à l'encontre de l'assureur, ce dernier pourra alors opposer la clause compromissoire car celle-ci forme un tout avec le reste de l'accord et qu'il est admis que le bénéficiaire ne puisse « *accepter en retranchant ce qui ne lui convient pas* »¹¹. L'article L. 112-1 du Code des assurances rappelle d'ailleurs que « *les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer [au souscripteur] sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit* ».

Une telle solution ne semble pas en contradiction avec l'article 2061 al 1er du Code civil, applicable en matière interne, qui dispose que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* »¹². En effet, le tiers qui entendrait se prévaloir de sa qualité de bénéficiaire pour obtenir la mise en œuvre à son profit de la police d'assurance ne saurait concomitamment accepter le contrat d'assurance tout en retranchant la clause compromissoire. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire pourrait alors être considéré comme ayant accepté la clause compromissoire, qui fait partie de l'économie de la police d'assurance dont il cherche la mise en œuvre.

Cette solution serait également conforme à celle retenue par la Cour de cassation en matière de stipulation pour autrui, transposable aux hypothèses d'assurance pour compte¹³. En effet, la Cour de cassation a pu juger que « *la clause d'arbitrage, contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui* »¹⁴.

L'inclusion d'une clause compromissoire en matière d'assurance est ainsi source de sécurité juridique en ce qu'elle permet de prévoir, ab initio, les conditions dans lesquelles devront être tranchés les différends pouvant survenir entre l'assureur et les assurés. Le choix de l'arbitrage institutionnel permettrait également, dans une certaine mesure, de faciliter la concentration du contentieux en cas de réclamations multiples d'assurés pour compte, en permettant notamment au centre d'arbitrage d'ordonner l'éventuelle jonction des procédures.

2. Les difficultés liées à la transmission de la clause par le jeu de la subrogation

Usuellement, l'assureur qui exécute son obligation d'indemnisation se retrouve, par le jeu de la subrogation légale (article L. 121-12 du Code des assurances) ou conventionnelle (article 1346-1 du Code

⁹ Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e édition, Paris : LGDJ, 2019, coll. Précis Domat, p. 831, spé n°841.

¹⁰ P. Puig, « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers », *RGDA* 2012, p. 191, qualifiant l'assureur de « *trublion de l'arbitrage* ».

¹¹ C. Larroumet, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev arb.* 2005, p. 903.

¹² L'alinéa 2 de cette disposition qui énonce que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* » n'aurait ici pas vocation à s'appliquer puisque, dans notre hypothèse, le bénéficiaire n'est pas le souscripteur de la police de sorte qu'il ne l'a pas contractée.

¹³ La solution différerait alors de celle retenue en matière de clauses attributives de juridiction jugées, en matière internationale, inopposables à l'assuré pour compte lorsque ce dernier n'y a pas expressément consenti (CJCE, 12 mai 2005, *Société financière et industrielle du Peloux*, aff. C- 112/03).

¹⁴ Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n°03-11.983.

civil), dans les droits du bénéficiaire et peut alors exercer l'ensemble des droits et actions dont ce dernier disposait à l'encontre des tiers.

En tant que mode de transmission d'obligations, la subrogation emporte donc transfert au bénéfice de l'assureur subrogé de la clause compromissoire.

Deux situations sont alors envisageables suivant que la subrogation intervient avant ou pendant l'instance arbitrale.

La subrogation de l'assureur *avant* l'engagement de la procédure arbitrale constitue l'hypothèse la plus simple. L'assureur dispose alors de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à la créance immédiatement avant son paiement, en ce compris le droit d'engager l'arbitrage.

La subrogation *en cours* d'arbitrage est en revanche plus épineuse et peut soulever deux séries de difficultés pratiques pour le Tribunal arbitral.

La première tient à l'obligation pour le Tribunal de respecter les termes de sa mission, sauf à voir la sentence encourir un risque d'annulation (art. 1492 et 1520 CPC). En pratique, l'étendue de la mission du Tribunal est usuellement définie au sein de l'acte de mission qui peut ne pas avoir envisagé l'éventualité d'une subrogation d'un assureur en cours de procès. Ce point n'est cependant pas sans incidence puisque la subrogation de l'assureur au moyen du paiement de l'indemnité d'assurance a nécessairement un impact sur l'intérêt à agir du demandeur qui, en cours de procédure, se voit totalement ou partiellement désintéressé de son préjudice.

En matière de contentieux judiciaire, cette difficulté est aisément résolue par la possibilité donnée à l'assureur d'intervenir volontairement à l'instance (art. 328 CPC) ou aux litigants de l'attirer en intervention forcée en cours de procédure (art. 331 CPC). La nature conventionnelle de l'arbitrage fait toutefois obstacle à une telle intervention, sauf dispositions du règlement d'arbitrage éventuellement applicable¹⁵. En pareil cas, la Cour d'appel de Paris a

cependant approuvé des arbitres qui, sur la base de leur acte de mission initial, avaient statué à l'égard de l'assureur subrogé dans les droits d'une partie en cours de procédure, au motif que « *l'assureur qui s'est substitué partiellement, à hauteur des sommes payées, par l'effet translatif de la subrogation, à l'assuré, n'est pas une partie nouvelle dans la procédure d'arbitrage* »¹⁶.

La seconde tient à l'obligation qui pèse sur l'arbitre, pendant toute la durée de sa mission, « *de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* » (art. 1456 CPC), dont la méconnaissance est susceptible d'entraîner l'annulation de la sentence en raison de l'irrégularité affectant la constitution du tribunal arbitral¹⁷ (art. 1492 et 1520 CPC).

Si l'assureur subrogé en cours d'instance n'est pas, selon la Cour d'appel de Paris, une « *partie nouvelle* », il semble pour le moins difficile d'admettre que, sur le terrain de l'obligation de révélation, l'assureur subrogé puisse se confondre avec le subrogeant. Ainsi, et quand bien même l'assureur subrogé ne présenterait aucune défense distincte de celle du subrogeant, la prudence nous semble militer en faveur de la révélation, par les arbitres, de leurs liens, passés ou actuels, avec cet assureur puisqu'il s'agit ici d'un tiers « *intéressé* » par la solution du litige¹⁸.

Cette difficulté pourrait encore être exacerbée lorsque la police n'a pas été souscrite auprès d'un assureur mais d'une coassurance, dont la taille est fortement variable (de quelques compagnies jusqu'à parfois plusieurs dizaines), ou encore lorsque l'assuré a été indemnisé au titre de polices distinctes, démultipliant ainsi le nombre d'assureurs intéressés par la solution du litige et à l'égard desquels les arbitres devraient procéder à une éventuelle révélation.

II. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE NON ACCEPTÉE : L'ACTION DIRECTE DU TIERS VICTIME CONTRE L'ASSUREUR DE RESPONSABILITÉ

En droit français, le tiers lésé dispose d'un droit d'ac-

¹⁵ Par ex. art.9 du Règlement CEFAREA ou l'article 7 du Règlement CCI autorisant l'intervention forcée de tiers à l'instance arbitrale avant la nomination des arbitres.

¹⁶ CA Paris, 6 février 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer.

¹⁷ Pour ex : Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349, *Daloz actualité*, 1^{er} février 2019, obs. C. Debourg ; D. 29 janvier 2019, chron. J. Jourdan-Marques.

¹⁸ Cass 1^{re} civ., 1er février 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 91, note E. Loquin ; CA Paris 2 juill. 2013, *Rev. arb.* 2013, p. 1033, note M. Henry ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, D. 2014, p. 1965, obs. S. Bollée ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 343.

tion directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable (art. L. 124-3 et L. 173-23 C. Ass).

Par un arrêt Voies navigables de France (« VNF ») du 19 décembre 2018, la Cour de cassation a jugé que le tiers lésé, demandeur à l'action directe, pouvait se voir opposer la clause compromissoire stipulée dans la police d'assurance¹⁹. Malgré cette affirmation (1) des interrogations persistent quant à la portée de cette solution (2).

1. L'opposabilité affirmée de la clause d'arbitrage au demandeur à l'action directe

Le contexte de l'arrêt VNF était assez simple : une péniche appartenant à une société roumaine avait heurté un barrage et causé des dommages à un ouvrage dont la gestion était confiée à VNF qui, pour obtenir la réparation de son préjudice, a ensuite agi à l'encontre du propriétaire du bateau et de ses assureurs de responsabilité devant les juridictions françaises.

Les juridictions du fond se sont déclarées incompétentes pour connaître de ce recours en raison de la clause compromissoire incluse dans la police d'assurance. VNF a alors formé un pourvoi et soutenu que, en tant que tiers à la police, la clause compromissoire lui était inopposable et devait être considérée comme manifestement inapplicable au sens de l'article 1448 CPC.

La Cour de cassation a cependant rejeté le pourvoi au motif que « *la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable dès lors qu'accessoire du droit d'action, elle était opposable aux victimes exerçant l'action directe contre les assureurs* ».

Lue au regard du droit de l'arbitrage, l'arrêt ne semble constituer qu'une application - classique - de l'effet négatif du principe de compétence-compétence voulant que l'arbitre statue en premier sur sa propre compétence. La décision s'inscrit ainsi dans la lignée d'arrêts antérieurs ayant appliqué ce principe

en présence de clauses compromissoires incluses dans des polices d'assurance²⁰.

En revanche, la décision peut paraître plus audacieuse à l'aune du droit des assurances en ce qu'elle semble avoir fait primer la nature contractuelle de l'action directe du tiers lésé sur l'autonomie du droit propre dont il dispose sur l'indemnité d'assurance.

En effet, suivant sa conception contractuelle, l'action directe est perçue comme une stipulation pour autrui dans le cadre de laquelle l'assureur est en droit d'opposer l'ensemble des exceptions de la police, conformément à l'article L. 112-6 du Code des assurances. Ainsi, l'action directe « *puise sa source et trouve sa mesure dans le contrat d'assurance* », et « *ne peut porter que sur l'indemnité d'assurance telle qu'elle a été stipulée, définie et limitée par ce contrat* »²¹. Sous ce prisme, l'assureur serait alors fondé à opposer la clause compromissoire au tiers lésé, comme l'a retenu la Cour de cassation.

A l'inverse, le caractère autonome de l'action directe serait illustré par le droit propre dont dispose le demandeur sur l'indemnité d'assurance. La Cour de cassation a en effet reconnu que l'action directe « *trouve, en vertu de la loi, son fondement dans le droit à la réparation du préjudice subi par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable* »²². Cette autonomie est encore confirmée par le fait que l'action directe n'est pas conditionnée à la mise en cause préalable de l'assuré²³ ou encore par le fait que les règles de compétence de l'article R. 114-1 C. Ass lui sont inapplicables²⁴. Dans cette conception, l'autonomie du droit propre justifierait que la clause soit déclarée inopposable, ce que n'a toutefois pas retenu la Cour de cassation.

Comme l'ont souligné certains auteurs, la solution de l'arrêt VNF trouve sa justification dans le rattachement de la clause compromissoire comme accessoire à l'action directe « *parce que cette action tend à la réparation du préjudice subi par la victime et poursuit l'exécution de l'obligation de réparer qui pèse*

¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2018, n°17-28.951, *Dalloz Actualité*, 28 février 2019, note V. Chantebout ; D. 6 mars 2019, chron. J. Jourdan-Marques ; *L'Argus de l'assurance*, 13 juin 2019, obs. R. Dupeyré et C. Châtry ; RDGA 2019, p. 116, note R. Schultz ; DMF 2019, n° 810, note Ph. Delebecque ; JCP 2019, p. 792, note S. Choisez.

²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n°01-12.493 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2014, n°13-17.495 ; Cass. Civ. 1^{re}, 5 septembre 2018, n°17-13.837

²¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 1980, 79-12215 ; Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1993, n° 91-13637

²² Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1986, n°85-10.255 ; et plus récemment Cass. 3^e civ., 15 déc. 2010, n°09-68.894 ; Cass. 3^e civ., 10 nov. 2016, n° 15-25.449 ; Cass. 2^e civ., 3 mai 2018, n°16-24.099

²³ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 97-22.582 ; égal. Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2004, n° 02-12.972 ; Cass. 2^e civ., 27 avr. 2017, n° 16-15.525.

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1983, n°82-13.385 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, n°04-13.958

²⁵ Ph. Delebecque, *loc. cit.*

sur l'assureur en vertu du contrat d'assurance et ce, dans toutes ses dimensions »²⁵. En d'autres termes, « l'autonomie du droit propre est contrebalancée par le lien que l'action directe exercée contre l'assureur de responsabilité conserve avec le contrat d'assurance ». A cet égard la Cour de cassation se satisfait de l'existence d'un lien « suffisant avec le contrat d'assurance » car le droit d'action directe puise sa source dans ce contrat, même si ce n'est que partiellement²⁶.

La portée de l'arrêt du 19 décembre 2018 est cependant incertaine en ce qu'elle laisse de nombreuses questions en suspens, qu'il reviendra à la jurisprudence ou au législateur de clarifier.

2. Les interrogations quant à la portée de la solution

› Décision de principe ou arrêt d'espèce ?

Certains auteurs ont pu considérer que la solution de l'arrêt VNF était de portée générale et était particulièrement rigoureuse à l'égard de la victime, contrainte d'avoir à saisir en premier lieu un tribunal arbitral²⁷. D'autres ont, à l'inverse, considéré que la solution visait à « appliquer des conventions d'arbitrage dans un même monde professionnel suivant les mêmes pratiques et tenu par le monde des marins »²⁸.

Or, l'on sait que les polices d'assurance maritime et fluviale sont régies par les dispositions du Titre VII du Livre Ier du Code des assurances, plus libérales que le droit commun (Titre I du Livre Ier du Code des assurances). L'action directe de la victime peut ainsi, en matière maritime, être neutralisée par la constitution d'un fonds de limitation de responsabilité (art. L. 173-23 C. Ass)²⁹.

La jurisprudence VNF a trouvé écho auprès des juridictions du fond, toujours en matière d'assurance transport³⁰.

› Quid des assurances obligatoires ?

En l'absence de précisions de la Cour de cassation

sur la portée de sa solution, certains auteurs ont estimé qu'une voie médiane pourrait consister à distinguer selon que la clause compromissoire est insérée dans une assurance de responsabilité obligatoire ou non-obligatoire. Dans ce dernier cas, la police constituerait alors « un bénéfice pour le tiers, qui doit en accepter le profit avec ses attributs, pouvant tenir à l'existence d'une clause d'arbitrage »³¹, qui doit alors s'appliquer au demandeur à l'action directe, en vertu du mécanisme de la stipulation pour autrui. A l'inverse, la clause compromissoire incluse dans une police d'assurance obligatoire serait inopposable au tiers lésé, qui demeurerait libre d'assigner l'assureur devant les juridictions étatiques.

Selon eux, une telle solution présenterait l'avantage de respecter la politique instaurée par le législateur en faveur de certaines catégories de victimes en leur garantissant l'exercice d'un recours direct à l'encontre d'un tiers solvable, et en évitant tout éclatement du contentieux. Elle serait également soucieuse de la volonté des parties ayant conclu la police puisqu'en matière d'assurance de responsabilité non-obligatoire, rien n'interdit à l'assureur d'évaluer son risque (et le montant de prime corrélatif) en considération des effets de la clause compromissoire incluse dans sa police.

› Vers un alignement sur le régime applicable aux clauses attributives de juridiction ?

La pérennité de la solution pourrait également être remise en question en ce qu'elle s'écarte des solutions rendues en matière de clauses attributives de juridictions.

En effet, la jurisprudence retient que la clause attributive de juridiction stipulée dans la police d'assurance n'est pas opposable au demandeur à l'action directe, faute pour ce dernier d'y avoir consenti³², comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Assens Havn*³³.

En outre, dans un arrêt *London Steamship* du 20 juin

²⁶ R. Schultz, « La clause compromissoire du contrat d'assurance de responsabilité civile n'est pas manifestement inapplicable vis-à-vis du tiers exerçant l'action directe », RGDA 2019, p. 116.

²⁷ J. Jourdan-Marques, *loc. cit.* ; S. Choisey, *loc. cit.* ; V. Chantebout, *loc. cit.*

²⁸ Ph. Delbecq, *loc. cit.*

²⁹ Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-16.679

³⁰ CA Versailles, 21 janvier 2021, n°19/02675

³¹ R. Dupeyré et C. Châtry, *loc. cit.*

³² Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, n°07-10.216 ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2007 n°06-20.704 ; CA Poitiers, 7 nov. 2014, RG n° 14/00944 ; C. Derache, « Efficacité de la clause attributive de compétence territoriale en matière d'assurance », RGDA 2012, p. 543.

³³ CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-368-16, *Assens Havn*

2022, la Cour de Luxembourg a jugé qu'en vertu « du principe de l'effet relatif d'une clause compromissoire », « une juridiction autre que celle déjà saisie de l'action directe [en vertu du Règlement] ne devrait pas se déclarer compétente sur le fondement d'une telle clause compromissoire, ce afin de garantir l'objectif poursuivi par le règlement no 44/2001, à savoir la protection des victimes d'un dommage à l'égard de l'assureur concerné »³⁴.

Il serait cependant hâtif de considérer que cet arrêt marquerait la fin de la solution dégagée dans l'arrêt VNF.

En effet, l'arrêt *London Steamship* a été rendu dans un contexte particulier et porte sur l'impossibilité, pour un Etat membre, de refuser de reconnaître un jugement rendu dans un autre Etat membre de l'Union européenne, en raison d'une décision judiciaire britannique ayant repris les termes d'une sentence arbitrale. Le contexte singulier de cette affaire semble donc difficilement transposable à des Etats qui, à l'instar de la France, connaissent uniquement du mécanisme de l'exequatur.

L'arbitrage demeurant une question exclue du Règlement Bruxelles I bis (art. 1. 2 (d)), il relève donc de la compétence de chaque Etat membre de sorte que la solution de l'arrêt VNF pourrait être maintenue.



³⁴ CJUE, 20 juin 2022, *London Steam-Ship*, C-700/20

RÉFLEXIONS SUR LA COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

PAR PIERRE-DENIS CHAMPVILLARD, ARBITRE ET FORMATEUR

Les remarques ci-après cherchent à souligner l'importance du choix des arbitres par les parties dans un arbitrage qui doit trancher un différend en assurance ou en réassurance.

I. LE RECOURS À L'ARBITRAGE DANS LE SECTEUR DE L'ASSURANCE ET DE LA RÉASSURANCE

Pourquoi notre secteur a-t-il recours à l'arbitrage ? Citons quelques-unes des raisons.

1. L'internationalité

Les relations entre les opérateurs (grands assurés, assureurs, réassureurs et intermédiaires) sont souvent internationales. La capacité à établir des contrats à travers le monde est grande et les relations franchissent toutes les frontières, même les plus fermées. Quelques références au passé illustrent ce propos.

Dès la fin des années 1940, les pays de l'Est avaient rétabli des relations de réassurance avec l'Ouest malgré le « rideau de fer ». Et, même au cœur de la « révolution culturelle », en Chine, l'assureur monopolistique de ce pays, la People's Insurance Company of China, filiale de la banque centrale, a maintenu la réassurance sur les marchés internationaux des marchandises et des biens du pays à l'étranger (avions, flottes maritimes, facultés, ambassades etc.), alors même que Mao-Zedong avait interdit l'assurance domestique, un concept trop bourgeois à ses yeux. De même, à Londres dans les années 1980, j'aurais pu souscrire un traité Mortalité du bétail protégeant les troupeaux de yacks de Mongolie Extérieure, alors que mon collègue en charge de l'Asie se voyait offrir des rétrocessions d'affaires japonaises par l'assureur national monopolistique de Corée du nord !

En cas de différend, le caractère très international des relations rend difficile le recours aux tribunaux étatiques. Devrait-on retenir la juridiction d'une partie, de l'autre ou d'un pays neutre ? Les deux co-contractants, avant même de signer le contrat, de-

vraient-ils et pourraient-ils vraiment connaître dans le détail le droit et la justice du pays concerné ? Et celui-ci est-il un pays de droit avec, par exemple, une séparation claire entre le pouvoir politique et la justice ? Au-delà de ces interrogations, les difficultés liées à des échanges et à la production de documents en langues étrangères ne doivent pas être minimisées.

2. Des relations spécifiques

Les contrats sont négociés et signés entre des entreprises professionnelles qui, généralement, disposent de connaissances et d'expériences d'un niveau similaire et, si ce n'est pas le cas, elles peuvent facilement avoir recours à des courtiers, intermédiaires ou conseillers pour rétablir l'équilibre avec le co-contractant. Le droit vise à protéger les faibles, l'arbitrage à défendre l'équité entre co-contractants.

Par ailleurs, les concepts et les termes utilisés ne sont pas faciles à comprendre, par exemple par des juges étatiques non spécialisés. Par contre, ils ont une reconnaissance et une portée générales dans le monde que les professionnels du secteur maîtrisent et partagent.

De plus, le niveau de confiance réciproque entre les opérateurs est extrêmement élevé et même parfois surprenant. Les comptes de réassurance sont généralement émis par la cédante et ils font très rarement l'objet d'une vérification étroite : c'est donc l'acheteur qui présente les comptes et la demande de règlement du solde, dans le cadre de la bonne foi qui est inscrite dans le contrat. Cette même confiance peut être accordée à des arbitres spécialisés qui connaissent ce climat des affaires.

Pour ces différentes raisons et d'autres encore, comme la confidentialité des débats et de la sentence, nos Anciens ont choisi le recours quasi-systématique à l'arbitrage pour résoudre les conflits entre opérateurs du secteur.

II. CLAUSES D'ARBITRAGE ET CHOIX DES ARBITRES

Quand la clause prévoit un arbitrage ad hoc et ne fait donc pas référence à un centre spécialisé comme ARIAS France, elle spécifie les qualités que doivent avoir les arbitres. Parmi celles-ci, citons les plus fréquentes (entre parenthèses, des compléments éventuels):

- Niveau : personnel ou membres de direction (ou souscripteur) d'une compagnie d'assurance ou de réassurance (opérant dans la branche du contrat)
- Expérience : plus de 10 ans d'expérience en assurance ou réassurance
- Qualité : en retraite ou en activité

Depuis quelques temps déjà, on trouve parfois la possibilité pour les parties de choisir comme arbitre non seulement des dirigeants d'une compagnie d'assurance ou de réassurance mais aussi des personnes qui travaillent dans le secteur en tant qu'avocats ou autres conseils spécialisés.

D'ailleurs, il y a quelques années, le choix d'un arbitre membre d'un cabinet d'avocats spécialisé dans l'assurance plutôt qu'un cadre supérieur du secteur avait fait l'objet d'une contestation auprès d'ARIAS UK, la plateforme spécialisée d'arbitrage en assurance de Londres. Finalement, la clause de ce centre a été modifiée et elle prévoit désormais la possibilité de nommer un professionnel du secteur de l'assurance, retraité ou en activité avec plus de dix années d'expérience ou un juriste ou un conseiller au service de ce marché (par exemple un courtier, un risk manager, un actuaire conseil, un consultant etc.).

Autre remarque, les critères ci-dessus sont souvent appliqués uniquement aux deux arbitres nommés par les parties et non au tiers arbitre qui sera choisi par le deux arbitres.

III. L'APPORT DES PROFESSIONNELS DU SECTEUR DANS UN TRIBUNAL ARBITRAL

Les cadres et souscripteurs qui travaillent ou ont travaillé dans le marché connaissent les termes et les clauses et ils savent comment les négociations se déroulent. Ainsi, ils peuvent plus facilement déterminer l'intention des parties à l'origine du contrat et comprendre les raisons de la détérioration de leur relation et du différend qui les ont amenés à l'arbitrage.

En effet, les mots et leur usage ont leur importance. Par exemple, le terme « quota-share » a été au cœur d'une dispute, dans un passé assez lointain, entre un réassureur latino-américain et un assureur britannique, le premier ayant souscrit un « quota-share » du second. Or, dans ce cas, il s'agissait d'un traité fac/oblig ou open-cover, un contrat beaucoup plus déséquilibré et instable qu'un traité en quote-part. Un souscripteur en place à Londres aurait pu dire au réassureur que tout contrat proportionnel, quel que soit son rang, pouvait être appelé ainsi à Londres, certes parfois avec un peu de malice...

De même, pour intervenir dans un différend concernant un excédent de sinistre catastrophe, il est nécessaire de savoir que ce terme couvre généralement les pertes subies par la cédante sur plusieurs biens assurés dues à la même cause, comme une tempête ou une inondation. Par opposition, un très gros sinistre individuel, par exemple la destruction par le feu ou une explosion d'une très grande usine, ne peut bénéficier de cette couverture.

En plus de la terminologie, les us et coutumes évoluent dans le temps. Il y a plusieurs décennies, un réassureur avait accepté la demande d'un assureur lui proposant de mettre fin aux effets du traité de réassurance par une commutation. Selon les habitudes du marché lorsque les taux d'intérêt étaient très élevés, il a accepté de verser à l'assureur le montant à 100% des sinistres en suspend encore à sa charge, estimant que les revenus financiers résultant de cette avance de trésorerie permettraient à l'assureur de faire face à l'éventuelle insuffisance des provisions constituées et à la survenance de sinistres tardifs. Un tel accord de commutation, sans explication complémentaire ni documentation formelle, était assez fréquent à l'époque. Néanmoins, une dizaine d'années plus tard, la cédante, considérant que le réassureur n'avait réglé que les sinistres connus au moment de l'accord de commutation, lui a demandé le règlement de nombreux sinistres tardifs qui avaient affecté le contrat résilié. Seul un professionnel en activité au moment de l'accord de commutation aurait pu comprendre la position des deux parties et porter un jugement éclairé sur ce différend qui a été finalement résolu par une transaction amiable.

Souvent, pour comprendre la genèse d'un différend, il faut remonter à l'origine du contrat, à la définition de ses termes et conditions et aux attentes des par-

ties à ce moment. Il faut ensuite analyser les écarts par rapport à l'intention première, puis les échanges et les propositions qui ont parfois été faites par les contractants. C'est là où une expérience réelle et confirmée de la négociation de grands contrats comme celui qui est soumis un arbitrage semble indispensable et doit être présente dans le tribunal arbitral.

IV. L'APPORT DES JURISTES DANS UN TRIBUNAL ARBITRAL

La présence d'un juriste peut également se révéler très utile, surtout s'il a une bonne connaissance du notre secteur. Alors que la procédure d'arbitrage pourrait se traduire par « Des pairs qui jugent des pairs », ne pas avoir négocié activement des contrats d'assurance ou de réassurance lui permet une plus grande indépendance, une forme de détachement face à un différend. Il pourra plus facilement aborder, sans passion, ni a priori, la dispute entre les parties. Son approche sera différente et complémentaire.

Il pourra également veiller au respect de la procédure, contribuer à l'analyse, vérifier que les règles de droit public (notamment le contradictoire) ont été respectées, s'assurer de la bonne justification de la sentence et, en arbitrage interne, expliquer tout écart significatif entre la règle de droit et l'équité.

L'échange entre un juriste et un professionnel du secteur (souscripteur ou cadre supérieur d'une compagnie) peut être fécond, surtout si les discussions sont franches et motivées. L'exemple suivant montre l'utilité d'un débat ouvert et sincère entre des arbitres venant d'horizons différents.

Un réassureur avait souscrit un risque très aléatoire par nature dans un marché étranger. Les pertes importantes de ce contrat l'ont conduit à juger que la cédante ne lui avait pas communiqué les informations suffisantes pour intervenir dans sur cette branche et souscrire le contrat en cause et, dès lors, il considérait le contrat comme nul et non avenu. Le tribunal arbitral était composé de deux juristes et d'un professionnel. Les premiers étaient sensibles à l'argumentation de la cédante, pas le professionnel. Celui-ci a fait remarquer le caractère instable et aléatoire de la branche concernée et a démontré l'attitude peu responsable du réassureur qui n'avait pas demandé de cessions complémentaires en compen-

sation à l'assureur au moment de la souscription et s'était engagé sur un contrat qui était déjà en perte et évoluait négativement. Finalement, le tribunal arbitral a conclu à la désinvolture du réassureur, même si une analyse purement juridique aurait pu lui donner raison.

Autant la présence d'un juriste dans un tribunal arbitral peut être souhaitable, autant un tribunal constitué exclusivement de juristes semble déséquilibré, même s'ils ont de bonnes connaissances du secteur. Il risque de leur manquer l'expérience des négociations des contrats et, sur le plan technique, ils feront appel à des experts pour leur donner les explications nécessaires, ce qui va retarder et alourdir la procédure et son coût. De plus, ces experts sont plutôt choisis par les avocats en fonction de leur position par rapport au différend que pour leur indépendance, un point qui mériterait sans doute une analyse particulière.

De façon plus générale, il convient de souligner que les professionnels qui négocient un contrat d'assurance ou de réassurance se retrouvent mieux et se comprennent mutuellement dans les considérations et explications techniques et financières. Leur décision de contracter n'est pas basée sur une analyse juridique avancée ; celle-ci, si elle est effectuée quand le différend a éclaté et prend une grande importance par rapport à d'autres considérations, risque bien de ne pas représenter leurs positions de départ et pourrait même avoir une influence trop lourde sur la décision du tribunal arbitral.

CONCLUSION

L'objet de ces quelques réflexions vise à souligner l'importance du choix des arbitres par les parties. Il faut prévoir des conditions minimales pour leur nomination, tant comme co-arbitre que comme président ou tiers-arbitre et cela doit être clairement précisé dans la clause compromissoire retenue, ce qui est loin d'être toujours le cas.

Pour les raisons évoquées plus haut, une expérience dans la souscription et la négociation de contrats d'assurance à un haut niveau doit être présente dans le tribunal et la participation d'un juriste spécialisé dans notre secteur pourra se révéler utile, particulièrement dans le cas d'un arbitrage interne.

LE CYBER RISQUE ET LA RESPONSABILITÉ DE L'ARMATEUR

PAR JÉRÔME DE SENTENAC, AVOCAT ET MÉDIATEUR, CABINET STREAM
ET PATRICE EDORH, DOCTEUR EN DROIT

Les cyber risques existent dans le cadre de toutes activités humaines qui se déroulent en mer comme à terre. Des ports et des compagnies de transport maritime ont déjà fait l'objet de cyberattaques, soit directement, soit à travers des atteintes aux signaux provenant des systèmes de navigation par satellite, en particulier, les signaux GPS.

On peut « désigner par cyber risques, le fait que les systèmes d'information d'une entreprise - constitués du réseau informatique interne regroupant l'ensemble des équipements et programmes informatiques, connectés entre eux et à des installations externes - sont menacés par un événement potentiel lié à leur utilisation, normale ou malveillante et dont la survenance peut entraîner toutes sortes de conséquences dommageables pour l'entreprise, même si les systèmes n'ont, eux-mêmes, subi aucune atteinte »¹.

Dans le contexte actuel de l'évolution de l'industrie du transport maritime qui se caractérise par une multiplication des flottes et de la capacité de charge des navires qui sont de plus en plus digitalisés, la responsabilité des armateurs devient l'une des questions cruciales au cœur des problématiques posées par les menaces cyber. En d'autres termes, en cas d'une cyber attaque sur son navire, l'armateur peut-il être déclaré responsable des conséquences qui pourraient en résulter pour les tiers ?

Une réponse affirmative n'est pas systématique et le régime de la responsabilité de l'armateur doit être clarifié (I). Toutefois, quel que soit ce régime de responsabilité, l'armateur peut toujours se protéger à travers les mécanismes de l'assurance (II).

I. LA RESPONSABILITÉ DE L'ARMATEUR DU FAIT D'UNE CYBER ATTAQUE

La responsabilité de l'armateur peut être recherchée dans diverses situations consécutives à la réalisation du cyber risque en raison des conséquences qui peuvent en découler (A).

Le niveau de protection du navire sera un élément essentiel dans la mise en cause de l'armateur dans la mesure où un défaut de protection peut caractériser l'innavigabilité du navire, laquelle peut justifier la mise en œuvre de la responsabilité de l'armateur (B).

A. Les impacts d'une cyber attaque en matière de transport maritime

L'ampleur des conséquences d'une cyber attaque sur l'exploitation d'un navire peut dépendre des cibles touchées par cette attaque. Dans certains cas, une cyber attaque peut seulement entraîner une simple dégradation des systèmes d'information du navire sans avoir d'impacts majeurs sur son exploitation.

Dans d'autres cas, cette attaque peut affecter plus sérieusement l'exploitation du navire et causer des préjudices à l'armateur : destruction des équipements informatiques du navire et des données, pertes d'exploitation.

Enfin, l'attaque peut porter sur des installations critiques du navire, et paralyser complètement son exploitation. Cette hypothèse est rare mais elle est redoutée en raison des conséquences qui peuvent en découler. Divers scénarii peuvent illustrer cette

¹ Patrice A. EDORH-KOMAHE, *Les activités maritimes face aux nouveaux risques, l'assurance entre défis et innovation*, Thèse, Nantes Université, 2022.

situation :

- le déroutement du navire et ses conséquences : la rupture des liaisons de communication et/ou le dysfonctionnement des systèmes à bord du navire à la suite d'une cyber attaque, peuvent provoquer son déroutement et occasionner toute sorte d'accident tel qu'un abordage, un échouement ou même le naufrage du navire.
- la prise de contrôle du navire et ses conséquences : une cyber attaque peut aussi se manifester par une prise totale du contrôle du navire ; ce qui peut faciliter le vol ou la perte des marchandises à bord.

Ces scénarii peuvent avoir des conséquences importantes pour les tiers. Dès lors, dans quelle mesure la responsabilité de l'armateur pourrait-elle être recherchée par ces derniers ? La survenance d'une cyber attaque peut soulever la question de la navigabilité du navire, l'innavigabilité révélée par le sinistre pouvant être source de responsabilité.

B. Le régime de la responsabilité du fait de l'innavigabilité des navires

L'innavigabilité du navire peut être révélée par la cyber attaque (1) et pourra caractériser une responsabilité pour faute de l'armateur (2).

1. L'innavigabilité du navire révélée par la cyber attaque

Aux termes des articles 3 des Règles de la Haye-Visby et L5422-6 du Code des transports, l'armateur a l'obligation de mettre son navire en état de navigabilité.

La survenance d'une cyber attaque est un élément révélateur du niveau de protection du navire mais aussi de la carence de l'armateur en matière de cybersécurité ; ce qui peut caractériser une violation de la réglementation.

En effet, certains équipements informatiques à bord des navires interviennent dans le fonctionnement de ces derniers ou sont indispensables à leur exploitation. En tout état de cause, l'obligation pour l'arma-

teur de mettre le navire en état de navigabilité peut être étendue à la protection de ces équipements.

En d'autres termes, « *un navire dont les systèmes informatiques ne sont pas protégés peut voir sa navigabilité contestée* »².

À quel moment s'apprécierait cette innavigabilité ? L'état d'innavigabilité découle du risque pour la sécurité de l'expédition maritime né de la carence de l'armateur à rendre le navire apte à accomplir sa mission.

En conséquence, l'état d'innavigabilité existe par le seul fait de l'absence d'une protection suffisante du navire. Il doit alors s'apprécier au début du voyage avant la survenance de l'attaque. Ainsi, en cas de cyber attaque entraînant des conséquences susceptibles de mettre en cause la responsabilité de l'armateur, on se placera en amont du sinistre pour rechercher si ce dernier a suffisamment protégé son navire contre la survenance de l'attaque ou non. En l'absence de protection, sa faute pourra être recherchée.

2. Une responsabilité pour faute par principe

Les articles 4 des Règles de la Convention de la Haye-Visby et L5422-12 du Code des transports prévoient au profit de l'armateur une cause d'exonération en cas de pertes ou dommages résultant de l'état d'innavigabilité du navire, en l'absence de toute violation des articles 3 des Règles de la Haye-Visby et L5422-6 du Code des transports.

Ainsi, l'armateur sera responsable lorsqu'il n'aura pas pris les mesures nécessaires pour rendre le navire navigable. Seul l'innavigabilité non imputable à l'armateur constitue le cas excepté de responsabilité au sens des articles visés précédemment.

Dès lors, est-il possible d'envisager une innavigabilité sans faute de l'armateur en matière de cybersécurité ? Plus précisément, l'armateur peut-il se prévaloir de l'innavigabilité de son navire comme cause exonératoire de responsabilité en cas de cyberattaque ?

L'exonération prévue aux articles 4 des Règles de la Haye-Visby et L5422-12 du Code des transports ne serait admise que si l'armateur démontre que la

² BONASSIES Pierre, SCAPEL Christian, *Traité de droit maritime*, 3e éd., LGDJ, 2016, p. 764.

survenance de l'attaque révélatrice de l'état d'innavigabilité, n'a pas été rendue possible par une carence dans la protection des systèmes informatiques du navire ; en d'autres termes, s'il n'a commis aucune faute dans la protection de son navire.

L'armateur doit alors prouver son absence de faute en démontrant que les mesures qu'il a mises en place sont suffisantes, adaptées et efficaces et, qu'en conséquence, l'obligation de mettre le navire en état de navigabilité a été observée.

Or, à l'heure actuelle, il n'existe aucun modèle infailible en matière de cybersécurité qui pourrait servir de référence dans l'appréciation du niveau de protection des navires.

Le législateur européen a assoupli les difficultés qu'il peut y avoir dans la recherche de la preuve en consacrant un principe général selon lequel les mesures visant à gérer les risques pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information des opérateurs de services essentiels³ doivent garantir pour ces réseaux et systèmes d'information, un niveau de sécurité qui doit être adapté au risque existant en fonction de l'état des connaissances en la matière⁴.

Ce critère de « l'état des connaissances » a été repris par l'OMI dans le cadre de la cybersécurité des navires.

L'état des connaissances scientifiques en matière de cybersécurité renvoie à l'ensemble des données disponibles par rapport à la vulnérabilité des systèmes d'information des navires, et toutes les mesures techniques et/ou réglementaires mises en place dans le secteur maritime en matière de cybersécurité au niveau national (l'arrêté du 23 novembre 1983 relatif à la sécurité des navires, le décret n°2018/384 du 23 mai 2018, les guides de l'ANSSI et de la Direction des affaires maritimes), européen (les directives de l'UE en matière de cybersécurité) et international (les guidelines et résolutions de l'OMI, les recommandations de l'IACS...).

Ce n'est que lorsque l'armateur sera en conformité avec ces normes, et qu'il disposera de la certification d'un organisme agréé, qu'il pourrait prétendre au bénéfice du cas excepté fondé sur l'innavigabilité sans faute du navire.

II. LA PROTECTION DE L'ARMATEUR À TRAVERS LES MÉCANISMES DE L'ASSURANCE

Les cyber risques exclus des polices d'assurance ordinaires contre les risques de mer font l'objet d'un rachat sur le marché français à l'instar des risques de guerre et assimilés⁵. L'armateur peut alors souscrire une assurance spécifique cyber corps de navire (A) et une couverture Responsabilité en particulier auprès d'un *P&I Club* (B). Comme le montre la pratique, les assureurs n'hésiteraient pas à soumettre, à travers des clauses compromissaires qui sont très usuelles dans les polices d'assurance maritime, tous différends à l'appréciation d'un arbitre (C).

A. L'offre d'assurance cyber sur corps de navire

En plus du contenu de l'offre d'assurance (1), il sera nécessaire de clarifier les rapports que l'on pourrait avoir entre cette couverture et les garanties risques de mer et risques de guerre (2).

1. Le contenu de l'offre

Il faut rappeler que la spécificité des cyber risques peut contraindre les assureurs à être très exigeants à l'égard des armateurs en ce qui concerne la gestion des risques. Le niveau de protection des navires sera déterminant dans la décision d'accorder ou non une couverture d'assurance. En effet, les assureurs pourront subordonner leur offre de garantie à un niveau de cybersécurité acceptable de l'armateur.

En quoi consisterait ce niveau de cybersécurité acceptable ? Pour l'évaluer, il faut un référentiel en matière de cybersécurité des navires comme modèle sinon, l'appréciation du niveau de sécurité des navires paraîtrait illusoire. Dès lors, les sociétés de

³ La Directive n°2016/1148 du parlement européen et du conseil du 6 juillet 2016, dite Directive NIS fournit des éléments de définition d'un opérateur de service essentiel (OSE), en énumérant des critères d'identification. Pour être qualifié d'OSE : a) l'opérateur doit fournir « un service qui est essentiel au maintien d'activités sociétales et/ou économiques critiques » ; b) la fourniture de ce service est tributaire des réseaux et des systèmes d'information ; et c) un incident aurait un effet disruptif important sur la fourniture dudit service » (art. 5, 2.).

⁴ Directive n°2016/1148 du 6 juillet 2016, art. 14, 1.

⁵ Ces risques font en France, l'objet de trois polices-types : les Conventions spéciales sur corps de navires de mer contre les risques de guerre, de piraterie, de terrorisme et risques assimilés du 1er janvier 2012, les Conventions spéciales RG WB 2018 (Garantie Waterborne) et les Conventions spéciales RG GE 2018 (Garantie étendue) du 1er juillet 2018.

classification doivent établir des modèles en matière de protection par catégorie d'entreprises et/ou par type de navire. La cybersécurité de l'armateur sera considérée comme acceptable à un instant donné, lorsqu'elle sera conforme au modèle établi dans sa catégorie.

Les assureurs de leur côté, devront éliminer ou réduire les obstacles associés à l'évaluation et la tarification des risques en se constituant une base de données suffisante sur la fréquence des sinistres et leurs intensités.

S'agissant du contenu de l'offre d'assurance, il faut noter que les couvertures proposées par certains assureurs sont encore embryonnaires et se limitent entre autres, aux pertes financières pouvant résulter d'un arrêt d'activité, les frais de gestion de crise, les dommages aux équipements informatiques, y compris les frais de récupération ou de réparation, et les pertes de données, les amendes et pénalités lorsque cela est possible, la perte de propriété intellectuelle⁶. Ces garanties ne concernent que des sinistres mineurs.

Or, des couvertures plus étendues et substantielles seraient indispensables pour couvrir les sinistres majeurs évoqués précédemment.

Dès lors, l'offre d'assurance pourrait consister en une « *police spéciale cyber corps* » qui contiendrait, outre ces garanties de base, la couverture de tous dommages pouvant résulter pour le navire assuré des accidents susceptibles d'être causés par une cyber attaque, y compris les frais engagés pour en limiter les effets.

On pourrait ensuite s'interroger sur les conditions de la tarification, car le coût de l'opération d'assurance doit être économiquement viable pour les assureurs et juste pour les armateurs⁷.

Pour adapter le coût de l'assurance à l'évolution du niveau de protection des navires, une solution expérimentée en matière de distribution de l'énergie⁸ a

été proposée dans le cadre de l'assurance cyber. Il s'agit du « *dynamic pricing* » ou la tarification dynamique⁹. Les cyber risques étant évolutifs, la tarification dynamique consistera pour les assureurs à prévoir dans la police une clause en vertu de laquelle un niveau de risque de référence sera déterminé suivant le degré de dépendance de l'armateur vis-à-vis des réseaux et systèmes cyber, et à fixer une prime correspondante¹⁰. Le risque de référence correspondra au niveau de sécurité qu'une entreprise doit avoir à un instant donné pour disposer d'une certification.

Les paramètres de la tarification seront ainsi le niveau de risque de référence qui devra être régulièrement réévalué et la protection effective de l'armateur.

2. Quels rapports entre les garanties cyber risques, risques de mer et risques guerre ?

Cette question mérite d'être posée pour deux raisons. D'une part, des cyber risques peuvent être confondus aux risques de guerre dans certaines situations. Pour les distinguer, une doctrine du droit international a élaboré un critère qui est cependant insuffisant. Ce critère porte sur les conséquences de l'attaque. Selon cette doctrine, on est en présence d'un acte de guerre lorsqu'il résulte d'une cyber attaque des blessures, des pertes en vies humaines, des dommages matériels ou pertes de biens¹¹. A défaut, on serait en présence d'une cyberattaque *stricto sensu*.

Dans la mesure où en matière de transport maritime, les cyberattaques peuvent conduire à des dommages matériels, on retiendrait presque toujours l'acte de guerre, selon le critère de qualification retenue en droit international.

Or, une attaque isolée d'un individu quelconque peut avoir aussi les mêmes conséquences sans qu'il y ait un objectif belliqueux. Ce constat montre que les frontières entre les deux catégories de risques ne sont donc pas encore nettement définies.

D'autre part, par un récent arrêt en date du 22 no-

⁶ SOYER Bariş, « Cyber risk insurance in maritime sector: growing pains and legal problems », in MUKHERJEE K. Proshanto, MEJIA Q. Maximo, XU Jingjing (ed.), *Maritime Law in motion*, préc., p. 627-642, spéc. p. 632 ; Patrice A. EDORH-KOMAHE, op.cit. ; PERRA Fabien, « Les principes de l'assurance du risque cyber pour les compagnies maritimes », DMF n°842, janvier 2022, p. 28-34.

⁷ Patrice A. EDORH-KOMAHE, op.cit.

⁸ C. de l'énergie, art. L332-7, al. 1er.

⁹ BARTHOLIC Michael, STANGE Andrew et al., « How to dynamically incentivize sufficient level of IoT security », in BERNHARD Matthew, BRACCIALI Andrea, MAURUSHAT Alana et al., *Financial cryptography and data security*, Springer 2020, p. 451-465, spéc. p. 456, 463. Patrice A. EDORH-KOMAHE, op.cit.

¹⁰ *Id.*

¹¹ SCHMITT N. Michael (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*, Cambridge University Press, 2017, Règle 92, p. 415.

vembre 2023, la Cour de cassation a rajouté une difficulté supplémentaire lorsqu'elle est venue définir le risque maritime comme « *tout risque qui peut se produire au cours de la navigation maritime qu'elle qu'en soit la cause* »¹².

Cette définition du risque maritime a suscité une épineuse question qui « *est celle de savoir si les risques de guerre et ceux qui y sont assimilés, dont les risques nucléaires, et les cyber risques, peuvent être qualifiés de risques maritimes dans la mesure où ils ont aussi vocation à se réaliser durant la navigation maritime* »¹³.

En tout état de cause, la question des rapports entre les garanties cyber risques, risques de mer et risques guerre, doit être analysée au regard des liens qui peuvent exister entre les trois catégories de risques eu égard à l'arrêt du 22 novembre 2023.

Si du point de vue historique, les risques de guerre ont pendant longtemps été assimilés aux risques de mer et couverts par les polices d'assurances consacrées à ces risques ordinaires¹⁴ avant d'en être exclus par la loi¹⁵, leur nature n'a jamais été précisée par le législateur malgré les différentes réformes dont ils ont été l'objet¹⁶.

On leur a parfois reconnu la nature de risques maritimes exceptionnels¹⁷, et la pratique des assureurs français relative à l'assurance des risques ordinaires et celle des risques de guerre pourrait conforter cette affirmation.

En ce qui concerne les cyber risques, leur exclusion des polices ordinaires et leur couverture à travers des polices spécifiques autonomes, sont des critères parmi d'autres¹⁸ qui ne permettraient pas de classer ces risques parmi les risques maritimes.

Dès lors, la question des rapports entre les garanties cyber risques, risques de mer et risques de guerre concerne davantage la distinction entre les couver-

tures cyber et les garanties risques de guerre, dans la mesure où les deux types de risques peuvent parfois être confondus. Un assureur du risque de guerre peut se retrouver contraint d'indemniser des sinistres cyber, et l'assureur cyber, des sinistres « guerre ».

Afin d'éviter des difficultés de preuve et les contestations que les deux types d'assureurs pourraient élever l'un à l'encontre de l'autre, il s'avère utile qu'un seul assureur prenne en charge, pour un même armateur, les risques de guerre et les cyber risques ou que les deux catégories de risques soient prises en charge dans le cadre de la coassurance par les assureurs cyber et les assureurs risques de guerre¹⁹.

B. La couverture des *P&I Clubs*

A la différence des assureurs sur corps de navire, les *P&I Clubs* incluent dans leurs polices la couverture des cyber risques²⁰. Mais ces *Clubs* pourraient se montrer plus exigeants à l'égard des armateurs en ce qui concerne la gestion des risques. La garantie des *P&I Clubs* est subordonnée dans son principe à certaines obligations imposées aux armateurs dont, en particulier, celle de mettre le navire en bon état de navigabilité²¹. Les *Clubs* peuvent rajouter la nécessité pour l'armateur de disposer d'une certification en matière de cybersécurité.

Il faut noter que la question de la distinction entre les cyber risques et risques de guerre pourrait contraindre les *P&I Clubs* à réviser leurs polices. En effet, à la différence des cyber risques, des clauses d'exclusion des risques de guerre sont prévues dans ces polices.

Or, il est désormais acquis que la menace cyber peut prendre la forme de risques de guerre. D'un côté, la nature cyber de l'attaque serait susceptible de déclencher la garantie du *P&I Club* ; de l'autre, son caractère d'acte de guerre pourrait conduire à mettre

¹² Com., 22 nov. 2023, pourvoi n° X 22-14.253.

¹³ Jérôme de Sentenac, Patrice A. EDORH-KOMAHE, « La délimitation du domaine de l'assurance maritime par rapport à celui de l'assurance « terrestre », Tribune de l'assurance, 2024.

¹⁴ Ancien art. 350 du Code de commerce 1807 dans sa version originelle reprenant à droit constant l'article 26 de l'Ordonnance de Colbert.

¹⁵ C. ass., art. L172-16, 1°) à 4°).

¹⁶ Jérôme de Sentenac, Patrice A. EDORH-KOMAHE, *op.cit.*

¹⁷ Cassie CORVASCE, *La gestion des risques maritimes : les risques exceptionnels*, Mémoire, Aix-Marseille Université, dir. Cyril BLOCH et Christophe THELCIDE, 2017-2018. Jérôme de Sentenac, Patrice A. EDORH-KOMAHE, *op.cit.*

¹⁸ V. à ce propos Jérôme de Sentenac, Patrice A. EDORH-KOMAHE, *op.cit.*

¹⁹ Patrice A. EDORH-KOMAHE, *op.cit.*

²⁰ KONLAC Alain, *L'assurance responsabilité civile des armateurs et la mutualisation des risques : l'activité et les mécanismes de couverture des P&I Clubs*, Thèse, Université de Nantes, Université du Pays Basque (*Universidad Del Pais Vasco*), 23 octobre 2020, p. 243-244 ; MRAKOVIĆ Ivan, VOJINOVIĆ Ranko, « Maritime cyber security analysis-How to reduce threats? », *Transactions on maritime science*, vol.13, 2019, p.135

²¹ Alain KONLAC, *op.cit.*, p. 78.

en œuvre la clause d'exclusion des risques de guerre. Dans cette situation, les responsabilités découlant d'une cyber-attaque ayant les caractères d'un risque de guerre pourront être comprises dans les exclusions au titre des risques de guerre.

C. Les contentieux en matière d'assurance cyber et la place de l'arbitrage

Cette question n'est pas anodine dans la mesure où la plupart des assureurs qui interviennent sur le marché de l'assurance cyber prévoient dans leurs polices, des clauses d'arbitrage compromissaires. Il est vrai que des tribunaux étatiques se sont déjà prononcés sur des cas de cyber attaques. On peut citer par exemple, l'arrêt de la *Royal Courts of Justice de Londres* rendu le 24 mai 2017 dans l'affaire opposant le transporteur Mediterranean Shipping Company (MSC) S.A. à la société Glencore International AG²² à propos du vol de marchandises commis à partir d'un piratage de « codes pin » qui avaient été communiqués par le transporteur au destinataire et à des agents portuaires pour la prise de livraison dans le cadre d'un connaissance dématérialisé.

On peut en outre citer le jugement rendu le 26 mai 2023 par le tribunal régional allemand de Tübingen qui est considéré comme la première décision judiciaire concernant l'assurance cyber en Allemagne. Dans cette affaire, l'assuré avait été visé par une cyber attaque au cours de l'année 2020. L'assureur a découvert pendant l'instruction de la réclamation que le système informatique de l'assuré n'avait pas été suffisamment protégé, et il a alors refusé toute indemnisation en soutenant l'existence d'une fausse déclaration de l'assuré et une aggravation de risque. Ces arguments n'ont cependant pas convaincu le juge²³.

Malgré ces décisions rendues par des tribunaux étatiques, l'arbitrage apparaît comme le mode de règlement privilégié des assureurs et leurs clients dans la mesure où il garantit une plus grande confidentialité des débats et qu'il permet en conséquence aux

entreprises victimes de cyber attaques de garder les sinistres secrets, de préserver leurs images et d'éviter la divulgation de documents confidentiels²⁴, même si certains pensent le contraire en soutenant que les parties à un arbitrage peuvent être amenées à communiquer des informations sensibles pour défendre leurs intérêts²⁵.

En toute état de cause si, traditionnellement, l'assurance maritime est considérée comme une « *terre d'élection de l'arbitrage* »²⁶ à cause de son caractère « *hautement technique et international* », il ne fait pas de doute que la branche cyber qui est actuellement dominée par des compagnies d'assurance étrangères ne devrait qu'accroître le recours à l'arbitrage.

La responsabilité de l'armateur n'échappe pas aux risques de la cybercriminalité. La survenance de ces risques peut avoir des conséquences aussi financières qu'accidentelles. Les sinistres cyber nécessitent en conséquence d'importantes protections au niveau de l'offre d'assurance qui se montre particulièrement exigeante vis-à-vis des armateurs. Actuellement, il n'existe pas sur le marché français de police-type pour les corps de navire contre les cyber risques qui devra se rapprocher de celles relatives aux risques de guerre, les deux types de risques pouvant parfois être identiques. Afin d'éviter des difficultés d'application, nous pensons qu'il serait nécessaire qu'un seul assureur prenne en charge pour un même armateur à la fois la couverture des risques de guerre et celle des cyber risques.

Pour ces différentes raisons et d'autres encore, comme la confidentialité des débats et de la sentence, nos Anciens ont choisi le recours quasi-systématique à l'arbitrage pour résoudre les conflits entre opérateurs du secteur.

²² Mediterranean Shipping Company S.A. c/ Glencore International AG, Royal Courts of Justice Strand, London, Aff. n°: A3/2015/2525 (arrêt n° 2017) EWCA Civ 365).

²³ Tribunal de Tübingen, 4e chambre civile, 26 mai 2023, aff. n° 4 O 193/21.

²⁴ Andrew S. Nadolna et al., « Why arbitration clauses may make sense in cyber insurance policies », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2017, Vol. 19:43; Peter A. Halprin, Daniel Garrie, « Arbitrating cyber coverage disputes », *Winter* 2019, Vol. 29, n° 1.

²⁵ Pierre Binevenu, Benjamin Grant, « Data protection and cyber risk issues in arbitration, dealing with regulation, cyber-attacks and hacked evidence », *in International arbitration report*, n°13, sept. 2019, p. 19-20.

²⁶ Olivier Jambu-Merlin, « L'assurance maritime, terre d'élection de l'arbitrage », *L'argus de l'assurance*, 2012.

LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE À LA DISTRIBUTION DES PRODUITS D'ASSURANCE : QUELS ENJEUX POUR LES DISTRIBUTEURS D'ASSURANCE ?

PAR MARIE BETOLAUD, RESPONSABLE JURIDIQUE MÉTIER ET CONFORMITÉ DE PLANÈTE CSCA AVEC LA COLLABORATION DE CHRISTOPHE PARDESSUS, MEMBRE DU COMEX DE MARSH FRANCE

Depuis quelques années, les professionnels de l'assurance et les praticiens du Droit constatent un foisonnement de la « production » législative et réglementaire, aux niveaux européen et français. Bien que suivre ce mouvement, qui va en s'amplifiant (en volume, en rythme, en complexité des projets), ne laisse aucun répit, il est nécessaire d'essayer de prendre un peu de recul pour s'interroger sur le sens général de cette « production » et ce qu'elle implique concrètement pour les professionnels concernés.

I. ÉTAT DES LIEUX DE LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE

Cette pression réglementaire s'est accrue tant en ce qui concerne les thématiques qu'en ce qui concerne la nature des textes applicables.

1. Une réglementation qui s'est élargie à des textes de nature différente

Aux textes dits de droit dur (lois, règlements, arrêtés, directives ou règlements européens), se sont ajoutés des textes de droit « souple » (« soft law ») émis par les autorités administratives, générales (fiscales...) ou spécialisées (ACPR, CNIL, AFA (Agence Françai-

se Anticorruption), Comité Consultatif du Secteur Financier (CCSF), EIOPA (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles)... Si juridiquement ces textes ne sont pas tous de nature contraignante¹, dans les faits ils sont utilisés par ces autorités comme autant d'outils de contrôle et parfois de sanction.

La réglementation européenne s'est également considérablement complexifiée ces dernières années : le Parlement et le Conseil, co-législateurs, délèguent² en effet de plus en plus souvent à la Commission EU le pouvoir d'adopter des actes dits délégués de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels d'un acte législatif (niveau 1). Cette approche a engendré une cascade de textes parmi lesquels il est parfois difficile de s'y retrouver, chaque texte de niveau 2 visant à préciser celui de niveau 1 (sans en modifier les principes).

Ces 2 niveaux de réglementation sont souvent complétés par des orientations, recommandations émanant de l'EIOPA et de l'ACPR et qui constituent le niveau 3.

On peut légitimement s'interroger sur les consé-

¹ Conseil d'État, 9ème - 10ème chambres réunies, 20/06/2016, 384297

² Art. 290 Traité sur le Fonctionnement de l'UE

quences politiques de cette procédure : les co-législateurs octroient (compte tenu de la complexité des sujets) dans le niveau 1 de plus en plus de délégations à la Commission, donnant l'impression de se dessaisir du pouvoir législatif qui leur a été dévolu par le Traité sur le Fonctionnement de l'UE.

2. Une réglementation qui s'est précisée et s'est étendue à différents domaines

Outre les textes propres à la distribution de produits d'assurance, ont été adoptées ou sont en cours d'adoption de nouvelles réglementations trans-sectorielles couvrant de nouveaux domaines, toujours plus nombreux.

a. Une réglementation sectorielle « assurance » qui s'est étoffée et précisée

La réglementation s'est considérablement étoffée avec l'adoption de la DDA du 20/01/2016, qui a fait de la protection de la clientèle la pierre angulaire des nouvelles exigences applicables à la commercialisation des produits d'assurance.

Avec la DDA, les institutions UE ont notamment souhaité faire converger les règles applicables à la distribution de produits d'assurance vie et celles applicables aux autres produits d'investissement qui sont régis par la directive sur les marchés d'instruments financiers (MiFID).

Au niveau européen, la DDA a suscité un grand nombre de règlements de niveau 2 qui sont venus préciser le niveau 1. En France, la DDA une fois transposée a conduit à l'adoption d'un ensemble complexe de textes de niveau 3 publiés par l'ACPR, sans oublier la loi de 2021 relative à la réforme du courtage qui est allée au-delà des exigences de la DDA et qui illustre bien ce réflexe bien français de « sur-transposition ».

Il convient également de relever la publication d'un certain nombre de textes de droit français adoptés pour renforcer encore au niveau national la protection des preneurs d'assurance ; par exemple les lois Hamon, Lemoine et « résiliation en 3 clics » pour

faciliter la résiliation des contrats d'assurance par les souscripteurs.

b. Une réglementation qui s'est étendue à d'autres domaines

Cette sur-réglementation s'est également amplifiée avec l'adoption de diverses réglementations « trans-sectorielles » : par exemple, la réglementation relative à la protection des données personnelles (RGPD), les textes européens et français adoptés pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le terrorisme (avec la série de textes complémentaires publiés par l'ACPR ou Tracfin), pour lutter contre la corruption (loi Sapin II du 09/12/2016 et directive de 2019 sur les lanceurs d'alerte), le renforcement des obligations en matière de cybersécurité des entités financières (règlement européen DORA³), les textes « durabilité » européens et français, et bientôt l'Intelligence Artificielle (avec l'IA Act européen) et le partage des données d'assurance (avec le règlement FIDA-open finance).

Les distributeurs d'assurance se trouvent ainsi face à une mosaïque de textes européens ou français, de droit dur ou de droit souple imposant, dans des domaines très variés, un grand nombre d'obligations. Leur mise en œuvre est donc très complexe, surtout pour les petites structures⁴ qui rencontrent des difficultés à la fois financières et d'organisation pour s'y conformer.

II. LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE À LA DISTRIBUTION DES PRODUITS D'ASSURANCE : QUELS ENJEUX POUR DEMAIN ?

Évaluons maintenant les enjeux, risques et opportunités que ce nouveau cadre réglementaire représente pour les distributeurs d'assurance. Pour alimenter notre réflexion, prenons comme exemple des textes récemment adoptés ou sur le point de l'être.

1. Quelques exemples

a. Anticiper la RIS

En mai 2023, la Commission EU a publié sa stratégie

³ Voir règlement n° 2022/2554 sur la résilience digitale

⁴ En France, 68% des cabinets de courtage emploient moins de 11 salariés

⁵ Retail Investment Strategy-RIS

⁶ Règlement européen qui vise à homogénéiser l'information précontractuelle des produits financiers packagés-Documents d'Informations Clés-DIC/KID

pour les investisseurs de détail⁵ qui s'est concrétisée en un « package » constitué d'une proposition de directive dite « omnibus » qui amende un certain nombre de directives existantes dont la DDA et d'un projet de révision du règlement PRIIPs⁶. L'ambition de la RIS : poser les fondations d'une réglementation européenne transversale à l'ensemble des produits d'investissement et aligner ainsi les règles applicables aux produits d'assurance vie de type épargne (fixées par la DDA), avec celles qui régissent les autres véhicules d'épargne et d'investissement (fixées par MIFID).

S'agissant des amendements à la DDA, il est notamment proposé de revoir les règles en matière de rémunération, de conseil, de gouvernance produit et de communications commerciales ; de manière surprenante la Commission a également proposé de modifier certains articles applicables à l'ensemble des produits d'assurance.

Les changements proposés sont majeurs et créent des risques en termes de rémunération pour les distributeurs de produits d'investissement assurantiels. L'enjeu in fine est ici l'existence et la qualité du conseil apporté aux petits épargnants.

Même si le texte est en cours de discussion au Conseil et au Parlement et non encore stabilisé, les distributeurs devraient dès à présent se préparer à devoir annoncer, justifier le montant de leur rémunération et formaliser vis-à-vis de leurs clients ces nouvelles exigences.

b. Renforcer sa cybersécurité : le règlement DORA

Le règlement EU DORA de fin 2022 sur la résilience opérationnelle numérique dans le domaine des services financiers vise à harmoniser et renforcer la robustesse cyber des entités financières européennes. Ce règlement est l'un des éléments-clés du package « finance digitale » de la Commission européenne, pour soutenir la transformation numérique et l'innovation du secteur financier dans l'UE, tout en préservant l'intégrité du marché, la stabilité financière et la protection des investisseurs.

DORA repose sur 5 piliers qui visent à ce que les en-

tités financières mettent en place des politiques internes complètes d'analyse de leurs risques, de gestion des incidents cyber et de prévention.

Compte tenu du niveau d'exigences requis par DORA, **seuls les intermédiaires d'assurance d'une certaine taille⁷ y sont soumis**. Ces intermédiaires devraient engager sans attendre les développements informatiques et de gouvernance pour se conformer aux exigences.

S'agissant des intermédiaires d'assurance « hors scope », ils doivent s'attendre à ce que leurs partenaires assureurs exigent d'eux qu'ils mettent en place des actions pour élever leur niveau de cybersécurité, surtout s'ils agissent comme leurs « délégataires ». DORA exige en effet des entreprises soumises qu'elles mettent en place un cadre de gestion des risques informatiques assurant la continuité des fonctions critiques, y compris en cas d'externalisation/délégation confiée à des courtiers. DORA aura donc un effet de « ruissellement » sur un périmètre bien plus large que son champ officiel d'application.

c. S'inscrire dans une démarche durable

La réglementation applicable au secteur de l'assurance intègre progressivement les enjeux liés à la durabilité.

Identifiés comme acteurs majeurs du changement, les services financiers font l'objet d'une attention particulière du législateur européen et français pour favoriser les activités économiques ayant un impact positif sur l'environnement : le corpus réglementaire⁸ proposé est complexe ; il touche l'ensemble des métiers de l'assurance.

Les courtiers d'assurance sont doublement impactés par cette réglementation (toujours en mouvement) et doivent s'y conformer dès à présent : comme co-concepteurs et distributeurs de produits d'assurance-vie et comme structure économique devant s'inscrire dans une démarche RSE.

2. Quels coûts/bénéfices pour les consommateurs et les distributeurs d'assurance ?

On ne peut contester la volonté des décideurs publics de vouloir renforcer la protection des consommateurs et la stabilité financière via la RIS, DORA, le

⁷ Plus de 250 salariés et CA supérieur à 50M€

⁸ Voir notamment : règlement européen SFDR sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers et sa cohorte de textes de niveau 2, la loi PACTE, le règlement délégué DDA sur la durabilité, la loi AGECE...

« package durabilité » ou toute autre initiative. L'assurance est une profession réglementée dont l'exercice est subordonné à des conditions spécifiques et exigeantes eu égard aux risques financiers induits par l'exercice d'une telle activité.

L'on ne peut en revanche que déplorer la complexité, l'enchevêtrement et le manque de stabilité du cadre juridique applicable à la distribution de produits d'assurance qui non seulement alourdit les contraintes à la charge des distributeurs en les plaçant dans une situation de forte insécurité juridique mais ne permet pas pour autant d'atteindre l'objectif de protection recherché.

Si l'on prend pour exemple la RIS, il nous semble que la complexité et le niveau d'exigences requis pour distribuer un produit « vie » risquent d'aboutir à une interdiction de fait de la rémunération par voie de commission pour les produits d'investissement et devenir un obstacle à l'objectif même que s'était fixé le projet de directive : améliorer la protection des épargnants pour stimuler l'investissement productif des citoyens pour financer les transitions verte et numérique. Les études montrent d'ailleurs que le commissionnement permet :

- aux petits épargnants de bénéficier de conseils gratuits à ou à un coût très modeste, par l'effet de mutualisation des revenus générés pour le courtier par ses plus grands épargnants
- aux courtiers de rester actifs sur le marché concerné et d'y maintenir un fort niveau de concurrence

Il semble que les cabinets de courtage pourraient toutefois tirer parti de certaines exigences pour en faire un avantage business à mettre en avant que ce soit vis-à-vis de leurs partenaires assureurs ou des clients.

S'agissant par exemple de durabilité, les clients sont de plus sensibles à la prise en compte de leurs préférences en la matière et souhaitent investir dans des produits « verts » ; de la même manière, les clients grand compte n'ont plus aujourd'hui le choix que de recourir à des partenaires commerciaux (notamment leurs courtiers) dont ils savent que leur activité est inscrite dans une démarche durable ; d'où l'intérêt pour les distributeurs de s'emparer de cette problématique.

S'agissant également de la volonté de l'UE de vouloir favoriser (avec le projet de règlement FIDA, ou l'IA Act) l'innovation et créer un écosystème numérique concurrentiel, qui profiterait aux consommateurs et aux entreprises du secteur financier, elle ne doit pas être rejetée par principe. Même si en général ces initiatives devraient mieux prendre en compte les spécificités assurance, on ne peut que saluer la volonté des institutions européennes de faire bénéficier les clients d'un nouveau cadre innovant et protecteur.

CONCLUSION

Le constat de la réglementation applicable ou en cours d'adoption au niveau européen ou national devrait aujourd'hui pousser législateurs et autorités administratives à faire une vraie **pause** de manière à permettre aux opérateurs de s'adapter aux nouvelles exigences et à se préparer à celles qui sont aujourd'hui en cours de discussion. Les décideurs devraient avant toute nouvelle initiative évaluer leurs propositions à l'aune de la réglementation déjà existante et des objectifs poursuivis (protection des consommateurs, marché concurrentiel ou stabilité financière).

On ne peut, toutefois et en parallèle, qu'inciter les distributeurs d'assurance à se mettre en conformité avec la réglementation (y compris les textes de « droit souple ») déjà applicable et à se préparer aux exigences à venir afin de pouvoir continuer à être parties prenantes de la commercialisation des produits d'assurance sur le territoire de l'UE au bénéfice de l'ensemble du marché, y compris des consommateurs.

L'ARBITRAGE ET APRÈS ? LES RECOURS ORDINAIRES ET LES RECOURS EXTRAORDINAIRES

PAR JIMMY SERAPIONIAN, TENERO AVOCATS

› Succès de l'arbitrage

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que l'arbitrage constitue un mode alternatif majeur de règlement des conflits et qui connaît la plus **forte croissance** dans les litiges internationaux mais également nationaux. En témoigne la croissance soutenue du nombre de centres d'arbitrage, du nombre d'affaires dont ces centres sont saisis, mais également du succès rencontré, année après année, par la Paris Arbitration Week, réunissant annuellement à Paris les principaux acteurs de l'arbitrage venant du monde entier. **L'arbitrage est indubitablement un succès.**

› Avantages de l'arbitrage

En effet, les avantages de l'arbitrage sont nombreux. Rappelons-les néanmoins rapidement : **la rapidité** tant absolue de l'arbitrage, au sein duquel le calendrier est fixé par les parties elles-mêmes, que relative par rapport aux juridictions étatiques de plus en plus encombrées ; **le choix de l'arbitre** « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* », dit l'adage, car, la complexité technique croissante des dossiers nécessite l'expertise de technicien possédant une expérience dans un domaine très précis ; **la confidentialité** sur des questions particulièrement délicates, l'article 1479 du Code de procédure civile indiquant que les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ; **la possibilité d'aménager les règles de droit applicables** conformément à l'article 1478 du même code, qui ouvre la possibilité au tribunal arbitral de trancher le litige conformément aux règles de droit ou de statuer en amiable composition ; enfin, le **caractère exécutoire** des sentences arbitrales, qui sont bel et bien exécutoires dès leur prononcé, tel que rappelé par l'article 1484 du même code (« la

sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche »).

› Renonciation aux voies de recours

Ce dernier point est primordial et réglementairement incontournable puisque ressortant des dispositions de l'article 1489 du code de procédure civile : « *La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.* » Or, il s'agit là du point d'orgue de la sentence arbitrale ; toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties, puisqu'en acceptant de soumettre leur litige au règlement arbitral, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et sont réputées, sauf convention contraire des parties, avoir **renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer.**

› Limite à la renonciation aux voies de recours

Ce principe général n'est toutefois pas sans exceptions, lesquelles sont le cœur de ce bref article ayant vocation à tracer à grands traits les **recours ouverts à l'encontre d'une sentence arbitrale, en principe insusceptible de recours.** Loin de retirer tout effet à la sentence arbitrale, la possibilité, à titre d'exception, d'un recours à l'encontre de la sentence constitue, comme l'a très justement écrit Noël MELIN « *une preuve supplémentaire de la volonté du législateur de faire du droit français un droit qui renforce l'efficacité de l'arbitrage* ». Allant plus loin, les auteurs SERAGLINI et ARTSCHEIDT ont écrit que « *L'ouverture d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale au siège du tribunal arbitral constitue cependant une garantie essentielle pour les parties* ».

› Définition des voies de recours

Les voies de recours sont les moyens juridictionnels conduisant à un nouvel examen du procès en vue d'obtenir la réformation, l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice. L'organisation des voies de recours est d'ailleurs d'ordre public, de sorte qu'il ne peut être dérogé aux dispositions relatives aux voies de recours en matière d'arbitrage. La Cour de cassation a affirmé cela en jugeant que « *le régime interne ou international de l'arbitrage détermine, notamment, celui des voies de recours à l'égard des sentences ; il n'appartient pas aux parties de le modifier, fût-ce par accord exprès conformément à l'article 12 du nouveau Code de procédure civile*¹. ».

› Distinction et plan

Les voies de recours ordinaires à l'encontre d'une sentence arbitrale sont l'appel et le recours en annulation (1). Les voies de recours extraordinaires sont la tierce opposition et le recours en révision (2).

1. LES RECOURS ORDINAIRES : L'APPEL ET LE RECOURS EN ANNULATION.

› Règles communes afférentes à l'appel et au recours en annulation

En matière d'arbitrage interne, le Code de procédure civile prévoit des dispositions communes en matière processuelle entre l'appel et le recours en annulation. Ces dispositions sont prévues aux articles 1494 à 1498 dudit code.

› Compétence

L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue². Des dispositions identiques sont prévues en matière internationale à l'article 1519 du Code de procédure civile, qui dispose que le recours en annulation d'une sentence arbitrale internationale est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Le critère est donc juridictionnel, car lié au siège de l'arbitrage, et non matériel, en fonction du lieu où serait né le sinistre.

› Délai

Le Code de procédure civile, par l'article précité, dispose que ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence et qu'il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence, étant précisé que la notification est faite par voie de signification, à moins que les parties en conviennent autrement. En pratique, les parties dérogent souvent à la signification par voie d'huissier, confiant au centre d'arbitrage le soin de signifier la sentence et donc d'ouvrir le délai de recours en annulation. Les règles de computation des délais sont celles applicables en matière de procédure civile.

› Recevabilité

Comme en matière civile, le recours en annulation est recevable même si la sentence n'a pas été notifiée. Le recours en annulation contre une sentence rendue à l'étranger est irrecevable³. Surtout, tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence arbitrale doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même⁴. Ce principe d'origine prétorienne a été repris à l'article 1466 du Code de procédure civile qui dispose que « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

› Application pratique

La renonciation d'une partie à soulever l'incompétence d'un tribunal arbitral, tirée de l'absence de convention d'arbitrage, doit s'apprécier au vu de son comportement au cours de la procédure d'arbitrage. Cette exception n'a pas à être soulevée devant cette juridiction, à peine d'irrecevabilité, avant toute défense au fond⁵. Dit autrement, le recours en annulation ne peut venir suppléer la carence d'une partie dans l'exercice de son droit de récusation en temps utile⁶.

¹ Civ. 1, du 6 avril 1994, 92-16.240, Publié au bulletin

² Article 1494 du code de procédure civile

³ CA Paris, 23 janvier 2018, n° 16/15258

⁴ Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2006, n° 03-19.054, Bull. 2006 I N° 37 p. 37

⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 03-20.802, Bull. 2006 I N° 369 p. 316

⁶ Cass. 2^e civ., 25 mars 1999, n° 94-18.976, Bull. 1999 II N° 56 p. 41

› Effet de l'appel ou du recours en annulation sur la poursuite de l'instance d'arbitrage

Le recours en annulation n'emporte pas suspension de l'instance arbitrale en cours ; les deux procédures se poursuivront en parallèle, bien que, dans les faits, l'instance d'arbitrage prendra fin avant le résultat du recours en annulation. En tout hypothèse, en cas d'annulation de la sentence arbitrale préalable, notamment celle portant sur la compétence du juge arbitral, la validité de l'instance arbitrale en cours, voire celle de la sentence arbitrale définitive rendue, sera nécessairement affecté.

› Effet de l'appel ou du recours en annulation sur la sentence

Le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale, à moins qu'elle ne soit assortie de l'exécution provisoire⁷. Le premier président statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état, peut : « 1° Lorsque la sentence est assortie de l'exécution provisoire, arrêter ou aménager son exécution lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; ou 2° Lorsque la sentence n'est pas assortie de l'exécution provisoire, ordonner l'exécution provisoire de tout ou partie de cette sentence »⁸.

› Effet du rejet de l'appel ou du recours en annulation

Le rejet du recours confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour⁹.

› Importance du choix de la voies de recours.

Le plaideur devra veiller à bien choisir sa voie de recours car toute requalification du recours pendant la procédure est impossible. En cas d'erreur, le plaideur devra recommencer sa procédure en veillant aux délais.

- 1.1. l'appel

› Distinction entre arbitrage interne et arbitrage international

Concernant la procédure d'appel, une distinction

doit être effectuée entre l'arbitrage interne et l'arbitrage en matière internationale. Dans le premier cas, le principe de liberté contractuelle prédomine. Ainsi, l'appel est ouvert à l'encontre d'un arbitrage interne lorsque les parties l'ont expressément souhaité, mais, à défaut, l'appel n'est pas autorisé.

› Liberté contractuelle en matière interne

Si, en théorie, les parties peuvent toujours prévoir une clause d'appel, tel n'est pour ainsi dire jamais le cas en pratique. En effet, il convient de rappeler que, par principe, la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties¹⁰. Ce refus de principe est repris par l'immense majorité des centres d'arbitrage interne. Ainsi, l'article 35-6 du règlement de la CCI précise que « *les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer.* ». Une rédaction similaire est prévue par le CEFAREA en son article 36.3, par l'AFA en son article 16-3, par le CMAP en son article 30.1 ou encore par la CAIP en son article 31. La raison paraît légitime : la finalité de l'arbitrage est de sortir de la voie juridictionnelle étatique pour confier son litige à un organisme privé, selon un process confidentiel, de sorte qu'accepter un appel viendrait quelque peu vider de sa substance le recours à l'arbitrage.

› Irrecevabilité de l'appel en matière internationale

Dans le second cas, l'appel est exclu à l'encontre d'une sentence rendue en France en matière internationale, ce qui ressort de l'article 1518 du Code de procédure civile. Il a d'ailleurs été jugé que les conventions d'arbitrage qui prévoient une faculté d'appel en matière internationale doivent être réputées non écrite sur ce point, quand bien même les parties auraient spécifiquement souhaiter mettre en place une procédure d'appel : « *La qualification interne ou internationale d'un arbitrage, déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige et non de la volonté des parties, fixant le régime des voies de recours et, s'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes par l'article 1504 du nouveau code de procédure civile ayant un caractère impératif excluant tout appel réforma-*

⁷ Article 1496 du code de procédure civile

⁸ Article 1497 du code de procédure civile

⁹ Article 1498 du code de procédure civile

¹⁰ Article 1489 du code de procédure civile

tion de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties, c'est à bon droit, sans violer le principe de la contradiction et après avoir exactement qualifié l'arbitrage d'international, qu'une cour d'appel décide que dès lors que les parties sont convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence est réputé non écrit, la convention d'arbitrage international elle-même, du fait de son autonomie, n'étant pas entachée de nullité¹¹».

› **Sur le fond**

Pour les parties désirant bénéficier d'une procédure d'appel, uniquement en matière d'arbitrage interne, le juge d'appel aura plénitude de compétence sauf à respecter la feuille de route du tribunal arbitral. En effet, l'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence. La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral¹².

- 1.2. le recours en annulation

› **Réforme**

Le recours en annulation est le principal recours contre une sentence arbitrale ; son régime a été largement modifié et mis à jour par le décret du 13 janvier 2011¹³ portant réforme de l'arbitrage.

› **Impossible renonciation**

La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation, à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite¹⁴.

› **Cas d'ouverture du recours en annulation**

Les cas d'ouverture sont limitativement énumérés par le Code de procédure civile, en son article 1520 ; en effet le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5° La reconnaissance ou l'exécu-

tion de la sentence est contraire à l'ordre public international.

› **Pouvoirs du juge de l'annulation**

Le juge de l'annulation dispose des mêmes pouvoirs que le juge d'appel en matière contentieuse, ce qui ressort expressément des dispositions de l'article 1527 alinéa 1 du Code de procédure civile : « *L'appel de l'ordonnance ayant statué sur l'exequatur et le recours en annulation de la sentence sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1* », modulo le fait que le juge de l'annulation ne peut être saisi que des 5 cas d'ouverture précités. En conséquence, le juge de l'annulation pourra annuler la sentence entièrement ou partiellement sur tel ou tel chef du jugement, à ceci près que le chef du jugement annulé soit dissociable des autres chefs de la sentence.

› **Effets de l'annulation**

Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties¹⁵. Là encore, l'auteur précise à l'attention des centres d'arbitrage, que leur règlement et les conventions d'arbitrage doivent être clairs, car, en cas de silence des textes et en cas d'annulation, le litige sera en tout ou partie tranché par le juge étatique, retirant ainsi toute portée à la procédure d'arbitrage, en particulier à la confidentialité de celui-ci.

› **Effet du recours sur la demande d'exequatur en matière internationale**

Le recours en annulation emporte par ailleurs, de plein droit, recours contre l'ordonnance du juge de l'exequatur ou son dessaisissement, s'il a déjà été saisi d'une requête tendant à voir la sentence déclarée exécutoire¹⁶. Parallèlement, le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour¹⁷.

¹¹ Civ. 1, 13 mars 2007, 04-10.970, Publié au bulletin

¹² Article 1490 du code de procédure civile

¹³ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

¹⁴ Article 1491 du code de procédure civile

¹⁵ Article 1493 du code de procédure civile.

¹⁶ Art. 1524, al. 2 du code de procédure civile

¹⁷ Article 1527, alinéa 2, du code de procédure civile

2. LES RECOURS EXTRAORDINAIRES.

› Voies de recours extraordinaires ouvertes

La sentence arbitrale peut être frappée de recours extraordinaires qui sont repris aux articles 1501 et 1502 du Code de procédure civile, à savoir respectivement la tierce opposition et le recours en révision.

› Voies de recours extraordinaires fermées

En revanche, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation, ce qui résulte de l'article 1503 du Code de procédure civile. Pour rappel, l'opposition est une procédure, qui tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut, ouverte au défendeur défaillant ; compte tenu du la procédure participative inhérente à l'arbitrage, il apparaît peut vraisemblable qu'une partie n'ait pas connaissance de la procédure. Concernant le pourvoi en cassation, il a été jugé « *irrecevable, par application de l'article 1481 du nouveau Code de procédure civile, le pourvoi en cassation dirigé contre une sentence arbitrale ayant rejeté la requête en rectification pour erreur matérielle d'une précédente sentence*¹⁸. » De même et enfin, la jurisprudence française a écarté toute possibilité d'une action en inopposabilité de la sentence rendue à l'étranger.

› Plan

Ces voies de recours extraordinaires apparaissant aujourd'hui définitivement fermées, il y a lieu de se concentrer sur les deux autres voies de recours extraordinaires ouvertes, à savoir respectivement la tierce opposition et le recours en révision.

- 2.1. La tierce opposition

› Disposition applicable

L'article 1501 du Code de procédure civile, tel que modifié par le décret de 2011¹⁹ dispose que : « *La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588.* »

› Définition

La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque²⁰.

› Recevabilité

Le recours en tierce opposition ne doit pas être porté par l'une des parties à l'arbitrage. Le cas peut paraître d'école, mais il est effectivement arrivé que l'un des arbitres porte un tel recours : « *Mais attendu que nul ne peut être juge et partie ; qu'ayant, exactement retenu, d'une part, que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle lui interdisant de demander que lui soit déclarée inopposable la décision dont l'objet était de rétracter les sentences auxquelles il avait participé, même si un vice qui entacherait ladite décision pourrait fonder une action en responsabilité civile ultérieure*²¹. ».

› Compétence

La tierce opposition est faite devant la juridiction qui aurait eu compétence, tant matérielle que territoriale, en l'absence d'arbitrage. A la différence des voies de recours ordinaires, le critère est donc matériel et non juridictionnel.

› Effets du recours en tierce opposition

La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit²². Le juge saisi de la tierce opposition à titre principal ou incident peut suspendre l'exécution du jugement attaqué²³. La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés²⁴.

¹⁸ Civ. 2e 16 mai 1988, n° 86-18.320, Publié au bulletin

¹⁹ décret n°2011-48 du 13 janvier 2011

²⁰ Articles 582 et 583 et suivants du code de procédure civile

²¹ Cass. 2e civ., 11 janvier 2018, n° 16-24.740, Bull. 2018, II, n° 6

²² Article 582 du code de procédure civile

²³ Article 590 du code de procédure civile

²⁴ Article 591 du code de procédure civile

- 2.2. Le recours en révision.

› Disposition applicable

L'article 1502²⁵ du Code de procédure civile dispose que : « *Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603. Le recours est porté devant le tribunal arbitral. Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.* »

› Définition

Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit²⁶. Ce recours demeure la seule voie ouverte à l'encontre d'une sentence passée en force de chose jugée. Les parties ne peuvent d'ailleurs pas renoncer à la mise en œuvre ultérieure d'un recours en révision. Cette voie de recours extraordinaire est d'ailleurs ouverte tant en matière interne par l'article 1502 du Code de procédure civile, qu'en matière internationale eu égard à l'article 1506 dudit code renvoyant à l'article 1502.

› Cas d'ouverture du recours en révision

A ce stade, il n'est pas vain de rappeler les quatre cas d'ouverture du recours en révision²⁷ :

- « 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ;
2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ;
3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ;
4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. »

› Sur la compétence

La juridiction compétente est le centre arbitral ayant rendu la sentence litigieuse ; ceci a été jugé récem-

ment par le tribunal judiciaire de Paris, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international, tant à l'encontre de la sentence qu'à l'encontre de la demande d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale²⁸. En cas d'impossibilité de retourner devant le même tribunal arbitral, une distinction doit être opérée. En matière d'arbitrage interne, l'article 1502 précité dispose, en son 3ème alinéa, que si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence. La solution est donc simple. En matière d'arbitrage international, les textes sont silencieux, l'article 1506 alinéa 5 se contentant de disposer que « *s'appliquent à l'arbitrage international les articles (...) 1502 (alinéas 1 et 2)* », le second alinéa précisant que « *Le recours est porté devant le tribunal arbitral* ».

› Conseil pratique

En conséquence, nous invitons les centres d'arbitrage et les parties à indiquer dans leur règlement et dans leurs conventions qu'en matière d'arbitrage international, les dispositions de l'article 1502 alinéa 3 sont applicables.

› Sur la connaissance

Pour que le recours en révision soit recevable, il est nécessaire que le requérant n'ait pu, « *sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée*²⁹ ». Si la fraude, le dol et/ou le faux doivent évidemment être antérieurs à la sentence, en revanche, leur connaissance doit être postérieure à celle-ci.

› Concernant la charge de la preuve

Il apparaît qu'elle revient au défendeur à l'action en révision, à défaut cela reviendrait pour le demandeur à la révision de rapporter la preuve d'un fait négatif ce qui n'est pas possible.

› Sur les délais

S'il n'existe pas de forclusion à l'encontre du recours en révision, il existe néanmoins une prescription qui est de deux mois et qui court à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque, tel que stipulé à l'article 596 du Code

²⁵ Tel que modifié par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011

²⁶ Article 593 du code de procédure civile

²⁷ Article 595 alinéa 2 à 5 du code de procédure civile

²⁸ TGI Paris, réf., 6 sept. 2017, n° 17/54338

²⁹ Article 595 alinéa 6 du code de procédure civile

de procédure civile.

› **Effets du recours en révision**

Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement³⁰. Si le juge déclare le recours recevable, il statue par le même jugement sur le fond du litige³¹. Si la révision n'est justifiée que contre un chef du jugement, ce chef est seul révisé à moins que les autres n'en dépendent³².

³⁰ Article 593 du code de procédure civile

³¹ Article 601 du code de procédure civile

³² Article 602 du code de procédure civile



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

13-15 Rue Taibout • 75009 Paris
Association régie par la loi du 1er juillet 1901
www.arias-france.fr