



Marcel FONTAINE
Professeur émérite à
la Faculté de Droit de
l'UCLouvain

L'arbitrage en matière d'assurances¹

1. L'arbitrage est-il un mode approprié de résolution des litiges entre assureurs et assurés ?

Il n'est pas rare de lire ou d'entendre des opinions négatives. Ainsi, au seuil d'un article publié en France dans la *Revue de l'arbitrage* sur le thème « Arbitrage et assurance », un auteur écrivait que « *Les rapports entre l'arbitrage et l'assurance sont toujours apparus comme très délicats (...) En premier lieu, l'assureur n'est que très rarement impliqué dans la procédure d'arbitrage, du moins en tant que partie à l'instance (...)* » ... Il ajoutait même plus loin, sans autre explication : « (...) droit des assurances et droit de l'arbitrage possèdent des logiques antagonistes, partent de perspectives opposées, évoquent des univers différents (...) ».² En conclusion d'un ouvrage entièrement consacré au sujet, un autre auteur déclarait que dans les relations entre assureurs et assurés, « *le recours à l'arbitrage est encore tout à fait exceptionnel* ».³

Ce sont cependant des auteurs français, et la situation est très différente en Belgique. Dans notre pays, certes avec les limites importantes que nous allons rappeler, l'arbitrage est au contraire un mode privilégié de résolution des litiges entre assureurs et

assurés.⁴ Un inventaire particulièrement approfondi de sentences arbitrales rendues en matière d'assurance avait déjà été établi en 1978 par H. Claassens, à travers les sentences publiées (donc un échantillon nécessairement incomplet).⁵ Des dizaines de sentences avaient été relevées. Elles portaient sur les principales branches d'assurance : incendie, vol, individuelle contre les accidents, responsabilité civile automobile, R.C. des intermédiaires d'assurance, R.C. avocats, assurance maritime et autres assurances transport.⁶

A. Avantages et inconvénients possibles

2. Quels sont les avantages de recourir à l'arbitrage en vue de résoudre les litiges contractuels entre assureurs et assurés, au lieu de les soumettre aux tribunaux ordinaires ?

De manière générale, les atouts de l'arbitrage sont bien connus.⁷ L'arbitrage est plus rapide que les voies ordinaires, particulièrement en ces temps où les tribunaux sont surchargés. La procédure devant les arbitres se déroule avec souplesse, en toute confiance, et dans un climat qui peut

1. La problématique des rapports entre arbitrage et assurances comporte deux volets principaux : d'une part l'implication possible de l'assureur dans des procédures arbitrales où son assuré est engagé avec un tiers en rapport avec le sinistre couvert (litiges qui *a priori* ne portent pas sur des questions d'assurance), d'autre part le recours à l'arbitrage en vue de résoudre les différends entre assureurs et assurés. Il ne sera question ici que du second volet. Pour un excellent traitement du premier, cf. D. MATRAY et F. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », *L'arbitrage et le droit des assurances*, CEPANI et Bruylant, 2015, pp. 129-166. Nous ne traiterons pas non plus ici des autres modes « alternatifs » de règlement des litiges qui existent à côté de l'arbitrage dans le contentieux de l'assurance, notamment la médiation. De telles procédures sont souvent organisées pour les litiges de consommation (cf. notre *Droit des assurances*, 5^e éd., 2016, n° 562 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, 3^e éd., 2015, I, n°s 16-17).
2. B. BEIGNIER, « Arbitrage et assurance : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 2008, pp. 227 et 228.
3. F. TURNÈRE, *L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance*, Paris, 2007, p. 426.
4. Ces approches tellement opposées s'inscrivent dans un contexte international où des différences similaires sont constatées (sauf pour la réassurance et les assurances maritimes, où l'arbitrage est partout largement pratiqué). Ainsi, le rapport chilien présenté à un Congrès de l'Association internationale du droit des assurances (Rome, 2014, Actes non publiés), affirmait-il que l'arbitrage était également le mode normal de résolution des litiges en assurances dans ce pays. Au contraire, on lit sous la plume d'un auteur italien que « *le clausole di compromesso in arbitri nei contratti di assicurazione si incontrano oggi raramente* » (G. SCALFI, « L'arbitrato nei contratti di assicurazione », *Assicurazioni*, 1995, p. 342). Pour un auteur américain : « *The feeling of many today [is] that insurance arbitrations work best when the dispute is between two members of the same insurance-merchant class (that is reinsurance arbitrations) rather than between parties of different classes (that is primary disputes between insurers and lay policy-holders)* » (R. STEWART, « Arbitration and Insurance Without the Common Law », *ARIAS-US Quarterly*, 2004, n° 3, p. 11). De telles différences entre les approches ont sans doute diverses raisons. Le Congrès de l'AIDA a débattu de ces disparités ; dans certains cas, l'existence de réglementations plus ou moins favorables à l'arbitrage comme mode de résolution des litiges peut jouer son rôle, mais aucune explication globale ne s'est dégagée.
5. H. CLAASSENS, « L'arbitrage en matière d'assurance », *Rev. arb.*, 1978, pp. 226-234.
6. Absentes de cette liste étaient toutefois de nombreuses autres branches d'assurances intéressant les entreprises, qui, de notre expérience, étaient déjà fréquemment rencontrées dans des procédures d'arbitrage. Nous reviendrons plus loin sur l'état des lieux actuel, à la suite de la loi du 25 juin 1992 (cf. *infra*, n° 6).
7. Cf. not. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, o.c., I, pp. 11-21.

favoriser les arrangements amiables. Pour les litiges en droit des assurances, un avantage majeur est que les parties peuvent choisir des juges spécialistes de la matière ; ce domaine du droit est en effet caractérisé par un régime propre très élaboré, voire même des régimes ou des usages spécifiques à certaines branches particulières (p. ex., l'assurance-crédit, ou les assurances de la construction).

3. L'arbitrage suscite cependant des préventions. L'assuré ne trouve-t-il pas moins de garanties dans cette procédure plus informelle ? Les parties sont largement maîtresses de l'organiser et de la simplifier, et les possibilités de recours sont réduites.

On ne perdra cependant pas de vue que l'arbitrage est encadré par une réglementation qui veille à la régularité de la procédure. Les arbitres doivent être indépendants et impartiaux (art. 1685, § 2, C. jud.). Le caractère contradictoire des débats et le respect des droits de la défense sont des principes fondamentaux : « *Nonobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Le tribunal arbitral veille au respect de cette exigence ainsi qu'au respect de la loyauté des débats.* » (art. 1699 C. jud.). Une sentence arbitrale peut être annulée ou son exequatur refusée lorsqu'une partie « (...) *n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits (...)* » (art. 1717, § 3, ii) et 1721, § 1^{er}, ii)).

Il est vrai par ailleurs que l'arbitrage peut s'avérer plus coûteux que les voies ordinaires.⁸ Des assurés venant d'être ruinés par un sinistre peuvent hésiter à engager une procédure devant des arbitres qui commenceront par leur réclamer le paiement d'une provision ; la clause d'arbitrage risque alors de faire obstacle à l'accès à la justice. Une solution possible est pour les arbitres de déclarer les parties solidairement tenues au paiement de la provision, ce qui permet, en cas d'insolvabilité de l'assuré, de faire payer la totalité de la provision par les assureurs, sans préjudice d'un recours contributoire ultérieur.^{9, 10}

B. Evolution de la réglementation belge

4. L'évolution de la réglementation belge de l'assurance reflète la prise en compte progressive, mais nuancée, de ces préventions.

Pendant longtemps, en l'absence de toute référence à l'arbitrage dans la loi du 11 juin 1874 sur les assurances terrestres, la plupart des dispositions de cette loi étant par ailleurs supplétives, pleine liberté était laissée aux parties en ce domaine. C'est sans aucun obstacle que les assureurs ont ainsi pris l'habitude d'insérer des clauses d'arbitrage dans de nombreux types de polices, y compris pour des assurances de particuliers, telles que les assurances habitation et les assurances contre les accidents corporels (cf. *supra*, n° 1).

Une première restriction importante était apparue au début des années '30. L'article 42 de l'arrêté royal du 17 juin 1931 avait interdit l'arbitrage en assurance vie, sauf autorisation du ministre. Plus récemment, l'article 19, § 3, alinéa 2 initial, de la loi de contrôle du 9 juillet 1975 avait permis à l'Office de contrôle des assurances, par un règlement, d'interdire le recours à l'arbitrage, mais ce texte n'a jamais été appliqué et il a fini par être abrogé.

5. Le développement majeur est cependant intervenu avec la loi sur le contrat d'assurance du 25 juin 1992, qui a remplacé l'ancienne législation de 1874. La loi nouvelle condamnait en principe l'insertion de clauses d'arbitrage dans les polices d'assurance : « *La clause par laquelle les parties à un contrat d'assurance s'engagent d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat est réputée non écrite.* » (art. 36, § 1^{er}). Le texte a été repris sans modification dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, qui a succédé à la précédente (art. 90, § 1^{er}) et constitue à présent le régime en vigueur.

La sanction ne concerne que les clauses antérieures à la naissance du litige. Lorsque celui-ci est présent, les parties peuvent valablement convenir de le soumettre à des arbitres.¹¹ A ce moment, en effet, l'assuré risque moins de se voir imposer l'arbitrage que lors de la signature de la police, contrat d'adhésion où la clause d'arbitrage fait partie des conditions générales.

8. Toutefois, ce désavantage peut être tempéré par la plus grande rapidité de la procédure.

9. Cf. Sent. arb., 30 septembre 1992, J.T., 1993, p. 607, obs. ; M. FONTAINE, "Paiement des frais et honoraires de l'arbitrage : les parties solidaires ?", *Liber amicorum CEPANI, 50 ans de solutions*, 2019, pp. 153-166.

10. En dehors de cette situation où l'accès à la justice pourrait être compromis par un tel obstacle d'ordre financier, ne peut-on remettre en cause l'arbitrage en soi car il enlève la possibilité d'accéder aux tribunaux ordinaires ? Cette argumentation ne peut être soutenue, car l'arbitrage relève également du domaine de la justice. On vient de rappeler sa réglementation dans le Code judiciaire. Saisie à plusieurs reprises de recours relatifs à des procédures arbitrales, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours été soucieuse du respect des règles essentielles du procès équitable, mais elle n'a jamais remis en cause la légitimité de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges (cf. J.-P. COSTA, "La Cour européenne des droits de l'homme et l'arbitrage", *b-Arbitra*, 2019, pp. 299-308). Une autre question est de vérifier si la clause d'arbitrage ne peut, dans certaines circonstances, tomber sous le coup de la réglementation des clauses abusives ; on y reviendra (cf. *infra*, n°s 7-10).

11. En d'autres termes, les "clauses compromissaires" sont interdites, mais les "compromis" restent licites. La solution est calquée sur celle de l'art. 1678 C. jud. relatif aux litiges de la compétence du tribunal du travail.



6. La nouvelle prohibition avait sans doute ses justifications dans l'esprit du législateur¹², mais elle restreint considérablement le recours à une procédure bien appropriée à la technicité du secteur des assurances. La loi n'a cependant pas voulu l'écarter dans tous les cas. Le § 2 de l'article 90 déclare inapplicables les dispositions du § 1^{er} aux contrats d'assurance que le Roi détermine, sachant que le Roi ne peut exclure les risques « de masse » visés à l'article 85, § 2, alinéa 2. L'arrêté royal du 24 décembre 1992, portant exécution de la loi du 25 juin 1992, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 29 décembre 1994, énumère en son article 1^{er} ces risques pour lesquels l'article 90, § 1^{er}, n'est pas d'application. La liste est substantielle ; elle reprend essentiellement les assurances des entreprises (à l'exception notable des assurances de la R.C. automobile).¹³

Au bénéfice de cette dérogation, les clauses d'arbitrage ont pu rester fréquentes dans les polices relevant des branches exceptées, ainsi que dans les secteurs restés en dehors du champ d'application de la loi du 4 avril 2014, comme en principe les assurances de transports et la réassurance. Par ailleurs, l'assurance-crédit fait l'objet d'une disposition particulière : l'article 135 de la loi déclare l'article 90 inapplicable à la branche, où le champ est ainsi laissé libre à l'arbitrage. Dans ces différentes branches, l'arbitrage continue à prospérer comme mode privilégié de règlement des différends. Il est particulièrement fréquent dans des secteurs tels que les assurances de la construction (notamment les couvertures « tous risques chantiers » et bris de machine), les assurances vol, incendie et pertes d'exploitation, les polices R.C. exploitation et R.C. produits, les couvertures de responsabilités professionnelles, les assurances transports et la réassurance ; dans le secteur bancaire et financier, on relèvera principalement les couvertures « globale de banque » et l'assurance-crédit.

C. Réglementation des clauses abusives

7. Une autre restriction susceptible d'affecter la validité du recours à l'arbitrage en assurances résulte d'une réglementation à portée plus générale, celle des clauses abusives. Au départ, cette restriction ne concernait que les contrats conclus avec des consommateurs¹⁴, mais un développement récent est de nature à susciter l'inquiétude.

8. La directive européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 régit les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Selon son article 3, « *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (...)* Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ».

Une liste annexée se présente comme « *indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives* » (art. 3, 3., de la directive) ; il s'agit donc d'une liste « grise », le caractère éventuellement abusif d'une clause étant soumis à l'appréciation du juge.

Cette liste inclut les clauses qui ont pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales (...)* » (annexe, point 1q). La formule peut surprendre. La procédure arbitrale est en général soumise à des dispositions légales (en Belgique, art. 1676 à 1721 C. jud.), et l'on peut se demander en quoi une convention d'arbitrage empêche en soi le consommateur d'exercer ses droits alors qu'il s'engage dans une procédure réglementée

12. Des justifications – assez sommaires – sont fournies dans les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992. L'*exposé des motifs* de cette loi se réfère à la solution déjà intervenue en droit du travail, en rappelant l'art. 1678 précité C. jud. Il cite également l'*exposé des motifs* du projet de ce qui allait devenir la loi de contrôle des assurances du 9 juillet 1975 : « (...) il convient de ne pas permettre que cette procédure (d'arbitrage) se généralise au détriment des assurés, surtout lorsque ceux-ci sont moins bien informés des techniques de l'assurance ; vu le caractère d'adhésion des contrats d'assurance, il faut veiller à ce que l'assuré ne se voit (sic) pas imposer des clauses qui ne lui permettraient pas de mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la défense de ses intérêts légitimes » (Doc. parl., Sénat, 1970-1971, n° 269, p. 34). Le coût des procédures d'arbitrage est également évoqué (Doc. parl., Sénat, 1970-1971, n° 570, p. 33). Nous venons de rencontrer ces griefs (cf. *supra*, n° 3).

13. Voici cette liste :

1° les dommages aux biens pour les risques autres que ceux visés à l'article 67, § 2, de la loi [à présent, l'art. 121, § 2 – ces derniers risques sont les risques dits 'simples', par opposition aux 'risques spéciaux'], et pour autant que ces biens soient assurés contre l'un des périls suivants : incendie, explosion, tempête, grêle, gel, catastrophes naturelles, affaissements de terrain ou énergie nucléaire ;

2° les assurances des risques de responsabilité civile à l'exception du risque responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, du risque responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée et du risque responsabilité civile en matière d'assurance incendie-risques simples, ainsi que des risques de même nature qui sont couverts à titre complémentaire ou accessoire dans un autre contrat d'assurance ;

3° pertes pécuniaires diverses portant sur les biens visés au 1° ;

4° tous risques chantiers dans la mesure où l'assurance porte sur un bien visé au 1° ;

5° les risques couverts à titre complémentaire ou accessoire dans les contrats souscrits en exécution des lois du 3 juillet 1967 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public et du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.

14. Cf. cependant l'introduction temporaire entre 2014 et 2018 de dispositions concernant les clauses abusives dans les contrats entre consommateurs et membres des professions libérales (CDE, ex-Livre XIV, abrogé par la loi du 15 avril 2018).

par le Code judiciaire¹⁵ (*cf. supra*, n° 3). L'application aux clauses arbitrales habituelles du texte du point 1q de l'annexe ne nous paraît pas évidente.

Quoi qu'il en soit, cependant, la liste n'est pas exhaustive ; une clause d'arbitrage pourrait s'avérer abusive si elle répondait à la définition générale de telles clauses donnée à l'article 3 de la directive, qui vient d'être citée.

A cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes (à présent Cour de justice de l'Union européenne) a rendu d'importants arrêts les 26 octobre 2006 (*Mostaza Claro*, C-168/05) et 6 octobre 2009 (*Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08) : elle a affirmé l'obligation pour le juge national de vérifier *d'office*¹⁶ le caractère éventuellement abusif d'une clause d'arbitrage dans un contrat conclu avec un consommateur – ceci implique cependant que pareille clause n'est pas abusive en soi et que la directive ne l'interdit pas en tant que telle.^{17, 18}

Plus récemment, par une ordonnance rendue le 3 avril 2014 (*Sezbastýn*, C-342/13), la Cour a répondu à des questions préjudicielles spécifiquement relatives au point 1q de l'annexe à la directive. Elle a rappelé qu'il appartenait au juge national de déterminer si une clause d'arbitrage inscrite dans un contrat de prêt hypothécaire entre une banque et un consommateur devait être considérée comme abusive, au regard de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat. Dans son appréciation, le juge doit notamment vérifier si la clause en question a « pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur » ; le point 1q de l'annexe à la directive peut constituer « un élément essentiel sur lequel le juge compétent peut fonder son appréciation du caractère abusif de la clause ». La Cour semble donc donner à ce point 1q une interprétation que nous venons de mettre en doute, mais elle s'en remet à l'appréciation du juge national.¹⁹

9. La transposition en droit belge de la liste de la directive n'est pas littérale. Le Code de droit économique (CDE), siège actuel du régime des clauses abusives dans les

contrats de consommation, contient une liste de clauses qui « sont en tout cas abusives » ; il s'agit donc cette fois d'une liste « noire ». Le CDE y inclut les clauses qui ont pour objet « (de) faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre l'entreprise » (art. VI.83, 22°). Nous ne pensons pas que pareille formule puisse s'appliquer à l'arbitrage, incontestablement une voie de recours.^{20, 21}

La clause d'arbitrage ne nous paraît donc pas figurer dans la liste noire du CDE, mais il est toujours possible de tenter de démontrer le caractère abusif d'une clause par référence aux critères généraux définissant une clause abusive à l'article I.8 du code : « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ».

A notre avis, cependant, la clause d'arbitrage ne répond pas en soi à ces conditions. Le recours à une procédure de règlement des différends encadrée par une législation attentive au respect du contradictoire et des droits de la défense (*cf. supra*, n° 3) ne crée pas *a priori* de déséquilibre manifeste entre les parties. On sera cependant attentif à la réalité du consentement à la clause d'arbitrage.²²

Rappelons cependant que la question de la validité de pareille clause devrait rarement se poser en droit belge, le recours à l'arbitrage étant en principe exclu dans les contrats relatifs aux risques de masse. Mais il reste toujours possible de prévoir une clause d'arbitrage lorsque le litige est déjà né (*cf. supra*, n° 5).

10. Un développement récent plus préoccupant est intervenu en ce qui concerne les contrats d'assurance relatifs aux « grand risques », là où le recours à l'arbitrage reste permis et connaît un grand développement. Alors que la directive européenne et les dispositions des articles VI.82 à VI.87 du CDE ne concernent que les contrats de consommation, la loi du 4 avril 2019 vient d'introduire un

15. Cf. M. PIERS, "De arbitrageovereenkomst tussen de consument/verzekerde en de verzekeringsschappijen : is er sprake van een onrechtmatig beding ?", *Liber amicorum CEPANI, 50 ans de solutions*, 2019, p. 52.

16. La réglementation communautaire des clauses abusives doit être considérée comme équivalente aux normes nationales d'ordre public (*cf.* G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 124).

17. En ce sens, *cf.* M. PIERS, *o.c.* ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 125.

18. On doit cependant avoir à l'esprit l'attitude souvent défavorable de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg à l'égard de l'arbitrage en général : *cf.* récemment, le relevé et les commentaires critiques de J. GRIERSON, "The Court of Justice of the European Union and International Arbitration", *b-Arbitra*, 1019, pp. 309-329.

19. Dans son ordonnance, la Cour invite également le juge national "à tenir compte du fait que la communication au consommateur, avant la conclusion du contrat en cause, d'informations générales sur les différences existantes entre la procédure arbitrale et la procédure juridictionnelle ordinaire ne saurait, à elle seule, permettre d'exclure le caractère abusif de cette clause".

20. Dans le même sens, *cf.* G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 125 ; M. PIERS, *o.c.*, n° 9.

21. Dans un article récent, un auteur se réfère également à l'art. VI.83, 23°, du CDE, qui inclut dans la liste noire les clauses qui désignent "un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4° du Code judiciaire (...)"; il estime que ce texte établirait le caractère abusif des clauses d'arbitrage dans les contrats conclus avec des consommateurs, l'arbitre n'étant pas le juge désigné par cette disposition (M. BERLINGIN, "La clause d'arbitrage dans les contrats entre entreprises n'est pas abusive", *J.T.*, 2020, p. 174). Nous ne partageons pas cet avis. L'art. 624 C. jud. a pour objet de réglementer la compétence territoriale des juges ordinaires lorsque le justiciable recourt à leur ministère, et non d'exclure le recours à l'arbitrage. D'autres commentateurs de l'application éventuelle aux clauses d'arbitrage de la liste noire de l'art. VI.83 du CDE ne font aucune référence à cette rubrique 23° de la liste (*cf.* G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 125 ; M. PIERS, *o.c.*, n° 9).

22. Cf. à cet égard J.P. Anvers, 4 octobre 2007, R.W., 2009-2010, 293, décision commentée par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *o.c.*, n° 125.

nouveau Titre 3/1 dans le CDE, qui concerne les contrats entre entreprises.²³

Ces textes, qui n'entrent en vigueur que le 1^{er} décembre 2020, ont déjà soulevé des commentaires très critiques.²⁴ Ils dressent également une liste noire de clauses jugées en soi abusives. On y retrouve les clauses qui ont pour objet, « *en cas de conflit, [de] faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise* » (art. VI.91/4, 3^o).²⁵

Le texte correspond à celui de l'article VI.83, 22^o, relatif aux clauses abusives dans les contrats de consommation. Nous avons alors écrit que l'arbitrage étant incontestablement une voie de recours, ce texte ne nous paraît pas applicable (*cf. supra*, n^o 9). La vigilance est cependant de mise, car lors de la discussion au Parlement, il a été déclaré qu'un exemple d'une telle clause était celle qui prévoit le recours à l'arbitrage !²⁶ La doctrine n'a pas tardé à réagir.²⁷

D. Arbitrage institutionnel ou arbitrage *ad hoc* ?

11. Dans notre pays, un point interpelle cependant : alors qu'un organisme comme le CEPANI occupe une place centrale dans la pratique de l'arbitrage, le contentieux arbitral de l'assurance s'inscrit le plus souvent dans le cadre de procédures *ad hoc*. Cela mériterait sans doute une réflexion : les avantages de l'encadrement offert par une institution expérimentée, dotée d'un règlement éprouvé, seraient certainement bénéfiques pour les plaideurs du secteur des assurances.²⁸

12. Sur le plan international, des initiatives ont été prises en vue de doter le secteur des assurances d'institutions arbitrales spécialisées. En 1991, l'*Association internationale de droit des assurances* (AIDA) a décidé de susciter la création d'organismes d'arbitrage dans les pays membres, sous le nom d'ARIAS (*AIDA Reinsurance and Insurance Arbitration Society*). Globalement, l'initiative n'a cependant pas rencontré un large succès. Alors qu'il

y a actuellement 41 sections nationales de l'AIDA, peu de réalisations seulement peuvent être signalées à ce jour : d'une part au Royaume-Uni (ARIAS-UK), aux Etats-Unis (ARIAS-US), en France (CEFAREA-ARIAS-FRANCE) et en Allemagne (ARIAS-DEUTSCHLAND)²⁹, et d'autre part, à des niveaux régionaux, ARIAS-EUROPE³⁰, ARIAS LATAM³¹ et ARIAS ASIA (HONG KONG).

Les institutions ainsi apparues ne jouent pas des rôles identiques, notamment en ce qui concerne la désignation des arbitres et le suivi des procédures. Les liens avec l'AIDA internationale ou la section nationale ont pu varier, mais ils semblent à présent clarifiés.³² D'autre part, il semble que le degré de « pénétration du marché » soit variable ; les réussites incontestables d'ARIAS-UK et surtout d'ARIAS-US doivent cependant être mises en évidence.³³

Conclusions

13. Bien qu'elle soit souvent méconnue, la pratique est largement répandue dans notre pays de soumettre à l'arbitrage les litiges entre assureurs et assurés. La procédure d'arbitrage est plus souple et généralement plus rapide. Elle est encadrée d'une réglementation qui veille notamment à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, ainsi qu'au caractère contradictoire des débats et au respect des droits de la défense. En droit des assurances, un avantage majeur réside dans la possibilité de choisir comme juges des spécialistes, dans une matière caractérisée par un régime juridique propre très développé, voire des régimes ou des usages spécifiques à certaines branches.

Depuis la loi du 25 juin 1992, le recours à l'arbitrage n'est cependant plus possible que dans les assurances des entreprises (la restriction ne s'applique pas aux cas où le recours à l'arbitrage est convenu après la naissance du litige), mais il n'y a rien perdu de sa fréquence.

La réglementation des clauses abusives, tant européenne que nationale, ne condamne pas les clauses

23. Cf. C. BINET, "Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ?", *R.D.C.*, 2019, pp. 838-860, et spéc. pp. 848-850.

24. Cf. not. R. JAFFERALI, "Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B", *R.D.C.*, 2019, pp. 155-157.

25. Les nouveaux textes comportent également une liste grise de clauses présumées abusives, qui ne semblent pas devoir retenir l'attention dans le présent contexte (art. IV.91/5 CDE).

26. *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n^o 54-1451/003, p. 37.

27. Cf. M. BERLINGIN, "La clause d'arbitrage dans les contrats entre entreprises n'est pas abusive", *o.c.*, n^{os} 5 et 6.

28. La situation paraît similaire à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Il y a quelques années, la Cour a publié une collection de sentences arbitrales relatives au secteur des assurances : le recueil était très peu fourni (*Bull. Cour Int. C.C.I.*, vol. 26, n^o 1, 2005, pp. 88-114 ; cinq sentences seulement !), et la majorité des sentences concernaient non des procédures arbitrales engagées entre assureurs et assurés (objet de nos réflexions), mais des cas où l'assureur se trouvait impliqué dans des procédures arbitrales engagées par son assuré envers des tiers (des cas de subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré) (*cf. supra*, note 1). Pendant la même période, l'arbitrage *ad hoc* était fréquent dans les litiges internationaux d'assurance, et il l'est resté, du moins dans notre propre expérience.

29. La section belge de l'AIDA n'a pris aucune initiative en ce domaine.

30. Peu après sa création, ARIAS-DEUTSCHLAND s'était rebaptisée ARIAS-EUROPE ; plus récemment, elle a repris sa dénomination initiale, tandis qu'ARIAS-EUROPE était dotée de la mission de chapeauter les différentes ARIAS européennes.

31. Créée au Chili, cette association se présente comme une institution d'arbitrage liée à l'AIDA et consacrée aux litiges en assurance et réassurance en Amérique latine et dans les Caraïbes.

32. Cf. sur le site de l'AIDA : <aidainsurance.org/arias-societies>.

33. Pour plus de détails sur ces deux institutions, *cf.* les sites <arias.org.uk> et <arias-us.org>.



d'arbitrage en soi. Elle fournit cependant des critères permettant au juge d'apprécier si tel ne serait pas le cas dans les circonstances d'espèce. *A priori*, le recours à une procédure encadrée par une réglementation particulièrement attentive au respect du contradictoire et des droits de la défense ne nous paraît pas créer en soi de déséquilibre

manifeste entre les parties, critère principal de la clause abusive.

Nous nous sommes enfin interrogés sur la faveur manifeste que les praticiens de l'assurance donnent à l'arbitrage *ad hoc*, attirant l'attention sur les avantages que peut offrir l'encadrement d'une institution expérimentée.

