



CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N°20 • 2018

CEFAREA-ARIAS
www.cefarea-arias.fr



CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

REVUE ANNUELLE

N°20 • 2018

CEFAREA-ARIAS

www.cefarea-arias.fr

26 , boulevard Haussmann • 75009 Paris
Tél. : 01 42 93 95 62 • Fax : 01 42 93 95 63
Association régie par la loi du 1er juillet 1901

SOMMAIRE

LE MOT DU BUREAU **7**

ARBITRAGE

**L'ASSURANCE, TERRE D'ÉLECTION
DU NOUVEL ARTICLE 2061 DU CODE CIVIL ?**
PAR STÉPHANE CHOISEZ **9**

**LES PERSPECTIVES DES OBLIGATIONS
DE LOYAUTÉ ET DE CÉLÉRITÉ**
PAR SOPHIE GRÉMAUD **13**

**LES PROCÉDURES ACCÉLÉRÉES
(ET ALLÉGÉES) D'ARBITRAGE**
PAR PIERRE-DENIS CHAMPVILLARD **19**

MÉDIATION

**COMMENT SORTIR DE LA SPIRALE DU CONFLIT
VIA LA MÉDIATION ?**
PAR DIDIER CHAVERNOZ **23**

LA CO MÉDIATION : BONNE OU MAUVAISE IDÉE
PAR JEAN-MARC BLAMOUTIER ET FRANK LANCTUIT **27**

«ENTRE VOUS ET JE»
Par MARTIN JUDSON **29**

CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

Professionnels de l'assurance, résolvez rapidement et efficacement vos conflits



LE CEFAREA-ARIAS OFFRE

L'accès à des listes
de professionnels de
l'assurance, arbitres
ou médiateurs
spécialistes et formés

Des règlements
d'arbitrage et
médiation efficace et
régulièrement révisés

une gestion efficace
et rapide des procédures
en vue d'une résolution
rapide et confidentielle
des litiges

Une éthique exigeante

CEFAREA-ARIAS, Centre d'arbitrage et de médiation conventionnelle pour les acteurs de l'assurance

Créé sous l'égide de l'A.I.D.A. France, CEFAREA-ARIAS a pour mission principale de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits, plus particulièrement la médiation et l'arbitrage dans les litiges pouvant opposer des acteurs du monde de l'assurance dans son ensemble et sa diversité.

www.cefarea-arias.fr

LE MOT DU BUREAU

Il est de coutume que cette modeste revue annuelle débute par «*le Mot du Président*», sorte de bienvenue faite au lecteur.

J'ai tenu cette année à ce qu'il s'agisse du «*Mot du Bureau*» car grâce à celui-ci et à son travail intensif, ainsi d'ailleurs qu'avec l'assistance active de certains membres, nous pouvons fêter aujourd'hui le quasi aboutissement d'un très vaste chantier engagé il y a désormais deux ans.

Nous avons revu en totalité notre mode de fonctionnement, réécrivant intégralement nos Règlements d'Arbitrage et de Médiation, pour les porter à la hauteur des meilleurs standards, revu nos barèmes, repris notre autonomie de gestion, désigné des membres de haut niveau pour assumer les fonctions essentielles de gestion des Commissions, mis en place des groupes de travail...

Nous sommes donc pleinement en état de rendre tous les services que vous pouvez attendre de nous.

Tout ceci n'a été rendu possible que grâce également à de nombreuses adhésions et à l'intérêt et aux encouragements de la Profession.

Merci à toutes celles et tous ceux qui sont intervenus sur ce chantier d'ampleur.

Nous espérons que si malheureusement vous deviez avoir à résoudre un conflit les outils modernes et efficaces mis à votre disposition permettraient de vous aider à le résoudre dans les meilleures conditions.

Pour le Bureau
Jean-Marc BLAMOUTIER

ARBITRAGE

L'ASSURANCE, TERRE D'ÉLECTION DU NOUVEL ARTICLE 2061 DU CODE CIVIL ?

PAR STÉPHANE CHOISEZ
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

Chaque système juridique s'articule sur un paradigme supposé inamovible, jusqu'à ce qu'une réforme bouleverse l'équilibre séculaire.

Telle est la fonction du nouvel article 2061 du Code Civil, modifié par la loi du 18 novembre 2016 dite «J21¹», qui a transformé un des fondamentaux de la matière, celui qui veut qu'une partie «*faible*» en matière d'arbitrage ne puisse se voir imposer une clause compromissoire, nécessairement nulle.²

Car pour le nouveau texte dès lors que «*l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée*».³

Ne plus sanctionner la clause compromissoire par la nullité automatique pour le «*non professionnel*» procède d'une révolution bienvenue qui pourrait demain avoir de très importantes répercussions dans le domaine de l'assurance.

Mais, comme toujours, le législateur dans sa volonté de faire évoluer les choses de façon radicale, a fait voter un texte dont l'appar-

rente simplicité recèle des subtilités sémantiques, porteuses de potentiels litiges.

SORTIR DU PARADIGME

Retenir l'existence d'une partie faible en matière d'arbitrage, et donc la nécessité corollaire de la protéger, y compris d'elle-même, c'est toucher à un paradigme de la matière tant la notion semble éloignée de la pratique de l'arbitrage.

L'arbitrage est caractérisé comme étant un mode de résolution privilégié «*de litiges économiquement importants réputés opposer des opérateurs économiques de puissance plus ou moins égale*»⁴.

En clair l'arbitrage à un cout, et l'égalité des armes n'y est pas la norme absolue, même si l'évolution générale de la matière tend à égaliser les rapports économiques entre les parties⁵.

1. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JORF du 19 novembre 2016, article 11.

2. Sur la distinction de la nullité avec l'inopposabilité de la clause compromissoire en matière de droit international du travail Soc. du 16 février 1999 et Soc. du 4 mai 1999 Rev. Arb. 1999. 290.

3. Article 2061 du Code Civil, alinéa 2.

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

5. Voir le développement actuel des «third party funding» ou «tiers financeurs» en France, dont le régime juridique reste à poser.

Autrement dit, et comme le rappelle abruptement l'adage, «*pas d'argent, pas d'arbitrage*».⁶

Cette idée que certaines parties contractantes, trop faibles, incapables de faire face à la puissance économique de leur partenaire contractuel ou pas assez en fonds pour se défendre, ne pouvaient se voir opposer une clause compromissoire est apparue en Jurisprudence dans le cadre d'un conflit relatif à une police d'assurance incendie, le célèbre arrêt PRUNIER de la 1^{ère} Chambre Civile du 10 juillet 1843⁷, jurisprudence fondatrice du mouvement consumériste.

Cette logique explique, sauf pour les polices réservées aux grands comptes ou les polices internationales, voir encore les traités de réassurance, pourquoi le développement des clauses compromissoires dans les polices d'assurances - même celles réservées à des professionnels - n'a jamais connu le développement que la spécificité du droit des assurances aurait pu favoriser.⁸

LA NOUVELLE DONNE... ...ET SA FUTURE JURISPRUDENCE

C'est donc à une règle immémoriale que la loi J21 a voulu s'attaquer, étant rappelé que la loi ne s'est intéressée à la matière arbitrage que de façon accessoire, puisque la plus grande partie des dispositions législatives traitaient de la justice étatique, seul le titre II de la Loi visant à «*favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges*»

La difficulté tient au fait que les modifications de l'article 2061 du Code Civil ne figuraient même pas dans le projet de loi initial déposé le 31 juillet 2015⁹

Le nouvel article 2061 a donc posé deux idées fortes, aux alinéas 1 et 2 du nouvel article, le premier traitant de la notion d'acceptation

de la clause compromissoire, le second de son opposabilité.

Le problème est que, comme toujours, à force d'utiliser des concepts et mécanismes juridiques qui ne sont pas nécessairement invoqués à juste raison, le nouveau texte, malgré sa brièveté, pose un certain nombre de questions qui ne pourront être réglées que par la jurisprudence future.¹⁰

L'ACCEPTATION ET LA TRANSMISSION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Issu des travaux parlementaires, le premier aliéna de l'article 2061 rappelle que pour être «*opposable*», la clause compromissoire doit «*avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée*».

Le principe qui voudrait qu'une clause compromissoire, d'ailleurs comme toute autre clause de n'importe quel contrat, ne soit «*opposable*» que si elle a été préalablement acceptée apparaît relever de l'évidence, voir même de la tautologie.

On voit ici la conséquence d'une rédaction de faible qualité, puisqu'à l'origine des travaux parlementaires, il était prévu que cette acceptation soit «*expresse*».

Le problème est que si l'acceptation est une notion juridique qui «*parle*» aux juristes, la qualification d'acceptation «*expresse*» prête largement à discussion, ce qui avait amené sa suppression.

Néanmoins, la notion d'acceptation a été maintenue, donnant une lecture assez redondante de l'ensemble.

Plus intéressant, la fin du premier aliéna de l'article 2061 du Code Civil rappelle que la

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

7. Sirey 1843, I, page 561.

8. On pense notamment à l'influence des usages et codes professionnels dans le domaine de l'assurance, qu'un arbitrage en amiable composition permet plus facilement d'invoquer.

9. Selon la pertinente analyse de C. JARROSSON sur «*les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*» Rev. Arb. 2016. 1007.

10. Voir T. CLAY «*l'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXI^e siècle*» JCP 2016. 1295.

clause peut être opposée à une personne qui a «succédé aux droits et obligations de la partie qui la initialement acceptée».

Ici encore, on peut regretter la notion d'opposabilité qui, ainsi que l'a démontré la doctrine¹¹, renvoie bien plus à la notion des rapports des tiers avec la clause, et non pas des rapports entre les parties elles-mêmes.

Plutôt que de parler d'opposabilité de la clause, notamment dans des schémas contractuels complexes (groupes de contrats, ensemble de contrats, chaîne contractuelle translatrice ou non de propriété), il aurait été plus habile d'évoquer la transmission de la clause, voir son extension.

On parle ici, si l'on utilise la notion de transmission de la clause, plus adaptée au mécanisme en jeu, des hypothèses où une partie reçoit sous une forme juridique quelconque «les droits de l'une des parties d'origine ; ayant-cause à titre universel ou particulier, cessionnaire d'un contrat ou de la créance», subrogataire d'un droit¹².

La seule question qui vaille en fait avec ce nouvel article 2061 du Code Civil, est de savoir si elle a été mise en place afin de «casser» la jurisprudence française en matière d'extension de la clause de compromissoire au sein de groupes de contrats, telles les jurisprudences traitant de la transmission de la clause dans le cadre de contrats cadre/contrats subséquents¹³ ou dans le cas de chaînes de contrats translatifs de propriété¹⁴.

Notons, à décharge de cette idée, que les travaux parlementaires avaient entendu réserver la possibilité de l'extension de la clause compromissoire «signée par un membre d'un groupe de sociétés à d'autres sociétés du groupe non signataires».

Les travaux parlementaires ne valant toutefois pas jurisprudence, il conviendra d'attendre pour savoir si ce nouvel article 2061 en son alinéa 1er, est destiné à poser des frontières à l'extension de la clause compromissoire dans les groupes et ensembles de contrats.

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET L'ASSURANCE DES NON PROFESSIONNELS

Mais c'est sur l'alinéa 2 du nouvel article 2061 du Code Civil que l'attention s'est portée puisque, reversant le paradigme qui voulait que la clause soit à priori nulle pour les non professionnels, le nouveau texte dispose que «lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée».

C'est donc poser par principe que la clause n'est pas nulle par nature pour le non-professionnel, mais qu'elle va ouvrir une option au profit du non professionnel.

Pratiquement, cela signifie qu'un consommateur, par exemple d'assurance ou une partie, même professionnelle, mais ne souscrivant pas une police d'assurance dans le cadre de son activité professionnelle, peut en cas de conflit avec son assureur non seulement accepter de mettre en œuvre la clause compromissoire, en sa qualité de demandeur, et si c'est son contractant assureur qui agit, l'accepter en sa qualité de défendeur.

Cela signifie donc par principe, dans le domaine de l'assurance, il est désormais loisible pour les assureurs d'inscrire dans leurs conditions générales des clauses compromissoires puisque, dans la pire des hypothèses, la sanction serait celle de l'inopposabilité de la clause, la clause étant simplement inutile, mais non nulle.

Si sur le principe, le nouvel alinéa 2 de l'article 2061 du Code Civil est une grande avancée par rapport à la Jurisprudence PRUNIER, on aurait tort de sous-estimer un certain nombre de difficultés qui restent encore à lever, et qui sont liées notamment à l'absence de réflexion globale sur l'articulation de différents textes légaux.

Ainsi, comment intégrer le Code de la Consommation au regard de l'article 2061 nouveau du Code Civil ?

11. Voir C. JARROSSON, op. cité.

12. Voir C. JARROSSON op. cité page 1015 notamment.

13. Voir Civ. 1^{ère} 6 novembre 2013, n° 11-17736.

14. Voir Civ. 1^{ère} 17 novembre 2010, n°09-12442.

Le Code de la consommation prévoit en effet des règles spécifiques en matière de clause compromissoire qui sont réputées abusives, sauf au professionnel de démontrer que tel n'est pas le cas¹⁵.

Voulant aller vite, la Loi J21 n'a pas considéré utile de s'interroger sur la façon dont on devait intégrer et combiner les articles 2061 du Code Civil et L 212-1 du Code de la Consommation...

On peut certes invoquer la réforme droit des obligations¹⁶, et réfléchir à l'idée de savoir quel est le droit spécial qui dérogerait au droit général, mais la logique voudrait que ce soit le droit de la consommation, pour les relations avec les consommateurs...

Quant aux dispositions transitoires, elles ne sont pas prévues, alors même que la Loi est une loi de procédure supposée donc s'appliquer aux clauses conclues antérieurement à la réforme¹⁷, ce qui aurait mérité une mention un peu plus claire s'agissant d'une des exceptions les plus fortes au principe de non rétroactivité de l'article 2 du Code Civil.

UNE RÉFORME À METTRE EN ŒUVRE

Il n'en reste pas moins que la réforme de l'article 2061 du Code Civil est de nature à permettre une généralisation, certes encadrée, mais réelle, des clauses compromissoires dans les polices d'assurances les plus distribuées en France, le seul risque pris par l'assureur concerné étant de voir la clause déclarée «*inopposable*», et non plus nulle pour les contractants ne concluant pas «*à titre professionnel*».

Chaque centre d'arbitrage, tel le CEFAREA ARIAS en assurances, a donc désormais un véhicule juridique, certes imparfait mais existant, permettant d'inviter les assureurs Français à intégrer des clauses compromissoires au sein de toutes les polices d'assurances, qu'elles concernent les grands comptes ou les simples particuliers.

Un véritable chantier sectoriel s'ouvre aujourd'hui, qu'il convient de saisir.

15. Voir article L 212-1 et R 212-2 10^{ème} du Code de la Consommation.

16. Applicable depuis le 1^{er} octobre 2016.

17. Voir C. JARROSSON op. cité page 1023.

ARBITRAGE

LES PERSPECTIVES DES OBLIGATIONS DE LOYAUTÉ ET DE CÉLÉRITÉ

PAR SOPHIE GRÉMAUD

AVOCAT AUX BARREAUX DE PARIS ET DE NEW-YORK

CLYDE & CO LLP

Les parties choisissent l'arbitrage, interne ou international, essentiellement pour obtenir une décision de qualité dans un domaine spécifique, rendue par des arbitres spécialisés et compétents, de manière rapide et confidentielle. Les parties s'attendent légitimement à ce que les acteurs de la justice arbitrale aient conscience des exigences de la vie des affaires.

Ce mode de résolution des litiges donne généralement pleine satisfaction et reste plébiscité. Il connaît néanmoins de vives critiques car les décisions, rendues à la fin de procédures de plus en plus longues et coûteuses, sont fréquemment remises en cause par les parties. En particulier, un des reproches récurrents est celui de l'absence de réactivité des tribunaux arbitraux face à la multiplication des manœuvres dilatoires des parties.

Entrent ainsi en jeu les obligations de loyauté et de célérité qui s'appliquent tant aux parties qu'aux arbitres, et la nécessité de pouvoir en sanctionner la violation.

Si les principes de loyauté et de célérité ont toujours irrigué la procédure arbitrale, le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a instauré un fondement juridique propre à l'arbitrage pour ces deux obligations. L'article 1464 ali-

néa 3 du Code de procédure civile (CPC) dispose désormais que «*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.*»¹. L'article ne prévoit pas expressément de sanction pour la violation de ces obligations, pour autant cela ne signifie pas qu'il ne peut y en avoir.

Le contenu de ces obligations est relativement large et varie en fonction du débiteur. Cela étant et pour les besoins de l'article, seules les principales exigences découlant de ces obligations seront mentionnées². Ainsi, le devoir de loyauté recoupe notamment, pour les parties, la cohérence procédurale et la concentration des moyens et des demandes³, et pour les arbitres, l'obligation de révélation, celle de poursuivre leur mission à son terme et le respect du secret du délibéré⁴. L'obligation de célérité, quant à elle, impose aux parties de respecter Les parties choisissent l'arbitrage, interne ou international, essentiellement pour obtenir une décision de qualité dans un domaine spécifique, rendue par des arbitres spécialisés et compétents, de manière rapide et confidentielle. Les parties s'attendent légitimement à ce que les acteurs de la justice arbitrale aient conscience des exigences de la vie des affaires.

1. L'article 1464 al. 3 CPC est applicable à l'arbitrage interne. Par renvoi de l'article 1506 3° CPC, il est aussi applicable à l'arbitrage international, à moins que les parties n'en soient convenues autrement.

2. Cette liste n'a pas vocation à être exhaustive.

3. E. Loquin, Jcl. Procédure civile, Fasc. 1036, paras. 116 et s. ; L. Weiller, «Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité», Petites affiches, 13/02/2013, n°32, p.11.

4. E. Loquin, *ibid.*, para. 128 et s. ; L. Weiller, *ibid.*

Ce mode de résolution des litiges donne généralement pleine satisfaction et reste plébiscité. Il connaît néanmoins de vives critiques car les décisions, rendues à la fin de procédures de plus en plus longues et coûteuses, sont fréquemment remises en cause par les parties. En particulier, un des reproches récurrents est celui de l'absence de réactivité des tribunaux arbitraux face à la multiplication des manœuvres dilatoires des parties.

Entrent ainsi en jeu les obligations de loyauté et de célérité qui s'appliquent tant aux parties qu'aux arbitres, et la nécessité de pouvoir en sanctionner la violation.

Si les principes de loyauté et de célérité ont toujours irrigué la procédure arbitrale, le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a instauré un fondement juridique propre à l'arbitrage pour ces deux obligations. L'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile (CPC) dispose désormais que «*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.*»⁵. L'article ne prévoit pas expressément de sanction pour la violation de ces obligations, pour autant cela ne signifie pas qu'il ne peut y en avoir.

Le contenu de ces obligations est relativement large et varie en fonction du débiteur. Cela étant et pour les besoins de l'article, seules les principales exigences découlant de ces obligations seront mentionnées⁶. Ainsi, le devoir de loyauté recoupe notamment, pour les parties, la cohérence procédurale et la concentration des moyens et des demandes⁷, et pour les arbitres, l'obligation de révélation, celle de poursuivre leur mission à son terme et le respect du secret du délibéré⁸. L'obligation de célérité, quant à elle, impose aux parties de respecter les délais procéduraux⁹, et aux arbitres de conduire l'instance arbitrale dans un délai raisonnable et de respecter le délai d'arbitrage¹⁰.

Si l'article 1464 al. 3 CPC a essentiellement codifié une jurisprudence déjà existante, il constitue cependant un fondement juridique

propre en matière d'arbitrage aux obligations de loyauté et de célérité. Certains soutiennent que cette codification n'a rien changé et ils n'ont peut-être pas tort, simplement avon-nous tiré l'ensemble des possibilités offertes par cet article ? Cet article ne pourrait-il pas servir de base pour légitimer la sanction de la violation par les parties de ces obligations ? Quelles pourraient être les perspectives d'évolution de ces obligations dans la lutte contre les manœuvres dilatoires ?

L'INVENTIVITÉ DES PARTIES EN MATIÈRE DE MANŒUVRES DILATOIRES

Le doyen Carbonnier rappelait que «*si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas : il y a dans le procès un combat, à tout le moins un match.*»¹¹

S'il n'est pas interdit aux parties de faire preuve d'imagination dans leur stratégie procédurale, d'utiliser au mieux les règles contractuelles de procédure et la flexibilité offerte par l'arbitrage, un dérapage vers l'emploi de tactiques dilatoires peut rapidement arriver.

Une partie peut avoir besoin de proroger un délai en raison de difficultés particulières qu'elle rencontre liées à son activité ou à son organisation interne. Si elle en fait la demande au tribunal arbitral, en expliquant les motifs de ce report et en proposant une alternative raisonnable, il semble peu probable que le tribunal refuse. En effet, la flexibilité fait intrinsèquement partie de l'arbitrage. Cependant, si cette même partie multiplie les demandes de report sans fondement et de manière déraisonnable, le tribunal peut être face à une manœuvre dilatoire.

Certaines manœuvres dilatoires sont plus facilement identifiables que d'autres, tels que le refus du défendeur de participer à la constitution du tribunal, à la rédaction et à la signature de l'acte de mission. Sont

5. L'article 1464 al. 3 CPC est applicable à l'arbitrage interne. Par renvoi de l'article 1506 3° CPC, il est aussi applicable à l'arbitrage international, à moins que les parties n'en soient convenues autrement.

6. Cette liste n'a pas vocation à être exhaustive.

7. E. Loquin, Jcl. Procédure civile, Fasc. 1036, paras. 116 et s. ; L. Weiller, «Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité», Petites affiches, 13/02/2013, n°32, p.11.

8. E. Loquin, Ibid., para. 128 et s. ; L. Weiller, Ibid.

9. C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, 2013, paras. 391 et 805.

10. C. Seraglini, J. Ortscheidt, Ibid., para. 198.

11. J. Carbonnier, Droit civil. Introduction. PUF. 25° éd. 1997, paras. 109-188.

également considérées comme dilatoires la multiplication de demandes de récusation à l'encontre des arbitres, ou encore la demande de récusation fondée sur des motifs extravagants : l'arbitre unique désigné par l'institution arbitrale étant de nationalité suisse, les conseils des défendeurs étant de nationalités française et anglaise, le demandeur en a déduit que l'arbitre était nécessairement partial. Bien évidemment, la demande de récusation a été rejetée.

Cependant, en fonction des circonstances et de la durée dans laquelle elle s'inscrit, une manœuvre dilatoire peut être plus ou moins difficile à cerner. Par exemple, une partie à une procédure d'arbitrage saisit le juge étatique de plusieurs demandes ne relevant pas de la convention d'arbitrage. L'une des demandes est rejetée et abandonnée en appel contrairement aux autres demandes. La tactique dilatoire est apparue lorsque la même partie a essayé de réintroduire sa demande devant le tribunal arbitral en invoquant de nouveaux arguments à son appui, obligeant ainsi le tribunal à traiter une demande ne relevant pas de sa compétence et déjà tranchée par la juridiction compétente.

De même, une demande de production de documents peut paraître raisonnable avant que le tribunal arbitral ne réalise que les documents demandés n'existent pas et que la demanderesse le savait, ou lorsqu'une première demande de production est suivie par une série d'autres demandes sans lien apparent avec l'objet du litige, ce qui peut donner lieu à des échanges sans fin entre les parties sur le sujet.

En somme, une manœuvre est considérée comme dilatoire dès lors qu'elle a pour effet de prolonger de manière déraisonnable l'instance arbitrale sans pour autant contribuer à la résolution du litige. Les parties disposent donc d'un arsenal varié de manœuvres dilatoires qui peuvent avoir un impact plus ou moins pernicieux sur l'instance arbitrale.

S'il est utopique de penser que toute manœuvre dilatoire peut être sanctionnée, les arbitres devraient cependant avoir le pou-

voir de sanctionner la violation par les parties de leurs obligations de loyauté et de célérité proportionnellement à l'impact généré sur l'instance arbitrale.

LE DILEMME DES TRIBUNAUX ARBITRAUX FACE AUX MANŒUVRES DILATOIRES

Face à ces diverses tactiques dilatoires, les arbitres se retrouvent dans une position délicate, tiraillés entre le respect de leur obligation de célérité et la nécessité de rendre une sentence qui n'est pas entachée de nullité.

Les arbitres, tout comme les parties, sont soumis à une obligation de célérité qui leur impose d'organiser l'instance arbitrale de manière à ce que sa durée ne soit pas excessive (obligation de moyens¹²) et que le délai d'arbitrage soit respecté (obligation de résultat¹³). Les parties veillent d'ailleurs scrupuleusement au respect de cette obligation dont elles peuvent notamment sanctionner la violation en demandant la révocation de l'arbitre¹⁴, ou même en engageant sa responsabilité¹⁵.

Cependant le strict respect de leur obligation de célérité par les arbitres ne doit pas entraver la qualité de la procédure arbitrale et de la sentence. Les arbitres doivent prendre le temps de répondre aux différents arguments des parties, même si ceux-ci font partie d'une stratégie dilatoire. L'absence de réponse peut être assimilée par la partie utilisant des manœuvres dilatoires comme une violation du principe du contradictoire ou encore de l'égalité entre les parties, susceptible d'ouvrir la voie à un recours en annulation. En effet, si les parties font usage de manœuvres dilatoires durant l'instance arbitrale, c'est en général afin de préparer un éventuel recours en annulation de la sentence à venir¹⁶.

Pour mémoire, en arbitrage international, le recours en annulation peut être fondé uniquement sur l'un des cinq motifs suivants : l'absence de compétence du tribunal, l'irrégularité de sa constitution, la violation de sa mission, la violation du principe du contradictoire, et la violation par la reconnaissance

12. Civ. 1, 17 novembre 2010, n° 09-12352.

13. Civ. 1, 6 décembre 2005, n° 03-13116.

14. Articles 1456 et 1458 du Code de procédure civile, applicables en arbitrage interne et international.

15. E. Loquin, Jcl. Procédure civile, Fasc. 1015, para. 85 ; C. Seraglini, J. Ortscheidt, op. cit., para. 790.

16. Paris, 16 janv. 2003, n° 2001/03698 ; Civ. 1, 6 mai 2009, n° 08-10281.

ou l'exécution de la sentence de l'ordre public international¹⁷. En arbitrage interne, il faut ajouter à cette liste, l'absence de motivation de la sentence, de mention de sa date, du nom et de la signature des arbitres qui l'ont rendue, ou si elle n'a pas été rendue à la majorité¹⁸.

Des cas d'ouverture sont plus faciles à anticiper et par conséquent à éviter, que d'autres qui peuvent être plus difficiles à détecter. Les arbitres doivent donc être vigilants et veiller à ne pas créer, lors de l'instance arbitrale, une situation susceptible de constituer un fondement pour un éventuel recours en annulation.

Cependant, si les tentatives de recours en annulation sont nombreuses, elles sont généralement peu favorablement accueillies, notamment par la Cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international¹⁹. Le juge saisi d'un recours en annulation, que ce soit en arbitrage interne ou international, est juge du contrôle de la régularité de la sentence et ne dispose pas du pouvoir de réviser celle-ci²⁰. Par ailleurs, les tentatives de recours en annulation peuvent être sanctionnées si elles présentent un caractère abusif²¹.

L'approche adoptée par les juridictions françaises face aux tentatives de recours en annulation abusives s'inscrit effectivement dans une logique similaire à celle de sanctionner les manquements par les parties à leurs obligations de loyauté et de célérité durant l'instance arbitrale.

DES SANCTIONS EXISTANTES FACE AU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS DE LOYAUTÉ ET DE CÉLÉRITÉ

La violation des obligations de loyauté et de célérité par les parties au cours de la procédure arbitrale est aujourd'hui faiblement sanctionnée que ce soit par le tribunal arbitral ou, a posteriori, par les juridictions étatiques lors d'un recours en annulation.

Au cours de l'instance arbitrale, la seule sanction attribuée porte sur la répartition des frais d'arbitrage entre les parties. Au moment de trancher cette question, les arbitres vont prendre en considération le comportement de chacune des parties. Si les arbitres considèrent qu'une partie a eu un comportement répréhensible, résultant de l'accumulation de différentes manœuvres dilatoires ayant alourdi ou compliqué de manière excessive la procédure, cette partie pourra être condamnée à supporter tout ou partie des frais d'arbitrage²².

Une autre forme de sanction est l'irrecevabilité du recours en annulation prononcée par les juridictions françaises en raison d'un manquement soit à l'obligation de cohérence procédurale, soit à l'obligation de concentration des moyens et des demandes.

Concernant la sanction de l'incohérence procédurale d'une partie, il est souvent fait référence à la notion d'estoppel. L'estoppel a été défini dans un arrêt de 2010 comme le comportement procédural d'une partie *«constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la partie adverse*

17. Article 1520 du Code de procédure civile.

18. Article 1492 du Code de procédure civile.

19. La jurisprudence de la Cour d'appel de Paris est très favorable à l'arbitrage international. Voir en ce sens : Th. Clay, «Le dilatoire ne paie plus, il coûte», obs. sous Paris, 16 janvier 2003, D. 2003 p. 2479 ; L. Buchman, E. Loquin, «Préférez l'arbitrage !», Gaz. Pal. 16/09/2008 n° 260, p.9.

20. C. Seraglini, J. Ortscheidt, op. cit., paras. 527 et 969.

21. En arbitrage interne : voir notamment Paris, 27 Févr. 2003, RG n° 2001/18755 ; en arbitrage international, le comportement jugé de mauvaise foi, ou même abusif, peut être sanctionné par des dommages et intérêts au titre de procédure abusive et/ou au titre de l'article 700 du CPC (Paris, 16 janv. 2003, RG n° 2001/03698 ; Paris, 12 sept. 2002, JurisData n° 2002-221519, Rev. arb. 2003, pp. 173-177 ; Paris, 13 février 2003, JurisData n° 2003-242864 ; Paris, 17 mars 2015, n° 14-24245), et même parfois par une amende civile (Paris, 6 Mai 2004, Rev. Arb. 2006, pp. 661-664).

22. ICC Commission Report, «Decisions on costs in international arbitration», dans ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2, para. 79, p15 et Appendix A, p.23 ; P. Tercier, «La répartition des frais de l'arbitrage entre les parties», dans L'argent dans l'arbitrage, W. Ben Hamida et Th. Clay, pp. 154-156 (2013) ; J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, The Secretariat's Guide to ICC arbitration, para. 3-1488 (2012) ; Affaire CCI n° 12662 (2005), sentence finale, dans E. Jolivet, L. Marquis, «Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) – Les frais de l'arbitrage», Gaz. Pal. 15/12/2009 n°349, p.15 ; Affaire CCI n° 6282 (1993), sentence finale, dans ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 4 No. 1 ; Affaire CCI n° 6962 (1992), Seller v. Buyer, sentence finale, dans Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) pp. 184-194.

*en erreur sur ses intentions*²³. Ainsi, la partie demanderesse à l'arbitrage, ayant invoqué la compétence du tribunal arbitral, ne peut ensuite soutenir à l'appui de son recours en annulation l'incompétence de ce même tribunal sans que ce moyen soit déclaré irrecevable²⁴. De même, une partie ne peut plus invoquer l'absence d'indépendance d'un arbitre au stade du recours en annulation alors qu'elle avait connaissance des faits fondant ce manque d'indépendance lors de la procédure arbitrale et qu'elle s'est abstenue de formuler une demande de récusation en temps utile²⁵. Suite au Décret de 2011, l'article 1466 CPC portant sur le principe de la renonciation a été introduit. Nombreux sont ceux qui considèrent que l'estoppel se rattache au principe de la renonciation. Ce débat ne sera pas abordé ici²⁶. Ce qui n'est pas contesté est que l'estoppel est une manifestation du principe de bonne foi procédurale que ce soit par l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ou par l'obligation de loyauté²⁷.

Concernant le principe de concentration des moyens et des demandes qui découle directement de l'obligation de loyauté²⁸, elle est définie comme la nécessité de présenter au sein d'une même instance tous les moyens, c'est-à-dire les fondements juridiques d'une même demande, et toutes les demandes fondées sur une même cause, c'est-à-dire les prétentions soutenues par les mêmes fondements juridiques.²⁹ Ainsi, tout moyen ou toute demande n'ayant pas été invoqué en temps utile, mais soulevé ou présenté par la suite pourra être déclaré irrecevable et rejeté.

Par conséquent, la violation de l'obligation de cohérence procédurale et de l'obligation de concentration des moyens et des demandes,

découlant toutes deux de l'obligation de loyauté des parties, est sanctionnée par l'irrecevabilité devant les juridictions étatiques.

Sur le fondement de l'article 1464 al. 3 CPC, les arbitres seraient également légitimes à sanctionner, à leur tour, par l'irrecevabilité la violation par les parties de leurs obligations de loyauté et de célérité. Ainsi, pour reprendre l'exemple donné plus haut concernant une partie qui, ayant déjà présenté une demande ne relevant pas de la convention d'arbitrage devant une juridiction nationale, demande qui fut rejetée, tente ensuite de la réintroduire devant le tribunal arbitral en invoquant, cette fois, de nouveaux arguments. Le tribunal devrait, en se fondant sur l'article 1464 al. 3 CPC, pouvoir déclarer irrecevable la demande.

DES SANCTIONS INSPIRÉES DU DROIT FRANÇAIS MAIS ADAPTÉES À L'ARBITRAGE

En raison de sa rédaction générale, l'article 1464 al. 3 CPC a été critiqué comme se contentant d'énoncer les obligations de loyauté et célérité, alors que d'autres articles sanctionnent directement des comportements spécifiques qui pourraient être visés par ces obligations³⁰.

Pour autant, cela signifie-t-il que l'article 1464 al. 3 CPC ne peut pas être exploité ?

Cet article prévoit un fondement juridique, propre à l'arbitrage, pour les obligations de loyauté et de célérité incombant tant aux parties qu'aux arbitres. Ces deux obligations sont d'ailleurs expressément visées par la plupart des règlements d'arbitrage.

23. Civ. 1, 3 février 2010, n° 08-21288, Merial ; le principe de l'estoppel est admis tant en arbitrage interne (Paris, 7 février 2008, n° 06/01279 ; Paris, 28 février 2008, n° 07/04403) qu'international (Civ. 1, 6 juillet 2005, n° 01-15912, Golshani).

24. Civ. 1, 6 juillet 2005, n° 01-15912, Golshani.

25. Paris, 7 février 2008, n° 06/01279.

26. Voir notamment E. Loquin, *op. cit.*, paras n° 123 et s.

27. Dans le rapport du Premier Ministre sur la réforme de l'arbitrage, l'estoppel est défini comme : « une exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'une partie, celle-ci étant liée par son comportement antérieur et, dès lors, empêchée de faire valoir une prétention nouvelle ».

28. Voir la note de bas de page n° 3.

29. E. Loquin, *op. cit.*, para. n° 118 ; l'obligation de concentration des moyens a, tout d'abord, fait son apparition en droit français avec l'arrêt *Cesareo* dans lequel il a été jugé « qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci » (Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672). Puis, en matière d'arbitrage, la jurisprudence française est allée plus loin en imposant un principe de concentration des moyens et des demandes dans un arrêt du 28 mai 2008 rendu en matière d'arbitrage interne (Civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13266). En revanche, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'un tel principe n'était pas transposable à l'arbitrage international (Paris, 5 mai 2011, n° 10/05314).

30. Notamment par les articles 1466 (estoppel pr océdural) et 1456 (devoir d'impartialité et obligation de révélation des arbitres) CPC.

Sur ce fondement, la violation de ces obligations doit pouvoir être sanctionnée. Les arbitres peuvent donc utiliser l'article 1464 al. 3 CPC, combiné éventuellement avec un autre fondement, pour sanctionner le non-respect par les parties de ces obligations.

Certes, les arbitres ne peuvent pas sanctionner systématiquement la moindre violation de ces obligations. Ils ne doivent pas entraver la liberté des parties en leur imposant certains comportements et en les enfermant dans des délais rigides. Ceci serait contreproductif et contraire à l'esprit même de l'arbitrage qui repose sur la liberté contractuelle et une certaine flexibilité.

Cependant, certains comportements ont besoin d'être contenus. Les arbitres doivent ainsi faire preuve d'autorité afin de préserver la qualité de la procédure arbitrale et de la sentence. L'article 1464 al. 3 CPC pourrait ainsi être utilisé par les arbitres pour asseoir cette autorité et immuniser leur décision contre toute critique ultérieure dans le cadre d'un recours en annulation.

Tout en s'inspirant des sanctions pouvant être prononcées par une juridiction étatique,

le tribunal arbitral pourrait les adapter à l'arbitrage et aux circonstances de l'espèce.

Ainsi, en fonction de la nature de la manœuvre dilatoire, le tribunal pourrait graduellement : rappeler aux parties leurs obligations au titre de l'article 1464 al. 3 CPC ; demander aux parties des explications plus précises justifiant que la manœuvre n'est pas dilatoire mais effectivement nécessaire ; déclarer irrecevable le moyen ou la demande, ou encore même le document communiqué en expliquant pourquoi il s'agit d'une manœuvre dilatoire violant les obligations de loyauté ou de célérité, et affectant sérieusement le déroulement de l'instance arbitrale ; sanctionner financièrement par l'octroi de dommages et intérêts la partie ayant manqué à son obligation de loyauté ou de célérité.

Les sanctions les plus sévères ne peuvent, bien évidemment, avoir lieu que dans des cas exceptionnels lorsque, par exemple, une partie s'écarte trop du calendrier de procédure, sans justification apparente et légitime, compromettant ainsi la qualité de la procédure arbitrale et de la sentence.

ARBITRAGE

LES PROCÉDURES ACCÉLÉRÉES (ET ALLÉGÉES) D'ARBITRAGE

PIERRE-DENIS CHAMPVILLARD,
FORMATEUR, CONSULTANT ET ARBITRE

1 LA DEMANDE

Le recours à l'arbitrage pour résoudre tout litige éventuel à venir est particulièrement apprécié par les parties contractantes, l'idée étant que des professionnels expérimentés, intègres et reconnus, connaissant bien les opérations, les techniques et les habitudes de leur secteur d'activité, sont à même de prononcer une sentence réaliste et adaptée de façon rapide et économique. A juste titre, l'arbitrage leur apparaît comme une solution pratique, efficace et confidentielle de résolution des litiges. En appui, les législations et les tribunaux ont souvent reconnu l'intérêt et la qualité de ces arbitrages. Il faut cependant constater que, au cours des dernières décennies, les procédures sont devenues de plus en plus contraignantes, le formalisme s'est durci et la durée des arbitrages s'est sérieusement allongée.

Cette évolution tendancielle et générale se retrouve à tous les niveaux. Alors qu'il était fréquent dans le passé de ne pas établir d'acte de mission ('Terms of reference') au début d'une procédure d'arbitrage, cette situation est maintenant beaucoup plus exceptionnelle et ce document est de plus en plus complet et fouillé afin de couvrir toutes les situations possibles. La présence d'avocats aux côtés des parties s'est progressivement imposée, alors que la composition des tribunaux arbitraux s'est modifiée au profit

des juristes (professeurs de droit, anciens juges et avocats) au détriment des professionnels du secteur, renforçant l'importance des considérations juridiques et la nécessité de procédures écrites, détaillées et justifiées. Désormais, les parties présentent aux arbitres une documentation d'importance croissante, parfois excessive et voire même inappropriée, très souvent 'mangeuse de temps'. Par ailleurs, il est fréquemment fait appel à des témoins et des experts, souvent fort utiles mais dont les rapports retardent les travaux. De même, il est aujourd'hui indispensable que la sentence soit clairement justifiée, dans un formalisme accentué, que le tribunal statue en droit ou en équité. Tous ces éléments concourent à un allongement des procédures et à une augmentation inévitable de leurs coûts.

Le propos ici n'est pas de commenter ou de regretter ces évolutions mais de les constater et de les reconnaître. Il est clair que, souvent, les parties n'ont pas compris ces changements au moment où elles ont contracté ; c'est ainsi qu'il n'est pas rare encore aujourd'hui pour les arbitres d'avoir à intervenir dans un litige pour lequel la clause d'arbitrage requiert que la sentence soit délivrée dans un délai maximum de six, voire de trois mois, ce qui est matériellement impossible de nos jours et peut faire douter certains de l'efficacité des arbitrages pour résoudre les conflits.

Dès lors, la lourdeur de la procédure, sa durée et son coût sont progressivement devenus des handicaps pour les litiges d'importance limitée et, pour y répondre, au cours des années récentes, un nombre significatif de centres d'arbitrage à travers le monde ont mis en place des procédures accélérées pour les dossiers les plus modestes, se référant à des arbitrages «*fast-track*», «*accelerated*» ou «*expedited*», ce dernier terme voulant dire rapide et certainement pas «*expédié*», bien sûr !

C'est ainsi que la Chambre de Commerce Internationale y a fait référence dès la fin des années 1990, alors que des centres spécialisés en assurance comme ARIAS US et ARIAS UK ont franchi le pas dans les dix dernières années en adaptant leurs règlements à cette exigence de rapidité.

2 LA RÉPONSE

Cette procédure est, selon les centres, adaptée aux litiges d'importance limitée. La plupart ont retenu des limites allant de 250 000 à 750 000 dollars américains ou Euros, voire plus (2 millions USD pour la CCI dans son règlement de Mars 2017), certains ne prenant pas position sur cette question, considérant qu'il revient aux parties de prendre cette décision. D'autres éléments comme la complexité du différend ou l'urgence d'une décision sont à prendre en compte et, bien sûr, il faut l'accord des deux parties pour renoncer à un arbitrage classique au profit de cette procédure.

Dans la très grande majorité des cas, il est décidé de limiter le recours à un seul arbitre car l'intervention de 3 arbitres, à disponibilité variable et emploi du temps pas toujours compatibles, se traduit souvent par des délais importants. Il est donc capital de trouver et choisir un arbitre qui connaît parfaitement le secteur et qui sera apte à comprendre rapidement la problématique du différend, tout en offrant des gages concernant son indépendance, sa disponibilité et son intégrité. Là encore, certains centres considèrent que le choix du nombre d'arbitres est une

décision à prendre par les parties mais il est certain que l'arbitre unique garantit mieux la rapidité de la décision. Bien sûr, cette décision doit être prise rapidement et le choix de l'arbitre unique fait au plus tôt.

Celui-ci devra s'engager sur les dates des principaux éléments de la procédure, par une lettre de mission ou, plus simplement, un calendrier, afin de garantir le respect des délais. L'objectif sera d'arriver à la sentence à l'intérieur d'une période de 3 à 6 mois au maximum. Dans certains cas, une limite monétaire est également imposée sur les coûts totaux de la procédure.

Les principaux éléments pour pouvoir résoudre le litige en peu de temps sont :

- le strict respect des dates fixées au départ, avec des sanctions si ce n'est pas le cas. Il n'est pas rare que les parties ne disposent que de sept à dix jours pour présenter leurs mémoires, alors que la sentence devra être prononcée en moins de deux semaines. La sanction d'une déposition tardive pourra être, par exemple, sa non prise en compte par l'arbitre.
- la brièveté, même parfois l'absence d'un acte de mission. Mais, dès le début de la procédure, afin de pouvoir entrer rapidement dans le vif du sujet, les parties doivent donner des informations précises sur l'objet de l'arbitrage et sur leurs demandes respectives.
- le recours aux écrits (avec un nombre de pages limité) plutôt qu'aux réunions et échanges verbaux. Une séance de plaidoirie n'est pas toujours requise. De même, certains centres précisent que la sentence n'a pas toujours à être expliquée et justifiée, allégeant d'autant le travail de l'arbitre et permettant sa production en peu de temps.
- l'utilisation renforcée des méthodes de communication modernes comme les messages internet ou la vidéo.
- l'audition de témoins et experts qui n'est pas permise, sauf si cela est absolument nécessaire.
- l'autorité plus ou moins renforcée de l'ar-

bitre pour intervenir dans des choix comme le lieu de l'arbitrage, le droit applicable et la langue utilisée. Dans les procédures classiques d'arbitrage, ces éléments entraînent parfois des débats assez longs et difficiles entre les parties; tout pouvoir accordé à l'arbitre dans ces domaines évite ou limite le temps qui y sera consacré.

Par ailleurs, toutes les autres dispositions généralement appliquées dans les arbitrages comme le respect du contradictoire et l'égalité de traitement des parties sont également retenues en cas de procédure accélérée.

3 UNE ÉVALUATION

Cette procédure accélérée permet de retrouver l'efficacité des arbitrages du siècle dernier. En se concentrant sur l'essentiel, elle offre des gains en termes de durée et également de coût. Cependant, son utilisation doit être quelque peu restrictive..

En effet, elle suppose que le litige à résoudre est relativement simple car un cas complexe nécessite sans doute un tribunal composé de trois arbitres pouvant enrichir les échanges de leurs expériences et connaissances spécifiques. Le plus souvent, il porte sur des montants assez faibles, tels que ceux qui ont été mentionnés plus haut ; un différend sur des montants importants justifie notamment la présence des trois arbitres, des échanges plus nourris et documentés, des recherches plus poussées et la contribution de témoins et experts.

Pour réussir, cette procédure suppose le plein soutien des parties. Dans le cas contraire, il est difficile de concilier leurs vues sur le choix de l'arbitre unique et il y a sans doute d'autres retards par la suite qui ralentiront la démarche. Un bon esprit de collaboration se traduit également par de gros efforts communs de préparation, gage de succès.

Ce succès est surtout lié à la qualité de l'arbitre unique car l'essentiel dépend de ses capacités et de ses qualités : forte disponibilité pendant l'ensemble de l'arbitrage,

compréhension du litige, organisation de la procédure, motivation des parties, solidité et intégrité de la sentence. Un inconvénient majeur est que si, pour une raison quelconque, il est incapable de mener la démarche à son terme, son remplacement au cours de la procédure sera difficile.

Il n'a pas été possible de savoir combien de litiges ont déjà été traités par les centres d'arbitrage selon cette procédure accélérée, ni le degré de satisfaction des parties, notamment en raison de la confidentialité des arbitrages. Personnellement, je ne suis pas certain que ces cas aient été extrêmement fréquents car le jugement par un arbitre peut effrayer un peu et certains peuvent lui préférer une médiation qui, elle, n'a pas le caractère contraignant et quasiment définitif d'une décision d'arbitrage.

Néanmoins, on doit y voir une proposition intéressante qui complète la panoplie des propositions des centres d'arbitrage, à la disposition des parties qui le souhaiteraient. Cette procédure accélérée justifie pleinement le rôle de ces centres qui en proposent le règlement car ils sont capables d'apporter un soutien indispensable aux parties dans le choix de l'arbitre unique, le respect des délais, l'accompagnement et le suivi de la procédure et la validation et la solidité de la sentence. Le CEFAREA ARIAS France s'engage dans cette voie et c'est une excellente nouvelle.

MÉDIATION

COMMENT SORTIR DE LA SPIRALE DU CONFLIT VIA LA MÉDIATION ?

DIDIER CHAVERNOZ
COURTIER, ANCIEN DIRECTEUR JURIDIQUE

1 LE CONTEXTE :

Ce retour d'expérience concerne l'étude et le suivi contractuel, et le règlement via la médiation d'un différend né à l'occasion d'un contrat portant sur conception, fabrication et pose d'équipements métalliques avec travaux de génie civil associés, en sous-traitance d'un groupe industriel français.

2 LES PHASES CRÉATION ET NÉGOCIATION DU CONTRAT OU «DE L'INTÉRÊT DE LA CLAUSE DE MÉDIATION»

2.1 A l'origine de ce dossier, le service commercial m'adresse un projet de contrat de sous-traitance établi par notre donneur d'ordres («*le Client*») représentant une partie significative du chiffre d'affaires annuel de la filiale. A la demande du Client, le directeur général de la filiale est d'accord pour signer seulement une lettre d'intention laquelle doit être retournée sous 48 heures au donneur d'ordre sous peine de ne pas avoir l'affaire.

2.2 J'examine en urgence ces documents et sollicite la communication d'éléments et informations complémentaires en recommandant au directeur général de retarder de quelques jours le retour de la lettre d'intention signée.

2.3 Après réception et revue juridique des documents contractuels, j'organise une réunion en urgence avec les équipes commerciales et techniques concernées afin de pouvoir :

- Vérifier la cohérence des attentes du Client et la réponse de la filiale en ce compris les éléments figurant dans la lettre d'intention et le projet de contrat.

- Faire une revue complète des risques et opportunités de cette affaire (contractuels, techniques et financiers). A cette occasion j'attire l'attention sur un certain nombre de risques dont la probabilité et l'impact en cas de réalisation me paraissent élevés et pour certains, selon moi, inacceptables.

2.4 A l'issue de la réunion interne précitée, je recommande d'essayer d'obtenir l'accord du Client pour éviter l'étape de la «*lettre d'intention*». L'objectif consiste à négocier sans tarder l'ensemble des clauses pour ne signer qu'un seul contrat, certaines dispositions nécessitant selon moi d'être impérativement revues car non conforme aux règles et usages habituels de l'entreprise. Une fois la lettre d'intention signée, j'estime qu'il sera compliqué et difficile d'obtenir les ajustements contractuels indispensables à la mise en sécurité contractuelle de la filiale sur cette affaire. Ma recommandation n'est pas suivie au motif que nous avons besoin de la lettre d'intention signée pour pouvoir lan-

cer des commandes des aciers à des prix très intéressants. Le directeur général de la filiale m'indique avoir obtenu l'accord du Client pour négocier les conditions contractuelles «*qui seraient gênantes pour nous*».

2.5 La négociation après coup des dispositions contractuelles est difficile, plusieurs d'entre elles restant dangereuses pour la filiale. Nous obtenons toutefois la mise en place d'un dispositif gradué de règlement amiable des éventuels litiges avec recours à la médiation avant tout recours à l'Arbitrage (imposé par le Client), dont le mécanisme est expliqué lors de la réunion de transfert au directeur du projet et à son équipe chargée de l'exécution des prestations.

3 PHASE EXÉCUTION - AUGMENTATION SENSIBLE DU RISQUE DÉLAI ET PROBLÈME NON-CONFORMITÉ OU «LE DÉVELOPPEMENT DE LA SPIRALE DU CONFLIT»

3.1 Dès le démarrage des études, j'obtiens l'accord du directeur de projet pour mettre en place des règles précises et des outils (registres, tableaux, reporting) ainsi qu'un processus d'escalade interne et externe pour sécuriser l'exécution contractuelle et optimiser les aspects financiers tout en maintenant un bon relationnel sur cette affaire.

Les principaux sujets concernés sont la communication (entrante et sortante), l'administration des données sensibles, les changements potentiels par rapport aux données d'entrées contractuelles (processus à respecter, utilisation de formulaire type et suivis de ceux-ci et de leurs impacts dans un registre ad hoc), les risques et opportunités (y compris la gestion des leviers commerciaux), les difficultés non réglées à l'issue de 3 réunions de chantier.

3.2 En complément des réunions hebdomadaires de chantier, un comité de pilotage composé au minimum du directeur de projet et de son homologue coté Client est mis en place tous les deux mois. Ce comité examinera à minima et à chaque fois les points suivants :

- Qualités-Performances des prestations
- Délais
- Prix
- Difficulté majeure et non résolue en réunions de chantier

3.3 Une difficulté importante apparaît lors de la réalisation des études de conception. La filiale se plaint de ne pas recevoir du Client assez rapidement, pour certains éléments à fabriquer, les données d'entrées à prendre en compte. Le contrat manque de précision sur ce sujet.

À l'issue de plusieurs courriers et réunions de chantier je constate une certaine dégradation de la qualité relationnelle. La filiale informe le Client que la date du Jalon relatif à la tâche «*fin des études*» dans le calendrier contractuel ne pourra pas être tenue. Le Client répond qu'il fournira les données à son rythme et qu'il respecte le contrat puisque celui-ci ne prévoit rien de précis à ce sujet. Parallèlement le Client refuse un certain nombre d'éléments déjà fabriqués au motif que les spécifications techniques contractuelles ne sont pas totalement respectées.

Aucune solution amiable n'est dégagée malgré la tenue d'un comité de pilotage spécifique, les émotions prenant le dessus et les parties n'arrivant plus -seules- à négocier de manière raisonnée !

3.4 Après avoir analysé le problème avec l'aide d'experts internes (technique, financier, juridique), je mets à jour les tableaux des risques et des difficultés.

Coté filiale, le niveau de risque de non tenue du délai contractuel est passé de «*moyen*» à «*critique*» et il convient d'examiner comment limiter potentiellement les impacts du problème de qualité non conforme de certains équipements.

J'obtiens en parallèle des informations coté Client. D'une part, celui-ci a des doutes sur la capacité de la filiale à tenir les engagements contractuels (qualité, délais). D'autre part, il est conscient de ce que la totalité de la matière première (acier) a été achetée à bon prix par la filiale.

Le Client rencontre également une difficulté avec une autre entreprise sur son projet remettant fortement en cause le calendrier général du programme lequel ne pourra être respecté quoiqu'il arrive.

3.5 Je provoque une réunion en interne avec mon patron, le directeur général de la filiale, son directeur technique, le directeur financier ainsi que le patron de projet pour :

- déterminer nos forces et faiblesses,
- se mettre d'accord sur un plan d'actions.

3.6 Mon patron nous indique en parallèle avoir trouvé un acheteur pour notre filiale et que ce différend ne doit pas conduire à faire «*capoter la vente*». Je recommande de provoquer une médiation au visa de la clause inscrite dans le contrat avant toute saisine judiciaire (ici l'arbitrage)

4 LA SORTIE DU CONFLIT VIA «LA MÉDIATION, UN MODE OPTIMISÉ DE RÈGLEMENT DU DIFFÉREND»

4.1 Au regard du risque déjà élevé de non tenue du délai contractuel, lequel pourrait augmenter si le Client demande de reprendre certains éléments non conformes, ce risque est réévalué compte tenu des pénalités de retard et dommages et intérêts récurrents pouvant être mis à la charge de la filiale.

Par ailleurs, les non conformités des éléments fabriqués mettent en évidence des tolérances techniques mal appréhendées au stade de l'offre et difficile à respecter par la filiale.

Nos objectifs sont d'essayer, au terme de cette médiation, d'obtenir un accord transactionnel afin :

- d'aboutir à une résiliation amiable du contrat à moindre coût pour la filiale ;
- d'éviter qu'un éventuel conflit judiciaire ne décourage l'acheteur potentiel de la filiale.

4.2 J'insiste pour que l'équipe «*filiale*», constituée pour participer à cette média-

tion, prépare les séances de médiation. Je mets en évidence la nécessité, au-delà de la poursuite de nos objectifs, de s'entraîner à avoir une écoute empathique et de bien comprendre les intérêts et besoins de toutes les parties, en restant capable d'évoquer et d'élargir au maximum le champ des solutions possibles.

4.3 Lors de la première réunion de médiation, le médiateur rappelle le cadre et les règles à respecter au cours de cette médiation (vérification des pouvoirs de négociation, accord de confidentialité signé...).

Il présente aux parties les différentes étapes du processus de la médiation sous forme d'un ordre du jour prévisionnel.

4.4 Le questionnement du médiateur et ses reformulations vont au cours de deux séances successives permettre aux parties :

- 1) de clarifier les faits et de se mettre d'accord sur leurs points de désaccord ;
- 2) d'exprimer leurs ressentis respectifs (perte de confiance en son prestataire de la part du Client et sentiment pour la filiale d'avoir été trompé sur le périmètre de ses obligations)
- 3) d'écouter l'autre et de prendre la parole en respectant l'autre partie et en donnant la possibilité de solliciter des pauses et des apartés avec le médiateur lorsque les émotions ne permettent plus une communication efficace
- 4) de rechercher les besoins de chacun (intérêts communs ou divergents) ; le Client ayant pu ainsi exprimer ses besoins pour la qualité des produits fabriqués (sans mettre l'accent sur la tenue du délai mais avec impossibilité de fournir plus vite les données d'entrée) et de récupération des aciers achetés par la filiale. La filiale a pu indiquer être prête à livrer la totalité des aciers acquis moyennant rémunération sans pouvoir garantir la qualité au niveau souhaitée si le Client ne donne pas la totalité des données d'entrée.

4.5 C'est moins de 2 mois après la décision de mettre en œuvre la médiation que le médiateur va obtenir des parties des proposi-

tions de solutions pour sortir du conflit. Il va faire en sorte de permettre aux parties de trouver des solutions acceptables par tous afin d'éviter un conflit long (expertise), aléatoire et couteux, permettant de «prendre en compte les besoins de chacun» mais «sans céder sur leurs intérêts majeurs».

4.6 In fine, un protocole transactionnel est signé à l'issue de cette deuxième séance de médiation. Il acte une résiliation amiable et immédiate du contrat avec remise des aciers au Client à un prix négocié pour solde de tous comptes, et acceptation en l'état par le Client des éléments déjà fabriqués.

MÉDIATION

LA CO MÉDIATION :

BONNE OU

MAUVAISE IDÉE

PAR JEAN-MARC BLAMOUTIER, AVOCAT HONORAIRE
ET FRANK LANCUIT, COURTIER

La médiation, et la loi le rappelle (CF article 1530 cpc) est un «*processus structuré*», ce qui signifie qu'elle répond à des principes clairement définis et ne peut être l'œuvre plus ou moins artistique de tel ou tel médiateur. Ceux-ci devant parallèlement être spécialement formés, nul ne l'ignore.

Il n'en reste pas moins que, sous réserve de respecter les quelques règles essentielles, l'imagination et l'inventivité ne sont en rien interdites.

C'est dans ce contexte que le recours à des co médiateurs peut-être régulièrement préconisé par certains qui voudraient aller jusqu'à la généralisation de ce principe. (Lequel n'est nullement interdit, CF L 131. 4 cpc qui prévoit qu'en cas de nomination d'une personne morale, généralement un Centre, celle-ci soumet à l'agrément du juge «*le nom de la ou des personnes qui assureront...*»).

Dans une affaire un peu ancienne mais restée célèbre, avec d'importantes questions juridiques et des enjeux financiers de même ampleur, la Cour d'Appel de Paris n'avait pas hésité à nommer en tant que co médiateurs Monsieur Pierre DRAI, Premier Président Honoraire de la Cour de Cassation, et Monsieur Jean-Claude Prada, Premier Président Honoraire de la Cour des Comptes.

Ce bref article a simplement pour objectif de poser quelques évidences en la matière.

1 UN PROCESSUS QU'IL SERAIT DANGEREUX DE GÉNÉRALISER

Laissons de côté la question du coût. Pour les litiges qui nous concernent, il est marginal.

Au-delà, l'alchimie de la médiation implique de donner à l'intervenant la totale maîtrise du processus, un peu comme un chef d'orchestre.

Seule une personne unique pourra enregistrer et analyser tout ce qui se dit où est tu, les intonations, clignements d'yeux, mouvement de sourcils ou de menton ou soupirs, puis les recouper avec toutes les informations supputées ou obtenues ensuite en aparté. Ce n'est que par l'ingestion de l'ensemble que le médiateur pourra avancer avec les médiés dans le déroulement du processus vers les solutions possibles et celle qui conviendra aux parties.

2 UN PROCESSUS POUVANT NÉANMOINS SE RÉVÉLER UTILE

Le lecteur imaginera aisément à l'aide des quelques exemples qui suivent les cas dans lesquels une comédiation semble apporter un plus, faciliter le processus :

- Des nationalités, sexes, professions, tendances «*syndicales*» différentes peuvent conduire les parties à plus de confiance de-

vant un interlocuteur de «leur monde», qui les comprend, qui connaît leur environnement et leurs particularités

- Des litiges complexes peuvent rendre indispensable un cumul de compétences ou de sensibilités, comme par exemple celle d'un juriste et d'un psychologue, d'un responsable technique et d'un spécialiste de la finance...

- Des litiges où les parties sont nombreuses (4 et plus) génèrent des sous- litiges le plus souvent à gérer séparément. (Pour rester dans notre domaine de prédiction, c'est à l'évidence le cas quand il y a des parties «principales» et en cumul leurs assureurs respectifs puisque ceci conduit à discuter, par exemple, les responsabilités, les préjudices, mais aussi les garanties, recours et autres, l'intégralité de ne concernant pas nécessairement l'ensemble des parties)

3 PRÉCAUTIONS FONDAMENTALES ET NÉCESSITÉ D'UN CENTRE

Pour conclure, faisons un peu de publicité !

C'est une évidence, mais mieux vaut le rappeler :

Une co médiation avec des médiateurs eux-mêmes en situation de conflit potentiel sera une catastrophe.

Beaucoup plus simplement, les médiateurs doivent être de formation similaire et non provenir d'écoles différentes.

Au-delà, ils doivent non seulement se reconnaître mais en plus s'apprécier et se compléter, en fixant entre eux dès l'origine des règles du jeu clairement définies.

Seul un Centre, qui connaît «ses» médiateurs semble être en mesure de mettre en place un tel mécanisme.

Entre Vous et Je !

PAR MARTIN JUDSON

Chers amis lecteurs, ceci sera mon dernier article qui traite la langue anglaise pour notre revue. Après plusieurs années de contribution au même sujet, j'ai décidé qu'il est temps de m'arrêter.

Je vais vous laisser cette dernière fois avec quelques exemples de difficultés courantes qu'on trouve souvent et partout. Et il s'agit toujours de l'usage de prépositions, un grand sujet de désaccord.

Voici.

COMPARE WITH / COMPARE TO

«*Compare with*» veut dire qu'on pèse les similarités et différences de deux choses. *To compare arbitration with mediation* est d'évaluer les avantages de l'un sur l'autre.

«*Compare to*» veut dire que deux choses sont semblables. *He compares arbitration to mediation* veut dire qu'il pense que les deux sont similaires. Bien entendu, la règle n'a pas été respectée par Shakespeare lorsqu'il a écrit «*shall I compare thee to a summer's day ?*» pour conclure en fait que la fille était nettement mieux qu'une journée d'été. Il aurait dû dire «*compare with*», mais tout lui est pardonné. C'était un poète, et puis le dictionnaire n'avait pas encore été inventé.

DIFFERENT FROM / DIFFERENT TO / DIFFERENT THAN

La règle est de dire «*different from*», surtout devant un substantif : *arbitration is different from mediation*. Cependant, en début de phrase, on permet «*different to*» ou bien «*different than*». *How different arbitration is to mediation!* C'est mon impression que «*different than*» est plus courant aux États Unis.

DOUBT THAT / DOUBT IF / DOUBT WHETHER

«*Doubt that*» se réserve pour les phrases négatives ou interrogatives. *There is no doubt that mediation is cheaper than arbitration. Do you doubt that mediation is quicker than arbitration?*

Dans les autres cas de figure «*doubt whether*» et «*doubt if*» sont plus ou moins interchangeables. *I doubt if mediation will work. I doubt whether the arbitrator is impartial.*

Je vais terminer par un dernier «coup de gueule», à propos de l'erreur qui m'agace le plus en ce début de siècle. L'expression «*between you and I*» se répand partout : à la radio, à la télé, dans la rue et dans les soirées mondaines. Elle se propage quelques soient les origines, l'éducation, la catégorie sociale. Cette erreur de langage monumentale, relayée par les anglophones mondiaux eux-mêmes, prend de l'ampleur de manière inexorable et inexplicable. Par extension, ceux qui disent «*between you and I*» devraient aussi dire (mais illogiquement ne le font pas - fort heureusement) «*between they and she*», ou «*between you and we*», ou encore pour les francophones, «*entre vous et je*». Quelle horreur !

Alors, soyez vigilants, parlez-en autour de vous, et aidez-moi à maintenir la seule version acceptable, qui est bien entendu «*between you and me*».

Je vous en supplie, assurez-vous de ne jamais céder à ce barbarisme linguistique !

Je vous souhaite bonne chance !

Créé en 1995 sous l'égide de l'Association Internationale du Droit de l'Assurance (AIDA), le CEFAREA-ARIAS est le centre de référence en matière de règlement alternatif des différends du monde de l'assurance et de la réassurance.

Ouvert aux professionnels du secteur au sens large (assureurs, réassureurs, intermédiaires, conseil en gestion de patrimoine, mutuelles et institutions de prévoyance) et à leurs clients, CEFAREA-ARIAS réunit une large communauté d'experts arbitres et médiateurs spécialisés et propose des procédures rapides, à cout modéré et confidentielles.

CEFAREA

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

ARIAS



FRANCE

26 , boulevard Haussmann • 75009 Paris
Tél. : 01 42 93 95 62 • Email : contact@cefarea-arias.fr
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
www.cefarea-arias.fr