

# Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



**CEFAREA**

26, boulevard Hausmann - 75009 paris

Tél. : 01 42 93 95 62

Association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901

cefarea@free.fr - www.cefarea.com

---

# Sommaire

## Editorial

Michel YARHI  
Président de CEFAREA

5

## Présentation du nouveau règlement d'arbitrage du CEFAREA : L'arbitrage en droit des assurances modernisé

Alexandre JOB  
Juriste d'entreprise

9

## Comment affirmer son indépendance et son impartialité en tant qu'arbitre lorsqu'on évolue dans le microcosme de l'assurance

Luc MAYAUX  
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

17

**Le recours à la co-médiation entre les parties  
prenantes de l'entreprise : un enjeu de société**

**Daniel KAIL**

Président d'EUROPE PARTNERS

25

**Les arbitres et centres d'arbitrage face  
à leurs responsabilités : Evolutions récentes  
d'un contentieux grandissant**

**Romain DUPEYRE**

Cabinet BOPS, spécialiste en droit de l'arbitrage

37

**LE CRICKET  
ou lorsque le sport crée le langage**

**Martin JUDSON**

Reinsurance Consultant

53



Pour CEFAREA, le rythme d'activité de 2013 a été bien soutenu.

De nombreux projets ont vu le jour dont certains ont été concrétisés.

Parmi ces projets, le plus structurant a été la refonte du règlement d'arbitrage mené par une petite équipe dont Alexandre Job avait le leadership.

Cette refonte, avait pour but de mettre notre règlement en conformité avec les nouvelles règles du décret de 2011, d'y intégrer certains éléments relatifs à des décisions de jurisprudence récente et de mettre en exergue la notion d'amicable composition.

Lors de la dernière assemblée générale le conseil d'administration a été légèrement renouvelé et le nombre d'administrateurs augmenté.

Désormais, le conseil d'administration compte vingt membres au lieu de treize soit le maximum autorisé par les statuts.

A cette occasion un nouveau Secrétaire Général a été désigné en la personne de Pierre Denis Champvillard.

Par ailleurs, certains de ses membres ont accepté des missions si bien qu'ont été créés plusieurs groupes de travail :

- Un comité scientifique, présidé par le Professeur Luc Mayaux, pour orienter les principales zones de travail ou d'activité pour CEFAREA lors des années à venir
- Un groupe, dédié à l'amélioration du site internet, présidé par Eric Evian.
- Pierre Charles sera chargé des relations avec les pays Anglo-saxon.
- Jean Marc Blamoutier aura en charge les relations avec le CMAP.

Et pour permettre une plus grande cohésion entre les membres, leur permettant de mieux se connaître, d'échanger sur leurs expériences et d'apprendre les uns des autres, deux commissions ont été créées.

- Une commission médiation présidée par Me Maitland Hudson.
- Une commission arbitrage présidée par Alexandre Job.

Cette dernière a déjà tenu deux réunions et s'est fixé pour objectif de mieux faire connaître CEFAREA et ses activités à travers différents articles à publier dans plusieurs publications professionnelles et juridiques.

Comme chaque année, nous avons participé à différentes manifestations permettant de mieux faire connaître le CEFAREA.

Le point d'orgue a été les « Rencontres » organisées en fin d'année auxquelles un public nombreux et attentif participait.

Lors de la première partie, nous avons écouté deux conférences :

La première, faite par Alexandre Job, portait sur le nouveau règlement d'arbitrage, la seconde, de Luc Mayaux, traitait de l'indépendance des arbitres dans un microcosme comme le monde de l'assurance.

Ces deux conférences sont reprises dans ce document.

La seconde partie était dédiée à une médiation fictive.

A partir d'un cas de litige inventé deux parties jouées par Quentin Paillard et Madame Christine Azemard s'affrontaient devant le médiateur Jean Marc Blamoutier. Aux différentes étapes de la médiation, Monsieur Jean-Bernard Dagnaud faisait un commentaire pour expliquer l'avancée du processus.

Cette approche didactique a beaucoup intéressé le public. Les questions posées à la fin et le nombre de personnes qui ont souhaité s'inscrire à la commission médiation en ont été le témoignage.

Membre de Fédération des Centres d'Arbitrage (FCA), CEFAREA s'est vu soumettre un projet de charte éthique dont le contenu a provoqué plusieurs commentaires.

Si les recommandations contenues dans cette charte apparaissent générales dans leurs principes et bien intentionnées, il semble qu'elles ne soient pas très bien adaptées aux centres sectoriels d'arbitrage dans la mesure où les arbitres, les conseils et les parties ont une certaine proximité.

Il serait donc important de limiter dans le temps les effets des relations passées.

Dans l'esprit de nombreuses personnes, CEFAREA est un centre d'arbitrage franco-français et ne peut donc pas traiter des litiges internationaux; ce qui est faux.

Aussi, pour essayer de changer cette perception, lors du dernier conseil d'administration il a été décidé que CEFAREA deviendrait membre d'ARIAS, organisme international d'arbitrage constitué sous l'égide de l'AIDA.

Par ailleurs le nom de l'association sera modifié en 'CEFAREA, ARIAS member'. Cette modification sera soumise à l'assemblée générale extraordinaire qui se tiendra au printemps 2014.

Face à une plus grande judiciarisation des relations d'affaire, il ne peut être exclu, lors d'un arbitrage, que des grincheux, qui n'admettent pas l'idée de perdre ou de ne pas obtenir l'intégralité de leur réclamation, mettent en cause la décision ou, pire, la responsabilité des arbitres ou médiateurs (voir l'article de Romain Dupeyré ci après).

C'est pour cette raison, qu'avec le CMAP, CEFAREA s'est interrogé sur l'intérêt d'une assurance RC pour ces deux centres et leurs membres.

Aussi, le conseil d'administration a décidé que :

- CEFAREA devrait acheter une couverture d'assurance RC en tant que centre ;
- Les membres de CEFAREA intervenant dans arbitrage institutionnel sous l'égide de CEFAREA devraient bénéficier de cette assurance ;
- Les membres de CEFAREA intervenant dans un arbitrage ad-hoc pourraient bénéficier de cette couverture contre paiement d'une prime spécifique.

La recherche d'une garantie adaptée sera recherchée dans ce sens.

Enfin, le site informatique de CEFAREA a connu quelques déboires en fin d'année dans la mesure où il a été piraté.

Sur la page d'accueil au lieu de trouver les rubriques habituelles nous pouvions voir des banderoles écrites en arabe et, devant, une personne qui chantait.

Tout cela a été corrigé mais le retour à la normale se fera progressivement.

Cette année encore nous avons bénéficié d'articles de grande qualité.

Que leurs auteurs en soient remerciés.

Alexandre Job a analysé en détail notre nouveau règlement d'arbitrage et en fait ressortir toutes les spécificités.

Luc Mayaux est revenu sur la difficulté qu'il y a à se prétendre impartial et complètement indépendant lors d'un arbitrage entre acteurs du monde se l'assurance où tout le monde se fréquente et se connaît.

Daniel Kail a développé tout l'intérêt à instaurer des systèmes de médiation au sein des entreprises en particulier lors des restructurations permettant ainsi la recherche consensuelle de véritables solutions individuelles et collectives.

Romain Dupeyré, fait, dans un article tout à fait exhaustif, le point sur la responsabilité des centres d'arbitrage et de leurs arbitres, ce qui est pour nous un sujet de forte actualité.

Enfin, Martin Judson nous a montré combien les Britanniques sont de grands sportifs puisque leur langage est truffé d'expressions liées à certains sports tel le cricket qui est fort mal connu de ce côté de la manche.



# Présentation du nouveau règlement d'arbitrage du Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) : l'arbitrage en droit des assurance modernisé <sup>1</sup>

Alexandre JOB

## Résumé :

Le Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) a adopté en septembre 2013 son nouveau règlement d'arbitrage. Ce nouveau règlement intègre les avancées du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage et de la jurisprudence. Il est aussi une réponse aux attentes exprimées par les utilisateurs de l'arbitrage CEFAREA et, propose, pour ce faire, des solutions adaptées aux particularités des secteurs de l'assurance et de la réassurance.

Il aura fallu une année environ pour parvenir à l'élaboration du nouveau règlement d'arbitrage du Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) qui est entré en vigueur en septembre 2013. C'est le troisième règlement depuis la création du CEFAREA en 1995 <sup>2</sup>.

Ce processus, conduit par une équipe restreinte placée sous l'autorité du Président du CEFAREA <sup>3</sup>, a été entrepris dans l'optique de moderniser le règlement existant dans le respect des lignes de force qui ont présidé à la création du CEFAREA, à savoir <sup>4</sup> : offrir aux opérateurs français et étrangers du marché de l'assurance et de la réassurance (entreprises industrielles ou commerciales, courtiers, assureurs, réassureurs, gestionnaires de risques etc.), une procédure d'arbitrage permettant un règlement rapide des litiges, pour un coût raisonnable et tenant compte des caractères et usages spécifiques de la profession, tout en assurant les garanties qu'ils sont en droit d'attendre d'un mode juridictionnel de résolution des litiges.

La feuille de route fixée au groupe de travail pour l'élaboration de ce nouveau règlement était triple. Il s'agissait :

- d'abord, de mettre en harmonie le règlement d'arbitrage CEFAREA avec le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage <sup>5</sup>.
- ensuite, de travailler en coopération avec le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) qui assure, sur délégation du CEFAREA, l'administration des arbitrages se déroulant sous son égide, et de suivre l'avancée des travaux de rénovation

du règlement d'arbitrage du CMAP qui présente depuis 2007 des affinités fortes avec le règlement du CEFAREA.

- enfin, de tirer les enseignements du colloque organisé par le CEFAREA en novembre 2012 avec l'idée directrice de répondre aux attentes des utilisateurs de l'arbitrage CEFAREA qui se sont exprimées à cette occasion (simplicité, équité, rapidité, confidentialité, etc.).

Après avoir constaté que le système de l'arbitrage CEFAREA, grâce à sa simplicité et sa flexibilité le rendant adaptable à tous types de litiges, fonctionnait bien, le groupe de travail a décidé de ne pas le réformer structurellement mais plutôt de le rénover tout en conservant ses caractéristiques essentielles : un arbitrage sectoriel et professionnel ; un arbitrage en amiable composition ; un arbitrage administré et sécurisé.

C'est en regard de ses différents objectifs que le groupe de travail a conduit ses travaux. Il s'agissait alors d'élaborer un nouveau règlement répondant aux besoins de sécurité, de célérité et de flexibilité de la procédure arbitrale (II), ce qui induisait une refonte partielle de la présentation formelle du précédent règlement (I).

## **I. Aperçu de quelques modifications dans la présentation formelle du nouveau règlement d'arbitrage**

Au-delà de quelques harmonisations ou modifications de vocabulaire, la structure et la présentation du nouveau règlement ont quelque peu évolué par rapport à la version de 2007.

### **A. la présentation formelle du nouveau règlement**

Le règlement 2013 comprend 36 articles au lieu de 29 pour le règlement de 2007. Chaque alinéa fait désormais l'objet d'une numérotation propre.

Cet accroissement du nombre d'articles est la conséquence de deux facteurs Principaux :

- d'une part, la réorganisation de certaines dispositions du précédent règlement dans un souci de clarté et de lisibilité. Ainsi, les dispositions relatives à la confidentialité de la sentence contenues à l'article 24 de l'ancien règlement

« Notification des sentences aux parties » font l'objet dans le nouveau règlement d'un article dédié, l'article 29 « Confidentialité de la sentence ».

Il en va de même des mesures d'instruction et d'expertise qui relevaient de l'article 22 « Sentences partielles ou intermédiaires » dans l'ancien règlement et qui font l'objet, avec le nouveau règlement, d'un traitement spécifique à l'article 18 « Mesures d'instruction et d'expertise ».

- d'autre part, l'ajout de nouveaux articles. On citera, à titre d'exemples, les nouveaux articles 35 et 36 relatifs respectivement à l'intégration d'une phase optionnelle de médiation en cours d'arbitrage et à l'édition de règles élusives de responsabilité au bénéfice de tous ceux qui interviennent dans un arbitrage CEFAREA (arbitres, experts, les membres de la Commission d'arbitrage etc.). Cet article 36 doit se comprendre comme une réaction à la mise en cause en de plus en plus fréquente de la responsabilité civile des arbitres mais aussi des centres d'arbitrage, risque que le

groupe de travail a souhaité prévenir dans le nouveau règlement.

Un nouvel article 4 relatif aux demandes additionnelles et reconventionnelles présentées par les parties au tribunal arbitral a également été ajouté.

Une restructuration partielle de l'ordonnancement du règlement d'arbitrage a aussi été opérée dans le but de suivre au mieux la chronologie de la procédure arbitrale et éviter les jeux de renvoi parfois imposés par l'ancien règlement.

## **B. Miscellanées : modifications diverses**

Toujours dans un souci de clarté et d'intelligibilité, les titres de certains articles ont été changés. Par exemple, l'ancien article 4 « Compétence » qui correspond à l'article 5 du nouveau règlement a été renommé « Contrôle préalable de la compétence », ce qui est précisément à son objet. Pour les mêmes raisons, le titre l'ancien article 15 « Règles applicables », qui correspond à l'article 17 « Règles applicables à la procédure » du nouveau règlement, a été modifié.

Quant à la Commission de désignation et d'agrément, en charge de l'organisation administrative de l'arbitrage et des incidents qui peuvent survenir au cours de celui-ci (contrôle *prima facie* de la compétence, constitution du tribunal arbitral etc.), elle a changé de nom. Elle s'appelle désormais « Commission d'arbitrage ». Nous verrons ci-après que les pouvoirs et le rôle de cette commission ont été significativement renforcés.

## **II. Aperçu de quelques modifications de fond du nouveau règlement**

Soucieux de marquer le particularisme de l'arbitrage CEFAREA, le groupe de travail a d'abord voulu donner des garanties aux acteurs du marché de l'assurance et de la réassurance quant à la prise en compte de la spécificité des problématiques assurantielles en renforçant le rôle du CEFAREA auprès de la Commission d'arbitrage à des étapes clés de la procédure : au moment de la constitution du tribunal arbitral (article 2) et lors de l'examen du projet de sentence (article 26.2).

Au-delà de cette nouveauté, loin d'être anecdotique, quelques autres innovations saillantes du nouveau règlement peuvent être mises en exergue. Seront successivement examinées certaines des nouvelles dispositions destinées à accroître l'efficacité et la sécurité de la procédure d'arbitrage (A), sa célérité (B) et sa flexibilité (C).

### **A. Efficacité et sécurité de la procédure**

Parmi les mécanismes mis en œuvre par le nouveau règlement pour sécuriser la procédure d'arbitrage, et partant son efficacité, quatre d'entre eux retiennent plus particulièrement l'attention.

#### **1. La consécration de « l'acte de mission »**

Le nouveau règlement consacre à l'article 17.4 la pratique de ce que l'on appelle communément l' « acte de mission » par référence à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) mais que le groupe de travail a préféré désigner sous l'expression générique de « document organisant la procédure ».

Ce document, connu de tous les praticiens de l'arbitrage, est parfois décrié comme superflu ou source d'allongement de la procédure. Cependant, pour le groupe de travail les critiques ne dépassaient pas les avantages qui lui sont reconnus : fixer le cadre des débats (ce qui facilite ultérieurement l'examen des projets de sentences par la Commission d'arbitrage) et fixer, une fois pour toute, les points pratiques de la procédure (ex. : lieu, langue, droit applicable, liste des points litigieux à résoudre, calendrier, modalités de notification des mémoires et pièces, délai pour reddition de la sentence etc.).

Ce document est sécurisant pour les parties et source de prévisibilité puisqu'il cadre le déroulement de l'instance. Il l'est également pour les arbitres, puisqu'il précise le périmètre matériel et temporel de leur mission et constitue un socle auquel ils peuvent se référer si l'une des parties ne devait pas respecter les règles du jeu fixées en début de procédure.

## **2. Le renforcement du rôle de la Commission d'arbitrage : le contrôle du projet de sentence**

L'article 26 « Forme et contenu de la sentence » du nouveau règlement consacre une pratique consistant pour le tribunal arbitral à soumettre à la Commission d'arbitrage son projet de sentence, ce qui n'était pas expressément prévu par l'ancien règlement. Le groupe de travail a souhaité formaliser cette pratique.

L'article 26 stipule donc que la Commission d'arbitrage peut, au vu du projet de sentence qui lui est soumis par le tribunal arbitral, faire toute observation qui lui paraîtrait utile.

Ce travail de relecture est toujours bénéfique, ne serait-ce que pour déceler des erreurs matérielles, des contradictions de motifs, une insuffisance dans la motivation ou appeler l'attention du tribunal sur des points intéressant le fond du litige (règle d'ordre public, lois impératives...) sans toutefois influencer au fond la décision du tribunal arbitral qui reste souveraine.

L'objectif principal de ce contrôle préalable est d'éviter que la sentence à venir soit entachée d'un défaut ou d'un vice grave qui en affecterait la validité et/ou l'acceptabilité par les parties.

Cet outil placé entre les mains de la Commission d'arbitrage, est destiné à renforcer la sécurité du processus arbitral et à favoriser l'acceptation de la sentence par les parties, sans nécessité d'en demander l'exequatur.

Il est à noter que les juridictions françaises, comme étrangères, ont une opinion généralement positive des sentences rendues sous l'égide de la CCI du fait notamment de la procédure d'examen préalable qu'impose de longue date son règlement d'arbitrage.

## **3. Le renforcement des obligations d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre**

Les questions d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre occupent la scène arbitrale et judiciaire depuis plusieurs années et emportent des enjeux spécifiques en matière d'arbitrage sectoriel. Le nouveau règlement d'arbitrage, pour se conformer aux exigences du décret de 2011 et de la jurisprudence, accentue les obligations et devoirs pesant sur l'arbitre en ce domaine (Cf. Article 12 - Indépendance et impartialité des arbitres).

Outre une obligation d'indépendance, qui était déjà visée par l'ancien règlement, le nouveau règlement assujettit l'arbitre à une obligation d'impartialité qui n'était qu'implicite dans le précédent règlement mais qu'il fallait officialiser. Le respect par l'arbitre de ces exigences est un facteur de sécurisation de la procédure d'arbitrage et de la sentence qui en résultera en limitant les risques d'annulation de celle-ci par le juge étatique. Se greffe à ces obligations un devoir de révélation continue à charge de l'arbitre, c'est-à-dire depuis sa nomination jusqu'à la cessation de ses fonctions.

Quant aux circonstances que l'arbitre doit révéler, il appartiendra à la jurisprudence de les préciser sur la base des critères déjà dégagés tels la notoriété de la situation critiquée et son incidence sur le jugement de l'arbitre.

En contrepoint des obligations qui pèsent sur l'arbitre, les parties ont le devoir d'agir avec diligence si elles entendent le récuser. A cet effet, l'article 13 « Récusation » du nouveau règlement enferme strictement le droit de récusation des parties dans un délai de 15 jours à compter de la révélation ou de la découverte du fait litigieux, ce pour purger au plus vite l'incident et permettre la reprise rapide de l'instance.

#### **4. le renforcement de l'exigence de confidentialité**

Le régime de la confidentialité de l'arbitrage est dual en droit français. Dans l'arbitrage interne, la confidentialité est de mise. Elle ne l'est pas dans l'arbitrage international.

En résonance aux échanges du colloque organisé par le CEFAREA l'an passé, où l'importance de la confidentialité pour les acteurs du marché de l'assurance et de la réassurance a été soulignée, le groupe de travail a souhaité renforcer le dispositif existant en consacrant un article spécifique à la confidentialité de la sentence, d'une part, et en rappelant à l'article 17 « Règles applicables à la procédure » que, sauf accord contraire des parties et du tribunal arbitral, la procédure est par principe confidentielle et que les audiences d'arbitrage ne sont pas publiques.

Les parties, en faisant le choix de l'arbitrage CEFAREA, se soumettent à une stricte obligation de confidentialité, moyen de protection du secret des affaires, que l'arbitrage soit interne ou international. Peu de règlements accordent une place aussi prépondérante à la confidentialité. Mais il s'agissait là de répondre à une attente réelle et forte des utilisateurs du CEFAREA.

On peut citer d'autres dispositions du nouveau règlement pour illustrer l'efficacité renforcée de l'arbitrage CEFAREA comme celles relatives au traitement des demandes formées par une partie en situation d'impécuniosité avérée qui s'efforce de tirer les enseignements de la jurisprudence *Pirelli* de la Cour de cassation <sup>6</sup>.

#### **B. Célérité de la procédure**

La recherche d'une célérité accrue de la procédure, qui est l'un des principes de procédure qui irrigue le nouveau droit français de l'arbitrage, se retrouve dans diverses dispositions du nouveau règlement. Parmi celles qui méritent d'être relevées, on peut distinguer entre :

- les mesures destinées à accélérer la procédure et le rendu de la sentence (1) ;
- les mesures destinées à limiter les cas de blocage de la procédure (2).

## **1. l'accélération de la procédure à travers les exigences de disponibilité, de célérité et de loyauté.**

### **a. Disponibilité des arbitres et célérité dans la conduite de la procédure**

Comme en écho à l'obligation de célérité consacrée à l'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile tel que résultant de la réforme de janvier 2011, le nouveau règlement prévoit en son article 12.4 « Indépendance et impartialité des arbitres » une disposition analogue. Cet article énonce que « Les arbitres s'engagent à se rendre disponibles pendant toute la durée de la procédure et à agir avec [...] célérité » 7.

Certains auteurs, s'exprimant sur le décret de janvier 2011, dont l'article 12.4 est une transposition dans l'arbitrage CEFAREA, ont estimé que cette obligation de célérité était une tentative d'assainissement de l'arbitrage ; d'autres y ont vu le rappel d'une règle d'évidence et une façon de remettre les points sur les « i » quant à la manière de conduire l'instance arbitrale. La référence à la disponibilité de l'arbitre apparaît particulièrement bienvenue tant elle est consubstantielle à la célérité car bien souvent les retards pris dans certaines procédures arbitrales tiennent à la faible disponibilité des arbitres, tout particulièrement en matière internationale.

Surtout, le nouveau règlement du CEFAREA ne se contente pas d'affirmer la règle, il la met en œuvre.

L'article 21 « Durée de la mission du tribunal arbitral et mise en délibéré » en est une illustration pratique. Cet article prévoit que le tribunal arbitral doit rendre sa sentence « dans les délais les plus brefs », sachant que la mission de ce tribunal s'achève, en principe, dans les 6 mois de sa constitution.

De même, l'article 31 « Rectification, omission de statuer et interprétation » exige de la partie qui souhaite exercer un recours en rectification, en omission de statuer ou en interprétation de la sentence de l'engager dans un délai de 3 mois après notification de la sentence, contre un an dans l'ancien règlement, étant précisé que le tribunal arbitral est lui-même tenu de statuer sur cette demande dans un délai de deux mois, là où l'ancien règlement ne fixait aucune date butoir.

### **b. Estoppel et théorie de la renonciation**

C'est dans le même souci d'assurer la célérité et la loyauté de la procédure, et en conséquence de limiter les dérives et manœuvres dilatoires de plus en plus nombreuses constatées dans le déroulement de certaines procédures d'arbitrage 8, que le groupe de travail a inscrit dans le nouveau règlement la règle de l'estoppel inspirée du droit anglo-saxon et consacrée par la jurisprudence française 9 et le décret de janvier 2011 10

Le nouveau règlement, en son article 17.5 « Règles applicables à la procédure », énonce ainsi 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 » 11.

### **c. Recevabilité des demandes additionnelles et reconventionnelles**

Les parties restent bien évidemment libres de présenter des demandes additionnelles et reconventionnelles mais sous réserve des pouvoirs du tribunal arbitral de les accueillir en regard de leur lien plus ou moins étroit avec l'instance en cours et compte tenu également de l'avancement de celle-ci (Article 4 - Demandes additionnelles et reconventionnelles).

## **2. limitation des cas de blocage de la procédure**

Deux dispositions tirées nouveau règlement peuvent être retenues pour illustrer les solutions mises en œuvre pour limiter, autant que possible, les possibilités de blocages ou de paralysie de la procédure d'arbitrage. Elles concernent la détermination de la langue de procédure et le régime de la sentence rendue dans un contexte international.

### **a. Détermination de la langue de procédure**

La question de la détermination de la langue de procédure, principalement en matière d'arbitrage international, est parfois source de longues discussions entre les parties lorsque la convention d'arbitrage est muette sur ce point, ce qui a généralement pour conséquence de ralentir l'instruction du litige par le tribunal arbitral. Aussi, est-ce la raison pour laquelle, en cas de doute sur la langue applicable, le nouveau règlement prévoit en son article 16 « Langue et lieu de l'arbitrage » que tant que la langue de procédure n'est pas déterminée par le tribunal arbitral, ce qui sera en principe fait dans le document d'organisation de la procédure (au plus tard), le français ou l'anglais peuvent être indifféremment utilisés.

### **b. Régime du prononcé de la sentence internationale**

La où, en principe, la sentence doit être rendue à la majorité du tribunal arbitral, le décret de janvier 2011 ouvre la possibilité au président du tribunal arbitral, en matière d'arbitrage international, de statuer seul. Cette règle, reprise à l'article 26.1 du nouveau règlement tend à remédier à la situation, certes rare mais réelle, où les positions des co-arbitres sont irrémédiablement inconciliables - parce qu'elles se rattachent trop fortement aux positions de l'une ou l'autre des parties par exemple et que le président ne peut raisonnablement se rallier à la position de l'un ou l'autre des co-arbitres. Autrement dit, pour éviter un blocage de la procédure au moment du délibéré, le président peut décider de rendre seul la sentence.

### **c. Flexibilité de la procédure : l'exemple de l'interaction «Arbitrage Médiation**

Le règlement nouveau, tout comme l'ancien, fait une large place à la liberté des parties que ce soit au stade de la constitution du tribunal arbitral qu'à celui de l'organisation de la procédure.

A ce titre, l'une des innovations, sans doute la plus originale, du nouveau règlement est l'instauration d'un système de passerelle vers la médiation en cours d'arbitrage. C'est l'objet de son article 35 « Médiation » qui est inspiré des dispositions d'autres règlements d'arbitrage.

Cette insertion est le fruit d'un double constat pratique du groupe de travail : il est fréquent que les parties transigent en cours de procédure d'arbitrage, d'une part, et

le CEFAREA promeut fortement la médiation depuis plusieurs années, d'autre part. En vertu de cet article 35, si les parties le souhaitent, une médiation pourra être organisée et confiée à un médiateur, par principe extérieur au tribunal arbitral. La médiation aura pour effet de suspendre l'instance arbitrale.

Cette option permet aux parties de façonner l'arbitrage comme elles l'entendent, au plus près de leurs préoccupations et de leurs attentes. Or plus les parties ont la possibilité d'influer sur le mode de résolution du litige et sont parties prenantes dans sa mise en œuvre, plus celui-ci a des chances d'être rapidement résolu et sa solution acceptée par elles.

\*\*\*

En conclusion, le nouveau règlement du CEFAREA est plus une évolution qu'une révolution qui s'inscrit dans un effort d'amélioration constante de l'arbitrage CEFAREA et d'adéquation à son environnement légal et pratique. Il appartient désormais aux praticiens de se l'approprier et de lui offrir le succès qu'il mérite.

---

1 Le texte ici reproduit reprend la communication orale de présentation du nouveau règlement d'arbitrage faite lors du colloque auuuei 2013 du CEFAREA organisé le 21 novembre 2013.

2 Les précédents règlements ont été adoptés en 1995 et 2007.

3 NDLA : Michel Yarhi.

4 L'auteur a fait partie du groupe de travail.

5 Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, JO 14 janv. 2011, p. 777 ; RODA 2011.363, obs. Ch. Bouckaert et R. Dupeytré (pour une approche assurantielle de la réforme).

6 En l'espèce, le différend portait sur l'exécution d'un contrat de licence de marque. Un fabricant italien avait concédé celle-ci à une société espagnole. Reprochant des inexécutions, le fabricant décida de résilier le contrat de licence et introduisit une procédure d'arbitrage pour obtenir des dommages et intérêts. La société espagnole, liquidée judiciairement en suite d'une procédure collective, avait formé des demandes reconventionnelles qui ont été considérées comme retirées par le centre d'arbitrage, faute pour celle-ci d'avoir pu régler les avances sur les frais d'arbitrage mis à sa charge par le centre d'arbitrage en application de son règlement. La sentence qui l'a condamné sans examiner ses demandes reconventionnelles a été annulée par la Cour d'appel de Paris pour violation de l'ordre public international de procédure et non-respect du contradictoire. Cet arrêt a été cassé le 28 mars 2013 par la Cour de cassation au motif que : « *si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales* ».

7 Soulignement ajouté.

8 L'estoppel est, dans une certaine mesure, un facteur de régulation et de moralisation du contentieux en ce qu'il permet de sanctionner le comportement par lequel un plaideur se contredit au détriment d'autrui.

9 A. Job et J.G. Betto, *Arbitrage international : L'estoppel enfin défini en droit français*, Revue CEFAREA, n° 15, 2010, p. 19.

10 Article 1466 du Code de procédure civile.

11 Soulignement ajouté.

# Comment affirmer son indépendance et son impartialité en tant qu'arbitre lorsqu'on évolue dans le microcosme de l'assurance ? (\*)

Luc MAYAUX

L'objet de ce texte n'est pas de faire une étude exhaustive sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Cette question a donné lieu à une importante littérature juridique <sup>1</sup> et à une jurisprudence abondante <sup>2</sup>.

A titre liminaire, on se bornera à indiquer qu'au moins selon un auteur <sup>3</sup>, « la question de la révélation a définitivement supplanté celle de l'indépendance ».

Autrement dit, si l'une des parties ne voit rien à redire à ce qui a été révélé par un arbitre, la sentence ne peut être annulée pour défaut d'indépendance de celui-ci. Et inversement, si quelque chose a été caché, la sentence devra être annulée au moins si la connaissance du fait omis aurait raisonnablement entraîné la récusation de l'arbitre.

En d'autres termes, si l'indépendance et l'impartialité sont le but, l'obligation de révélation est le moyen pour l'atteindre. Et ce moyen tend à supplanter le but.

Quant au contenu de cette obligation (désormais prévue à l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile <sup>4</sup>, la Cour de cassation exige la révélation de « toute circonstance de nature à affecter le jugement [de l'arbitre] et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités [d'indépendance et d'impartialité] » <sup>5</sup>, même si évidemment l'appréciation de ces circonstances est du pouvoir souverain des juges du fond.

Mais qu'en est-il dans le domaine de l'assurance et de la réassurance qui est un microcosme où tout le monde se connaît et où chacun entretient des relations professionnelles avec les autres ?

A cet égard, on relèvera, avec un autre auteur <sup>6</sup>, qu'« un arbitre ne peut ni venir de la planète Mars ni être choisi dans les pages jaunes ».

Et le même auteur ajoute : « les parties (ou leurs avocats) ne sauraient être obligées de ne s'adresser qu'à des personnes, qui pour être indépendantes, ou prétendues

telles, ne devraient qu'être sans expérience ni compétence spécifique, sans connaissance des milieux de l'arbitrage, des cabinets d'avocats ou de certains milieux économiques ou juridiques ».

A l'évidence, ce qui est vrai dans le cas général l'est encore plus dans des domaines spécialisés voire comme ici hyperspécialisés. Dans ceux-ci, on a absolument besoin d'avoir des arbitres spécialistes, même si l'on a du mal à en trouver qui soient pleinement indépendants au sens où ils n'entretiendraient aucun lien avec quiconque. Du même coup, l'obligation de révélation prend une importance encore plus grande. Tel est le cas dans le contexte particulier de l'assurance, que l'on présentera (I), avant de voir comment il peut influencer sur l'obligation de révélation (II).

## **I - Le contexte : un microcosme**

On commencera par rappeler que, pour les dictionnaires <sup>7</sup>, un microcosme (au sens moderne du terme <sup>8</sup>) est une « image réduite du monde ». En l'occurrence, c'est bien cela dont il s'agit.

L'assurance et la réassurance sont un monde, où l'on est entre soi, et un petit monde, un monde en réduction, où l'on est peu nombreux. Ce microcosme présente trois caractéristiques qui peuvent poser problème en matière d'arbitrage.

### *1° Un très petit monde*

L'assurance est déjà un petit monde (malgré l'énormité du chiffre d'affaires des compagnies), mais le droit de l'assurance est un monde encore plus petit, et le monde de l'arbitrage en assurance l'est à un degré encore supérieur.

On y trouve une poignée d'universitaires, d'avocats et de professionnels.

Ce petit monde fréquente les mêmes lieux d'étude (comme les colloques de l'AIDA, de l'AJAR ou de l'AMRAE <sup>9</sup>, et naturellement ceux du CEFAREA) et les mêmes lieux de convivialité (cocktails et soirées).

### *2° Un monde de spécialistes*

Ce qui caractérise les membres de cette « confrérie » est leur haut degré de spécialisation : dans l'assurance naturellement, mais aussi dans certaines spécialités encore plus étroites comme les assurances de personnes, l'assurance transport, l'assurance construction ou la réassurance.

Cela restreint encore le cercle des arbitres possibles, surtout quand il faut croiser les critères <sup>10</sup>.

Cette exigence de spécialisation est liée à la technicité de la discipline qui curieusement n'apparaît pas immédiatement au spécialiste (lequel est trop immergé dans la matière pour s'en rendre compte), mais qui est évidente pour celui qui ne l'est pas.

Certains collègues universitaires plus généralistes, même de bonne volonté, sont parfois désorientés face aux problèmes posés en assurance. Cela ne tient pas à la spécificité du droit de l'assurance qui, même s'il est un droit spécial, fait une large place au droit commun, mais au fait qu'à la dimension juridique s'ajoute d'autres dimensions : économique (comme dans le droit financier au sens large) et surtout

technique, ce qui est vraiment propre à l'assurance. Celle-ci est faite de mutualisation et d'actualisation.

Elle est d'abord l'affaire des actuaires avant d'être celle des juristes.

Cela dit, les compétences transversales sont parfois appréciées, qui permettent d'appréhender les problèmes dans leur globalité. Les universitaires et les avocats sont, de ce point de vue, plus généralistes que les juristes d'entreprises, traditionnellement cantonnés aux assurances « vie » ou « non-vie », à la réassurance ou à l'assurance directe.

### *3° Une perméabilité entre les fonctions*

Elle est sans doute plus importante en assurance que dans d'autres domaines. Les professeurs consultent. Les praticiens (avocats, juristes d'assurance) écrivent <sup>11</sup>. Et parfois, l'écriture est à deux mains : celle d'un professeur et celle d'un praticien. Cette forme de collaboration est intéressante (car elle favorise une recherche immédiatement utilisable dans la pratique), mais elle est évidemment plus gênante en matière d'arbitrage où elle risque de tourner à la consanguinité.

## **II - Les conséquences sur l'obligation de révélation**

En se montrant le plus pratique possible et en essayant de « coller à la matière » <sup>12</sup>, on distinguera une zone noire (ce qu'il faut absolument révéler), une zone blanche (ce qu'il n'y a pas à révéler) et une zone grise (les incertitudes).

### *1° La zone noire : ce qu'il faut révéler*

Sans prétendre à l'exhaustivité, on distinguera trois types de circonstances :

- *Avoir déjà travaillé, moyennant rémunération, pour l'une des parties* (évidemment dans un dossier différent : s'il s'agit de la même affaire que celle soumise à l'arbitrage, l'arbitre doit de lui-même refuser sa nomination).

Cette révélation doit être faite y compris quand il n'y a pas de « courant d'affaires » entre l'arbitre et la partie en question. Mais évidemment, si l'on est en présence d'un tel courant, il faut absolument le déclarer.

Certes, il n'y a rien de contestable à être un « consultant professionnel », voire un « arbitre professionnel » (car l'activité d'arbitre tend à se professionnaliser <sup>13</sup>. Et il n'y a rien de contestable en soi d'avoir un client régulier.

Mais il faut le dire. Si on ne le dit pas, il y a un fort risque d'annulation de la sentence <sup>14</sup>.

- *Avoir déjà travaillé, moyennant rémunération, pour un tiers intéressé à l'affaire.*

Le problème se pose particulièrement en matière d'assurance. Il suffit d'imaginer que l'arbitre, désigné par une personne qui recherche en responsabilité son cocontractant, ait déjà travaillé pour l'assureur qui couvre la responsabilité civile de celui-ci.

Le cas est d'autant plus fréquent que, pour les grands risques, la responsabilité civile

est souvent garantie par une coassurance à laquelle peuvent participer la plupart des acteurs du marché.

- *Avoir déjà travaillé, moyennant rémunération, avec l'avocat de l'une des parties.*

L'hypothèse doit être étendue à celle où l'on a déjà travaillé avec d'autres clients de cet avocat (car, quand on est consulté par une personne, c'est souvent qu'on a été recommandé à celle-ci par son avocat). Si on ne fait pas de déclaration, il y a un risque d'annulation de la sentence <sup>15</sup>.

## *2° La zone blanche : ce qu'il n'y a pas à révéler*

Toute circonstance n'est pas heureusement à déclarer (sauf à ce que les déclarations d'indépendance dépassent la dizaine de pages). Les exclusions sont de bon sens, eu égard à ce qu'on a dit sur le contexte particulier de l'assurance.

On évoquera deux séries de circonstances :

- *Les épisodes de la vie « mondaine », y compris celle afférente au « petit monde » de l'assurance.*

On sait que ce milieu se caractérise par une grande convivialité et que les cocktails et repas au restaurant y sont nombreux, où il arrive de « faire des affaires ».

Malgré cela, il ne paraît pas nécessaire de les déclarer.

C'est heureux car il arrive que toute la profession soit conviée à un même événement, ce qui engendrerait un conflit d'intérêt généralisé si du moins on se faisait une conception intégriste de la notion.

Et il en est ainsi, quand bien même les frais seraient pris en charge par un tiers. Mais évidemment, le cas serait différent si les invitations étaient récurrentes et émanaient de la même personne.

- *L'appartenance à des réseaux sociaux, spécialement quand ils ont un caractère professionnel (comme LinkedIn).*

A cet égard, il ne faut pas confondre les « amis » au sens de ces réseaux et la véritable amitié.

Il en va de même dans le monde de l'assurance où l'on pratique facilement le tutoiement. Cela dit, s'il existe une vraie amitié entre deux personnes, faut-il la déclarer ? Ou l'amitié est-elle d'un autre ordre, qui n'empêche pas l'impartialité, laquelle, si l'arbitre en fait réellement preuve, peut mettre fin à l'amitié préexistante ?

A notre avis, si l'on a affaire à une amitié véritable, comme celle unissant Montaigne et La Boétie, l'arbitre ne doit pas accepter sa nomination (sans autre justification que le fameux « parce que c'était lui, parce que c'était moi »).

Mais, si « l'amitié » se borne à une partie de chasse annuelle, on peut sans doute faire l'économie d'une déclaration. Où l'on voit que le droit peut être amené à faire le tri entre les sentiments <sup>16</sup>.

### 3° La zone grise : ce qu'il faut révéler par précaution

Pour certaines circonstances, on peut hésiter quant à la nécessité de les révéler. On en évoquera trois que les arbitres prudents déclareront par précaution.

- *L'intervention à un colloque* (qu'il faut distinguer d'une simple participation qui, à notre avis, n'a pas besoin d'être déclarée<sup>17</sup>).

On peut sans doute distinguer deux catégories de colloques.

Les colloques scientifiques (organisés par exemple par l'AIDA, l'AJAR ou le CEFAREA) peuvent ne pas être déclarés, quelle que soit la personne physique (universitaire ou praticien) qui en a la responsabilité.

A l'inverse, les colloques « maison », organisés par une société d'assurance ou un cabinet d'avocats pour assurer leur promotion, doivent être déclarés. *A fortiori* en est-il des interventions (le plus souvent rémunérées) à des journées de formation organisées par les mêmes personnes.

- *Une activité associative.*

Là encore, il est permis d'hésiter. On peut, conformément à la ligne précédente, distinguer entre la participation à des sociétés savantes (comme l'AIDA, l'AJAR ou l'AMRAE) et la participation à des associations plus « commerciales », comme une association souscriptrice de contrats d'assurance sur la vie.

- *Le « préjugé doctrinal ».*

La question se pose pour l'universitaire, mais aussi pour le praticien de l'assurance qui, en raison de la perméabilité entre les fonctions déjà évoquée, est bien souvent un auteur d'occasion.

Les opinions émises par ces auteurs (qui seraient hostiles à la thèse de l'une des parties à l'arbitrage) doivent-elles être déclarées ?

On pourrait objecter qu'elles sont connues de tous et n'ont donc pas besoin d'être révélées.

Mais l'argument vaut surtout pour l'universitaire et à la condition qu'il ait une certaine notoriété. On peut aussi objecter qu'un auteur, quel qu'il soit, fait bien la distinction entre ses opinions juridiques et son rôle d'arbitre sensible aux spécificités de l'espèce.

Mais, même gauchie par des considérations d'équité<sup>18</sup>, la manière dont le droit est appliqué dépend nécessairement de la manière dont il est préalablement compris. Cela justifie une déclaration, au moins quand le point de droit est en débat (comme peut l'être la notion de faute intentionnelle de l'assuré) ou quand l'arbitre également auteur ne partage pas l'opinion dominante.

## Conclusion

A travers les exemples évoqués, il apparaît que le particularisme de l'arbitrage en assurance emporte certaines conséquences qui sont d'ailleurs largement partagées par les autres arbitrages spécialisés.

- *En premier lieu*, il ne justifie pas une dispense de l'obligation de révélation. Certes, dans le petit monde l'assurance, tout le monde se connaît, chacun connaît l'activité de l'autre.

Mais, sauf le cas de l'arbitrage corporatif<sup>19</sup>, il est fréquent que l'une des parties (par exemple une société assurée, qui ignore les pratiques du milieu de l'assurance) soit étrangère à ce monde.

L'obligation de révélation est faite pour l'informer.

- *En deuxième lieu*, ce microcosme de l'assurance a sans doute pour conséquence d'étendre la zone blanche des circonstances qui n'ont pas à être déclarées.

Mais, comme parallèlement, la zone grise des circonstances pour lesquelles l'hésitation est permise est aussi élargie, on ne peut dire que l'obligation de révélation ait une étendue moins grande que d'ordinaire.

Au final, le domaine de ce qu'il faut déclarer au moins par précaution est aussi large.

- *En troisième lieu*, le particularisme du monde de l'assurance impose aux conseils des parties de se montrer pédagogues.

Ils ont un véritable travail d'explication à fournir à leurs clients, qui doivent être éclairés sur le fait que dans ce milieu particulier qu'est l'assurance, tout le monde a travaillé avec tout le monde et que les révélations que l'arbitre a pu faire sur ses activités n'excluent pas qu'il saura se montrer indépendant pour le litige qu'il aura à trancher. Ces révélations ne doivent pas entraîner nécessairement une récusation.

En résumé, si le microcosme de l'assurance est un « petit monde », un monde en réduction, ce particularisme n'entraîne pas un allègement de l'obligation de révélation, mais plutôt une manière différente de la comprendre.

On constate un glissement de la révélation de l'activité de l'arbitre (qui reste nécessaire) à la révélation du monde en réduction auquel il appartient.

La révélation est une réponse à la réduction.

---

(\*) Cet article est le texte d'une intervention au colloque du CEFAREA du 21 novembre 2013.

1 V., encore récemment, D. Mouralis, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre » *in* n° spécial, *réforme du droit de l'arbitrage*, Petites affiches, 13 févr. 2013, p. 32, et références citées.

2 V. T. Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges », *D.* 2012, p. 2991, qui dénombre onze décisions en 2012, dont quatre de la Cour de cassation et quatre de la cour d'appel de Paris ; v., pour 2013, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2013, n° 12-20573, publié au Bulletin civil ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2013, n° 12-16944 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2013, n° 12-18238.

3 T. Clay, art. préc.

4 Selon lequel « il appartient à l'arbitre avant l'acceptation de sa mission de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ; il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

5 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 1999, n° 96-12748, Bull. civ. 1999, I, n° 88 ; RTD com. 1999, p. 850, note E. Loquin.

6 D. Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, p. 611.

7 V. dictionnaire Le Robert, v° *Microcosme*.

8 Au sens ancien : c'est « l'homme en tant que synthèse du monde » (dict. Le Robert, *ibid.*) ; à cet égard, tel ou tel « grand maître » de l'assurance (ancien ou moderne) apparaîtra comme un microcosme à lui tout seul.

9 Respectivement Association internationale du droit de l'assurance, Association des juristes d'assurance et de réassurance, Association pour le management des risques et des assurances de l'entreprise.

10 A titre anecdotique, nous nous souvenons d'un arbitrage où il fallait trouver un professionnel (et pas un universitaire ou un avocat) spécialisé en réassurance de personnes. On imagine qu'il n'y en avait pas beaucoup sur la place à être disponibles.

11 Y compris dans les revues les plus académiques, comme la Revue générale du droit des assurances qui accueille en son sein autant de praticiens que d'universitaires.

12 Ce qui explique certaines différences d'approche avec les lignes directrices de l'*International Bar Association* sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'IBA (consultables sur le site [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)).

13 V. CA Reims, 31 janv. 2012, n°11/03288, Prodim, RTD com. 2012, p. 518 : pour la cour, « l'exercice professionnel de l'arbitrage est parfaitement licite et ne doit souffrir aucune suspicion par rapport à l'arbitrage occasionnel ».

14 V. CA Reims, 2 nov. 2011, n° 11/00939, RTD com. 2012, p. 518, obs. E. Loquin : la cour précise que ce qui est essentiel est moins l'importance du revenu perçu par l'arbitre que la régularité de ce revenu.

15 Même si cette annulation ne sera pas nécessairement prononcée. V., pour le cas d'un professeur qui avait été dix ans auparavant *of counsel* dans un cabinet qu'un avocat de l'une des parties avait intégré ultérieurement, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2012, n° 11-20299, *Tesco*, Bull. civ. 2012, I, n° 193 ; D. 2012, p. 2458, obs. X. Delpach : « en se déterminant par ces seuls motifs sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M. X... et à son indépendance, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision, en violation du texte susvisé [l'art. 1484, 2°, CPC] ».

16 V. déjà G. Cornu, « Du sentiment en droit civil », *Ann. fac. dr. Liège*, 1963, p. 189.

17 V. en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 2012, n° 11-19624, Bull. civ. 2012, I, n° 149 ; D. 2012, p. 2425, note B. Le Bars, pour une simple participation à un colloque organisé par le syndicat de l'épicerie française dont l'inimitié avec le groupe Carrefour, dont l'une des sociétés était partie à l'arbitrage, était notoire.

18 Ce qui est toujours un peu le cas même quand le juge (qu'il soit étatique ou arbitral) ne statue pas en amiable composition.

19 V., pour un exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2012, n° 10-27474, Bull. civ. 2012, I, n° 263, où les juges du fond avaient relevé que, « s'agissant d'un arbitrage corporatif, la société X... ne pouvait ignorer que les arbitres, ou certains d'entre eux pouvaient avoir des liens professionnels ».



# Le recours à la co-médiation entre les parties prenantes de l'entreprise : un enjeu de société

Daniel KAÏL \*

L'entreprise, comme objet structurant, est sans doute l'un des terrains les plus propices pour un travail pratique sur les valeurs à promouvoir dans le cadre d'une nouvelle éthique de société.

S'agissant d'un enjeu d'intérêt général, le recours à la co-médiation est fortement conseillé.

La co-médiation, telle que Daniel Kaïl la conçoit, pourrait trouver ses premières applications autour de certains sujets très actuels de restructuration ou de cession d'entreprise, de repositionnement d'activité.

Elle aurait pour objectif d'instaurer les conditions d'un dialogue permettant la recherche consensuelle de véritables solutions individuelles et collectives.

## Introduction

On parle beaucoup de recours à la médiation aujourd'hui. Comme c'est le cas déjà dans certains pays anglo-saxons, on voudrait en faire un moyen privilégié de traitement du contentieux. On la théorise et on la codifie.

En France en particulier, des « médiations institutionnelles » sont prévues par plusieurs personnes morales, publiques ou privées, en cas de contestation de la part de leurs usagers ou consommateurs. Ces recours sont souvent rendus légalement obligatoires avant la saisine du tribunal compétent.

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure contentieuse et à tout niveau de son avancement, le juge peut à son tour conseiller aux parties d'engager une « médiation judiciaire » qui suspendra alors la procédure. Les parties ont le droit de refuser la médiation judiciaire, mais, le plus souvent, lorsque l'information préalable sur le processus est pertinente, elles acquiescent à la proposition du juge.

Enfin, en amont ou en parallèle à une procédure contentieuse ou à un arbitrage, les parties peuvent, à leur seule initiative cette fois-ci, décider entre elles d'entreprendre une « médiation conventionnelle ». <sup>1</sup>

Dans la réalité, on constate un nombre très limité de médiations en comparaison de celui des recours devant les tribunaux. Les statistiques des centres agréés en témoignent et les tendances restent globalement stables d'année en année.

La médiation reste ainsi marginale dans le monde des affaires et elle en est pratiquement absente dès que les enjeux politiques et financiers deviennent importants.

Pourtant, le recours à la médiation devrait avant tout s'inscrire dans une démarche volontaire de la part des acteurs impliqués dans toute activité humaine, politique et économique par nature, dès lors que certains de ces acteurs se considèrent en situation de blocage et qu'ils n'ont l'intention ni de « judiciariser » ni de « politiser » cette situation.

Ainsi, la médiation volontaire n'est pas de nature légaliste. Elle est un processus consensuel qui a pour objectif de sublimer des tendances et des passions entre des personnes ou entre des groupes, pour rétablir entre eux des relations saines et une volonté partagée de vivre ensemble et de construire un avenir commun.

A la différence d'un contentieux dont l'objet est de trancher un litige précis entre parties sur des bases essentiellement juridiques, la médiation doit pouvoir se fondre et se dissoudre dans une communication positive entre acteurs. La médiation est ainsi une « ressource » à disposition d'une société humaine en perpétuel mouvement.

La médiation est naturellement adaptée au contexte de l'entreprise car celle-ci implique de nombreuses « parties prenantes »<sup>2</sup> représentant plus généralement la société.

L'intérêt du processus de la médiation existe si l'on reconnaît préalablement une insuffisance générale d'écoute entre les acteurs que l'on voudrait pallier au fond (A). Cette « carence » renvoie principalement à des questions de relationnel entre les individus, inspirées de la morale et de l'éthique, et la médiation permettrait d'en débattre de façon pragmatique et concrète.

C'est dans cette optique de véritable « chantier de société » que le processus de la médiation appliqué au « monde de l'entreprise » nécessite une véritable équipe de médiation, une co-médiation capable de dynamiser positivement le processus sans jamais faire perdre les points de vue de chacun des acteurs et des acteurs entre eux (B).

### **A- Un défaut général d'harmonie entre les acteurs est ressenti par toutes les parties prenantes à l'entreprise**

La place de l'entreprise est considérable dans la société d'aujourd'hui. L'économie est mondiale et elle remet en question le pouvoir politique traditionnel. L'individu se replie sur ses croyances et réclame toujours plus de droits subjectifs.

Le besoin de sens est partout, mais les initiatives restent timides et n'offrent pas de réponse satisfaisante aux acteurs.

#### **1. La mondialisation, une phase qui pourrait être dépassée**

Depuis la chute du mur de Berlin, s'est ouverte une phase d'intégration planétaire des phénomènes financiers, économiques, écologiques et culturels.

Laurent Carroué, qui est spécialiste français de géographie économique, considère que la mondialisation est la diffusion du capitalisme dans l'espace. Il réserve le terme de globalisation pour désigner l'ensemble des phénomènes qui s'exercent à l'échelle de la planète et nécessitent d'être gérés à ce niveau. <sup>3</sup>

La mondialisation actuelle est en premier lieu une globalisation financière avec un marché mondial des capitaux et la multiplication de fonds spéculatifs, le tout échappant largement à la régulation des Etats. C'est la rentabilité des placements qui prend le pas sur l'entreprise.

Olivier Dollfus, géographe également, constate en préalable que les changements à la surface de la Terre (démographiques, économiques, politiques, technologiques ou encore identitaires) se sont accélérés depuis les années 1950, induisant une grande diversité. Avec la mondialisation, comme phénomène d'uniformisation progressive, les sociétés humaines ont redécouvert la Terre avec ses contraintes (espace fini, rotondité et impacts sur la biosphère).

Nous serions ainsi en train d'assister à un basculement du monde et à une catastrophe systémique nécessitant une réhabilitation du temps long dans les décisions politiques et économiques. <sup>4</sup>

Toujours selon Olivier Dollfus, les changements nécessaires vont se heurter à des résistances liées aux reconversions économiques et aux rapports des sociétés à leur environnement.

La pertinence de cette analyse a été largement reconnue à travers les conférences climatiques des Nations Unies, même si cela n'a pas permis de progresser concrètement au niveau mondial jusqu'à présent. <sup>5</sup>

La mondialisation cache de profondes disparités entre des territoires qui comptent dans l'économie et d'autres qui sont délaissés selon une logique de réseaux de transport (matières premières, marchandises, énergies, hommes), de télécommunications et de relations, au profit d'intérêts uniquement privés. En l'absence de régulation, la globalisation marginalise donc les plus faibles et elle permet la prolifération d'activités illicites et criminelles.

Et Sylvie Brunel, géographe et économiste, de pointer paradoxalement le recul de la mondialisation, « *Comme si elle n'avait constitué qu'une phase historiquement datée dans l'histoire de l'humanité.* » <sup>6</sup>

Alors, la puissance publique pourrait-elle réguler la mondialisation en aménageant les territoires, en redistribuant les richesses et en créant des normes (dans le sens de la globalisation) ?

## **2. Politisation du droit et judiciarisation du politique, une conséquence du besoin de régulation**

L'application d'une politique économique libérale a remis en cause, au moins en théorie, la conception de l'Etat central (qui dirige) au profit d'un Etat régulateur (qui coordonne), et cette forme de « dilution » du pouvoir politique a brouillé l'image de celui-ci. Elle nourrit depuis des vocations concurrentielles.

Plusieurs discours sur la justice, au sens d'un pouvoir garant du respect de valeurs sociales et d'une morale que chacun considère être « la » référence universelle, ont trouvé un certain écho dans la société. A côté de la justice d'Etat, d'autres « institutions » ont ainsi pris place, justice populaire ou communautaire, justice de guérilla... qui peuvent renchérir les unes sur les autres dans une offre pour le traitement des relations sociales. <sup>7</sup>

La multiplication des juridictions supranationales venant concurrencer les juridictions nationales augmente encore plus cette impression du pouvoir de la justice comme régulateur dans les démocraties occidentales.

Paradoxalement, cette perte de terrain du pouvoir politique traditionnel est génératrice de plus de Règle. Multi-sources, la loi devient plus « technique », catégorielle. Les recommandations et autres contrats-cadres se multiplient pour venir le plus souvent se ranger dans la catégorie récente du « droit souple ». <sup>8</sup>

Cette tendance de fond favorise l'individualisme au sein de la société et un regroupement opportuniste en catégories d'« ayants droits ». Elle développe un sentiment général d'injustice qui accroît le besoin de recours à plus de justice... C'est ainsi le droit subjectif qui fait la loi.

Des chercheurs parlent de la « politisation » du droit, en ce sens que l'on recourt à la justice dans des luttes partisans, pour faire progresser « sa » cause, ou plus généralement pour faire reconnaître et triompher « sa » différence (groupes ethno-religieux, mouvements des gais et lesbiennes, associations pour l'égalité des femmes...).

Les Américains qualifient de « *courtocracy* » le phénomène d'accroissement du pouvoir des juges au détriment du pouvoir des politiques. Ils dénoncent, aux plans national et international, une tendance à la « politisation of courts » : le Watergate ou l'affaire Clinton aux Etats-Unis, l'affaire Elf en France, l'exemple du juge Garzon en Espagne qui s'estime compétent dans l'affaire Pinochet du Chili...<sup>9</sup> On assiste à des périodes de règlements de comptes entre groupes, à des « effets » dont on ne sait pas toujours pour quel(s) profit(s).

Le mot de « judiciarisation » est employé, quant à lui, pour faire référence à un accroissement du contentieux en termes quantitatifs (l'encombrement des tribunaux) et en termes qualitatifs (la place de plus en plus importante du droit et du rôle de la justice comme instrument de régulation politique, sociale et économique des pays, aux niveaux national comme international).

Au bilan, la « régulation politique » reste encore bien balbutiante face au phénomène de la mondialisation. Elle recourt essentiellement à la réglementation, d'essence purement morale, et l'individu a du mal à trouver un sens ou une orientation à la société. <sup>10 11</sup>

### **3. L'individu « partie prenante » de l'entreprise ?**

Pour Milton Friedman et tous les libéraux de la Planète, le but de l'entreprise a toujours été de faire des bénéfices au profit de ses actionnaires (*shareholders*).

La théorie des « *stakeholders* » <sup>12</sup> est une autre vision relativement plus récente de l'entreprise, que l'on doit principalement à R. Edward Freeman. <sup>13</sup> Elle postule que

l'entreprise doit servir les intérêts de toutes les parties prenantes.

Nous arrivons ici à la frontière avec le concept de régulation politique, et c'est sans doute cet aspect très « novateur » qui rend l'application concrète de la théorie de Freeman délicate.

Tout d'abord, qui peut prétendre au « statut » de partie prenante? Et de quels intérêts parle-t-on ? Enfin, quelles formes de gestion permettraient de prendre en compte efficacement ces intérêts ?

Selon Edward Freeman, une partie prenante est « *Tout individu ou groupe qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs de l'organisation.* » Cette définition inclut, semble-t-il, tous les acteurs de la société, y compris ceux s'opposant à l'entreprise.

Pour le *Stanford Research Institute*, par contre, la liste des parties prenantes serait à limiter à « *Tout groupe identifiable dont l'organisation dépend pour sa survie à long terme.* »

On voit qu'entre ces deux approches, les problématiques sont purement et simplement inversées.

Se situe notamment dans le gap entre ces deux approches un premier débat sur la Responsabilité Sociétale de l'Entreprise et sur son management, <sup>14</sup> et un second débat, beaucoup plus large celui-ci, sur l'Éthique et la morale dans la société moderne, qui régule quoi, et pour quels objectifs de société.

Les avancées les plus intéressantes concernant la première tendance des recherches nous amènent à avoir envie de revisiter les modes de gouvernance à l'allemande (représentation des parties prenantes en matière de gouvernance et modèle du management par consensus).

En matière de débat éthique par contre, on constate plus un phénomène de fragmentation, avec des réflexions qui peuvent être partisans ou bien rester très théoriques.

En conclusion intermédiaire à ce qui précède, nous pouvons considérer que la mondialisation n'est pas perçue actuellement comme maîtrisée par aucun des acteurs de la société et de l'entreprise, ni qu'elle s'inscrit dans des valeurs éthiques bien claires et partagées (globalisation).

La progression vers une meilleure prise en compte des parties prenantes au sein de l'entreprise est un progrès matériel, qui ne permet pas répondre pleinement aux enjeux éthiques auxquels est confrontée la société toute entière.

Le sujet de l'éthique dépasse l'entreprise et la société actuelle qui doivent s'adapter, et c'est là sans aucun doute que la médiation peut trouver une place véritable et aider.

## **B - Éthique et co-médiation**

Paul Ricoeur présente la morale comme une norme (approche statique des valeurs qui déterminent l'action : devoir être), et l'éthique comme « *la visée de la vie bonne* » (approche plus dynamique de réflexion sur l'action : être). <sup>15</sup>

Entamer un processus de médiation entre parties prenantes de l'entreprise devrait signifier que l'on veut parvenir à écouter l'Autre et réfléchir ensemble. Ce sont du

temps, beaucoup de sagesse, du courage et des efforts représentant un véritable investissement pour franchir cette étape nécessaire à « *la vie bonne* ».

## 1. La Réconciliation nécessaire de l'individu et de la société avec l'économie

Le lecteur aura remarqué que ce titre ne mentionne pas l'entreprise. Ce choix délibéré a été fait pour souligner le fait que l'entreprise n'est pas une personne, ni même un groupe.

C'est un « outil », propriété privée des actionnaires, dédié à la production de biens et de services à destination de la société, et généralement confié à des individus non propriétaires chargés de son utilisation et de sa gestion. Les relations entre les acteurs directs sont de nature contractuelle. L'utilisation de l'outil est nécessairement située géographiquement, et elle crée des interactions avec tout ce qui l'environne. On trouve ici des acteurs que l'on pourra considérer comme étant indirects, c'est-à-dire sans contrat.

Cette simple répartition des rôles permet de mettre en évidence que l'entreprise est une question de société et que ni l'économie (libérale ou non), ni l'entreprise ne peuvent être abordées de manière autonome.

Adam Smith, reconnu comme le père fondateur de la science économique par tous les économistes, se désignait lui-même comme un philosophe, sa démarche théorique consistant à tenter de relier les domaines du savoir, esthétique, rhétorique, linguistique, théorie de la connaissance, économie, morale et politique, droit.<sup>16</sup>

Pour Adam Smith,<sup>17</sup> « *l'ordre social est d'autant plus stable et harmonieux que les hommes font preuve des trois vertus fondamentales que sont la prudence, la justice et la bienveillance.* »

Un minimum de prudence paraît effectivement nécessaire pour éviter les illusions de la *démensure* et les attraites de la jouissance à court terme. De même pour le respect de la justice et de la parole donnée. Quant à la bienveillance, Adam Smith concède qu'elle peut être superflue dans les échanges marchands, mais qu'elle reste nécessaire à la conduite des affaires publiques qui, elles-mêmes, sont indispensables à la bonne marche de l'économie.

Adam Smith distingue deux degrés de moralité. Le degré idéal où les hommes pratiquent les vertus à la perfection, et le degré minimal où les hommes s'autorisent de nombreux écarts. Le second degré suffirait pour que la société et le marché fonctionnent, mais Adam Smith ne renonce jamais à l'idée que la société et le marché pourraient mieux fonctionner si les dirigeants à la tête des entreprises et des Etats étaient plus vertueux.<sup>18</sup>

La quête de sens actuelle des hommes et des femmes résulte en premier lieu du brouillage des valeurs et de leur hiérarchie entre elles. Et il ne suffit pas de « *prendre conscience de la dimension essentiellement morale de tout homme pour adopter une attitude éthique, certaines formes perverses reposeraient même sur cette conscience, le harcèlement moral dans le travail pourrait très bien être interprété à la lumière de cette hypothèse.* »<sup>19</sup>

Le philosophe Eric Delassus propose d'envisager l'éthique comme une des conditions

mêmes de l'efficacité et de la rentabilité du travail. Une attitude éthique ne peut être en effet qu'une fin en soi et non pas une norme supplémentaire de gestion des ressources humaines.

Le risque de la gestion des ressources humaines sous un faux prétexte éthique reviendrait en réalité à adapter une morale en fonction des contextes et des effets escomptés, et d'engendrer toujours plus de défiance.

C'est donc la logique d'affrontement entre les acteurs, particulièrement répandue en France, qu'il s'agit de modifier pour qu'une confiance réelle puisse naître et s'établir. Un recours à la co-médiation est particulièrement justifié dans ce contexte. Il n'est pas « accessoire » à un modèle bien établi. Il est au contraire un « préalable » à la reconnaissance et à la construction.<sup>20</sup>

## **2. La co-médiation dans et de l'entreprise, un chantier de société**

« *La multiplicité des normes et règlements rend l'entreprise invivable !* » C'est une réflexion que l'on entend facilement dans la bouche de nombre des acteurs directs et indirects à l'entreprise.

Le cadre de l'entreprise et des relations qui s'y établissent est particulièrement standardisé et impersonnel, et ce, quelles que soient les campagnes de communication et les séminaires de motivation.

C'est dans le cas d'une situation de pouvoir que la victime potentielle de l'action va pouvoir se référer à l'interdiction morale, légale ou contractuelle (théorie de la justice). Mais les parties prenantes pourraient également recourir à la médiation dans et de l'entreprise, à la condition d'admettre en préalable que le thème de celle-là abordera pratiquement une dimension éthique. La médiation n'a en effet que peu d'intérêt sans cette dimension essentielle de progrès durable dans les relations.

La visée éthique est définie par Paul Ricoeur<sup>21</sup> par les trois termes suivants :

- « *Visée de la vie bonne* », c'est l'estime de soi (capacité d'agir intentionnellement et capacité d'initiative), « *C'est en appréciant nos actions que nous nous apprécions nous-mêmes comme en étant l'auteur, et donc comme étant autre chose que de simples forces de la nature ou de simples instruments* ».

- « *Vivre bien avec et pour les autres* », la sollicitude ne peut se penser et se vivre sans l'estime de soi et réciproquement, et « *le miracle de la réciprocité, c'est que les personnes sont reconnues comme insubstituables l'une à l'autre dans l'échange même (...)* La réciprocité n'est en apparence complète que dans l'amitié, où l'on estime l'autre autant que soi. »

- « *Dans des institutions justes* », le sens de la justice étant impliqué par la notion même de l'autre (l'autre est aussi l'autre que « tu »), la justice s'étend alors plus loin que le face-à-face.

Il pourra s'avérer nécessaire ensuite, après écoute et compréhension mutuelle, de confronter la visée éthique avec la Norme valable pour tout homme (la question de l'universalité). Et la Norme pourra évoluer le cas échéant.

Jusque dans les années 1970, l'utilitarisme avait eu le mérite d'être une morale acceptable dans les démocraties modernes. Cette morale reposait sur l'idée d'une nature humaine bonne et de la maximisation des biens au sein d'une société démocratique. La nature et l'environnement étaient regardés comme des richesses inépuisables.

L'utilitarisme a progressivement cédé sa place à une éthique relativiste, qui en réalité autorise autant d'éthiques qu'il y a d'individus, indépendamment de leur intelligence. Ceci a finalement entraîné une tolérance complète, jusqu'à remettre en cause la vie démocratique.

Ramené aux questions plus nouvelles de préservation de la race humaine et de la planète, du progrès technologique et de la mondialisation, le besoin de retrouver du sens est au centre de la société dans tous les champs d'activités humaines.

En 1979, le philosophe allemand Hans Jonas publiait un ouvrage de 400 pages, intitulé « *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* », <sup>22</sup> qui propose d'élaborer les bases d'une éthique nouvelle selon des principes devant rompre avec ceux de l'éthique traditionnelle.

Après avoir constaté que les sociétés contemporaines doivent commencer à faire face à des risques insoupçonnés en relation avec le progrès technologique (et pas scientifique), et que ces risques seront encore plus importants pour les sociétés de demain et pour la planète elle-même, Hans Jonas relève que l'éthique traditionnelle régit les rapports directs entre les individus d'une même société, et qu'elle concerne en conséquence leurs responsabilités sur un plan interpersonnel uniquement.

Il en déduit que la science doit changer de logique, et être accompagnée d'« *une modération dans les fins contre l'immodération de l'utopie* » (technologique), parce que nos nouveaux pouvoirs technologiques impliquent de fait les vivants et l'environnement de demain.

Hans Jonas affirme qu'il est salutaire que l'humanité ait peur. Il propose le principe « *Responsabilité* », pour la promotion d'une peur, non pas « *qui déconseille d'agir* (j'ai peur de...), *mais celle qui invite à agir* (j'ai peur pour...) » <sup>23</sup>

C'est dans un tel esprit de responsabilité qu'il faut médier avec sagesse. La sagesse commande la prudence, et l'expérience montre que dans un contexte difficile, le travail d'équipe est sécurisant pour tous les acteurs du processus.

« Notre » co-médiation pourrait notamment trouver ses premiers terrains d'action autour de sujets actuels importants de restructuration, de cession d'entreprises ou de repositionnement d'activités. Plusieurs questions environnementales pourraient aussi faire des sujets intéressants.

Le premier objectif, on le rappelle, est de (re)établir la communication entre les parties prenantes afin qu'elles puissent, en consensus, bâtir des solutions alternatives.

### 3. Quelques commentaires sur le processus de la co-médiation et les médiateurs

Nous ne développerons pas ici les différentes étapes ni les principes de la médiation qui figurent déjà dans de nombreuses publications sérieuses.<sup>24</sup> Une simple remarque pour souligner la nécessité de recourir à **beaucoup de souplesse** en fonction des circonstances.

Nous insisterons plutôt sur les spécificités et les précautions à prendre dans le cadre de processus de co-médiations lourdes et/ou multiples, pouvant impliquer un nombre variable de parties prenantes dans le temps et l'espace. La « règle » est de s'autoriser des revirements, à condition de les assumer tous ensemble, et plus que de la rigueur théorique dans le déroulement de la médiation, ce sont les qualités humaines et l'expérience des médiateurs qui sont fondamentales.

A propos de leur **sagesse pratique** tout d'abord, de nombreux conflits trouvent leurs origines dans l'application même d'une norme (universelle) à des situations concrètes (particulières).

Paul Ricoeur (encore lui) s'exprime sur ce sujet de la manière suivante : « *Je ne tranche pas ici la question de savoir si ce sont les normes elles-mêmes qui s'affrontent dans le ciel des idées – ou si ce n'est pas seulement l'étroitesse de notre compréhension, liée précisément à l'attitude morale détachée de sa motivation éthique profonde. Guerre des valeurs ou guerres des engagements fanatiques, le résultat est le même, à savoir la naissance d'une tragédie de l'action sur le fond d'un conflit de devoir.* » Et il poursuit ainsi, « *C'est pour faire face à cette situation qu'une sagesse pratique est requise, sagesse liée au jugement moral en situation et pour laquelle la conviction est plus décisive que la règle elle-même. Cette conviction n'est toutefois pas arbitraire, dans la mesure où elle fait recours à des ressources du sens éthique le plus originaire qui ne sont pas passées dans la norme.* »<sup>25</sup>

L'essentiel a été dit, sauf à introduire le pendant à cette sagesse pratique qui est **l'équité (ou l'équitable)**. En effet, si la co-médiation est un processus de relance du débat (protégé, mais plutôt public), son aboutissement reste donc aléatoire et seule la sagesse pratique partagée avec les parties prenantes permettra d'aboutir à la justice. Mais il s'agit ici d'équité qui s'avère en l'espèce supérieure à la morale et à la justice abstraite, « *La raison est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude.* »<sup>26</sup>

Le langage est source de malentendus (confère le quasi slogan : il faut rétablir la communication !) Nous rencontrons chaque jour des êtres humains. Nous vivons avec eux et nous avons l'impression qu'ils nous sont familiers par la voix, l'allure, le caractère. Mais cela ne signifie pas que nous nous comprenons et chaque individu peut se révéler différent de ce que nous aurions pu en penser.

La vie dans et autour de l'entreprise nous baigne dans une profonde diversité, mais elle ne nous permet pas de rencontrer la particularité de chacun, par paresse ou faute de temps le plus souvent. Nous nous servons alors de catégories toutes faites : untel est « intelligent », l'autre est « dynamique », celui-ci est « réfléchi », celui-là « dépressif »... Mais cela ne décrit pas ce que chacun possède en propre et qui le

rend différent. Il n'y a de connaissance que du général (l'objectif) et d'existence que du particulier (le subjectif), pensait Aristote.

Une explication scientifique est ainsi un système de représentations qui permet de rendre compte d'un phénomène objectif. Elle présente un caractère achevé.

Par contre, tenter de se comprendre soi-même ou de comprendre quelqu'un d'autre, c'est saisir des intentions, des motivations qui vont permettre d'expliquer sa propre nature ou celle de l'autre. Il s'agit là d'une approche subjective, susceptible d'être toujours remise en cause à tout moment et c'est tant mieux, car l'individu peut ainsi quitter sa « catégorie » et rester un humain à qui l'on peut donner son affection, au sens de Paul Ricoeur (*vivre bien avec et pour les autres*).

La compréhension d'autrui est donc un processus délicat et bien plus compliqué que l'explication d'un phénomène scientifique. Et tenter d'objectiver l'autre, c'est essayer de le réduire à une chose et de le nier en tant que sujet. Il vaut mieux être radical et considérer qu'autrui n'est jamais ce que l'on peut imaginer, ce qui veut dire du temps et de l'attention à lui consacrer. **Faire que chacun « (re)découvre » l'autre en tant que sujet** est un véritable enjeu de médiation.

La perception d'autrui est en effet toujours balisée de repères culturels qui entraînent des interprétations toutes faites. Rétablir un véritable dialogue entre les acteurs signifie pouvoir **instaurer/restaurer la spontanéité entre les parties prenantes avec une parole qui devient ou redevient vivante**.<sup>27</sup>

Sagesse pratique et équité, spontanéité et parole vivante, voilà des qualités qu'il est bien difficile de réunir avant même de penser à les diffuser.

**C'est notamment pour cela que le choix de la co-médiation s'impose, parce qu'il est toujours plus facile d'être plus complet à plusieurs, et aussi plus mobiles. Nous entendons par là, la possibilité de travailler en parallèle ou en série, de nous croiser entre médiateurs et de nous observer comme des sujets toujours perfectibles et pour le bénéfice de tous les acteurs.**

---

\* Daniel Kail est président d'EUROPE PARTNERS, société d'études et de recherche sur les risques et les organisations. Il est arbitre et médiateur. De chaleureux remerciements sont adressés à Pierre Guerdar, doyen honoraire de la Cour de cassation, également arbitre et médiateur, qui a bien voulu effectuer la relecture bienveillante de cet article avant sa publication.

1 Dans la suite de cet article, nous utiliserons le terme de « médiation » à propos uniquement de la médiation conventionnelle, appelée également volontaire ou encore amiable. Le recours à une équipe de médiateurs (co-médiation) est considéré par nous comme étant la règle et le médiateur unique un cas d'exception.

2 Nous reviendrons sur ce concept au § A-3 ci après.

3 L. Carroué, D. Collet et C. Ruiz, *La mondialisation. Genèse, acteurs et enjeux*, Bréal, 2005.

4 Olivier Dollfus, *La mondialisation*, La Bibliothèque du citoyen, Sciences Po Les Presses, 3<sup>e</sup> édition, 2007.

5 Dernière Conférence Climat à Varsovie en novembre 2013 : « *Les principales ONG claquent la porte de la conférence sur le climat* », dépêche RFI, 2013-11-21.

- 6 Sylvie Brunel, *La planète disneylandisée*. Chronique d'un tour du monde, éd. Sciences Humaines, 2006.
- 7 Jacques Commaille, Martine Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, coll. « recherches », 2007, 327 p., EAN : 9782707152473.
- 8 Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation Française.
- 9 Jean-Paul Jean, « *Des procès pour corruption à l'affaire Pinochet : La justice, pilier ou béquille de la démocratie ?* », in *Le Monde diplomatique*, Janvier 2001.
- 10 Jacques Commaille, « *L'ordre juridique comme désordre politique* », in *Pouvoirs*, n° 94, 2000.
- 11 Clara Lavielle et Célia Lacroix, article intitulé « *La mondialisation de Olivier Dollfus* », <http://blogs.mollat.com/mollatbouge/2013/05/13/la-mondialisation-de-olivier-dollfus-par-clara-lavielle-et-celia-lacroix/>
- 12 Pour souligner l'opposition entre modèles de gestion de l'entreprise que les pionniers de la théorie (Ansoff et Stewart, 1963) avaient voulu souligner avec les deux mots anglais *shareholder* et *stakeholder*, nombre d'économistes auraient souhaité utiliser les expressions françaises de « détenteur d'actions » pour le premier et « détenteur d'intérêts » pour le second. Cependant, on traduit le plus souvent aujourd'hui le mot *stakeholder* par « partie prenante ».
- 13 R. Edward Freeman, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston : Pitman, 1984 ; R. Edward Freeman, Andrew C. Wicks, Bidhan L. Parmar, « *Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited* », in *Organization Science*, 15 : 364-369.
- 14 Ce débat correspond au développement d'une pression sociale s'exerçant sur les dirigeants pour élargir leur responsabilité. Coté actionnaires, on aboutit à des questions sur la gouvernance d'entreprise et l'implication relative de chaque groupe.
- 15 Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.
- 16 Michaël Biziou, Adam Smith et l'origine du libéralisme, PUF, 2003 ; Magali Bessone et Michaël Biziou (Dir.), *Adam Smith philosophe, De la morale à l'économie ou philosophie du libéralisme*, Presses Universitaires de Rennes, 2009.
- 17 Adam Smith, *Théorie des sentiments moraux* (1790), Trad. M. Biziou, C. Gautier et J-F. Pradeau, PUF, 2003.,
- 18 Paul Ricoeur nous invite à penser qu'il n'y a pas d'éthique « régionale » qui ne repose sur une éthique fondamentale : « *Ce ne serait donc pas par hasard que nous désignons par Ethique tantôt quelque chose comme une méta morale, une réflexion de second degré sur les normes, et d'autre part des dispositifs pratiques évitant à mettre le mot éthique au pluriel et à accompagner le terme d'un complément comme quand nous parlons d'éthique médicale, d'éthique juridique, d'éthique des affaires... L'étonnant en effet est que cet usage parfois abusif et purement rhétorique du terme éthique pour désigner des éthiques régionales, ne réussit pas à abolir le sens noble du terme, réservé pour ce qu'on pourrait appeler les éthiques fondamentales, telle l'éthique à Nicomède d'Aristote ou l'éthique de Spinoza* », Conférence prononcée à l'université de Montréal, [http://palimpsestes.fr/morale/Ricoeur\\_MORALE.pdf](http://palimpsestes.fr/morale/Ricoeur_MORALE.pdf)
- 19 Eric Delassus, article « *Ethique et relation entre les hommes dans le monde du travail* », 2008, [http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/60/36/32/PDF/ethique\\_monde\\_du\\_travail.pdf](http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/60/36/32/PDF/ethique_monde_du_travail.pdf)
- 20 Dans un article du journal *La Croix*, daté du 8 décembre 2013, « *L'Afrique du Sud a besoin d'une réconciliation économique* », Leonhard Prag, universitaire à Grahamstown (province du Cap oriental) et philosophe, indique que le premier scénario pour l'Afrique du Sud a été la réconciliation (afin d'éviter la guerre). Il poursuit en déclarant qu'il faudrait entamer rapidement un second scénario pour parler de « *réconciliation économique (...) basé sur « notre humanité partagée », tel que Mandela le prônait. En fait, ce serait l'idéal. Formuler un tel humanisme critique, qui reconnaisse que l'équité économique est nécessaire pour que l'égalité politique ait un sens.* »
- 21 Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Ibid.
- 22 Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* (1979), traduit en Français par Jean Greisch, Champs Flammarion, 2001.

23 Pour une approche plus synthétique, Bernard Sève, article « *Hans Jonas et l'éthique de la responsabilité* », in Revue *Esprit*, octobre 1990.

24 Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Dunod, 2010.

25 Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Ibid.

26 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V. 14, 1137 b 26-27.

27 Serge Carfantan, *Conscience et connaissance de soi*, Presses universitaires de Nancy, 1992.

# Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : Evolution récente d'un contentieux grandissant

Romain DUPEYRÉ

La mise en jeu de la responsabilité des arbitres et des centres d'arbitrage est un enjeu actuel qui reflète l'expansion du contentieux en matière d'arbitrage. Après la consécration du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage <sup>1</sup>, puis l'essor d'une jurisprudence particulièrement libérale s'agissant de l'annulation des sentences arbitrales <sup>2</sup>, « [la] mise en cause de l'arbitre participe désormais d'une stratégie procédurale » <sup>3</sup>. En effet, l'objectif de certaines parties est de « transformer leur procès perdu devant l'arbitre en procès gagné contre l'arbitre » <sup>4</sup>.

Les arbitres et centres d'arbitrage sont toutefois garants, dans des conditions qui sont propres à chacun, de la procédure et de son bon déroulement. Dès lors, ils doivent, dans une certaine mesure, être protégés contre les actions intempestives afin d'assurer une justice arbitrale efficace et sereine.

Contrairement à de nombreux droits étrangers <sup>5</sup>, la responsabilité des arbitres ne fait l'objet d'aucune disposition législative en France. Elle est néanmoins admise dans certaines conditions tant par la doctrine <sup>6</sup> que par la jurisprudence <sup>7</sup>.

C'est pourquoi, eu égard à l'enchevêtrement contractuel que constitue l'arbitrage, les parties éconduites dans le cadre de l'arbitrage ne s'attaquent plus seulement aux actes des arbitres, mais aussi à leur personne même, voire aux institutions d'arbitrage dont la responsabilité est tout autant reconnue <sup>8</sup>. En effet, si « [pendant] longtemps, les centres d'arbitrage ont semblé échapper à toute mise en cause de leur responsabilité » <sup>9</sup>, les litigants semblent aujourd'hui ne plus avoir la même retenue pour engager des actions à leur encontre.

D'une part, le contrat d'arbitre unit l'arbitre aux parties à l'arbitrage, ce qui permet de fonder une action en responsabilité civile contractuelle. D'autre part, le centre d'arbitrage conclut avec ces mêmes parties un contrat d'organisation de l'arbitrage au titre duquel l'institution peut voir sa responsabilité engagée. Enfin, l'arbitre et le centre d'arbitrage sont liés par un contrat de prestation intellectuelle, le contrat de collaboration arbitrale, au titre duquel ils s'engagent à tout mettre en œuvre pour que l'arbitrage aboutisse.

Ainsi, puisque la mission juridictionnelle de l'arbitre, tout comme le choix de l'arbitrage institutionnel, procède de la volonté des parties, la responsabilité contractuelle constitue un terrain propice à la mise en cause des acteurs de l'arbitrage. Il ne faut cependant pas exclure les autres sources de responsabilités. Certes, l'arbitre et le centre d'arbitrage sont des contractants, mais comme tout contractant, ils peuvent aussi engager leur responsabilité délictuelle ainsi que leur responsabilité pénale. Par ailleurs, étudier la responsabilité de ces acteurs impose de s'intéresser à ses mécanismes de limitation.

Si, à ce jour, le nombre d'actions en responsabilité contre les arbitres demeure relativement limité<sup>10</sup>, un certain nombre de travaux ont été consacrés à ce sujet. A la suite d'une étude approfondie sur le statut de l'arbitre établie par la Commission de l'arbitrage international de la Chambre du Commerce International (« CCI ») en 1996<sup>11</sup>, un groupe de travail a plus récemment été mis en place par le comité français auprès de la CCI pour étudier les questions relatives à la responsabilité des arbitres<sup>12</sup>.

La ferveur que suscitent ces problématiques a beaucoup animé le monde de l'arbitrage ces dernières années<sup>13</sup>. Aussi la question de la responsabilité de l'arbitre (I), puis celle des centres d'arbitrages (II), seront-elles abordées dans deux parties successives.

## **I. La mise en jeu de la responsabilité des arbitres**

L'arbitre est un être hybride : il est à la fois juge et contractant. En qualité de juge, il bénéficie d'une immunité juridictionnelle, de telle sorte que l'on ne peut lui reprocher, sauf circonstance exceptionnelle, la décision qu'il a rendue concernant le fond du litige. En effet, dans ce cadre, « *il n'est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice* »<sup>14</sup>.

Si l'arbitre ne peut pas, sauf cas exceptionnels, voir sa responsabilité personnelle engagée en raison de la décision à laquelle il a abouti, il devra rendre compte du comportement adopté dans le cadre de la conduite de la procédure arbitrale et de l'exécution de sa mission. C'est donc la responsabilité civile de l'arbitre, en sa qualité de contractant qui est plus largement invoquée<sup>15</sup> (A). A cette responsabilité de nature civile s'ajoute son corolaire, la limitation de responsabilité de l'arbitre (B). Bien entendu, celui-ci est également susceptible d'engager sa responsabilité pénale (C).

### **A. La responsabilité civile des arbitres**

#### *1 - L'immunité juridictionnelle qualifiée des arbitres*

Exerçant une mission juridictionnelle, l'arbitre bénéficie d'une « immunité » inhérente à son statut. Le principe « d'immunité » des arbitres se fonde sur un certain parallélisme avec le statut des juges de droit commun.

En sa qualité de juge, l'arbitre ne doit pas faire l'objet de poursuites intempestives susceptibles de perturber sa mission ou d'entacher son indépendance<sup>16</sup>. En effet, « *la tendance des parties à se retourner contre les arbitres nuit à la sérénité qui doit*

*présider aux travaux de l'instance arbitrale* »<sup>17</sup>. L'arbitre est donc protégé par une immunité qui s'oppose à la mise en cause de sa responsabilité personnelle pour « mal jugé ».

Il convient cependant de nuancer ce principe : « immunité n'est pas impunité »<sup>18</sup>. En cela, l'« immunité » des arbitres n'est pas un mécanisme de protection absolue contre les recours, mais plutôt un terme faisant traditionnellement référence au régime de responsabilité applicable à leur fonction<sup>19</sup>.

La question de l'« immunité » des arbitres ne trouve d'ailleurs pas la même application selon le système juridique considéré. Alors que certains pays de *common law* accordent aux arbitres une immunité quasi-absolue<sup>20</sup>, les pays de traditions civiliste considèrent, à l'inverse, que « *l'immunité de l'arbitre est partielle et cède devant une variété plus importante, bien que limitée, de fautes* »<sup>21</sup>.

C'est ainsi que les sections 29 et 74 de la loi anglaise sur l'arbitrage prévoient un système d'immunité au bénéfice des arbitres et institutions d'arbitrage, à la seule exception de leur mauvaise foi.

A l'inverse, en droit français, l'immunité juridictionnelle reconnue à l'arbitre n'est pas absolue et cède en cas de fraude, de dol ou de faute lourde<sup>22</sup>. Les juridictions françaises estiment en effet que la responsabilité de l'arbitre dans l'exercice de sa mission juridictionnelle ne peut être engagée que pour des « fautes personnelles »<sup>23</sup> ou caractérisées, telle qu'une faute intentionnelle ou lourde, comme semble l'indiquer la jurisprudence récente<sup>24</sup> et la doctrine<sup>25</sup>.

La Cour de cassation a consacré cette position dans un arrêt du 15 janvier 2014, dans lequel elle a précisé que :

*« la critique fondée sur la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée... tendant à remettre directement en cause le contenu des sentences rendues, et partant l'exercice de la fonction juridictionnelle des arbitres, c'est à bon droit que la Cour d'appel... a écarté la responsabilité en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice »*<sup>26</sup>.

Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre donc un régime d'immunité limité au bénéfice des arbitres quand la contestation touche au fond du litige.

A cette immunité juridictionnelle peut exceptionnellement s'adjoindre une immunité diplomatique. L'arbitre bénéficie alors d'un statut et de privilèges particuliers, résultant d'accords interétatiques, tels que la convention de Washington ou le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. La pertinence de cette immunité diplomatique est toutefois discutable<sup>27</sup>.

## ***2 - La responsabilité contractuelle des arbitres***

Si les arbitres doivent disposer d'un régime protecteur afin de leur assurer une certaine sérénité dans la prise de décision sur le fond de l'affaire, comme la Cour de cassation vient de le rappeler, il est important qu'ils ne soient à l'inverse pas déresponsabilisés concernant la manière dont l'affaire est instruite.

La responsabilité contractuelle des arbitres peut par conséquent être mise en jeu par les litigants pour non-respect du contrat d'arbitre, ainsi que par le centre d'arbitrage sur le fondement du contrat de collaboration arbitrale. C'est toutefois le contrat d'arbitre qui fournit le cadre général de l'activité de l'arbitre. Dès 1960, la Cour de cassation a en effet estimé que « *les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique, et ne pouvant engager la responsabilité de l'Etat ... l'action en dommages et intérêts dirigée contre eux en raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun* »<sup>28</sup>.

Dans ce cadre, « *dans l'accomplissement de leur contrat d'arbitre, les arbitres engagent leur responsabilité civile à raison de leur inexécution ou mauvaise exécution qui leur serait imputable à faute* »<sup>29</sup>.

En ce sens, les litigants peuvent engager sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations principales, que sont, par exemple, l'indépendance, l'égalité des parties, le respect des délais ou l'obligation de poursuivre sa mission jusqu'à son terme.

S'agissant de l'obligation d'indépendance, celle-ci découle de l'essence du statut d'arbitre. L'indépendance étant consubstantielle à la fonction de juger, l'arbitre se doit d'être indépendant et impartial à l'égard des litigants. Plus précisément, cette obligation résulte de l'article 1456 du Code de procédure civile (« **CPC** »), aux termes duquel « [il] appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

L'obligation de révélation des arbitres a fait l'objet d'une abondante jurisprudence ces dernières années, tant dans le contentieux post-arbitral qu'en matière de récusation<sup>30</sup>. Pour les besoins du présent commentaire, c'est à la lumière de l'inexécution contractuelle que sera interprétée cette obligation.

L'affaire **Société Raoul Duval** permet d'illustrer le manquement d'un arbitre à son obligation contractuelle de révélation. Il a en effet été jugé qu'en omettant d'informer les parties « *de son embauche par l'une d'elles le jour même du prononcé de la sentence, l'arbitre a violé les droits de la défense et commis une faute personnelle engageant sa responsabilité* »<sup>31</sup>. Il a également été précisé que « [le] lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article 1142 du Code civil ».

S'agissant de l'obligation faite à l'arbitre de respecter les délais, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 6 décembre 2005 « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité [au titre de l'article 1142 du Code civil]* »<sup>32</sup>. Il est donc possible d'engager la responsabilité contractuelle d'un arbitre sur ce fondement, conformément au point de vue exprimé par le Tribunal de grande instance de Paris dans une affaire plus ancienne<sup>33</sup>.

Cet arrêt souligne la nécessaire classification, qui reste à préciser, des obligations des

arbitres en obligations de résultat ou de moyens. Celle-ci permettrait en effet d'améliorer la lisibilité des manquements imputables à l'arbitre, et de connaître les conditions dans lesquelles il est possible d'engager sa responsabilité contractuelle.

L'arbitre décidant de démissionner intempestivement de ses fonctions pourra également voir sa responsabilité engagée. L'article 1457 du Code de procédure civile dispose en effet qu'il « *appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci* ». L'arrêt de la poursuite de sa mission par l'arbitre peut, en conséquence, être considéré comme illégitime s'il n'est motivé que par des raisons purement personnelles telles qu'un désintéret pour la procédure, un manque de sympathie voire même une mésentente avec les autres arbitres ou une manœuvre purement dilatoire pour tenter de paralyser le fonctionnement du tribunal arbitral quand se rapproche la perspective d'une décision défavorable à la partie qui l'a désigné.

En acceptant sa mission, l'arbitre devient débiteur d'une obligation de ne pas faire (démissionner sans motif valable) laquelle peut être tenue pour une obligation de résultat. Il lui appartient, en conséquence, de prouver que son déport est fondé sur des motifs légitimes caractérisant une impossibilité physique (empêchement), déontologique ou fonctionnelle qui lui interdit de remplir sa fonction. A défaut, l'arbitre défaillant peut voir sa responsabilité civile personnelle recherchée avec un fort risque qu'elle soit retenue pour peu que la réalité d'un préjudice soit établie.

Le président du Tribunal de grande instance de Paris a ainsi jugé qu'il ne pouvait contraindre un arbitre à poursuivre sa mission contre son gré, mais qu'une démission intempestive pouvait engager la responsabilité de l'arbitre (par exemple si la démission affecte le cours de la procédure arbitrale à un stade avancé) <sup>34</sup>.

Le décret du 13 janvier 2011 a mis à la charge des arbitres de nouvelles obligations, telles que les obligations de célérité et de loyauté, qui pourraient accroître le nombre d'actions en responsabilité civile contractuelle <sup>35</sup>. Cela ne signifie pas, pour autant, que toute erreur de l'arbitre serait susceptible d'engager sa responsabilité.

De manière générale, la responsabilité civile de l'arbitre peut être engagée chaque fois que, par son comportement, il a porté une atteinte aux principes directeurs de la procédure arbitrale dont il est résulté un préjudice pour les parties. Il est également tenu à l'égard des parties des actes qui auraient pu conduire à fragiliser la sentence au point d'en justifier l'annulation. Si l'annulation de la sentence résulte d'une faute de l'arbitre dans la conduite de la procédure ou ses obligations vis-à-vis des parties, alors celles-ci pourront en demander réparation.

### *3 - La responsabilité délictuelle des arbitres*

Bien que tous les pays n'aient pas la même conception de la responsabilité, en droit français « *les auteurs distinguent souvent la nature contractuelle, délictuelle, voire quasi-délictuelle de la responsabilité de l'arbitre* » <sup>36</sup>. Il est dès lors envisageable d'engager la responsabilité civile délictuelle de l'arbitre dans deux types d'hypothèses : d'une part, lorsque celui qui entend la mettre en jeu n'est pas lié à l'arbitre par un contrat ; d'autre part, lorsque l'arbitre s'est rendu coupable d'une faute précontractuelle <sup>37</sup>.

Dans le premier cas, il s'agirait de tiers à l'instance arbitrale ou d'autres intervenants à celle-ci, mais qui ne sont pas liés par le contrat violé par l'arbitre. La multiplicité des contrats et des acteurs inhérents à l'arbitrage vient conforter une pluralité d'hypothèses : un arbitre agissant contre son coarbitre, un litigant se prévalant de l'inexécution du contrat de collaboration arbitrale, ou inversement, le centre d'arbitrage invoquant la violation d'une obligation contenue dans le contrat d'arbitre.

Ces hypothèses impliquent nécessairement qu'un dommage soit imputable à l'arbitre. Elles sont toutefois marginales et « *ne devraient pas se rencontrer en pratique* »<sup>38</sup>.

En ce qui concerne le *culpa in contrahendo*, les décisions ayant donné lieu à la condamnation d'un arbitre sur le fondement de sa responsabilité civile sont si peu nombreuses qu'il convient de s'appesantir sur le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris, le 9 décembre 1992. En l'espèce, l'arbitre avait tu le lien financier qui l'unissait à l'une des parties. Il a alors été estimé que ces liens étant antérieurs à sa désignation, il s'agissait d'une obligation précontractuelle, dont la violation a justifié sa condamnation au titre de l'article 1382 du Code civil<sup>39</sup>.

Ainsi, l'arbitre peut voir sa responsabilité civile engagée en cas de manquement à ses obligations principales quant à la conduite de la procédure, ou en cas de faute intentionnelle ou lourde pour ce qui est du fond de l'affaire, qui demeure toutefois pour l'essentiel l'apanage du contentieux judiciaire post-arbitral. Il existe toutefois des mécanismes de limitation de responsabilité.

## **B - La limitation de la responsabilité des arbitres**

### *1 - La clause limitative ou évasive de responsabilité*

Dans son quantum, il paraît exclu de considérer que le préjudice résultant de la responsabilité des arbitres puisse consister dans des demandes formées pendant l'arbitrage. Cela étant, plusieurs catégories de préjudices peuvent être invoquées, comme les frais imposés pour la conduite de l'arbitrage (honoraires des avocats et des arbitres, les frais de l'institution et autres frais de l'arbitrage) et le retard dans le déroulement de l'arbitrage causé par la conduite de l'arbitre, dès lors qu'un préjudice résulte de ce retard et qu'il est prouvé.

Si le préjudice causé par l'arbitre apparaît encadré et ne peut pas s'étendre à l'enjeu du litige, il n'en demeure pas moins que les montants en cause peuvent être substantiels<sup>40</sup>. C'est pourquoi les arbitres ont souvent pour préoccupation de limiter le montant de la responsabilité éventuellement encourue dans l'exécution de leur mission.

De nombreux règlements d'arbitrage contiennent donc des clauses limitatives de responsabilité. C'est ainsi que l'article 36 du règlement CEFAREA 2013 indique que :

« *Les arbitres, les experts désignés par le tribunal arbitral, le CMAP (y inclus le Centre, la Commission d'arbitrage, ses membres et son personnel), le CEFAREA (y inclus son président, ses administrateurs et ses membres), n'encourent aucune responsabilité à raison de leurs actes ou omissions en relation avec un arbitrage organisé selon le présent règlement, à moins que ces actes ou omissions aient été commis*

*de manière intentionnelle et délibérée par l'organisme ou la personne dont la responsabilité est recherchée ».*

De même, au terme de l'article 40 du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012, les arbitres « *ne sont responsables envers personne d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage* ». D'autres règlements d'arbitrage contiennent des dispositions similaires, tel que l'article 16 du nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 31 du règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* ou l'article R-52 du règlement d'arbitrage de l'*American Arbitration Association*.

La protection qu'offrent ces clauses se révèle cependant contre-productive dans la mesure où les parties « ne comprennent pas toujours pourquoi l'arbitre voudrait contractualiser sa responsabilité »<sup>41</sup>. De même, force est de constater qu'une clause limitative ou évasive de responsabilité, quel que soit son contenu, « *ne saurait écarter toute responsabilité en cas d'inexécution de l'obligation essentielle du contrat, ou en cas de vol, de faute lourde ou encore de faute inexcusable* »<sup>42</sup>. La validité de telles clauses est par conséquent discutée et elles ont plusieurs fois été déclarées non écrites, tant en France<sup>43</sup>, qu'à l'étranger<sup>44</sup>.

C'est pour cette raison que l'article 40 du règlement CCI précité dispose désormais que l'arbitre est protégé des actions en responsabilité, « *sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable* ».

L'intérêt limité de ces clauses, en conséquence, a eu pour effet de conduire les arbitres à envisager un autre type de protection : l'assurance privée.

## 2 - L'assurance

Bien que l'arbitre ne soit pas tenu de s'assurer<sup>45</sup>, le recours à l'assurance permet à ce dernier de se prémunir contre les risques financiers résultant d'actions éventuelles. Si certains auteurs semblent favorables à cette pratique<sup>46</sup>, d'autres considèrent que la solution n'est pas idéale puisqu'il « *est parfois difficile de délimiter la couverture dont bénéficie exactement l'arbitre* »<sup>47</sup>.

Ce manque de précision résulte avant tout du statut juridique de l'arbitre. L'article 1450 du CPC dispose en effet que « [la] *mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits* ». Cette règle n'est cependant pas transposable à l'arbitrage international, dans lequel il est admis qu'une personne morale puisse exercer la fonction arbitrale<sup>48</sup>.

Ainsi, les arbitres peuvent être avocats, anciens magistrats, professeurs, juristes d'entreprise, experts ou ingénieurs. Par voie de conséquence, la responsabilité civile professionnelle des arbitres varie selon les activités considérées.

L'avocat sera couvert pour son activité d'arbitre puisqu'il a l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle. A l'inverse, l'ingénieur devra volontairement souscrire une assurance s'il souhaite échapper aux effets de la responsabilité.

Outre cet obstacle, l'étendue des dommages garantis au titre de la mission d'arbitre

est d'autant plus difficile à définir que l'arbitrage n'est pas une matière connue des compagnies d'assurance <sup>49</sup>. Or le risque défini doit, à l'évidence, être identifié par la police. Se pose alors la question des formulations, dont la généralité ou l'excès de sophistication seraient source de litige en cas de sinistre.

Enfin, les exclusions légales de garantie doivent être évoquées. L'article L. 113-1 du Code des assurances exclut de l'assurance les conséquences de la faute intentionnelle de l'assuré. Ainsi, l'arbitre qui, par exemple, mettrait fin à sa mission sans justification avec l'intention de causer un dommage à l'une des parties, pourrait se voir opposer le paiement de l'indemnité d'assurance.

### **C - La responsabilité pénale des arbitres**

La question de la responsabilité pénale de l'arbitre ne suscite pas de difficulté particulière puisque le droit pénal s'applique naturellement à celui-ci. Son statut de juge privé ne fait dès lors aucunement obstacle à ce que soit engagée sa responsabilité pénale.

La collusion entre le droit pénal et le droit de l'arbitrage intervient notamment au titre des infractions commises par l'arbitre, ou dont il peut se rendre complice à l'occasion de sa mission. Celui-ci pourrait, par exemple, se rendre complice d'opération de blanchiment d'argent par l'entremise de sa sentence <sup>50</sup>.

Il pourrait tout aussi bien engager sa responsabilité pénale en cas de corruption active ou passive. Ce serait notamment le cas s'il acceptait « *directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction* » <sup>51</sup>.

L'arbitre se rendrait alors coupable du délit de trafic d'influence passif, sur le fondement des articles 434-9 ou 435-7 du Code pénal.

L'affaire *B.E.L. Tronic's* constitue un exemple de condamnation pénale d'un arbitre. En l'espèce, un centre d'arbitrage inconnu, le « Conseil national d'arbitrage », avait rendu une sentence condamnant lourdement un des litigants. Suite à une enquête de police, il a toutefois été établi que le centre d'arbitrage en cause était fictif, qu'aucune audience n'avait eu lieu, que les procès-verbaux étaient des faux et que l'arbitre avait agi en complicité avec l'autre litigant, bénéficiaire de la sentence.

Cet « arbitre » a été condamné pour escroquerie, tentative d'escroquerie, faux en écriture privée et usage de faux, de même que ses complices, condamnés à des peines de prison et d'amendes <sup>52</sup>. Un second jugement les a ensuite condamnés à des dommages et intérêts civils <sup>53</sup>.

Fort heureusement, cette affaire est un cas isolé et les actions pénales contre les arbitres sont rares <sup>54</sup>. L'actualité récente impose cependant d'évoquer un certain nombre d'affaires au titre desquelles plusieurs arbitres ont fait l'objet d'investigations pénales.

Dans le cadre de l'affaire *Neftegaz* <sup>55</sup> une action pénale du chef d'escroquerie en bande organisée a été engagée contre l'un des arbitres. Cette action est toujours en cours, avec la mise en examen de l'arbitre contesté, prononcée le 15 novembre 2012

par le parquet de Nanterre <sup>56</sup>.

Dans l'affaire **Loret**, un autre arbitre a été placé sous le statut de « témoin assisté » le 14 juin 2013. Saisi par une plainte avec constitution de partie civile déposée auprès du Tribunal de grande instance de Paris par le défendeur à l'arbitrage, le juge d'instruction a en effet estimé que des éléments suffisants existaient pour soupçonner l'arbitre de n'avoir pas révélé l'ensemble des liens qui l'unissaient au demandeur à l'arbitrage. Le juge d'instruction a estimé, au regard du cas d'espèce, que la déclaration d'indépendance pourrait consister un faux intellectuel et a conséquence, ouvert une information judiciaire pour « faux et usage de faux » <sup>57</sup>.

Enfin, il semble difficile de ne pas évoquer l'affaire **Tapie**. Bien que cette saga judiciaire n'ait pas, à ce jour, donné lieu à la condamnation pénale d'un arbitre, une mise en examen pour « escroquerie en bande organisée » a été prononcée à l'encontre d'un des arbitres chargé de trancher le litige opposant Bernard Tapie et le Consortium de Réalisation.

L'ensemble des instructions citées ci-dessus sont toujours en cours, et il est indispensable de souligner que chacun des arbitres visés sont présumés innocents. La multiplication récente de telles initiatives pénales, qui ont trouvé un écho auprès de certains juges d'instruction, dénote toutefois une pénalisation préoccupante de la matière.

L'impact médiatique de ces affaires, et plus généralement, d'une action pénale au titre d'un arbitrage douteux, n'est toutefois pas à négliger. Il est en effet aisé de concevoir qu'un juge privé, partial et dépendant, détournant la justice arbitrale à ses fins, expose non seulement son intégrité en tant qu'arbitre, mais également celle de l'arbitrage en tant qu'institution.

C'est d'ailleurs au sens propre du terme institution que sera étudiée la responsabilité des centres d'arbitrage dans une seconde partie.

## **II - La mise en jeu de la responsabilité des centres d'arbitrage**

L'arbitrage institutionnel implique l'administration de la procédure arbitrale par un centre d'arbitrage. De nombreuses institutions proposent ainsi leurs services, dont le degré d'intervention varie selon le règlement d'arbitrage considéré. Celui-ci matérialise en effet une « *offre permanente de contracter* » <sup>58</sup> de l'institution, qui emporte acceptation des litigants par l'intermédiaire de la convention d'arbitrage.

En résulte la formation du contrat d'organisation de l'arbitrage, qui, outre le contrat de collaboration arbitrale, constitue le cadre général de la responsabilité contractuelle des centres d'arbitrages (A), ainsi que celui de sa limitation (B). La mise en jeu des autres responsabilités de l'institution, bien qu'envisageable, demeure toutefois rare (C).

### **A - La responsabilité contractuelle des centres d'arbitrage**

L'arbitrage confié aux institutions est organisé conformément à leurs règlements respectifs. A cet égard, les tâches administratives et secrétariales figurant dans ces derniers sont autant d'obligations susceptibles de mettre en cause leur responsabilité civile contractuelle. La jurisprudence s'est, en effet, expressément prononcée sur la

nature contractuelle des liens unissant les litigants au centre arbitrage à l'occasion de l'affaire **Cubic** <sup>59</sup>.

Il s'agit dès lors de s'interroger sur le rôle de l'institution dans l'administration de la procédure. Malgré la répartition des tâches, telle que définie dans le règlement de l'institution, il est parfois difficile de distinguer ce qui relève de l'action juridictionnelle du tribunal arbitral et ce qui ressort du rôle du centre.

En conséquence, l'insatisfaction résultant d'une sentence défavorable conduira non seulement la partie lésée à s'attaquer à la solution dégagée par les arbitres, mais aussi à la conduite prétendument fautive de la procédure par l'institution arbitrale <sup>60</sup>.

Pour engager valablement la responsabilité des centres d'arbitrage, l'enjeu réside dans la détermination de la nature de l'obligation dont l'inexécution est alléguée. D'une part, la plupart des institutions effectuent des tâches communes telles que la réception de la demande d'arbitrage, la réception du paiement, la notification de l'arbitrage à la partie adverse, la constitution du tribunal arbitral ou encore la récusation d'un arbitre. D'autre part, certains centres d'arbitrage effectuent des tâches spécifiques pouvant favoriser la mise en jeu de leur responsabilité.

C'est notamment le cas de la CCI qui possède un certain pouvoir de contrôle sur la sentence. Sur ce fondement, la Cour d'appel de Paris a jugé dans l'affaire **Cytec** que la responsabilité de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ne pouvait être engagée au titre de l'inefficacité du contrôle du projet de sentence par l'institution <sup>61</sup>. L'article 27 du règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 (devenu l'article 33 dans sa version de 2012), applicable en l'espèce, dispose en effet qu'« [avant] *de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour* ». L'un des litigants, la société SNF, en déduisait que la sentence litigieuse avait été annulée en Belgique en raison de la violation par la CCI de ces dispositions. Un tel grief a été mis en échec, de même que le grief tiré de l'absence de contrôle du délai d'arbitrage.

S'agissant de l'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage, la responsabilité de la CCI a été appréciée dans une affaire **ABC**. Dans ce litige, la CCI avait décidé d'exclure, sur le fondement de l'article 6(2) de son règlement de 1998, huit des parties que la société ABC International tentait d'attirer à l'arbitrage l'opposant à différentes sociétés du Groupe Molson. Le centre considérait en effet qu'il n'existait pas *prima facie* de convention d'arbitrage liant ces parties.

Ce refus de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage a conduit la demanderesse à assigner la CCI devant le Président du Tribunal de grande instance de Paris en invoquant le non-respect du règlement d'arbitrage. Suite à une ordonnance du 25 novembre 2010 <sup>62</sup>, la Cour d'appel de Paris a cependant jugé que « [n'entrait] pas dans le champ d'application de ce texte une action engagée contre la seule CCI en tant qu'institution permanente d'arbitrage, tendant à censurer les mesures qu'elle a arrêtées pour l'organisation de l'instance arbitrale, à lui enjoindre d'en adopter

*d'autres et à constater l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire à l'égard des parties exclues prima facie du périmètre de l'arbitrage* »<sup>63</sup>.

De la même manière, le Tribunal de grande instance de Paris n'a pas retenu la responsabilité contractuelle de la CCI dans l'affaire **Cekobanka** puisque l'appréciation de la validité de la clause compromissoire, selon son règlement, relève de sa seule discrétion<sup>64</sup>. Dans l'affaire **REDEC**, le Tribunal de grande instance de Paris a pareillement refusé de mettre en jeu la responsabilité de la CCI dans le cas où cette dernière décidait de poursuivre l'arbitrage conformément aux dispositions de son règlement<sup>65</sup>.

A l'inverse, il a été jugé dans l'affaire **Sté Filature Française de Mohair** qu'engage sa responsabilité contractuelle le centre arbitrage qui, après avoir obtenu d'un tiers une pièce qu'il avait pris l'initiative de réclamer, la communique au tribunal en l'absence de toute procédure contradictoire. L'institution est ainsi responsable du préjudice causé par l'annulation de la sentence résultant de ses initiatives intempestives<sup>66</sup>.

Il faut souligner que les litigants acceptent volontairement de se soumettre au règlement d'arbitrage de l'institution désignée. Ce faisant, l'intégralité des règles y figurant sont réputées consenties : les litigants pouvaient choisir un autre centre d'arbitrage et un règlement différent.

C'est en ce sens que les décisions ayant trait à l'instance arbitrale prises par les institutions d'arbitrage en application de leurs règlements, telles que celles relatives à la récusation d'un arbitre, sont de nature administrative et ne sauraient justifier la mise en jeu de leur responsabilité sur le fondement d'une absence de motivation<sup>67</sup>.

Enfin, le centre d'arbitrage est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'arbitre au titre du contrat de collaboration arbitrale. C'est notamment l'hypothèse d'une mauvaise gestion financière de l'affaire par l'institution. L'arbitre peut alors lui reprocher, par exemple, de ne pas avoir respecté son barème lors de la fixation des honoraires, au détriment de ses intérêts pécuniaires.

Les centres d'arbitrage doivent se prémunir contre la multiplication des actions engagées à leur encontre. Il est donc légitime que soient mis en œuvre des mécanismes de gestion du risque.

## **B - La limitation de la responsabilité des centres d'arbitrage**

A la différence de l'arbitre, le centre d'arbitrage n'exerce aucune mission juridictionnelle et ne saurait bénéficier de l'« immunité » qui y est attachée. Ils peuvent cependant pallier cette difficulté par le jeu des clauses limitatives ou élusives de responsabilité (1), de même que par le recours à l'assurance (2).

### *1 - La clause limitative ou évasive de responsabilité*

Certains centres d'arbitrage se sont aménagés une immunité contractuelle en introduisant dans leur règlement des clauses limitatives ou élusives de responsabilité. L'étendue de ces dispositions varie selon le règlement d'arbitrage considéré ainsi que le droit applicable. D'une part, le règlement permet d'identifier avec précision les

organes et personnes concernés. D'autre part, la validité et l'effet obligatoire de la clause seront appréciés au regard du droit applicable.

La jurisprudence a contesté la validité de telles clauses à l'occasion de l'affaire *Cytec*, considérant qu'elles permettaient à l'institution de « *ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de services non juridictionnels* » et devaient être réputées non écrites dans les rapports entre le centre et les litigants « *dès lors* [qu'elles contredisaient] *la portée du contrat d'arbitrage* »<sup>68</sup>. La CCI, en conséquence, a modifié la rédaction de son article limitant sa responsabilité dans son règlement d'arbitrage de 2012<sup>69</sup>.

Similairement aux clauses limitatives de responsabilité des arbitres, celles qui prétendent écarter la responsabilité des centres d'arbitrage ne peuvent exclure toute responsabilité. C'est notamment le cas des responsabilités consécutives à un dol, une faute lourde, une faute inexcusable, un manquement à l'obligation essentielle du contrat, ou encore à un délit pénal.

En outre, de nombreux règlements d'arbitrage ne comprennent pas de telles clauses, tel que celui du centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance<sup>70</sup> ou celui du centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

Faute de pouvoir éliminer les mises en causes, le centre d'arbitrage peut également décider de souscrire une police d'assurance couvrant le risque.

## 2 - L'assurance

Le risque encouru par les centres d'arbitrage quant à la mise en jeu de leur responsabilité est somme toute difficilement identifiable. Outre la multiplicité des fondements pouvant être invoqués à l'égard de l'institution en application de son règlement, force est de constater « *qu'il n'existe pas de police d'assurance standard couvrant le risque afférent à l'activité d'un centre d'arbitrage* »<sup>71</sup>.

D'autre part, la plupart des centres ne sont pas assurés en raison de la forte probabilité qu'une garantie financière leur serait apportée dans l'hypothèse où l'institution devenait débitrice de sommes d'argent. Cette garantie financière serait généralement fournie par une entité étatique, une banque, une chambre de commerce ou une organisation professionnelle<sup>72</sup>.

Ainsi, le recours à l'assurance semble être pertinent en l'absence d'une telle garantie ou dès lors que le centre ne peut supporter l'intégralité du risque encouru. L'élimination du risque est d'autant plus malaisée que le centre d'arbitrage est susceptible d'engager d'autres responsabilités.

## C - La responsabilité délictuelle et pénale des centres d'arbitrage

En sa qualité de contractant, le centre d'arbitrage est naturellement susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle. La prééminence de ce contentieux ne saurait toutefois exclure une éventuelle mise en cause de sa responsabilité délictuelle et/ou pénale. En effet, ces situations hypothétiques demeurent juridiquement envisageables.

Tout d'abord, la doctrine reconnaît qu'un centre d'arbitrage puisse engager sa « *responsabilité précontractuelle et donc délictuelle* », en cas de manquement à l'égard des parties <sup>73</sup>. De même, le centre pourrait voir sa responsabilité délictuelle engagée dans l'hypothèse où celui-ci cesse ses activités, « *c'est-à-dire [retire] son offre* » <sup>74</sup>.

En second lieu, l'article 121-2 du Code pénal dispose que « [les] *personnes morales... sont responsables pénalement... des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Il en résulte qu'un centre d'arbitrage est susceptible d'engager sa responsabilité pénale pour des faits délictueux, qu'il soit doté ou non d'une personnalité juridique.

\*\*\*

En définitive, la pérennité de l'arbitrage est assujettie à la qualité de ses acteurs. L'arbitre en est le juge. Le centre d'arbitrage en est le support. Il est donc logique, sur le terrain de la responsabilité, de sanctionner certains manquements susceptibles d'affecter la volonté des parties : une justice efficace et sereine. Aussi les litigants doivent-ils garder à l'esprit que, bien qu'un recours soit possible pour pallier les abus les plus graves, le dédoublement du contentieux contrevient le plus souvent à l'essence même de l'arbitrage.

---

1 Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 1963, *Gosset* ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 juill. 1972, *Hecht* ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico* ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 janv. 1999, n° 96-21.430, *Zanzi*.

2 Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton* ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Putrabali*.

3 Th. Clay, « Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre », *JCP E*, 2006, note sous Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 2005, n° 03-13.116.

4 E. Mezger, « *La jurisprudence allemande en matière d'arbitrage depuis 1950* », *Rev. arb.*, 1995.84.

5 Sections 29 de la loi anglaise sur l'arbitrage (1996) ; Article 20 de la loi singapourienne sur l'arbitrage (31 juillet 2002) ; article 21.1 de la loi espagnole sur l'arbitrage (2003) ; Section 13 de la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage.

6 Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996.325, n° 68.

7 Paris, 22 mai 1991, *Rev. arb.* 1996.411 (2<sup>e</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard.

8 Ph. Fouchard, « La responsabilité des institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.* 1987.225, n° 28 et s. ; TGI Paris, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1999.103, note P. Lalive ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 févr. 2001, *Sté Cubic*, n° 99-12.574, *Rev. arb.* 2001.511, note Th. Clay.

9 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 958.

10 B. Le Bars, « Le statut et la responsabilité de l'arbitre : substance, enjeux et amorces de solutions », *Echanges Internationaux*, n° 84, 2<sup>e</sup> trimestre 2012, p.15.

11 Rapport final sur le statut de l'arbitre, *Bull. CCI*, vol. 7, n° 1, 1996, p. 29.

12 B. Le Bars (prés.), Rapport « La responsabilité de l'arbitre, vers des solutions pratiques », Comité français de la CCI, 2012.

13 B. Taghipour, *La responsabilité de l'arbitre (du juge privé) dans le droit du commerce international (droit français et droit comparé)*, Bourgogne, ss la dir. de E. Loquin, dact., soutenue le 19 févr. 2013 ; Pilar Perales

Viscasillas, « Civil Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Commercial Arbitration: The Development of the Arbitration Laws and Rules in the Last 30 Years », *WAMR*, 2013, vol. 7, n° 2 ; P. A. Karrer, « Responsibility of Arbitrators and Arbitral Institutions », in L. W. Newman, R. D. Hill (dir.), *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, JurisPublishing, 2<sup>e</sup> éd., mars 2008, p. 607 ; R. Mullerat et J. Blanch, « The liability of arbitrators : a survey of current practice », *Dispute Resolution International*, vol. 1, 2007, p. 99. M. Rasmussen, « Overextending Immunity : Arbitral Institutional Liability in the United States, England and France », 26 *Fordham Int'l L. J.* 1843 (2003) ; S. D. Franck, « The Liability of International Arbitrators : A comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity », 20 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 1, 11-12 (2000) ; T. Oyre, « Professional liability and judicial immunity », *Arbitration*, 1998, p. 45.

14 Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09/22701, *Gaz. Pal.*, 24-26 juill. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude.

15 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 927.

16 G. B. Born, *Chapter 12: Rights and Duties of International Arbitrators – B. Status of International Arbitrators*, in *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2009), pp. 1654-1655.

17 D. Sytsma, « Responsabilité et immunité de l'arbitre », Blog du MACI, 16 janv. 2011.

18 B. Le Bars (prés.), Rapport « La responsabilité de l'arbitre, vers des solutions pratiques », Comité français de la CCI, 2012 ; B. Le Bars, « Le statut et la responsabilité de l'arbitre : substance, enjeux et amorces de solutions », *Echanges Internationaux*, n° 84, 2<sup>e</sup> trimestre 2012, p.15.

19 E. Silva Romero, « Immunity and Liability of Arbitrators: What is the proper balance? », in B. Hanotiau, A. Mourre (dir.), *Player's Interaction in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, 2012, Publication CCI n° 737E, p. 93.

20 N. Ferrier, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *RGDA*, 1<sup>er</sup> janvier 2012, n° 2012-01, p. 205 ; J.-M. Bexhed, M. Cornel, « Insurance for International Arbitrators: Immunity from Liability, Existent Coverage, Exclusions and Control of Risk », 1<sup>er</sup> mars 2011, *Transnational Dispute Management*, v. 2 (2011).

21 H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2012, n° 125 ; Th. Saint-Loubert-Bié, « Une analyse comparée de l'immunité de l'arbitre : commentaire de l'Arbitration Act 1996 Section 29 à la lumière du droit français », <http://m2bde.u-paris10.fr/content/une-analyse-compar%C3%A9e-de-limmunit%C3%A9-de-larbitre-commentaire-de-larbitration-act-1996-section-2#>.

22 TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c. C, *Gaz. Pal.* 1990 II somm. p. 417.

23 H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2012, n° 125.

24 Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09/22701, *Gaz. Pal.*, 24-26 juill. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude.

25 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 932 ; Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09/22701, *Gaz. Pal.*, 24-26 juill. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude.

26 Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 15 janv. 2014, Pourvoi n° 11-17.196.

27 H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2012, n° 125.

28 Cass., 2<sup>e</sup> civ., 29 juin 1960, *D.* 1960, p. 262.

29 CA Paris, 6 nov. 2008, *D.* 2008, pan. 3111, obs. Th. Clay ; *D.* 2009, p. 538, note D. Mainguy, *Rev. arb.* 2009.376, note Leboulange.

30 Voir notamment, Paris, 12 févr. 2009, *SA J. & P. Avax SA c. Sté Technimont SPA* ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-12.716 ; Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888 ; Paris, 9 sept. 2010, n° 09/16182 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-68.131, Podium et Logidis ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-68.997, *Sté Somoclest* ; Paris, 16 déc. 2010, n° 09/18535 ; Colmar, 8 févr. 2011, n° 10/06080 ; Paris, 10 mars 2011, n° 09/28537 ; Versailles, 7 avril 2011, n° 09/09031 ; Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2011, n° 10/10406 ; Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2011, n° 10/10402 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 11-11.084 ; Paris, 20 mars 2012, n° 11/14146 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 10 oct.

2012, n° 11-20.299, *Sté Neolectra* ; Paris, Pôle 1, Ch.1, 13 nov. 2012, *Sa Fairplus Holding c. sté JMB Corporation*.

31 Paris, 12 oct. 1995, *Sté Raoul Duval*, *Rev. arb.*, 1999.324, note Ph. Fouchard. Pourvoi rejeté : Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1997, *Rev. arb.*, 1999.253

32 Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 2005, n° 03-13.116, *D.* 2006.274, note P.-Y. Gautier ; G. Chabot, *JCP E* 2006, n° 8, 1284.

33 TGI Paris, 29 nov. 1989, *République de Guinée*, *Rev. arb.* 1990.525.

34 TGI Paris (Ord.), 15 févr. 1995, *Industrialexport*, *Rev. arb.* 1996.503, note Ph. Fouchard, cité dans J.-L. Delvolvé, G. H. Pointon, J. Rouche, *French Arbitration Law and Practice : A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., *Kluwer Law International*, 2009, p. 86 ; *Rev. arb.* 1996.110, note A. Hory.

35 Th. Clay, « Arbitrage et modes alternatif de règlement des litiges », *D.* 2011, p. 3023.

36 H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2012, n° 125.

37 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 940.

38 *Ibid.*

39 TGI Paris, 9 déc. 1992, *L'Oréal*, *Rev. arb.*, 1996.483 (3<sup>e</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard.

40 B. Le Bars (prés.), Rapport « La responsabilité de l'arbitre, vers des solutions pratiques », Comité français de la CCI, 2012.

41 B. Le Bars, « Le statut et la responsabilité de l'arbitre : substance, enjeux et amorces de solutions », *Echanges Internationaux*, n° 84, 2<sup>e</sup> trimestre 2012, p.16.

42 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 949.

43 Paris 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2009, *Rev. arb.* 2010.314, note Ch. Jarrosson.

44 Cour Suprême d'Autriche, 28 avril 1998, *H GmbH c. HON*, *Rev. arb.*, 1999.392, note Ch. Liebscher.

45 N. Ferrier, « Le risque de responsabilité de l'arbitre et son assurance en droit interne », *RGDA*, 1<sup>er</sup> janvier 2012, n° 2012-01, p. 205. Voir cependant l'article 21 de la loi espagnole sur l'arbitrage qui édicte une obligation d'assurance à la charge des arbitres : M. P. Perales Viscasillas, « Liability Insurance in Arbitration : The Emerging Spanish Market and the Impact of Mandatory Insurance Regimes », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 janv. 2014

46 Rapport final sur le statut de l'arbitre, *Bull. CCI*, vol. 7, n° 1, 1996, p. 34 ; D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éditions, 2012, n° 147.

47 B. Le Bars, « Le statut et la responsabilité de l'arbitre : substance, enjeux et amorces de solutions », *Echanges Internationaux*, n° 84, 2<sup>e</sup> trimestre 2012, p.16.

48 Article 1506 CPC.

49 H.-J. Nougéin et R. Dupeyré, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2012, n° 126.

50 A. de Fontmichel, « Procédure pénale et arbitrage commercial international : quelques points d'impact », *Cah. arb.*, avr. 2012, n° 2, p. 309 ; D. Chilstein, « Droit pénal et arbitrage », *Rev. arb.* 2009.3.

51 D. Mouralis, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *LPA*, fevr. 2013, n° 32, p. 18.

52 TGI Strasbourg, 7<sup>e</sup> ch. correctionnelle, 1<sup>er</sup> juillet 1988, *Ministère public c. Vignals, Ardouin, Viandier et Sté Portex* ; partie civile : *Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd*, inédit.

53 TGI Strasbourg, 7<sup>e</sup> ch. correctionnelle, 6 mars 1990, *Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex*, inédit.

54 Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 942.

- 55 TGI Paris, ord. référé, 6 janv. 2010, *JCP G* 2010, doct. 644, n° 7, obs. J. Ortscheidt ; TGI Paris, 22 sept. 2010, n° 10/10068 ; Paris, Pôle 1, Ch.1, 6 janv. 2011, n° 10/20243 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 12 oct. 2011, n° 11-11.058 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2013, n° 11-11.320.
- 56 B. Bissuel, « Mise en examen d'un ex-président du tribunal de commerce de Paris », *Le Monde*, 19 novembre 2012.
- 57 L. Calixte, « La vérité sur... les dessous de l'arbitrage », *Challenges*, 29 août 2013, n° 354 ; « Les incroyables dérivés de l'arbitrage en France », *Challenges*, 4 sept. 2013 ; Communiqué de presse du groupe Loret, <http://www.ohada.com/content/newsletters/1895/Arbitrage-Communique-de-presse.pdf>.
- 58 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1110.
- 59 TGI Paris, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1999.103, note P. Lalive ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, *Sté Cubic*, n° 99-12.574, *Rev. arb.* 2001.511, note Th. Clay.
- 60 E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *RGDA* 2012, p. 216 ; T. Y.-W. Cheng et J. Li, « Liability of arbitration institutions: What does the future hold? », in B. Hanotiau, A. Mourre (dir.), *Player's Interaction in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, 2012, Publication CCI n° 737E, p. 121 ; D. Baizeau, « Liability of Arbitral Institutions: increased scrutiny by the courts of the seat? », *Bull. ASA*, 2009.383.
- 61 Paris 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2009, *Rev. arb.* 2010.314, note Ch. Jarrosson ; voir aussi, TGI Paris, 22 mai 2002, *Lear c. CCI*, *Rev. arb.* 2002.785.
- 62 TGI Paris, ord. référé, 25 nov. 2010, *ABC International c. CCI*.
- 63 Paris, Pôle 1, Ch.1, 27 oct. 2011, *Rev. arb.* 2011.991.
- 64 TGI Paris, *Cekobanka c. CCI*, 8 oct. 1986, *Rev. arb.* 1987.367.
- 65 TGI Paris, *REDEC et Pharaon c. Uzinexport Import et CCI*, 13 juill. 1988, *Rev. arb.* 1989.97, note P. Bellet.
- 66 TGI Nanterre, 1<sup>er</sup> juill. 2010, *Sté Filature Française de Mohair c. Fédérations des Industries Lainières et Cotonnières*, *Cab. arb.* 2011, n° 2, p. 401, note Ph. Stoffel-Munck ; Petites affiches, 2011, n° 227, note Catino ; Ch. Price, « Liability of Arbitral Institutions in International Arbitration. A comment on Société Filature de Mohair », in P. Watrelet, T. Kruger, G. Coppens (dir.), *The practice of arbitration, Hart Publishing*, sept. 2012, p. 187.
- 67 Cass., 2<sup>e</sup> civ., 7 oct. 1987, n° 85-11.855, *Rev. arb.* 1987.479 ; TGI Paris, 1<sup>er</sup> avr. 2013, *Stés Fairplus et la Valaisanne c. CCI*, n° 11/02455, *Cab. arb.*, avr. 2013, n° 2, p. 455.
- 68 Paris 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2009, *Rev. arb.* 2010.314, note Ch. Jarrosson.
- 69 *C.f.* article 40 du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012.
- 70 M. Yarhi, « Les litiges dans l'assurance et les spécificités de l'institution d'arbitrage », *RGDA* 2012, p. 185.
- 71 E. Jolivet, « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », *RGDA* 2012, p. 216.
- 72 *Ibid.*
- 73 E. Gaillard, intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France », travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 janvier 1990, *Rev. arb.* 1990.473.
- 74 Ch. Jarrosson, intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France », travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 janvier 1990, *Rev. arb.* 1990.473.

# LE CRICKET

## ou lorsque le sport crée le langage

Martin JUDSON

La langue perfide d'outre-manche est débordante d'expressions dérivées du sport de gentleman par excellence, le cricket.

Cette année, je vous en propose quelques unes.

Mais d'abord, quelques règles de base.

Le cricket se prononce avec le 'T' (à l'inverse du croquet qui se prononce sans 'T', à la française).

Les matches de cricket se disputent entre deux équipes de 11 joueurs, qui jouent tour à tour en position de l'équipe qui lance (à 11) contre l'équipe qui bat (2 à la fois).

Chaque lanceur effectue 6 lancers de balle vers le batteur en face, qui va essayer de frapper la balle aussi loin que possible hors de portée des coéquipiers du lanceur.

Le 'pitch' est le morceau de terrain sur lequel sont plantés 2 'wickets' ou guichets, placés à 20 mètres l'un de l'autre. Le batteur peut marquer des points de plusieurs manières :

- un point pour chaque course entre les wickets pendant que l'équipe adverse tente de ramener la balle vers le wicket,
- 4 points lorsqu'il renvoie la balle et qu'elle roule en dehors du terrain de jeu, qui est en forme ovale, et
- 6 points si la balle sort directement sans toucher le sol.

Le batteur est éliminé si la balle du lanceur fait tomber son guichet, l'élimination en course entre les guichets, l'arrêt de volée ou bien l'obstruction de la jambière devant le guichet.

De nombreuses expressions, propres à ce sport de gentleman, sont entrées dans le langage courant.

On trouve, en particulier :

**It's not cricket**

Se dit de quelque chose d'injuste, inéquitable ou incivique.

*Traffic radars hidden round a bend are just not cricket.*

**A hat-trick**

Traditionnellement, lorsqu'un lanceur éliminait 3 batteurs de suite, son équipe lui offrait un nouveau chapeau : 3 choses de suite.

**To be hit for six**

Se réfère aux 6 points gagnés quand la balle est frappée loin : être étonné, surpris, bouleversé

*I was hit for six when the dog died.*

**Sticky wicket**

Dans ce sens, le wicket est le terrain entre les deux guichets où la balle rebondit ; le terrain mouillé par la pluie rend le rebond de la balle imprévisible: une situation difficile à gérer.

*We will be on a sticky wicket if the other side sees these documents.*

**To have a good innings**

Lorsqu'un batteur (ou l'équipe de batteurs) est sur le terrain, la période de son intervention s'appelle 'the innings' - when the batsman is 'in', before he is 'out' !): avoir réussi, réussir.

*IBM had a good innings before the other computer constructors arrived on the market.*

**To be stumped**

Se réfère au moment où le batteur est éliminé pendant sa course entre les guichets (les 'stumps' sont les 3 piquets du guichet) : ne plus savoir quoi faire, être désarçonné, ne pas trouver de réponse ou de solution.

*When the lawyer asked me that question, I was stumped.*

**To draw stumps**

Retirer les piquets du guichet du terrain à la fin du match, ou bien en fin de journée : terminer

*At the end of the hearing, everyone drew stumps and went home.*

**To bowl a googly**

Un 'googly' est une balle lancée d'une certaine façon, avec beaucoup d'effet, qui est très difficile à anticiper pour un batteur: présenter un problème à quelqu'un, surprendre, poser une question inattendue, mettre quelqu'un dans l'embarras, en difficulté.

*He really bowled me a googly with that last question.*

**Bad light stops play**

Dans un pays gris, parfois la luminosité n'est pas suffisante pour jouer au cricket : faire une pause involontaire.

*We were doing weil when bad light stopped play, but we managed to continue later.*

**Out for a duck**

être éliminé sans marquer de points: ne pas réussir

*I tried hard, but it was no good. I was out for a duck.*

**To play a straight bat**

garder la batte verticale pour mieux protéger le guichet : être plus défensif qu'offensif

*He never answers a simple question, always plays with a straight bat.*

**The batting order**

L'ordre dans lequel les batteurs rentrent sur le terrain: une hiérarchie

*Who speaks first? What's the batting order here?*

**Clean bowled**

Faire bouger les 2 morceaux de bois, 'the bails', placés horizontalement sur les piquets du guichet, synonyme d'élimination d'un batteur : perdre

*He completely clean bowled me with that fast question.*

Il est important de savoir aussi qu'un match de cricket ayant même duré plusieurs jours d'affilée peut terminer sur un nul. De plus, la météo peut jouer un rôle déterminant - abandon permanent par temps de pluie, ou temporaire par faible luminosité, sans parler de l'effet de l'humidité sur la balle, la batte et le terrain. Et encore, le jeu est toujours ponctué chaque jour par la pause officielle pour prendre le thé. C'est un sport convivial !

Pas étonnant, donc, si on retrouve autant d'expressions liées au cricket dans la langue courante.

