

Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



CEFAREA

26, boulevard Hausmann - 75009 paris
Tél. : 01 42 93 95 62 - Fax : 01 42 93 95 63
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901

Sommaire

Editorial	5
Michel Yarhi Président de CEFAREA	
La rédaction de la clause compromissoire dans l'arbitrage CEFAREA	7
Alexandre Job Juriste d'entreprise Sébastien Bonnard Associé, Lacourte Balas Raquin	
L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : le choix d'une éthique de l'arbitre	15
Stéphane Choisez Avocat à la cour	
La cour de cassation se prononce sur la notion de sentence arbitrale susceptible de recours	19
Jérôme Barbet Avocat à la cour Solicitor (England and Wales) Pichard et Associés	

**Pathologie des clauses d'arbitrage et juge
thaumaturge**

Bernard Mettetal

Avocat Associé

Vladimir Rostan d'Ancezune

Avocat

25

**Mieux travailler ensemble ou comment les
techniques de la médiation deviennent des
outils de prévention du risque de conflit**

Ghislaine Ramel

Consultante

33

Which which is that? Oh that which!

Martin Judson

Reinsurance Consultant

39



Décidément, les modes de règlement alternatifs de conflits (MARC) ont eu le vent en poupe cette année.

L'activité des pouvoirs publics en la matière a été très riche :

- cela a commencé par les décrets relatifs à l'arbitrage, publiés en début d'année, qui avaient pour objet de rajeunir les règles relatives à cette activité, de les mettre en conformité avec les pratiques internationales et faire en sorte que Paris reste une place d'arbitrage importante ;
- puis cela a continué par l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition, de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Tous ces changements ne peuvent que nous inciter à redoubler d'efforts pour faire en sorte que les MARC que sont la médiation et l'arbitrage, dont l'intérêt n'est plus à démontrer, soient développés au point de devenir un mode commun de règlement des litiges au moins pour ce qui concerne les acteurs du monde de l'assurance.

Dans ce contexte, le CEFAEA n'est pas resté inactif :

Plusieurs conférences ont été organisées dont une avec L'AMRAE et une autre en partenariat avec Capita et Fidal.

De nombreuses actions de promotion ont également été entreprises dont la participation aux salons Décid'Assur et le salon du courtage.

Par ailleurs, l'image projetée par notre association nous a permis de développer une activité internationale diversifiée :

- des contacts ont été pris avec ARIAS US, lors d'un déplacement aux Etats Unis, par notre Secrétaire Général,
- des avocats Marocains, spécialisés en assurance, sont venus voir les possibilités qu'il y aurait de créer un centre d'arbitrage spécialisé dans leur pays,

- des membres de l'équivalent de l'ACP Thaïlandais qui souhaitent réformer les règles en vigueur dans leur pays sont venus nous interroger sur les différents modes de médiation pratiqués dans le monde de l'assurance, et enfin,
- des juges de la cour suprême du Japon qui cherchent à réduire la charge des tribunaux et diminuer la durée des règlements des litiges dans leur pays, nous ont longuement interrogés sur nos pratiques et sur le fonctionnement de la protection juridique en France.

Cette année, encore, de nombreuses personnes sont venues taper à notre porte et nous avons enregistré 8 nouvelles adhésions.

Par ailleurs, nous avons agréé trois nouveaux arbitres et un médiateur.

Enfin nous voyons nos efforts couronnés de succès dans la mesure où, en ce qui concerne les dossiers, nous voyons arriver plusieurs interrogations dont certaines se transforment en saisine.

Cette année encore, nous avons bénéficié d'articles de grande qualité. Que leurs auteurs en soient remerciés :

- Alexandre Job et Sébastien Bonnard ont analysé le règlement d'arbitrage du CEFAREA afin de permettre à ceux qui le souhaitent de rédiger la clause compromissoire dans les meilleures conditions possible,
- Stéphane Choisez, en commentant un arrêt récent de la Cour de Cassation, met en exergue les notions d'indépendance et d'impartialité qui sont l'essence même de l'éthique des arbitres,
- Jérôme Barbet a examiné à la lueur d'un arrêt récent les conditions de recours à l'égard de décisions arbitrales selon qu'elles ont un caractère définitif, provisoire ou conservatoire,
- Bernard Mettetal et Vladimir Rostan d'Ancezune décortiquent avec brio la manière dont sont appliquées les clauses d'arbitrage mal écrites ou « toxiques »,
- Ghislaine Ramel montre que les techniques de la médiation ont une vocation universelle dans le règlement des conflits et en particulier dans le cadre des entreprises,
- Enfin, comme chaque année, Martin Judson nous surprend par les subtilités de la langue anglaise et nous aide, par ce biais, à mieux maîtriser la langue de Shakespeare.

La rédaction de la clause compromissoire dans l'arbitrage CEFAREA

Alexandre Job ¹
Juriste d'Entreprise

Sebastien Bonnard
Associé, Lacourte Balas Raquin

L'arbitrage est devenu un mode usuel de résolution des litiges pour les opérateurs du commerce international.

Les secteurs de l'assurance et de la réassurance n'échappent pas à cette tendance où le recours à l'arbitrage est fréquent dans les polices d'assurance ou les traités de réassurance par exemple.

Les raisons qui font de l'arbitrage un forum privilégié pour le règlement des différends commerciaux résident principalement dans le fait qu'il est perçu comme une méthode efficace, flexible, confidentiel et spécialisée de résolution des conflits.

Dans le cas de l'assurance, la mondialisation des acteurs, la satellisation des risques et la sophistication des produits assurantiels ont créé des formes nouvelles et variées de relations contractuelles qui requièrent bien souvent des connaissances spécifiques et une disponibilité que l'on ne trouve pas toujours auprès des juges étatiques.

L'arbitrage, justice privée, nécessite pour être mise en œuvre un acte de volonté des parties : la convention d'arbitrage ².

L'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat nécessite le suivi d'un processus raisonné afin d'en assurer la pleine efficacité. Les discussions sur les clauses de résolution des litiges sont encore trop souvent renvoyées en fin de négociations et leur intérêt négligé par les cocontractants.

Or, une clause d'arbitrage bien rédigée est un gage de prévisibilité et de sécurité pour les parties qui sont ainsi à même de convenir ensemble de l'environnement juridique dans lequel se dénoueront les conflits pouvant résulter de leurs relations d'affaires.

Les développements qui suivent ont pour objet de donner aux négociateurs et rédacteurs de contrats des lignes directrices sur les choix qu'ouvre la rédaction d'une telle clause et les pièges à éviter. Ils porteront plus particulièrement sur les éléments à prendre en compte lorsque les parties souhaitent voir appliquer le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP ³.

A cet égard, il est important de souligner que la référence au règlement d'un centre d'arbitrage comme le CEFAREA-CMAP emporte conclusion d'un contrat

d'organisation de l'arbitrage entre les parties et le centre d'arbitrage désigné par la convention d'arbitrage. Ainsi, les parties ne peuvent déroger aux dispositions du règlement d'arbitrage sans l'accord du centre d'arbitrage. Le centre d'arbitrage peut refuser d'administrer une procédure d'arbitrage, notamment s'il considère que les modifications apportées par les parties dénaturent le règlement d'arbitrage ⁴.

Le consentement à l'arbitrage sous l'égide du CEFAREA-CMAP

L'arbitrage trouve sa force obligatoire dans la commune volonté des parties. En matière d'arbitrage interne ⁵, cette volonté doit, à peine de nullité, être exprimée par écrit (art. 1443 du CPC). Cette exigence stricte d'un écrit ad validitatem a toutefois été atténuée par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 qui prévoit que la convention d'arbitrage peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ⁶. En matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme (art. 1507 du CPC) ⁷.

Pour autant, la volonté des parties de soumettre un éventuel litige à l'arbitrage ne doit pas être équivoque. Ainsi, les clauses présentant la voie de l'arbitrage comme une possibilité (« *les parties pourront soumettre leur litige à l'arbitrage* »), ou laissant le choix entre l'arbitrage et une juridiction étatique doivent être proscrites par les parties qui souhaitent voir régler leurs litiges par voie d'arbitrage.

Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, c'est-à-dire administré sous l'égide d'un centre d'arbitrage, les parties doivent également exprimer clairement leur volonté de soumettre la procédure d'arbitrage au règlement de ce centre. Ainsi, les parties doivent désigner précisément le centre d'arbitrage choisi afin de s'assurer qu'il ne refuse pas d'administrer la procédure d'arbitrage.

A cet égard, il convient de souligner qu'indépendamment du pouvoir des arbitres d'apprécier leur propre compétence, la Commission de nomination et d'agrément du Centre ⁸ peut refuser de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage entamée par une partie si « *la désignation du Centre ou si la compétence arbitrale est contestée avant la constitution du tribunal* » (art.4 du règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP).

Afin de s'assurer que leur volonté soit clairement interprétée, il est recommandé aux parties de reprendre le modèle de clause d'arbitrage proposé par le CEFAREA-CMAP ⁹, le cas échéant, en le complétant en fonction des développements qui suivent.

Les situations contractuelles complexes

Les situations contractuelles complexes impliquant plusieurs contrats appellent une attention particulière lors de la rédaction de la convention d'arbitrage.

Les procédures devant les juridictions étatiques peuvent aisément donner lieu à des jonctions d'instances connexes initiées sur plusieurs contrats conclus dans le cadre de la même opération économique. En matière d'arbitrage, eu égard à la nature conventionnelle de cette forme de justice, la difficulté réside dans le fait

que les parties doivent avoir consenti à ces jonctions d'instances. Mieux, les parties doivent avoir consenti, dans la convention d'arbitrage ou, le cas échéant, le règlement d'arbitrage auquel elle renvoie, à ce que les litiges nés de plusieurs contrats puissent être tranchés par le même tribunal arbitral.

L'article 13 du règlement du CEFAREA-CMAP prévoit la possibilité d'une jonction d'instances arbitrales :

« Lorsqu'une partie introduit par une requête motivée une nouvelle demande d'arbitrage dont la procédure est régie par le présent règlement, demande qui a un rapport avec une relation juridique objet d'une procédure d'arbitrage en cours entre les mêmes parties, elle aussi soumise au présent règlement, le tribunal arbitral, par une sentence intermédiaire soumise aux dispositions des articles 22 et 23 du présent règlement, peut, sur requête de l'une des parties, décider de joindre l'instance demandée à celle existante, pour autant que ces deux instances concernent des contrats d'assurance de la même branche ou des contrats de réassurance s'appliquant à la même branche d'assurance.

L'autre partie dispose, pour présenter ses observations, d'un délai de quinze jours à partir de la date à laquelle elle a eu connaissance de la requête. »

Selon le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP, la jonction d'instances arbitrales pourra donc être ordonnée par le tribunal arbitral si les instances opposent les mêmes parties, si elles sont toutes les deux soumises au règlement CEFAREA-CMAP et si elles concernent des contrats d'assurance de la même branche ou des contrats de réassurance s'appliquant à la même branche d'assurance ¹⁰.

Si les parties souhaitent étendre les pouvoirs du tribunal arbitral en prévoyant qu'une jonction pourrait être ordonnée dans d'autres circonstances que celles prévues par le règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP, il est recommandé de se rapprocher du Centre pour s'assurer de son accord sur cet aménagement. Toutefois, un tel aménagement ne devrait pas poser de difficulté dans la mesure où il ne dénature pas le règlement et vient simplement étendre les pouvoirs du tribunal arbitral et s'inscrit dans le souci d'assurer une bonne administration de la justice.

Afin d'exprimer clairement leur intention de voir les litiges nés de plusieurs contrats tranchés par un même tribunal constitué dans le cadre du règlement CEFAREA-CMAP, les parties devront stipuler dans ces contrats des conventions d'arbitrage strictement identiques, non seulement en renvoyant au même règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP mais également en prévoyant les mêmes dispositions complémentaires sur la langue, le siège, etc. ¹¹.

Les parties pourront utilement ajouter à ces conventions d'arbitrages une mention attribuant expressément compétence à un tribunal arbitral constitué en application de l'une quelconque des conventions d'arbitrage pour trancher les litiges nés de l'un quelconque des contrats en cause.

Le siège de l'arbitrage

Le choix du siège de l'arbitrage est essentiel en matière d'arbitrage international en ce qu'il va déterminer l'environnement juridique de la procédure d'arbitrage.

Les parties doivent ainsi choisir un siège situé dans un système juridique favorable à l'arbitrage, afin d'éviter en particulier les interventions injustifiées des juridictions étatiques au cours de la procédure d'arbitrage et les recours contre les sentences constitutifs d'une révision au fond.

Ainsi, la loi du siège de l'arbitrage doit limiter le rôle du juge étatique à une fonction de juge d'appui disposant de pouvoirs d'assistance et de coopération pour assurer l'efficacité de la procédure d'arbitrage (constitution du tribunal, prorogation des délais d'arbitrage ou encore récusation des arbitres). La loi du siège de l'arbitrage doit également reconnaître un véritable pouvoir juridictionnel au tribunal arbitral en matière de mesures provisoires et conservatoires, sauf dans les hypothèses où le tribunal arbitral est impuissant à ordonner de telles mesures, soit qu'il n'est pas encore constitué soit que les mesures relèvent de la compétence exclusive de la juridiction étatique (e.g. sûretés judiciaires, saisies conservatoires). Le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP prévoit que « *sauf convention contraire des parties, l'arbitrage a lieu à Paris où toute sentence arbitrale est réputée prononcée. Néanmoins, le tribunal arbitral peut se réunir en tout autre endroit* » (article 14, al.1). Pour des raisons de commodités, les parties peuvent en effet convenir de tenir les audiences dans un lieu autre que le siège désigné.

Avant le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, le droit français de l'arbitrage était déjà considéré comme l'un des droits le plus favorable à l'arbitrage. Le nouveau décret consolidant le droit antérieur voire innovant sur certains points, le même constat devrait s'imposer et inciter les parties à choisir Paris comme siège de l'arbitrage.

Langue

L'article 14 du règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP prévoit que la langue de l'arbitrage est choisie par les parties. A défaut, le tribunal arbitral décidera de la langue la plus appropriée. Pour une meilleure prévisibilité, il convient de préciser la langue de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage et non d'attendre une décision du tribunal à cet égard.

Si les parties anticipent que deux langues ou plus pourraient être utilisées dans le contexte du contrat en cause (le contrat lui-même, les correspondances, les documents techniques, etc.), il peut être pertinent dans un souci d'économie et de célérité de la procédure de préciser que les pièces qui seraient communiquées dans le cadre de l'arbitrage dans une langue identifiée autre que la langue de l'arbitrage n'auront pas à être traduites. D'une manière générale, le choix de plusieurs langues pour la conduite de la procédure d'arbitrage est, sauf circonstances particulières, à proscrire dans la mesure où il est générateur de coûts et lenteurs complémentaires (ex. frais de traduction, d'interprétariat) et peut également emporter des difficultés pour le choix d'arbitres à même de conduire l'instance dans les langues choisies par les parties.

Les arbitres

En matière d'arbitrage interne, le tribunal arbitral doit être composé d'un ou de

plusieurs arbitres en nombre impair. Si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair, les parties doivent s'accorder sur la désignation d'un arbitre complémentaire. En l'absence d'accord, il sera désigné par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui (art. 1451 du CPC).

L'article 1451 du CPC n'est pas applicable en matière d'arbitrage international (art. 1506 du CPC), de sorte que le tribunal arbitral peut être composé d'arbitres en nombre pair. Il est toutefois recommandé de prévoir dans la convention d'arbitrage, si le règlement d'arbitrage auquel il est renvoyé ne le prévoit pas, que le tribunal arbitral sera composé d'arbitres en nombre impair afin d'éviter tout blocage.

S'agissant du nombre d'arbitres devant composer le tribunal arbitral, les règlements d'arbitrage octroient généralement à l'institution, en l'absence de choix des parties, le pouvoir de décider si le tribunal arbitral sera composé d'un ou de trois arbitres. Ainsi, l'article 8 du règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP prévoit que « *A moins que les parties n'en conviennent conjointement, le nombre des arbitres est fixé par la Commission d'agrément et de nomination. Le nombre d'arbitres est nécessairement impair, l'unicité pouvant être retenue* ».

Les parties peuvent souhaiter laisser à l'appréciation de la Commission d'agrément et de nomination cette question et ne rien préciser dans la convention d'arbitrage. Si un litige simple ou à enjeu financier limité survient, le coût d'un tribunal composé de trois arbitres pourra être pris en compte par la Commission qui préférera désigner un arbitre unique. À l'inverse, si un litige complexe ou à fort enjeu financier survient, la Commission pourra préférer désigner un tribunal composé de trois arbitres.

Si les parties considèrent être en mesure de prévoir dès la rédaction de la convention d'arbitrage la complexité ou les enjeux financiers d'un éventuel litige, elles peuvent prévoir dans la convention d'arbitrage que les différends seront tranchés par un arbitre unique ou au contraire par un tribunal composé de trois arbitres.

Les modalités de désignation des arbitres sont prévues par le règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP. En complément, les parties peuvent vouloir prévoir dans la convention d'arbitrage que le ou les arbitres devront avoir une compétence technique et juridique spécifique dans le secteur de l'assurance ou dans une branche donnée. De telles hypothèses ne sont pas rares en matière d'assurance et plus encore de réassurance¹². Ce faisant, il faut toutefois veiller à ne pas rendre problématique la constitution du tribunal, faute de pouvoir identifier une ou plusieurs personnes disponibles, indépendantes et impartiales réunissant ces compétences. À cet égard, on précisera que le CEFAREA propose à destination de ses usagers une liste d'arbitres spécialisés en matière d'assurance.

Droit applicable au fond du litige

En matière d'arbitrage interne (art. 1478 du CPC) et d'arbitrage international (art. 1512 du CPC), le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.

A cet égard, il convient de relever que l'article 20 du règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP prévoit que :

« a – *Le tribunal statue comme amiable compositeur - ex aequo et bono - sauf si les parties en sont convenues autrement dans la convention d'arbitrage.*

b – *Si les parties ont confié au tribunal la mission de statuer en droit, le tribunal tranche le différend conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. A défaut d'un tel choix, le tribunal tranche le litige conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées.*

c – *Dans tous les cas, le tribunal décide conformément aux stipulations du contrat et il tient compte des usages de la profession. »*

A défaut de disposition contraire dans la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral statuera donc en amiable composition, en d'autres termes pourra écarter une solution résultant de l'application des règles de droit s'il estime que cette solution n'est pas équitable.

Cette disposition relativement singulière du règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP résulte d'une pratique de place qui distingue le CEFAREA d'autres institutions qui n'ont pas la même vocation sectorielle.

Lors de la rédaction de la convention d'arbitrage, les parties doivent s'assurer qu'elles entendent pour le contrat en cause permettre au tribunal arbitral de se départir de l'application des règles de droit, et donc des stipulations contractuelles. A défaut, les parties devront expressément préciser dans la convention d'arbitrage que le tribunal aura pour mission de statuer en droit et déterminer le droit qui devra ainsi être appliqué au contrat en cause.

Mode conventionnel de notification de la sentence

Le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 a assoupli les règles relatives à la notification des sentences arbitrales. Si la signification reste le principe, les parties peuvent conventionnellement y déroger et prévoir par exemple que la sentence sera notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception (art. 1484 et 1519 du CPC). Cette faculté offerte aux parties doit être rapprochée de l'amélioration par le décret des délais pour exercer un recours contre la sentence qui ne courent plus de la signification de l'ordonnance accordant l'exequatur à la sentence mais de la notification de la sentence elle-même (art. 1494 et 1519 du CPC).

A cet égard, le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP prévoit que la sentence est notifiée aux parties par « *lettre recommandée avec demande d'avis de réception avec copie aux conseils* » (art. 24).

Toutefois, le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP est antérieur au décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 et n'a donc par hypothèse pas été rédigé en fonction du nouveau dispositif relatif aux modes conventionnels de notification des sentences. Il est donc recommandé aux parties souhaitant bénéficier de ce nouveau dispositif de le prévoir dans la convention d'arbitrage en visant expressément les articles concernés du règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP et du Code de procédure civile.

L'aménagement conventionnel des voies de recours

En matière d'arbitrage interne, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 prévoit que le seul recours possible contre la sentence est le recours en annulation, fondé sur des griefs restreints et limitativement énumérés, sauf si les parties ont stipulé expressément que l'appel, impliquant un réexamen en fait et en droit de l'entier litige, était ouvert à l'encontre de la sentence (art. 1489 du CPC). Ce dispositif est une nouveauté, l'appel étant antérieurement le recours de droit, sauf renonciation expresse des parties dans la convention d'arbitrage. Dans l'hypothèse où les parties souhaitent se ménager la possibilité de faire appel de la sentence arbitrale, elles doivent donc désormais le prévoir expressément dans la convention d'arbitrage.

L'article 23 du règlement CEFAREA-CAMP s'inscrit dans cette tendance lorsqu'il énonce que les sentences « *sont rendues en dernier ressort, sauf stipulation contraire des parties* ».

En matière d'arbitrage international, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 prévoit que le seul recours possible à l'encontre d'une sentence rendue en France est le recours en annulation. La nouveauté consiste en la possibilité offerte aux parties de renoncer conventionnellement dans la convention d'arbitrage au recours en annulation (art. 1522 du CPC).

Cette renonciation est de nature à accélérer l'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale rendue en France dès lors que les parties n'auront pas, le cas échéant, à attendre que le recours en annulation devant les tribunaux français soit purgé.

Si une partie cherche à exécuter cette sentence arbitrale sur le territoire français, elle devra obtenir l'exequatur de cette sentence devant le juge français et l'autre partie pourra toujours interjeter appel de l'ordonnance d'exequatur en invoquant des motifs identiques à ceux du recours en annulation contre la sentence.

Les articles 23 et 27 du règlement CEFAREA-CMAP disposent respectivement que « *l'amiable composition implique que les parties ont renoncé aux voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer, sauf stipulation contraire* » et que, en tout état de cause, que les parties « *s'engagent à exécuter la sentence sans délai* », que la sentence ait été rendue en droit ou en amiable composition. La question que posent ces articles est celle de savoir si l'une et/ou l'autre de ces dispositions peut être interprétée comme valant convention spéciale au sens de l'article 1522 précité et partant, renonciation en matière internationale au recours en annulation¹³. Toutefois, comme évoqué pour le mode conventionnel de notification de sentences, il est recommandé aux parties souhaitant bénéficier de ce nouveau dispositif de le prévoir dans la convention d'arbitrage en visant expressément les articles concernés du règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP et du Code de procédure civile dès lors que le règlement d'arbitrage du CEFAREA-CMAP, antérieur au décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, n'a par hypothèse pas été rédigé en fonction du nouveau dispositif.

En plus des éléments évoqués ci-dessus, qui sont les plus courants, les parties peuvent aussi avoir recours à des rédactions particulières en cas de contrats multipartites (ex. coassurance, co-courtage etc.) ou de groupes de contrats (ex.

programme d'assurance ou de réassurance) mettant en cause les intérêts de plus de deux parties afin de pouvoir attirer dans une instance unique l'ensemble des parties prenantes intéressées par un même litige. Il est toutefois recommandé aux parties de se rapprocher du Centre pour s'assurer de son accord sur les aménagements du Règlement CEFAREA-CMAP que cela pourrait impliquer.

Il résulte de ce qui précède que la rédaction de la clause compromissoire doit résulter d'un processus raisonné et fonction des circonstances particulières de chaque opération contractuelle dans laquelle elle s'insère afin de répondre véritablement aux besoins et attentes des parties une fois le litige né.

1 Les propos tenus par l'auteur sont strictement personnels et n'engagent que lui.

2 Le décret du 13 janvier 2011 n°2011-48 portant réforme du droit de l'arbitrage a unifié le régime juridique applicable au compromis d'arbitrage et à la clause compromissoire, ces deux notions étant maintenant incluses dans la définition de la convention d'arbitrage (art. 1442 CPC).

3 Pour une présentation du règlement d'arbitrage, A. Job et S. Choisez, *Quid du règlement d'arbitrage du Cefarea*, La Tribune de l'Assurance, n° 164 (Cahier Droit & Technique p. 2). V. également l'interview de M. Yarhi in *Le Monde du Droit* : <http://www.lemondedudroit.fr/interviews-portraits-profession-jurite/157495-michel-yarhi-president-du-cefarea.html>

4 Voir par exemple pour un refus de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : Jean-Baptiste Racine, Note - Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 janvier 2010, *Revue de l'Arbitrage* 2010, Volume 3, pp. 576 – 583.

5 L'arbitrage international se distingue de l'arbitrage interne, en ce qu'il « *met en cause des intérêts du commerce international* » (art. 1504 du CPC)

6 En matière d'assurance cette hypothèse est fréquente ; la clause compromissoire pouvant figurer dans un imprimé ou police type (ex. en matière d'assurance sur corps de navire la police type contient une clause renvoyant à la compétence de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris) ou encore dans une note de couverture ou encore un « *slip présentation* » en matière de réassurance.

7 Une convention d'arbitrage purement verbale serait donc valable bien qu'en pratique un écrit est recommandé afin d'en faciliter la preuve.

8 Sauf indication particulière, les mots commençant par une majuscule dans le présent article ont la signification qui leur est attribuée par le règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP

9 Le CEFAREA propose le modèle suivant : « *Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP auquel les parties déclarent adhérer.* »

10 Voir l'article R.321-1 du Code des assurances pour l'énoncé des différentes branches d'assurance recensées.

11 A titre d'exemple, un assuré peut avoir un certain intérêt à harmoniser et unifier les clauses de litiges dans les contrats d'assurances participant d'un même programme d'assurance.

12 Ainsi, certaines clauses spécifient que l'arbitre devra être un « *commercial man* » et/ou qu'il devra disposer d'une expérience avérée en matière d'assurance laquelle est généralement précisée en années d'expérience.

13 Voir en ce sens, Ch. Bouckaert et R. Dupeyré, *Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance*, RGDA, 2011, p. 363.

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : le choix d'une éthique de l'arbitre

Stéphane CHOISEZ
Avocat à la Cour

L'arbitre doit-il avant tout obéir à des règles juridiques, ou bien plus à une éthique qui ressortirait de la fonction juridictionnelle même de l'arbitrage ?

L'arrêt rendu le 26 octobre 2011 par la Cour de cassation, relatif à l'indépendance et l'impartialité d'arbitres, et promis à la plus large publicité (n° 10-15968, P+B+I), invite clairement à faire le choix de l'éthique.

Pour poser ce choix, la Cour de cassation a eu à connaître du cas d'une société de droit saoudien, ayant recueilli un important actif successoral, société dont les statuts comprenaient une clause compromissoire, la particularité de cette clause étant que les litiges entre associés devaient se régler devant le propre conseil de surveillance de cette société saoudienne.

Une héritière avait engagé plusieurs procédures, et en dernier lieu devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, afin de se voir remettre des informations comptables sur plusieurs exercices.

Logiquement, au regard du principe compétence-compétence, les défendeurs à la procédure devant le Tribunal de Grande Instance de Paris avaient obtenu l'incompétence de la juridiction étatique au profit du tribunal arbitral.

Dans le cadre du recours porté sur cette décision, l'héritière développait deux types d'arguments, l'un relatif à l'inopposabilité de la clause compromissoire inscrite dans les statuts de la société, l'autre relatif à l'absence d'indépendance et d'impartialité des arbitres amenés à statuer sur sa réclamation.

Sur le premier point, la Cour de cassation rappelait à nouveau le fort pouvoir d'attraction de la clause compromissoire, en posant que « *en choisissant de devenir associé* », l'héritière avait nécessairement adhéré aux statuts de la société, ce qui rendait la clause compromissoire applicable.

Cette solution classique rejoint d'ailleurs les termes d'un autre arrêt du 26 octobre 2011 (n° 10-17708 : P+B+I), la Cour de cassation étendant les effets d'une clause compromissoire à un sous-traitant dès lors qu'il avait été démontré que le sous-traitant avait eu connaissance de la clause lors de la signature de son contrat, et qu'il était directement impliqué dans l'exécution du premier contrat.

Le plus intéressant de la décision ne résidait pas dans cette solution, mais, second point, sur la question de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres.

Depuis la réforme issue du droit français de l'arbitrage, ensuite du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 (JO du 14 janvier 2011), l'article 1456 alinéa 2 du Code de Procédure Civile pose que l'arbitre doit révéler tout au long de la procédure d'arbitrage « *toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* ».

Cette même règle se retrouve exprimée dans la quasi-totalité des règlements des centres d'arbitrages (pour la France voir l'article 7 alinéa 1er de l'ICC, mais encore l'article 10 du règlement d'arbitrage CEFAREA).

Car, comme le dit justement un arrêt de la 1ère chambre civile du 16 mars 1999 (n°96-12748), « *indépendance et impartialité... sont de l'essence même de la fonction arbitrale* ».

On sait que, dès avant le décret du 13 janvier 2011, la Cour de cassation avait par deux arrêts remarquables du 20 octobre 2010 (n°09-68997 et n°09-68131), insisté sur l'obligation de révélation pesant sur les arbitres au titre de tous les liens qui étaient de nature à exister entre eux et les parties à l'arbitrage.

Mais comme toujours, si l'ensemble des intervenants dans le domaine de l'arbitrage s'accordent sur les principes, en l'occurrence la nécessité de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, le débat porte plus sur le contenu que recouvrent ces règles.

Car dans l'arrêt du 26 octobre 2011, l'argument développé par l'héritière ne manquait pas d'intérêt puisqu'elle faisait valoir que les arbitres désignés n'étaient pas des tiers à la société saoudienne, et qu'au contraire les arbitres étaient tenus par un lien de subordination à l'égard des associés, voir envers la société elle-même.

L'associée déboutée faisait ainsi valoir dans son mémoire que « *la prétendue clause compromissoire attribuait les éventuels litiges au conseil de surveillance et de contrôle de la société dont les membres, fussent-ils désignés par le « haut et noble ordre royal », n'en n'étaient pas le moins liés d'intérêts aux associés majoritaires seuls habilités à provoquer leur nomination ou leur remplacement, et qu'ils ne pouvaient avoir à juger la responsabilité des administrateurs dans la mesure où leur rémunération était fixée par ces derniers* ».

L'associé pointait des liens économiques de nature à lui permettre de se prévaloir de l'article 1458 alinéa 2 ancien du Code de Procédure Civile qui dispose que « *si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ».

La Cour de cassation ne s'attachera pourtant pas à l'existence de ces liens économiques, voire à celle d'intérêts convergents, mais rappellera simplement que « *les membres du conseil de surveillance désignés comme arbitres étaient nommés par le roi, ce qui garantissait leur indépendance et leur impartialité à l'égard des parties* ».

Sur le plan juridique, et probatoire, la Cour de cassation renvoie à sa jurisprudence classique selon laquelle l'indépendance et l'impartialité s'apprécient de façon objective, et ne sauraient se déduire de simples allégations, rumeurs ou analyses.

Au-delà du moyen juridique de l'associée, qui avait pointé un risque de dérive manifeste, la Cour de cassation invite donc les arbitres à respecter leur propre éthique, dont découlent indépendance et impartialité, principes qui étaient ici préservés, aux yeux de la juridiction suprême, par le mode de nomination des arbitres.

On rejoint d'ailleurs un arrêt récent rendu par la 1ère chambre civile du 29 juin 2011 (n° 09-17346), où une partie tentait d'utiliser la publication par un des arbitres de deux articles favorables à la cause palestinienne, pour en déduire des liens de proximité intellectuels avec un état, en l'occurrence la Syrie, également partie à l'arbitrage, afin d'invalider celui-ci.

Ce moyen avait été écarté par la Cour de cassation qui avait posé que « *ni la partialité, ni la dépendance (de l'arbitre) à l'égard d'une partie n'étaient démontrées* ».

La Cour de cassation invite donc les parties à l'arbitrage à ne pas se perdre dans les méandres de la recherche de la partialité ou de la dépendance subjectives de l'un ou l'autre des arbitres à l'égard d'une des parties.

Pris sur un plan positif, ce principe confirme l'idée que l'indépendance et l'impartialité relèvent de l'essence même de la fonction juridictionnelle d'arbitrage, et qu'il appartient à chaque arbitre d'assumer les devoirs de sa charge.

L'arrêt du 26 octobre 2011 n'est toutefois pas un blanc seing à l'endroit des arbitres, mais au contraire un rappel ferme de ce que le respect de leur propre éthique d'arbitre est la meilleure garantie de la qualité des décisions rendues par les juridictions arbitrales, et partant du développement de ce mode alternatif de règlement des conflits.

La Cour de cassation se prononce sur la notion de sentence arbitrale susceptible de recours

Jérôme BARBET

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

1. La Cour de cassation a, dans un arrêt récent (Cass., Civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, *Sté Groupe Antoine Tabet c/ République du Congo*, n°09-72439, à paraître au Bulletin), approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir jugé que « *seules peuvent faire l'objet d'un recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* ».

Dans cette affaire, un Tribunal arbitral avait : (i) dans une décision qualifiée de « sentence », ordonné à une partie de verser certaines sommes sur un compte séquestre ; et (ii) par décision séparée, qualifiée d'« ordonnance de procédure », ordonné à cette même partie, en l'attente de la signature de la convention de séquestre, de consigner lesdites sommes entre les mains du Bâtonnier.

Le recours en annulation formé à l'encontre de la décision qualifiée d'« ordonnance de procédure » a été déclaré irrecevable par la Cour d'appel de Paris, aux motifs notamment que ladite ordonnance ne faisait « *qu'aménager la période transitoire entre le prononcé de la sentence et la conclusion de la convention de séquestre, pour assurer l'effectivité de la sentence* » et que, dès lors, le Tribunal arbitral n'avait « *pas ajouté aux obligations* » résultant de la précédente sentence et n'avait « *pas tranché tout ou partie du litige* ». Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel en a « *justement déduit qu'il n'y avait lieu à requalification de l'ordonnance en sentence arbitrale en sorte que le recours était irrecevable* ».

2. Cet arrêt s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence aux contours parfois obscurs, concernant la notion de sentence arbitrale susceptible de recours en annulation.

La question est d'importance car, de la qualification de sentence, dépend, non seulement la question de la recevabilité du recours en annulation à l'encontre de certaines décisions rendues par les arbitres mais également, celle de la recevabilité des demandes d'exequatur à l'encontre de ces mêmes décisions. C'est donc, plus largement, la question de la possibilité de faire reconnaître et exécuter certaines décisions arbitrales en France, qui fait débat.

3. En 1994, la Cour d'appel de Paris avait déjà jugé, dans un arrêt Sardisud, que « *seules peuvent faire l'objet de recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* » et que « *les décisions qui ne répondent pas à ces critères, quelles que soient leurs dénominations, participent seulement de l'instruction du litige sans préjuger de son règlement ; qu'elles peuvent être modifiées, après débat, par les arbitres eux-mêmes et ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct de celui exercé contre la sentence* » (Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 25 mars 1994, Rev. arb. 1994.391, note Ch. Jarrosson).

En 1999, la Cour d'appel de Paris avait ensuite jugé que « *la qualification de sentence ne dépend pas des termes retenus par les arbitres ou par les parties* » et que la décision motivée par laquelle les arbitres avaient, « *après examen des thèses contradictoires des parties et appréciation minutieuse de leur bien-fondé, tranché de manière définitive la contestation qui opposait les parties* » ressortissait de « *l'exercice du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral* ». Selon la Cour, nonobstant sa qualification d'« *ordonnance* » par le tribunal arbitral, ladite décision ne participait en l'espèce pas de « *l'instruction de l'arbitrage* » et constituait une « *véritable sentence* », susceptible d'un recours en annulation (Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 1^{er} juillet 1999, Rev. arb. 1999.834, note Ch. Jarrosson).

4. De son côté, la Cour de cassation avait jugé, en 2001, en matière d'arbitrage interne, qu'une décision des arbitres, ordonnant une expertise ainsi que des « *mesures urgentes et provisoires, sans trancher tout ou partie du principal* », qui « *participait de l'instruction du litige et ne préjugait pas de son règlement* », ne pouvait pas faire l'objet d'un appel immédiat, indépendamment de la sentence sur le fond (Cass., Civ. 2^{ème}, 6 décembre 2001, Rev. arb. 2002.697, note J. Ortscheidt).

5. Enfin, en 2002, la Cour d'appel de Paris a réitéré sa jurisprudence, selon laquelle la qualification de sentence arbitrale ne dépend pas des termes retenus par les arbitres ou les parties et jugé que la décision des arbitres, de rejeter un incident concernant la régularité des actes de procédure ne constituait pas une sentence susceptible de recours en annulation (Cour d'appel de Paris, 4 avril 2002, Rev. arb. 2003.143, note D. Bensaude).

6. En l'état actuel de la jurisprudence, deux solutions paraissent certaines. Première solution : le juge français n'est pas lié par la qualification que font les parties ou les arbitres de la décision rendue. Conformément à l'article 12 CPC, c'est au juge du contrôle de la régularité de la sentence de déterminer si la décision qui lui est déférée constitue une véritable sentence arbitrale susceptible de recours, ou au contraire, une simple ordonnance de procédure.

Deuxième solution : il paraît acquis qu'une décision ordonnant une expertise, ou rejetant un moyen d'annulation d'un acte de procédure ne constitue pas une sentence, susceptible de recours en annulation. De manière générale, les décisions qui participent seulement de « l'instruction du litige » ne constituent que des ordonnances de procédure, non susceptibles de recours. Il en ira ainsi, par exemple, des ordonnances par lesquelles le tribunal arbitral fixe des délais, rejette une ou plusieurs pièces des débats, décide la langue de l'arbitrage, ordonne le report d'une audience ou rejette une demande de sursis à statuer (v. D. Bensaude, obs. sous Cour d'appel de Paris, 4 avril 2002, op. cit.). La régularité de ces décisions ne pourra éventuellement être remise en cause que dans le cadre d'un recours en annulation à l'encontre de la sentence rendue au fond.

7. Mais *quid* des décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, telles que, par exemple, une décision interdisant à une partie de suspendre ou interrompre l'exécution d'un contrat, ou une décision ordonnant à une partie de procéder à un paiement provisionnel ?

La Cour d'appel de Paris a jugé, en 2003, que l'ordonnance rendue d'après le règlement de référé pré-arbitral de la CCI, ordonnant à une partie de s'abstenir de suspendre ou d'interrompre l'exécution d'un contrat, ne constituait pas une sentence arbitrale susceptible de recours. Cependant, la Cour d'appel a fondé cette solution, non sur une appréciation de la nature des mesures ordonnées par la décision déférée à son contrôle, mais sur celle de la qualité de l'auteur de la dite décision, et en raison de ce que le règlement de référé pré-arbitral de la CCI avait institué un « *mécanisme contractuel* » reposant « *sur la coopération des parties* », exclusif de la notion d'arbitrage.

Selon la Cour, la décision rendue par le « *tiers* » nommé en vertu du règlement de référé pré-arbitral a une « *nature conventionnelle* » et n'a « *d'autorité que celle de la chose convenue* » (Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 29 avril 2003, Rev. arb. 2003, p. 1296, note Ch. Jarrosson ; Th. Clay, D., 2003, somm. p. 2478, J. Béguin, obs. in JCP). Dans cette affaire, c'est la qualification de « *tiers* » (plutôt que celle d'« *arbitre* ») donnée, par le règlement de référé pré-arbitral, à l'autorité chargée de rendre l'ordonnance, et non le contenu de la décision elle-même, qui a déterminé la Cour d'appel à n'y voir qu'une décision de nature conventionnelle, et non une véritable sentence arbitrale, rendue par un arbitre. On ne pouvait donc pas tirer de cet arrêt, l'enseignement que les décisions des arbitres, ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, étaient insusceptibles de recours en annulation.

8. La Cour d'appel de Paris a en revanche décidé, en 2002, que la décision du président d'un tribunal arbitral, rejetant une demande de provision (formée à titre principal) et de constitution de garantie bancaire (à titre subsidiaire), n'avait « *tranché aucun litige dans la mesure où les demandes formées étaient en réalité celles soumises au fond au tribunal arbitral et encore en cours d'instruction. Elle ne peut donc être qualifiée de sentence* » (Cour d'appel de Paris, 11 avril 2002, ABC c/ Diversey, Rev. arb. 2003.143, note D. Bensaude).

La Cour a repris, dans cet arrêt, sa motivation de principe, aujourd'hui consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 octobre 2011, selon laquelle, « *seules peuvent faire l'objet d'un recours immédiat les sentences arbitrales, c'est-à-dire les décisions des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* ».

Ainsi, en 2002, la jurisprudence paraissait hostile à l'idée de voir dans les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, de véritables sentences arbitrales susceptibles de recours.

9. Cependant, la Cour d'appel de Paris a ensuite infléchi sa position sur cette question, dans une affaire *Otor* (Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 7 octobre 2004, *Otor Participations et autres c/ Carlyle* ; JDI n°2/2005, p. 341, note A. Mourre et P. Pedone). La Cour d'appel a en effet considéré, dans cet arrêt, que la décision d'un tribunal arbitral, se prononçant sur une demande de mesures conservatoires, pouvait faire l'objet d'un recours en annulation, dans la mesure où le Tribunal arbitral s'était « *définitivement prononcé* » sur la demande de mesures conservatoires, « *la limitation des mesures ordonnées à la durée de l'instance ne remettant pas en cause l'autorité de chose jugée de sa décision, que les arbitres ont pu exprimer sous forme de sentence, choix de procédure auquel aucune des parties ne s'est opposée* ».

La solution adoptée par cet arrêt de la Cour d'appel de Paris paraît souhaitable, car en reconnaissant aux décisions ordonnant des mesures conservatoires, le statut de véritables sentences, on permet ainsi aux parties d'en obtenir l'exequatur devant les juridictions étatiques, favorisant ainsi l'efficacité de l'arbitrage.

La motivation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris peut cependant paraître étonnante : on peut se demander, en effet, si en prononçant des mesures conservatoires, le tribunal arbitral s'était vraiment « *définitivement prononcé* ». Par essence, les mesures conservatoires ont une nature provisoire : il est loisible au tribunal de rapporter ou modifier de telles mesures, en fonction de l'évolution des circonstances et jusqu'à ce qu'il soit dessaisi du litige. La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs indiqué, dans son arrêt *Sardisud* de 1994 (v. supra) que les ordonnances de procédure, non susceptibles de recours, ont ceci de particulier qu'elles « *peuvent être modifiées, après débat, par les arbitres eux-mêmes* ».

De même, selon le Professeur Jarrosson : « *Si, en principe, la possibilité de revenir sur une ordonnance est un critère de celle-ci, il est exclusif de la plupart*

des sentences qui décident définitivement, quoique parfois partiellement, d'une question » (Ch. Jarrosson, obs. sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 1^{er} juillet 1999, op. cit.).

Dans ces conditions, la solution ne consisterait-elle pas plutôt à considérer que les sentences arbitrales susceptibles de recours sont celles qui tranchent un litige, que ce soit de manière définitive ou provisoire ? Seraient ainsi toujours exclues du recours en annulation, les décisions de pure procédure, qui participent seulement à l'instruction du litige (décisions ordonnant une expertise, fixant des délais, clôturant les débats, rejetant une pièce des débats etc...). En revanche, les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires seraient considérées comme de véritables sentences, susceptibles d'être exequaturées. Certains auteurs ont fait remarquer, à cet égard, que ni la Convention de New-York de 1958, ni le droit français, ne prescrivent qu'une sentence doive nécessairement être définitive (A. Mourre et P. Pedone, obs. sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 7 octobre 2004, précité).

10. Tel n'est cependant pas l'avis de la Cour de cassation. Dans son arrêt du 12 octobre 2011, la Cour de cassation a indiqué, de manière très claire, que la sentence susceptible de recours est celle qui tranche un litige de manière définitive. En outre, la Cour suprême paraît envisager la notion de décision « définitive » de manière plus stricte que la Cour d'appel de Paris dans son arrêt *Otor*. La Cour de cassation considère en effet que la décision ordonnant à une partie de consigner des fonds entre les mains du bâtonnier jusqu'à la signature d'une convention de séquestre (mesure qui présente, à n'en pas douter, un caractère conservatoire et provisoire), ne constitue pas une véritable sentence susceptible de recours.

Ce nouvel arrêt de la Cour de cassation soulève donc le pessimisme quant à la possibilité de faire exequaturer en France, des décisions ordonnant des mesures provisoires et conservatoires, telles que paiements provisionnels, injonctions de poursuivre l'exécution d'un contrat, de mettre fin à certaines pratiques etc...

Pathologie des clauses d'arbitrage et juge thaumaturge

Bernard METTETAL
Avocat Associé

Vladimir ROSTAN d'ANCEZUNE
Avocat

Sous réserves de dispositions législatives ou réglementaire, les parties sont libres de faire usage du principe de l'autonomie de la volonté pour stipuler dans les contrats les liant des clauses au travers desquelles, en cas de conflit, la juridiction étatique devra s'effacer face à une juridiction privée.

L'article 2059 du Code civil retient que toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. Tel n'est pas le cas pour les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public, comme le rappelle l'article 2060 du Code civil.

La loi et la jurisprudence sont très favorables aux clauses d'arbitrage et retiennent à ce titre une formalisation moins rigoureuse que pour d'autres clauses, comme les clauses limitatives de responsabilité par exemple. Le principe d'autonomie retenu par le Législateur et la jurisprudence épargne la clause d'arbitrage lorsque le reste du contrat est lui-même nul et retient que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.* »¹

Pour les clauses d'arbitrage s'inscrivant dans l'ordre interne, le Code de procédure civile énonce qu'à peine de nullité, la convention d'arbitrage doit être écrite. Il retient également qu'elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale².

Il prévoit également à l'article 1444 que « *la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation* ». A défaut de stipulation sur ce point, le Législateur retient³ une thérapeutique particulière pour sauver ces clauses et suppléer la carence des parties.

En matière d'arbitrage international⁴, le Code de procédure civile ne retient pas⁵

ces éléments comme déterminant pour l'efficacité de la clause compromissoire ⁶ ou du compromis ⁷.

Le Code de procédure civile affirme à l'article 1507 qu'en matière internationale « *la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.* »

A en rester à cette lecture du droit régissant l'efficacité des clauses d'arbitrage, on pourrait être tenté de penser que quelque fut la force de la tempête, le navire reste toujours à flot.

La réponse apportée par les Décisions rendues est toutefois plus mesurée.

Il convient en effet de distinguer les hypothèses où la pathologie de la clause d'arbitrage considérée n'est pas d'une gravité telle qu'elle est curable, des hypothèses où cette pathologie est jugée comme incurable.

Les solutions à ces situations de rédaction téméraire des clauses d'arbitrage ont été découvertes soit par les tribunaux arbitraux soit par les juridictions étatiques. En effet, dans certaines situations l'institution arbitrale a estimé avoir une compétence *prima facie* suffisante pour statuer sur sa propre compétence. Le juge étatique a quant à lui été amené à rendre des décisions sur les clauses d'arbitrage à la rédaction controversée soit lorsqu'une partie s'est directement adressée à lui sur leur validité soit après un recours infructueux devant le tribunal arbitral.

I. Les pathologies curables des clauses d'arbitrage

Le caractère insuffisant, contradictoire ou ambigu de la rédaction d'une clause d'arbitrage n'a pas automatiquement pour conséquence l'inefficacité de celle-ci.

Le juge ou l'arbitre font ici un usage très poussé du principe de l'effet utile tiré de l'article 1157 du Code civil suivant lequel « *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.* »

Le principe de l'interprétation efficace des contrats a connu de nombreuses consécutions jurisprudentielles en matière d'arbitrage ⁸. Ici, le juge, sous couvert d'interprétation, confère à la clause litigieuse le sens que des parties prudentes auraient dû lui donner.

A. L'indétermination du Tribunal arbitral

Retenant le principe de l'application efficace des contrats, la jurisprudence considère que si le Tribunal arbitral est de nature à être déterminé avec un niveau de confiance sérieux, alors la clause litigieuse mérite d'être sauvée.

Ici, la juridiction saisie de la question de la détermination du Tribunal arbitral s'efforcera de retenir une interprétation aussi large que possible pour découvrir une institution arbitrale qui pourrait être compétente.

A titre d'exemple, retenons l'affaire de la CCI n°10671 ⁹ dans laquelle une Société de droit suisse (partie défenderesse à la procédure arbitrale) avait confié à

une société immatriculée au Panama (partie demanderesse) la réalisation d'une étude de marché en Grèce pour la vente de produits fabriqués par la première. Le contrat prévoyait une convention d'arbitrage dont le texte était le suivant : « *Any dispute arising between [la partie demanderesse] and [la partie défenderesse] in connection with the Agreement or transactions carried out pursuant to the Agreement, which could not be settled in a friendly way, shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce of Geneva by three arbitrators designated by [la partie défenderesse] and [la partie demanderesse] and they shall act in accordance with the above mentioned Rules in force at the time. The arbitration shall take place in Geneva, Switzerland* ».

La Société de droit suisse soulevait l'incompétence de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale pour organiser la procédure arbitrale et s'opposait à ce qu'un tribunal arbitral constitué par et agissant sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI tranche le litige.

L'objection de la partie défenderesse résultait de l'expression imprécise du consentement des parties ¹⁰ dans la clause compromissoire mentionnée supra.

La CCI a retenu que la question posée par cette rédaction maladroite était de savoir si les parties s'étaient trompées sur la dénomination de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève, dont elles avaient pensé qu'elle comportait le mot International, ou si elles avaient erré quant à la localisation de la Chambre de commerce internationale, pensant que celle-ci avait à Genève son siège, voire un siège secondaire.

La CCI a estimé que l'examen de la clause litigieuse montrait que la question du siège de l'arbitrage était réglée indépendamment au deuxième alinéa (« *The arbitration shall take place in Geneva, Switzerland* »), de sorte que l'usage du mot « Genève » dans le premier alinéa n'était pas en rapport avec la désignation du siège, mais seulement avec celle de l'institution sous l'égide de laquelle l'arbitrage devait se dérouler.

La CCI a ainsi retenu la validité de la clause litigieuse.

Relevons une autre affaire similaire tranchée par le Tribunal fédéral suisse le 5 décembre 2008 ¹¹, dans laquelle celui-ci a compris de la référence à la « *Arbitration Court of the International Chamber of Commerce of Zurich in Lugano* » que la CCI siégeant à Lugano était compétente. A s'en tenir à la lettre de la clause, les parties étaient bien en peine à trouver une institution arbitrale répondant à cette dénomination.

B. L'indétermination du Tribunal arbitral par compétence concomitante

Si l'imprécision quant à l'institution arbitrale est un mal curable, la jurisprudence considère que l'excès de précision quant à celle-ci l'est tout autant.

Cette hypothèse est celle où l'indétermination résulte d'une référence dans le contrat à deux institutions arbitrales différentes.

Il convient ici de citer un arrêt particulièrement significatif de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 février 2006 ¹² qui retient le caractère contradictoire de la clause d'arbitrage dans une telle hypothèse et prononce donc son inefficacité.

La Cour de cassation, saisie du pourvoi contre cette décision, dans un arrêt du 20 février 2007 ¹³, casse l'arrêt d'appel au motif que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi.

C. L'indétermination des arbitres

Il arrive que les parties fassent preuve d'une ingéniosité débordante et mettent en place un processus de désignation des arbitres qui, outre d'être très éloigné des schémas habituels, est rendu en pratique trop complexe pour être applicable.

On peut citer ici une affaire célèbre dans laquelle la clause d'arbitrage prévoyait la nomination d'un arbitre par chacune des parties et la désignation d'un troisième arbitre par le Président du Tribunal de commerce si les arbitres saisis ne parvenaient pas à rendre une sentence et sur leur seule requête. Autrement posé, la saisine d'un troisième arbitre ne pouvait que procéder d'une demande faite par les arbitres et non d'une demande formée par la partie la plus diligente.

Pour que cette affaire nous offre l'occasion de la commenter, bien entendu, les arbitres n'ont pas pu se mettre d'accord sur une sentence, mais ils n'ont pas pour autant saisi le Tribunal de commerce pour que soit désigné un troisième arbitre.

Saisie de cette difficulté, la Cour de cassation a estimé ¹⁴ qu'il appartenait au juge d'aller au-delà de la lettre de la clause et de pallier la carence des arbitres quant à la saisine du Président du Tribunal de commerce.

La Cour a en effet affirmé qu'en « *adhérant aux statuts contenant la clause compromissoire, les parties avaient essentiellement manifesté leur volonté de voir trancher un litige éventuel par la voie arbitrale et, en cas de désaccord entre les arbitres par elles choisis, de voir désigner un tiers arbitre par le Président du Tribunal de commerce de Paris* ».

Le juge pallie ici le risque d'inefficacité de la clause en faisant primer son esprit sur la lettre du texte.

Un auteur ¹⁵, commentant une affaire similaire, a rappelé un principe élémentaire de mathématique arbitrale suivant lequel « *désignez deux arbitres pour constituer un tribunal arbitral et vous serez nécessairement jugé par trois arbitres* » !

D. L'indétermination de la mission arbitrale

Les contours de la mission arbitrale sont parfois bien obscurs tant quant à son étendue que quant à sa portée.

S'agissant de l'étendue de la mission arbitrale, des rédacteurs trop pressés s'étaient contentés de mentionner une compétence quant aux différends « survenant pendant l'exécution du contrat ». Mais que faire si le contrat qui contient une telle clause est résilié et qu'une partie soutient la résiliation abusive du contrat ?

La Cour de cassation dans un arrêt remarqué du 13 mars 1978 a retenu que la formule « pendant l'exécution » n'excluait pas une telle hypothèse.

S'agissant de la portée de la mission arbitrale, des rédactions maladroites ont parfois conduit à s'interroger sur le point de savoir si l'institution désignée détenait de véritables pouvoirs d'arbitre ou si la mission se limitait à de l'amiable composition.

L'hypothèse classique est celle où la clause prévoit à la fois le recours à l'arbitrage en cas de désaccord entre les parties et celui d'une juridiction étatique en cas de désaccord entre les arbitres.

Sur arrêt infirmatif d'une Cour d'appel qui avait limité la compétence des arbitres à une mission d'amiable composition, la Cour de cassation a affirmé ¹⁶ que dans une telle hypothèse la juridiction étatique désignée interviendrait dans un contexte d'échevinage en cas de désaccord entre les arbitres.

II. Les pathologies incurables des clauses d'arbitrage

Comme le souligne José Carlos Fernandez Rozas ¹⁷, on ne se trouve en présence d'une clause pathologique que quand la clause est équivoque quant à la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, dans l'identification de l'institution arbitrale compétente ou quant à la certitude de la renonciation à la juridiction étatique.

A. L'inefficacité de la clause arbitrale par insuffisance de rédaction

L'indétermination des arbitres dans la convention d'arbitrage est le royaume des clauses dites « blanches » ¹⁸. Ce qualificatif a été utilisé pour la première fois en 1974 par Frédéric Eisemann.

Ce type de clause serait par exemple celle retenant dans le cadre d'un arbitrage interne que « *tout différend né du présent contrat sera réglé par la voie de l'arbitrage* ». Dans une telle hypothèse, le droit français prive ces clauses de toute efficacité comme l'a retenu le Tribunal de Grande Instance de Paris dans une Ordonnance de référé du 14 octobre 1985 ¹⁹.

Le juge étatique estime que la nullité de la clause blanche lui interdit d'assister la constitution d'un tribunal arbitral ²⁰. Le juge étatique ne saurait en effet se substituer à la volonté des parties.

Cette solution retenue pour l'arbitrage interne au visa de l'ancien article 1443 du Code de procédure civile ²¹ ne trouve pas sa place dans l'arbitrage international où le juge vient sauver in extremis une telle clause. En effet, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une simple référence à un arbitrage ad hoc et a retenu la pleine efficacité de la clause litigieuse ²².

A côté des clauses blanches qui manifestent malgré tout une volonté de se soumettre à un arbitrage, il est des clauses qui font référence à une institution inexistante.

La Cour de cassation affirme ²³ dans cette hypothèse que la clause d'arbitrage est inefficace.

B. L'inefficacité de la clause arbitrale par excès de rédaction

Sous couvert de bonnes intentions, il arrive que les parties limitent la possibilité du recours à l'arbitrage dans un délai parfois court en fixant un *dies ad quem*.

Telle a été l'hypothèse à laquelle la Cour d'appel de Paris a été confrontée dans un arrêt du 17 janvier 1984 où la clause prévoyait qu'en cas de différend, la sentence devait être rendue dans les 10 jours de la saisine des arbitres. Dans cette affaire, la sentence a été rendue au-delà du délai imparti. La Cour a annulé la sentence estimant que celle-ci avait été rendue sur convention expirée.

Le mal dont souffrait la clause était ici certainement l'utopie en envisageant un tel délai.

Les parties peuvent aussi maladroitement retenir tout à la fois que le litige sera soumis à un arbitre qui statuera en premier ressort avec des pouvoirs d'amiable compositeur et qu'en cas d'échec de cet « arbitrage », le Tribunal de Grande Instance sera compétent. Ici, conciliation et arbitrage s'affrontent.

Relevant que les parties avaient envisagé l'hypothèse d'un échec de l'arbitrage, la Cour d'appel en a déduit ²⁴ que cet « arbitrage » relevait de la conciliation et qu'ainsi la clause ne pouvait être qualifiée de clause d'arbitrage.

Il arrive également que dans des hypothèses proches que celles envisagées supra (I.B), le contrat fixe compétence tant à une instance arbitrale qu'à une juridiction étatique.

Deux interprétations sont alors possible.

Une première interprétation conduit à retenir que le juge étatique est un juge d'appui de l'arbitre lorsque la rédaction de la clause est telle qu'il est possible d'y déceler une telle référence.

Une seconde interprétation met au jour une véritable contradiction. Dans cette hypothèse, la jurisprudence considère ²⁵ alors que si le caractère subsidiaire de la compétence de la juridiction étatique n'est pas clairement établi, la clause d'arbitrage n'a pas vocation à s'appliquer. La juridiction étatique retrouve par conséquent toute sa compétence.

Notons à l'inverse que dans une décision du Tribunal de Hambourg du 17 juillet 2007, la juridiction allemande a considéré ²⁶ que dans une hypothèse où le contrat prévoyait d'une part une clause d'arbitrage et d'autre part stipulait dans la clause relative à la loi applicable la compétence non exclusive des juridictions allemandes, la clause d'arbitrage n'en était pas moins valable.

-
- 1 Article 1447 du Code de procédure civile depuis le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, NOR: JUSC1025421D, JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777
- 2 Article 1443 du Code de procédure civile
- 3 Article 1452 du Code de procédure civile
- 4 Suivant l'article 1504 du Code de procédure civile, « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.* »
- 5 Article 1506 du Code de procédure civile
- 6 Suivant l'article 1442 du Code de procédure civile, « *la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.* »
- 7 Suivant l'article 1442 du Code de procédure civile, « *le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.* »
- 8 Cf. par ex : Sentences CCI n°2321 (1974), JDI 1975, p.938 ; n°4145 (1984), JDI 1985, p. 985 – CA Paris, 25 octobre 2000, Gaz. Pal. 16-17 novembre 2001, som. P.22 ; Cass, 1^{ère} civ, 28 mai 2002, n°99-10741
- 9 ICC Award No. 10671, Clunet 2005, at 1268 et seq. <<http://www.trans-lex.org/210672#toc-1>>
- 10 FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN in International Commercial Arbitration, La Haye : Kluwer Law International, 1999, spec, p. 262-26,6 E. Gaillard et J. Savage (éd.),
- 11 T [0/2] 4A-376/2008, décision 5 décembre 2008, 1^{ère} cour de droit civil, Cahiers de l'arbitrage, 20 octobre 2010, n°3, p.833
- 12 Aix-en-Provence, 23 février 2006, Gaz. Pal. 15-17 octobre 2006
- 13 Cass, 1^{ère} civ, 20 février 2007, pourvoi n° 06-14107
- 14 Cass, Com, 15 mai 1979, pourvoi : 78-10499
- 15 Loquin, Eric, RTD Com. 2009 p.552 sous Cass, Civ 1^{ère}, 8 avril 2009, pourvoi n°08-14.255
- 16 Cass, civ, 7 juillet 1971, JCP, 1971 II 16898, note P. Level
- 17 Fernández Rozas, José Carlos, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tome 290 (2001). pp. 9-224. ISSN 0169-5436,
- 18 F. EISEMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, in Essais in memoriam Eugenio Minoli, 1974, p. 129 et s. - B. DAVIS, *Pathological Clauses - Frederic Eisemann's Still Vital Criteria*, Arbitration International : Kluwer Law International, 1991, n° 7, p. 365 et s. -W. L. CRAIG, W. W. PARK ET J. PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration : Oceana Publications, Inc. et ICC Publishing SA, 2000, spec. p. 85 et 86. - Y. DERAÏNS ET E. SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* : Kluwer Law International, 1998, spec. p. 89-92
- 19 Ord. référé, TGI Paris, 14 octobre 1985, Rev. Arb. 1987.182
- 20 TGI Paris, 22 avril 1983, Rev. Arb. 1983.479 ; 25 octobre 1983, Rev arb. 1983.151)
- 21 Devenu article 1444 du Code de procédure civile
- 22 Cass, 1^{ère} Civ, 21 mai 1997, Rev. Arb 1997, p.537
- 23 Cass, 1^{ère} civ, 28 mai 2002, Gaz. Pal. 2002, som. 1811 ; Sentence partielle rendue Genève n°7920, Yearbook commercial arbitration 1998, p.80
- 24 Nancy, 12 décembre 1985, Rev arb, 1986.255
- 25 Paris, 12 décembre 2001, Gaz Pal, 31 mai 2003, n°151
- 26 Trib rég sup. Hambourg, (Hanseat OLG Hambourg), 14 mars 2006, 6SchH 11/05, Gaz. Pal., 17 juillet 2007, n°198, p.56
-

Mieux travailler ensemble ou comment les techniques de la médiation deviennent des outils de prévention du risque de conflit

Ghislaine RAMEL
Consultante

Le contexte :

Commençons en utilisant l'un des termes phare de notre XXI^{ème} siècle : *la médiation*. La voilà revenir sur l'avant-scène de notre société alors qu'il s'agit d'une vieille dame plus que centenaire ; mais elle est encore peu connue, voire confondue avec d'autres personnages qui ont eu et ont, eux aussi, leurs heures de gloire : Citons par exemple la transaction, la conciliation, l'arbitrage. Tous les secteurs de notre société sont concernés : de la Famille, en passant par les Affaires, en revenant avec la Justice et en passant par l'Etat. Qui n'a pas son Médiateur pour régler un conflit ?

Et voilà, les choses sont dites : la Médiation reste associée à la résolution des conflits. Oui les conflits sont notre lot commun et l'entreprise n'échappe pas à l'évolution de notre Société : beaucoup de temps et d'énergies improductives sont dépensés dans les équipes de collaborateurs face aux conflits.

Alors pourquoi ne pas essayer de prévenir la survenance de conflits et pourquoi ne pas donner à la médiation une autre connotation ? Certainement pourrait-elle alors remplir le vrai rôle social que l'on souhaite lui attribuer car après tout elle entre dans les disciplines faites pour les relations humaines.

Intégrer la dimension Ressources Humaines dans la stratégie de l'entreprise est aujourd'hui une nécessité reconnue. Implanter une démarche de gestion globale et transverse des risques est également sur la voie de l'avenir de la gestion des risques et de grandes entreprises ont déjà bien compris le rôle de la gestion des conflits pour préserver tant l'adaptation de leurs collaborateurs que leur propre réputation.

Cela étant, dans l'immensité et la diversité des événements, seul un nombre limité de périls peut mettre en cause l'atteinte des objectifs stratégiques de l'entreprise ;

d'autres ont un moindre impact : c'est le cas des conflits et souffrances diverses dans le milieu du travail.

C'est dans ce contexte que se pose la question de la prévention des conflits.

Comment peut-on identifier ce risque spécifique?

Peut-on l'évaluer? Quelle solution retenir pour le traiter ? Comment planifier et organiser la prévention?

Autant de points que nous allons aborder.

1) L'identification du conflit éventuel

Paul et Jean travaillent dans le département comptabilité d'une entreprise internationale. Au cours d'une réunion de service ils expriment chacun des points de vue contradictoires. Rien de moins courant. Mais la situation se reproduit et il se crée un blocage stérile avec la perception d'une tension entre Paul et Jean. Personne ne sait ou ne veut désamorcer le différend qui va aller à l'encontre de la réalisation des missions du département comptabilité : vérifications des options comptables pour le Directeur Financier.

Chaque fois qu'une situation de blocage ou d'impasse relationnelle se produit entre au moins deux personnes qui ont un intérêt ou un objectif en commun, il y a conflit explicite ou latent.

Même si le conflit est humain - il est positif d'exprimer des points de vues contradictoires pour en tirer des leçons - il n'en reste pas moins vrai que maintenir une tension par inertie est souvent la conséquence de l'ignorance de la gestion des émotions, des attitudes et des comportements. Entrer dans la dynamique conflictuelle est aisé et libre cours est alors donné aux comportements de frustration, de rejet, d'hypocrisie, d'agressivité, d'à priori. Et le conflit naît et il prend des proportions injustifiées : autant d'énergies négatives dépensées à l'encontre de la réalisation des objectifs de l'équipe, voire de l'entreprise, le conflit va dégénérer tant sur l'individu que sur l'entreprise.

Dès lors, le rôle des responsables d'équipes déjà bien difficile à mener, se trouve, à leur insu, complété par une « garantie de bon fonctionnement » de leur équipe. Ils voient dans leurs prérogatives celle de gérer les relations interpersonnelles : si le climat de travail est « miné » par les mésententes, que le rendement diminue (voire s'accompagne de négligences ou de fautes), et que l'équipe est démobilisée alors c'est à eux, en fin de compte que sera attribué la responsabilité de cet échec. L'identification du conflit est délicate car il surgit sournoisement ne laissant apparaître que quelques signaux intermittents à ceux et celles qui sauront les capter. Le conflit est un aboutissement et non un début. Il n'en reste pas moins qu'il peut être assimilé à une vulnérabilité volontaire qui se manifeste par des actes de malveillance à l'égard tant des personnes que de l'entreprise par personnes interposées. Tout ce qui peut rendre la ressource humaine indisponible pour l'entreprise peut être qualifié de risque à l'image de la démission, du « burn out », de la maladie, de l'accident; Et le conflit va rejoindre cette liste.

Si l'habileté à résoudre des conflits et dénouer les impasses relationnelles devient une compétence, alors la prévention de survenance d'un conflit devra, elle, entrer dans la boîte à outils du « bon manager ».

2) L'analyse et l'évaluation du conflit

Mener l'analyse de cette vulnérabilité nous fait entrer dans la notion de capital humain : les hommes et les femmes de l'entreprise ne sont plus considérés comme une contrainte mais comme un gisement de ressources et un actif clé pour les performances globales et la pérennité de l'entreprise.

Pour autant voilà une ressource que l'on identifie par sa diversité, sa complexité, ses aspirations multiples. On ne compte plus le nombre de scientifiques qui se penchent sur le sort de cette ressource pour en conclure qu'il s'agit d'une denrée pas spécialement rare mais plutôt chère dès lors qu'il s'agit de la développer et lui maintenir un taux d'employabilité.

Le maître mot est alors laissé à la Direction des Ressources Humaines (anciennement « service du Personnel ») qui pourra établir par exemple, en utilisant l'ensemble des données dont elle dispose et qu'elle reporte à la Direction Générale, le taux d'absentéisme, le « turn-over », les arrêts maladies et les causes à priori connues de ces événements. Les données sur la constitution du personnel par exemple niveau de formation, sexe, âge, nationalité, ancienneté, questionnaires ou entrevues avant un départ...autant d'éléments à intégrer dans les paramètres de l'analyse des mesures sociales. Combien y a-t-il alors de personnes qui quittent la même équipe par année ? Combien d'arrêts maladie sur le même département ? Et surtout pourquoi ?

Cette analyse permet à la Direction des Ressources Humaines de déterminer tant l'environnement général et collectif du travail que l'environnement individuel et ainsi d'avoir les premiers éléments d'évaluation quantitative de conflits éventuels. Un élément à intégrer dans l'optimisation et la valorisation de l'utilisation de la ressource humaine.

Le niveau de risque de conflit peut ainsi être analysé et évalué afin de déterminer quelles vont être les priorités de traitement.

3) Les techniques de communication de la médiation comme outils de traitement préventif du conflit

Savoir traiter un conflit à sa source va s'avérer plus sain et contribuera à construire une relation équilibrée dans les équipes même si l'expérience et les statistiques montrent des possibilités de survenance illimitées et donc des causes très variées.

Dans ce domaine bien particulier constitué du tissu humain, il va être indispensable de prendre le temps d'une réflexion sur le processus qui mène au conflit d'une part et d'autre part sur les techniques de circulation des informations. Autrement dit :

- Comprendre les enjeux et les interactions en communication : la manière de considérer une personne va influencer le comportement
- Choisir la prévention plutôt que la gestion du conflit

La conception que les responsables d'équipes auront alors au sujet de leurs collaborateurs aura un rôle sur leur efficacité pour maintenir l'harmonie dans les relations de travail. Leur souci de leurs collaborateurs va passer soit par les efforts qu'ils feront pour en être aimés soit par le souci que les collaborateurs fassent leur travail ; le fait d'obtenir des résultats par la confiance, la sympathie, la communication l'obéissance, le respect sont toutes des manifestations de l'intérêt pour le facteur humain. Les collaborateurs vont alors réagir avec enthousiasme, rancœur, empathie, routine, résistance, indifférence... Pour peu que les équipes soient « multiculturelles » alors le conflit pourra être inhérent à la capacité d'adaptation : le collaborateur affiche sa diversité culturelle, le responsable encourage la sensibilité culturelle pour être à même de tirer parti de cette diversité.

Les techniques de communication utilisées pour mener une médiation sont centrées autour de l'altérité pour renouer un dialogue dans le respect de l'autre: c'est reconnaître la légitimité des points de vue, reconnaître l'aspiration à bien faire, au bien-être et au mieux savoir, c'est reconnaître la possibilité de maladresse. Il s'agit d'utiliser des techniques relationnelles : avoir une communication adaptée, une implication renforcée, une reconnaissance réciproque. Et bien entendu lutter contre le discours fataliste sur le caractère inévitable du conflit. Citons par exemple le fait pour le responsable d'équipe de recevoir ses collaborateurs, d'instaurer un dialogue, de les inciter à s'exprimer sur leurs priorités, de les faire réfléchir sur des solutions, des initiatives, de les réunir ensemble...

Si la prévention est sélectionnée comme la solution la mieux adaptée, il y aura lieu alors de la planifier et de l'organiser.

4) Faire entrer l'organisation de la prévention de survenance du conflit dans un programme global de gestion des risques

L'entreprise est une combinaison dynamique de ressources pour lui permettre d'atteindre ses objectifs. Parmi les diverses ressources, l'ensemble des employés est désormais admis au rang des sources de profit et de contribution à la valeur et à la pérennité de l'entreprise. A ce titre il fait partie des facteurs de développement durable tant sociaux que culturels. Comme tout élément du patrimoine, il doit être préservé et développé. Il en va désormais de la responsabilité sociétale de l'entreprise appliquée à elle-même. Et si cette ressource n'est pas mobilisée, il n'y aura pas création de valeur.

L'objectif est dès lors d'anticiper les conflits dans les équipes et d'en diminuer la probabilité de survenance en intégrant la prévention des conflits dans le programme global de gestion des risques de l'entreprise soutenu par la Direction Générale.

Comme pour toute action de prévention, il y aura une action sur la chaîne de causalité conduisant à l'événement : dans notre contexte, il s'agit de rompre un enchaînement de faits supposés conduire à un conflit. La mauvaise relation de travail qui s'installe entre Paul et Jean va nuire à leur rendement respectif, à leur motivation, à leur humeur, à leur énergie et va occasionner un climat de travail malsain au sein du Département Comptabilité. La coordination par le Chef

Comptable sera rendue difficile et personne ne sera à l'abri de fautes ou d'erreurs dans l'accomplissement du travail de chacun.

Parler de programme global de gestion des risques revient à intégrer l'expérience fondamentale du Risk Manager dans l'élaboration et la mise en place du processus de gestion des risques. Dans le cas du conflit, le Risk Manager en collaboration étroite avec le responsable des Ressources Humaines pourra ainsi :

- Appréhender la problématique générale des conflits
- Proposer d'utiliser les outils de gestion de risques appliqués aux données émanant des Ressources Humaines pour analyser et repérer les causes de conflit :
- Bâtir un dispositif et établir un diagnostic d'identification des éléments potentiels susceptibles d'affecter l'organisation (les organigrammes « horizontaux », la qualité de vie au travail, les processus de communication existants, les questionnaires chiffrés sur les dysfonctionnements..)
- Faire le bilan, établir des préconisations et un plan d'actions sur les causes de survenance d'un conflit pour susciter dans l'entreprise une culture de risque avec comme véhicules la communication, l'échange et le dialogue.
- Engager un programme de sensibilisation dédié aux responsables d'équipes : leur indiquer les signes et attitudes qui « annoncent » qu'un conflit se prépare, leur apprendre à encourager le succès des personnes, à susciter le respect de la diversité et la sensibilisation culturelle, les aider à ne pas se mettre en situation d'échec ... Tout un programme de formation basé sur l'analyse des causes car la gestion du relationnel opérationnel dans les équipes pour l'application de la prévention est et reste de la responsabilité quotidienne des responsables d'équipes
- Proposer un programme d'information à l'attention de l'ensemble des collaborateurs
- Evaluer les coûts d'un conflit (heures de travail perdues, absences, remplacement, fautes commises ...)
- Le Responsable des Ressources Humaines pourra décider que le « savoir déceler, prévenir et bien sûr gérer les conflits » sera l'un des éléments de l'évaluation annuelle des responsables d'équipes au même titre que d'autres éléments d'évaluation des compétences.

Parmi les valeurs attendues d'un tel programme, citons l'amélioration de la qualité relationnelle, la maîtrise des difficultés relationnelles, la réduction de l'absentéisme, la réduction du « turn over », le rétablissement de la convivialité, l'optimisation de la productivité, la réduction du risque de faute ou d'erreur dans l'accomplissement des tâches.

L'image de l'entreprise ainsi que sa réputation en seront les premières bénéficiaires notamment par les informations repercutées par les employés eux-mêmes à l'extérieur de leur entreprise.

Le Risk Manager et le Responsable des Ressources Humaines pourront également tirer profit de tous les nouveaux outils pédagogiques existants, parfois très ludiques pour faire valoir l'esprit de prévention du risque de conflit.

Permettons nous en conclusion, de confirmer que l'enjeu est bien le développement de l'engagement de tous les collaborateurs pour réduire les risques et augmenter la performance globale de l'entreprise.

Les techniques utilisées en médiation offrent un processus durable de prévention des conflits et un environnement de travail où chacun a le sentiment d'être écouté, reconnu et valorisé.

En associant la médiation préventive au « mieux travailler ensemble » elle aidera, au terme d'une évolution culturelle dans la manière de régir les rapports humains, à passer d'une société du conflit à une société du compromis.

Which which is that?

Oh, that which!

Martin JUDSON
Reinsurance Consultant

Très souvent, mes amis français me demandent d'expliquer la différence en anglais entre "which" et "that". Malheureusement, la frontière entre les deux est floue et la plupart des anglais se servent des deux mots de façon interchangeable. Aux Etats-Unis, de plus en plus, nos amis américains se servent uniquement du mot « that ». Pourtant, la différence peut être fondamentale et les erreurs grammaticales de ce genre peuvent entraîner des conséquences lourdes et inattendues.

Il est vrai que la différence est subtile et parfois très difficile à appréhender, particulièrement pour les francophones qui n'ont pas cette distinction.

La première chose à dire est que « which » se réfère aux choses inanimées, tandis que « that » se réfère à la fois aux choses et aux personnes. En français, cela se traduit aisément par « qui » ou « que ». Mais pour compliquer la donne, la distinction entre « qui » et « que » se fait selon que le pronom relatif soit sujet ou objet dans la phrase, alors qu'en anglais la différence est toute autre.

Pour tous ceux d'entre vous qui se rappellent de leurs cours de CM2, et qui maîtrisent la différence entre les différents types de propositions subordonnées et les compléments déterminatifs et explicatifs, l'explication suivante sera un jeu d'enfant :

En règle générale, « that » est le pronom complément déterminatif, tandis que « which » (et son équivalent pour les personnes, « who ») sont des pronoms complément explicatifs. Ceci veut dire que « that » introduit la subordonnée qui restreint l'antécédent ou en limite la définition ; « which » et « who » introduisent la subordonnée qui apporte des précisions supplémentaires (voire accessoires) à l'antécédent.

Considérez, si vous voulez bien, les phrases suivantes :

- 1 Arbitrators' decisions that are not reasoned are quite unacceptable.
- 2 Arbitrators' decisions, which are not reasoned, are quite unacceptable.
- 1 Les décisions arbitrales qui ne sont pas motivées sont inacceptables.
- 2 Les décisions arbitrales, qui ne sont pas motivées, sont inacceptables.

La première veut dire que toute décision arbitrale non-motivée est inacceptable. La deuxième veut dire qu'aucune décision arbitrale n'est motivée et que toutes sont inacceptables.

1 Arbitrators' decisions that I like are quite acceptable.

2 Arbitrators' decisions, which I like, are quite acceptable.

1 Les décisions arbitrales que j'aime sont acceptables.

2 Les décisions arbitrales, que j'aime, sont acceptables.

La première veut dire que seules les décisions que j'aime sont acceptables, tandis que la deuxième veut dire que toutes les décisions sont acceptables, et que je les aime toutes.

La différence entre les deux phrases est considérable.

Seules les virgules sont capables de faire la même distinction en français. En anglais, nous avons en plus des virgules, deux mots différents pour le faire. Autant en profiter, mais correctement !

Pour faire court, « that » est le pronom d'une subordonnée déterminative qui se passe très bien de la virgule alors que « which » est le pronom d'une subordonnée explicative qui pourrait presque figurer entre parenthèses. Pour faire très court, et de manière générale, si on emploie la virgule en français ça se traduit par « which », sinon c'est « that ».

Quelques exemples pour terminer :

Computers that run slowly should be thrown away (comprenez : débarrassez-vous uniquement des ordinateurs lents).

Computers, which run slowly, should be thrown away (comprenez : tous les ordinateurs sont lents, il faut s'en débarrasser).

Et pour vous divertir, et en même temps vérifier que vous avez tout compris, quelle est la phrase correcte parmi les suivantes ?

A - It is not only arbitration panels that are experienced that are effective.

B - It is not only arbitration panels, which are experienced, that are effective.

C - It is not only arbitration panels that are experienced which are effective.

D - It is not only arbitration panels, which are experienced, which are effective.

La phrase principale « it is not only arbitration panels that are effective » (A et B) est une phrase incomplète car elle ne dit rien sur les tribunaux efficaces.

Bien que la réponse D soit grammaticalement correcte, elle signifie que tous les tribunaux arbitraux sont expérimentés, et qu'il y a autre chose d'efficace que les tribunaux. Ceci est peut-être vrai, mais ce n'est pas du tout le sens voulu de la phrase.

La réponse correcte est C, car c'est la seule phrase cohérente. La phrase veut dire que même les tribunaux arbitraux inexpérimentés peuvent être efficaces.

Ce qui laisse une chance, et fort heureusement, aux arbitres débutants du CEFAREA.