



**HAL**  
open science

# Le repli par les juridictions étatiques de leur juridiction

Marcel-Gérard Bouhenic

► **To cite this version:**

Marcel-Gérard Bouhenic. Le repli par les juridictions étatiques de leur juridiction. Droit. Université Paris-Saclay, 2021. Français. NNT : 2021UPASH004 . tel-03624019

**HAL Id: tel-03624019**

**<https://theses.hal.science/tel-03624019>**

Submitted on 30 Mar 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*

The withdrawal by the State Courts of their *jurisdictio*

**Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay**

Droit, éthique et patrimoine

École doctorale n°630 : (DEM) - pôle Droit  
Spécialité de doctorat : sciences juridiques

Unité de recherche : Université Paris-Saclay, Institut droit éthique  
patrimoine, 92330, Sceaux, France.

Référent : Faculté de droit, économie et gestion

**Thèse présentée et soutenue à Paris SACLAY,**

**le 29 mars 2021, par**

**Marcel-Gérard BOUHENIC**

## Composition du Jury

<b>Lucie MAYER</b> Professeure agrégée, Paris II	Présidente
<b>Natalie FRICERO</b> Professeure agrégée, Nice	Rapporteur & Examinatrice
<b>Jean-Baptiste RACINE</b> Professeur agrégé, Paris II	Rapporteur & Examineur
<b>Daniel TRICOT</b> Professeur agrégé, Honoraire	Examineur
<b>Hélène AUBRY</b> Professeure agrégée, Paris Saclay	Examinatrice
<b>David Bakouche</b> Professeur agrégé, Paris Saclay	Directeur de thèse

**Titre :** Le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*

**Mots clés :** Médiation, Arbitrage, *Jurisdictio*, Repli, MARC, Consensualisme

**Résumé :** Les juridictions étatiques replient volontairement leur *jurisdictio* pour favoriser les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC) - notamment la médiation et l'arbitrage - et tendent ainsi à devenir un mode subsidiaire de règlement des litiges.

Les techniques juridiques qui fondent le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques au profit des MARC ont pour particularité d'être de source prétorienne et issues de raisonnements construits sur un *a priori* systématiquement favorable aux MARC, *a priori* qui n'est pas uniquement le reflet d'un système économique mais résulte de multiples influences idéelles (philosophiques, religieuses, sociétales).

De fait, la subsidiarité des juridictions étatiques entraîne la subsidiarité de la loi en tant que norme de règlement des litiges. Parallèlement, les normes a-légales retenues par les MARC acquièrent une autorité assise sur la satisfaction tant des parties qui en font l'expérience que des juges étatiques qui constatent que le repli de leur *jurisdictio* ouvre le passage du juste général au juste particulier.

Ainsi, progressivement, les institutions privées de MARC acquièrent un pouvoir politique en émettant des normes qui influent à la fois sur les règles que retiennent les juridictions étatiques et sur la stratégie des parties dans la défense de leurs intérêts.

Au-delà de leur tendance au repli de leur *jurisdictio* à l'égard des conflits privés en laissant se développer sous leur contrôle les MARC et les normes a-légales pour les conflits entre particuliers, les juridictions étatiques, en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, redéployent toutefois leur *jurisdictio* en endossant, le cas échéant, un rôle politique de création de normes et de suppléant du législateur lorsque les conflits s'expriment sous forme d'affrontements de Grands Principes, notamment lorsque les règles légales sont insuffisantes pour répondre à l'évolution de la société.

**Title :** The withdrawal by the State Courts of their *jurisdictio*

**Keywords :** Mediation, Arbitration, *Jurisdictio*, Withdrawal, ADR, Consensualism

**Abstract :** State courts voluntarily retract their *jurisdictio* to favour Alternative Dispute Resolution (ADR) - notably mediation and arbitration - and are thus tending towards becoming a subsidiary means of dispute resolution.

The legal techniques, on which the withdrawal of the *jurisdictio* of the State courts in favour of ADR is based, have the particularity of being of praetorian origin and the result of reasoning based on an *a priori* systematically favourable to ADR, an *a priori* that is not only the reflection of an economic system but the result of multiple "ideal" influences (philosophical, religious, societal).

The subsidiarity of State jurisdictions leads *de facto* to the subsidiarity of the law as a standard for dispute settlement. In parallel, the non-legal standards adopted by ADR acquire an authority based on the satisfaction of both the parties to whom they are applied and the State judges who consider that the withdrawal of their *jurisdictio* opens the passage from what is just in general to what is just in particular.

Thus, gradually, private ADR institutions are acquiring political power by issuing standards that influence both the rules adopted by State courts and the defense strategies of the parties.

Beyond their tendency to retract their *jurisdictio* by allowing ADR and non-legal standards to develop under their control with regard to conflicts between private individuals, State courts, at the beginning of the 21<sup>st</sup> century, are nevertheless redeploying their *jurisdictio* by adopting, where appropriate, a political role as standard-setters and substitute legislators where conflicts take the form of confrontations between Great Principles, particularly where legal rules prove unable to respond to changes in society.

*À ceux auxquels ma présence a manqué durant ce travail.*

*« On ne saurait trouver, parmi tous les commandements, de commandement qui puisse se comparer au devoir d'étudier la Loi, tandis que ce devoir, à lui seul, égale en importance tous les autres commandements. »*

Maïmonide<sup>1</sup>

*« ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi ; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi. »*

Aristote<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> M. Maïmonide, « *Le Livre de la connaissance* ».

<sup>2</sup> Aristote, « *Éthique à Nicomaque* », Livre V, Chapitre X.

# **INTRODUCTION**

## **PLAN DE L'INTRODUCTION**

A. Le questionnement à l'origine de la réflexion sur le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* (justification du sujet)

A.1. Constat (déjudiciarisation)

A.2. Une vision prospective des effets sur la procédure et sur le droit substantiel du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*

A.2.1. La question préalable de la primauté entre les facteurs du rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* »

A.2.2. La primauté du « *juridictionnel* » dans le rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* »

A.2.2.1. Le besoin de la *jurisdictio* pour permettre à tout groupe humain de se perpétuer

A.2.2.2. La confirmation historique de la primauté du « *juridictionnel* » dans le rapport pouvoir politique - pouvoir juridictionnel

B. Le sujet

B.1. Définition du sujet par la terminologie employée

B.2. Définition du sujet par la distinction entre « *déjudiciarisation* » et « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* »

B.3. La déjudiciarisation - orientation politique

B.3.1. La déjudiciarisation : une orientation politique sans technicité juridique

B.3.2. La déjudiciarisation dépasse les rares cas de disparition totale du juge étatique

B.3.3. La déjudiciarisation inclut les cas où l'intervention du juge étatique demeure possible

B.4. Le repli - acte juridique

C. L'environnement institutionnel du repli de la *jurisdictio*

C.1. La disparition de la *jurisdictio* du juge étatique

C.1.1. En matière pénale

C.1.1.1. La répression du chèque sans provision

C.1.1.2. La convention judiciaire d'intérêt public

C.1.1.3. La médiation pénale

C.1.2. En matière civile

C.1.2.1. L'exequatur

C.1.2.2. Le divorce sans juge

C.1.2.3. Le CETA (Règlement des conflits)

C.2. La limitation de la *jurisdictio* du juge étatique

C.2.1. En matière pénale

C.2.1.1. Les peines plancher

C.2.1.2. Le jury populaire

C.2.2. En matière civile

C.2.2.1. Les indemnités plafonnées en matière prud'homale

C.2.2.2. La médiation de la consommation

C.3. La limitation du rôle du juge étatique

C.3.1. En matière pénale

C.3.1.1. La composition pénale

C.3.1.2. La transaction pénale par officier de police judiciaire (OPJ)

C.3.1.3. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)

C.3.2. La médiation préalable obligatoire en droit administratif

C.3.3. En matière civile

C.3.3.1. La procédure participative

C.3.3.2. Incitations et obligations de conciliation ou de médiation ou de procédure participative

C.3.3.3. La conciliation

Le plan d'ensemble et sa justification



Le retrait de l'État est patent dans de nombreux secteurs, tant économiques que régaliens. Dans des domaines aussi régaliens que celui de l'éducation ou de la sécurité, des organismes privés se substituent ainsi aux institutions publiques.

Ce mouvement de retrait général des organisations publiques touche également les institutions judiciaires de l'État et notamment le pouvoir de *jurisdictio* du juge étatique.

Ce retrait du pouvoir de *jurisdictio* des juridictions étatiques s'opère d'une manière directe, par la volonté de lois spécifiques qui, d'autorité, limitent ou excluent l'intervention des juges. Dans cette forme de déjudiciarisation, les juridictions étatiques ont un rôle passif.

En outre, parallèlement, les juridictions étatiques opèrent, par elles-mêmes, par des analyses juridiques qu'elles adoptent spontanément, un retrait certain de leur *jurisdictio*.

Le « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » en tant que phénomène singulier a pu être identifié à l'issue d'un questionnaire.

Le questionnaire a permis de comprendre que même si l'action des juridictions étatiques en faveur du repli de leur *jurisdictio* s'inscrit dans le sens du grand mouvement de la déjudiciarisation, elle demeure en soi un phénomène particulier, en ce qu'elle trouve des racines qui lui sont propres, qu'elle produit des effets qui lui sont spécifiques et qu'elle est réalisée par un acteur étonnant de la déjudiciarisation : les juridictions étatiques elles-mêmes.

Ce questionnaire correspond à l'ensemble des interrogations qui, à l'instar d'une enquête qui avance pas à pas, se sont successivement posées et qu'il a fallu résoudre les unes après les autres, pour, progressivement et à la fin d'étapes

incompressibles, aboutir à la reconnaissance du caractère singulier du phénomène de « *repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio** ».

La première partie de l'introduction présentera ce questionnement à l'origine de la réflexion (A). Ensuite, dans sa deuxième partie, l'introduction permettra de définir le sujet (B) avant de le resituer dans l'environnement institutionnel dans lequel intervient le repli de la *jurisdictio* (C).

## **A. LE QUESTIONNEMENT À L'ORIGINE DE LA RÉFLEXION SUR LE REPLI PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DE LEUR *JURISDICTIO* (JUSTIFICATION DU SUJET)**

Partant du constat de la déjudiciarisation (A.1) et du mouvement actif de repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*, une vision prospective des effets d'un tel mouvement sur la procédure et sur le droit substantiel s'est imposée (A.2).

### **A.1. Constat (déjudiciarisation)**

Cette thèse trouve son origine dans un constat : celui de la tendance actuelle de l'État à multiplier les modalités légales et jurisprudentielles conduisant au repli ou à la rétractation de son pouvoir juridictionnel.

Règlement amiable des conflits, arbitrage, médiation, déjudiciarisation du divorce, peines planchers, principe de compétence-compétence, transaction pénale... : les alternatives aux jugements des juridictions étatiques en matière civile et pénale se multiplient et se diversifient. Il y a là autant de limitations, voire d'exclusions de la *jurisdictio* de l'organe judiciaire de l'État. Autant de signes révélateurs d'un véritable

phénomène<sup>3</sup> qui touche l'évolution de l'État, ce dernier déléguant de plus en plus ses pouvoirs de régler les conflits au profit d'autres institutions auxquelles il laisse la priorité.

L'État met en œuvre les trois pouvoirs qui le constituent pour réaliser le repli ou la rétractation de sa *jurisdictio* :

- son pouvoir politique : en exprimant la direction politique du repli ou de la rétractation de sa *jurisdictio* ;
- son pouvoir législatif : en votant des lois réalisant le repli de la *jurisdictio* ;
- mais aussi son pouvoir judiciaire (dit "*autorité judiciaire*"), lequel, par son adhésion et son concours pratique "*sur le terrain*", contribue de façon importante et significative au repli de la *jurisdictio*.

(i) Parmi les textes légaux et réglementaires ayant contribué à la déjudiciarisation, seuls ceux qui sont récemment intervenus en revendiquant leur appartenance au mouvement de déjudiciarisation ont fait l'objet d'une étude d'ensemble<sup>4</sup>.

Cette étude a essayé, en regroupant ces textes légaux récents, d'en déduire une définition de la déjudiciarisation.

---

<sup>3</sup> La baisse régulière, au cours des dix dernières années, du nombre de litiges au fond dont sont saisis les tribunaux de commerce est un signe objectif de l'accroissement du règlement des litiges au moyen de solutions alternatives. Ainsi, alors qu'en 2005, le nombre d'affaires nouvelles enrôlées devant le juge du fond des tribunaux de commerce était de 112.111, il n'était plus en 2015 que de 64.396 (source : Tribunaux de commerce, statistiques 2015, Avril 2016, Conférence Générale des Juges consulaires de France : <http://www.tribunauxdecommerce.fr/wp-content/uploads/2016/05/Statistiques-2015.pdf>), soit une baisse en dix ans de plus de 42% et ce, malgré l'augmentation du nombre des entreprises et des échanges durant la même période.

<sup>4</sup> S. Cimamonti et J-B. Perrier, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Paris, LGDJ, 2019.

Cette étude en propose ainsi la définition suivante :

*« un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, en matière civile comme en matière pénale, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle. »*

Cependant, cette définition ne saurait recouvrir l'entièreté de la réalité et de la consistance de la déjudiciarisation et ce, au moins pour les raisons suivantes :

- cette définition correspond strictement à l'étude dont elle est issue, laquelle est volontairement limitée aux seuls textes récents qui se sont expressément déclarés mettre en œuvre la déjudiciarisation. Or, bien avant que le mouvement n'ait porté le nom de déjudiciarisation, des textes initiaient déjà l'exclusion totale des juridictions dans des domaines importants du droit (tels le chèque sans provision ou l'exéquatur). Ces textes moins récents, entraînant une exclusion totale de l'intervention du juge, ne sont pas pris en compte par ladite étude alors qu'ils sont pourtant très intéressants dans leur radicalité et que le mouvement de déjudiciarisation ne peut être totalement appréhendé ni compris qu'en le considérant depuis son origine ;
- il s'agit moins d'une définition de la notion abstraite de déjudiciarisation que d'un inventaire synthétique de l'objet des textes légaux qui prévoient expressément que les parties peuvent soit se voir imposer soit se proposer l'une à l'autre de tenter un règlement consensuel. La déjudiciarisation va

cependant au-delà de la place offerte au consensualisme. Il s'agit d'un mouvement qui contribue à construire un contexte social qui commande aux parties d'adapter en conséquence leur stratégie dans la conduite de la défense de leurs intérêts dans le cadre de litiges ;

- cette synthèse ne rend pas compte de la nature même de la déjudiciarisation alors qu'il s'agit d'un élément clef du concept. En effet, la déjudiciarisation n'est pas une institution juridique mais procède d'une volonté et d'une orientation politiques qui commandent l'adoption de mesures légales qui en permettent la réalisation. Une définition ne peut s'exonérer de préciser la nature de l'objet défini et se limiter à décrire ses effets ;

- cette synthèse ne rend pas compte de la multiplicité des institutions qui participent à la création et à la réalisation de la déjudiciarisation, ce qui permettrait pourtant de saisir l'originalité et l'importance du phénomène. Cette limite provient toutefois directement du fait que l'objet de l'étude précitée, malgré sa qualité, est limité au strict commentaire des lois récentes ayant contribué à la déjudiciarisation ;

- enfin, la déjudiciarisation qui, en réalité, est une orientation politique et n'est ni un régime juridique ni une institution juridique, ne peut être contenue dans une définition purement juridique.

(ii) À ce stade, il convient de préciser que les textes réalisant la mise en place de la déjudiciarisation ne constituent pas, en tant que tels, l'objet de la présente thèse ; ainsi, les institutions qu'ils ont instaurées seront-elles rapidement citées et ce, simplement pour mesurer l'ampleur du phénomène légal de la déjudiciarisation, d'une part, et pour

présenter le contexte dans lequel intervient le repli de leur *jurisdictio* par les juridictions étatiques, d'autre part.

La présente thèse, comme il sera indiqué plus loin avec précision, est centrée sur l'étude de la jurisprudence des juridictions étatiques qui a eu un rôle actif et créateur dans le mouvement de la déjudiciarisation.

Bien qu'une telle étude relève de la stricte technique juridique, le mot "*repli*", qui n'est pourtant ni un terme ni un concept juridique, a été retenu en tant qu'image ou de métaphore.

## **A.2. Une vision prospective des effets sur la procédure et sur le droit substantiel du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio***

À la suite du constat du mouvement actif de repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*, une vision prospective de l'impact d'un tel mouvement sur la procédure et sur le droit substantiel s'impose.

En effet, dès lors qu'à la suite de l'évolution précitée, le règlement des conflits s'oriente vers d'autres compétences que le juge étatique, surgissent nécessairement des questions relatives à l'influence que cette évolution peut avoir sur de nombreux aspects juridiques : sur les institutions privées qui se chargent du règlement des conflits, sur la procédure, sur les moyens de défense qui doivent nécessairement être adaptés ou encore sur le droit applicable.

Dans une optique prospective, les questions qui s'imposent immédiatement après ce constat sont les suivantes :

- le repli du pouvoir juridictionnel de l'État entraînerait-il la création de « *nouveaux pouvoirs* » ayant eux-mêmes une force de création de normes

qui, à leur tour, auraient une influence soit sur le droit applicable soit sur les critères à retenir pour la solution du différend ?

- dans le cadre d'un différend qui sera géré par ces « *nouveaux pouvoirs* » chargés du règlement des différends, quelle sera l'évolution des moyens et stratégies de défense à mettre en œuvre ?

En réalité, la réponse à ces interrogations est fonction de celle qui doit être apportée à une autre question, qui est celle de savoir si la mission de règlement des différends est créatrice de pouvoir, et plus précisément de pouvoir politique. Cette question, à son tour, oblige à rechercher lequel des deux facteurs a la primauté dans le rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* ».

#### A.2.1. La question préalable de la primauté entre les facteurs du rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* »

La notion de « *primauté* » doit, pour cette analyse, être comprise aussi bien dans le sens de « *prééminence* » que dans le sens d'« *antériorité chronologique* », de sorte que l'analyse conduira à faire ressortir quelle est celle, entre les deux puissances, pouvoir politique - pouvoir juridictionnel, qui est la cause, le fondement, la source de légitimité de l'autre ; en quelque sorte, il s'agit de déterminer quel est le facteur qui produit l'autre et quel est le facteur qui est la conséquence de l'autre.

Quel est l'intérêt pour le sujet de la question de la primauté des facteurs dans le rapport « *pouvoir politique – pouvoir juridictionnel* » ?

Il existe un lien historique, incontestable et flagrant, entre la construction étatique et l'exercice du pouvoir juridictionnel, monopole régalien par excellence qui est arrivé à se confondre avec la notion d'État.

En revanche, il reste à savoir si la justice est une cause ou une conséquence de l'État.

Pour résoudre cette interrogation, deux hypothèses, dont les enjeux sont très différents, peuvent être émises :

Hypothèse n° 1 : Primauté du politique sur le judiciaire

Selon cette hypothèse, le pouvoir politique serait premier (primordial), se situant à l'origine du pouvoir judiciaire<sup>5</sup>. Ceci revient à considérer que, chronologiquement (historiquement), le pouvoir politique aurait assumé l'exercice de la fonction judiciaire en raison de sa puissance.

Si le pouvoir politique prime sur le pouvoir judiciaire, le repli ou la rétractation de l'État de la *jurisdictio* n'affaiblit pas son pouvoir politique et, compte tenu de la charge que représente l'exercice de la fonction judiciaire, il semble probable que le pouvoir politique continuera à amplifier le repli de sa *jurisdictio*, sans pour autant laisser se créer des puissances politiques concurrentes dans la création de normes.

Ce repli de la *jurisdictio* de l'État, simple mesure de gestion, ne serait pas révélateur d'un changement de mœurs ou de société : il s'agirait d'une simple stratégie de gouvernement économique qui, notamment, laisserait intactes les stratégies judiciaires des parties en litige.

---

<sup>5</sup> Dans le sillage de Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2000. La vie communautaire prend forme et devient possible à travers l'État, la justice étant créée par des règles autoritaires, publiques et impératives.



### Hypothèse n° 2 : Primauté du judiciaire sur le politique

Selon cette seconde hypothèse, l'autorité judiciaire serait à l'origine du pouvoir politique et en serait la source<sup>6</sup>.

Ici, le repli ou la rétractation de la *jurisdictio* du pouvoir politique apparaîtra par conséquent plus étonnant, invitant à une analyse des raisons nécessairement profondes de ce phénomène et de ses conséquences sur l'ordonnement juridique.

Comment expliquer en effet que non seulement l'État laisse naître et se développer, mais, en outre, favorise et consacre des institutions et des pouvoirs qui entendent se substituer à lui dans la fonction de régler des conflits ? Quelles influences permettent ce repli inédit de l'État de sa *jurisdictio* ?

La conséquence d'une primauté du pouvoir juridictionnel sur le pouvoir politique conduit à envisager qu'à l'instar du processus par lequel l'exercice du pouvoir juridictionnel est à l'origine du pouvoir politique de l'État, la fonction de règlement des différends exercée par des institutions privées sera créatrice à son tour d'un pouvoir politique au profit desdites institutions privées, notamment par la capacité de ces dernières, à l'occasion du règlement des conflits, à émettre des normes et, à travers ces normes, une idéologie.

Les parties en conflit devront alors adapter leurs moyens de défense à ces institutions privées et à leurs normes et idéologie (le droit processuel n'étant pas sans effet sur le droit substantiel).

---

<sup>6</sup> E. Kant (*Métaphysique des mœurs*, 1797) considère que l'exigence de justice justifie l'État, voire sous-tend la possibilité même de l'État. Pour Kelsen également, c'est l'ordre juridique qui produit le politique, d'où la figure de l'État de droit : le droit limite la puissance de l'État et les recours juridiques contre le souverain sont envisageables au nom des droits fondamentaux.

## A.2.2. La primauté du « *juridictionnel* » dans le rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* »

Les développements qui suivent, abordant le rapport entre le politique et le juridique, et ses évolutions sur le long terme, montreront la constance avec laquelle le souverain - quel qu'il soit (du Roi à la volonté générale) - a entendu monopoliser le service de la justice pour affirmer son pouvoir et asseoir sa légitimité, témoignant à cet égard du fait que le pouvoir judiciaire est la source du pouvoir politique.

Selon le même processus, il est à prévoir que les institutions privées qui se chargent du règlement des conflits finiront par acquérir un pouvoir politique d'émission de normes auxquelles les parties devront adapter leurs moyens de règlement des conflits.

C'est en cela que la recherche de la primauté entre les facteurs du rapport « *pouvoir politique - pouvoir judiciaire* » permet de construire une vision prospective du règlement des conflits.

### A.2.2.1. Le besoin de la *jurisdictio* pour permettre à tout groupe humain de se perpétuer

De tout temps, l'organe judiciaire et le droit dit par l'organe judiciaire sont des piliers indispensables dans la consolidation du politique. Tout État se construit grâce au droit qu'il dit, à ses codes et à ses juges. D'ailleurs, ce lien s'étend bien au-delà de l'État dans l'acception moderne du terme<sup>7</sup> : tout groupe humain qui entend se

---

<sup>7</sup> Le concept d'État ne naît qu'à partir de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, avec l'explosion des doctrines du pouvoir parmi lesquelles notamment celles de Machiavel (*Le Prince*, 1532), de Jean Bodin (*Les six livres de la République*, 1576), de Thomas Hobbes (*Léviathan*, 1651), de John Locke (*Traité du Gouvernement civil*,

constituer en société politique régie par un pouvoir institutionnalisé a besoin de la *jurisdictio* pour se perpétuer. Comme le note Jean Picq dans *Une Histoire de l'État en Europe*, l'autorité politique se justifie par l'exercice d'une « fonction que nul autre ne peut exercer, si ce n'est par délégation explicite, celle de dire le droit - ce qui est le sens premier de juridiction. L'autorité impose par le droit qu'elle énonce un espace de juridiction. C'est là le véritable critère de définition de l'État et qui s'applique sans distinction à tous les types d'État et à rien d'autre qu'à eux<sup>8</sup> ».

Il résulte de l'analyse de la genèse des États que le pouvoir politique se légitime par l'affirmation dans la durée d'un centre qui dit le droit et la justice, se chargeant également d'assurer la paix intérieure et extérieure<sup>9</sup>. Si l'affirmation de l'État grâce à la *jurisdictio* est un trait commun à toutes les figures d'État<sup>10</sup>, chaque communauté politique se légitime eu égard et par rapport à la *jurisdictio* selon une tradition et des

---

1690), en passant par Hugo Grotius (*De jure belli ac pacis*, 1625) ou encore Baruch Spinoza (*Traité théologico-politique*, 1670). Toutes ces écoles cherchent à penser un ordre spécifique de l'État que le souverain a le devoir de défendre (voir notamment Q. Skinner, *Les Fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque de l'évolution de l'humanité », 2001). Une définition juridique de l'État sera progressivement élaborée, en tenant compte de trois grands critères : organique (une population), géographique (un territoire) et fonctionnel (des institutions exerçant une autorité). Ce concept a l'avantage d'englober, sous le même terme d'État, toute forme d'entité politique dotée d'une population, d'un territoire et d'institutions qui lui sont propres, en faisant abstraction d'autres critères comme le type d'unité politique (cité, nation, empire), le statut constitutionnel (monarchie, république, tyrannie) et la nature du régime politique (absolutiste, libéral, totalitaire). C'est sur ce concept que s'appuie Carl Schmitt pour affirmer que parler d'État avant 1648 (avant la paix de Westphalie) est un anachronisme (voir J. Picq, *Une histoire de l'État en Europe : Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 24.).

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>9</sup> Sur la distinction entre l'approche heuristique et l'approche historique de l'État, voir Mogens H. Hansen, *Polis et cité-État, un concept antique et son équivalent moderne*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, p. 55 et suiv. Eric Weil propose de distinguer entre l'État en tant que concept et l'État comme création historique, processus historique et généalogique (*Philosophie politique*, Paris, Vrin, coll. « Problèmes et controverses », 5<sup>e</sup> éd., 1989, p. 134).

<sup>10</sup> La notion de « figures de l'État » a été développée par P. Rosanvallon pour « penser l'État dans l'histoire » en tenant compte des différents rapports entre l'État et la société (*L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1993, p. 15).

principes qui lui sont propres<sup>11</sup>. La présente étude portant sur le droit positif français, sera privilégiée ici, pour l'essentiel, l'analyse du cas français.

#### A.2.2.2. La confirmation historique de la primauté du « *juridictionnel* » dans le rapport pouvoir politique - pouvoir juridictionnel

Les indices établissant que le pouvoir judiciaire est à l'origine du pouvoir politique sont multiples : ils figurent dans de nombreux textes, dont certains très anciens, et se retrouvent également au travers des positions exprimées par des hommes politiques ayant traité du rapport entre ces pouvoirs ou encore de la légitimité que le pouvoir politique tire de l'exercice du pouvoir judiciaire.

La recherche et l'analyse de ces indices ont fait l'objet d'une recherche spécifique dont les résultats seront dressés, ci-après, à grands traits.

##### **(i) Première expression de la primauté de la justice dans le rapport pouvoir politique - justice : le service de la justice comme privilège du souverain dans les Saintes Écritures**

Figurent déjà dans les Saintes Écritures elles-mêmes des préceptes clairs sur le service de la justice en tant qu'attribut du souverain indispensable à l'affirmation de son autorité. Illustrant cette idée, la Bible nous livre la parabole de la vie d'Absalon, suivie de celle du Roi Salomon.

---

<sup>11</sup> Au point où en Grande-Bretagne et aux États-Unis, la notion de *government* est privilégiée par rapport au terme d'État. Le pacte social s'y situe dans la *common law*. Le juge y joue un rôle d'arbitre, y compris entre le gouvernement et les citoyens. Le juge est lui-même législateur et exerce un pouvoir de régulateur au travers de la règle du précédent (A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, 2 vol., Paris, Flammarion, [1835 et 1840], 2010).

Absalon, fils du roi David, revenant d'un exil auquel son père l'avait condamné, fait précéder sa tentative de « *coup d'État* » contre le Roi son père, d'une contestation de son autorité judiciaire. Se postant régulièrement aux portes de la ville de Jérusalem et engageant des discussions avec les passants afin d'identifier ceux qui ont un procès pendant devant la juridiction du roi David, Absalon dit à ces derniers : « *Vois ta cause est bonne et juste, mais on ne t'écouterà pas chez le Roi [...]. Que ne suis-je institué juge en ce pays ! Quiconque aurait un différend, un procès s'adresserait à moi et je lui ferai justice [...]* ». La puissance de cette simple promesse, susceptible de répondre au désir de justice d'un peuple, peut être mesurée par la manière dont le verset s'achève : « [...] *et il capta ainsi le cœur des gens d'Israël* »<sup>12</sup>.

Quelques versets plus loin, se trouve une autre illustration de l'importance de la justice d'État dans la légitimation du pouvoir et l'affirmation de la souveraineté politique. En effet, il faut rapprocher la promesse d'Absalon, prince félon qui échoue à parvenir à ses fins, du talent de Salomon, le fils que le Roi David choisira pour lui succéder<sup>13</sup>. Quelles sont les raisons de ce choix ? Le Roi David, mesurant l'importance que pouvait avoir la qualité du service de la justice d'État pour la pérennité du pouvoir et de sa monarchie, choisit parmi ses fils celui qu'il juge le plus apte à accomplir la fonction de justice. Effectivement, le Roi Salomon assoit son pouvoir et son prestige sur son extraordinaire sens de la justice qui lui permet de produire notamment le

---

<sup>12</sup> *La Bible*, texte intégral édition bilingue hébreu-français, traduction française Z. Kahn. Tome II : « *Les prophètes* ». Edition Colbo, 2010. II Samuel, verset 14-15. À noter que le Roi David lui-même était plutôt un « *homme de guerre* » (verset 17, p. 530), qui devait cependant assumer la haute mission de magistrat suprême (versets 8, 15 : « *David pratiqua le droit et la Justice* ») puisque, selon les théologiens, le pouvoir humain incarné par le souverain n'a d'autre légitimité que le respect des Lois qui assurent la stabilité de l'univers (voir J. Eisenberg et B. Gross, *Le Testament de Moïse*, Paris, Albin Michel, 1996, p.325).

<sup>13</sup> *Op. cit.*, 1 Roi, verset 1-2, p. 550.

légendaire Jugement par lequel il départagea les deux femmes qui se disputaient la maternité d'un enfant<sup>14</sup>.

La Bible établit un lien de causalité entre le service de la justice de Salomon et son autorité en tant que Roi : « *Tout Israël eut connaissance du Jugement que le Roi avait rendu et ils furent saisis de respect pour le Roi* »<sup>15</sup>. Qui plus est, la qualité du service de la justice du Roi lui confère une autorité « *internationale* », dépassant les limites de son Royaume et de sa Nation : « *On venait de chez tous les peuples pour se rendre compte de la sagesse de Salomon, de la part de tous les Rois de la terre qui avaient entendu parler de sa sagesse* »<sup>16</sup>.

Ces paraboles bibliques font écho aux réalités historiques, l'idée de la justice comme fondement du pouvoir souverain devenant d'ailleurs un thème récurrent dans la littérature politique où la figure du Roi Salomon est souvent invoquée<sup>17</sup>. Dès le IX<sup>e</sup> siècle, Jonas d'Orléans note : « *Dans les Proverbes, Salomon montre que la royauté se maintient par la justice*<sup>18</sup> ».

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, verset 3, p. 557.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, verset 5, p. 559.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, verset 4, p. 559-560.

<sup>17</sup> Y. Le Gall, « *Salomon, miroir des princes ?* », dans *Miroirs*, Presses universitaires de Rennes, 2011.

<sup>18</sup> *De institutione regia*, 831, en français : *Le Métier de roi*, Paris, éd. du Cerf, 1995, p. 213. La figure de Salomon est très largement mobilisée par les partisans de la monarchie française comme l'illustre, entre autres, *Le Salomon de la France, ou le rapport de notre Roy à Salomon, en sa sagesse et par la justice et la clémence* (1617), dans lequel Roussie fait l'apologie du roi Henri IV. Bossuet multiplie également les références bibliques. Il fait allusion au fameux jugement de Salomon et conclut à l'importance primordiale du service de la justice par le souverain : « *On ne croyait pas le roi innocent, ni son trône sans tache, s'il refusait de rendre justice* » ou encore « *Le prince doit la justice ; et il est lui-même le premier juge* » (*Politique*, Paris, 1709 ; *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, ouvrage posthume publié en 1709).

**(ii) Deuxième expression de la primauté de la justice dans le rapport pouvoir politique - justice : la justice comme dette du souverain (« *grand justicier* ») au Moyen Âge**

Le souverain a deux épées : la guerre et la justice.

Les auteurs médiévaux invitent les princes à renforcer leur légitimité par l'exercice de la justice.

L'idée selon laquelle le roi n'est pas seulement maître et propriétaire d'un ensemble de territoires, mais qu'il a aussi des devoirs envers tous ses sujets, dont celui de rendre justice, émerge dans l'Empire carolingien.

Charlemagne (742-814) fait sienne l'injonction de Saint Augustin qui considérait que « *Les royaumes sans la justice ne sont que des entreprises de brigandage*<sup>19</sup>. » À en croire Éginhard, biographe, secrétaire et ministre de Charlemagne : « *Si le comte du Palais lui signalait un procès qui réclamait une décision de sa part, il faisait aussitôt introduire les plaideurs et, comme s'il eut été au tribunal, écoutait l'exposé de l'affaire et prononçait la sentence*<sup>20</sup>. »

L'idée du roi « *suzerain* », qui ne peut être un seigneur comme les autres ou tout simplement le plus riche des seigneurs, s'impose à partir du XII<sup>e</sup> siècle. Le roi s'affirme comme souverain dans la mesure où il répond à l'exigence de justice de ses sujets. Le roi devient un « *faiseur de paix* » chargé de réguler la violence interne et externe<sup>21</sup>. Les

---

<sup>19</sup> Saint-Augustin, *De Civit. Dei*, Lib. VIII. Cap. III. Num.15. L. Halphen, *Charlemagne et l'Empire Carolingien*, Paris, Albin Michel, 1947.

<sup>20</sup> Éginhard, *Vie de Charlemagne*, éd. et trad. par L. Halphen, Paris, les Belles lettres, coll. « *Les classiques de l'histoire de France au Moyen Âge* », 1994.

<sup>21</sup> L. Halphen, *À travers l'histoire du Moyen Âge. La place de la royauté dans le système féodal*, Paris, PUF, 1950, p. 267. Le roi est souverain à double titre : c'est le principal seigneur de guerre et c'est la

juristes médiévaux sont très attachés à la définition du bon gouvernement qui ouvre le *proemium* des *Institutes* de Justinien : « *La majesté impériale doit non seulement être ornée d'armes, mais elle doit également être armée de lois, pour être à même de gouverner justement en tout temps, en paix comme en guerre.*<sup>22</sup> » En martelant le lien entre justice et paix, les auteurs médiévaux invitent les princes à renforcer leur légitimité en tant que garants de justice<sup>23</sup>.

Parce que la justice réside dans le souverain, celui-ci se trouve vis-à-vis d'elle dans un rapport de type obligataire. Il est tenu de « *rendre la justice* »<sup>24</sup>. Depuis les premières théories de la royauté, la justice est envisagée comme une dette du souverain envers ses sujets.

Dès lors, la puissance politique d'un roi se mesure à sa capacité de bien juger<sup>25</sup>.

---

première fontaine de justice. Ainsi, les rois de l'Angleterre médiévale valorisent les deux images de leur royauté sur chacune des faces du grand sceau par lequel ils authentifient leurs actes solennels : à l'avant est représenté le roi sur le trône tenant d'une main le sceptre, de l'autre main le globe ; au revers, le roi en chevalier vêtu d'une armure et chargeant l'épée brandie.

<sup>22</sup> Pour une analyse de la force de cette formule, *armis decorata-legibus armata*, voir E. Kantorowicz, « *La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit Politix* », *Revue des sciences sociales du politique*, 1995, n° 32, p. 5-22.

<sup>23</sup> Au IX<sup>e</sup> siècle, Jonas d'Orléans fait le rapprochement entre justice et paix dans la définition du « *ministère royal* » (Jonas d'Orléans, *op. cit.*). Au XVII<sup>e</sup> siècle, Cardin Le Bret note que les rois « *ne peuvent donner à leurs peuples de plus certains témoignages de leur affection qu'en se rendant soigneux de deux choses* » : la justice et la paix. Il poursuit en observant que la paix est « *le seul objet de la justice* » (« *De la souveraineté du Roy* », dans *Œuvres de Messire Cardin le Bret*, Paris, Veuve T. Du Bray, 1643, p. 3-4). Thomas Hobbes note à son tour : « *suivant la constitution essentielle de l'État, les deux épées de guerre et de justice sont entre les mains de celui qui y exerce la souveraine puissance* (Thomas Hobbes, *De cive*, 1642, en français : *Du Citoyen*, Paris, Flammarion, 1982, chap. VI, 7). Sur ce sujet, voir Y. Sassier, *Royauté et idéologie au Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 2012. Du même : « *Honor regis judicium diligit. L'exaltation de la fonction judiciaire du roi (IXe-XIIe siècle)* », dans O. Cayla et M-F. Renoux-Zagamé (dir.), *L'Office du juge*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 17-33. Également : J. Krynen, *Idéal du prince et pouvoir royal à la fin du Moyen Âge*, Paris, A. et J. Picard, 1981.

<sup>24</sup> J. Krynen, *L'État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, I, « *L'Idéologie de la magistrature ancienne* », Paris, Éditions Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2009, p. 18 et suiv.

<sup>25</sup> Dans un sermon que Louis IX entend à Hyères en juillet 1254, le Franciscain Hugues de Digne (ou de Barjols) l'exhorte : « *Que le roi prenne bien garde de faire si bien justice à son peuple qu'il en garde*



De Saint Louis à Louis XVI, le monarque n'a cessé d'être « *débiteur de justice* ». Dès le serment du sacre, le roi contracte envers ses sujets la dette d'être comptable devant eux du maintien de la paix publique grâce au service de la justice : « *Plus qu'un attribut propre, plus qu'un devoir du titulaire de la puissance, juger est une obligation, une authentique dette*<sup>26</sup>. » Lorsque, à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, a lieu un spectaculaire redressement de l'autorité royale en France, la puissance politique se mesure alors à la capacité de bien juger. Est ainsi amorcé le mouvement qui va engendrer une justice d'État résumée par l'adage : « *la justice est l'État, l'État est de justice* ».

L'image de Saint Louis rendant justice sous son chêne<sup>27</sup> est la plus célèbre illustration du souverain qui considère la justice comme son premier devoir, auquel il ne doit jamais faillir<sup>28</sup>. À sa mort, Saint Louis légua à son fils un vade-mecum dans lequel il lui rappelle que « *le pouvoir royal doit vérifier que les villes font bien appliquer la justice* »<sup>29</sup>.

---

*l'amour de Dieu sans quoi Dieu lui ôterait le royaume de France.* » Plus tard, le juriste et philosophe Jean Bodin affirme que « *les Rois ne furent jamais établis par les peuples que pour faire justice* » (Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Paris, 1576, (vol. IV, ch. VI). Le philosophe et moraliste Pierre Charron note à son tour : « *Le prince est débiteur de justice à tous ses sujets et doit mesurer sa puissance au pied de la justice.* » (P. Charron, *De la sagesse*, Bordeaux, 1601, livre III, chap. IV, para. 6, « *Faire justice* »).

<sup>26</sup> J. Krynen, *op. cit.*, I, p. 19.

<sup>27</sup> Saint Louis rendait la justice sous son chêne : ce fait est si marquant que la Galerie principale de la Cour de cassation fait figurer en son milieu la statue de Saint Louis sous son chêne. C'est Jean, sire de Joinville, sénéchal de Champagne et familier du roi Louis IX, qui crée la légende de Saint-Louis-rendant-la-justice-sous-son-chêne dans son *Histoire de Saint Louis* rédigée entre 1305 et 1309.

<sup>28</sup> Louis IX (25 avril 1214 à Roissy - 25 août 1270 à Tunis), roi de France de 1226 à 1270, connu sous le nom de Saint Louis de France après sa canonisation en 1297. Voir J. Le Goff, *Saint Louis*, Paris, Gallimard, coll. « *Bibliothèque des Histoires* », 1996.

<sup>29</sup> Novatrice, l'autorité judiciaire de Saint Louis lui procure une reconnaissance au-delà des frontières de son royaume. Comme Salomon, Louis IX acquiert un prestige international grâce à la qualité de sa justice. Il est fait appel à sa sagesse dans des affaires complexes comme le « *Dit de Perronne* » de 1256 par lequel Saint Louis règle la succession du Hainaut, ou le « *dit d'Amiens* » du 23 janvier 1264 qui règle le différend opposant Henri III d'Angleterre aux barons révoltés. C'est Louis IX également qui reprend la « *quarantaine-le-roi* », instituée par Philippe Auguste, dans une ordonnance de 1245 qui permet

Au regard de ce qui précède, la justice apparaît comme étant la toute première prérogative royale sur laquelle s'appuie la légitimité du pouvoir et il est manifeste qu'il existe un lien consubstantiel entre le service de la justice et le renforcement de l'État. Comme le résume Jean Picq :

« *C'est l'appropriation progressive par les grandes monarchies européennes de la fonction de juridiction - au double sens de diction du droit par des actes émanant du roi et d'administration de la justice - qui a présidé à la formation des États dans l'espace européen*<sup>30</sup>. » (Nous soulignons)

L'État médiéval se conçoit comme un État de justice, tel qu'illustré par « *l'arbre de justice* » dessiné par Charles Figon en 1579 qui réunit les composantes et réseaux de l'appareil de justice de la monarchie française<sup>31</sup> et que l'historien Emmanuel Leroy-Ladurie qualifie de « *premier organigramme de l'État* ». La sève, qui équivaut aux demandes de justice, descend « *depuis les feuilles jusqu'aux branches, puis jusqu'au tronc et tout en bas vers la souche et les racines du végétal, où gît, divinement inspiré, le roi en personne* »<sup>32</sup>.

« *Depuis Saint Louis, le roi juge est la figure première du roi*<sup>33</sup> ». Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le premier des insignes royaux remis au roi après l'onction du sacre est la main de justice, apparue pour la première fois sur l'un des sceaux d'Hugues Capet

---

l'ouverture de négociations avant toute guerre privée, ordalie ou duel judiciaire (R. Mousnier, *La Monarchie absolue en Europe du Vème siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « *Historien* », 1982).

<sup>30</sup> J. Picq, *op. cit.*, p. 197 ; A. Padoa-Schioppa (dir.), *Justice et Législation. Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, coll. « *Hautes Études* », 1997.

<sup>31</sup> *L'Arbre des Estats et Offices de France* de Charles Figon, maître des comptes de la chambre des comptes de Montpellier (1579).

<sup>32</sup> E. Le Roy Ladurie, « *L'Arbre de justice, un organigramme de l'État au XVIe siècle* », *Revue de la Bibliothèque nationale*, 1985, vol. 18, p. 18-34 ; R. Jacob, *Images de la justice*, Paris, Le Léopard d'or, 1994, p. 39 et 48.

<sup>33</sup> J. Picq, *op. cit.*, p. 232.

au X<sup>e</sup> siècle<sup>34</sup>. Peut aussi être évoquée, dans ce contexte, la pratique des placets, courante jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>35</sup>.

Cependant, alors que le souverain entend rester loi vivante (*lex animata*) et fontaine de justice (*fons justitiae*), d'autres institutions comme la magistrature et le parlement cherchent, dans le contexte de la justice déléguée, à asseoir leur propre pouvoir en assumant le service de la justice<sup>36</sup>. La magistrature œuvre pour être incorporée au corps mystique de la monarchie : la doctrine réunit en un même corps le roi et ses juges et, de fait, les magistrats, « *prêtres de la justice royale* », incarnent la royauté justicière en action.

Ce conflit est une nouvelle illustration de l'importance de la charge souveraine du service de justice dans l'affirmation du pouvoir.

---

<sup>34</sup> H. Pinoteau, *La Symbolique royale française, Ve-XVIIIe siècles*, La Roche-Rigault, P.S.R. éditions, 2004, p. 306-307 et 315. Les éloges de la justice personnelle du roi sont intarissables : chroniqueurs, théoriciens et auteurs de « *miroirs de princes* » célèbrent pendant cinq siècles cette manière souveraine de trancher les litiges loin de tout formalisme et de toute procédure. Les artistes leur emboîtent le pas. Une miniature du XV<sup>e</sup> siècle montre Charles V siégeant sous le péristyle de son palais du Louvre entouré de quelques conseillers : devant lui, des plaideurs lui exposent leur plainte, alors que par la route s'éloignent deux par deux les plaideurs déjà réconciliés grâce aux entremises du roi. Une estampe de 1667 représente Louis XIV donnant une audience publique dans une posture semblable portant l'inscription : « *Voici le grand roi Louis XIV. Il donne audience, jusqu'au plus pauvre de ses sujets, pour terminer promptement leurs procès et différends.* » (BNF, Estampes, Bouchot, Q b 1, 57/73).

<sup>35</sup> Il s'agit de requêtes directement portées au roi par les intéressés eux-mêmes. Louis XIV note dans ses *Mémoires* (1749) : « *Je donnai à tous mes sujets, sans distinction, la liberté de s'adresser à moi, à toute heure, de vive voix et par placets.* » (J. Krynen, *op. cit.*, I, p. 26-31.)

<sup>36</sup> J. Krynen, *op. cit.*, I.

### **(iii) Troisième expression de la primauté de la justice dans le rapport pouvoir politique - justice : la justice comme légitimation de la nation**

Avec la Révolution française, la souveraineté se confond avec la nation, tout ce qui était « *royal* » devenant « *national* » : les institutions, la justice, les finances, l'armée...<sup>37</sup>.

L'exercice de la justice sert à la légitimation de la nation, source de toute justice. Dans un contexte où l'institution judiciaire est perçue comme trop étroitement liée à l'Ancien régime, le pouvoir politique met en place une déprofessionnalisation de la justice<sup>38</sup>. Cependant, Napoléon Bonaparte, dans la même logique qui consiste à mobiliser le service de la justice pour consolider le pouvoir politique, reconstituera un appareil judiciaire en créant une magistrature dévouée aux objectifs légaux, civils et répressifs de l'État : un groupe de fonctionnaires sélectionnés par le pouvoir pour l'administration de la justice entendue comme un service public<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Les Lumières préparent cette évolution en situant le souverain dans une logique autoréférentielle que résume Jean-Jacques Rousseau : « *le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même* ». Dans ce transfert de la souveraineté royale à la souveraineté du peuple, la volonté générale, telle qu'elle est envisagée par Rousseau, hérite des attributs de la puissance divine, puisqu'elle est réputée infaillible (elle est « *droite et tend toujours à l'utilité publique* »), indivisible (aucune « *société particulière* » n'est tolérée) et inaliénable (les citoyens ne sauraient remettre à quelque autre autorité le droit d'exercer leur pouvoir) (Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, Paris, Flammarion, 2011, Livre II, chapitre 1).

<sup>38</sup> Élection des juges au suffrage populaire, exercice par les citoyens de missions d'arbitres et de jurés, valorisation de la justice de proximité confiée aux non-juristes avec l'institution des juges de paix...

<sup>39</sup> L'objectif est de concilier l'œuvre rationalisatrice des révolutionnaires avec le principe hiérarchique de l'Ancien régime : qu'il s'agisse de la justice civile (mise en place des justices de paix à la Cour de cassation), de la justice pénale (maintien du jury) ou de la justice administrative (rétablissement du Conseil d'État et création des conseils de préfecture). Cet édifice, conclut J. Krynen, est resté intact jusqu'à nos jours.

**(iv) Quatrième expression de la primauté de la justice dans le rapport pouvoir politique - justice : la justice européenne comme moteur de la construction politique européenne**

Aujourd'hui, la primauté de la justice sur le politique se réaffirme à l'occasion des évolutions qu'entraîne la construction européenne.

D'emblée, la communauté européenne est envisagée comme un idéal de paix, et il est acquis, depuis Saint Augustin, qu'il n'y a pas de paix sans justice<sup>40</sup>. C'est ainsi que le droit et la justice deviennent, de manière logique, un moteur de la construction politique européenne. Et que l'État - autrefois seule source de justice et ultime recours - se transforme lui-même en un justiciable qui doit se plier aux exigences du nouveau droit européen et aux juges qui le font respecter<sup>41</sup>.

Est ainsi créé un droit commun (*jus commune*) européen par les deux cours européennes : la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) de Luxembourg et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de Strasbourg<sup>42</sup>. Les citoyens découvrent que l'Europe peut mieux les protéger que leurs États, lesquels deviennent eux-mêmes « *justiciables* ».

Pour conclure sur cette question de la primauté du facteur Justice dans le rapport pouvoir juridictionnel - pouvoir politique, cette « *généalogie* » du lien entre le politique

---

<sup>40</sup> Saint Augustin, *Discours sur les Psaumes*, I, Paris, Cerf, coll. « *Sagesses chrétiennes* », 2007. Voir Psaume, 72 (71) « *Le vrai Salomon ou le Christ* » : « *celui qui aura fait la justice trouvera la paix qui embrasse la justice* ».

<sup>41</sup> Cette évolution s'inscrit dans un contexte plus large de déplacement de la souveraineté et d'autres fonctions régaliennes dont témoignent la création de l'Euro et de la Banque centrale européenne ou encore l'affirmation d'une citoyenneté européenne.

<sup>42</sup> R. Dehousse, *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, coll. « *Clefs politique* », 1994 ; J-P. Marguenaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « *Connaissance du droit* », 7<sup>e</sup> éd., 2016.

et la *jurisdictio* a permis de prouver que, quelles qu'aient été les évolutions de la souveraineté, le pouvoir politique sous toutes ses formes a mobilisé la justice pour se légitimer.

D'où le bien-fondé de l'étonnement ressenti devant le constat de la déjudiciarisation et de l'interrogation sur ses conséquences sur l'ordonnement juridique. D'où également l'intérêt de l'analyse des raisons du repli ou de la rétractation de la *jurisdictio* de l'État. Qu'est-ce qui fait que le pouvoir politique abandonne tout ou partie de l'attribut qui le légitime ? Ce repli, telle est l'hypothèse, n'a de sens que s'il fait écho à une évolution profonde des esprits, des rapports sociaux et de nos sociétés toutes entières. Dans un tel contexte, ce repli aura une influence sur les normes qui vont présider à l'appréciation du litige et à la stratégie et les moyens que les parties auront à mettre en œuvre pour le règlement d'un conflit.

## **B. LE SUJET**

« *Le repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » est un phénomène qui exige une définition approfondie avant de pouvoir être étudié dans ses causes, dans sa consistance et dans ses effets.

La complexité de la définition du « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » réside dans sa proximité avec la notion de déjudiciarisation, ces deux notions ayant des domaines communs mais des natures distinctes :

- d'une part, le phénomène du « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » s'inscrit dans un large mouvement de déjudiciarisation mais ne se confond pas avec ce dernier (domaine commun) ;
- d'autre part, le mouvement de la « *déjudiciarisation* » est une démarche politique globale qui ne se définit pas en termes juridiques, alors que le

« *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » est une démarche purement juridique dont le résultat juridique est issu d'une analyse et d'un raisonnement strictement juridiques (nature distincte).

Les concepts « *déjudiciarisation* » et « *repli de la jurisdictio* » se croisant sans se confondre, la définition du « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » impose la distinction de chacun de ces deux concepts, l'un par rapport à l'autre (**B.2**).

Préalablement, à titre de première approche de la définition du sujet, il convient de comprendre, en eux-mêmes, les termes de l'expression « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » (**B.1**).

Pour terminer, sera précisé en quoi la déjudiciarisation relève d'une orientation politique (**B.3**), tandis que le repli constitue un acte juridique (**B.4**).

## **B.1. Définition du sujet par la terminologie employée**

Les termes de l'expression « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » permettent une première approche du sujet.

### a. « *Juridictions* »

La notion même de *jurisdiction* est, en réalité, difficile à cerner et est source de nombreuses controverses doctrinales, les perspectives adoptées par les uns et les autres variant selon qu'il s'agit de la doctrine publiciste<sup>43</sup>, de la doctrine

---

<sup>43</sup> La notion de juridiction a donné lieu à une abondante jurisprudence administrative. Pour le Conseil d'État, la qualification de juridiction repose principalement sur l'intention du législateur et subsidiairement, sur la méthode du faisceau d'indices. L'intention du législateur est explicite lorsque l'organisme est désigné par la loi comme une « *jurisdiction* » (sections disciplinaires des conseils d'administration des universités, par exemple), voire une « *jurisdiction professionnelle* » (Ord.n°45-2184,

constitutionaliste<sup>44</sup> ou encore de la doctrine civiliste<sup>45</sup>. Cette absence d'uniformité de la notion de *juridiction* se retrouve également en droit européen, lequel a tendance, dans certains cas<sup>46</sup>, à retenir une conception étendue de la notion de *juridiction* ou, à

---

24 septembre 1945, article 36, concernant le conseil régional de l'Ordre des médecins statuant en matière disciplinaire), une « *commission juridictionnelle* » ou un « *tribunal* » (l'ancien article L.623-23, I du Code monétaire et financier qualifiait ainsi la Commission bancaire statuant en matière disciplinaire de « *juridiction administrative* », avant d'être jugé inconstitutionnel par une décision n°2011-200 du Conseil Constitutionnel en date du 2 décembre 2011). L'intention du législateur est implicite, mais certaine, lorsque la loi prévoit que les décisions prises par l'organisme en question sont des « *jugements* » (conseils régionaux de l'Ordre des médecins) ou qu'elles sont « *à caractère juridictionnel* », revêtues de « *l'autorité de la chose jugée* » ou encore susceptibles de « *recours en cassation* ». Dans le silence de la loi et lorsqu'il est amené à user de la méthode du faisceau d'indices, le juge administratif recourt à une combinaison de critères formels et matériels pour déterminer si l'organisme en cause a une nature juridictionnelle. Il prend en considération son statut (indépendance, collégialité, composition), les règles procédurales qui lui sont applicables (respect du contradictoire, motivation des décisions), l'autorité de ses décisions (CE, assemblée, 13 mars 1981, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris (Rec. Lebon 1981, p.135)) et ses attributions (régler des contestations conformément au droit). Le Conseil d'État a ainsi reconnu la qualité de juridiction à des organismes collégiaux exerçant une mission de répression disciplinaire « *eu égard à la nature de la matière* » dans laquelle ils interviennent (CE, assemblée, 12 décembre 1953, De Bayo : Lebon 1953, page 544 ; AJDA 1954,2, 138, note J.de Soto ; DA 1954,3, concl. J. Chardeau). En revanche, le fait que les recours susceptibles d'être formés contre les décisions d'une autorité administrative indépendante soient des recours de pleine juridiction, et non des recours en appel ou en cassation, font obstacle à la qualification de juridiction, au regard du droit interne, des autorités administratives en question : ainsi, de la même manière qu'il avait jugé que la commission des sanctions de l'AMF n'était « *pas une juridiction au regard du droit interne* » (CE, 28 décembre 2009, n°305321, Sté Refco Securities ; CE, 4 février 2005, Sté GSD Gestions), le Conseil d'État a qualifié également la commission des sanctions de l'ACPR d'autorité administrative indépendante et non de juridiction au sens du droit interne (CE, 30 janvier 2013, Crédit municipal de Toulon).

<sup>44</sup> La doctrine constitutionnaliste s'attache avant tout à la situation de l'organisme par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif ainsi qu'à l'autorité de ses décisions (Revue Lamy Droit civil, n°94, 1<sup>er</sup> juin 2012, « *Le Bâtonnier est-il une juridiction ?* »).

<sup>45</sup> La doctrine civiliste met l'accent sur la fonction des actes accomplis par l'organe pour en déterminer un critère de l'activité juridictionnelle (Revue Lamy Droit civil, n°94, 1<sup>er</sup> juin 2012, « *Le Bâtonnier est-il une juridiction ?* »).

<sup>46</sup> Dans un cas précis, qui est celui du règlement UE n°650/2012 sur les successions internationales, l'Union Européenne a donné une définition élargie de la notion de juridiction et ce, en y incluant, pour les besoins dudit règlement, non seulement les juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l'état civil de certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exercent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions, ainsi que les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres,



tout le moins, une conception qui lui est propre<sup>47</sup>, l'enjeu de la qualification de « *jurisdiction* » au sens du droit communautaire étant la possibilité de pouvoir effectuer un renvoi préjudiciel ou de formuler une demande de décision préjudicielle auprès de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>48</sup>.

Aussi, pour les besoins de la présente thèse, les juridictions dont il sera ici question sont les institutions qui ont, en matière contentieuse, le pouvoir de trancher les litiges et, en matière gracieuse, celui d'homologuer ou d'autoriser les actes définis par la loi.

---

exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction (RÈGLEMENT (UE) N°650/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen).

<sup>47</sup> La définition de la « *jurisdiction* » est autonome en droit de l'Union européenne. Elle a été initiée à l'occasion de l'affaire *Vaassen-Goebbels* de 1966, dans laquelle, la CJCE relevait que la qualité de « *jurisdiction* » nécessitait « *un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance* » (Cour de justice, arrêt du 30 juin 1966, affaire C-61/65, *Vaassen-Goebbels*). En l'absence de critères absolus permettant de considérer qu'un organe national constitue ou non une véritable juridiction au sens du droit de l'Union européenne, la jurisprudence sur ce point est diverse. Elle attache toutefois plus d'importance à certaines conditions rentrant dans son faisceau d'indices qu'à d'autres et ainsi en va-t-il du caractère d'indépendance qui se retrouve souvent au cœur des débats, et qui, selon le cas, aboutit à la recevabilité de la demande de décision préjudicielle (Cour de justice, arrêt du 6 octobre 2015, affaire C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*) ou, au contraire, à l'irrecevabilité de celle-ci, comme c'est le cas, dans un arrêt en date du 21 janvier 2020 de la grande chambre de la Cour de Justice de l'Union (Cour de justice, Grande chambre, arrêt du 21 janvier 2020, affaire C-274/14, *Banco de Santander SA*).

<sup>48</sup> Selon les termes de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « [...] *Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.* [...] ». Les juridictions nationales ont ainsi, selon les cas, la possibilité ou l'obligation de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

b. « *Juridictions étatiques* »

Les « *juridictions étatiques* », dont la présente thèse étudie le repli de leur *jurisdictio*, sont, pour ce qui concernent les juridictions étatiques françaises, celles (i) qui s'inscrivent dans le caractère pyramidal de l'organisation juridictionnelle française, avec d'une part, au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation et, d'autre part, au sommet de l'ordre administratif, le Conseil d'État, (ii) qui, instaurées par la loi et ayant reçu, de la loi, leur pouvoir sont les organes par lesquels s'exerce l'autorité judiciaire de l'État et (iii) qui, tranchant les litiges en faisant application des lois, contribuent, ce faisant, à l'État de droit.

Les juridictions étatiques, telles qu'entendues ici, se distinguent de tout autre organe qui pourrait également avoir compétence pour trancher un litige et ce, en vertu d'un pouvoir qui lui serait conféré, non par la loi, mais par une convention entre les parties en conflit (tel que le pacte compromissaire) et plus généralement, de toute forme de justice privée, volontaire et conventionnelle grâce à laquelle, les conflits sont soustraits aux juridictions étatiques pour être soumis à des arbitres ayant la mission de juger.

c. « *Jurisdictio* »

Les juridictions étatiques sont dotées de deux pouvoirs : la *jurisdictio* et l'*imperium*. Ces deux termes sont utilisés dans leur sens le plus immédiat et le plus couramment pratiqué par la doctrine, c'est-à-dire pour *jurisdictio* : pouvoir de dire le droit et de trancher les litiges et pour *imperium* : pouvoir de contrainte propre à l'État, en principe délégué au seul juge étatique et non à l'arbitre<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Selon les définitions de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, p.587. Pour une approche plus approfondie de ces concepts, nous renvoyons à la thèse de R. Laher qui analyse les origines historiques, philosophiques et sociologiques de ces notions (p. 86 et s.), leur complexité (p.108 et s.),

d. « *Par (les juridictions)* » et « *leur (jurisdictio)* »

La préposition « *par* » et l'adjectif possessif « *leur* » indiquent que le repli, qui est l'objet de l'étude, est le repli ou la rétractation de la *jurisdictio* qui est opéré par les juridictions elles-mêmes alors même qu'elles jouissent d'un plein pouvoir de *jurisdictio* par l'effet de la loi.

e. « *Repli* »

Le repli de la *jurisdictio* caractérise les situations où, malgré son plein pouvoir de *jurisdictio* pour le règlement du litige, une juridiction s'abstient d'en faire usage.

Le mot « *repli* » peut ressembler au mot « *retrait* » mais ce dernier est généralement utilisé lorsqu'il s'agit de définir des limitations et exclusions définitives du pouvoir du juge.

En revanche, le mot « *repli* » évoque de manière plus complète l'idée d'un mouvement de recul à la fois volontaire et provisoire.

La notion de « *retrait* » vise plutôt les cas où le pouvoir du juge étatique disparaît totalement : or, une telle hypothèse est rare. En effet, d'une part, il peut toujours être recouru au juge (ne serait-ce que pour contester ou faire contrôler les conditions d'application d'une limitation de l'accès au juge, le pouvoir juridictionnel de l'État pouvant toujours intervenir pour contrôler les situations qui auraient été arrêtées d'une manière conventionnelle) et, d'autre part, même dans les hypothèses de transaction,

---

leur distinction (p.129 et s.), l'effacement et leur renouveau post-moderne (p. 202 et s.) ainsi que leur interaction dialectique (R.Laher, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, thèse publiée avec la préface de G. Decoq, MARE & MARTIN, 2016).

où le juge semble absent, son intervention peut finalement être requise pour permettre l'homologation et la prise d'effet de l'accord.

En revanche, la notion de « *repli* » est davantage susceptible de rendre compte de la primauté que les juridictions étatiques laissent volontairement aux institutions pour agir librement et efficacement (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) et ce, tout en conservant le pouvoir de revenir pour exercer des contrôles de conformité aux normes d'État (ordre public notamment).

Cette capacité à laisser la place à une autre institution et la capacité à rester en réserve pour maintenir un contrôle évoque soit le « *repli* » stratégique, conçu pour se redéployer à un moment favorable, soit la « *rétractation* » de la griffe rétractile d'un félin. Si ces métaphores peuvent paraître exagérément imagées, elles aident à saisir la bienveillance dont les juridictions étatiques ont fait preuve à l'égard des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (ci-après les "**MARC**")<sup>50</sup> et ce, tout en conservant la faculté de revenir pour contrôler la « *justice douce* ». C'est ici l'occasion de préciser

---

<sup>50</sup> Dans la présente thèse, selon les cas, sera utilisé l'acronyme MARC (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) ou celui de MARD (Modes Amiables de règlement ou de résolution des Différends). Si la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice invite à « *Développer la culture du règlement alternatif des différends* » (Titre II, Chapitre 1<sup>er</sup>, Section 1) ou si le Code de procédure civile (CPC) consacre un chapitre 5 à la « *Résolution amiable des différends* », la notion de « *conflit* » est plus large que celle de différend et, bien souvent, un « *différend* » masque, ou est l'expression, d'un conflit plus profond et plus général. S'agissant du terme « *alternatif* », il a également une portée plus large que celle du terme « *amiable* » et permet d'appréhender l'arbitrage qui n'est pas un mode de règlement amiable mais un mode de règlement alternatif ou extra-judiciaire des différends. Par convention, le terme MARD sera privilégié quand il ne sera question que de médiation et de conciliation (hors arbitrage), celui de MARC étant préféré lorsqu'il sera question d'appréhender conciliation, médiation et arbitrage. À noter que certains auteurs qualifient de « *pacifiques* » les modes de règlement des conflits que sont les MARD (C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, coll. « *Précis* », 35<sup>e</sup> éd., 2020, p.1735, n°2366) : cet adjectif aide à percevoir la différence entre les MARD (pacifiques) et l'arbitrage (mode simplement extra-judiciaire de règlement d'un conflit).

que dans la suite du texte les mots « *repli* » ou « *rétractation* » (dans son sens courant et non juridique) seront indifféremment utilisés.

Ainsi, en synthèse, il convient de comprendre le libellé du sujet comme signifiant :

Le repli de leur *jurisdictio* par les juridictions étatiques elles-mêmes.

## **B.2. Définition du sujet par la distinction entre « *déjudiciarisation* » et « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* »**

La distinction entre ces deux notions permet de compléter la définition de la notion même de « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* ».

Il s'agit là en effet de deux notions qui se croisent sans se confondre.

Le « *repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio* » peut être compris comme une des formes de la déjudiciarisation. Les deux notions, qui semblent se recouper, sont cependant très différentes dans leur nature et méritent d'être distinguées.

La difficulté pour distinguer le « *repli de la jurisdictio* » et la déjudiciarisation provient de l'interaction entre ces deux notions, de la multiplicité des formes sous lesquelles elles se réalisent et de la concomitance de leurs avancées respectives. Ainsi :

- le repli de la *jurisdictio* par les juridictions étatiques elles-mêmes peut être un aspect de la déjudiciarisation, si elle y contribue ;
- la déjudiciarisation peut commander diverses formes de repli de la *jurisdictio*. Par l'autorité de la loi, le repli de la *jurisdictio* peut prendre la forme d'une limitation du pouvoir d'appréciation des juges ou d'une limitation des tâches dont les juridictions étatiques sont habituellement chargées ;

- dans leurs effets, la « *déjudiciarisation* » et le « *repli de leur jurisdictio par les juridictions elles-mêmes* » peuvent avoir une ressemblance en ce que chacun des deux mouvements conduit à une limitation du rôle du juge.

### **B.3. La déjudiciarisation - orientation politique**

#### B.3.1. La déjudiciarisation : une orientation politique sans technicité juridique

À partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, plusieurs initiatives, souvent justifiées par la notion de « *modernisation de la justice* », témoignent de la volonté du politique de procéder à la déjudiciarisation.

Ainsi, la déjudiciarisation est officiellement annoncée dans le Rapport du 12 décembre 2007 sur la révision générale des politiques publiques, présenté par le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, à la suite des travaux du premier Conseil de modernisation<sup>51</sup>. Parmi les principaux axes d'action figurent : « *des administrations recentrées sur le cœur de leurs missions* » ou encore « *un État réorganisé et allégé* ». Le rapport préconise notamment l'examen de la « *possibilité de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel, qui pourra être réalisé devant les notaires lorsque l'ensemble des conditions du divorce fait l'objet d'un accord entre les époux* », ainsi que l'examen « *de la déjudiciarisation de certaines sanctions aux infractions routières, qui pourraient être remplacées par des sanctions administratives, tout aussi dissuasives et efficaces* ». Selon ce rapport, la

---

<sup>51</sup>[https://www.fonction-publique.gouv.fr/archives/home20111012/IMG/pdf/dossier\\_CMPP1-12\\_decembre\\_2007.pdf](https://www.fonction-publique.gouv.fr/archives/home20111012/IMG/pdf/dossier_CMPP1-12_decembre_2007.pdf).

déjudiciarisation devrait permettre à la justice de disposer de « *plus de temps à consacrer aux affaires les plus complexes* ».

Un an après, dans son rapport au garde des Sceaux, « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* », la Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard<sup>52</sup> aborde toute une série de « *déjudiciarisations* » en matière civile et pénale, avec, là encore, l'ambition de recentrer le juge sur le cœur de son activité juridictionnelle.

En 2016, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21) prévoit la déjudiciarisation de certaines procédures (divorce en cas de consentement mutuel) et favorise le développement des MARD (Titre II : « *Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* »). Il s'agit, là-encore, de « *recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles* ».

Cette dernière ambition est reprise, en 2018, dans « *Chantiers de la Justice, Rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile* », qui incite à « *Favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends à tous les stades de la procédure* » (Chapitre II). Les chantiers de la justice prévoient de nouvelles déjudiciarisations (livret 3, annexe 1) et confirment l'idée que le recours au juge doit

---

<sup>52</sup> Le professeur S. Guinchard a été missionné par une lettre de Madame le Garde des Sceaux en date du 20 décembre 2007, pour réfléchir à une nouvelle répartition des contentieux, et le rapport « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* » (consultable à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/rapport/29883-lambition-raisonnee-dune-justice-apaisee>) a été déposé le 30 juin 2008. Parmi l'ensemble des mesures préconisées, une part importante du rapport est consacrée à des « *Propositions en matière de déjudiciarisation et d'allègement procédural* » (p. 21 et suivantes), comprenant notamment, en matière civile, la préconisation de « *conforter la médiation* » (point 49) et, en matière pénale, la préconisation du « *développement de la transaction* » (points 55 et suivants), le rapport rappelant par ailleurs la subsidiarité des juridictions en ces termes : « *les techniques de rédaction des normes législatives et réglementaires gagneraient à être revues, dans le sens d'une énonciation de critères précis et opérationnels, à destination des usagers autant que des juges, pour permettre à chacun de se saisir du droit pour régler un litige autrement que par le recours au juge* » (p. 51). (Nous soulignons)

être subsidiaire. Les incitations sont fortes pour privilégier le recours à l'amiable avant la saisine du juge, qu'il s'agisse de la généralisation de l'injonction de rencontrer un médiateur ou de la possibilité d'y recourir à tous les stades de la procédure.

Quant à la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, elle a notamment pour objectif de développer la culture du règlement alternatif des différends.

La déjudiciarisation est certes une orientation ou un objectif politique. Cet objectif ne comporte toutefois en lui-même aucune indication sur les moyens par lesquels il peut se réaliser.

La déjudiciarisation provient de sources si diverses, prend des formes si différentes, et a une ampleur telle que toute tentative de définition globale, ni ne permet, ni ne suffit à rendre compte des composantes de ce mouvement.

La terminologie exprimant un objectif politique ne donne pas non plus d'indication sur les domaines et les pouvoirs qui peuvent être affectés pour parvenir à ce qu'une masse significative de litiges juridiques soient réglés en limitant la *jurisdictio* des juridictions étatiques ou sans la mettre en œuvre.

La notion de déjudiciarisation peut englober aussi bien des hypothèses de disparition totale du juge étatique que des hypothèses d'amoindrissement ou de limitation du rôle ou du pouvoir des juges étatiques.

### B.3.2. La déjudiciarisation dépasse les rares cas de disparition totale du juge étatique

Les situations de totale disparition des juges étatiques sont trop rares pour permettre de définir la large et profonde tendance à la déjudiciarisation.



Certes, les cas dans lesquels sont organisés la disparition totale du juge pénal et l'extinction de l'action publique (article 6, alinéa 3 du Code de procédure pénale) existent effectivement, mais ils sont rares (article 350 du Code des douanes qui permet la transaction sans accord préalable du parquet, dès lors que l'action publique n'est pas engagée ; article L. 523-1 du Code de la consommation qui permet la transaction avec le simple accord du Ministère Public).

Il faut d'ailleurs souligner que les cas de disparition totale du juge assis sont rares en raison même des exigences de l'article 66, alinéa 2 de la Constitution qui institue l'Autorité Judiciaire comme garante de la liberté individuelle. C'est précisément à l'occasion du contrôle de l'article 44-1 du Code de procédure pénale, concernant le droit de transiger des maires, que le Conseil Constitutionnel a précisé que la transaction n'était légale que dans la mesure où elle n'échappait pas au contrôle des juridictions<sup>53</sup>.

Ainsi, les cas de disparition totale du juge sont trop rares pour rendre compte de la large et profonde tendance à l'amoindrissement de l'intervention du juge.

---

<sup>53</sup> Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-5356 DC, cons. 42, cité page 30 de *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Paris, LGDJ, 2019, S. Cimamonti et J-B. Perrier. Le Conseil Constitutionnel considère que le législateur n'a pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où : « *le maire ne peut mettre en œuvre une procédure de transaction que si l'action publique n'a pas été mise en mouvement ; que l'autorité judiciaire, qui homologue l'accord intervenu entre le maire et l'auteur des faits, n'est liée ni par la proposition du maire ni par son acceptation par la personne concernée ; qu'aucune des mesures pouvant faire l'objet de la transaction n'étant de nature à porter atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, il était loisible au législateur de confier ce pouvoir d'homologation à un magistrat du parquet ou à un magistrat du siège* ».

B.3.3. La déjudiciarisation inclut les cas où l'intervention du juge étatique demeure possible

La déjudiciarisation vise également les nombreux cas où l'intervention du juge étatique n'est pas totalement supprimée mais allégée ou simplement possible.

Ceci se retrouve notamment dans les cas suivants :

- la transaction par OPJ de l'ancien article 41-1-1, alinéa 9 du Code de procédure pénale<sup>54</sup> où le juge intervenait dans le cadre de l'homologation de ladite transaction ; ou encore,
- les cas d'amendes forfaitaires sans intervention du juge (articles 529 et suivant du Code de procédure pénale) et ce, sauf si plusieurs infractions sont commises simultanément (dont une au moins ne peut donner lieu à une amende forfaitaire), ou si le justiciable élève une protestation ou une réclamation, le parquet étant alors contraint de mettre en œuvre une procédure faisant intervenir le juge (ordonnance pénale ou citation devant le tribunal).

Ainsi, la déjudiciarisation résulte d'une volonté politique et se réalise sous l'ordre direct de la loi et ce, selon les formes les plus diverses, au moyen d'une limitation des cas dans lesquels le juge doit instruire et trancher un litige.

---

<sup>54</sup> Abrogé au 23 mars 2019 (cf. Cons. cons., décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016 et CE, arrêt du 24 mai 2017, 6ème - 1ère chambres réunies, 395321).

#### **B.4. Le repli - acte juridique**

La notion de repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* est issue quant à elle d'un raisonnement juridique.

Ce raisonnement juridique permettant le repli est fondé sur une position préalable favorable au règlement des conflits hors de la *jurisdictio* du juge étatique.

Il s'agit d'un acte juridique positif et volontaire qui concède la primauté pour le règlement des litiges à d'autres institutions que le juge étatique.

La notion de repli de la *jurisdictio* n'est pas nécessairement imposée par la loi et peut viser tous les domaines dans lesquels les parties peuvent disposer de leurs droits. Elle n'exclut pas la possibilité que le juge étatique puisse être de nouveau saisi de l'affaire soit à l'occasion d'un incident de procédure soit en cas d'échec de la tentative de solution amiable.

### **C. L'ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL DU REPLI DE LA *JURISDICTIO***

La déjudiciarisation organisée par la loi crée un environnement incitant au repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*.

Au cours des trente dernières années, les réformes judiciaires ont en effet systématiquement eu pour objet ou pour effet de réduire, voire d'exclure, la *jurisdictio* des juges étatiques.

Ces réformes intervenaient dans des domaines juridiques étrangers les uns aux autres, de sorte que l'environnement global qu'elles constituaient manquait de lisibilité.

En revanche, le rapprochement de ces réformes permet de faire apparaître une trajectoire claire vers la diminution progressive de la *jurisdictio* des juges étatiques.

Compte tenu de l'ampleur des réformes légales mettant en œuvre une déjudiciarisation, les juridictions étatiques ont compris cette évolution comme une incitation à prendre part à la déjudiciarisation en rétractant ou repliant autant que possible leur *jurisdictio*.

Une très rapide analyse des différentes réformes successives ayant réduit, voire exclu, la *jurisdictio* des juges étatiques permet de mesurer l'ampleur prise par le cumul de ces réformes et de comprendre le lien qu'elles ont, en réalité, entre elles :

- d'une part, ces réformes ont conduit globalement, et toujours dans le même sens, à une limitation ou une diminution progressive de l'intervention de la *jurisdictio*, voire, dans certains cas, à sa disparition totale et ce, y compris dans des domaines où, par principe, les juridictions étaient jusque-là omniprésentes ; et,
- d'autre part, la diminution ou la disparition de la *jurisdictio*, telle qu'initiée par le législateur, s'est toujours opérée au profit de l'intervention d'institutions qui ne jugent pas (partiellement le parquet et plus majoritairement des institutions privées telles que le médiateur ou le conciliateur).

Face à cette volonté du législateur de limiter leur *jurisdictio*, les réactions des juges peuvent, *a priori*, surprendre. En effet, d'un côté, les juges ont pu faire preuve de résistance, voire d'opposition<sup>55</sup>, lorsque, d'autorité, le législateur a limité ou exclu leur

---

<sup>55</sup> Il en a été ainsi, par exemple, pour les peines plancher ou encore pour les indemnités plafonnées en matière prud'homale instaurées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la

*jurisdictio*. En revanche, d'un autre côté, les juges ont fait preuve d'adhésion à l'égard du repli de leur *jurisdictio* et ont même favorisé celui-ci lorsqu'il était plutôt laissé à leur initiative.

D'une manière logique, le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques interroge particulièrement lorsqu'il est favorisé par les juges eux-mêmes et, plus particulièrement encore, lorsque les juridictions adoptent des moyens juridiques complexes pour fonder leurs décisions de favoriser les MARC.

Tel a été particulièrement le cas de la médiation et de l'arbitrage, dont l'essor n'a été possible que par la faveur des juridictions pour ces modes de règlement des conflits.

S'agissant des différentes institutions nées de la volonté du législateur ayant mis en œuvre un repli de la *jurisdictio*, il est nécessaire de prendre en compte la spécificité de chacune d'entre elles.

La nature, les formes et les motivations politiques du repli de la *jurisdictio*, sont si diverses qu'il ne serait en effet ni logique ni possible de les regrouper en une seule catégorie.

Il est indispensable de les répertorier et de rappeler brièvement leurs spécificités afin d'éviter de confondre leurs origines ou encore leur portée.

En revanche, il sera intéressant de souligner qu'au-delà de leurs différences, toutes ces institutions convergent vers un repli de la *jurisdictio* des juridictions

---

prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. S'agissant des premières, les juges ont manifesté leur désapprobation à leur égard en en faisant une relativement faible application, ce qui a conduit le législateur à les supprimer. S'agissant des secondes, de nombreuses juridictions du fond ont tenté d'en rejeter l'application.

étatiques et dessinent ainsi un mouvement général de la loi qui peut être compris comme une incitation au mouvement volontariste des juridictions étatiques de limiter elles-mêmes leur pouvoir de *jurisdictio*.

Pour permettre une approche rationnelle de ces institutions, ces dernières peuvent être présentées en fonction du degré de limitation de la *jurisdictio* auquel elles procèdent. Ainsi seront successivement étudiées les réformes illustrant la disparition de la *jurisdictio* du juge étatique (**C.1**), celles illustrant une limitation de la *jurisdictio* du juge (**C.2**) et, enfin, celles illustrant une limitation du rôle du juge étatique (**C.3**).

## **C.1. La disparition de la *jurisdictio* du juge étatique**

### C.1.1. En matière pénale

En matière pénale, la disparition du juge étatique était difficilement concevable puisque, par nature, le droit pénal est judiciaire. Cependant, même ici, la disparition du juge a été rendue possible dans certains cas et ce, tant par la dépénalisation de certaines infractions que par l'introduction du consensualisme.

#### C.1.1.1. La répression du chèque sans provision

Dès 1865, le législateur a cherché à assurer la fiabilité et la sécurité de l'outil économique très important qu'était le chèque, par une pénalisation du chèque sans provision. Il s'agissait d'un système de sanctions faisant intervenir systématiquement la *jurisdictio* du juge pénal<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Loi du 14 juin 1865 pénalisant l'émission d'un chèque sans date ou sans provision ; loi du 2 août 1917 pénalisant le fait d'émettre un chèque et de retirer après tout ou partie de la provision ; loi du 12 août

Cependant, à partir de 1972, le législateur a fait machine arrière et décidé de dépénaliser les infractions relatives aux chèques sans provision<sup>57</sup>, avant finalement de décriminaliser totalement<sup>58</sup> l'infraction d'émission de chèque sans provision en 1991<sup>59</sup>.

Cette réforme était fondée sur la volonté du législateur de désengorgement des tribunaux correctionnels de ce contentieux<sup>60</sup>. La répression du chèque sans provision est désormais confiée aux banques qui ont mis en place des sanctions économiques plus adaptées, comme l'interdiction bancaire.

#### C.1.1.2. La convention judiciaire d'intérêt public

La loi, dite Sapin II, du 9 décembre 2016<sup>61</sup> a remis en cause, de fait, dans le domaine économique, l'opportunité de la *jurisdictio* du juge dans la répression des infractions pénales de grande importance en créant la convention judiciaire d'intérêt public (ci-après la "**CJIP**"), régie par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Cette disposition permet à une personne morale susceptible d'être mise en cause sur le fondement d'une qualification pénale<sup>62</sup> de conclure une CJIP (sur proposition du

---

1926 pénalisant le blocage irrégulier de provision et l'émission avec provision partielle ; décret-loi du 30 octobre 1935 pénalisant l'acceptation de mauvaise foi d'un chèque sans provision.

<sup>57</sup> Loi du 3 février 1972 et loi du 3 janvier 1975.

<sup>58</sup> Hormis certaines hypothèses qui demeurent punissables au titre de l'escroquerie et les cas de récidive après l'interdiction bancaire.

<sup>59</sup> Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, modifiée par une loi du 16 juillet 1992.

<sup>60</sup> G-H. Riposseau, Master II Droit pénal et sciences criminelles, « *Pénalisation et dépénalisation (1970-2005)* », Université de Poitiers, 2004. Site mémoire online : 5.600 condamnations pénales en 1950, 10.420 en 1960, 22.567 en 1966 ; de même, en 1986, on comptait presque neuf millions de chèques sans provision, ce chiffre dépassant même les douze millions en 1990.

<sup>61</sup> Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>62</sup> Notamment corruption ou fraude fiscale.

procureur de la République ou à l'initiative de son représentant légal ou de son avocat), laquelle doit être validée par le président du tribunal<sup>63</sup>.

En contrepartie d'une amende et/ou de la mise en place d'un programme de compliance et de la réparation du préjudice de l'éventuelle victime, la CJIP permet à la personne morale, auteur des faits, d'éviter des poursuites pénales susceptibles de l'empêcher d'accéder aux marchés internationaux ainsi que le risque de poursuites devant des juridictions étrangères.

La CJIP constitue une exclusion de la *jurisdictio* du juge étatique dont le but est notamment de permettre aux grandes entreprises de pouvoir continuer à répondre à des appels d'offres relatifs à des marchés publics internationaux.

#### C.1.1.3. La médiation pénale

La *jurisdictio* du juge étatique est un principe fondamental pour assurer le respect effectif de la loi pénale et de l'ordre public.

Néanmoins, cette omniprésence du juge étatique dans la répression des infractions pénales a été remise en cause par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 créant la médiation pénale, régie par les articles 41-1, 5° et R.15-33-30 et suivants du Code de procédure pénale ainsi que par l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

En effet, la médiation pénale permet au procureur de la République de résoudre à l'amiable un litige lié à la commission d'une infraction de faible gravité en proposant

---

<sup>63</sup> Celui-ci vérifie le bienfondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements.



aux parties une médiation pénale, qui sera conduite par un médiateur pénal, personne privée, afin de parvenir à une solution amiable<sup>64</sup>.

La Cour de cassation a, à peine atténué l'exclusion de la *jurisdictio* résultant de la médiation pénale, en jugeant, en 2011, que l'exécution d'une mesure imposée au titre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale n'éteignait pas l'action publique<sup>65</sup>.

Cette mesure alternative aux poursuites vise à désengorger les juridictions étatiques des petites infractions et à introduire une part de consensualisme dans la réparation du dommage.

### C.1.2. En matière civile

En matière civile, plusieurs institutions et réformes organisent une disparition totale du juge étatique.

#### C.1.2.1. L'exequatur

Dans le Code de procédure civile de 1806<sup>66</sup>, l'exequatur était un domaine dans lequel la *jurisdictio* du juge étatique était conçue très largement. En effet, dès lors qu'il s'agissait de donner force exécutoire à une décision étrangère, le principe de

---

<sup>64</sup> Excuses ou encore versement de dommages et intérêts, par exemple.

<sup>65</sup> Cass. crim., 21 juin 2011, n°11-80003, *Bull. crim.*, n° 141, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024252739&fastReqId=1848855510&fastPos=1>.

<sup>66</sup> Ancien article 509 du Code de Procédure Civile : « *Les Jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi.* »

souveraineté nationale était considéré comme étant en jeu et la *jurisdictio* du juge chargé de l'exequatur était perçue comme la garantie de cette souveraineté.

C'est ainsi que, sous ce régime, la jurisprudence Parker de 1819<sup>67</sup> considérait que le juge saisi d'une demande d'exequatur devait aller jusqu'à rejurer le litige au fond. Par la suite, même si la jurisprudence Münzer de 1964<sup>68</sup> puis la jurisprudence Cornelissen de 2007<sup>69</sup> ont recentré l'appréciation du juge sur le contrôle de la compétence du juge étranger, la conformité à l'ordre public international et l'absence de fraude, le domaine de la *jurisdictio* du juge restait extrêmement étendu.

En revanche, à compter de 1968, ce domaine de la *jurisdictio* du juge étatique a été fondamentalement remis en cause. En effet, de nombreux textes internationaux et communautaires (notamment les différents Règlements de Bruxelles, dès 1968<sup>70</sup>) ont progressivement abouti à une reconnaissance automatique des décisions étrangères sans procédure et à un anéantissement de la *jurisdictio* du juge en matière d'exequatur (voir notamment le titre exécutoire européen pour les créances incontestées créé par le Règlement du 21 avril 2004<sup>71</sup>).

---

<sup>67</sup> Arrêt Parker, Cour de cassation, section civile, 19 avril 1819 : l'exequatur ne s'analysait alors ni en une exécution, ni en une reconnaissance de la décision étrangère puisque le juge reprenait le litige et le rejugeait au fond afin de donner ou non l'exequatur à la décision étrangère.

<sup>68</sup> Arrêt Munzer, Cass. Civ. 1, 7 janvier 1964,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006963473>.

<sup>69</sup> Arrêt Cornelissen, Cass. Civ. 1, 20 février 2007, n° 05-14082,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017636147>.

<sup>70</sup> Convention de Bruxelles I du 27 septembre 1968 concernant la compétence des jugements et l'effet des jugements sans les marchés communs ; règlements de Bruxelles I (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 et I bis (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>71</sup> Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

Dans ce domaine, la succession de réformes s'expliquait par la confiance que devaient nécessairement s'accorder entre elles les juridictions européennes.

#### C.1.2.2. Le divorce sans juge

Depuis son entrée dans le Code civil, le caractère sacré de l'institution du mariage commandait que sa dissolution ne puisse survenir qu'avec l'intervention d'une juridiction. Ainsi, dans les divorces, la *jurisdictio* du juge était-elle omniprésente, le nombre considérable de divorces donnant par ailleurs à la *jurisdictio* du juge une très grande visibilité dans la Cité.

Même lorsque la loi de 1975<sup>72</sup> a admis le divorce par consentement mutuel, l'intervention de la *jurisdictio* du juge restait nécessaire à l'homologation.

En revanche, la loi du 18 novembre 2016<sup>73</sup> puis celle du 23 mars 2019<sup>74</sup> ont quasiment anéanti la *jurisdictio* du juge dans le domaine du divorce (le divorce par consentement mutuel exclut totalement le juge au moyen d'un acte sous signature privée contresigné par avocats<sup>75</sup> et le divorce judiciaire est accéléré en supprimant la phase préalable de conciliation<sup>76</sup>).

---

<sup>72</sup> Loi n° 75-617 du 9 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>73</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle dite loi Justice 21.

<sup>74</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>75</sup> Article 229, alinéa 1 du Code civil : « *Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.* »

<sup>76</sup> Article 251 du Code civil.

Cette disparition de la *jurisdictio* a été une telle atteinte aux principes anciens que tant des députés que des sénateurs ont essayé de s'opposer à cette réforme en saisissant, en vain, le Conseil constitutionnel<sup>77</sup>.

Cette réforme avait été présentée comme un moyen de désengorger les juridictions et de laisser une place plus grande au consensualisme.

### C.1.2.3. Le CETA (Règlement des conflits)

Signé et approuvé par le Parlement européen et entré provisoirement en vigueur le 21 septembre 2017, le CETA, qui est l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada, a été approuvé par l'Assemblée nationale le 26 juillet 2019<sup>78</sup> mais reste en discussion devant le Sénat.

Ce traité est un exemple remarquable d'exclusion des juridictions étatiques.

En effet, alors même qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la souveraineté nationale est particulièrement en jeu, le CETA, pour le règlement des conflits entre investisseurs et États, exclut l'intervention des juges étatiques au profit de la médiation et de l'arbitrage, par un mécanisme dit "*mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les États*" (RDIE).

---

<sup>77</sup> Dans une décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a estimé que le divorce par voie conventionnelle instauré par l'article 50 de la loi du 18 novembre 2016 ne méconnaissait pas le principe d'égalité entre les enfants ; dans une décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, il a estimé que la suppression de l'audience préalable de conciliation dans la phase de divorce par consentement mutuel ne méconnaissait pas l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>78</sup> Par 266 voix pour, 213 voix contre et 74 abstentions.

Le Conseil constitutionnel<sup>79</sup> et la Cour de justice de l'Union européenne<sup>80</sup> ont considéré ce mécanisme de règlement des différends conforme à la Constitution, pour le premier, et compatible avec le droit primaire de l'Union européenne<sup>81</sup> et avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>82</sup>, pour la seconde (malgré un avis très critique de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) du 15 décembre 2016<sup>83</sup>).

Il est à souligner qu'alors que ce traité a des enjeux d'une importance considérable sur le plan économique et politique, la critique qui suscite le plus de controverses porte sur la disparition du juge étatique au profit de la médiation et de l'arbitrage.

En cette matière, l'exclusion de la *jurisdictio* du juge étatique est fondée sur un souci d'équilibre entre les investisseurs privés et l'État, ce dernier ne pouvant être juge et partie.

---

<sup>79</sup> Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017 : l'institution du tribunal ne méconnaît ni les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, ni les principes d'indépendance et d'impartialité, ni celui d'égalité, ni le principe de précaution en ce que les stipulations permettent aux parties de prendre des mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement en cas de risque de dommages graves ou irréversibles.

<sup>80</sup> Avis 1/17 Accord ECG UE-Canada du 30 avril 2019.

<sup>81</sup> L'autonomie de l'ordre juridique de l'UE est respectée (les tribunaux établis ne seront pas habilités à interpréter ou à appliquer des dispositions du droit de l'Union européenne autres que celles du CETA) et la capacité des institutions à légiférer dans l'intérêt public est préservée.

<sup>82</sup> Le mécanisme ICS, ou *Investment Court System*, étant jugé compatible avec le droit d'accès à un tribunal indépendant et avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

<sup>83</sup> L'accord s'apparenterait à un marchandage des normes, les garanties pour préserver les droits sociaux seraient insuffisantes, l'indépendance et l'impartialité des arbitres ne seraient pas assurées et le système RDIE serait déséquilibré (permettant aux investisseurs d'attaquer les États, mais non l'inverse) et préjudiciable aux mesures prises par les États dans l'intérêt général, susceptibles d'être accusés d'entraver le commerce.

#### C.1.2.4. Le filtre judiciaire devant la Cour de cassation

Depuis 1947, l'admission systématique des pourvois devant la Cour de cassation était le principe, ce qui garantissait l'égalité des citoyens devant la justice et la loi et impliquait surtout une conception large du champ de la *jurisdictio* de la Cour de cassation. Ce principe a été cependant progressivement remis en cause.

Outre les simples filtres de forme<sup>84</sup> (la radiation pour inexécution<sup>85</sup> et le rejet pour irrecevabilité<sup>86</sup>), un « *filtre de fond* » fut institué dès 1981<sup>87</sup> (ancien article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire), permettant à une formation de trois magistrats de statuer « *lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer* ». À compter de 1997<sup>88</sup>, le filtre a été corrigé par l'expression « *lorsque la solution du pourvoi s'impose* ». À partir de 2002<sup>89</sup>, le filtre est renforcé : pour accéder à l'analyse, les pourvois ne doivent pas être « *irrecevables* » ou « *non fondés sur un moyen sérieux de cassation* »<sup>90</sup>, aucune définition du moyen sérieux n'étant donnée. En 2006, l'ancien article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire a été abrogé<sup>91</sup> et remplacé par l'article L.431-1 du Code de

---

<sup>84</sup> Ces filtres de forme, qui ont principalement pour but d'éviter les procédures dilatoires et qui reposent sur des constats strictement factuels, ont une portée plutôt technique et n'ont pas de réelle portée quant à l'interprétation de son rôle par la Cour de cassation.

<sup>85</sup> L'article 1009-1 du CPC prévoit la possibilité de radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi.

<sup>86</sup> Notamment les articles 978 et 979 du CPC.

<sup>87</sup> Loi n° 81-759 du 6 août 1981 relative à la Cour de cassation.

<sup>88</sup> Loi n° 97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation.

<sup>89</sup> Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2002, qui modifie l'article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire dans les termes suivants : « *Après le dépôt des mémoires, les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.*

*Cette formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. Elle statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre (...) » (Nous soulignons).*

<sup>90</sup> Ancien article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>91</sup> Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 - art. 1 (V) JORF 9 juin 2006.

l'organisation judiciaire<sup>92</sup> mais, de fait, a survécu par l'interprétation que les juges ont fait du nouvel article L.431-1 du Code de l'organisation judiciaire, selon laquelle ils n'avaient pas nécessairement à motiver leur décision<sup>93</sup>. La procédure de formation restreinte et les « *arrêts de rejet non motivés* » se sont révélés extrêmement efficaces pour diminuer l'encombrement de la Cour de Cassation.<sup>94</sup>

Le 15 mars 2018, un projet de filtrage des pourvois en matière civile<sup>95</sup> visant à permettre à la Cour de cassation de n'examiner que les affaires qui soulèvent une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit ou pour l'unification de la jurisprudence ou que celles où serait en cause une atteinte grave à un droit fondamental a été transmis par le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, à la Garde des Sceaux, Nicole Belloubet. Il a été abandonné, en 2019, à la faveur d'un système d'aiguillage par un juge unique<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> L'article L.431-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « *Les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.*

*Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre (...)* ». (Nous soulignons)

<sup>93</sup> L'article 1014 du CPC (modifié par le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 - art. 19) disposant que : « *Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.*

*Toute formation peut aussi décider de ne pas répondre de façon spécialement motivée à un ou plusieurs moyens irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation* ».

<sup>94</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, coll. « *Précis* », 35<sup>e</sup> éd., 2020, p.1333, n°1812. Selon le rapport de la Cour de Cassation, cité par cet ouvrage, en 2018, 35 % des pourvois en matière civile ont donné lieu à rejet non spécialement motivé et 45 % des pourvois en matière pénale ne furent pas admis.

<sup>95</sup> Consultable à l'adresse :

[https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2014\\_2019\\_9706/ref\\_orme\\_traitement\\_pourvois\\_8640/filtrage\\_pourvois\\_38844.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/ref_orme_traitement_pourvois_8640/filtrage_pourvois_38844.html).

<sup>96</sup> Au terme des discussions du groupe de travail confié par N. Belloubet à l'ancien garde des Sceaux H. Nallet et ayant donné lieu au Rapport « *Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile* » du 7 novembre 2019.

## **C.2. La limitation de la *jurisdictio* du juge étatique**

### C.2.1. En matière pénale

#### C.2.1.1. Les peines plancher

La *jurisdictio* du juge est fondamentale en matière pénale, la proportionnalité ou l'individualisation de la peine ne pouvant être assurées que par la libre *jurisdictio* du juge.

Cependant, en 1994, cette pleine et libre *jurisdictio* a connu une atteinte avec l'article 132-18 du Code pénal qui a instauré des "*peines plancher*" pour les crimes sans récidive<sup>97</sup>. Plus tard, la loi sur la récidive du 10 août 2007<sup>98</sup> portera une nouvelle atteinte à la *jurisdictio* du juge avec l'instauration des nouvelles peines-plancher des articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal pour les crimes et délits les plus graves avec récidive (avec une peine d'emprisonnement en cas de multirécidive)<sup>99</sup>. Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, a jugé que les dispositions de la loi précitée de 2007 ne méconnaissaient pas le principe d'individualisation des peines au motif qu'une juridiction pouvait, à condition de motiver son choix<sup>100</sup>, prononcer une peine inférieure au seuil fixé.

---

<sup>97</sup> Sont imposés un minimum de deux ans d'emprisonnement en cas de perpétuité encourue et d'un an pour une peine moins lourde.

<sup>98</sup> Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

<sup>99</sup> Ce dispositif sera par la suite étendu à la répression des violences les plus graves par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, créant un nouvel article 132-19-2 du Code pénal.

<sup>100</sup> En considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ; et, en cas de multirécidive, uniquement si l'auteur des faits présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion.



La désapprobation des juges se manifestera par la relativement faible application des peines plancher (51 % en première instance et 65 % en appel), ce qui conduira le législateur à supprimer les peines plancher instaurées en 2007 et en 2011 par la loi n°2014-896 du 15 août 2014<sup>101</sup>.

Quoi qu'il en soit, la brève tentative des peines plancher illustre la volonté du législateur de limiter la *jurisdictio* du juge. Elle exprimait une défiance des organes politiques à l'égard des juges.

### C.2.1.2. Le jury populaire

La cour d'assises a très tôt compris un jury populaire, lequel a vu son pouvoir augmenter progressivement<sup>102</sup>. Devant un mouvement de mécontentement de la population à l'égard des décisions rendues en correctionnelle par les juges professionnels et le pouvoir politique ayant relevé que les décisions des cours d'assises étaient plutôt bien admises par l'opinion publique - parce que rendues en grande partie par le peuple lui-même -, a été proposée, durant la présidence de Nicolas

---

<sup>101</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

<sup>102</sup> La *jurisdictio* du juge pénal a d'abord été fondamentalement remise en cause par la Constituante (loi des 16-24 août 1790 séparant l'ordre judiciaire et administratif et lois des 19-22 juillet et 16-29 septembre 1791) qui a instauré un jury populaire chargé de juger des affaires criminelles avec les magistrats. Au début séparés (le jury étant chargé de la culpabilité et les juges de la pénalité), ils furent ensuite associés dans la délibération de la peine par une loi du 5 mars 1932, finalement entérinée par une loi du 25 novembre 1941 leur permettant de statuer ensemble sur le fait et le droit (association reprise dans le Code de procédure pénale de 1959, à l'article 356). Si les résultats, en pratique, étaient décevants quand jury et juges étaient séparés (nombreux acquittements prononcés par le jury par peur de la marge d'appréciation laissée aux juges dans le prononcé de la peine), les résultats furent plus satisfaisants quand ils ont été associés : les taux d'acquiescement passèrent de 25 à 8 % (*Le jury en France - Une histoire jamais terminée*, Jean Pradel dans *Revue internationale de droit pénal* 2001/1-2 (Vol. 72), pages 175 à 179), cette nouvelle association semblant avoir provoqué l'adhésion des magistrats et des jurés.

Sarkozy, la mise en place d'un jury populaire dans les juridictions correctionnelles, sans doute, comme pour les peines plancher précitées, en raison d'une forme de défiance à l'égard des juges.

Ce jury populaire en correctionnelle est indiscutablement une limitation de la *jurisdictio* des juges étatiques.

Il s'agit de l'expérimentation des « *citoyens assesseurs* » par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011<sup>103</sup>, qui permettait à ces citoyens de juger, avec les juges, certains délits graves<sup>104</sup> et certaines décisions de libération conditionnelle au sein d'un nouveau Tribunal Correctionnel dans sa Formation Citoyenne (TCFC)<sup>105</sup>. Cette expérimentation a été interrompue par deux arrêtés du 13 juin 2012<sup>106</sup> et du 18 mars 2013<sup>107</sup> (la réforme ayant « *augmenté le coût de la justice et allongé les délais d'audience sans que l'image de la justice ne s'en trouve améliorée* »)<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

<sup>104</sup> Par exemple : agressions sexuelles, violences volontaires ayant entraîné une ITT supérieure à 8 jours...

<sup>105</sup> Introduction des citoyens assesseurs au sein du tribunal correctionnel, de la chambre des appels correctionnels, du tribunal d'application des peines et de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel.

<sup>106</sup> Arrêté du 13 juin 2012 précisant l'étendue de l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale.

<sup>107</sup> Arrêté du 18 mars 2013 mettant fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale.

<sup>108</sup> Initialement, l'instauration d'un jury populaire auprès des juges professionnels était justifiée par un climat de défiance envers les juges et corrélativement par une volonté de rendre la justice aux citoyens. L'expérimentation des citoyens assesseurs visait à « *répondre à l'attente forte, pas toujours rationnelle [...], de nos concitoyens d'une plus grande sévérité de notre justice sur la délinquance du quotidien* », selon l'ancien Président N. Sarkozy, cité dans un article du journal Le Point du 13 janvier 2012.

## C.2.2. En matière civile

À titre d'illustrations de la limitation ou d'un encadrement de la *jurisdictio* des juges en matière civile par le législateur seront présentés le plafonnement des indemnités en matière prud'homale ainsi que la médiation de la consommation.

### C.2.2.1. Les indemnités plafonnées en matière prud'homale

En principe, la *jurisdictio* du juge permet de garantir le principe de la réparation intégrale des préjudices subis, notamment en matière d'indemnités prud'homales.

Pourtant, le principe de l'exercice libre et total de la *jurisdictio* du juge en matière prud'homale a été contredit par la réforme du droit du travail, opérée par les cinq ordonnances publiées le 23 septembre 2017, et notamment son ordonnance-phare<sup>109</sup>, qui est venue encadrer les indemnités prud'homales en fixant un plancher (selon la taille de l'entreprise) et un plafond (selon l'ancienneté du salarié) fixé à vingt mois de salaire brut.

Cette limitation de la *jurisdictio* a été une telle atteinte au principe de réparation intégrale que de nombreuses juridictions du fond ont tenté de rejeter l'application de ce barème<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

<sup>110</sup> La Cour de cassation a exprimé un avis (n° 15012 et 15013), le 17 juillet 2019, par lequel elle a confirmé la légalité du dispositif et sa conformité à la Charte Sociale Européenne et à la convention 158 de l'OIT. Cet éclairage n'a toutefois pas empêché certains conseils des prud'hommes de résister ; de même, la cour d'appel de Reims, par une décision du 25 septembre 2019, a jugé que le barème pouvait être écarté dès lors que son application ne permettrait pas au salarié de bénéficier d'une réparation adéquate et proportionnée, le juge ne disposant pas de la latitude nécessaire pour individualiser le préjudice de perte d'emploi et sanctionner l'employeur.

Cette limitation de la *jurisdictio* avait pour objectif affiché la sécurisation de l'évaluation des risques des entreprises.

#### C.2.2.2. La médiation de la consommation

La médiation de la consommation a remis en cause l'opportunité, l'efficacité et la légitimité du règlement d'un litige de consommation par la voie judiciaire en ouvrant une nouvelle voie extrajudiciaire au règlement des litiges de consommation.

Créée par la Directive européenne du 21 mai 2013<sup>111</sup> et transposée dans notre droit interne aux articles L. 611 à L. 616 et R. 612 à R. 616 du Code de la consommation par une ordonnance publiée le 21 août 2015<sup>112</sup>, la médiation de consommation (confidentielle, volontaire et gratuite pour le consommateur) vise à permettre, avec l'aide d'un tiers médiateur, la résolution amiable de tout litige national ou transfrontalier né entre un consommateur et un professionnel à l'occasion de l'exécution d'un contrat de vente ou de prestation de services.

Cette déjudiciarisation des litiges de consommation (sous l'influence des instances européennes) répond essentiellement à un objectif de protection du consommateur face au professionnel.

### **C.3. La limitation du rôle du juge étatique**

Enfin, la limitation de la *jurisdictio* peut parfois prendre la forme d'une limitation du rôle de juge étatique ou d'un accroissement du rôle des parties dans l'organisation de la procédure.

---

<sup>111</sup> Directive européenne n° 2013/11/UE du 21 mai 2013.

<sup>112</sup> Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF 21 août 2015, p. 14721.

### C.3.1. En matière pénale

#### C.3.1.1. La composition pénale

La présence de principe du juge dans la répression pénale a d'abord été remise en cause par la composition pénale (instaurée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 et régie par les articles 41-2, 41-3 et 41-3-1 A du Code de procédure pénale). Cette dernière permet au procureur de la République de proposer une sanction à la personne physique ou morale<sup>113</sup> auteur d'un délit ou d'une contravention<sup>114</sup> qui reconnaît les faits. Si cette sanction est acceptée, le procureur de la République saisit le tribunal compétent aux fins de validation de la composition. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice est allée encore plus loin dans la déjudiciarisation en supprimant la validation par le tribunal pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans ainsi que pour les propositions de peine portant sur une amende ou sur la remise d'une chose de moins de trois mille euros.

Cette perte considérable de *jurisdictio* du juge ainsi que cette atteinte aux principes d'égalité devant la justice et de séparation des autorités de poursuite et de jugement ont été validées par le Conseil constitutionnel qui a estimé, dans une décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019<sup>115</sup>, que cette suppression de la validation de la composition pénale par le tribunal ne méconnaissait pas les principes invoqués et que

---

<sup>113</sup> Cette mesure est applicable aux personnes morales depuis le 25 mars 2019.

<sup>114</sup> Sont exclus les délits de presse (injure, diffamation...), les délits d'homicides involontaires, les délits politiques (terrorisme, ...) et les délits punis de plus de cinq ans de prison, les crimes (viol, meurtre...).

<sup>115</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>.

les seuils retenus répondaient aux exigences d'une bonne administration de la justice et d'une répression effective des infractions.

La composition pénale a été inspirée tant par la volonté de désencombrer les juridictions que par celle d'introduire une dimension consensualiste dans la sanction.

#### C.3.1.2. La transaction pénale par officier de police judiciaire (OPJ)

L'importance du juge dans la répression pénale a également été remise en cause par la transaction pénale par OPJ, instaurée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014<sup>116</sup> et codifiée aux articles 41-1-1 du Code de procédure pénale et L.132-10-1 du Code de la sécurité intérieure. La transaction pénale permettait à un OPJ, sur autorisation du procureur de la République, de transiger avec les personnes physiques ou morales pour les contraventions de 5<sup>e</sup> classe et pour certains délits (punis d'une peine d'amende ou d'emprisonnement jusqu'à un an), leur permettant ainsi d'éviter un procès.

Les décrets d'application de la transaction pénale par OPJ ont été annulés par le Conseil Constitutionnel, de sorte qu'elle a cessé de pouvoir être mise en œuvre à compter de 2017<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

<sup>117</sup> Mis à mal par une décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, le premier décret d'application relatif à la transaction pénale par OPJ a fait l'objet d'une réserve d'interprétation du Conseil Constitutionnel imposant d'informer la personne suspectée de son droit à être assistée de son avocat avant d'accepter la proposition qui lui est faite, y compris lorsqu'elle a lieu durant sa garde à vue, ainsi que d'une censure partielle de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale pour atteinte disproportionnée de son quatrième paragraphe au droit au respect de la vie privée. La transaction pénale par OPJ a enfin vu son second décret d'application annulé par le Conseil d'État (6ème – 1ère chambres réunies, 395321), le 24 mai 2017, pour méconnaissance du droit à un procès équitable (garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme), le texte ne prévoyant pas que les personnes se voyant proposer une transaction pénale soient informées de la nature des faits reprochés et de leur qualification juridique.

Cette mesure alternative aux poursuites avait elle aussi pour objet d'apporter une dose de consensualisme dans la procédure.

### C.3.1.3. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)

Le principe de l'omniprésence du juge dans la répression pénale a été remis en cause par la CRPC (ou « *plaider-coupable* »), créée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et codifiée aux articles 495-7 et suivants du Code de procédure pénale. La CRPC permet à une personne majeure qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés d'éviter un procès en contrepartie de l'exécution d'une ou plusieurs peines (amende et/ou emprisonnement). Mise en œuvre d'office par le procureur de la République, la CRPC peut aussi être demandée par la personne poursuivie ou par son avocat, voire par le juge d'instruction. Si la proposition est acceptée, le procureur doit saisir le président du tribunal correctionnel qui peut soit homologuer soit refuser la proposition du procureur (notamment s'il estime que les peines proposées ne sont pas suffisantes ou, depuis le 25 mars 2019<sup>118</sup>, qu'il est nécessaire de tenir une audience correctionnelle ordinaire).

Saisi de la question de sa conformité à la Constitution, le Conseil Constitutionnel a estimé, dans une décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010<sup>119</sup>, que la procédure de CRPC ne méconnaissait ni les droits de la défense, ni la présomption d'innocence.

La CRPC reste symptomatique de l'extension croissante des tâches qui sont transférées au parquet et qui, dans une certaine mesure, limitent le rôle du juge puisque le choix de la peine proposée revient au Ministère public.

---

<sup>118</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>119</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201077QPC.htm>.

### C.3.2. La médiation préalable obligatoire en droit administratif

En matière administrative, le législateur a également limité la *jurisdictio* du juge par un préalable obligatoire de médiation relatif à certains types de litiges.

Traditionnellement, les règles du contentieux administratif ne comportaient pas de phase a-juridique. Cependant, sous l'influence du large mouvement consensualiste, la loi du 18 novembre 2016<sup>120</sup>, mise en œuvre du 1<sup>er</sup> avril 2018 au 18 novembre 2020 par le décret du 16 février 2018<sup>121</sup> ainsi que par les arrêtés des 1<sup>er</sup> et 2 mars 2018<sup>122</sup>, a prévu, à titre expérimental, une mesure de médiation, préalable obligatoire de certains litiges relatifs à la fonction publique<sup>123</sup> et à certaines prestations sociales<sup>124</sup>.

Dans de tels litiges, le requérant doit saisir le médiateur dans le délai de recours contentieux de deux mois<sup>125</sup>, sous peine d'irrecevabilité dudit recours. Le régime et l'effet de la médiation en droit administratif sont inspirés de la médiation en matière civile : gratuité<sup>126</sup> ou encore interruption des délais de recours et effet suspensif de la prescription<sup>127</sup>. Cette « *médiation administrative* » a, en outre, un effet extraordinaire

---

<sup>120</sup> Article 5 IV de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle dite loi Justice 21.

<sup>121</sup> Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

<sup>122</sup> Arrêté des ministres de la justice et de l'éducation nationale du 1<sup>er</sup> mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique de l'éducation nationale ; arrêté des ministres de la justice, de l'intérieur et de la cohésion des territoires du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale.

<sup>123</sup> Ce sont les recours des agents publics portant sur des décisions individuelles défavorables concernant leurs situations personnelles.

<sup>124</sup> Revenu de solidarité active (RSA), Aide exceptionnelle de fin d'année (« *Prime de Noël* »), Aide personnalisée au logement (APL), Allocation de solidarité spécifique (ASS) ainsi que les décisions de radiation de la liste des demandeurs d'emploi.

<sup>125</sup> Conformément à l'article R. 421-1 du Code de justice administrative (CJA).

<sup>126</sup> Article L. 213-5, alinéa 6 du CJA.

<sup>127</sup> Article L. 213-6 du CJA.



en ce qu'elle permet aux parties de suspendre les effets de la décision en cause, par dérogation au privilège du préalable<sup>128</sup>.

Cette médiation relève tout autant d'une volonté de désengorger les tribunaux administratifs que d'une volonté de donner, ici encore, la priorité au consensualisme afin de rétablir un dialogue entre les parties.

### C.3.3. En matière civile

#### C.3.3.1. La procédure participative

La procédure participative assistée par avocat, introduite par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010<sup>129</sup>, aux articles 2062 à 2068 du Code civil et par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, aux articles 1542 et suivants du CPC, permet aux parties à un différend de s'engager, dans un premier temps, à rechercher un accord (première période durant laquelle tout recours au juge afin qu'il statue sur le litige sera irrecevable<sup>130</sup>), puis, dans un second temps, de saisir le juge soit pour homologuer l'accord, soit pour statuer sur le litige. En outre, la loi du 6 août 2015<sup>131</sup> a étendu la procédure au droit du travail et la loi du 18 novembre 2016<sup>132</sup> a permis de conclure un

---

<sup>128</sup> CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec. CE 1913, p. 583 ; S. 1915, 3, p. 9, note Hauriou. Le privilège du préalable confère une présomption de légalité aux décisions administratives. De cette présomption découle l'absence, en principe, d'effet suspensif des recours dirigés contre ces actes.

<sup>129</sup> La définition originelle de la convention de procédure participative, en particulier dans sa version initiale issue de la loi de 2010, porte la marque de ce qu'on appelle le "*droit collaboratif*", droit d'origine québécoise et anglo-saxonne, « *dont la mise en œuvre est préalable à toute saisine judiciaire* » (C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *op.cit.*, p. 1777 n° 2429).

<sup>130</sup> Article 2065 du Code civil.

<sup>131</sup> Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques JO 7 août p. 13537.

<sup>132</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle dite loi Justice 21.

accord de procédure participative au cours d'une instance et a étendu son objet à la mise en état des litiges (calendrier des échanges, saisine d'un technicien).

Si l'institution de la procédure participative révèle, une nouvelle fois, une volonté de promotion du consensualisme et ce, même au cœur d'une procédure contentieuse, elle a également pour effet de limiter la *jurisdictio* du juge étatique.

### C.3.3.2. Incitations et obligations de conciliation ou de médiation ou de procédure participative

Les parties sont poussées au règlement amiable de leur litige avec une vigueur toujours accrue. La loi prévoit des incitations légales telles que l'obligation pour un demandeur de préciser « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »<sup>133</sup>, la possibilité pour le juge de tenter une conciliation au moment qu'il estime favorable, tout au long de l'instance et sans avoir à solliciter un mandat des parties à cette fin<sup>134</sup> ainsi que la possibilité pour le juge de « *désigner, avec l'accord des parties, un médiateur pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé* »<sup>135</sup> ; est également prévue la possibilité du juge aux affaires familiales d'enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Article 56 (assignation) et article 58 (requête ou déclaration) du CPC, dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019. Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2020, du décret n°2018-1333 du 11 décembre 2018, l'article 54 du CPC dispose que la requête et l'assignation, doivent comporter, lorsqu'elles doivent être obligatoirement précédées d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, « *les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative* » et ce, à peine de nullité. Avec cette sanction de la nullité, ce nouvel article 54 met fin aux controverses sur les sanctions de l'ancien article 56 du CPC.

<sup>134</sup> Articles 127, 128 et 129 du CPC.

<sup>135</sup> Article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, tel que modifié par l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle dite loi Justice 21.

<sup>136</sup> Lequel les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation.

La loi de programmation 2018-2022 de réforme pour la justice<sup>137</sup> a généralisé l'injonction faite aux parties de rencontrer un médiateur, le juge pouvant, en tout état de la procédure et y compris en référé, enjoindre aux parties, sans leur accord, de rencontrer un médiateur s'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible. Une tentative préalable et obligatoire<sup>138</sup> de conciliation devant un conciliateur de justice « *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office* » avait par ailleurs été introduite par l'article 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21) et ce, lorsque la saisine du tribunal d'instance était faite par déclaration au greffe et que les litiges n'excédaient pas quatre mille euros. La loi de programmation a étendu l'obligation de tentative de règlement amiable<sup>139</sup> préalable aux litiges portés devant le tribunal judiciaire<sup>140</sup> lorsque la demande n'excède pas cinq mille euros ou lorsqu'elle a trait à un conflit de voisinage ou est relative à diverses actions énumérées au Code de l'organisation judiciaire<sup>141</sup> (article 750-1 du CPC, créé par décret 2019-1333 du 19 décembre 2019), la seule exception au caractère obligatoire de ces tentatives de règlement amiable étant le cas de « *motif légitime* »<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>138</sup> Ce texte exclut cette exigence de tentative de conciliation préalable, dans trois cas : « *1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime* », le motif légitime pouvant être notamment la mauvaise foi de l'autre, l'urgence ou encore la gravité de la situation.

<sup>139</sup> Conciliation par un conciliateur de justice, médiation ou procédure participative.

<sup>140</sup> La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a fusionné les tribunaux d'instance et les tribunaux de grande instance au sein du tribunal judiciaire, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

<sup>141</sup> Articles R. 211-3- 4 et R. 211-3-8 : parmi lesquelles les actions en bornage, en dommages causés aux champs et cultures, à diverses servitudes et constructions, aux indemnités pour pertes et avaries de colis et bagages.

<sup>142</sup> Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, en réponse à la réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, a précisé que ce motif

Le préalable obligatoire de médiation ou de conciliation révèle, de nouveau, à la fois la volonté de laisser la primauté au consensualisme ainsi que celle de limiter la mise en œuvre de la *jurisdictio* du juge.

### C.3.3.3. La conciliation

La conciliation fait partie intégrante de la mission du juge<sup>143</sup> et ce, depuis longtemps<sup>144</sup>. Il s'agit d'un principe général qui s'applique de plein droit, à l'initiative du juge ou des parties, devant toutes les juridictions civiles et ce, quel que soit l'état de la procédure.

Devant de nombreuses juridictions ou encore dans le cadre de nombreuses procédures, ce pouvoir de conciliation est formellement organisé et gagne du terrain : nombre de procédures, telles le divorce<sup>145</sup> ou la saisie des rémunérations<sup>146</sup>, comportent une tentative de conciliation obligatoire ; devant certaines juridictions, comme le conseil de prud'hommes, le jugement n'intervient qu'à défaut de

---

légitime pourra tenir à « *l'urgence manifeste* », aux circonstances de l'espèce, ou encore à l'indisponibilité des conciliateurs de justice, laquelle a été définie par sa conséquence, à savoir « *l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige* »,

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>.

<sup>143</sup> L'article 21 du CPC dispose que : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.* »

<sup>144</sup> La conciliation était considérée par le législateur révolutionnaire comme un idéal et c'est ainsi que le préliminaire de conciliation avait été imposé devant les tribunaux civils de droit commun par le Code de procédure civile de 1807 et rendu obligatoire devant le juge de paix par la loi du 2 mai 1855, modifiant la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix. La loi n°49-178 du 9 février 1949 a supprimé la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux civils de droit commun, celle-ci ne subsistant plus que devant certaines juridictions d'exception. En 1975, le Nouveau Code de procédure civile a consacré un titre entier à la conciliation par le juge (articles 128 et suivants) afin d'en favoriser le développement et de la généraliser.

<sup>145</sup> Article 252 du Code civil (modifié par la loi 2004-439 du 26 mai 2004).

<sup>146</sup> Article R. 3252-12 du Code du travail (décret n°2008-244 du 7 mars 2008).

conciliation<sup>147</sup>, la phase de conciliation ayant vocation à inscrire dans un climat apaisé les relations entre les partenaires sociaux ; le décret 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 a étendu la conciliation par le juge devant des juridictions spécifiques<sup>148</sup>.

Alors que déjà, avec la conciliation, le juge n'exerce aucune *jurisdictio*, ne tranche aucune contestation et n'accomplit pas un acte juridictionnel, sa mission même de conciliation est parfois confiée à d'autres que lui. Ainsi, le décret précité du 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>149</sup> permet au juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice<sup>150</sup> dans certaines juridictions<sup>151</sup> ; ou, plus récemment, un décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012<sup>152</sup> permet aux parties de procéder à une conciliation conventionnelle avec l'aide d'un tiers conciliateur.

Le constat d'accord issu de la conciliation conventionnelle<sup>153</sup> a la nature juridique d'un contrat et conformément au droit commun des contrats et par application de

---

<sup>147</sup> Article L. 1411-1 du Code du travail.

<sup>148</sup> Tribunal d'instance, juridiction de proximité, tribunal de commerce, tribunal paritaire des baux ruraux...

<sup>149</sup> Codifiant les articles 129-2 et suivants du CPC.

<sup>150</sup> Institué par un décret du 20 Mars 1978, la fonction du conciliateur de justice est de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, « *le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition* » (décret du 20 mars 1978, article 1<sup>er</sup>). Il s'agit d'une procédure de conciliation bien adaptée aux petits litiges civils dont les litiges de consommation, les contentieux de voisinage, les rapports locatifs. Ainsi, en 2015 : les conciliateurs de justice étaient au nombre de 1.900, exerçant bénévolement leur fonction ; ils ont été saisis de 142.000 affaires nouvelles (à titre comparatif, en 2015, le nombre d'affaires nouvelles portées devant les tribunaux de grande instance s'élève à 994.800 parmi lesquelles on compte 113.800 référés et 121.600 ordonnances sur requête) ; le taux de conciliation a été de 56 %, un peu plus faible pour les saisines émanant du juge d'instance (49 %) (<http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/infostats-justice-10057/lactivite-des-conciliateurs-de-justice-en-2015-29595.html>).

<sup>151</sup> Tribunaux d'instance, tribunaux de commerce et tribunaux paritaires de baux ruraux.

<sup>152</sup> Créant les articles 1530 et suivants du CPC.

<sup>153</sup> S'agissant de la conciliation conventionnelle, l'article 1540 du CPC, dispose que « *En cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. La conciliation peut également être consignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs des parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord* ».

l'article 1103 du Code civil, il fera la loi des parties et aura force obligatoire dans leurs rapports entre elles. Les parties ont la possibilité de lui conférer force exécutoire, moyennant saisine du juge à cet effet et ce, sur le fondement de l'article 1541 du CPC s'agissant de la conciliation conventionnelle<sup>154</sup>.

Si conciliation et médiation sont relativement proches et font d'ailleurs l'objet d'un traitement commun dans le cadre du CPC, la place laissée au consensualisme est, comme il sera développé plus tard, bien plus importante dans la médiation que dans la conciliation. Alors que la médiation vise à ce que les parties trouvent par elles-mêmes la solution au conflit qui les oppose avec l'aide du médiateur (lequel, même lorsqu'il est désigné par un juge, est indépendant et n'agit pas sur délégation de celui-ci), avec la conciliation, la solution au litige, si elle est librement choisie et acceptée par les parties, est le reflet de l'interprétation du conciliateur (le juge lui-même ou un conciliateur de justice) et de ce qu'il estime être une solution équilibrée face à la situation qui lui est soumise.

Quoi qu'il en soit, le large domaine des conciliations obligatoires<sup>155</sup> témoigne de la volonté systématique du législateur de limiter les situations d'intervention de la *jurisdictio* du juge étatique.

\* \* \*

\*

---

*auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice; il incombe alors à ce dernier de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci.*

*La rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit.*

*Un exemplaire du constat est remis à chaque intéressé. Le conciliateur de justice procède également, sans délai, au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal judiciaire. »*

<sup>154</sup> L'article 1541 du CPC dispose que : « *La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.* »

<sup>155</sup> Cf. notamment l'article 750-1 du CPC et les articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire précités (point C.3.3.2 *supra*).

## **Le plan d'ensemble et sa justification**

L'ensemble des institutions évoquées dans les paragraphes précédents constituent des modalités de retrait de la *jurisdictio* étatique par voie de contrainte légale, donc des retraits obligatoires.

Cependant, parallèlement à ces retraits par contrainte légale, existent les MARC au profit desquels, sans contrainte, les juridictions étatiques replient leur *jurisdictio* : il s'agit de la médiation et de l'arbitrage.

Ces cas de repli volontaire sont particulièrement intéressants et méritent d'être étudiés parce qu'ils semblent contredire ce qui est attendu ordinairement des juridictions étatiques, c'est-à-dire rendre la justice en tranchant les litiges.

L'étude de ces situations de repli, dans leur technicité, l'origine de leurs sources et leurs effets, sera réalisée selon un plan qui trouve sa justification dans la spécificité des actes soumis à l'analyse.

La médiation et l'arbitrage sont des institutions au profit desquelles les juridictions étatiques replient leur *jurisdictio* et ce repli produit des effets qui génèrent des conséquences convergentes, notamment la subsidiarité de la loi étatique.

Dès lors, il convenait de savoir si le sujet pouvait être appréhendé selon un plan en deux parties dont la première aurait été consacrée à la "*réalisation du repli*" et la seconde "*aux effets de ce repli*".

Cependant, si l'étude d'un phénomène juridique doit contenir l'analyse de la technique par laquelle il se réalise, elle ne peut s'y limiter. En effet, un phénomène est constitué tant par sa réalisation que par les sources spécifiques qui le distinguent et ce, d'autant que l'identification des sources permet de mesurer la profondeur du

phénomène et que la profondeur du phénomène permet de construire une vision prospective des effets juridiques et institutionnels du phénomène.

En l'occurrence, "*le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio**", qui se réalise au profit d'institutions juridiques de nature aussi différentes que, d'une part la médiation et, d'autre part l'arbitrage, se réalise d'une manière distincte et résulte de sources d'influence si différentes selon qu'elle s'opère en faveur de la médiation ou de l'arbitrage qu'une analyse confondue de ces deux institutions ne pourrait complètement rendre compte de leur spécificité, de leur technicité ou de leur portée. Ainsi, se sont imposées des analyses séparées pour chacun des replis de la *jurisdictio* étatique au profit de chacun des deux MARC (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) que sont la médiation et l'arbitrage.

En revanche, le repli de la *jurisdictio* des juges étatiques au profit de la médiation et l'arbitrage génère effectivement des effets convergents qui se conjuguent en dessinant un phénomène global.

Dans ces conditions, la nécessité de rendre complètement compte de l'autonomie et de la spécificité des actes de repli de la *jurisdictio* étatique qui se réalisent respectivement dans deux champs juridiques différents puis de leur convergence, commande un plan en trois parties : tout d'abord, une première partie dédiée à la spécificité du repli au profit de la médiation en rendant compte de sa technicité et de ses sources, suivie d'une deuxième partie dédiée à la spécificité du repli des juridictions étatiques au profit de l'arbitrage. L'étude s'achèvera par une troisième partie dédiée à la recherche des effets convergents des actes constituant le phénomène du repli et des limites de ce repli.



Ainsi, la présente étude suivra la division suivante :

- **Partie 1** : Faveur des juridictions étatiques pour la médiation
- **Partie 2** : Protection de l'arbitrage par les juridictions étatiques
- **Partie 3** : Les effets et les limites du repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques

## **Partie I - FAVEUR DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES POUR LA MÉDIATION**

En dépit de l'importance historique du lien entre service de la justice et légitimation de l'État, ce dernier tolère voire encourage le développement des mécanismes alternatifs de règlement des conflits. L'État, considéré dans tous les pouvoirs qui le constituent (pouvoir législatif, pouvoir exécutif et autorité judiciaire), renonce ainsi parfois à son pouvoir de rendre la justice en se rétractant ou en se repliant et en confiant ce pouvoir à d'autres acteurs et institutions qui se substituent à lui dans la fonction de régler les différends. La médiation et la faveur dont elle fait l'objet de la part des juridictions étatiques est, à cet égard, l'une des meilleures illustrations de ce phénomène de repli de la *jurisdictio* de l'État<sup>156</sup>.

Aussi, au travers de l'analyse de la vigueur avec laquelle les juridictions étatiques ont donné force aux clauses contractuelles de MARD préalables, notre étude portera-t-elle, dans un premier temps, sur la faveur des juridictions étatiques à l'égard des MARD (**Chapitre 1**), avant de chercher à identifier les courants d'influence convergents qui concourent à l'essor de la médiation (**Chapitre 2**).

---

<sup>156</sup> J. Carbonnier, à propos de la médiation : « *Ce qui est clair, (...), c'est l'importance que la médiation a acquise dans le mouvement des idées (...). C'est que la cause de la justice informelle est, d'avance éminemment sympathique. (...) Ma justice, a l'air d'avouer l'État, est un mal, un mal nécessaire (comme le droit tout entier peut-être) mais un mal : la preuve c'est que je vous invite moi-même à organiser des médiations pour remplacer ma justice* » (« *Jean Carbonnier 1908-2003 écrits* », p.1017 et 1018, textes rassemblés par R. Verdier, Presses Universitaires de France).

## **Chapitre 1. La faveur des juridictions étatiques à l'égard des MARD**

Il s'agit ici au travers de l'analyse de l'évolution jurisprudentielle en faveur des MARD (**Section 1**) d'approfondir la manière dont les juges étatiques ont volontairement et progressivement écarté des moyens juridiques pertinents, qui auraient pu leur permettre de s'opposer à la progression de la médiation conventionnelle, avant de présenter le contexte législatif et institutionnel de ce repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* (**Section 2**) puis de se pencher, avant d'en montrer les limites, sur une explication possible de cette faveur pour la médiation, à savoir une explication du repli de la *jurisdictio* par le modèle économique (**Section 3**).

### **Section 1. L'évolution jurisprudentielle en faveur des MARD**

Sera étudiée ci-après la manière dont les juridictions ont accueilli les MARD en examinant la position que la jurisprudence a adoptée à l'égard des clauses contractuelles qui prévoient l'obligation de recourir à une médiation préalable (ou une conciliation) avant de pouvoir former une demande en justice : les clauses de « *MARD préalable obligatoire* ».

Quelle est la portée de la reconnaissance de la force obligatoire des clauses contractuelles prévoyant des MARD préalables à toute action judiciaire ?

L'étude de l'attitude des juges envers l'obligation contractuelle d'un préalable obligatoire avant l'accès à l'organe judiciaire doit permettre d'estimer s'ils adhèrent à une conception exclusive ou non exclusive de leur rôle dans le domaine du règlement

de conflits. En effet, pour savoir si les MARD ont la faveur des juridictions, il convient de se pencher sur l'adhésion ou l'hostilité que leur témoignent les juges.

Comme il sera établi dans les développements qui suivent, les juges étatiques ont certes une position favorable à la fois à l'égard de la médiation judiciaire et à l'égard de la médiation conventionnelle<sup>157</sup>. Cependant, il est important de noter que la faveur des juridictions étatiques à l'égard des MARD est davantage significative lorsqu'elle s'exprime à l'égard de la médiation conventionnelle et ce, à l'occasion de l'appréciation de l'effet des stipulations prévoyant un MARD préalable obligatoire. En effet, la médiation judiciaire quant à elle se met en place sans que le juge soit dessaisi, donc sans atteinte au « *droit au juge* » et est organisée par la loi, de sorte qu'elle ne s'oppose à aucun grand principe. En revanche, l'obligation contractuelle du préalable de médiation est réellement un « *obstacle privé* » au « *droit au juge* », de sorte qu'il faut véritablement une inclinaison favorable de la part des juges pour en admettre la validité.

---

<sup>157</sup> Il est à noter que deux philosophies de la médiation s'opposent, l'une envisageant la médiation comme relevant d'une démarche purement volontaire, l'autre l'envisageant comme étant un préalable à toute demande en justice. Si, pendant longtemps, la loi a privilégié l'approche volontaire, soumettant la procédure de médiation à l'accord des parties, désormais le législateur comme les juridictions dérogent de plus en plus à ce principe, rendant les MARD obligatoires dans nombre de contentieux. Cela d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme a admis que la demande de règlement amiable, préalable obligatoire, est conforme aux normes européennes dès lors qu'elle ne constitue pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge (CEDH, arrêt du 26 mars 2015, Momčilović c. Croatie, n°11239/11, CEDH, Note d'information sur l'affaire 11239/11, 26 mars 2015), la Cour de justice de l'Union européenne allant également dans ce sens (Cour de justice de l'Union européenne, quatrième chambre, arrêt du 18 mars 2010, affaires jointes Rosalba Alassini contre Telecom Italia SpA (C-317/08), Filomena Califano contre Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia Iacono contre Telecom Italia SpA (C-319/08) et Multiservice Srl contre Telecom Italia SpA (C-320/08) : Procédures 2010, n° 179, obs. C. Nourissat ; Semaine juridique (*JCP*) 2010, n° 19-20, 546, n° 5, obs. Th. Clay, à propos d'une réglementation mettant en place une procédure obligatoire de conciliation extrajudiciaire préalablement à la saisine d'un juge, dès lors que sont respectés les principes d'équivalence et d'effectivité et qu'est assuré le principe de protection juridictionnelle effective).

Aussi, convient-il de faire la distinction entre clause contractuelle de MARD et médiation judiciaire.

Le recours à la médiation judiciaire, impliquant l'accord des parties, intervient après la naissance d'un différend et après la saisine d'une juridiction. C'est au cours d'une procédure pendante et après la constitution du lien juridique d'instance que les parties, à leur initiative ou sur l'invitation du juge, peuvent avoir recours à la médiation judiciaire. Dans cette hypothèse, le juge ordonne le renvoi en médiation et désigne le médiateur. Il s'agit ici de la médiation judiciaire : une procédure ordonnée par un juge initialement saisi d'un litige et qui désigne un médiateur après avoir recueilli l'accord des parties<sup>158</sup>.

La médiation judiciaire ne doit pas être confondue avec la médiation conventionnelle<sup>159</sup> préalablement prévue dans un contrat (et ce, avant le litige comme

---

<sup>158</sup> La médiation judiciaire est régie, depuis un décret n°96-652 du 22 juillet 1996, relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, par les articles 131-1 à 131-15 du CPC, modifiés à plusieurs reprises, et par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi a été modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la Directive n° 2008/52/CE, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, de sorte que le Chapitre 1<sup>er</sup> est désormais consacré à la médiation, la section II étant consacrée spécifiquement à la médiation judiciaire. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle dite loi Justice 21. De la combinaison de l'article 131-1 du CPC et de l'article 21 de la loi du 8 février 1995, il résulte que la médiation judiciaire est définie comme un : « *processus structuré, (...), par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* », l'article 131-1 du CPC ajoutant que la tierce personne - médiateur - a pour mission « *d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

<sup>159</sup> L'article 1530 du CPC définit la médiation conventionnelle dans les termes suivants : « *La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* »

après la naissance du litige)<sup>160</sup>. En effet, la clause contractuelle prévoyant un MARD peut se trouver dans des contrats dont elle n'est pas l'objet principal (par exemple un contrat commercial) mais dont elle constitue une disposition accessoire. Convenue à l'occasion d'un accord, cette disposition est donc arrêtée avant la naissance de tout différend et a vocation à s'appliquer dans l'hypothèse d'un différend qui pourrait porter aussi bien sur la validité, sur l'interprétation ou sur l'exécution dudit accord. Ce type de médiation résulte d'une simple convention entre des parties qui se sont accordées sur le principe selon lequel, en cas de conflit, elles auraient l'obligation de désigner un tiers indépendant (médiateur ou conciliateur) pour leur permettre de les aider à y mettre fin, en dehors de toute juridiction et avant qu'une quelconque juridiction ne soit saisie. Les règles d'ordre public sont ici les seules limites à la liberté contractuelle des parties<sup>161</sup>.

Exclusivement issue du contrat entre les parties, qui en pose le principe et en organise les modalités, la médiation conventionnelle est visée au Livre V du CPC (« *La résolution amiable des différends* »), les dispositions qui la définissent (articles 1528 à 1535 du CPC, et plus spécifiquement articles 1532 à 1535) constituant un cadre très souple. Il n'existe aucun autre texte légal spécifique<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> À l'origine, la médiation conventionnelle est opposée à la médiation institutionnelle, telle qu'elle est instituée par l'administration notamment. Le terme tend de plus en plus à se rapporter à la clause de médiation, appelée conventionnelle car prévue dans un contrat. C'est dans ce sens qu'on l'adopte ici.

<sup>161</sup> Ch. Jarrosson, « *Médiation* », dans D. Alland, S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique (dir.), Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003 ; M. Darmon, « *La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges* », JCP, 1996, 1, p. 437-438 ; R. Martin, « *Quand le grain se meurt...de conciliation en médiation* », JCP, 1996, I, 3977, n° 9, p. 439.

<sup>162</sup> M. Darmon, *op. cit.*, p. 437 ; L. Bernheim, note sous Cass.ch.mixte, 14 février 2003, Poiré c./ Tripier, *Petites Affiches*, n° 51, 12 mars 2003, p. 14 ; L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 536, p. 302.

L'accord issu de la médiation conventionnelle<sup>163</sup> a la nature juridique d'un contrat et conformément au droit commun des contrats et par application de l'article 1103 du Code civil, il fera la loi des parties et aura force obligatoire dans leurs rapports entre elles.

La loi offre aux parties la possibilité de conférer force exécutoire à l'accord issu de la médiation conventionnelle, moyennant saisine du juge à cet effet et ce, sur le fondement de l'article 1534 du CPC s'agissant de la médiation conventionnelle<sup>164</sup>, l'article 1565 du CPC disposant, en son premier alinéa, que : « *L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ».

Avec ces articles 1534 et 1565 du CPC, créés par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012<sup>165</sup>, ce sont désormais tous les accords issus d'une médiation, d'une

---

<sup>163</sup> L'accord issu de la médiation conventionnelle est élaboré par les parties, le médiateur ne disposant pas de pouvoirs juridictionnels. Il peut prendre la forme d'un acte sous signature privée signé par les parties ou contresigné par leurs avocats, les parties pouvant également, si elles le souhaitent, recourir à un notaire pour faire constater leur accord : il s'agit alors d'un contrat notarié ayant la valeur d'un acte authentique. Cet accord peut se traduire, dans la limite des droits dont les parties ont la libre disposition, par une transaction soumise aux conditions de l'article 2044 du Code civil, à savoir l'existence de concessions réciproques équilibrées.

<sup>164</sup> L'article 1534 du CPC dispose que : « *La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.* »

<sup>165</sup> Le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 abroge, sauf pour son application à Wallis et Futuna, l'article 1444-1 du CPC tel qu'issu du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 qui prévoyait que « *Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.* »

conciliation<sup>166</sup>, d'une transaction<sup>167</sup> ou d'une procédure participative qui peuvent être soumis au juge pour homologation, la force exécutoire ainsi conférée n'étant plus réservée aux seuls actes issus de la transaction.

La distinction entre clause contractuelle de MARD et médiation judiciaire étant désormais opérée et la portée de la reconnaissance de la clause de MARD préalable obligatoire par les juridictions étatiques sur la conception même de leur rôle étant identifiée, seront à présent étudiés les moyens de procédure soumis aux juridictions pour contester la force obligatoire de la clause de MARD préalable obligatoire à la saisine du juge (1.1.), avant d'analyser les réponses des juridictions validant ces clauses (1.2.) puis de se pencher sur les autres formes juridiques ou institutionnelles exprimant l'adhésion des juges au repli de leur *jurisdictio* (1.3.).

#### 1.1. Les moyens de procédure soumis aux juridictions pour contester la force obligatoire de la clause de MARD préalable obligatoire à la saisine du juge

La position du juge envers les MARD ainsi que la signification de cette position varient logiquement selon que le fondement de ces MARD est légal ou contractuel.

Dans la mesure où la médiation judiciaire repose sur un fondement légal, a été acceptée par les justiciables après la naissance du litige et a, par définition, été

---

<sup>166</sup> L'article 1541 du CPC dispose que : « *La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.* ». Le texte de l'article 1541 du CPC tel qu'issu du décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 a été modifié par décret n°2017-892 du 6 mai 2017.

<sup>167</sup> L'article 1567 du CPC dispose que l'article 1565 du CPC s'applique à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative.



ordonnée par le juge lui-même, il est aisé de concevoir que la médiation judiciaire soit favorisée par les juges.

En revanche, la médiation conventionnelle, convenue avant la naissance du litige, est plus problématique : prévue contractuellement, elle doit s'exécuter avant toute saisine d'un juge et ne relève que des principes généraux du droit des obligations.

Aussi, les clauses contractuelles de MARD préalables obligatoires ont-elles légitimement fait l'objet de contestations portant sur leur validité et les conditions de leur mise en œuvre.

Ainsi, les parties ayant conclu un contrat qui prévoyait la mise en place d'un MARD préalable à la saisine des juges - dans l'hypothèse d'une difficulté portant sur l'exécution, l'interprétation ou la résiliation dudit contrat -, ont pu contester leur obligation de procéder à une tentative de MARD à titre préalable, avant la saisine du juge. Cette situation posait la question de la force obligatoire des clauses de MARD contractuellement établies avant tout litige.

Les nombreux moyens qui ont été soulevés par les parties pour contester l'obligation de respecter la mise en place préalable des MARD étaient autant d'occasions pour les juridictions d'affaiblir considérablement la portée de ce type de clauses contractuelles. Encore eût-il fallu toutefois que les juridictions n'y aient pas été favorables. Aussi, la détermination des juges à écarter les moyens qui s'opposaient à la mise en œuvre des MARD est-elle révélatrice de la volonté du monde judiciaire de protéger les MARD, voire de les promouvoir.

Qui plus est, l'accueil favorable des clauses contractuelles prévoyant l'obligation de mettre en place un MARD avant la saisine d'une juridiction s'est manifesté à l'égard de toutes les formes de MARD, de sorte qu'une décision portant sur l'obligation de

conciliation préalable est transposable et applicable aux clauses de médiation et réciproquement.

Concrètement, pour s'opposer à la force obligatoire des clauses qui avaient pour objet de les contraindre à mettre en place un MARD avant de pouvoir saisir les juridictions, les parties ont mis en avant des moyens importants, tant en raison des principes invoqués qu'en raison de leur nombre et de leur diversité, moyens dont ne seront examinés ci-après que les plus significatifs, à savoir ceux selon lesquels la clause de MARD : serait contraire au droit fondamental d'ester en justice (1.1.1.), serait un simple manquement contractuel (1.1.2.), ne serait pas un cas d'irrecevabilité (1.1.3.), serait une simple exception dilatoire (1.1.4.), serait une forme de renonciation à un droit avant sa naissance (1.1.5.), serait contraire au droit absolu de résilier un contrat à durée indéterminée (1.1.6.) ou encore serait une exception d'incompétence (1.1.7.).

#### 1.1.1. La clause de MARD, contraire au droit fondamental d'ester en justice

Il a été soutenu que l'obligation de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction constituait une atteinte au droit fondamental d'ester en justice. En effet, la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que (article 6§1) :

*« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.<sup>168</sup> »*

---

<sup>168</sup> Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STE n°005, Rome, 04/11/1950.

Le droit d'ester en justice est un droit fondamental dont la mise en œuvre exige la liberté absolue de pouvoir saisir le juge. Toute entrave au « *libre accès au juge* » ne peut être qu'une violation du droit fondamental d'ester en justice, de sorte que cette entrave ne peut qu'être frappée de nullité absolue.

Ce moyen est essentiel puisqu'il fait appel à un principe fondamental de droit.

#### 1.1.2. La clause de MARD, simple manquement contractuel

Il a également été soutenu que l'obligation de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction ne serait pas un moyen d'irrecevabilité mais un simple manquement contractuel. La clause contractuelle par laquelle les parties s'obligent à mettre en place une tentative de MARD avant tout procès ne constituerait qu'une obligation contractuelle de faire, dont l'inexécution doit se résoudre en dommages-intérêts.

Ce moyen révèle une stratégie qui consiste à reconnaître la validité de la clause stipulant le MARD tout en niant son efficacité.

Le refus de mettre en œuvre un MARD ne donne lieu ici, tout au plus, qu'à des dommages-intérêts. Cependant, comment quantifier le préjudice né d'un défaut de mise en place d'un MARD, alors que :

- l'issue du MARD est par définition incertaine et dépend de la bonne volonté et de l'accord de toutes les parties et,
- qu'une juridiction a été saisie, donnant par définition toute garantie d'indépendance et de compétence technique ?

Avec un tel argument, la clause de MARD préalable obligatoire pouvait, compte tenu de ce qui précède, devenir une obligation sans sanction réelle puisque son inexécution ne pouvait être indemnisée que par une somme symbolique.

### 1.1.3. La clause de MARD, pas un cas d'irrecevabilité

Parmi les autres moyens soulevés, il a été fait valoir que l'obligation de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction ne serait pas une fin de non-recevoir, telle que définie comme suit par l'article 122 du CPC :

*« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. »*

L'exception de clause contractuelle obligatoire de mise en place de MARD n'est effectivement pas citée dans l'article 122 du CPC en tant que fin de non-recevoir. Soutenir que la liste des fins de non-recevoir de l'art 122 du CPC n'est pas limitative (utilisation de l'attribut « *tel* ») n'est pas suffisant pour convaincre que la clause de MARD pourrait intégrer la catégorie des fins de non-recevoir. Il faut également noter que la clause de MARD ne semble pas être de la même nature que les fins de non-recevoir citées, dès lors qu'elle ne vise pas la même notion de droit. En effet, les fins de non-recevoir citées dans l'article 122 du CPC sont des exceptions qui privent le demandeur de la possibilité de saisir le juge en raison d'une perte, d'une absence ou d'une paralysie du droit au fond. En revanche, la clause contractuelle de MARD ne porte aucune atteinte au fond du droit, ayant simplement pour objet de paralyser l'action mettant en œuvre le droit au fond et ce, jusqu'à la mise en œuvre du MARD et son achèvement. Dès lors, la clause contractuelle de MARD ne pourrait théoriquement pas

être assimilée aux fins de non-recevoir citées à l'article 122 du CPC, ni être considérée comme pouvant compléter la liste de ces fins de non-recevoir.

Cet argument se fondant sur la nature des fins de non-recevoir avant d'examiner leur effet soulevait une difficulté sérieuse.

#### 1.1.4. La clause de MARD, simple exception dilatoire

Il a été soutenu que l'obligation de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction serait une simple exception dilatoire qui n'est pas susceptible d'entraîner une irrecevabilité. L'exception dilatoire a un objet et un effet limités, qui consistent à permettre à la partie qui la soulève d'obtenir un délai.

Les exceptions dilatoires sont prévues et leur régime est défini par :

- les articles 108 et 111 du CPC concernant les exceptions dilatoires en faveur d'une partie spécifique (cas de l'héritier qui demande le bénéfice d'inventaire, du débiteur qui demande le bénéfice de discussion et de division, du plaideur qui bénéficie d'un délai expressément prévu par la loi) ;
- l'article 110 du CPC qui permet à un plaideur de solliciter la suspension de l'instance en évoquant des procédures en cours n'ayant pas de caractère suspensif telles que le recours en cassation, la tierce opposition et le recours en révision (article 579 du CPC) ;
- les articles 109 et 334 à 338 du CPC relatifs à la mise en cause d'un garant.

Selon cette approche, le défaut de mise en œuvre préalable d'un MARD peut tout au plus conduire à permettre à la partie qui soulève cette exception de solliciter la suspension de l'instance et de demander le renvoi à un MARD. Le juge reste saisi et les parties reviennent devant lui dès la fin du MARD.

Ainsi, une clause contractuelle qui impose de mettre en œuvre un MARD préalablement à la saisine du juge ne permettrait pas de considérer la demande irrecevable et ne pourrait avoir pour effet de dessaisir le juge. Il pourrait tout au plus être ordonné un délai pour régulariser une procédure devant le médiateur.

#### 1.1.5. La clause de MARD, forme de renonciation à un droit avant sa naissance

Il a été soutenu que l'obligation contractuelle des parties de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction constituerait une renonciation à un droit avant sa naissance. Les parties renoncent au droit de saisir librement le juge, par une renonciation qui est antérieure au différend : or, la faculté de saisir la justice ne naît qu'après le différend. Renonciation à un droit qui n'est pas encore né, la clause contractuelle de MARD serait donc nulle.

#### 1.1.6. La clause de MARD, contraire au droit absolu de résilier un contrat à durée indéterminée

Il a par ailleurs été avancé que l'obligation de recourir à un MARD avant de pouvoir saisir une juridiction portait atteinte au droit fondamental de résilier un contrat à durée indéterminée sans avoir à le justifier (article 1211 du Code civil).

Selon la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation<sup>169</sup>, une convention à durée indéterminée peut être résiliée unilatéralement par l'une des parties, cette règle ayant valeur constitutionnelle, puisque le Conseil constitutionnel a considéré que :

---

<sup>169</sup> Cass. Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620 et Cons.const., 9 nov. 1999 ; DC n° 99-419 cité notamment par le professeur Garance Cattalano-Cloarec de l'IEJ de Panthéon Sorbonne Paris 1. Voir Clément François, « *Présentation des articles 1210 à 1215 de la nouvelle section 3 'la durée du contrat'* », 29.06.2016 <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect3-duree-contrat/>.

*« si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789<sup>170</sup> justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des cocontractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties » (Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999)<sup>171</sup>.*

Ce principe de la libre résiliation contraint à admettre son corollaire, à savoir le principe selon lequel le cocontractant ayant résilié un contrat ne peut être dans l'obligation de motiver sa décision. Or, l'application d'une clause de médiation contraint les parties à se réunir, à discuter et ainsi, nécessairement, à s'expliquer sur les raisons de la résiliation.

La faculté de résiliation unilatérale devrait en principe réduire à néant les effets d'une disposition contractuelle prévoyant un MARD préalable à tout recours judiciaire. Le droit de résilier unilatéralement des conventions à durée indéterminée est fondamental. Aussi, les nouvelles dispositions du Code civil qui consacrent la faculté de résiliation unilatérale des conventions à durée indéterminée (article 1211) confortent-elles la critique des clauses de médiation obligatoire préalable.

Quant aux dispositions nouvelles de l'article 1221<sup>172</sup> du Code civil (qui prévoit l'exécution forcée des obligations de faire et remplace l'ancien article 1142 du Code civil qui disposait que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts), elles ne sont plus d'un véritable secours puisque, comme le dit le

---

<sup>170</sup> Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* ».

<sup>171</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 D,

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm>.

<sup>172</sup> Réforme du droit des contrats dans l'article de C. François, précité.

professeur Charles Jarrosson reprenant un dicton de la sagesse populaire, « *on peut mener un cheval jusqu'à la rivière mais on ne peut l'obliger à boire* »<sup>173</sup>. La clause contractuelle de MARD préalable obligatoire est inefficace si elle ne conduit qu'à obliger une partie à un inutile simulacre de médiation. Quant à d'éventuels dommages et intérêts qui auraient pu être dus avant la réforme du droit des contrats, qu'auraient-ils été pour sanctionner un comportement jugé comme abusif ? Compte tenu de ce qui précède, la nullité de la clause contractuelle devait s'imposer.

#### 1.1.7. La clause de MARD, une exception d'incompétence

Le moyen par lequel une partie entend paralyser la saisine du juge en se prévalant d'une clause de médiation serait une exception d'incompétence qui devrait être soulevée *in limine litis*.

Il a pu être soutenu que le demandeur qui se contente de solliciter le renvoi à la médiation ne fait que soulever une exception d'incompétence du juge, même si ordinairement l'exception d'incompétence ne s'invoque qu'au profit d'une autre juridiction.

---

<sup>173</sup> Ch. Jarrosson, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale* », Revue internationale de droit comparé, vol. 49, n° 2, 1997, p. 311-435. Comme la confidentialité, le consentement des parties est un principe fondamental des MARD, ancré dans sa nature contractuelle. Un MARD n'a de valeur que s'il bénéficie du consentement libre et éclairé des parties. On peut juger un justiciable contre son gré, voire en son absence, mais on ne saurait concilier une partie à un conflit dans ces conditions.



## 1.2. Les réponses des juridictions validant la clause de MARD préalable obligatoire

Les moyens sur lesquels pouvaient se fonder les parties pour contester le caractère obligatoire des clauses de MARD préalables à toute saisine d'une juridiction étaient suffisamment variés et sérieux pour permettre aux juridictions de les adopter si elles entendaient réaffirmer la primauté du principe du libre accès au juge. Cependant, par une série de décisions concordantes, la jurisprudence a, au contraire, fait preuve d'une appréciation bienveillante des clauses contractuelles stipulant l'obligation de mise en place de MARD préalables à toute saisine d'une juridiction.

Ainsi, aux principes bienveillants inaugurés par la chambre commerciale et par la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation (1.2.1.) a succédé la résistance éphémère de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation (1.2.2.), avant que la fin de non-recevoir ne soit consacrée par la Cour de cassation statuant en chambres réunies (1.2.3.) et que ne soit anéanti le dernier moyen tiré de la liberté de résiliation des conventions à durée indéterminée (1.2.4.).

### 1.2.1. Les principes bienveillants inaugurés par la chambre commerciale et par la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation (cause d'irrecevabilité)

Le 28 novembre 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a posé les bases d'une attitude favorable en considérant que le manquement à la mise en place du MARD prévu contractuellement constituait une cause d'irrecevabilité<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Peyrin et autres c./ Société Polyclinique des fleurs. Cass. Com., 28 nov. 1995, n° 94-12285, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007290204>, *Rev. arb.*, 1996. p.

Il s'agit de l'affaire Peyrin et autres c./Société Polyclinique des fleurs : deux médecins avaient signé une convention avec la clinique pour y exploiter leur cabinet de radiologie. Cette convention contenait une clause prévoyant une phase préalable de conciliation en cas de litige sur l'interprétation ou l'exécution du contrat.

La clinique a assigné les médecins pour faire juger que cet accord d'exploitation était nul. Les médecins ont soutenu que la demande était irrecevable parce qu'elle n'avait pas été précédée de la phase de conciliation prévue au contrat. Selon la clinique, les médecins, qui n'ont pas mis en œuvre rapidement la procédure de conciliation, devaient être considérés comme ayant renoncé à la phase de conciliation préalable. Qui plus est, la clause de conciliation ne prévoyait pas le cas d'une demande de nullité.

Globalement, la Polyclinique soutenait que :

- le non-respect d'une clause de conciliation ne peut être une cause d'irrecevabilité ;
- la clause ne soumet à la conciliation que les différends expressément visés, en l'occurrence uniquement ceux relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, puisque la clause ne mentionne pas les différends relatifs à la validité du contrat ;
- le retard dans la mise en place de la procédure de conciliation revient à une renonciation à la phase de conciliation.

Tout d'abord, l'arrêt de la Cour de cassation en date du 28 novembre 1995 a considéré qu'il n'y avait pas renonciation à la phase de conciliation, au motif que la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la

---

613, note Ch. Jarrosson. Arrêt en date du 2 juin 1998 de la cour d'appel de Nîmes (chambres réunies) sur renvoi.

volonté d'y renoncer<sup>175</sup>. Il s'agit là d'une position d'autant plus favorable aux MARD que les nombreuses négociations entre les parties avaient été suivies par le silence et l'inaction des médecins.

Dans un deuxième temps, la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 6 juillet 2000<sup>176</sup> (sur le fondement des articles 1134 du Code civil et 1458 du Nouveau Code de procédure civile) témoigna d'une même attitude bienveillante envers les MARD :

- en considérant que le non-respect d'une clause de conciliation est une cause d'irrecevabilité ;
- en estimant qu'en décidant que la clause de conciliation englobait l'action en nullité, la cour d'appel, appréciant la volonté des parties, a procédé à une interprétation nécessaire d'une stipulation dont la portée est ambiguë.

#### 1.2.2. La résistance éphémère de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation

En 2001, la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation s'est opposée à la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation, en considérant que les clauses contractuelles prévoyant l'obligation de mettre en place un MARD préalable à toute saisine d'une juridiction ne constituaient pas une fin de non-recevoir<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> « la volonté des médecins de renoncer à la procédure préalable de conciliation prévue par les contrats ne pouvant se déduire du seul fait qu'ils ne l'avaient pas mise en œuvre avant d'être assignés » Cass. Com., 28 nov. 1995, n° 94-12285, cité.

<sup>176</sup> Cass. Civ.2, 6 juillet 2000, 98-17827, inédit,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007408373>.

<sup>177</sup> Cass. Civ.1, 23 janvier 2001, 98-18679, SA Clinique du Morvan c./ Vermuseau, Publié au Bulletin, 2001 I N° 11 p. Publications périodiques 7,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043788>.

Un contrat d'exercice professionnel subordonnait l'action judiciaire à une conciliation des parties par une autorité ordinale. La cour d'appel de Bourges, dont l'arrêt en date du 6 mai 1998 était critiqué, avait considéré que l'action en justice était recevable sans observation de la phase préalable de conciliation.

La 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation, par son arrêt en date du 23 janvier 2001, a affirmé que la clause de conciliation préalable à l'exercice d'une action judiciaire « *n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction* ». Il convient de souligner que, pour admettre la recevabilité de l'action judiciaire malgré le défaut de respect de la conciliation préalable, la Cour de cassation a dénié toute portée effective à la clause contractuelle en retenant qu'elle ne constituait pas une fin de non-recevoir et donc qu'elle n'était pas obligatoire et ne pouvait être soumise à aucune sanction parce qu'elle n'était pas d'ordre public. Le contrat n'avait aucune primauté. La nature conventionnelle de la clause n'était pas susceptible de lui conférer une force effective, dès lors qu'elle n'était assortie d'aucune sanction légale.

Par un arrêt en date du 6 mars 2001, la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation a confirmé cette approche dans une affaire portant sur l'étendue du droit de reproduction conféré par des auteurs de musique à des producteurs dans le cadre d'un contrat qui prévoyait une conciliation préalable.

La Cour de cassation a trouvé dans l'interprétation de la volonté des parties un moyen de considérer que l'action était recevable malgré l'absence de la conciliation préalable :

*« La cour d'appel qui a retenu par une interprétation souveraine de la volonté des parties lors de la signature de la convention que l'inobservation de la clause prévoyant un préalable de conciliation avant toute procédure ne constituait pas*

*une fin de non-recevoir à l'action en justice, ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire, a ainsi justifié sa décision sur ce point »<sup>178</sup>.*

Cependant, à la différence de l'arrêt du 23 janvier 2001 précité, la Cour de cassation n'a pas fait appel ici à une considération légale pour juger que l'action était recevable malgré le défaut de respect du préalable de conciliation mais s'est fondée sur la seule interprétation de la volonté des parties. Ainsi, malgré la résistance dont témoignent ces arrêts, peut être observée une forme de recul de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation qui finit par donner la primauté à la liberté contractuelle. En effet, la décision du 6 mars 2001 est fondée sur l'interprétation de la seule volonté des parties, ce qui laisse supposer que, si la clause avait été rédigée différemment, l'action aurait été déclarée irrecevable et ce, par simple respect de la volonté des parties. La recevabilité ne dépendait ici que de la volonté des parties et non plus d'une règle d'ordre public, comme c'était le cas dans l'arrêt précité du 23 janvier 2001.

### 1.2.3. La consécration de la fin de non-recevoir par la Cour de cassation statuant en chambres réunies

La consécration par la Cour de cassation du défaut de respect de la clause de MARD préalable en fin de non-recevoir s'est faite en deux étapes : cette fin de non-recevoir a d'abord été considérée comme soumise à la possibilité de régularisation, avant de perdre cette possibilité.

---

<sup>178</sup> Cass. Civ. 1, 6 mars 2001, 98-15502, Syndicat national de l'édition phonographique et autres c./ Syndicat national des artistes musiciens de France et autre, publié au Bulletin 2001 I N° 58 p. 37, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042257>.

Dans un premier temps, le défaut de respect de la clause de MARD préalable est qualifié de fin de non-recevoir, soumise à la possibilité de régularisation prévue à l'article 126 du CPC<sup>179</sup>.

Par un arrêt en date du 14 février 2003<sup>180</sup>, la Cour de cassation réunie en chambre mixte confirme que les clauses instituant entre les parties un préalable obligatoire de conciliation constituent une fin de non-recevoir qui s'impose au juge dès lors que les parties l'invoquent :

*« il résulte des articles 122 et 124 du Nouveau Code de Procédure Civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ».*

Il s'agit là d'un arrêt fondamental, car la Cour de cassation y a écarté d'un seul coup plusieurs moyens importants qui étaient opposés à la demande d'irrecevabilité, et notamment :

- la contestation sur la nature de la clause, à savoir : *« que le juge ne peut pas opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes ; qu'en déclarant irrecevable la demande (...) sur le vu de la clause de conciliation préalable que stipule la convention, la cour a violé l'article 122 du NCPC » ;*
- le caractère limité du champ des contestations couvert par la clause : la convention stipule que *« pour toute contestation qui s'élèverait entre les*

---

<sup>179</sup> L'article 126, alinéa 1 du CPC dispose que : *« Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ».*

<sup>180</sup> Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003, 00-19423 00-19424, Publié au Bulletin 2003 MIXTE N° 1 p. 1, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047169>.

*parties relativement à l'interprétation ou à l'exécution des présentes, les soussignés s'engagent à soumettre leur différend, préalablement à toute instance judiciaire, à des conciliateurs, chacune des parties en désignant un ». La convention « loin d'interdire aux parties d'agir en justice, se borne à différer la saisine du juge jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation qu'elle prévoit ».*

Il s'agissait de moyens classiquement soulevés par les opposants aux MARD préalables obligatoires, de sorte que leur rejet constituait un rejet global des résistances opposées au principe des MARD préalables obligatoires.

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juin 2003 a encore renforcé cette position bienveillante de principe, en écartant l'argument relatif à l'inutilité du MARD préalable obligatoire et en réitérant la jurisprudence qui fait obligation au juge de déclarer l'action irrecevable lorsque la procédure de conciliation n'a pas été mise en œuvre, y compris s'il était acquis que cette conciliation serait vouée à l'échec<sup>181</sup>.

Cette jurisprudence est depuis devenue constante<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Cass. Com., 17 juin 2003, 99-16001, Publié au Bulletin 2003 IV N° 101 p. 112. Cass. Com., 17 juin 2003, n° 99-16001, *Bull.* 2003 IV N° 101 p. 112,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007048289>.

<sup>182</sup> La même solution a été adoptée par la première chambre civile (Cass. Civ. 1, 6 mars 2001, *Bull.* 2001, I, n° 58(1) ; Cass. Civ. 1, 23 janvier 2001, *Bull.* 2001, I, n° 11), par la chambre commerciale (Cass. Com., 22 février 2005 - n° 02-11519 : cet arrêt ajoute que cette fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007484727>) et par la troisième chambre civile (Cass. Civ. 3, 20 septembre 2011, n° 10-20990, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024591238&fastReqId=1846797098&fastPos=1>); ou encore, Cass. Civ. 2, 9 novembre 2006 pourvoi n°05-19443 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007505280>) ou Cass. Civ. 1, 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-13366, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017919427>).

Toutefois, la fin de non-recevoir qui était consacrée demeurait soumise au régime général des fins de non-recevoir, prévu par l'article 126 du CPC qui dispose que « *dans le cas où la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* ».

C'est sur ce fondement que, dans un arrêt du 16 décembre 2010, la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation<sup>183</sup> a pu admettre que l'irrecevabilité devait être écartée dès lors que la régularisation était intervenue avant la date à laquelle le juge devait se prononcer.

En l'espèce, après les premières phases de la procédure et sans éteindre le lien juridique d'instance, la tentative de règlement amiable a été mise en œuvre et, après constatation de l'échec, les parties ont pu poursuivre l'instance.

La Cour de cassation a jugé<sup>184</sup> que le défaut de mise en œuvre d'une clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée en cours d'instance :

*« Viole l'article 126 du Code de procédure civile la cour d'appel qui accueille cette fin de non-recevoir, alors qu'à la date à laquelle elle a statué, la cause d'irrecevabilité avait disparu, les demandeurs ayant mis en œuvre dans les formes requises par le compromis de vente la procédure de conciliation et, après constatation de son échec par le tiers désigné, ayant réitéré leurs demandes devant le juge<sup>185</sup>. »*

---

<sup>183</sup> Cass. Civ. 2, 16 décembre. 2010, n° 09-71575, *Bull.* 2010, II, n° 212, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023251124&fastReqId=934985740&fastPos=1>.

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.* et Cass. Com., 3 mai 2011, n° 10-12187, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023963906>.



Dans un second temps, la Cour de cassation est allée plus loin en faisant du non-respect de la clause de MARD préalable obligatoire une fin de non-recevoir non régularisable en cours de procédure.

Par un arrêt en date du 12 décembre 2014<sup>186</sup>, la Cour de cassation réunie en chambre mixte confirme l'analyse selon laquelle les stipulations contractuelles prévoyant un préalable obligatoire de règlement amiable constituent une fin de non-recevoir, tout en faisant un pas de plus dans le renforcement du statut de cette fin de non-recevoir puisqu'elle considère que cette fin de non-recevoir n'est pas régularisable en cours de procédure :

*« la stipulation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance »* (en l'espèce, il s'agissait d'un litige dans lequel l'ordre régional des architectes devait intervenir).

Le moyen selon lequel une fin de non-recevoir peut, par application de l'article 126 du CPC, être régularisée jusqu'au jour où le juge statue, a ainsi été rejeté. La Cour a considéré que la tentative de conciliation devait être effectuée avant l'introduction de l'instance, la clause étant licite et constituant la loi des parties.

En posant que la fin de non-recevoir ne peut être régularisée en cours d'instance, la Cour de cassation confère une force absolue et définitive aux clauses contractuelles qui prévoient des modalités préalables de tentatives de règlement amiable des différends.

---

<sup>186</sup> Cass. Ch. Mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, *Bull.* 2014, Ch. Mixte, n° 3, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029905382>.

En outre, cet arrêt consacre quasiment une sanction à l'encontre de la partie (le demandeur) qui a tardé à mettre en œuvre la clause de règlement amiable du différend. Ainsi, le demandeur se trouve dans l'obligation de reprendre sa procédure depuis son origine, alors qu'après plusieurs années de procédure il était parvenu à se trouver devant la Cour de cassation.

Notons que, dans son rapport, le conseiller rapporteur (M. Chauvin) posait la question de l'irrecevabilité en termes de principe et dans une terminologie prudente qui semblait proposer à la Cour d'admettre la possibilité de régularisation de la cause d'irrecevabilité :

*« Pour que l'irrecevabilité soit écartée il faut que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir soit susceptible d'être régularisée. La question posée est de savoir si la clause de conciliation exclut par sa nature même toute possibilité de régularisation après la date de l'introduction de l'instance qui lui a fait perdre son objet. »*

La Cour de cassation a cependant tranché en faveur d'une fin de non-recevoir qui ne pouvait être régularisée. Cette position a été confirmée par un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2016<sup>187</sup>.

Un bail commercial prévoyait une clause de médiation préalable et obligatoire avant saisine des juridictions. En raison d'un différend sur l'exécution du bail, le bailleur a assigné le preneur. L'action du bailleur a été jugée irrecevable en première instance. Le bailleur a interjeté appel tout en mettant en œuvre la mesure de médiation. La cour d'appel a accueilli sa demande en considérant que la situation était régularisée. En

---

<sup>187</sup> Cass. Civ. 3, 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-17989, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033208720&fastReqId=447508894&fastPos=1>.

revanche, la Cour de cassation a rappelé que la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre de la médiation n'était pas régularisable en cours d'instance.

Désormais, la force conférée aux clauses de recherche préalable obligatoire de solution amiable est admise de façon constante, rigoureuse et absolue. Ces clauses ont acquis un sous-statut particulièrement protégé :

- elles s'imposent aux juges dès qu'une partie soulève un moyen de contestation ;
- les parties ne sont pas supposées y avoir renoncé tacitement ;
- elles visent tout litige et tout type de demande ;
- elles ne peuvent être régularisées en cours de procédure ;
- à l'instar de toutes les autres fins de non-recevoir, elles peuvent être soulevées en tout état de cause.

Les quelques décisions qui ont limité la portée des clauses prévoyant des MARD préalables obligatoires n'ont pas contredit l'irrecevabilité non régularisable consacrée par la Cour de cassation.

Les limitations de la portée des clauses de MARD portent sur des situations très spécifiques, à savoir les mesures d'exécution, les demandes reconventionnelles et le défaut de consistance réelle des termes d'une clause de MARD.

Il a été jugé que, dans des circonstances très particulières, des demandes reconventionnelles pouvaient être admises sans avoir été soumises au préalable de la mise en œuvre d'un MARD. En l'espèce, il s'agissait d'une situation où, après une médiation régulièrement menée mais infructueuse, le demandeur avait saisi la juridiction d'une demande de résiliation d'un bail. Le défendeur forma à son tour, à

titre reconventionnel, une demande de résolution dudit bail. La Cour de cassation a jugé que si l'instance est en cours au moment où la demande reconventionnelle est formée, la recevabilité de cette dernière n'est pas subordonnée à la mise en œuvre d'une procédure contractuelle de médiation préalable à la saisine du juge<sup>188</sup> et ce, sauf stipulation contraire.

Il a également été admis qu'une clause imposant une médiation préalable à une demande en justice ne peut faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution. Nonobstant une telle clause et l'engagement d'une procédure de médiation, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur être assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution<sup>189</sup>.

#### 1.2.4. L'anéantissement du dernier moyen tiré de la liberté de résiliation des conventions à durée indéterminée

S'inscrivant dans cette suite de décisions qui conduisent à protéger les MARD, la cour d'appel de Paris a rejeté le moyen selon lequel la clause de MARD préalable obligatoire constituerait une atteinte au principe fondamental du droit de résilier, sans motivation, les conventions à durée indéterminée. En effet, ces clauses contraignent à discuter, et finalement à avoir à s'expliquer, sur les raisons de la résiliation. La Cour a rejeté ce moyen dans les termes suivants :

---

<sup>188</sup> Cass. Com., 24 mai 2017, 15-25457, publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034815769&fastReqId=24841280&fastPos=1>.

<sup>189</sup> Cass. Civ. 2, 22 juin 2017, pourvoi n° 16-11975, publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035008529&fastReqId=1921276326&fastPos=1>.

*« l'existence d'une clause dite de médiation ne peut avoir pour conséquence d'imposer à une des parties de motiver sa décision, puisque par essence même, ce qui est dit devant le médiateur n'a pas à être connu du juge, chargé en cas d'échec de la médiation de trancher le litige »<sup>190</sup>.*

Le fondement du raisonnement de la cour d'appel est remarquablement favorable à la médiation, puisque la cour d'appel rejette la demande de nullité de la clause de MARD préalable obligatoire, fondée sur le droit fondamental de la liberté de résiliation des conventions et ce, en mettant en avant un des principes constitutifs de la médiation elle-même, à savoir la confidentialité de la médiation<sup>191</sup>.

En statuant ainsi, la cour d'appel a, à son tour, manifesté sa bienveillance envers les MARD, en considérant qu'un des principes de cette institution (la confidentialité) suffisait à protéger la liberté fondamentale de résilier une convention à durée indéterminée sans avoir à en expliquer les motifs.

Ce faisant, la cour d'appel a valorisé les MARD sans répondre vraiment au moyen soulevé. En effet, la liberté de ne pas motiver la résiliation d'une convention à durée indéterminée est certes une liberté absolue, c'est-à-dire opposable à tous, y compris à son cocontractant. Cependant, en admettant le caractère obligatoire de la médiation préalable, le juge a soudainement conçu ladite liberté comme une liberté relative puisque réduite à la faculté de ne pas avoir à faire connaître au juge (mais au juge seulement) les motifs de la résiliation.

---

<sup>190</sup> CA Paris, 14 juin 2006, n° 06/07235. En l'espèce, il s'agissait d'une banque (La Banque postale) qui avait rompu la convention de compte avec son client, cette convention de compte prévoyant la médiation,

<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2006/SKD6D80FD628758583B756>.

<sup>191</sup> Un tel raisonnement est transposable à la conciliation, la confidentialité étant également l'un des éléments clés de celle-ci.

C'est par ce raisonnement que la cour d'appel a considéré que le droit fondamental de résilier librement une convention à durée indéterminée devait néanmoins conduire les parties à s'expliquer sur les motifs de la résiliation et que cette liberté était suffisamment protégée dès lors que ces explications restaient inconnues du juge.

Statuant ainsi, la cour d'appel rend obligatoire la discussion entre les parties, ce qui remet incontestablement en cause le droit absolu d'une partie à ne pas expliquer sa décision.

Il ressort de l'examen de l'évolution jurisprudentielle qui précède que les juridictions sont passées d'une contestation de la clause de MARD à la consécration de celle-ci.

Ainsi, au fur et à mesure des instances dont elles ont été saisies, les juridictions ont rejeté tous les moyens par lesquels les parties ont essayé de s'opposer à l'exécution des clauses contractuelles prévoyant l'obligation de mettre préalablement en place un MARD, avant la saisine d'une juridiction.

Il a été vu que la position des juridictions à l'égard des clauses contractuelles constituant une obligation de médiation ou de conciliation préalables à la saisine des juges a connu diverses évolutions, mais qu'elle a systématiquement fini par s'orienter vers une consécration de ces clauses contractuelles et ce, en confirmant la validité de leur force obligatoire et en infligeant la sanction de l'irrecevabilité en cas de non-respect de ces clauses.

En même temps que les juridictions favorisaient les initiatives privées en reconnaissant la force absolue des clauses contractuelles prévoyant des MARD, la pratique prétorienne défendait, voire même encourageait, les MARD.

Dès lors que la légalité et la force obligatoire de ces clauses étaient consacrées par la jurisprudence, les parties n'ont plus hésité à prévoir des stipulations instituant une obligation de recours préalable aux MARD.

La consécration est devenue ensuite promotion, voire invitation à prévoir et à avoir recours aux MARD. En effet, les magistrats ont publiquement montré leur vif intérêt pour la médiation, en particulier en organisant et en participant à des colloques sur ce sujet, en suivant des formations ou encore en constituant des associations. Cet accueil bienveillant de la médiation par les magistrats, qui incarnent aux yeux des justiciables l'autorité tranchant les litiges, ne pouvait être ressenti que comme une véritable invitation à la médiation, inaugurant une nouvelle ère pour le monde judiciaire.

Le phénomène s'est ensuite constamment amplifié : de plus en plus de contrats contiennent désormais une stipulation prévoyant le recours préalable aux MARD ; les MARD se multiplient, tout comme le nombre de médiateurs et de formations à la médiation<sup>192</sup>. Et tous ceux qui bénéficient d'une formation, ou ne serait-ce que d'une initiation à la médiation, invitent à inclure dans les contrats une clause de médiation...<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> Une École de médiation du barreau est créée en 2013. Le Conseil national des barreaux reconnaît une spécialisation en droit des MARC et l'École nationale de la magistrature propose une session annuelle consacrée à la médiation dans le cadre de la formation continue des magistrats...Il y aurait en France plus de 100.000 particuliers et institutions se prévalant du titre de médiateur et plus de 750 types de médiations sont recensés dans l'UE (Fabrice Vert, « *La tentation de la médiation obligatoire* », *Gaz. Pal.*, 17-18 janv. 2014, p. 9-12, n° 162g0).

<sup>193</sup> On assiste à un véritable processus d'institutionnalisation des pratiques de la médiation au travers de la définition de « *fondamentaux* » : la professionnalisation, la création d'organisations nationales fédérant les diverses initiatives, la mise en place de dispositifs de formation et des systèmes de sélection, le combat pour la reconnaissance... (J. Faget, « *L'institutionnalisation de la médiation* », dans M. Jaccoud (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 227-242).

### 1.3. Les autres formes juridiques ou institutionnelles exprimant l'adhésion des juges au repli de leur *jurisdictio*

La faveur des juges pour les MARD se manifeste également par leurs relations avec les mouvements de promotion des MARD et de la médiation, par leur participation à ces mouvements ainsi qu'au travers des relations légales et institutionnelles entre juridictions et médiateurs.

Cette faveur s'exprime d'ailleurs même directement dans la presse grand public, lorsqu'à l'occasion d'un article sur « *Médiation et déjudiciarisation* »<sup>194</sup>, la journaliste cite une ancienne présidente de la chambre correctionnelle de Paris qui conseille « *d'éviter l'institution judiciaire* »<sup>195</sup> et indique que, pour l'ancien garde des Sceaux, Henri Nallet, la médiation serait « *une technique très efficace de règlements des conflits* »<sup>196</sup>.

Ces autres formes par lesquelles les juges ont exprimé leur adhésion au repli de leur *jurisdictio* peuvent être illustrées par la définition de critères d'analyse juridique des instances pendantes par des associations de juges favorables à la médiation (1.3.1.) ainsi que par les relations légales et institutionnelles entre juridictions et médiateurs (1.3.2.).

---

<sup>194</sup> C. Rossignol, *Médiation et déjudiciarisation*, Journal du dimanche (JDD) du 26 janvier 2020, p. 30.

<sup>195</sup> L'ancienne présidente de la chambre correctionnelle de Paris déclare par ailleurs dans l'article précité du JDD qu'elle « *conseille à toute personne, si elle a le choix, d'éviter l'institution judiciaire. Cela peut paraître paradoxal, mais il faut réfléchir à deux fois avant de saisir la justice* ».

<sup>196</sup> H. Nallet affirme dans l'article précité du JDD que la « *médiation est un gain de temps et d'argent. Mais c'est par-dessus tout une volonté humaine d'aboutir à une résolution. Le conflit n'existe plus car ce sont les personnes elles-mêmes qui le règlent* ».



### 1.3.1. Définition de critères d'analyse juridique des instances pendantes par des associations de juges favorables à la médiation

Nombreux sont les juges étatiques qui sont membres de l'association GEMME (Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation), créée le 19 décembre 2003, sous la présidence de Guy Canivet, Premier Président de la Cour de cassation.

Ce groupement, qui a pour vocation d'être actif dans tous les pays de l'Union Européenne<sup>197</sup>, a pour objet d'œuvrer pour la pacification des conflits par le développement et la mise en place de processus de médiation et de conciliation au sein des systèmes judiciaires.

GEMME a une action de réflexion et de pédagogie favorisant les MARD, notamment par des publications de qualité, tel le "*Guide Pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*"<sup>198</sup>.

Sur le plan institutionnel, la faveur des juges étatiques pour les MARD ne peut être plus officielle.

Il est en outre évident que les magistrats, lorsqu'ils sont membres de GEMME, ne peuvent avoir, ne serait-ce que par cohérence intellectuelle, qu'une forte inclination pour favoriser le renvoi en médiation ou en conciliation des affaires dont ils peuvent être saisis en leur qualité de membres d'une juridiction étatique.

D'ailleurs, le "*Guide Pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*" précité, qui a pour objectif d'unifier une "*bonne pratique de la médiation*" met en avant, de façon très détaillée, toutes les occasions que les magistrats doivent saisir pour

---

<sup>197</sup> GEMME est un interlocuteur auprès des institutions européennes et a le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe. Les membres de GEMME sont regroupés en sections nationales.

<sup>198</sup> *Guide Pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, Edition L'Harmattan, 2012.

proposer la médiation, tous les moyens incitatifs qui peuvent être mis en œuvre pour que les parties fassent choix de la médiation et définit les critères d'analyse des instances pendantes justifiant ou non le recours à la médiation<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Extraits : « **Le juge informe sur la médiation**

*L'information peut être faite systématiquement ou individuellement à tout moment [...].*

*Deux outils peuvent être proposés de manière associée :*

*1 - Une lettre ou une note d'information destinée au justiciable [...]*

*2 - Un questionnaire destiné à permettre au justiciable de réfléchir à l'intérêt d'une médiation [...]. En effet, la pratique démontre que la seule lettre d'information ne suffit pas, les parties n'y répondant que très rarement lorsqu'elles pensent que la médiation est étrangère à la procédure dans laquelle elles sont engagées. [...].*

*Le juge peut informer oralement de la possibilité de médiation à l'audience (voir [...] l'argumentaire). Toutefois, à ce stade, il appartient au juge d'apprécier s'il est préférable de jouer un rôle plus actif et de proposer la médiation. [...].*

**Le juge pose un diagnostic**

*Il appartient au juge de faire un diagnostic entre les affaires qui seront traitées par la procédure contentieuse ordinaire et celles relevant à ses yeux d'une procédure amiable. Pour cela, il opère une sélection des dossiers pouvant relever de la médiation avant d'inciter les parties à y recourir [...].*

*L'expérience démontre que la pratique de la médiation se développe dans les juridictions dans lesquelles le juge ne se contente pas d'une simple information générale et impersonnelle, mais décide de la proposer avec toute l'autorité que lui confèrent ses fonctions. La détermination du juge est donc primordiale. (Nous soulignons)*

**Sur quels critères la médiation doit-elle être proposée ?**

*Le juge propose la médiation lorsque : [...]*

*- La solution juridique serait inéquitable ou emporterait des conséquences démesurées pour l'une des parties,*

*[...]*

*- Le règlement judiciaire du litige, loin d'éteindre le conflit, est manifestement susceptible de l'attiser [...],*

*- Le conflit oppose des personnes amenées à se côtoyer (voisins, [...], entreprises du même secteur, [...]).*

*Critères défavorables :*

*- Une solution juridique s'impose en raison d'une question de principe,*

*- Lorsque l'ordre public s'y oppose en raison de l'indisponibilité des droits en cause,*

*- Une partie détient un pouvoir (économique, psychologique) tel qu'elle n'a apparemment aucun intérêt à entrer en médiation et peut raisonnablement penser que l'autre est dénuée de capacité de nuisance,*

*- Le procès semble seul en mesure de rétablir l'équilibre des parties devant le droit dans une situation de rapport de force très accentué [...].*

**Le partenariat : avocats, juges, greffiers, médiateurs**

*La médiation doit être mise en place dans le cadre d'un travail collectif, d'un partenariat, d'une interdisciplinarité.*

### 1.3.2. Relations légales et institutionnelles entre juridictions et médiateurs

La façon dont s'organisent les relations entre juridictions et médiateurs (i) et l'appréciation libérale des critères de compétence des médiateurs (ii) sont caractéristiques de la faveur des juridictions étatiques à l'égard de la médiation.

#### **(i) Organisation des relations entre juridictions et médiateurs**

L'article 131-4 du CPC<sup>200</sup> permet au juge de désigner une personne morale en qualité de médiateur. Dans ces conditions, les juges ont tendance à nouer des relations avec des associations ayant pignon sur rue et donnant toute garantie de sérieux pour faire choix d'un médiateur compétent pour suivre un dossier. Ces associations sont souvent en mesure de proposer aux juges et aux parties trois médiateurs personnes physiques capables d'assurer le processus de médiation.

Ces associations de médiateurs concluent un contrat de partenariat avec les cours d'appel.

Par exemple, la cour d'appel de Paris, sur l'initiative de sa Première Présidente Chantal Arens, a créé, en 2014, une Unité des Modes Amiables de Résolutions des Différends (UMARD) ayant pour objet de déterminer une politique dynamique de

---

*Juges, greffiers, avocats, médiateurs coopèrent étroitement pour assurer le recours efficace à la médiation. [...] Il appartient donc au magistrat qui souhaite initier une pratique de la médiation de mobiliser le chef de juridiction [...].»*

(Nous ne mentionnons pas la numérotation du texte d'origine).

<sup>200</sup> L'article L.131-4 du CPC dispose que « *La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.*

*Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure. »*

développement de la médiation dans le ressort de la cour d'appel de Paris avec tous les acteurs concernés. Dans ce cadre, une charte déontologique du médiateur a été signée par toutes les associations de médiation de l'UMRARD, ainsi qu'une convention cadre de médiation définissant le rôle impulseur des juridictions en partenariat avec les associations de médiateurs<sup>201</sup>.

Par ailleurs, au moment où, conformément à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21), les cours d'appel étaient sur le point de rendre publique une liste de médiateurs, certains juges<sup>202</sup> avaient exprimé le souhait de voir être institutionnalisé, dans le cadre de la loi de programmation 2018-2022 à venir, un service de médiation et de conciliation au sein des juridictions afin que le développement de la médiation demeure sous le contrôle des juridictions et éviter ainsi une privatisation de la justice.

## **(ii) L'appréciation libérale des critères de compétence des médiateurs**

Les auxiliaires de justice manifestent leur adhésion aux MARD en suivant des formations nombreuses et reconnues, telles que le Diplôme universitaire de médiateur en association entre l'Institut Catholique de Paris et le Barreau de Paris ou encore le certificat de médiateur CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, créé en 1995 par la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris).

Les plus hautes juridictions veillent toutefois à ce que la porte des juridictions reste largement ouverte aux médiateurs. En effet, alors que le Conseil National des

---

<sup>201</sup>C. Arens et N. Fricero « *Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges* », *Gaz. Pal.*, n°115, 2015, p.13.

<sup>202</sup> I. Rohart-Messenger, conseillère à la cour d'appel de Paris, F.Vert, premier vice-président au TGI de Créteil, vice-président du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation, section France, « *Le choix du médiateur par le juge* », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 2018, n° 338g3, p. 13.

Barreaux (CNB) a créé un Centre National de Médiation des Avocats (CNMA) posant des critères de sélection sur l'expérience et la formation des candidats souhaitant bénéficier du référencement et qu'en 2016, le CNB a modifié le règlement intérieur national de la profession d'avocat en interdisant à tout avocat de se prévaloir de sa qualité de médiateur s'il n'est pas référencé auprès de la CNMA, par un arrêt du 25 octobre 2018, le Conseil d'État a annulé cette délibération pour excès de pouvoir<sup>203</sup>.

Par ailleurs, il est à noter que la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21) impose à chaque cour d'appel d'établir une liste de médiateurs, une telle liste devant *a priori* garantir la compétence du médiateur tant à l'égard des juridictions que des justiciables<sup>204</sup>.

Le décret d'application de ladite loi fixant des critères très imprécis pour figurer sur ces listes de médiateurs<sup>205</sup> (« *justifier d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la médiation* »), certaines cours d'appel avaient exigé un diplôme. La Cour de cassation<sup>206</sup> a annulé de telles décisions au motif qu'un diplôme n'était pas exigé par ledit décret d'application.

---

<sup>203</sup> CE, 6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> Ch. réunies, 25 octobre 2018, n°411373, *Gaz. Pal.*, 20 novembre 2018, « *Atteinte à la liberté d'exercice de l'avocat en qualité de médiateur : quand le Conseil d'État « recadre » le CNB* », note par M-H Ansquer et L.Perez, p.21, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000037530718>.

<sup>204</sup> M.Guillaume-Hofnung et E.Vert, « *Construire la confiance entre justice et médiation* », *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n°GPL253d3, p.9.

<sup>205</sup> Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel.

<sup>206</sup> Cass. Civ. 2, 27 septembre 2018, n°18-60091, publié au bulletin : « *en statuant ainsi alors qu'il n'est pas exigé du candidat un diplôme, mais la justification d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation, l'assemblée générale des magistrats du siège a violé le texte susvisé* ».

## **Section 2. Le contexte législatif et institutionnel du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio***

La faveur des juridictions étatiques à l'égard de la clause de MARD et plus généralement des MARD s'inscrit dans un contexte législatif et institutionnel favorable à ces MARD : non seulement, la loi les a organisés (2.1.) mais, plus généralement, le droit comparé et le foisonnement des institutions judiciaires de la médiation témoignent du fait qu'il s'agit d'un mouvement de grande ampleur (2.2.).

### 2.1. L'organisation des MARD par la loi

Dans le domaine législatif, l'orientation prise a consisté à articuler de plus en plus, procédures judiciaires, d'une part, et modes alternatifs ou amiables de résolution des conflits reposant sur l'accord des parties, d'autre part.

Dès les années 1950, la justice s'est engagée dans ce sillon de la justice amiable, ce mouvement ayant abouti à la réforme de la procédure civile, matérialisée par la rédaction du nouveau Code de procédure civile de 1975. Comme le note l'un des auteurs de cette réforme, le doyen Gérard Cornu, il s'agissait de faire le choix d'une justice humanisée, « *aux antipodes d'une justice technocratique ou engoncée* », ce « *rêve de justice* » s'étant notamment concrétisé avec la consécration de la conciliation en tant que principe directeur du procès (article 21 du CPC), avec la création de la requête conjointe parmi les modes d'introduction de l'instance (articles 57 et 58 du

CPC) ainsi qu'avec la reconnaissance au profit du juge du pouvoir de statuer, à la demande des parties, en amiable composition (article 12, alinéa 4 du CPC)<sup>207</sup>.

Dans la transformation de ce rêve en réalité, l'institutionnalisation de la médiation judiciaire par la loi n°95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative adoptée le 8 février 1995<sup>208</sup>, fut un nouveau pas décisif.

Si cette loi fit l'objet de débats doctrinaux généraux, elle ne provoqua toutefois pas de controverses politiques significatives. En effet, dans l'esprit des parlementaires, il s'agissait essentiellement d'une loi à vocation technique, permettant d'organiser la manière dont les plaideurs pouvaient être assistés dans la recherche d'une solution amiable et, le cas échéant, d'homologuer l'accord des parties.

S'agissant de l'objection d'ordre technique soulevée par un député qui faisait état de l'obligation qui est faite au juge de trancher les litiges dont il est saisi au risque de se rendre coupable du délit de déni de justice, elle fut aisément écartée, puisqu'il ne saurait y avoir déni de justice dans le cas où le juge est expressément autorisé par la loi à différer sa décision.

La présentation des textes régissant la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle (2.1.1.) sera suivie d'une réflexion sur la continuité et les innovations de la loi sur la médiation par rapport aux principes généraux (2.1.2.), puis d'une analyse de l'évolution favorable à l'autorité des MARD du cadre légal depuis 1995 (2.1.3.).

---

<sup>207</sup> G. Cornu, « *L'élaboration du code de procédure civile* », dans B. Beignier (dir.), *La Codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71 et suiv. ; L. Cadiet, « *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français* », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 147-167.

<sup>208</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°0034 du 9 février 1995, p. 2175. Cette loi est insérée par le décret n°96-652 du 22 juillet 1996 dans les dispositions générales du CPC, aux articles 131-1 à 131-15.

### 2.1.1. Les textes

La médiation judiciaire est régie par le Livre I, Titre VI, Chapitre 2 du CPC.

Les articles 131-1 et 131-2 du CPC définissent l'objet et la portée de la médiation judiciaire dans les termes suivants<sup>209</sup> :

Article 131-1 du CPC : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. (...)* »

Article 131-2 du CPC : « *La médiation porte sur tout ou partie du litige.*

*En aucun cas elle ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires. »*

Quant à la médiation conventionnelle, elle est régie par le Livre V, Titre I, Chapitre 1 du CPC et plus particulièrement par les articles 1532 à 1535 du CPC<sup>210</sup>.

### 2.1.2. La loi face aux principes généraux : continuité et innovations

La loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui est venue régir la médiation judiciaire

---

<sup>209</sup> Les autres articles du CPC relatifs à la médiation judiciaire portent sur : la durée de la médiation (article 131-3) ; la personne du médiateur (articles 131-4 et 131-5) ; le contenu de la décision qui ordonne la médiation (article 131-6) ; la mise en œuvre de la médiation (article 131-7) ; les pouvoirs du médiateur (article 131-8) ; l'information du juge des difficultés rencontrées (article 131-9) ; la fin de la médiation (articles 131-10 et 131-11) ; l'homologation de l'accord (article 131-12) ; la rémunération du médiateur (article 131-13) ; le principe de confidentialité (article 131-14) ; l'absence de voie de recours contre la décision ordonnant ou renouvelant la médiation (article 131-15).

<sup>210</sup> Le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends a instauré un régime de médiation conventionnelle dans le Livre V du CPC.



semble, à première vue, s'inscrire dans une continuité avec les textes et institutions en vigueur à l'époque de son adoption.

Elle ne comporte en effet aucune disposition de nature à contredire l'ordre établi ou le rôle du juge à cette date. Ainsi, à l'époque à laquelle la loi précitée de 1995 est votée :

- le Code civil est garant, depuis près de deux siècles, du principe fondamental de la liberté des conventions dont il édicte la force obligatoire (ancien article 1134, nouvel article 1103) ;
- l'article 2052 du Code civil confère l'autorité de la chose jugée en dernier ressort aux transactions<sup>211</sup> ;
- l'article 21 du CPC prévoit qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties ;
- l'article 1444-1 du CPC permettait déjà aux parties de saisir le juge d'une demande d'homologation d'une transaction afin de lui donner force exécutoire<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> La loi n° 2016-547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle est venue depuis modifier la lettre, moins l'esprit, des articles 2044 et suivants du Code civil. Ainsi, l'article 2052 introduit la formule suivante : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Cette formulation tient compte du fait que la transaction est un contrat, non pas un jugement, de sorte que la notion d'« *autorité de la chose jugée* » lui est impropre. Elle ne remet cependant pas en cause l'effet de la transaction, à savoir l'autorité de la chose transigée.

<sup>212</sup> Le décret 2012-66 du 20 janvier 2012 a abrogé cet article, le nouvel article 1565 du CPC prévoyant désormais que tous les accords issus d'une médiation, d'une conciliation, d'une transaction ou d'une procédure participative peuvent être soumis au juge pour homologation.

Toujours au moment où est votée la loi sur la médiation<sup>213</sup>, ces principes généraux étaient déclinés devant les différentes juridictions par des dispositions particulières (notamment livre 2<sup>ème</sup> du CPC) et des préliminaires de conciliation étaient d'ores et déjà proposés, voire parfois même imposés<sup>214</sup>, dans divers codes<sup>215</sup>.

En apparence, les principales innovations de la loi n°95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative adoptée le 8 février 1995 résident ainsi dans les deux points suivants :

- la recherche de la solution amiable doit procéder d'une action des parties elles-mêmes, puisque l'article 131-1 du CPC précise que la médiation est engagée en vue de « *leur* » permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ;
- il est conféré au juge le pouvoir de désigner un tiers neutre pour assister les parties dans la recherche d'une solution amiable. Cette désignation d'un tiers neutre par l'organe judiciaire n'est pas sans précédent puisque, sur le fondement de l'article 145 du CPC, les juridictions pouvaient déjà ordonner l'intervention dans une procédure judiciaire d'experts, de sapiteurs, de sachants, etc.

---

<sup>213</sup> L'intention est ici de proposer un état des lieux de l'époque. Plusieurs articles cités ci-après ont évolué depuis.

<sup>214</sup> Devant le tribunal de grande instance en matière de divorce (article 252 à 252-4 du CPC et 1108 et 1111 du CPC) ou encore devant le conseil des prud'hommes (article R.516-13 à R.516-20 du Code du travail et R.1454-7 à R.1454-18 du Code du travail).

<sup>215</sup> Devant les tribunaux d'instance (articles 830 à 835, 840, 847, 847-3 du CPC) en matière de saisie des rémunérations (article 145-9 du Code du travail), devant le tribunal paritaire des baux ruraux (articles 887 et 888 du CPC), devant le juge de la mise en état (article 768 du CPC), devant le tribunal de commerce (article 863 du CPC) ou encore devant la cour d'appel (articles 910 et 941 du CPC).

À l'époque où le texte fait entrer la médiation dans le CPC, les concepts de médiation et de conciliation étaient d'ailleurs généralement confondus, ce qui empêchait le législateur d'envisager que la médiation puisse être un nouveau fait de société. Ainsi, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale utilise lui-même les termes « *médiation* » et « *conciliation* » de façon interchangeable<sup>216</sup> et la médiation est envisagée comme une modalité de la conciliation, ce que laisse entendre un arrêt célèbre de 1993 :

*« attendu que [...] la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur est une modalité d'application de l'article 21 du Nouveau Code de procédure civile tendant au règlement amiable des litiges [...] »*<sup>217</sup>.

Par ailleurs, initialement, à l'époque de l'adoption de la loi sur la médiation, le CPC faisait figurer la médiation dans le Titre VI bis, un titre en quelque sorte subordonné au Titre VI où figurait la conciliation<sup>218</sup>.

Ainsi, l'analyse juridique ne livre pas d'explication susceptible d'aider à comprendre qu'en réalité, non seulement, ce texte va permettre à une réalité sociologique et politique latente d'éclorre et de s'exprimer mais également qu'il va permettre à l'organisation judiciaire de trouver les relais qui l'aideront à s'harmoniser avec un monde en mutation « *déjà là* ».

Aussi, le législateur ne perçoit-il donc pas le caractère déclencheur de ce texte qui, contrairement aux apparences, pose en réalité les bases d'un véritable fait de société lié à la multiplication des modes de règlement des conflits et, plus

---

<sup>216</sup> Rapport n°1680 déposé le 16 novembre 1994 par M. Marcel Porcher.

<sup>217</sup> Cass. Civ. 2, 16 juin 1993, 91-15332, publié au Bulletin II n° 211-CCP 1993, I, 3723, obs. Cadiet, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030201>.

<sup>218</sup> Désormais, médiation et conciliation judiciaires figurent dans un Titre VI, intitulé « *La conciliation et la médiation* », un chapitre étant consacré à chacune d'elles.

généralement, à l'interface grandissante entre le judiciaire et l'infra-judiciaire. En dépit des continuités et d'une apparente fidélité à l'existant, la loi n°95-125 du 8 février 1995 précitée inaugure une nouvelle institution comme le montre le développement qui s'ensuit de la pratique ainsi que de la législation et de la réglementation promouvant la médiation.

### 2.1.3. L'évolution favorable à l'autorité des MARD du cadre légal depuis 1995

La loi du 17 juin 2008<sup>219</sup>, visant à mettre en conformité la législation française avec la directive européenne 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, introduit différents articles relatifs à la prescription, parmi lesquels l'article 2238 du Code civil. Cette loi de 2008 dispose ainsi que la médiation<sup>220</sup>, notamment, suspend la prescription et ce, dans les termes suivants :

Article 2238 du Code Civil « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.*

*Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. »<sup>221</sup>*

---

<sup>219</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n°0141 du 18 juin 2008, page 9856,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019013696&categorieLien=id>.

<sup>220</sup> La médiation figurant dans le CPC, l'article 2238 du Code civil a vocation à s'appliquer à tous les conflits en matière civile, commerciale ou prud'homale.

<sup>221</sup> Depuis 2008, l'article 2238 du Code civil a été complété pour étendre la suspension de la prescription à la procédure participative (loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010) ainsi qu'à l'hypothèse d'un accord du débiteur constaté par huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article 1244-4 du Code civil concernant le recouvrement des petites créances (loi n°2015-990 du 6 août 2015), cette procédure étant régie, depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, par l'article L.125-1 du Code

L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui procède à la transposition de la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, a étendu l'application de ladite directive non seulement aux médiations transfrontalières, mais aussi aux médiations internes, sauf exceptions, et a modifié la loi n°95-125 du 8 février 1995 précitée, notamment en fixant un cadre général à la médiation<sup>222</sup>.

L'ordonnance précitée de 2011 introduit ainsi à l'article 21 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 une définition de la notion de médiation :

*« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige. »*

Elle précise, par ailleurs, à l'article 21-2 de ladite loi, les qualités que doit présenter le médiateur :

---

des procédures civiles d'exécution. L'article 2238 du Code civil est désormais rédigé comme suit : *« La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution.*

*Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. »*

<sup>222</sup> Ordonnance n° 2011-1540 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, NOR: JUSC1117339R, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839>.

« *Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* »

Elle rappelle, en outre, à l'article 21-3 de la loi précitée, l'importance du principe de confidentialité de la médiation<sup>223</sup>.

Elle distingue la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire, consacrant spécifiquement à cette dernière sa Section 2, constituée des articles 22 à 22-3.

Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012<sup>224</sup>, pris en application de l'ordonnance précitée du 16 novembre 2011, crée un Livre V consacré à la « *résolution amiable des différends* » dans le CPC, dont l'objet est de préciser les règles applicables en matière de médiation et de conciliation conventionnelles ainsi que celles concernant la procédure participative. Ce Livre V constitue le pendant des titres VI et VI bis du CPC, respectivement consacrés à la conciliation judiciaire et à la médiation judiciaire.

Le 21 mai 2013, sont adoptés la Directive européenne 2013/11/UE sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>225</sup> ainsi que le règlement n° 524/2013 sur le règlement en ligne des litiges de consommation préconisant la

---

<sup>223</sup> « *Chapitre Ier, Section 1, Art. 21-3. - Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.*

*Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.*

*Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :*

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;*
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. »*

<sup>224</sup> Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 0019 du 22 janvier 2012, page 1280, texte n° 9,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025179010&categorieLien=id>.

<sup>225</sup> Transposée en droit français par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015, JORF n° 192 du 21 août, p. 14721.

médiation. En 2013 également<sup>226</sup>, le rapport de M. Delmas-Goyon, intitulé « *Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle* », remis en décembre à la garde des Sceaux, appelle au développement de la médiation.

Enfin, les articles 56 et 58 du CPC, dans leur rédaction issue du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 ainsi que les articles 4 et 5 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21) incitent à ne recourir aux juges que lorsque d'autres modes, amiables, de règlement des conflits ont échoué<sup>227</sup>.

S'agissant plus particulièrement de l'article 56 du CPC (modifié par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015) - dans sa version antérieure au décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile -, il comportait en son dernier alinéa une forte mesure incitative pour la recherche d'une solution amiable<sup>228</sup>. La force de cette incitation résidait dans le fait qu'elle s'adressait à la fois aux parties et au juge.

En effet, l'article 56 du CPC relatif aux mentions qui devaient figurer dans une assignation (texte repris par l'article 58 relatif aux mentions qui devaient figurer dans les requêtes) prévoyait que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une*

---

<sup>226</sup> F. Vert qualifie l'année 2013 d'« *année de la médiation* » (« *La tentation de la médiation obligatoire* », *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2014, n°GPL162g0, p.9).

<sup>227</sup> Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n° 0062 du 14 mars 2015, page 4851, texte n° 16 et loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle dite loi Justice 21, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1, NOR: JUSX1515639L. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030348201&categorieLien=id> et <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte>.

<sup>228</sup> Les développements ci-après ont trait, sauf indications contraires, aux articles du CPC dans leur version en vigueur jusqu'au 10 décembre 2019.

*résolution amiable du litige* ». En cela, il s'agissait d'une incitation faite aux parties à rechercher une solution amiable.

Mais il s'agissait également d'une invitation faite au juge puisqu'à défaut de cette mention, le juge pouvait, avec d'autant plus de poids, faire application de l'article 127 du CPC en invitant les parties à convenir d'une mesure de conciliation ou de médiation<sup>229</sup>.

L'ensemble de ces incitations législatives et des pouvoirs que les juges vont en tirer vont constituer, avec le temps, une modification profonde de la manière de concevoir les procédures et ce, jusqu'à faire entrer dans l'esprit des parties, l'idée que la procédure devant les juridictions étatiques n'est qu'une option subsidiaire sur laquelle prime le préalable de la recherche de solution amiable. D'ailleurs, sur ce point, le pouvoir politique ne cache plus son ambition puisque le titre de la section 1, du chapitre 1<sup>er</sup> du Titre II de la loi de programmation 2018-2022 est « *une culture du règlement alternatif des différends* »<sup>230</sup>.

Considérer que, faute de sanction telle que l'irrecevabilité, une telle transformation des esprits serait très incertaine en raison de la mentalité française<sup>231</sup> qui semble moins habituée aux MARD que les mentalités anglo-saxonnes, est mal mesurer la force et l'efficacité que représentent la « *micro politique* » et « *la politique*

---

<sup>229</sup> Article 127 du CPC dans sa version antérieure au décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile : « *S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ».

<sup>230</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>231</sup> V. Mazeaud, dans *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Paris, LGDJ, 2019, p. 255.



*des micro choix* » dans la construction du monde moderne, comme l'a expliqué et démontré Grégoire Chamayou sur la base des travaux de Madsen Pirie<sup>232</sup>.

D'aucuns considéraient que l'obligation de l'article 56 du CPC (dans sa version de 2015) était encore faible tant que son manquement n'était pas clairement et systématiquement sanctionné par une nullité ou une irrecevabilité de l'assignation (l'irrecevabilité n'est expressément prévue que devant le juge aux affaires familiales des onze Tribunaux de Grande Instance pilotes<sup>233</sup>). En effet, la jurisprudence des juridictions inférieures n'avait pas retenu la nullité ou l'irrecevabilité en cas de manquement au dernier alinéa de l'article 56 du CPC<sup>234</sup>. Toutefois, la position de la Cour de cassation était attendue, dans la mesure où tel qu'il était rédigé, le texte pouvait parfaitement être compris comme étant impératif sous peine de nullité. En effet, l'alinéa de l'article 56 du CPC dont s'agit était rédigé au présent de l'indicatif et renforcé par l'adverbe

---

<sup>232</sup> Dans les années 1970, sous l'influence de penseurs de l'économie tel Madsen Pirie, furent introduites les idées centrales de la « *micro politique* ». G. Chamayou, dans *La société ingouvernable - une généalogie du libéralisme autoritaire* (La Fabrique Editions 2018), explique ce que recouvre cette micro-politique néolibérale en reprenant la définition de Madsen Pirie (M. Pirie, *Dismantling the State. The theory and practice of privatization*, National Center for Policy Analysis, Dallas, 1985 p. 29) : « *L'art de générer des circonstances dans lesquelles les individus seront « motivés à préférer et à embrasser l'alternative de l'offre privée et dans lesquelles les gens prendront individuellement et volontairement des décisions dont l'effet cumulatif sera de faire advenir l'état des choses désirées* ». Globalement, la technique de la micro politique consiste à « *faire en sorte que les micro choix individuels travaillent involontairement à faire advenir au détail un ordre social que la plupart des gens n'auraient sans doute pas choisi s'il leur avait été présenté en gros* ».

<sup>233</sup> À titre expérimental, par arrêté du 16 mai 2013, la tentative obligatoire de médiation familiale préalable et la double convocation sur injonction de rencontrer un médiateur familial ont été instituées dans deux Tribunaux de Grande Instance (Arras et Bordeaux). Devant ces juridictions, à défaut de respect de ce préalable obligatoire (sauf exceptions particulières définies), les demandes sont irrecevables. L'expérience a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2014 (décret n° 3013-1280 du 29 décembre 2013). Des protocoles ont été conclus entre les juridictions, les services de médiations familiales et les barreaux (7 novembre 2013 pour Bordeaux et 6 décembre 2013 pour Arras). L'expérience a été de nouveau prolongée pour trois ans par la loi du 18 novembre 2016 et même élargie, par cette même loi, à onze Tribunaux de Grande Instance désignés par arrêté du 16 mars 2017 (Bayonne, Bordeaux, Cherbourg en Cotentin, Evry, Nantes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis, Tours).

<sup>234</sup> CA Nîmes, 4e ch. com., 1er juin 2017, n° 16/00435 ; CA Paris, 17 octobre 2017, n° 16/08186.

« *également* » qui semblait établir une équivalence de valeur entre toutes les mentions obligatoires figurant audit article.

On pouvait aussi comprendre que le juge du fond n'ait pas besoin de faire choix d'une sanction de nullité compte tenu du pouvoir que lui conférait par ailleurs l'article 127 du CPC (version 2015) de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation en cas d'absence d'une telle mention ; et, dans la pratique, il faut, par ailleurs, avoir conscience du poids que peut avoir sur les parties une invitation claire du juge qui propose la mise en place d'une mesure de recherche de solution amiable.

En revanche, il est à noter que le juge du fond, pour protéger la valeur des MARD et éviter qu'une demande ne puisse être formulée de façon dilatoire, veille au sérieux d'une demande de mesure de médiation tardive. C'est ainsi qu'une cour d'appel peut rejeter une demande de médiation qui interviendrait en dernier état d'une procédure ancienne<sup>235</sup>.

Bien que l'efficacité de l'ancien article 56 du CPC ait été critiquée, cet article a laissé une trace profonde dans l'esprit des professionnels, juges et avocats, dans la mesure où, depuis cette époque et bien que l'article 56 ait été modifié, les professionnels tiennent spontanément à consacrer quelques lignes de leurs assignations aux tentatives préalables de rapprochement.

Depuis le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019, lorsque la demande initiale doit être « *précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la*

---

<sup>235</sup> Site Lexbase cité par Vincent Mazeaud p. 254 dans *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Paris, LGDJ, 2019 : TGI Paris, 18 mars 2016 15/16255, spec.p.4 ; CA Douai, 14 septembre 2017, n° 16/04503 ; CA Aix en Provence 19 octobre 2017, n° 16/00567 ; CA Lyon, 20 janvier 2018, n°17/03696.

*justification de la dispense d'une telle tentative* » doivent être mentionnées sur l'assignation ou la requête à peine de nullité de celles-ci (article 54, alinéa 5 du CPC, en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020).

## 2.2. Un mouvement d'une grande ampleur : droit comparé et institutions extra-judiciaires

Dans le sillage de la législation française instituant et organisant la médiation comme un mode de règlement des conflits extrajudiciaires ou judiciaires, la médiation s'est imposée, en France, dans quasiment tous les domaines de la vie économique et sociale, de sorte qu'il existe un véritable foisonnement des institutions extrajudiciaires de la médiation.

Peut-être plus significatif encore, il apparaît que si la médiation est encouragée en France, aussi bien par les juges et la pratique que par le législateur, elle connaît également un essor majeur dans le monde, essor qui ne peut qu'interroger sur l'existence d'un éventuel effet « *boule de neige* » de ce mouvement et sur son impact éventuel sur les juges eux-mêmes, sur la conception de leur rôle ainsi que sur l'état d'esprit même des parties.

La présentation du foisonnement des institutions extrajudiciaires de la médiation (2.2.2.) sera précédée d'une étude du droit comparé, laquelle révèle une convergence internationale en faveur de la médiation (2.2.1.).

### 2.2.1. Le droit comparé : une convergence internationale

Au-delà du cadre français et européen, est-il possible de parler d'une tendance globale d'appropriation de la médiation ? Comment les différents pays, avec leurs

univers culturels et juridiques spécifiques, intègrent-ils ce (nouveau) mode de règlement des conflits favorisant l'écoute et le dialogue ? Sans prétendre à l'exhaustivité, il sera procédé ici à un bref relevé des grandes initiatives aux quatre coins du monde et ce, afin d'illustrer la thèse d'une convergence mondiale vers le développement de la médiation comme méthode de pacification de conflits<sup>236</sup>.

En **Afrique**, la médiation est une pratique traditionnelle puisant ses origines dans l'oralité : la parole, la palabre. La médiation sert à dédramatiser les situations, à dépassionner un conflit et, *in fine*, à préserver l'équilibre social. Comme le notait l'anthropologue Étienne Le Roy : « *les sociétés africaines associent l'organisation de la vie en société au rôle d'un héros qui est un médiateur pacificateur*<sup>237</sup> ».

Ainsi, au **Sénégal**, la loi n° 99-88 du 3 septembre 1999 a institué la médiation pénale et le décret n° 99-1124 du 17 novembre 1999 a établi la médiation civile et la conciliation, accompagnant la création de structures de justice de proximité comme les Maisons de Justice.

Plusieurs types de médiation ont été mis en place : la médiation privée ou conventionnelle à l'initiative des parties et sans l'intervention du juge, la médiation judiciaire dans le cadre d'une procédure ou d'une instance judiciaire ordonnée par le juge et la médiation parajudiciaire réalisée à l'extérieur des tribunaux par les Maisons de Justice.

---

<sup>236</sup> Deux principales sources ont été mobilisées : l'ouvrage collectif *Panorama des médiations du monde : la médiation, langage universel de règlement des conflits* (B. Brenneur dir.), Paris, L'Harmattan, 2010 et le site :

[https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-ni-fr.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ni-fr.do?member=1) (rubrique : « *Médiation dans les États membres* »). D'autres sources, plus spécifiques, sont citées en notes de bas de page.

<sup>237</sup> « *La médiation mode d'emploi* », *Droit et Société*, 1995, n° 29, p. 39-55.

Le décret 2014-1653 du 24 décembre 2014 marque la consécration de la médiation et de la conciliation en droit sénégalais<sup>238</sup>.

Dans les **pays de culture arabo-musulmane**, la médiation est également une pratique ancestrale, prescrite dans les différends civils, communautaires ou commerciaux. Au Maroc, les chefs de tribu conciliaient traditionnellement les conflits civils et familiaux, tandis que les marchands d'âge mûr étaient élus pour régler par la médiation les conflits d'affaires. L'Algérie connaît l'institution de l'Imam ou du Cheikh, auquel il est fait appel pour trancher un certain nombre de conflits et éviter la « *honte* » de porter le litige devant le prétoire.

Depuis les années 2000, il s'est agi d'institutionnaliser ce mode de résolution des conflits, bien intégré culturellement mais nouveau dans le paysage législatif et judiciaire.

Au **Maroc**, la médiation a ainsi été introduite par la loi n° 08-05, publiée au *Journal Officiel* n° 5584 du Jeudi 6 Décembre 2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile.

En **Algérie**, le nouveau Code de procédure civile et administrative (loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant Code de procédure civile et administrative) aborde la question de la médiation qui relève du pouvoir du juge<sup>239</sup>. Le juge propose aux parties de régler leur conflit à l'amiable à l'exception des affaires familiales et prud'homales et de celles susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. La médiation judiciaire peut

---

<sup>238</sup> J.-L. Corr a, « *La médiation et la conciliation en droit sénégalais* », *Bulletin de droit économique*, 2017 (2), <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2017/12/Correa.pdf>.

<sup>239</sup> D'autres formes de médiation institutionnelle ont par ailleurs été promues : dans le domaine du droit social (loi n 90-02 du 6 février 1990), par exemple, ainsi qu'avec le médiateur de la république, la médiation de la chambre du commerce et de l'industrie ou encore la médiation sociale (exercée par les associations et les groupes de personnes).

porter sur tout ou partie du litige. Dans tous les cas, la médiation suspend la procédure judiciaire mais ne dessaisit pas le juge.

En **Amérique du Nord**, les modalités alternatives de règlement des conflits ont été portées par la société civile, dans le sillage des mouvements associatifs des années 1970. Au nom de la démocratie, ces mouvements encouragent la notion d'autonomie et la responsabilisation des individus et de la collectivité, ceux-ci étant incités à trouver eux-mêmes des solutions à leurs différends.

À noter que, globalement, le terme ADR (alternative dispute resolution) y est préféré à celui de médiation.

Aujourd'hui, en dépit d'une grande diversité des expériences de la médiation, deux grands courants peuvent être distingués aux États-Unis.

D'une part, les ADR développés et proposés par la société civile. Il s'agit d'un mouvement d'origine privée, basé sur le volontariat, jaloux de son indépendance financière et institutionnelle.

Parallèlement, se développent les ADR sous l'égide des autorités, tout particulièrement dans deux grands domaines : le secteur de la consommation (forte action étatique basée sur l'arbitrage, plus récemment sur la médiation) et celui de la justice dite alternative (programmes étatiques en matière pénale notamment).

Ainsi, les MARD ont pris une grande importance dans l'activité des tribunaux fédéraux des États-Unis. La loi de 1998 impose à chaque tribunal fédéral de district d'établir les règles autorisant l'usage des MARD dans toutes les affaires civiles<sup>240</sup>. Moins

---

<sup>240</sup> Pub. L. N° 105-315, 112 Stat 2993, codifié à 28 U.S.C. para. 651-658 Sup. 1998.

de 3 % des affaires civiles fédérales vont ainsi au procès, près de 98 % des affaires étant réglées par les motions ou un accord des parties.

Les tribunaux ont souvent recours à des réunions de conciliation et de médiation. Pour encourager cette pratique, le juge qui fait la médiation est rarement celui qui tranche le litige. En effet, dans tous les tribunaux fédéraux du district, il y a deux juges par affaire : un juge de district et un « *Judge Magistrate* » qui est chargé de trouver un accord en amont du procès. La médiation est même aujourd’hui constitutionnalisée par l’Uniform Mediation Act ou UMA (loi Uniforme sur la Médiation, 16 août 2001)<sup>241</sup>.

Au **Canada**, depuis les années 1980, la médiation est de plus en plus intégrée dans la procédure civile<sup>242</sup>. Les cours ont intégré les principes de la médiation dans leurs procédures et le système judiciaire applique la médiation judiciaire avant l’action en justice dans les matières civiles<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Voir : United States Department of Justice Order, "*Promoting the broader appropriate use of alternative dispute resolution techniques*", April 6, 1995 ; "*Alternative Dispute Resolution Act of 1998*", Public law 105–315—oct. 30, 1998, 105th congress ; J-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, L.G.D.J., coll. « *Droit et société* », 2010 ; ainsi que la page du Department of Justice dédiée aux ADR : <https://www.justice.gov/olp/alternative-dispute-resolution>.

<sup>242</sup> À titre d’exemple, sera mentionné un extrait du Code de procédure civile du Québec (LRQ, chapitre c 25), cité page 325 du rapport Guinchard précité, « *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée* » (Annexe v) : « *aucune demande mettant en jeu l’intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu’il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l’union civile, à moins que les parties n’aient préalablement participé à une séance d’information sur la médiation et qu’une copie du rapport du médiateur n’ait été produite au moment de l’audience* ». (Nous soulignons)

<sup>243</sup> Voir notamment l’Institut d’arbitrage et de médiation du Canada : <http://adric.ca/fr/> ; l’Institut de médiation et d’arbitrage du Québec : <http://imaq.org/> ; l’Institut canadien d’administration de la justice : <https://ciaj-icaj.ca/fr/notre-reseau/mediation/>.

En **Amérique Latine**, les MARD sont revendiquées comme élément clef dans la modernisation du système judiciaire. L'Argentine, le Brésil, le Mexique ont ainsi intégré la médiation en s'inspirant de l'exemple états-unien<sup>244</sup>.

En **Chine**, la loi sur la médiation et l'arbitrage concernant les litiges du travail a été adoptée le 29 décembre 2007<sup>245</sup>.

Le premier projet sur la médiation remonte à 1995, remis par le ministère de la Justice à l'Assemblée populaire nationale et invitant à légiférer en matière de médiation. La loi sur la médiation populaire a été promulguée le 28 août 2010 par l'Assemblée populaire nationale<sup>246</sup>. La loi de procédure civile consacre un chapitre 8 à la médiation judiciaire en posant comme principe que le juge peut tenter de concilier les parties, à condition qu'elles y consentent. La médiation du juge est facultative, à l'exception du divorce pour lequel la tentative de conciliation des parties par le juge est obligatoire.

En Chine, la médiation est associée à d'autres modes de règlement des conflits, en particulier la médiation au cours de la procédure d'arbitrage (régis par l'article 40 du Règlement de l'arbitrage de la CIETAC c./ China International Economic and Trade Arbitration Commission) et la médiation pendant la procédure judiciaire (régie par l'article 9 du Code de procédure civile<sup>247</sup>).

---

<sup>244</sup> Au Brésil, les procédures de médiation étaient présentes dès la Constitution impériale de 1824, dont le préambule, l'actuelle « *Magna Carta* » votée en 1988 prévoit à l'article 98, para. I et II, l'utilisation de solutions pacifiques pour résoudre les conflits. La médiation judiciaire s'est développée à partir des années 2000. En Argentine, la loi n° 26.589 du 15 avril 2010 (modifiée par la loi n° 27.222 du 25 novembre 2015) instaure la procédure de médiation obligatoire antérieure à la procédure judiciaire.

<sup>245</sup> Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008.

<sup>246</sup> En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>247</sup> « *Le Tribunal populaire doit, pendant l'examen du dossier, procéder à la médiation lorsque les parties sont d'accord et que la loi le permet ; lorsque la médiation échoue, le tribunal doit statuer sans délai.* »



Est également très important, le texte de la Cour suprême intitulé « *Avis pour établir un mécanisme de règlement de différends associant les procédures judiciaires et les modes non judiciaires de règlement des litiges* » qui, s'adressant à tout type de tribunaux en Chine, promeut les modes non judiciaires de règlement des conflits en mettant en avant leur efficacité ainsi que leur contribution à une société harmonieuse<sup>248</sup>.

La loi précitée de 2010 sur la médiation est la première loi, depuis la prise du pouvoir par le Parti communiste chinois en 1949, qui encadre la médiation populaire ou extrajudiciaire. Elle a été promulguée après plus de trente années de réformes juridiques, initiées en 1978, dont la direction générale allait pourtant dans le sens contraire, visant à professionnaliser l'appareil judiciaire et à orienter les justiciables vers les tribunaux étatiques afin de résoudre leurs conflits<sup>249</sup>. La médiation populaire, réhabilitée au début des années 2010, avait déjà été promue par le parti communiste durant la période maoïste, avant que le système judiciaire ne s'en détourne à la fin des années 1970.

Il est courant de lire que la médiation en Chine est ancrée dans les traditions puisqu'on y considère qu'il vaut mieux éviter de « *traîner l'autre devant le tribunal* ». Les parties vont jusqu'à renoncer à recourir à la sentence prononcée par l'arbitre, puisque la sentence fait perdre la face à l'une des parties et brise ainsi l'harmonie

---

<sup>248</sup> J. Bangjun, « *Du système de médiation populaire de la Chine* », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 3, 1996, p. 739-751 ; S. Balme, *Chine, les visages de la justice ordinaire*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2016.

<sup>249</sup> H. Piquet, « *La médiation populaire en Chine : accès à la justice ou harmonie imposée ?* », dans G. Nicolau (dir.), *Jurisprudence, Revue critique*, numéro spécial « *La Médiation, entre renouvellement de l'offre de justice et droit* », n° 4, 2013, p. 115-132.

sociale (l'un des principes fondateurs formulés par Confucius stipulant « *he wei gui* », à savoir que l'harmonie doit être au-dessus de tout)<sup>250</sup>.

Cette représentation des traditions et du rapport au droit des justiciables chinois ne concorde pas entièrement avec la réalité. Des chercheurs, comme Goh Bee Chen, Wenshan Jia et Neil Diamant, ont nuancé la thèse selon laquelle les Chinois nourriraient une aversion pour le procès et une préférence, par principe, pour la résolution des conflits hors les cours<sup>251</sup>. Ainsi, Philip C.C. Huang a démontré qu'en Chine impériale, loin de s'en remettre entièrement à la médiation extrajudiciaire, les justiciables se tournaient couramment vers le système judiciaire étatique pour résoudre leurs conflits<sup>252</sup>. Les discours officiels sur la nouvelle loi l'admettent d'ailleurs, lorsqu'ils soulignent que la médiation est fondée d'abord sur les lois et les règles de droit étatiques<sup>253</sup>.

On note en outre que le système actuel de médiation populaire est institutionnalisé et contrôlé par l'État. La médiation est soumise à l'impératif de stabilité sociale. Des recherches récentes montrent que l'harmonie est devenue un concept normatif en lien avec le renouveau du confucianisme promu par le parti communiste chinois. La rhétorique d'harmonie, à laquelle est associée la médiation, est en accord

---

<sup>250</sup> Xiao Lin Fu-Bourgne, « *La médiation en Chine, de Confucius à nos jours* », dans *Panorama*, *op. cit.*, p. 209-214.

<sup>251</sup> Goh Bee Chen, *Law Without Lawyers, Justice Without Courts. On Traditional Chinese Mediation*, Aldershot, Routledge, 2002, p. 8-9 ; Wenshan Jia " *Chinese Mediation and Its Cultural Foundation*", in Ming-Chen Guo et Ringo Ma (dir.), *Chinese Conflict Management and Resolution*, Westport (Connecticut), Ablex Publishing, 2002, 289-295, p. 292 ; Neil J. Diamant, " *Conflict and Conflict Resolution in China : Beyond Mediation-Centered Approaches*", *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 44 : 4, 2000, p. 523-546.

<sup>252</sup> Philip C. C. Huang, *Chinese Civil Justice, Past and Present*, London/New York, Rowman&Littlefield Publishers, 2010. On trouve, notamment p. 152-154, une remise en cause de l'importance chez les justiciables chinois de l'influence confucéenne dans le rapport au droit.

<sup>253</sup> H. Piquet, *op. cit.*

avec le mot d'ordre du parti visant à l'édification de la société harmonieuse : une harmonie et une médiation promues, par opposition aux modèles juridiques occidentaux, associés au conflit et au procès.

En **Europe**, les initiatives foisonnent, le développement de la médiation étant structuré par la transposition des textes européens dans la législation et les pratiques nationales.

En **Allemagne**, le recours à la médiation est le plus courant dans les domaines du droit de la famille, du droit des successions et du droit commercial. Le « *Schlichtung* », procédure spécifique propre au droit allemand (et autrichien), s'est développé grâce à des institutions privées (Schlichtungstellen). La solution ne s'impose pas aux parties, seule la tentative d'accord est obligatoire.

Cette procédure est en principe extrajudiciaire, mais une loi fédérale du 15 décembre 1999<sup>254</sup> l'a instituée dans le cadre du tribunal : l'action judiciaire n'est envisageable que si ce MARD a été préalablement tenté.

Dès l'entrée en vigueur de cette loi, le 1<sup>er</sup> janvier 2000, la médiation est devenue un préalable à l'action judiciaire dans certains contentieux mineurs. Selon l'article 15A de la loi relative à la mise en œuvre du Code de procédure civile, les Länder avaient la possibilité d'adopter des lois régionales prévoyant une phase obligatoire de conciliation dans certaines matières.

Depuis 2002, une réforme du Code de procédure civile (para. 278 (5) ZPO) permet au juge de renvoyer les parties à un médiateur pour chercher une solution extrajudiciaire au litige. Le Code de procédure civile ne prévoit pas d'activité de

---

<sup>254</sup> *Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung*, du 15 décembre 1999, BGBl. I 1999 p. 2400.

médiation directe réservée au juge, mais l'effort du juge pour rechercher une solution amiable au conflit est considéré comme l'un de ses devoirs les plus importants.

La loi sur la médiation - article premier de la loi sur la promotion de la médiation et d'autres procédures de règlement extrajudiciaire des conflits du 21 juillet 2012 - est entrée en vigueur le 26 juillet 2012<sup>255</sup>, réglementant pour la première fois la médiation par la loi. Ce texte de loi transpose en droit allemand la directive européenne sur la médiation (2008/52/CE), tout en allant au-delà de ses exigences. Si la directive ne concerne que les litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale, la loi allemande s'applique à toutes les médiations engagées en Allemagne, quels que soient la nature du litige et le domicile des parties.

En **Autriche**, l'insertion de la médiation dans la procédure judiciaire a été opérée par la loi sur la médiation en matière civile<sup>256</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004. La médiation vise à permettre, grâce à l'écoute et au dialogue, « *une solution assumée par les parties elles-mêmes* » (paragraphe 1, alinéa 1). La procédure de la médiation est obligatoire dans certains domaines (litiges en droit du travail et litiges sur les baux, par exemple).

En **Belgique**, la loi du 21 février 2005 « *modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation* »<sup>257</sup> établit la pratique de la médiation sous contrôle judiciaire. Elle prévoit diverses formes de médiation : judiciaire (à l'occasion d'une procédure judiciaire) et volontaire ou extrajudiciaire (lorsque les parties y ont recours en dehors de la procédure judiciaire). Tous les domaines sont concernés par la médiation,

---

<sup>255</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung du 21 juillet 2012, BGBl. I 2012, p. 1577.

<sup>256</sup> Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG), BGBl. I Nr. 29/2003.

<sup>257</sup> Moniteur Belge, en date du 22 mars 2005, p. 12772.

notamment les affaires familiales, civiles et commerciales ou encore sociales (droit du travail).

En **Bulgarie** également, la médiation est admise dans plusieurs domaines du droit, favorisée par les interventions d'organisations telles que USAID et Aba (American Bar Association, Europe & Eurasia programs). Cependant, la plupart des médiateurs enregistrés se sont spécialisés dans la médiation appliquée au domaine commercial et des affaires.

La loi du 2 décembre 2004, modifiée et complétée par la loi du 12 octobre 2006, détermine le champ d'application de la médiation. Elle s'inscrit dans une tradition originale de règlement des conflits, notamment en matière civile et en droit du travail, héritée du système communiste où des structures informelles de proximité - des « *tribunaux de camarades* » - rendaient des sentences de médiation susceptibles d'être reconnues par les tribunaux.

De nouveaux textes, adoptés en 2007, ont complété le dispositif : la loi sur la médiation et le règlement n° 2 du 15 mars 2007 sur la procédure de médiation et la conduite des médiateurs.

Depuis 2000, l'**Espagne** a adopté plusieurs textes régissant la médiation. Les articles 414 et 415 de la loi n° 1/2000, du 7 janvier 2001, entrée en vigueur le 8 janvier 2001, disposent que le juge doit inviter les parties à une conciliation, l'accord pouvant être homologué par le tribunal et avoir la même valeur exécutoire qu'un jugement.

La loi n° 15/2005 en date du 8 juillet 2005 modifie la procédure civile pour permettre la médiation dans les litiges familiaux. La loi envisage la médiation comme un mode alternatif volontaire de résolution des litiges familiaux, proclame la liberté comme valeur supérieure de l'ordre juridique espagnol et prévoit que les parties

peuvent à tout moment demander au juge la suspension des démarches judiciaires en vue de procéder à une médiation familiale et tenter de trouver une solution consensuelle aux questions qui font l'objet du litige.

Dans le domaine social, la loi n° 36/2011 en date du 10 octobre 2011, régissant la juridiction sociale a introduit une nouveauté en établissant la règle générale selon laquelle toute demande doit être accompagnée d'un document attestant de la tentative préalable de conciliation ou de médiation.

En matière civile et commerciale, la loi n° 5/2012 du 6 juillet 2012 a notamment transposé dans le droit espagnol la directive européenne 2008/52/CE et son cadre minimal pour la pratique de la médiation. Cette loi a entraîné un changement majeur dans ce domaine du droit, dans la mesure où elle introduit expressément dans le Code de procédure civile une référence à la médiation parmi les moyens extraordinaires de clôture de la procédure. En effet, le tribunal peut inviter les parties à tenter de parvenir à un accord mettant fin à la procédure ou leur permettre de demander la suspension de la procédure en vue d'une médiation ou d'un arbitrage.

En **Hongrie**, la loi sur la procédure de médiation en matière civile et commerciale est entrée en vigueur le 17 mars 2003. Avant cette date, la procédure de médiation était liée à celle de l'arbitrage. S'il n'y a pas de véritable tradition de médiation, les juges encouragent cependant les parties à engager une médiation, qui ne peut être que consensuelle, pour aboutir à un accord qui est ensuite homologué.

Les dispositions procédurales ont changé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2009, exigeant que les parties justifient désormais d'une participation à un entretien préalable ayant pour but de mettre fin à leur conflit par une voie alternative au jugement.

Aux **Pays-Bas**, la réglementation de la conciliation et de la médiation est intégrée au Code de procédure civile. Il n'existe pas de législation spécifique sur la médiation conventionnelle, alors que la pratique de la médiation y est très développée (notamment la médiation familiale dans le cadre de procédures judiciaires de divorce, mais aussi en cas de conflits en droit du travail, de la famille, administratif, de l'environnement).

Depuis le début des années 2000, la médiation judiciaire figure, avec le jugement et la conciliation, parmi les choix des juges et des parties pour conclure la procédure.

L'Institut néerlandais de médiation (NMI) est un établissement indépendant ayant pour vocation de promouvoir la qualité de la médiation et la sensibilisation en la matière. L'objectif ultime est de permettre à la médiation d'aboutir à des solutions durables du conflit et d'éviter que les parties ne poursuivent leur différend par ailleurs.

En **Roumanie**, la loi 192/2006 adoptée le 16 mai 2006 a créé le cadre législatif nécessaire à la mise en place de la médiation. La médiation y a été définie comme « *mode facultatif de résolution des conflits par voie amiable* » (article 1) et l'article 2 de ladite loi permet aux parties d'avoir recours à la médiation dans le cas de conflits relevant du domaine civil ou pénal, du droit familial ou d'autres domaines du droit, sauf disposition contraire de la loi. La loi 192/2006 a également institué un conseil de médiation, qui est une entité juridique autonome chargée du suivi de la médiation dans l'intérêt public.

Au **Royaume-Uni**, la médiation n'est pas régie par la loi. Cependant, le système judiciaire civil repose sur le principe selon lequel la présentation d'une affaire devant le tribunal ne doit intervenir qu'en dernier ressort et, à cet égard, la médiation est souvent un préalable aux procédures judiciaires.

La médiation pour les divorces et les affaires familiales est utilisée dans les tribunaux et hors des tribunaux depuis les années 1970. La médiation associative, indépendante des tribunaux, est proposée par la Family Mediators Associations créée à Londres en 1988. Quant à la médiation-conciliation liée à la procédure judiciaire, souvent une étape préliminaire imposée par le juge aux conjoints, elle est conduite par un conciliateur, qui est soit un juge soit un travailleur social du tribunal.

Les parties sont encouragées à la médiation, notamment depuis l'entrée en vigueur, en 1999, de nouvelles règles de procédure civile (*Civil Procedure Rules*). Les tribunaux se voient confier le rôle d'informer les parties sur les moyens alternatifs de résolution des conflits et de les encourager à les utiliser. De nombreux domaines sont concernés, comme le droit de la famille, les problèmes de voisinage, les litiges civils et commerciaux...

Dans les affaires commerciales et civiles, la médiation est utilisée par les tribunaux à partir des années 2000. Sous la pression internationale notamment, les tribunaux ont changé de stratégie : ils ne se contentent plus d'accepter l'usage de la médiation par les parties, mais prennent en charge et encouragent eux-mêmes la médiation, voire obligent les parties en conflit à s'engager dans un processus de médiation dans les cas où est entrevue une chance de succès.

En **Suisse**, la médiation est inscrite dans l'ordre juridique depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile (CPC), le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le Conseil fédéral a posé, dès 2006, que « *le règlement amiable (des différends) a la priorité* », dans le message du 28 juin 2006 introduisant le projet de Code de procédure civile fédérale suisse unifié, d'abord adopté par le gouvernement fédéral, puis par les Chambres fédérales, en décembre 2008. Le nouveau CPC confère à la médiation une légitimation, en la rendant possible en option, d'abord, en tant que tentative préalable,



ensuite, à tous les stades de la procédure. Définie comme négociation facilitée par un tiers, la médiation s'inscrit dans le champ plus vaste des MARD, avec la conciliation, l'arbitrage et les services d'ombudsman<sup>258</sup>.

\*

Au-delà de cette tendance à une généralisation mondiale de la médiation comme mode privilégié de résolution de conflits, s'oriente-t-on vers une médiation sans frontières ?

Des pratiques de médiation internationales se développent, en réponse à la mondialisation des échanges et aux mutations et à la complexité qu'elle engendre. Une évolution qu'incarne notamment le développement de médiations internationales, familiales ou commerciales. Comment entrer en relation et entretenir de bonnes relations avec des partenaires de différents pays ? Comment intégrer les exigences locales et mondiales dans la rédaction des contrats ? Comment harmoniser des systèmes juridiques et économiques disparates ?

C'est dans le contexte de ces interrogations, qui accompagnent la mondialisation, que la médiation commence à s'imposer en tant que pratique de règlement des conflits internationaux complexes. En effet, ces derniers présentent une dimension transfrontalière ainsi que des discordances culturelles et nationales qui sont difficiles à gérer par les systèmes juridiques nationaux. Lorsque les partenaires internationaux sont déjà séparés par la distance géographique, la langue ou la culture, le contentieux creuse le fossé entre eux, alors que la médiation permet plus de souplesse, d'agilité et, *in fine*, plus d'efficacité, tout en garantissant la confidentialité. Ainsi, la médiation est

---

<sup>258</sup> J. A. Mirimanoff (éd.), *La Médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011.

surtout mobilisée dans des situations juridiquement compliquées comme, par exemple, les déplacements internationaux des enfants par les parents de nationalités différentes<sup>259</sup>.

En matière internationale toujours, la médiation peut être une réponse à l'incapacité de compromettre de certaines personnes morales de droit public étranger, en cas de litiges qui opposent des personnes morales de droit privé aux émanations de personnes morales de droit public ou d'États, dans le cadre desquels la nullité de la clause compromissoire est opposée par la partie représentant un État. La clause de médiation est ici envisagée comme une solution potentielle permettant de sortir de cette impasse ou d'éviter des procédures longues, complexes et coûteuses. Ainsi, dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le recours à la médiation dans le règlement des différends s'est généralisé<sup>260</sup>.

La tendance est claire. Comme le note Danièle Ganacia, il faut que « *la médiation devienne à la justice ce que la diplomatie est à la guerre : une démarche première et non la solution de la dernière chance quand toutes les procédures ont échoué*<sup>261</sup> ».

Progressivement, la pratique de la médiation transcende les litiges transfrontaliers pour devenir un véritable mode alternatif de règlement des conflits dans une diversité de contextes. Les documents transnationaux imposent un cadre minimal qui ne fait aucunement obstacle à l'extension de la médiation à toutes les procédures. De fait, la plupart des États vont au-delà de la simple transposition des

---

<sup>259</sup> En Europe, près d'un divorce sur quatre concerne un couple binational. En cas de conflit, la médiation familiale internationale apparaît comme la seule solution humaine et durable permettant de maintenir le lien, notamment celui de l'enfant à ses deux parents.

<sup>260</sup> Voir : Règlement des différends, « *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, conciliation et médiation* », Article 5 : Bons offices, conciliation et médiation.

<sup>261</sup> « *La médiation familiale internationale* », dans *Panorama*, *op. cit.*, p. 286.

normes et des initiatives internationales pour développer à l'échelle nationale les procédures de médiation<sup>262</sup>. Pourquoi ? L'un des principaux objectifs de ce travail est de répondre à cette question.

La convergence vers la médiation est un processus universel, même si la pratique varie d'un pays à l'autre, influencée par de multiples facteurs, parmi lesquels les contextes historiques et socioculturels, les structures politiques et juridiques, les attitudes face au conflit et les modèles de régulation sociale...<sup>263</sup> Le point commun de cette convergence réside dans le fait que, globalement, les États jouent un rôle important dans le développement de ce mode de règlement des conflits.

Un consensus se crée pour considérer la médiation comme un mode privilégié de règlement des conflits. Car, au-delà des spécificités, la médiation apparaît comme un « *langage du cœur*<sup>264</sup> » compris partout dans le monde en dépit des différences historiques et culturelles. Si la démarche de transposition nationale des normes internationales est incontestable, aucun pays, aucune culture n'impose la médiation aux autres, puisqu'elle a toujours existé sous des formes diverses et ce, partout dans le monde.

Les univers culturels et juridiques sont séparés par des « *différences sans divergences* », pour reprendre les termes de Stephen Bensimon : il y a une diversité

---

<sup>262</sup> Ainsi, la directive 2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur la médiation en matière civile et commerciale est obligatoire et a dû être transposée dans les législations des États membres avant le 21 mai 2011. L'Union européenne promeut également la médiation en tant que mode alternatif de résolution des conflits au travers du programme PHARE d'assistance aux nouveaux pays membres, dans le contexte de l'élargissement de l'UE. Plusieurs initiatives visent à élaborer un corpus de méthodes, des standards de bonnes pratiques ou encore des règles de déontologie partagées.

<sup>263</sup> N. Alexander, " *Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave*", in Nadja Alexander (dir.), *Global Trends in Mediation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2e éd., 2006, p. 2-3.

<sup>264</sup> B. Brenneur, « *Préface* », dans *Panorama*, *op. cit.*, p. 7.

d'expériences, mais pas de désaccords sur la médiation comme « *langage universel de compréhension entre les hommes* »<sup>265</sup>, comme manière de réunir les hommes autour du même idéal de justice favorisant l'écoute, le dialogue et la compréhension mutuelle.

### 2.2.2. Le foisonnement des institutions extrajudiciaires de la médiation

Un rapide aperçu de l'étendue des possibilités de recours à la médiation comme mode alternatif de règlement des différends et de la diversité des domaines où ce type de solution amiable est prévu permet de mesurer l'importance qui est désormais donnée dans le droit français à cette institution. Une importance qui s'accroît puisque la médiation est dorénavant organisée non seulement dans le cadre judiciaire mais également, comme il sera donné ci-après un bref aperçu, dans le cadre extrajudiciaire, privé et collectif, le recours à la médiation y étant organisé tantôt par la pratique (2.2.2-1), tantôt par la loi (2.2.2-2).

---

<sup>265</sup> « *Le monde de la médiation et médiations du monde* », dans Panorama, *op.cit.*, p.323.

### 2.2.2-1 Les modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la pratique

La pratique a organisé divers modes extrajudiciaires de la médiation aussi bien au sein des entreprises<sup>266</sup> qu'au sein d'organisations professionnelles<sup>267</sup>. Des médiations institutionnelles sont en outre proposées par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris et la Chambre de Commerce et d'Industrie<sup>268</sup>.

Ces différents modes extrajudiciaires de médiation témoignent de la variété des sujets que la médiation est amenée à appréhender et de la volonté de ceux qui en ont eu l'initiative d'éviter le recours aux tribunaux.

### 2.2.2-2 Les modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la loi

De leur côté, le législateur et le pouvoir réglementaire ont, au fil du temps, introduit et multiplié eux aussi les possibilités de médiation extrajudiciaire aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

---

<sup>266</sup> Il s'agit d'un dispositif de conciliation déléguée, le médiateur s'interposant, de l'intérieur de l'institution, dans des conflits de type vertical, opposant une institution et son public ou son personnel. À titre d'exemples, peuvent être citées les médiations mises en place au sein de la RATP (Régie Autonome des Transports Parisiens) en 1990, la SNCF (Société Nationale des Chemins de Fer) en 1994, La Poste en 1995, la Caisse des dépôts en 1996, EDF (ENGIE) en 1998... Peuvent également être mentionnés les médiateurs du secteur audiovisuel appelés à régler les conflits entre les rédactions et le public : dès 1988, France Télévision nomme deux médiateurs pour l'information, un pour France 2 et un pour France 3, ainsi qu'un médiateur commun pour les programmes de France Télévision.

<sup>267</sup> Autre illustration de la diversité des domaines où la médiation est prévue : le Comité de Liaison de l'Assurance - réunissant l'ensemble des entreprises d'assurances françaises tant du secteur capitaliste que du secteur mutualiste - qui a mis en place, dès 1993, un dispositif de Médiateur des assurances s'appuyant sur des chartes de médiation proposées aux compagnies d'assurance.

<sup>268</sup> À noter que le gouvernement a apporté sa contribution à la conclusion d'une Charte de la médiation interentreprises conclue en 2005 entre plus de cinquante grandes entreprises et fédérations professionnelles françaises sous l'égide du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

Dans le secteur public, la médiation est assurée soit par un médiateur personne physique, soit par des Autorités Administratives Indépendantes (AAI), Autorités Publiques Indépendantes (API) et commissions de type administratif.

Parmi les différents médiateurs, personnes physiques, le plus ancien et le plus emblématique, est le médiateur de la République<sup>269</sup>, aujourd'hui Défenseur des droits.

Peuvent également être cités, parmi les médiateurs, personnes physiques, le médiateur de la Ville de Paris<sup>270</sup>, le médiateur de l'Éducation nationale<sup>271</sup> ou encore le médiateur de l'Économie, des Finances et de l'Industrie<sup>272</sup>.

S'agissant des médiations confiées à des Autorités Administratives Indépendantes (AAI), des Autorités Publiques Indépendantes (API) ou encore des commissions de type administratif, elles sont susceptibles de concerner des secteurs

---

<sup>269</sup> L'institution du « *Médiateur de la République* » constitue la plus ancienne des conciliations extrajudiciaires en matière publique en France et remonte à 1973 (loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur). Disposant d'un délégué dans chaque département, cette institution est dédiée aux conciliations extrajudiciaires. Elle s'inspire du modèle scandinave de l'ombudsman et connaît des différends opposant les citoyens aux administrations d'État. Plusieurs auteurs déplorent le manque de rigueur du concept de médiation, en l'occurrence l'utilisation du terme de médiateur au détriment de celui, plus approprié, d'ombudsman (étymologiquement : celui qui est habilité à agir pour autrui). En effet, ces personnes agissent comme des gestionnaires de réclamations, arbitres publics, conciliateurs ; elles émettent des avis et des recommandations pour résoudre les conflits qui leur sont transmis, voire des quasi-décisions ou solutions en équité. Voir notamment : J.-P. Bonafé-Schmitt, *La Médiation : une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 1992. Le médiateur est perçu comme un protecteur des droits du citoyen. Son intervention permet de remédier à la déshumanisation des rapports sociaux et en particulier des relations entre l'administration et les usagers. Au fil du temps, le médiateur a fait l'objet de plusieurs réformes législatives qui sont toutes allées dans le sens d'un renforcement de son autorité et de ses compétences de défenseur des droits.

<sup>270</sup> L'institution existe depuis 1977. Jusqu'en 2008, ce rôle était exercé par un élu adjoint au maire de Paris. Le médiateur de la Ville de Paris devient une autorité indépendante par délibération du Conseil municipal de Paris des 24-25 novembre 2008.

<sup>271</sup> Décret 98-1082 du 1<sup>er</sup> décembre 1998, NOR: MENG9802817D.

<sup>272</sup> Décret n°2002-612 du 26 avril 2002, NOR: ECOP0200036D.

aussi variés que celui des télécommunications<sup>273</sup>, de l'énergie<sup>274</sup>, du crédit<sup>275</sup>, des accidents médicaux<sup>276</sup> ou encore des marchés publics<sup>277</sup>.

Dans le secteur privé, ont progressivement été instaurés différents types de médiateurs ayant vocation à intervenir dans les litiges les plus variés : litiges d'ordre individuel<sup>278</sup>, litiges relatifs à la vie privée, litiges d'ordre individuel strictement professionnel<sup>279</sup>, contentieux déséquilibrés impliquant une partie supposée faible<sup>280</sup> ou encore conflits d'ordre collectif. S'agissant des conflits d'ordre collectif, ont été

---

<sup>273</sup> Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (articles L.5-7 et R.1-2-9 et 1-2-10 du Code des postes et des télécommunications électroniques).

<sup>274</sup> Le médiateur national de l'énergie est une autorité publique indépendante créée par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (JORF n°284 du 8 décembre 2006 page 18531, texte n° 1, NOR: ECOX0600090L). Son statut est encadré, tout comme celui du Défenseur des droits, par la loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (JORF n°0018 du 21 janvier 2017, texte n° 2, NOR: PRMX1604064L).

<sup>275</sup> Le médiateur du crédit a été institué par décision présidentielle du 10 novembre 2008.

<sup>276</sup> Il s'agit de la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des infections iatrogènes et des infections nosocomiales (article L.1142-4 et suivantes et article R et D.1142-1 et suivants du Code de la santé publique).

<sup>277</sup> Il s'agit des Comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (article R.2197-1 du Code de la commande publique).

<sup>278</sup> S'agissant des litiges d'ordre individuel, a ainsi été instauré le conciliateur de justice dont la fonction est de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, « *le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition* » (décret n°78-381 du 20 mars 1978, article 1<sup>er</sup>).

<sup>279</sup> Il s'agit de médiateurs qui interviennent dans des conflits horizontaux, entre les administrés et agissent en tant qu'arbitre public entre des intérêts particuliers. Peuvent être cités le médiateur du cinéma (institué par le décret n°83-86 du 9 février 1983 et par l'article L. 213-1 du Code du cinéma), le médiateur en matière de radiodiffusion, de télédiffusion par satellite et de transmission par câble d'une œuvre de l'esprit (institué par les articles L.132-20-2 et L.217-3 du Code de la propriété intellectuelle), ou encore le médiateur du tourisme et du voyage (institué par la Charte de la médiation tourisme voyage du 23 septembre 2013).

<sup>280</sup> Peuvent être citées la Commission des règlements des litiges de la consommation (arrêté du 20 décembre 1994), la Commission départementale de conciliation pour le loyer des baux d'habitation (loi n°89-462 du 6 juillet 1989, article 20, complété par le décret n°2001-653 du 19 juillet 2001), la Conciliation bancaire (articles L.312-1-3 à L.312-1-4, complétés par les articles R.312-7 à R.312-10 et l'article L315-1 du Code monétaire et financier) ou encore la médiation en matière de harcèlement moral au travail (article L.1152-6 du Code du travail).

instituées une médiation en matière de conflit collectif du travail<sup>281</sup> ou encore une conciliation collective en matière de défaillance économique entre le débiteur et ses créanciers<sup>282</sup>.

### **Section 3. Le phénomène juridique du repli et le modèle économique**

L'ampleur prise par la médiation, aussi bien au plan national que mondial, oblige à identifier les sources d'influence d'un tel phénomène. À cet égard, la volonté d'efficacité et l'influence du système économique sont les explications qui sont le plus spontanément citées, ce qui justifie qu'il soit fait une présentation de l'explication du phénomène juridique du repli exclusivement par le modèle économique (3.1.). Pour autant, l'explication exclusivement économique se révèle insuffisante, comme il en sera fait la démonstration (3.2.).

---

<sup>281</sup> La médiation pour le règlement des conflits collectifs du travail est organisée soit par le Président de la Commission de Conciliation après l'échec d'une procédure de conciliation directe entre les parties prenantes, soit par le ministre du Travail, sur demande des parties ou de sa propre initiative (articles L.2623-1 et R.2623-1 du Code du travail).

<sup>282</sup> Sont confiés à un ou des mandataires *ad hoc* les conflits impliquant des entreprises artisanales et commerciales (articles L.611-3 à L.611-15 du Code de commerce complétés par les articles R.611-18 à R.611-50 du Code de commerce), ceux impliquant des exploitants agricoles (articles L.351-1 à L.351-7 et R.351-1 à R.351-7 du Code rural et de la pêche maritime) ou encore ceux relatifs aux copropriétés immobilières (loi n°65-557 du 10 juillet 1967, articles 29-1 à 29-6). Sont confiés à une commission permanente les conflits ayant trait au surendettement des ménages (articles L.330-1 et suivants et l'article R.331-1 et suivants du Code de la consommation).



### 3.1. Explication du phénomène juridique du repli exclusivement par le modèle économique

En considérant que le système économique permet d'expliquer tous les comportements d'une société, la recherche des sources d'influence du développement de la médiation conduit à deux propositions :

(i) La logique néo-libérale et le règne de l'utilitarisme joueraient un rôle majeur dans le développement de la médiation. Il s'agirait d'une nouvelle approche de la légitimité, qui ne repose plus uniquement sur la souveraineté abstraite du peuple mais découle de l'efficacité des institutions. Selon cette approche, sont bonnes les règles et les actions qui permettent de maximiser au moindre coût le bien collectif. Les critiques de l'État interventionniste - jugé, par définition, comme moins efficace que le marché dans l'harmonisation des intérêts des individus - nourrissent ces évolutions et tendent à les expliquer. Tous les développements sur le « *droit flexible* » et la « *justice collaborative* » y font d'ailleurs écho.

Dans la quête du bonheur privé et de l'harmonie sociale, la transaction est estimée plus utile que la *jurisdictio*, le consensus plus utile que la loi, la règle du jeu plus utile que la règle de droit. L'horizontalisation des rapports sociaux renforce cette tendance : les conflits devraient être résolus directement par les parties elles-mêmes car le procès tranche un conflit sans y apporter de véritable solution, révélateur *in fine* de l'échec de la coopération.

(ii) L'idée d'une hiérarchie des affaires, selon laquelle il conviendrait de réserver aux juges étatiques les seules affaires qui ne sauraient être résolues en amont du procès, expliquerait également la médiation comme une gestion économique des moyens des institutions judiciaires.

Seront présentées successivement ces deux propositions : la justice au modèle néolibéral ou managérial (3.1.1.) puis les MARC pour faire l'économie du procès (3.1.2.).

### 3.1.1. La justice au modèle néolibéral ou managérial

Le phénomène de la rétractation ou du repli de l'État, que révèle la multiplication des alternatives au jugement, a fait l'objet d'une analyse par le prisme économique, dont celle proposée par Antoine Garapon dans son ouvrage *La Raison du moindre État : le néolibéralisme et la justice* (Odile Jacob, 2010).

Antoine Garapon décèle dans les transformations globales de l'État un renversement du paradigme même du gouvernement des hommes et des institutions<sup>283</sup>, qu'il qualifie de passage de la « *raison d'État* » à la « *raison du moindre État* »<sup>284</sup>. Et lorsqu'il se penche plus particulièrement sur le domaine de la justice, en prenant l'institution judiciaire pour « *laboratoire* »<sup>285</sup>, il qualifie les transformations en cours comme une transition vers un nouveau modèle de justice, la justice néolibérale ou « *managériale* ».

Antoine Garapon se réfère explicitement aux trois âges de la « *gouvernementalité* » analysés par Michel Foucault (fondés sur la majesté, la discipline et le néolibéralisme), pour éclairer l'évolution des modèles de justice, allant de la

---

<sup>283</sup> *Op. cit.*, p. 13-14.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 14. A. Garapon, qui dirige l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), inscrit son raisonnement dans le sillage de Michel Foucault, à qui il emprunte également cette expression (M.Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, coll. « Hautes Études », p. 47).

<sup>285</sup> *Op. cit.*, p. 14.

justice rituelle, à la justice disciplinaire et enfin à la justice managériale<sup>286</sup>. À savoir une justice qui se configure comme une agence de résolution de conflits, dont la vocation, les missions et les fins sont dictées par la logique du marché et non plus par l'idéal de la souveraineté. Ce n'est plus la loi qui prime, ou la volonté générale, mais l'utilité qui guide l'action des individus au nom de leurs intérêts privés.

Antoine Garapon attribue à l'argument néolibéral une valeur explicative quasi exhaustive, aussi bien lorsqu'il aborde les raisons de ce tournant que lorsqu'il décrit le fonctionnement de la justice soumise à la logique entrepreneuriale et aux règles de la concurrence.

Ainsi, il donne des exemples pour démontrer les ressorts essentiellement économiques de ces transformations : maîtrise des coûts, réduction des délais, diminution des flux, mise en place d'indicateurs de performance et de primes de rendement aux magistrats, standardisation pour permettre la prévisibilité.

Le besoin toujours accru de justice rencontrant des ressources de plus en plus finies, la justice « *a désormais un prix, ce qui pose la double question de la rareté et de la sélection juste des affaires*<sup>287</sup> ».

Ainsi, la justice managériale<sup>288</sup> serait le produit de la transposition dans ce domaine des impératifs gestionnaires et des techniques du management privé afin de rationaliser l'offre judiciaire. Les alternatives au jugement feraient tout simplement

---

<sup>286</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 192 ; A. Garapon, *op. cit.*, p. 16-20.

<sup>287</sup> A. Garapon, « *Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile* », *Recueil Dalloz*, 1997, *Chronique*, p. 69-72.

<sup>288</sup> *Op. cit.*, p. 45 et suiv.

partie des réponses apportées à cette exigence d'efficacité, nouvelle valeur cardinale de la justice.

La même optique se retrouve chez d'autres auteurs comme Wendy Brown<sup>289</sup> ou Pierre Dardot et Christian Laval<sup>290</sup>. Se réclamant eux aussi des travaux de Michel Foucault, ces auteurs situent également le néolibéralisme au fondement du nouveau modèle de gouvernement des hommes selon le principe de la concurrence et de la logique entrepreneuriale<sup>291</sup>.

Antoine Garapon n'entrevoit pas cette transition du modèle de la souveraineté vers le modèle néolibéral comme un retrait de l'État, mais comme un « *amoindrissement* » de l'État qui n'est pas synonyme d'affaiblissement de l'État<sup>292</sup>. Le néolibéralisme n'est pas une force qui affaiblirait l'État de l'extérieur, mais une production de l'État lui-même. Le « *repli* » de l'État est « *stratégique* » : en passant le flambeau aux individus, il perd de sa majesté pour mieux gouverner les hommes, en misant sur l'intérêt privé plutôt que sur le sens civique privilégié dans le modèle de la souveraineté.

Quelle place ont la justice et le droit dans la rationalité totalisante du marché ? Le modèle du marché ne se contente pas de faire concurrence au modèle de la

---

<sup>289</sup> W. Brown, *Les Habits neufs de la politique mondiale. Néolibéralisme et néoconservatisme*, Les Prairies ordinaires, 2007 ; *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, MIT Press, Zone Books, 2015.

<sup>290</sup> Ch. Laval, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007 ; P. Dardot et Ch. Laval, *La Nouvelle Raison du monde. Essai sur la société libérale*, Paris, La Découverte, 2008 ; P. Dardot et Ch. Laval, *Ce Cauchemar qui n'en finit pas : Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, La Découverte, 2016.

<sup>291</sup> Tous ces auteurs, dont A. Garapon, sont surtout soucieux d'éclairer les rapports problématiques que la raison néolibérale - cette nouvelle « *raison-monde* » qui s'impose à toutes les relations sociales - entretient avec la démocratie, envisageant le néolibéralisme comme une dangereuse attaque contre les idées et les pratiques démocratiques.

<sup>292</sup> *Op. cit.*, p. 15, 259-260.

souveraineté : il deviendrait à son tour hégémonique, imposant une approche instrumentale des rapports sociaux et de l'action politique, au-delà de toute finalité politique. Il déborde le domaine du commerce des biens pour devenir un mode de gestion de toutes les relations humaines et sociales. La conception néolibérale de la société et du rôle de l'État ne se réduit pas à une pure idéologie, mais s'impose comme une rationalité totalisante, allant jusqu'à fournir un nouveau mode de subjectivation qui exige de chacun d'apprendre à gérer ses relations et ses conflits.

Comme le résume Marcel Gauchet, la société toute entière devient une « *société de marché* », où l'intérêt général est conçu comme la résultante d'un ajustement automatique *a posteriori* de la libre expression des intérêts particuliers<sup>293</sup>. Deux grands fondements théoriques sous-tendent cette emprise de la logique du marché sur tous les aspects de la vie en société : l'utilitarisme et le néo-libéralisme.

Avec l'utilitarisme, est prôné un gouvernement par l'utilité et l'efficacité.

Le tournant utilitariste est ainsi illustré par la transition vers un gouvernement de l'utilité, fondé sur la gestion des seuls rapports d'intérêts<sup>294</sup>. Comment gouverner la société, selon quels objectifs et avec quels leviers si les individus qui la composent sont eux-mêmes gouvernés par leur intérêt privé ? Telle est la problématique de la « *gouvernementalité* » utilitariste, dont Jeremy Bentham est l'un des plus éminents penseurs<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> M. Gauchet, *La Religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, coll. « Le débat », 1998, p. 85 sq.

<sup>294</sup> Ainsi, l'influente école du New Public Management, qui s'impose à partir des années 1970 et dont les principes s'enracinent dans la doctrine utilitariste, incite à placer la logique entrepreneuriale au fondement du gouvernement de la société pour maximiser l'efficacité de l'action publique.

<sup>295</sup> M. Foucault, *op. cit.* ; J. Hurtado, "Jeremy Bentham and Gary Becker : Utilitarianism and Economic Imperialism", *Journal of the History of Economic Thought*, Volume 30, Issue 3, Sept. 2008, p. 335-357.

Dans l'art du gouvernement imaginé par Bentham, l'utilité est le principe organisateur de l'État et de l'action publique<sup>296</sup>. Bentham part de l'observation selon laquelle l'homme suit toujours la voie qui maximise son bonheur pour formuler une norme politique générale : « *le plus grand bonheur pour le plus grand nombre* »<sup>297</sup>. Dès lors, le principe d'utilité est posé comme forme idéale de gouvernement : « *principe qui approuve ou désapprouve toute action en accord avec la tendance à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en question* »<sup>298</sup>. L'utilité doit devenir la seule justification des lois et des institutions, en amont, lesquelles doivent être évaluées selon leur capacité à produire de l'utilité, en aval<sup>299</sup>.

L'utilitarisme conduit à envisager un État « *efficacitaire* », régi par les préceptes d'un « *management scientifique* »<sup>300</sup>. Dans une approche conséquentialiste, seule compte l'évaluation des effets réels que peuvent avoir les règles et les actions. La règle de comptabilité (le calcul des effets) se substitue à la norme absolue pour déterminer le choix de politiques et d'actions<sup>301</sup>. La notion même du juste est ramenée à la notion d'utile. C'est dans ce cadre que Bentham pense le marché comme un « *instrument politique capable de répondre aux objectifs de la société politique* »<sup>302</sup>.

---

<sup>296</sup> J.-P. Cléro, *Bentham, philosophe de l'utilité*, Ellipses, Paris, 2006.

<sup>297</sup> Une expression qu'on trouve déjà chez Cesare Beccaria. Voir collectif, *Le Bonheur du plus grand nombre - Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, 2017.

<sup>298</sup> Voir ch. 1 de : *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780).

<sup>299</sup> Sur les objectifs et les modes d'évaluation du gouvernement, cf. Jeremy Bentham, *First Principles Preparatory to Constitutional Code* (1822), Philip Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1989.

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> Même pour définir le bonheur, Bentham propose une arithmétique fondée sur des critères arithmétiques basés sur l'intensité, la durée, la probabilité, etc. Une approche utilitariste qualitative sera développée par John Stuart Mill.

<sup>302</sup> C. Dardot, P. Laval, 2009, *op. cit.*, p. 105. On trouve une réflexion stimulante de ce basculement du gouvernement par les lois dans la gouvernance par les nombres chez A. Supiot (*La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015).

À la suite notamment des travaux de Gary Becker<sup>303</sup>, le raisonnement économique entend intégrer dans le marché toutes les interactions sociales, dont le droit et la politique. L'économie se revendique comme la « *science des choix humains*<sup>304</sup> » englobant toutes les relations fondées sur l'interaction de décisions et d'actions individuelles, une approche qui s'appuie sur le paradigme de l'*Homo economicus* selon lequel les individus ont un comportement rationnel et cherchent à maximiser leurs intérêts, en participant ainsi à la production d'un bien commun. Progressivement, l'hégémonie du modèle économique va jusqu'à la délégitimation de l'État dans le domaine économique et dans le domaine politique, pour arriver s'agissant des domaines de la justice et du droit, à la délégitimation de la *thesis* (droit public tributaire d'une volonté politique<sup>305</sup>) au profit du *nomos* envisagé par Hayek comme le droit de la liberté.

Dans le domaine économique, l'analyse par le seul prisme de l'économie conduit à une inutilité de l'État et à un ordre spontané entre les hommes en raison de la nécessité d'une bonne gestion de leurs intérêts. Cette pensée a été exprimée à différents degrés par des auteurs fondateurs des analyses contemporaines :

- l'idée d'auto-organisation par convergence spontanée des intérêts privés est tout particulièrement développée dans l'analyse économique, couramment associée à la thèse de la « *main invisible* » élaborée par Adam

---

<sup>303</sup> G. S. Becker, *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957 ; " *Crime and Punishment: An Economic Approach*", *The Journal of Political Economy*, n° 76, 1968, p. 169-217 ; " *The Economic Way of Looking at Life*", Nobel Prize Lecture, 1992.

<sup>304</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Toronto, Brown & Company, 1972, p. 1. Sur l'analyse économique du droit, en français, voir B. Deffains (éd.), *L'Analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, avec une préface de G. Canivet, Paris, Cujas, 2002 ; Th. Kirat, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

<sup>305</sup> F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 3 vol., 1ère éd. en 1973, 1976, 1979.

Smith<sup>306</sup> qui toutefois laisse encore une place à l'action de l'État, appelé à « *régler le mécanisme périodiquement, bien qu'avec une extrême précaution* »<sup>307</sup> ;

- chez Hayek, on retrouve une idée proche dans la théorie de l'ordre social spontané : la coordination se réalise par la libre action des agents, uniquement guidées par l'expérimentation (qui l'emporte chez Hayek sur la raison). Ainsi, les règles naissent de leur efficacité, révélée par l'expérience. L'homme étant fondamentalement ignorant, la sélection des règles de juste conduite suit un processus qui obéit au principe de la survie de ce qui réussit ;
- la théorie de l'État minimal de R. Nozick radicalise la remise en cause du rôle de l'État<sup>308</sup>. L'autorité hiérarchique n'a aucune utilité puisque l'ensemble des relations humaines et sociales sont définies en termes contractuels. La légitimité de l'État se limite à garantir les libertés naturelles des individus (sécurité, propriété) et assure le règlement des contrats, sans plus.

La délégitimation de l'État se retrouve dans le domaine politique. Toujours en lien avec la prégnance du modèle néo-libéral, y émerge une nouvelle figure de l'État, sous la pression de deux grandes difficultés dans le gouvernement des hommes : *la pluralité interne des démocraties* (comment gouverner des sociétés diverses composées d'individus libres ?) *et la mondialisation* (comment accorder des univers hétérogènes,

---

<sup>306</sup> A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations (1776)*, trad. Germain Garnier, préface de Daniel Diatkine, 2 vol., Paris, Garnier-Flammarion, 1991.

<sup>307</sup> C. Dardot, P. Laval, *op. cit.*, 2009, p. 39.

<sup>308</sup> R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.



des cultures qui ne sont pas nécessairement compatibles en tout point, des pays d'un niveau de développement inégal ?).

Plusieurs auteurs, dans le sillage notamment de James M. Buchanan et Gordon Tullock<sup>309</sup>, fondateurs de l'École du *Public Choice*, promeuvent la régulation par le marché et l'extension des relations d'échange au détriment des relations de commandement<sup>310</sup>. L'intérêt s'impose comme le grand moteur de la vie en société, l'emportant sur la crainte, la raison, le sens civique... Le marché devient le substitut du contrat social : « *Aux figures formelles et hiérarchiques de l'autorité et du commandement, le marché oppose la possibilité d'un type d'organisation et de prise de décision largement dissocié de toute forme d'autorité*<sup>311</sup> ». L'importance des relations sociales horizontales et concrètes est encore une fois affirmée.

Dans cette approche, l'État n'est plus une instance tutélaire, mais « *le point de rencontre entre des manières de diriger les hommes et des procédures par lesquelles ils se dirigent eux-mêmes* »<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Notamment : J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

<sup>310</sup> Il n'y aurait pas de fins spécifiquement politiques et le marché pourrait produire des biens traditionnellement fournis par l'État. Le politique serait un résidu des temps où les hommes ne savaient pas coopérer mais seulement combattre par la force. Cette hyper-valorisation de l'économie introduit une concurrence entre l'économie et la politique pour régir l'ensemble des relations sociales : deux personnes qui interagissent seraient soit en situation d'échange, soit dans des rapports de force.

<sup>311</sup> P. Rosanvallon, *Le Capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, coll. « Points », 1979, 3<sup>e</sup> éd., 1999, p. IV.

<sup>312</sup> M. Foessel, 2010, *op. cit.*, p. 37. C'est ainsi que le recul de la puissance-majesté de l'État peut aller de pair avec un élargissement potentiel de sa fonction, l'État s'imposant comme l'instance chargée d'assurer « *la compossibilité et l'intégration de ces différentes demandes, légitimées chacune par leur irréductibilité singulière* » (M. Gauchet, *La Religion...*, *op. cit.*, p. 84, 79).

L'ordre spontané du marché a des prétentions politiques voire morales : pacifier les rapports humains, obtenir par l'intérêt ce que l'État prétendait atteindre par la force et organiser la coexistence humaine de la manière la plus efficace et la plus paisible<sup>313</sup>.

*In fine*, il s'agit de la promotion d'une nouvelle raison politique sans finalité politique, où l'objectif de maximisation des avantages l'emporte sur toute finalité de surplomb<sup>314</sup>.

Quelle forme prend la délégitimation de l'État dans les domaines de la justice et du droit qui, eux aussi, « miment » le marché<sup>315</sup> ? Ici, la délégitimation est celle d'une délégitimation de la *thesis* au profit du *nomos*, au service de l'efficacité.

Le droit aurait surtout pour vocation de permettre à l'individu de s'orienter et de poursuivre des fins qui lui sont propres. Il ne prend plus la forme d'un commandement venu d'en haut mais d'un choix guidé par la raison, qui trouve son efficacité dans l'intérêt des acteurs qu'il mobilise.

Pour reprendre les termes de Hayek, on assiste au triomphe du *nomos* (droit privé contractuel fondé sur l'échange) sur la *thesis* (droit public tributaire d'une volonté politique)<sup>316</sup>. Hayek envisage le *nomos* comme le droit de la liberté : un corps vivant qui ne cesse d'évoluer puisque, à l'instar des lois du marché, ses règles se définissent en réponse aux nécessités de l'évolution des sociétés humaines. Le *nomos* se justifie par son utilité pratique, investi d'une double mission : « rendre les gens plus efficaces

---

<sup>313</sup> A. Garapon, *op. cit.*

<sup>314</sup> Comme le notait M. Foucault, l'économie est une « discipline athée ». *Naissance...*, *op. cit.*, p. 285-286.

<sup>315</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.* ; *The Economics of Justice*, Harvard UP, 1981, notamment le chapitre "Justice and Efficiency".

<sup>316</sup> F. Hayek, *op. cit.*

*dans la poursuite de leurs objectifs ; maintenir un ordre permanent des actions*<sup>317</sup> ». C'est ainsi que le marché devient un modèle pour la justice, lorsqu'elle se confond avec ce qui est économiquement efficace<sup>318</sup>. L'efficience est à la base du droit et elle est atteinte par les juges qui, consciemment ou non, sélectionnent les règles juridiques qui produisent des résultats efficaces<sup>319</sup>.

Suivant les travaux de Ronald Coase<sup>320</sup>, l'analyse économique du droit envisage le procès comme simple révélateur de l'échec de la coopération. La justice contractuelle est privilégiée et le procès est à éviter au profit de l'arrangement (solution coopérative), permettant de dégager un surplus par rapport au jugement (solution non coopérative). Les agents rationnels ont tout intérêt à se répartir ce surplus pour réaliser des gains mutuellement bénéfiques<sup>321</sup>.

La libre négociation fait émerger la solution juridique économiquement la plus efficace. Le critère d'efficacité n'est pas prédéterminé, mais procédural : « *l'efficience d'un échange ne se mesure qu'à la volonté des parties de s'accorder, elles seules étant capables d'en évaluer l'intérêt*<sup>322</sup> ».

C'est dans cet esprit que le droit devient « *pragmatique* » et « *flexible* »<sup>323</sup>. Mais l'État ne disparaît pas pour autant : il se transforme, en particulier pour rendre son

---

<sup>317</sup> V. Valentin, *Les Conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, coll. « Corpus essais », 2002, préface de J. Chevallier, p. 82.

<sup>318</sup> Voir collectif *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2005, p. 19-32.

<sup>319</sup> *Economic Analysis of Law*, 1<sup>ère</sup> éd., 1973.

<sup>320</sup> R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

<sup>321</sup> Pour une analyse approfondie, voir B. Deffains, « *Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un système de droit efficace ?* » *Gaz. Pal.*, 2015, n° 242, p. 22-34.

<sup>322</sup> V. Valentin, *op. cit.*, p. 29.

<sup>323</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1971, p. 11.

intervention plus performante<sup>324</sup>. Selon Vincent Valentin, nous assistons à une revalorisation de l'État (le « *mieux État* » plutôt que le « *moins d'État* »).

### 3.1.2. Les MARC pour faire l'économie du procès

L'analyse purement économique propose de considérer la justice comme un produit et, à ce titre, voit dans les MARC un moyen de faire l'économie d'un procès. Sur le « *marché de la justice*<sup>325</sup> », le jeu de l'offre et de la demande génère des flux qu'il est de plus en plus difficile de maîtriser (problèmes de judiciarisation croissante, d'allongement des délais de résolution des litiges, d'encombrement des tribunaux).

La même approche économique a proposé une approche quantitative de l'offre de justice. Au tout début des années 2000, Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes et Shleifer<sup>326</sup> ont élaboré une toute première méthode de mesure de l'efficacité de la procédure civile<sup>327</sup>. Les auteurs s'intéressent en particulier au « *formalisme procédural* » dans le règlement des litiges, qu'ils mesurent sur la base d'un « *indice de formalisme procédural* » élaboré à partir de plus de cinquante variables institutionnelles<sup>328</sup>. Les auteurs, qui concluent que le formalisme procédural est plus

---

<sup>324</sup> M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, coll. « La librairie du XXe siècle », 1994.

<sup>325</sup> B. Deffains et M. Doriat Duban, « *Équilibre et régulation du marché de la justice. Délais versus prix* », *Revue économique*, vol. 52, n° 5, 2001, p. 949-974.

<sup>326</sup> S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, « *Courts* », *Quarterly Journal of Economics*, 118 (3), 2003, p. 453-517. Étude économétrique dans 109 pays analysant l'efficacité des divers systèmes judiciaires pour mettre en évidence leurs limites.

<sup>327</sup> Th. Kirat, « *Des systèmes juridiques aux performances économiques : que mesurent les indicateurs des systèmes juridiques ?* », 2006, 25 p.,

<https://www.u-picardie.fr/CRIISEA/actu/fichiers/a15.pdf>.

<sup>328</sup> Organisation judiciaire (juge professionnel ou non professionnel, représentation par un avocat obligatoire ou non...), actions et demandes (motivation juridique de la demande exigée ou non), traitement du litige (conciliation préalable obligatoire ou non, durée du procès, durée d'obtention du jugement...), coût de la justice et aide juridictionnelle (règle du « *perdant paye* » ou non, réglementation des montants des honoraires des avocats ou non...).

accentué dans les pays de droit civil que dans ceux de *common law*, associent le formalisme à une durée plus longue des procédures judiciaires, à moins de cohérence (*consistency*) et à moins d'équité (*fairness*) dans les décisions judiciaires.

L'approche économique a conclu à l'efficacité des MARC :

« de nombreuses réformes engagées par les autorités judiciaires semblent justifiées par des raisons d'efficacité et de réduction des délais judiciaires. Ainsi en est-il du développement de nouvelles méthodes de résolution des contentieux regroupées sous le titre de Modes alternatifs de résolution des litiges dont la finalité est de faire intervenir la solution du litige aussi en amont que possible<sup>329</sup> ».

Dans cette dernière acception, le rôle du juge reste important pour assurer l'efficacité des MARC. La justice est un « *bien de confiance* »<sup>330</sup>, les MARC élargissant le périmètre de la mission non contentieuse du juge au travers du rôle qu'il joue dans la production de la confiance.

L'approche économique peut aussi être à l'origine de la redéfinition de la mission du juge et de la justice. Il s'agit de recentrer l'institution judiciaire sur les seules questions nécessitant l'autorité du juge afin de lui redonner sa fonction initiale de *juris*

---

<sup>329</sup> B. Deffains et M. Doriat Duban, *op. cit.*, réf. p. 950. Voir également B. Deffains, « *Le temps de la justice : analyse économique de la durée des litiges selon leur mode de règlement* », dans T. Kirat et E. Serverin (éd.), *Le Droit dans l'action économique*, Paris, Éditions du CNRS, 2000, p. 79-110 ; B. Deffains, « *L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges* », dans *Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges*, Paris, La Documentation Française, 2002 ; B. Deffains, « *Économie et médiation judiciaire : éléments de réflexion pour un nouveau paradigme* », dans B. Brenneur (dir.), *op. cit.*, p. 309-323 ; B. Deffains, « *Economics of Alternative Dispute Resolution* », dans P. Cecci Dimeglio, B. Brenneur (éd.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits/Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution*, Paris, Larcier, 2015, p. 63-80.

<sup>330</sup> « [L]a médiation apparaît économiquement justifiée dès lors [...qu'elle] favorise la coopération entre les agents et réduit les coûts de transaction. Ce qui est nécessaire est donc que les gens aient confiance dans ce mode de résolution des litiges. [...] La production de confiance passe notamment par le juge dans la mesure où il représente un dispositif de légitimation fondé sur la compétence et la transparence. » B. Deffains, « *Économie et médiation judiciaire* », dans B. Brenneur (dir.), *op. cit.*, p. 321.

*dictio*, de dire le droit. Ces réflexions débouchent sur l'élaboration d'une hiérarchie des affaires.

Dans un essai influent, le sociologue et philosophe allemand Hartmut Rosa montre que dans l'histoire moderne, il existe une dialectique entre des forces d'accélération et l'évolution des institutions dont certaines sont vouées à dépérir dès lors qu'elles deviennent un frein aux premières<sup>331</sup>. L'obsession du temps juridique<sup>332</sup> s'inscrit dans cet impératif global d'adaptation des institutions aux forces de l'accélération, sous le poids notamment de la pression internationale. Ainsi, la France a été condamnée à plusieurs reprises par la CEDH pour « *durée déraisonnable* » des procédures, en violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, avec des conséquences en termes d'image comme de charges pour le budget de l'État<sup>333</sup>. La France occupe une position médiocre dans le classement « *Doing Business* » de la Banque mondiale, défini comme un instrument d'évaluation et de comparaison des cadres réglementaires applicables aux entreprises (dont l'économie des procédures judiciaires : nombre de procédures, délais et coûts<sup>334</sup>),

---

<sup>331</sup> H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, coll. « Théorie critique », 2010.

<sup>332</sup> P. Gerard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *L'Accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000 ; J. Normand, « *Les facteurs d'accélération de la procédure civile* », dans *Mélanges P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 427-438.

<sup>333</sup> Cf. CEDH 25 fév. 1993, Dobbertin c. France, n° 13089/87, § 44; D. 1993.384, obs. J.-F. Renucci ; CEDH 8 févr. 2018, Goetschy c. France, req. n° 63323/12.

<sup>334</sup> Le rôle des délais judiciaires est particulièrement important. En effet, l'analyse économique pose que le « *bien* » justice produit par les tribunaux est un bien public répondant aux conditions de non-rivalité et de non-exclusion. Ainsi, le service de la justice (résolution des différends, production de jurisprudence) est fourni par l'État, garant de la qualité des jugements, de l'impartialité et de l'application des décisions. Les tarifs du service de justice sont contrôlés et la concurrence entre les tribunaux est faible. Dès lors, l'ajustement entre l'offre et la demande s'opère par l'intermédiaire des délais judiciaires plutôt que par les coûts d'accès aux tribunaux (voir les travaux précités de B. Deffains). Comment éviter que la course contre le temps de la procédure conduise à une « *course vers la bas* » (Horatia Muir Watt, « *La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé* »,

visant à encourager la concurrence entre les pays pour mettre en place une réglementation des affaires efficace<sup>335</sup>.

---

[https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/conference\\_18\\_09\\_06/18-09-06\\_muir-watt.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/conference_18_09_06/18-09-06_muir-watt.pdf) ; H. Muir Watt, D. Fairgrieve, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris PUF, 2006) ? Comment raisonner en termes de demande et d'offre de justice sans violer le principe du droit au juge (Rapport établi par un groupe d'experts présidé par J.-P. Jean, « *Systèmes judiciaires européens : efficacité et qualité* », *Les Études de la CEPEJ*, éditions du Conseil de l'Europe, n° 18, septembre 2012) ? En France, le terme de célérité est préféré à celui de rapidité pour connoter ce souci qualitatif (J.-C., Magendie, *Célérité et qualité de la justice*, *op. cit.*, p. 19 : « la célérité n'est qu'un élément parmi d'autres qui favorise une justice de qualité. Elle n'est pas une valeur en soi ; elle ne constitue pas un objectif en soi. » Voir également : D. Cholet, *La Célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006). L'accélération ne vaut que dans la mesure où elle est un gage de qualité. On peut même dire que la célérité est en tant que telle une composante de la qualité (S. Amrani-Mekki, « *Le principe de célérité* », *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008/1, p. 43-53 ; « *Analyse économique et temps du procès* », dans D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, LGDJ, 2010, p. 249 et suiv.), car le non-respect du délai raisonnable des procédures équivaut à un déni de justice (TGI, Paris, 6 juillet 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, p. 37, n. Petit (S.) ; *J.C.P.*, 1994, I, 3805, n° 2, obs. Cadiet (L.) : « *Dr. et Patrimoine* », 1995, p. 9, n. Vaissere (F. de la). Voir M.-A. Frison-Roche, « *La responsabilité des magistrats, l'évolution d'une idée* », *JCP*, 1999, I, 174, spéc. n° 67 ; « *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge* », *J.-Cl. Civil*, art 4.11.1996, spéc. n° 24 : « *La première hypothèse de déni de justice concerne les décisions de justice qui sont rendues si tardivement qu'elles en perdent leur sens.* »). Dans un même souci, les institutions européennes promeuvent la notion de « *temps optimal et prévisible* », comme en témoignent les travaux de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) (CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*, Programme-cadre, Strasbourg, 13 septembre 2005 ; « *Lignes directrices révisées du Centre de pilotage Saturne pour la gestion du temps judiciaire (2nde révision)* », CEPEJ, Strasbourg, le 12 décembre 2014) qui notent, entre autres, que les justiciables ont autant besoin d'une prévisibilité des procédures que d'un délai optimal dans le traitement de leurs affaires. Il ne s'agit pas ici de s'attarder sur les divers autres problèmes qui se posent au sujet de l'évaluation de la justice. La CEPEJ a établi des critères pour évaluer les délais de procédure (« *Checklist d'indicateurs pour l'analyse des délais de procédure dans le système judiciaire* », adoptée par la CEPEJ lors de sa 6<sup>e</sup> réunion plénière, Strasbourg, 7-9 décembre 2005), mais comment tenir compte de variables « molles », tout particulièrement le sentiment que justice a été rendue ? Il suffit de conclure, en reprenant cette réflexion de J.-M. Coulon, sur la complexité des enjeux temporels, en lien avec la thématique de l'efficacité de la justice : « *Le temps devient pour le juge la recherche du mariage de quatre logiques estimables, mais par essence peu compatibles : la logique judiciaire du plaideur, la logique économique de l'auxiliaire de justice, la logique juridique du juge et la logique d'administration judiciaire du gestionnaire.* » (J.-M. Coulon, « *Les solutions relatives à l'office du juge* », dans J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le Temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 59).

<sup>335</sup> M.-A. Frison-Roche, « *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit* », dans G. Canivet et al., *op. cit.*, p. 19-32.

L'infrastructure économique n'est sans doute pas étrangère au développement de certaines institutions de sorte que l'analyse par le prisme économique méritait d'être présentée. Cependant, comme nous nous efforcerons de le démontrer, l'analyse économique :

- est insuffisante pour expliquer le mouvement qui se produit dans l'esprit même des juges et des juridictions ;
- ne se substitue pas à l'analyse juridique de la technique juridique par laquelle, en pratique, les juges fondent leur repli.

Ainsi, l'analyse économique ne peut suffire.

Globalement, il s'agit d'une analyse devenue classique qui consiste systématiquement à considérer que toute institution, toute valeur, ne sont que le produit exclusif du système économique, sans admettre ni prendre en considération l'effet que la pensée, la raison et l'idéologie - influencées par d'autres sources que l'économie - peuvent avoir sur les institutions et sur le mode économique lui-même. En fait, l'analyse qui tend à tout expliquer par le mode économique est une analyse exclusivement matérialiste ou positiviste, dont les limites ont été démontrées par des matérialistes eux-mêmes qui, comme Marx, ont été contraints de la compléter par le concept de « *dialectique* » permettant d'englober l'effet de l'idéologie sur les institutions.

En outre, l'auteur ne relève pas que la concurrence introduite dans ce domaine qui fut le monopole de l'État finit par favoriser l'affirmation de nouveaux pouvoirs qui assument le service de règlement des conflits. La délégation du service de règlement des conflits ne peut que conférer un pouvoir politique aux MARC, si l'on suit la démonstration qui précède sur la primauté de la justice sur le politique dans l'histoire.



La thèse de la justice managériale, amenée par la raison néolibérale, bénéficie d'une large adhésion. Cependant, est-il juste de ramener la rétractation de l'État de sa *jurisdictio* à une logique purement économique ? Le souci de rationalisation épuise-t-il le sens des transformations en cours ? Doit-on se contenter de valider la primauté des raisons utilitaristes mises en avant par l'approche néolibérale ou chercher des raisons idéologiques, sociales et politiques plus profondes et diverses à ce changement de paradigme ?

Certaines voix s'élèvent contre cette approche « *efficacitaire* » et appellent à mieux tenir compte du rôle apaisant des procédés déjudiciarisés pour éviter « *une déjudiciarisation plus opportuniste qu'opportune* »<sup>336</sup>. De plus, force est de constater que la déjudiciarisation ne répond pas toujours à l'objectif même d'économie budgétaire, puisqu'elle entraîne de nouveaux coûts telle que l'augmentation de l'aide juridictionnelle dans le divorce devant notaire.

L'hypothèse privilégiée dans cette thèse est que les sources de ce mouvement sont multiples mais convergentes, cette convergence même faisant leur force et les rendant irrésistibles. Ces influences convergentes sous-tendent le changement de société qui s'est opéré depuis les années 1970.

Dès lors, chacune des grandes sources d'influence qui a conduit à l'institution, à la protection et à la promotion des MARC doit être étudiée pour mesurer l'importance de chacune d'entre elles ainsi que la force que la convergence des sources d'influence confère au mouvement de déjudiciarisation.

---

<sup>336</sup> Cf. *Dalloz actualité*, 14 mai 2018, art. P. Januel.

L'analyse qui suit se veut une critique de l'hégémonie explicative du modèle économique :

- sur la base de l'analyse de lexicologie statistique des débats législatifs, il s'agira de questionner la validité de la primauté de la raison néolibérale ;
- la mobilisation d'autres raisons de fond, dont des raisons idéelles, permettra ensuite de révéler ce qui anime réellement l'État dans la rétractation ou le repli de sa *jurisdictio*, bien au-delà des raisons utilitaristes.

### 3.2. Démonstration de l'insuffisance de l'explication exclusivement économique par l'analyse de lexicologie statistique

Pour mettre à l'épreuve la thèse selon laquelle l'efficacité et l'économie expliqueraient l'ampleur prise par la médiation, une méthode originale, basée sur l'analyse de lexicologie statistique, sera utilisée. Il s'agit, par cette méthode, qui sera appliquée à la loi 95-125 du 8 février 1995<sup>337</sup> et au décret 96-652 du 22 juillet 1996<sup>338</sup> relatifs à la médiation judiciaire, de faire ressortir les intentions réelles du législateur au moment où il a légiféré.

Après une explication de la méthode (3.2.1.) et de la démarche (3.2.2.), les résultats obtenus seront présentés (3.2.3.).

---

<sup>337</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°0034 du 9 février 1995, p. 2175.

<sup>338</sup> Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, JORF n°170 du 23 juillet 1996, p. 11125.

### 3.2.1. La méthode

Partant de l'hypothèse selon laquelle il existerait une stratégie des mots (3.2.1-1), il s'agira d'appliquer la lexicologie statistique aux textes instituant la médiation judiciaire (3.2.1-2) avant de faire une brève présentation de la statistique lexicale (3.2.1-3).

#### 3.2.1-1 La stratégie des mots

Cette méthode part de l'hypothèse selon laquelle l'importance des mots irait au-delà de la seule phrase ou du seul discours. Par lui-même, chaque mot peut avoir une capacité à provoquer des rapprochements et des associations avec d'autres mots, avec des sentiments attachés à ce mot, ou encore avec la subjectivité du locuteur ou de l'auditeur.

Ainsi, l'utilisation des mots « *mère* » ou « *fille* », non seulement, entraîne immédiatement une compréhension intellectuelle du sens de ces mots, mais déclenche, en outre, un rapport associatif avec toute une série de concepts et de sentiments que chacun attache subjectivement à ces mots pris en eux-mêmes et indépendamment du sens de la phrase.

À titre d'exemple, en droit des sociétés, lorsque l'on parle de société-mère et de sociétés-filles à propos d'un groupe, on comprend intellectuellement que dans l'organigramme capitalistique une société émane de l'autre et que le contrôle de la première sur la seconde s'impose juridiquement. Parallèlement, les deux mots

déclenchent un rapport associatif dans la sphère des sentiments qui provoque un *a priori* de légitimité aux aides que la première peut ou doit apporter à la seconde<sup>339</sup>.

Dans un autre domaine, celui de la littérature, une part essentielle de la réception de la poésie consiste dans les rapprochements associatifs et les évocations sentimentales déclenchées par des mots savamment choisis pour aller au-delà des choses ou des concepts qu'ils désignent par eux-mêmes. Ainsi, lorsqu'un mot volontairement choisi est exprimé, il peut dévoiler non seulement le référentiel du locuteur, mais aussi sa stratégie rhétorique ou le sentiment qu'il entend provoquer pour convaincre.

Ces observations et déductions peuvent-elles faire l'objet d'études scientifiques ? Par définition, le sentiment et, plus encore, les stimuli du sentiment ne sauraient être mesurés. En revanche, l'hypothèse d'un rapport entre les mots et la sentimentalité propre attachée à chaque mot est vraisemblable. Lorsqu'il convient de convaincre, le choix des mots doit être minutieusement pesé et à chaque fois que le discours est convaincant, les mots faisant référence à un type de sentiments sont mobilisés.

Quelles sont les spécificités de l'étude stratégique des mots, laquelle se distingue par son objet et son approche d'autres approches axées sur l'analyse des mots, telles que la linguistique, la psychanalyse ou encore la légistique ?

---

<sup>339</sup> D'où cette difficulté à comprendre les restrictions juridiques complexes que le droit impose dans les relations d'aide qu'une société-mère est légalement autorisée à apporter à sa société-fille, également appelée filiale.

La linguistique a pour objet d'étude « *la langue en elle-même et pour elle-même* », le langage en tant que tel : un système de signes conventionnels exprimant des idées<sup>340</sup>. Cette science passe par la description du langage<sup>341</sup>.

La linguistique étudie ainsi les mots en tant que traduction phonique des concepts et se penche sur le lien arbitraire entre le signifiant et le signifié<sup>342</sup>. Elle aborde bien la notion de « *rappports associatifs*<sup>343</sup> », mais il s'agit de rapports entre les termes qui se regroupent, indépendamment de leur sens, en particulier en raison de leur radical commun (par exemple « *enseignant/enseigner* »), ou en raison de l'identité de suffixe quel que soit le sens des mots (par exemple « *enseignement/armement/changement* ») ou encore en raison de la proximité de l'« *image acoustique* » des termes (par exemple « *enseignement/justement* »).

Par comparaison, les rapports associatifs que tente d'appréhender l'analyse stratégique des mots concernent les évocations sentimentales et subjectives que provoquent les mots. Cette approche ouvre son champ d'action après que le langage ait été maîtrisé. Elle se penche sur le vécu lié à l'acquisition du langage et l'association de ce processus d'apprentissage à l'expérience des sentiments.

Quant à l'étude psychanalytique, elle a souvent pour objet les mots, mais elle s'intéresse aux mots prononcés involontairement et qui sont, à ce titre, révélateurs de désirs enfouis dans l'inconscient du locuteur et donc ignorés du locuteur lui-même (par exemple, le lapsus).

---

<sup>340</sup> F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 2005.

<sup>341</sup> Au travers de l'étude du fonctionnement de sa structure et de la comparaison des langues à l'échelle synchronique ou diachronique.

<sup>342</sup> *Ibid.*, n° 135, p. 100.

<sup>343</sup> *Ibid.*, n° 252, p. 173.

L'étude de la stratégie des mots, au contraire, s'intéresse aux mots choisis par le locuteur qui verbalise consciemment un discours construit et réfléchi. Elle ne révèle pas l'âme humaine, mais permet d'appréhender, en abordant les mots comme autant d'« *ingrédients* » de la rhétorique :

- soit le choix politique de l'argument de celui qui s'exprime ;
- soit l'association d'idées ou de sentiments qui ont pu être provoqués pour convaincre ;
- soit le mot le plus judicieux pour qu'une idée soit perçue avant d'être comprise.

Enfin, la légistique a un objet proche qu'il est utile d'intégrer à l'analyse. Elle se définit comme « *l'art de légiférer* » : « *c'est-à-dire l'art d'écrire, d'élaborer, de faire appliquer. Plus encore, c'est l'art de mieux légiférer*<sup>344</sup>. » La légistique entend contribuer à une meilleure rédaction des textes législatifs. Elle étudie la qualité rédactionnelle et l'encadrement du processus d'élaboration des textes : une démarche qui s'est consolidée dans le courant des années 1990, lorsqu'une perte d'effectivité des règles de droit - mal rédigées, fluctuantes, proliférantes - a été constatée.

### 3.2.1-2 La lexicologie statistique appliquée aux textes instituant la médiation judiciaire

La loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret 96-652 du 22 juillet 1996 ont

---

<sup>344</sup> K. Gilbert, « *L'art de la légistique* », *Gaz. Pal.*, n° 6 à 7 des 6-7 janvier 2010.

précisé les conditions d'application de la médiation judiciaire, lesquelles figurent aux articles 131-1 à 131-15 du CPC.

Cette loi n°95-125 précitée a fait l'objet de débats à l'Assemblée nationale (6 juillet 1994, 21 novembre 1994 et 22 décembre 1994) et au Sénat (18, 19 et 20 octobre 1994 ainsi que 12, 13 et 22 décembre 1994).

Il s'est agi de concevoir et d'entreprendre une étude statistique des mots employés durant ces débats afin de saisir les motivations profondes qui ont animé les auteurs de cette loi. Quelles étaient les intentions du législateur ? Cherchait-t-il à pallier la lenteur et l'engorgement des tribunaux ou à développer, pour d'autres raisons, les alternatives au jugement ? Entendait-il substituer une relation gagnant/gagnant à une relation gagnant/vaincu ? Exprimait-il une volonté de rétablir une communication entre les deux parties, de permettre de renouer un dialogue rompu ou encore de faciliter la recherche de solutions voulues et non plus imposées ?

L'analyse des mots doit permettre d'apporter des réponses à ces questions dès lors qu'est admise l'hypothèse selon laquelle, considérés en eux-mêmes et individuellement, les mots désignent l'objet traité bien plus fidèlement que ne le fait le sens global des phrases.

### 3.2.1-3 La méthode de la statistique lexicale

Charles Muller est le précurseur de la méthode de la statistique lexicale qu'il élabore à la fin des années 1950<sup>345</sup> en appliquant des opérations statistiques, plus précisément des procédés de calcul, à des faits de langue ou de style. La collaboration

---

<sup>345</sup> *Initiation aux méthodes de statistique lexicale*, Paris, Champion, coll. « Unichamp » ; En hommage à Charles Muller, *Méthodes quantitatives et informatiques dans l'étude des textes*, Paris, Slatkine-Champion, 1986.

entre les mathématiques et la linguistique produit des données statistiques qui sont ensuite interprétées par le linguiste dans son analyse de texte.

Les textes réunis pour être soumis à l'analyse constituent un corpus à l'intérieur duquel il est possible de quantifier et d'étudier certains faits qui peuvent être d'ordre lexical, syntaxique, etc. L'unité de mesure de base est le plus souvent le « *mot* » graphique, dont le nombre d'occurrences est quantifié.

Parmi d'autres, le statisticien français Jean-Paul Benzecri<sup>346</sup> a également développé des outils statistiques au service notamment de l'analyse factorielle des correspondances ainsi qu'une méthode destinée à enrichir la recherche du sens, en partant du postulat que « *le sens littéral peut ne pas suffire* ».

### 3.2.2. La démarche

À partir des diverses approches qui viennent d'être présentées, il s'est agi de développer la méthode de la statistique lexicale, laquelle a été d'abord appliquée dans un premier temps à la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Ce travail, qui a été publié dans la rubrique « *Doctrine* » de la *Gazette du Palais*<sup>347</sup>, partait de l'hypothèse suivante :

*« Pour appréhender la pensée réelle du législateur, il convient effectivement d'aller au-delà du sens des phrases jusqu'à rechercher son esprit dans le choix des mots ou la fréquence des mots contenus dans les phrases. L'esprit et le souci réels du législateur qui a produit un texte législatif pourraient alors être mis à nu ».*

---

<sup>346</sup> J.-P. Benzecri est le fondateur de l'école française d'analyse des données dans les années 1960-1990. Voir J.-P. Benzecri et collaborateurs, *Pratique de l'analyse des données*, 5 tomes, Paris, Dunod, 1980-1987.

<sup>347</sup> M.-G. Bouhenic, « *Le législateur pris au mot* », *Gaz. Pal.*, n° 287 à 288 des 14 et 15 octobre 1998.



La loi précitée n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative traite de différents sujets : du statut des magistrats, de la justice, de l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative. Aussi, puisqu'il s'agit ici d'aborder les seuls débats qui portent sur la médiation et, plus généralement, sur les MARD, n'ont été analysés que les passages où il était débattu de la conciliation et de la médiation, à savoir :

- Assemblée nationale, séance du 5 juillet 1994, 3<sup>e</sup> séance (p. 4133 à 4136)
- Assemblée nationale, séance du 21 novembre 1994, 2<sup>e</sup> séance (p. 7263 à 7266)
- Assemblée nationale, séance du 22 décembre 1994, 2<sup>e</sup> séance (p. 9596 à 9600)
- Sénat, séance du 18 octobre 1994 (p. 4394 à 4426 jusqu'à « *Présidence de M. Jean Faure* »).

Pour effectuer cette analyse, un travail préparatoire en plusieurs étapes a été réalisé, consistant à (i) scanner les documents en format PDF ou à les enregistrer en format PDF à partir des archives du site de l'Assemblée nationale ([www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)), (ii) à créer, à partir du fichier PDF, un fichier (texte) interrogeable et réutilisable à l'aide du logiciel ABBYY FineReader v10<sup>348</sup> et (iii) à analyser ce fichier à l'aide d'un logiciel<sup>349</sup> qui permet d'obtenir des données statistiques sur le nombre total des mots d'un texte, le nombre de mots différents utilisés ou encore le nombre d'occurrences d'un mot particulier.

---

<sup>348</sup> Un logiciel de reconnaissance optique des caractères - OCR - permettant de réutiliser un document scanné sans avoir à le saisir à nouveau.

<sup>349</sup> Le logiciel Text Analyzer v1.1.108.

Cette opération de quantification du vocabulaire employé, avec découpage du texte en mots et comptage des mots selon les étapes définies, a permis de produire une liste<sup>350</sup> de mots sous forme de tableau (Excel) comportant la fréquence de chaque mot et un classement des mots dans l'ordre décroissant. Les chiffres baissent alors que la fréquence des mots s'accroît, puisqu'il y a plus de mots employés une fois que de mots employés deux fois et ainsi de suite.

Ensuite, le vocabulaire a été regroupé autour de diverses occurrences<sup>351</sup> : six occurrences au total, dont une occurrence « *divers* » et une occurrence « *mots éliminés* ».

1. Efficacité économique
2. Critères subjectifs
3. Procédure
4. Organes et autorités judiciaires et étatiques
5. Divers
6. Mots éliminés.

L'attention s'est tout particulièrement portée sur les deux premières occurrences – « *efficacité économique* » et « *critères subjectifs* » - révélatrices de la volonté réelle du législateur. L'occurrence « *procédure* » est parfaitement logique dans un texte relatif à une loi et il a été opté pour une occurrence spécifique concernant les

---

<sup>350</sup> Il est à noter que les différentes formes d'un même mot n'ont pas été regroupées dans cette liste (par exemple « *article* » et « *articles* » apparaîtront, ainsi que les différentes formes d'un verbe : « *avaient* » et « *ayons* » ne seront pas réunis sous le mot « *avoir* »).

<sup>351</sup> Des regroupements d'expressions ou de mots ayant pour objet de désigner les concepts assimilables.

« *organes* » et les « *autorités* » judiciaires et étatiques afin de les distinguer de la procédure.

Enfin, de nombreux mots ont été éliminés, ne présentant pas d'intérêt dans cette étude comme les articles, pronoms, conjonctions de coordination et noms propres, ou encore de nombreux verbes.

Ainsi, ont été regroupés comme suit les occurrences et concepts associés :

Première occurrence : Efficacité économique

Y sont regroupés tous les mots ayant trait au temps et au coût<sup>352</sup>.

Deuxième occurrence : Critères subjectifs

Dans cette occurrence, ont été décomptés tous les mots ayant trait à des valeurs morales ou éthiques<sup>353</sup>.

Troisième occurrence : Procédure

Les termes liés à la procédure<sup>354</sup> sont prépondérants.

---

<sup>352</sup> Exemples : durée, moment, délai, gratuité, montant, coût, frais, lenteur, budgétaire, année, travail, temps, passé, présent, francs, rémunération, millions, revenu, économie...

<sup>353</sup> Exemples : confiance, sentiment, esprit, paix, juste, échec, bien, relatif, qualité, égard, intérêt, raison, possible, sens, mal, mérite, difficile, sûr, important, volonté, meilleure, conscience, foi...

<sup>354</sup> Exemples : jugement, rôle, amendement, collégialité, instance, médiation, sanction, article, juridique, loi, palais, instruction, parties, ordonnance, parquet, pénale, constitutionnelle, autorité, réglementaire, infraction, condamnation, jugés, disposition, appel, cassation, rapport, droit, recours, alinéa, civile, procès, instance, contentieux, prétorienne, arbitre...

#### Quatrième occurrence : Organes, autorités

Une occurrence spécifique créée pour distinguer les organes et les autorités de la procédure<sup>355</sup>.

#### Cinquième occurrence : Divers

Y figurent les verbes sous leurs différentes formes et les divers mots qui ne sont pas pertinents pour cette analyse<sup>356</sup>.

#### Sixième occurrence : Mots éliminés

Tous les articles, prépositions, conjonctions, pronoms, noms propres, chiffres non pertinents et verbes non signifiants y ont été classés<sup>357</sup>.

S'agissant du comptage et du classement des mots, la liste sous forme de tableau Excel établit un classement des mots.

À gauche de cette liste de mots figurent six colonnes correspondant aux six occurrences.

Le chiffre 1 est inscrit dans la case correspondant à la colonne dans laquelle le mot doit être compté. Par exemple, l'article « *le* » doit être comptabilisé dans la case au croisement de la ligne du mot « *le* » et de la colonne « *mots éliminés* ». Si cet article

---

<sup>355</sup> Exemples : députés, sénateurs, magistrats, président, juge, rapporteur, greffiers, ministère, substituts, plaideurs, autorité, auteur, gouvernement, institution...

<sup>356</sup> Exemples : population, carrière, transfert, tâche, environ, commun, inutile, relation, l'autre, seul, secret, suivant, individu, catégorie, objet, simple, entreprise, examen, ancien, dénomination, parc, taux, assez, ferme, origine, cause, coups, dérive, demande, santé, chose, électronique, point, exemple...

<sup>357</sup> Exemples : le, les, du, des, ou, leurs, tous, afin, croire, prend, ont, auraient, accompli, dégager, expérimenter, voulons, décider, rencontrent, reconnaître, provoquer, conférer, recevoir...

figure 739 fois dans l'étude, il va donc être comptabilisé 739 fois. Logiquement, cette colonne représente le plus grand nombre de mots.

Ensuite, le nombre de mots de chaque colonne est additionné pour retrouver, en fin de tableau, le total des mots correspondant à chaque occurrence.

### 3.2.3. Les résultats : le sens de l'efficacité que révèle le choix des mots

Est présenté à la page suivante un tableau récapitulant les résultats obtenus. Pour chacun des différents extraits des débats analysés :

- sont d'abord présentés, à la première ligne : le nombre total de mots dudit extrait, suivi, pour chacune des six occurrences, du nombre de mots correspondant à chacune d'entre elles et du pourcentage que ce nombre de mots de chaque occurrence représente dans le nombre total de mots de l'extrait en question ;
- sont présentés, à la seconde ligne, en caractère gras : le nombre total de mots des quatre premières occurrences, suivi du pourcentage, dans ce total, de chacune des quatre premières occurrences, à savoir : efficacité, critères subjectifs, procédure et organes /autorités.

<i>Débats</i>	N° total de mots	Efficacité	Critères subjectifs	Procédure	Organes/ autorités	Divers	Mots éliminés
<i>AN, Séance du 5 juillet 1994, 3<sup>e</sup> séance (p. 4133 à 4136)</i>	2 884	47 (1,63 %)	104 (3,6 %)	452 (15,67 %)	87 (3 %)	215 (7,45 %)	1 979 (68,6 %)
	<b>690</b>	<b>6,8 %</b>	<b>15 %</b>	<b>65,5 %</b>	<b>12,6 %</b>		
<i>AN, Séance du 21 novembre 1994, 2<sup>e</sup> séance (p. 7263 à 7266)</i>	2 945	35 (1,19 %)	96 (3,26 %)	379 (12,87 %)	181 (6,15 %)	339 (11,5 %)	1 915 (65 %)
	<b>691</b>	<b>5 %</b>	<b>13,89 %</b>	<b>54,85 %</b>	<b>26 %</b>		
<i>AN, Séance du 22 décembre 1994, 2<sup>e</sup> séance (p. 9596 à 9600)</i>	3 905	55 (1,40 %)	196 (5 %)	462 (11,98 %)	97 (2,48 %)	622 (15,9 %)	2 473 (63,3 %)
	<b>810</b>	<b>6,79 %</b>	<b>24,19 %</b>	<b>57 %</b>	<b>11,97 %</b>		
<i>Sénat, Séance du 18 octobre 1994 (p. 4394 à 4426)</i>	27 805	586 (2,11 %)	1 051 (3,78 %)	2 423 (8,7 %)	415 (1,49 %)	5 034 (18,1 %)	18 296 (65,8 %)
	<b>6 112</b>	<b>9,59 %</b>	<b>17,19 %</b>	<b>39,64 %</b>	<b>6,79 %</b>		

L'analyse statistique révèle - par le choix du lexique, la fréquence des mots, les mots absents - l'écart entre les objectifs déclarés et l'objet réellement traité par les débats sur le texte de la loi.

À cet égard, la procédure apparaît comme le premier objet de la loi, puisque le nombre le plus élevé d'occurrences est en relation avec des concepts de pure procédure.

Ensuite, il s'avère que les critères subjectifs prédominent systématiquement sur ceux liés à l'efficacité économique de la justice. Le lexique relatif à cette dernière est relativement pauvre et l'occurrence « *efficacité* » est faiblement fournie. En revanche, l'occurrence « *critères subjectifs* », intégrant des valeurs morales ou éthiques, est plus importante, le législateur se référant au besoin de « *restaurer le dialogue* », « *rapprocher les parties* », « *trouver un accord* », « *associer le citoyen à l'œuvre de justice* »...

Cette étude invite à bien définir et à bien cerner la notion d'efficacité, - celle-ci étant polysémique -, avant de pouvoir déterminer si le développement de la médiation et la faveur des institutions pour ce mode de règlement des conflits répond ou non à un impératif d'efficacité.

Il y a ainsi une approche positive de l'efficacité de la médiation, qui met l'accent sur les vertus intrinsèques de la médiation, complémentaire à la procédure de justice. L'efficacité subjective concerne surtout la qualité du jugement et les conditions de son exécution. Les accords transactionnels nés d'une médiation sont plus susceptibles d'être acceptés par les parties, d'être exécutés volontairement, de mettre réellement et durablement fin à un conflit<sup>358</sup>. Il n'est donc pas tant ici question d'efficacité de la justice que de choix de la

---

<sup>358</sup> En matière civile et commerciale, la médiation permet d'aboutir à des accords dans environ 80 % des affaires, des accords exécutés rapidement et sans difficulté. À comparer avec l'exécution des jugements, où l'on enregistre autour de 45 % d'appels en matière civile et 62 % en matière prud'homale : autant de litiges

méthode la plus efficace pour mettre fin à un litige de façon définitive et satisfaisante. La vocation de la médiation n'est pas tant de désengorger les tribunaux mais de transformer la culture du conflit en favorisant les approches collaboratives, mieux acceptées et *in fine* plus justes. En ce sens, l'efficacité se révèle ici être une conséquence de la médiation et non pas une raison du développement de la médiation.

À l'opposé, il y a une approche négative de la notion d'efficacité de la médiation : l'efficacité en cause ici est celle dans laquelle la médiation se substitue à la procédure de justice. C'est la thèse qui conçoit la médiation comme moyen de désengorger les tribunaux ou encore de faire l'économie d'un procès en réglant le litige en amont des procédures juridictionnelles.

On conclut - à la lumière de l'analyse de lexicologie statistique des débats sur le texte de la loi sur la médiation - que cette hypothèse ne se confirme pas.

L'encombrement de la justice n'est pas une nouveauté, mais un débat récurrent. Les arguments qui mobilisent l'économie de la justice pour justifier le développement des MARD sont insuffisants. Pour que l'État favorise les MARD, il faut que la société y adhère. Afin d'identifier les raisons profondes qui font que, dorénavant, l'État entend assurer le maintien de la paix publique par d'autres formes que le jugement, l'analyse doit, par conséquent, aller au-delà des raisons utilitaristes inspirées par le néo-libéralisme, fréquemment avancées.

## **Conclusion du Chapitre 1**

En moins de 30 ans, les MARD ont connu une évolution extraordinaire et ce, quels que soient les aspects selon lesquels peuvent être analysées ou appréciées des institutions juridiques.

---

auxquels l'institution judiciaire n'a pas donné une solution définitive plusieurs années après qu'ils soient survenus (B. Brenneur « *Quand la médiation transforme juges et justice* », dans *Panorama*, *op. cit.*, p. 70-71).



**(i)** Les juridictions étatiques ont accordé une force obligatoire absolue aux clauses contractuelles prévoyant une tentative de MARD préalable.

En effet, au terme d'une évolution allant dans un sens toujours plus favorable aux clauses de MARD, les juridictions étatiques ont fini par considérer que le défaut de respect d'une clause de MARD préalable constituait non seulement une fin de non-recevoir mais surtout que cette fin de recevoir était en outre non régularisable.

Les moyens juridiques par lesquels des parties ont tenté de s'opposer à la qualification de fins de non-recevoir étaient nombreux et sérieux mais la manière par laquelle ils ont été systématiquement rejetés a rendu publiquement patent le fait que les juridictions étatiques entendaient protéger les clauses prévoyant un MARD.

Cette protection systématique de la validité des clauses de MARD a naturellement conduit à en générer une véritable promotion, les parties, assurées de la validité et de la force des clauses de MARD, n'hésitant plus à en stipuler.

**(ii)** Parallèlement, les juridictions étatiques et les magistrats ont manifesté leur attachement aux MARD au travers d'institutions mises en place pour générer des liens organiques entre les juridictions et les MARD.

De nombreux juges étatiques ont ainsi adhéré à des associations qui se dédiaient officiellement à la promotion des MARD ou encore se sont inscrits à des cycles de formation de médiateurs. Lorsque des listes officielles de médiateurs ont été ouvertes auprès des cours d'appel, la qualification de médiateur a été conçue de manière très libérale par les juridictions elles-mêmes.

**(iii)** La loi n°95-125 du 8 février 1995 a institué la médiation judiciaire, laquelle sans réellement bouleverser des principes de procédure - le sillon de la justice amiable ayant déjà été inauguré par la réforme du code de procédure qui, dès 1975, inscrivait la mission de

conciliation du juge dans les principes directeurs du procès - a donné aux juges un moyen immédiat et pratique de favoriser la recherche de solutions amiables par les parties elles-mêmes. Un pas décisif était alors franchi dont l'importance n'a cessé ensuite d'être amplifiée, notamment lorsque la loi a suspendu la prescription pendant le cours des MARD ou lorsqu'elle a prévu des cas de MARD obligatoires.

Le point central de l'observation de l'évolution des MARD réside dans le fait que leur développement dépend de l'engagement des juges étatiques à leur égard. Or, ces derniers entendent en instituer la primauté, cette primauté des MARD générant mécaniquement, par une relation de cause à effet, une subsidiarité des juridictions étatiques dans le règlement des conflits.

**(iv)** Sur le plan international, le mouvement en faveur des MARD a pris une grande ampleur puisque, sur la même période de 30 ans, la plupart des pays du monde se sont dotés d'une législation instituant des MARD et plus spécialement la médiation judiciaire.

Le cumul des tous ces éléments systématiques, simultanés et internationaux en faveur des MARD constitue un phénomène juridique rare et de grande ampleur, dont l'importance incite tout naturellement à s'interroger sur les sources d'influences desquelles il résulte.

**(v)** Une explication a semblé pouvoir être trouvée dans le système économique néo-libéral dont les MARD seraient le reflet direct et nécessaire.

Cependant, il convient de se demander s'il est réellement possible de réduire l'explication des MARD à une exigence du système économique.

Une analyse approfondie des conditions dans lesquelles la loi a institué la médiation judiciaire a permis de douter de ce que cette institution serait simplement et directement le fruit du modèle économique néo-libéral qui engloberait toute institution et qui la légitimerait par la rationalité exclusive du marché.

**(vi)** C'est pourquoi le chapitre suivant (**Chapitre 2**) sera consacré à l'étude des sources d'influence de la médiation, avec pour objectif, grâce à l'approfondissement et à la compréhension plus complète de ces sources, de mesurer la profondeur sociale de ce phénomène et de concevoir les effets qui pourraient dorénavant s'exercer sur la conduite du règlement des conflits.

## **Chapitre 2. Des courants d'influence convergents qui concourent à l'essor de la médiation**

Comme il a été souligné plus haut, l'explication la plus couramment avancée de l'expansion des MARC ou des MARD est le néolibéralisme.

Mais, dès lors que cette explication, et plus généralement toutes celles qui, pour la plupart, sont surdéterminées par le raisonnement économique, ne peuvent suffire, voire sont remises en cause, il convient de chercher d'autres influences qui ont pu produire cet état de fait.

Pourquoi rechercher toutes les influences ? L'enjeu d'une telle recherche est de parvenir à mesurer le changement sociologique ainsi que sa profondeur. Selon l'importance de ce changement sociologique, il conviendra de prévoir une réorientation de la stratégie de défense, afin qu'elle soit en harmonie avec les institutions nouvelles et l'attente des juges.

Il pourra être constaté que ces différentes sources sont convergentes et que c'est bien cette convergence qui fait leur force et les rend irrésistibles.

Aussi, chacune des influences qui a conduit à l'institution, à la protection et à la promotion des MARD doit être étudiée et ce, pour mesurer tant l'importance respective des unes et des autres que la force qu'elles ont pu acquérir dans leur ensemble dans la psychologie individuelle, dans la forme de la transformation de la société ainsi que dans l'évolution des institutions ayant ainsi dû s'y adapter.

Il s'agira, par conséquent, dans les pages qui suivent, de mobiliser les raisons de fond permettant de révéler ce qui anime réellement l'État dans la rétractation ou le repli de sa *jurisdictio* et ce, bien au-delà des seules raisons néo-libérales et utilitaristes, et de comprendre pourquoi ce repli est en harmonie avec l'attente des justiciables.

Dans le cadre de la recherche des sources d'influence qui favorisent ce phénomène de repli de la *jurisdictio*, notre réflexion consistera :

- à s'interroger sur la relation entre juridicisation et déjudiciarisation et à se demander s'il s'agit de phénomènes autonomes ou interdépendants (**Section 1**) ;
- à rapporter le phénomène du repli de la *jurisdictio* à celui de la pacification des rapports sociaux (**Section 2**) ;
- à identifier les influences idéelles du repli (religions, acteurs, idéologies, maîtres à penser, institutions) (**Section 3**).

### **Section 1. Relation entre juridicisation et déjudiciarisation (phénomènes autonomes ou interdépendants ?)**

Avant même de s'interroger sur les sources qui seraient spécifiques à la médiation, il s'agira ci-après de s'interroger sur un éventuel rapport de causalité entre la juridicisation de la société, avec dans son sillage, la judiciarisation, d'une part, et la déjudiciarisation (dont le développement des MARC dans leur ensemble est une illustration), d'autre part.

Plus spécifiquement, il s'agit de déterminer si le phénomène de la juridicisation et celui de la déjudiciarisation présentent un rapport de cause à effet direct ou indirect ou s'ils doivent être envisagés comme des phénomènes autonomes.

Tandis que la *juridicisation* désigne le rôle toujours plus important qu'acquiert le droit en tant que modèle et référence pratique pour l'action, conduisant à une formalisation juridique accrue des rapports sociaux, la *judiciarisation*, quant à elle, désigne le déplacement d'un conflit dans l'enceinte judiciaire, ce qui le transforme en litige.

Il faut noter que les termes de *judiciarisation* et de *déjudiciarisation* sont souvent exprimés en même temps et dans un même raisonnement comme s'ils représentaient "*la pile et la face*" d'une même pièce, désignant la même réalité. Qu'en est-il vraiment ?

Pour comprendre les rapports entre le couple "*juridicisation/judiciarisation*", d'une part, et, le phénomène de *déjudiciarisation*, d'autre part, ainsi que pour mesurer le phénomène de balancier entre eux, il convient :

- d'étudier en amont les rapports entre *juridicisation* et *judiciarisation* (1.1.) pour, ensuite,
- analyser la *déjudiciarisation* et ses manifestations afin de déterminer si la *déjudiciarisation* constitue une simple réplique à la *judiciarisation* ou si ce phénomène répond à des aspirations plus diverses et plus complexes (1.2. De la *judiciarisation* à la *déjudiciarisation*).

#### 1.1. Les rapports entre *juridicisation* et *judiciarisation*

Avec la *juridicisation* de la société, les droits subjectifs se sont multipliés (1.1.1.) et l'idée du principe du « *droit au droit* » pour les personnes privées a émergé (1.1.2.) et ce, parallèlement à une *judiciarisation* croissante dans les domaines les plus variés (1.2.3.).

### 1.1.1. La multiplication des droits subjectifs

Le droit prend une place sans cesse croissante dans la formalisation des rapports sociaux et ce, avec l'appui d'une opinion publique favorable à la prééminence des règles de droit dans la régulation de toutes les activités : commerciales, sociales, culturelles, politiques, mais également professionnelles. Le droit est partout et aucun domaine n'y échappe, que ce soit aussi bien celui de la santé<sup>359</sup> que le domaine militaire<sup>360</sup>.

Parallèlement à cette place toujours plus grande du droit en tant que modèle et référence pratique pour l'action, la notion de droits subjectifs - du fait de la longue transition de la société de masse à la société des individus et plus généralement du fait de l'essor de l'individualisme - se trouve revalorisée ; ces droits subjectifs sont conçus comme un ensemble de prérogatives de l'individu, par opposition au droit objectif qui se confond avec un ensemble de normes abstraites<sup>361</sup>. L'individu devient un acteur et non plus un simple sujet du pouvoir judiciaire.

---

<sup>359</sup> Le système de santé se voit appliquer un foisonnement de règles juridiques : la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, les lois du 6, du 9 et du 13 août 2004, respectivement, sur la bioéthique, la santé publique et l'assurance-maladie (loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ; loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie), les ordonnances du 2 mai et du 1<sup>er</sup> septembre 2005 sur la nouvelle gouvernance hospitalière (ordonnance n°2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé et ordonnance n°2005-1112 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux établissements de santé et à certains personnels de la fonction publique hospitalière), la loi « *Hôpital, Patients, Santé et Territoires* » du 21 juillet 2009 (loi 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires)...

<sup>360</sup> Le droit a toujours régi l'action militaire, fixant le cadre juridique de l'engagement militaire et des opérations de guerre - qui diffère du droit commun - ainsi que le statut des militaires, caractérisé par sa spécificité.

<sup>361</sup> L'évolution du droit familial peut être citée en exemple, avec un passage du gouvernement des familles à une attention, au plus près des réalités, aux modalités de formation de liens familiaux s'appuyant sur la mise en œuvre des droits subjectifs des individus. La norme évolue, en situation : la parentalité plutôt que la conjugalité, les nouvelles sensibilités envers l'égalité des genres et la sexualité, les règles inédites sur le consentement sexuel, la judiciarisation du principe de consentement réitéré en matière de relations sexuelles...

Le droit subjectif est « *le droit envisagé du côté des sujets*<sup>362</sup> ». Toute règle peut se transformer en droit subjectif, comme le montre la prolifération des « *droits à...* » : à la sécurité, à l'information, à l'éducation, à la santé, au logement, à l'image, à l'enfant, à la protection de la vie privée, au procès équitable...<sup>363</sup>.

### 1.1.2. L'évolution du principe du « *droit au droit* » pour les personnes privées

Parallèlement à la multiplication des droits subjectifs, émerge le principe du « *droit au droit* » : « *un principe essentiel du pacte démocratique* »<sup>364</sup>. Dans les sociétés démocratiques, l'accès au droit est, en théorie, assuré, tous les citoyens étant juridiquement égaux devant les tribunaux<sup>365</sup>. Ce droit peut se concrétiser de façon apaisée, par l'accès au droit, ou plus litigieuse, par l'accès à la justice<sup>366</sup>. Le droit positif évolue dans le sens du renforcement du droit au droit et à la justice, notamment par les réformes de l'aide juridictionnelle, la réaffirmation du droit à l'exécution des décisions de justice ou encore la création de structures de justice de proximité<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> J. Dabin : *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969 ; *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007.

<sup>363</sup> D. Cohen, « *Le droit à... : L'avenir du droit* », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF/JurisClasseur, 1999, p. 393 et suiv. ; D. Terré, *Les Questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 14-18.

<sup>364</sup> Extrait du discours d'Elisabeth Guigou devant l'Assemblée nationale, le 29 juin 1998, afin de présenter le projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

<sup>365</sup> M-A. Frison-Roche, « *Le droit d'accès à la justice et au droit* », dans coll. *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 18<sup>e</sup> édition, 2012, p. 423-434 ; J-M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, Paris, PUF, coll. « *Libre échange* », 1986.

<sup>366</sup> Y. Desdevises, « *Accès au droit, accès à la justice* », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1-6.

<sup>367</sup> La loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice intègre l'accès des citoyens à la justice dans les conditions d'efficacité du service public de l'institution juridictionnelle. Cette approche consistant à corréliser efficacité de la justice et droit fondamental des personnes à accéder au juge est au cœur du « *rapport Magendie* » de 2004 (J-C Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport au garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, 2004). Depuis 2008, plusieurs rapports qui se sont penchés sur la « *modernisation de la justice* » ont rappelé l'importance de l'accès des citoyens à la justice, et notamment le « *rapport Magendie II* » (24 mai 2008), élaboré par la commission présidée par le Premier président Jean-Claude Magendie et le « *rapport Guinchard* » (30 juin 2008), élaboré



Alors que nombreux sont les obstacles à la concrétisation du droit au droit ou à la justice, notamment d'ordre socio-économique (niveau d'éducation, ressources...), aujourd'hui, la tendance est à affirmer que les règles de droit n'ont de valeur que par leur concrétisation<sup>368</sup> et que si la justice est à ce point paralysée par des problèmes d'intendance, alors il y a concrètement un déni de justice, ce qui doit être sanctionné.

C'est désormais la position adoptée par les juges du fond<sup>369</sup> ou encore par la Cour de cassation. Cette dernière semble également admettre qu'un délai anormal de procédure puisse constituer un déni de justice<sup>370</sup>. Quant au Conseil constitutionnel, il a affirmé, dans une décision du 9 avril 1996<sup>371</sup>, que lorsqu'une loi confère un droit sans l'assortir d'un recours effectif devant un juge, la garantie du droit n'est pas assurée. Ainsi, en application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme, il n'y a « *point de Constitution* ».

---

par la commission présidée par le doyen Serge Guinchard, le premier traitant de la célérité et de la qualité de la justice, tandis que le second étudie la répartition du contentieux en vue d'une « *justice apaisée* » (Rapport Magendie II : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_rapport\\_magendie\\_20080625.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf) ; Rapport Guinchard : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>). Le « *rapport Magendie et Thony* » sur les conciliateurs de justice, rendu le 8 avril 2010, insiste, lui aussi, sur l'accès au droit par la conciliation et son importance pour la qualité du service public de la justice (« *Célérité et qualité de la justice – Les conciliateurs de justice* », Rapport du groupe de travail conjoint entre l'ENM et la cour d'appel de Paris, sous l'autorité de Jean-Claude Magendie et Jean-François Thony, avril 2010 : [https://www.conciliateurs.fr/IMG/pdf/3-4\\_rapport\\_celerite\\_et\\_qualite\\_justice\\_2010.pdf](https://www.conciliateurs.fr/IMG/pdf/3-4_rapport_celerite_et_qualite_justice_2010.pdf)). En 2011, la Commission européenne est allée dans le même sens en élaborant des propositions pour faciliter l'accès à un avocat (celui par qui l'accès au droit s'opère) et à l'aide juridictionnelle : proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation (COM(2011) 326 final) ; directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen[...].

<sup>368</sup> Traditionnellement, on distinguait le droit d'accès, jugé comme satisfait du moment où on ne refusait pas expressément la voie juridictionnelle à une personne, et les problèmes d'intendance de la justice, notamment ses lenteurs ou son coût, qui relèveraient des politiques publiques.

<sup>369</sup> TGI Paris, 5 novembre 1997, D. 1998, J, p. 9, note A. M. Frison-Roche, confirmé en appel : Paris 20 janv. 1999, *Gaz. Pal.* 2 févr. 1999. Voir Louis Favoreu, « *Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge* », dans *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 513-521.

<sup>370</sup> Cass. Civ. 1, 24 mai 2004, note O. Renard-Payen, *JCP Adm.* 2004.1496.1033.

<sup>371</sup> Cons. const., 9 avril 1996, n°96-373 DC, *AJDA* 1996. 371, obs. O. Schrameck, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96373DC.htm>.

Ces différentes décisions témoignent d'un déplacement du rôle de l'État. Traditionnellement chargé d'octroyer formellement des droits égaux, l'État est de plus en plus tenu d'en assurer la concrétisation. Dans une nouvelle dialectique entre les prérogatives subjectives des individus et l'ordre juridique objectif, l'État devient le garant même de l'effectivité des droits des individus, « *débiteur* » en dernier ressort. Ce rôle de l'État dans l'effectivité des droits de chacun trouve une illustration dans la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 instaurant le Défenseur des droits<sup>372</sup> et visant à donner davantage d'effectivité aux droits et libertés des personnes à l'égard de l'administration, dans la ligne de l'institution antérieure du Médiateur de la République.

Ces évolutions dans la perception du principe du « *droit au droit* » permettent d'éclairer la montée en puissance de l'activisme contentieux.

### 1.1.3. La judiciarisation dans les domaines les plus variés

Parallèlement au foisonnement des règles de droit et à la multiplication des droits subjectifs, se produit un phénomène de *judiciarisation* - avec un déplacement des conflits vers l'enceinte judiciaire - qui gagne les domaines les plus variés. La judiciarisation des relations sociales se manifeste, selon les juristes et les processualistes qui s'intéressent à ce phénomène, par des comportements de plus en plus procéduriers qui conduisent à une montée inexorable du contentieux, par une explosion des recours pour régler des conflits privés et par une intervention grandissante des tribunaux pour régir les problèmes fondamentaux de société.

---

<sup>372</sup> Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Avec la généralisation du traitement par la voie judiciaire des difficultés du « *vivre ensemble* », les juges sont ainsi de plus en plus saisis pour intervenir dans la vie publique, politique et privée.

Il en va ainsi, par exemple, du domaine de la santé, où parallèlement à l'inflation normative que connaît le système de santé, se multiplient les recours et les condamnations prononcées contre les soignants<sup>373</sup>, un autre aspect important de la judiciarisation dans le domaine de la santé concernant les réponses qu'apportent le droit et la justice aux enjeux collectifs<sup>374</sup> de santé publique, qu'il s'agisse de l'organisation des soins, de la réparation d'éventuels dommages ou encore de la prévention des erreurs médicales<sup>375</sup>.

Aucun secteur n'est épargné par cette judiciarisation, qu'il s'agisse du domaine militaire, où le militaire agit de plus en plus en opération sous le regard du juge<sup>376</sup> et où la

---

<sup>373</sup> Les professionnels de santé seraient la cible de patients procéduriers qui les attaquent régulièrement en justice pour les faire condamner (M-O. Bertella-Geffroy, « *Justice pénale, santé individuelle et santé publique* », *Gaz. Pal.*, n° spécial « *Droit de la santé* », n° 2, 2008, p. 8-17). La France subirait une « *dérive judiciaire* » inspirée du modèle américain (J. Drucker, M. Faessel-Kahn, « *Justice et santé, l'exemple américain* », *Sève-Les Tribunes de la santé*, n° 5, 2004, p. 31-38).

<sup>374</sup> En France, plusieurs grandes affaires ont illustré la judiciarisation d'enjeux collectifs de santé publique : notamment le sang contaminé, la « *vache folle* », l'amiante... Si la judiciarisation dans le domaine de la santé pose d'importants enjeux juridiques, elle renvoie aussi et surtout à des enjeux humains (Henri Bergeron, « *Les transformations du 'colloque singulier' médecin-patient : quelques perspectives sociologiques* », dans D. Tabuteau (dir.), *Les Droits des malades et des usagers du système de santé, une législation plus tard*, Paris, éditions de Santé/Presses de Sciences Po, 2007, p. 39-51 ; l'auteur y aborde les notions de « *droit à l'information* », « *consentement éclairé* », « *co-décision* » et, plus largement, « *la notion d'autonomie du patient* »), sociaux et économiques (G. de Pourville, « *Les conséquences économiques des droits des malades* », dans T. Tabuteau D. (dir.), *op. cit.*, p. 53-58) : redéfinition de la relation de soins, baisse du nombre de médecins choisissant certaines spécialités médicales dites à risque...).

<sup>375</sup> Th. Cassuto, *La Santé publique en procès*, préface de J-C. Magendie, postface de C. Sureau, Paris, PUF, coll. « *Questions judiciaires* », 2008.

<sup>376</sup> Il y aurait un malaise du soldat, pris en tenaille entre le droit d'usage de la force, qu'il est le seul à détenir, et le cadre juridique de plus en plus proche du droit commun dans lequel il évolue (A. Onfray, « *Le glaive et la balance : à la recherche d'un équilibre* », *Inflexions*, numéro spécial « *La judiciarisation des conflits* », Paris, La Documentation française, n° 15, 2010, p. 69-79 ; Haut Comité d'évaluation de la condition militaire, « *Perspectives de la condition militaire, Pour une politique globale de la condition militaire (2015-2025)* », 9<sup>e</sup> rapport, Paris, La Documentation française, juin 2015). À cet égard, l'affaire d'Uzbeen pose de façon emblématique le problème de la judiciarisation des opérations militaires. En mars 2011, un juge d'instruction

problématique de la responsabilité pénale des militaires est largement débattue<sup>377</sup>, de l'enseignement et de la vie scolaire (violence à l'école, relations école-familles...)<sup>378</sup>, de la protection du climat<sup>379</sup>, de l'information pour protéger la vie démocratique<sup>380</sup> ou encore du football<sup>381</sup>...

La judiciarisation ne se réduit cependant pas à l'augmentation du volume des affaires judiciaires, sa véritable portée résidant dans le rôle qu'acquiert le traitement judiciaire en tant que forme de régulation sociale. La judiciarisation est à la fois un phénomène concret, qu'il est possible de quantifier, mais aussi et surtout un phénomène symbolique, la justice s'imposant comme un rouage de plus en plus important dans la régulation sociale, politique et économique des sociétés. Avec le recours accru à des procédures judiciaires, à défaut d'autres solutions (sociales, familiales ou professionnelles), la justice se trouve « *immergée dans la société*<sup>382</sup> ».

---

ouvrait une information judiciaire sur l'embuscade d'Uzbeen, au cours de laquelle, en août 2008, dix militaires français avaient été tués par les insurgés afghans. Le magistrat avait été saisi d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par certaines familles de soldats morts au combat pour « *mise en danger de la vie d'autrui et non-empêchement de crime* ». Peut-on condamner l'armée pour la mort de soldats en opération ? Comme le note Monique Castillo : « *Faudra-t-il désormais que le soldat qui s'engage dans l'armée signe une décharge stipulant par avance qu'il accepte de recevoir la mort ?* » (M. Castillo, « *Le phénomène de judiciarisation* », Sessions nationales « *Rendez-vous commun* » IHEDN/INHESJ, 19 octobre 2012).

<sup>377</sup> Ch. Barthélemy, *La Judiciarisation des opérations militaires. Thémis et Athéna*, Paris, L'Harmattan, 2012 ; D. Ronan et Ph. Frin, *La Responsabilité des militaires - Réflexions sur la judiciarisation des théâtres d'opérations*, Economica, coll. « *Guerres et opinions* », 2013.

<sup>378</sup> J.-F. Rey, « *L'école sous l'emprise du droit : recours ou détour ?* » *Télémaque*, n° 23, 2003/1.

<sup>379</sup> Selon le Rapport de l'ONU « *Climate Change Litigation* » de 2017, 884 affaires ont été déposées (dont 654 pour les États-Unis) (<http://ariskef.com/wp-content/uploads/2017/11/climate-change-litigation.pdf>). En France, l'Association « *Notre affaire à tous* » a déposé en décembre 2015 un recours contre l'État, qu'elle accuse de ne pas s'être « *donné les moyens nécessaires à la réalisation d'une politique ambitieuse et adaptée aux enjeux liés au changement climatique* ».

<sup>380</sup> G. Sauvage, « *Quel(s) outil(s) juridique(s) contre la diffusion de 'fake news' ?* » *Legipresse*, n° 352, septembre 2017, p 427-432.

<sup>381</sup> I. de Silva, « *La judiciarisation du football* », *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 101, p. 105-112.

<sup>382</sup> J. Commailles, *À quoi nous sert le droit ?* Paris, Gallimard, coll. « *Folio Essais* », 2015.

## 1.2. De la judiciarisation à la déjudiciarisation

Comment coexistent les phénomènes de judiciarisation et de déjudiciarisation, lesquels semblent en apparence opposés ? Quels sont les rapports entre les deux ?

Source de potentielles dérives, la judiciarisation sans limites inquiète et appelle des interrogations sur l'avenir de la vie démocratique. En effet, si la judiciarisation peut contribuer à des progrès sociaux (accès au droit, juste indemnisation, procès équitable...), elle peut aussi aboutir à des reculs de la vie démocratique (insécurité juridique, instrumentalisation du juge, explosion des coûts et problèmes de délais...).

Ainsi, il y aurait, d'une part, une « *bonne* » judiciarisation, qui contribue à la nécessaire régulation sociale ou encore qui ouvre sur la reconnaissance de nouveaux droits individuels et revendications collectives. Mais il existerait aussi, d'autre part, une judiciarisation « *regrettable* », qui entraîne une inflation intenable du contentieux, une complexité de la procédure, une augmentation des délais et des coûts, et *in fine*, une exacerbation du sentiment d'insécurité juridique<sup>383</sup>.

Les MARC seraient-ils une réponse à la judiciarisation ?

Quelle est la portée et quelles sont les conséquences de la judiciarisation, notamment sur le phénomène en apparence contraire de la rétractation ou du repli de l'État de sa *jurisdictio* ?

---

<sup>383</sup> En témoignent des phénomènes comme la pénalisation excessive, les saisines multiples pour une même cause, les revirements de jurisprudence, le rôle croissant d'institutions judiciaires transnationales comme la CEDH ou encore la prégnance du droit de l'UE... À cet égard, il est à noter qu'alors que la CJCE était interrogée, à l'origine, sur l'interprétation des grands principes de droit européen, désormais, les questions portent sur les directives et les règlements et ce, avec des cas de renvois préjudiciels de plus en plus admis, comme l'illustre, par exemple, l'affaire Lactalis/Entremont, véritable feuilleton judiciaire, dans lequel la Cour européenne de Justice a jugé qu' « *un fromage sans croûte peut recevoir l'appellation "emmental"* » et ce, alors même que l'emmental sans croûte avait été interdit en France par un décret du 30 décembre 1998...

Avec la judiciarisation, la justice devient une ressource mobilisable par les acteurs sociaux. Ce qui est recherché n'est plus tant une justice qui incarne l'autorité morale surplombante de la loi, mais une justice de prestation de services aux individus et ce, même si *in fine* c'est toujours de l'État qu'il est attendu satisfaction. Cette approche favorable à la judiciarisation de toutes les activités humaines impliquerait un recul de l'État et de l'autorité de l'intérêt général. En effet, les systèmes de justice ne parviennent pas à se développer à la même vitesse que la masse du contentieux et à proportion de celle-ci. On assisterait ainsi à un phénomène contraire de déjudiciarisation, à savoir une perte du monopole de la *jurisdictio* par l'État.

Écrasée sous la masse des demandes, l'institution juridictionnelle ne peut plus jouer son rôle constitutionnel<sup>384</sup>. Les dérives de l'hyper-judiciarisation appelleraient la rationalisation des recours soumis à la justice<sup>385</sup>. Cette rationalisation - ou diminution simultanée des contentieux et des coûts - passerait notamment par le développement des MARC.

En effet, le droit au droit ne se réduit pas au droit à la justice, comme en témoigne le développement des formes alternatives d'accès du droit. La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998<sup>386</sup>, associant accès au droit et résolution amiable des litiges, repose sur l'idée que l'accès au droit peut être obtenu sans passer nécessairement par une procédure judiciaire. Le « *rapport Guinchard* » du 30 juin 2008 insiste sur l'opportunité des modes alternatifs de règlement des litiges. Quant au « *rapport Magendie et Thony* » d'avril 2010 sur les conciliateurs de justice, il en ressort que ces derniers apaisent le conflit et que le but est ainsi

---

<sup>384</sup> V. Donier, B. Laperou-Schneider (dir.), *L'Accès au juge : Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>385</sup> L. Cadet, « *La justice face aux défis du nombre et de la complexité* », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, ENM et Dalloz, p. 13-33.

<sup>386</sup> Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

atteint, économie faite des moyens que sont le droit et les procédures complètes. L'accès à la justice n'est qu'un moyen parmi d'autres pour donner satisfaction aux justiciables, moyen dont il est possible de faire l'économie si cette finalité est mieux assurée par d'autres modalités d'accès au droit.

C'est ainsi que les modes alternatifs de règlement des conflits s'imposent comme étant des moyens efficaces d'accès à la justice, plus largement, d'accès au droit et au-delà même, d'accès à la solution juste. Leur principale vertu consiste à satisfaire directement les demandes des parties (par exemple, l'indemnisation du dommage subi ou une séparation moins douloureuse du couple), en faisant l'économie de la procédure. Ainsi, l'accès à la solution juste, qui réconcilie les parties, est obtenu en dehors de l'accès à la justice, lequel peut résoudre comme exacerber un conflit<sup>387</sup>.

La déjudiciarisation ne se réduit pas pour autant à une simple réplique à la judiciarisation.

Si plusieurs auteurs établissent un lien certain entre les phénomènes de judiciarisation/déjudiciarisation, l'hypothèse formulée ici est que ce n'est qu'en apparence que la déjudiciarisation serait un simple écho de la judiciarisation. Tout comme c'était une erreur de réduire la rétractation ou le repli de l'État de sa *jurisdictio* à la « *raison néolibérale* », c'est une erreur de réduire la déjudiciarisation et le développement des MARC à une simple réplique au phénomène de la judiciarisation.

Sans être dépourvu de pertinence, cet effet de balancier ou de contrepoids entre judiciarisation et déjudiciarisation ne peut rendre compte de la totalité des attentes des justiciables qui pourraient expliquer la déjudiciarisation.

---

<sup>387</sup> M-A. Frison-Roche, *La Justice*, Paris, Autrement, coll. « *Morales* », 2002, p. 100-111.

Il existerait d'autres raisons, plus profondes, de la rétractation ou du repli de la *jurisdictio* de l'État, laquelle se manifeste notamment par :

- la délégation des prérogatives à des entités publiques ou privées ;
- le désengagement de la responsabilité de l'État (par exemple, dans le monde des affaires et le domaine du droit social, où les décisions de justice perdent du terrain : les tribunaux de commerce sont confiés aux commerçants, le contentieux prud'homal aux partenaires sociaux...) ; ou encore,
- le soutien de l'État et des juridictions au développement des modalités de règlement amiable des conflits.

Quelles sont ces raisons de fond susceptibles d'expliquer ce phénomène de repli de la *jurisdictio* ?

## **Section 2. Le repli de la *jurisdictio* et la pacification des rapports sociaux**

La pacification des rapports sociaux et plus globalement le concept de paix figurent parmi les sources d'influence de la médiation et, à ce titre, du repli de la *jurisdictio*. Ainsi, la paix comme justice est au cœur de la consistance de l'idéologie de la médiation (2.1.), une harmonie existant entre la médiation et le critère global de la pacification des mœurs (2.2.). Avec cet objectif de paix, les MARD finissent par rendre subsidiaire la loi (2.3. La paix au-delà de la loi).

### 2.1. La consistance de l'idéologie de la médiation : la paix comme justice

Il n'est pas possible de comprendre le développement de la médiation sans le rapporter :



- d'une part, à l'idéal de pacification du monde contenu dans le concept de médiation ;
- d'autre part, aux personnes et entités qui font la promotion de la médiation ;
- enfin, à l'étape du processus de civilisation dans laquelle se trouve notre société du début du XXI<sup>e</sup> siècle.

Comprendre le développement de la médiation permet d'appréhender le conflit juridique et les moyens de le régler en conformité avec l'environnement social et institutionnel dans lequel le conflit se déroule.

La conformité des moyens avec l'environnement constitue la stratégie pour le règlement du conflit.

La stratégie se développe alors :

- par le choix des institutions permettant le règlement du conflit ;
- par les moyens à articuler ;
- par le choix de la terminologie exprimant les moyens à articuler de sorte qu'ils soient efficaces dans le cadre de l'institution chargée d'aider au règlement amiable du différend.

Avant d'entrer dans la description des éléments qui permettraient d'assoir la stratégie dans le traitement du différend devant les institutions des MARC, et en particulier des MARD, il convient tout d'abord de connaître précisément l'idéologie de pacification du monde que poursuivent les promoteurs de la médiation. Ensuite, pourra être soulignée l'appréciation péjorative que la société moderne a vis-à-vis de la violence, dont le conflit est un avatar, pour mesurer encore mieux la force d'intégration de la médiation dans la société contemporaine.

La médiation n'est pas étrangère à une idéologie humaniste.

Comme le montre l'analyse de lexicologie statistique des débats législatifs autour de la médiation<sup>388</sup>, les raisons idéelles occupent une place importante dans la motivation du législateur. Dans tous les débats, l'occurrence « *critères subjectifs* », qui regroupe les mots ayant trait aux valeurs éthiques (notamment des mots comme paix, sérénité, accord, consentement, confiance, respect, sens, foi...), est plus importante que l'occurrence « *efficacité* ».

L'« *extension du domaine du droit*<sup>389</sup> » est liée à une poussée éthique qui vient compenser l'instrumentalisation dont le droit est par ailleurs l'objet dans le contexte concurrentiel de la mondialisation. Si, comme on l'a vu, le droit est de plus en plus contraint par la nécessité économique<sup>390</sup>, il est traversé en même temps par un courant d'aspirations éthiques, en lien avec l'idéal humaniste et les droits de l'Homme.

Avec la médiation, il s'agit de passer de la résolution du conflit à la pacification de la relation conflictuelle et également de faire entrer l'humain dans la justice.

L'ouvrage *Arts et techniques de la médiation* publié<sup>391</sup> (sous la direction de Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon<sup>392</sup>) est une manifestation de cette poursuite de la paix au travers du développement de la médiation. Il est aussi très révélateur de constater le nombre important de magistrats parmi les contributeurs de cet ouvrage.

---

<sup>388</sup> Cf. *supra*.

<sup>389</sup> D. Terré, *Les Questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007.

<sup>390</sup> Ce qui trouve une théorisation dans l'analyse économique du droit.

<sup>391</sup> M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon (dir.), *Arts et techniques de la médiation*, Paris, Litec/LexisNexis, 2004.

<sup>392</sup> Respectivement, Avocate à la Cour et vice-présidente de la Fédération nationale des centres de médiation (Martine Bourry d'Antin), Conseiller à la Cour de cassation et promoteur de la médiation judiciaire auprès des magistrats (Gérard Pluyette) et, enfin, Directeur pédagogique de l'IFOMENE à l'ICP (Stephen Bensimon).

Ce dernier a une importance particulière en ce qu'il exprime une approche à la fois idéologique et pratique de la médiation. D'ailleurs, son approche idéologique fait clairement apparaître la philosophie humaniste qui la sous-tend.

Dans la préface, Pierre Draï, premier Président honoraire de la Cour de cassation, se demande si la justice sans paix est encore la justice. Il cite Emmanuel Levinas pour qui la justice se confond avec « *le rapport à l'autre* » et semble conclure que, pour les humains, la justice est « *consubstantielle avec l'amour de l'autre* »<sup>393</sup>.

Dans les chapitres abordant les « *questions de fond* » sur l'esprit, les méthodes et les pratiques de la médiation<sup>394</sup> ainsi que sur les acteurs de la médiation<sup>395</sup>, les auteurs adoptent une position critique de la justice en ce qu'elle peut résoudre le conflit sans pour autant pacifier la relation conflictuelle puisqu'elle admet un vaincu et un vainqueur (p. 2). Ils soulignent que « *l'efficacité vraie est synonyme de compréhension réciproque* » (p. 52), que la médiation favorise la rencontre (p. 12) et qu'elle suppose « *une confiance en l'homme* » (p. 18). Selon eux, « *peu importe la vérité en médiation* » car ce qui est recherché est « *juste un arrangement mutuellement acceptable ici, maintenant et pour l'avenir* » (p. 79).

Les contributeurs notent que le plaideur « *réclame du juge un surcoût d'humanité, un rôle pacificateur et apaisant des tensions sociales, familiales ou personnelles* » (p. 155) et que l'avantage du médiateur réside dans le fait que, d'emblée, il se met « *au service de la quête de sens* » (p. 250).

La médiation « *n'est qu'un moment de la reconstruction d'une autre manière de 'vivre ensemble'* » (p. 250), qualifiée à plusieurs reprises de « *catharsis* » signifiant « *purification* » et « *clarification* » (p. 255).

---

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. XI-XIII.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 1-52.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 71-102.

Dans l'un des entretiens qui émaillent l'ouvrage, Béatrice Blohorn-Brenneur, présidente de la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble, assure que l'avantage de la médiation sur le procès consiste à intégrer l'aspect humain d'un conflit et que son « *intérêt principal* » est de « *pacifier les conflits et responsabiliser les acteurs* » (p. 387-388). On peut citer d'autres exemples de cette profession de foi : « *La recherche d'accord en médiation crée les conditions d'une paix véritable et d'une bonne exécution.* » (p. 461).

Et le doyen Joseph Maila de conclure : « *La vocation de la médiation est de faire lien, en réalité de faire du litige l'objet d'un rapprochement alors qu'il est la justification évidente d'un éloignement* » (p. 515). La médiation « *est la possibilité restaurée, et comme ouverte au cœur de la discorde, de nouer la bonne volonté des hommes* » (p. 517).

La même approche sous-tend les contributions internationales réunies dans *Panorama des médiations du monde* publié par GEMME<sup>396</sup>.

Dans la préface, Béatrice Brenneur évoque une « *alchimie* » de la médiation « *qui permet de transmuter la discorde en union, le déséquilibre en harmonie, l'adversaire en partenaire* ». La médiation est un « *langage universel* » qui « *aspire à restaurer l'harmonie dans la relation, à rétablir la dignité, à renouer le lien* ». Avec la médiation, « *l'humain a fait son entrée dans la justice* » (p. 7-8).

D'ailleurs, les promoteurs de la médiation considèrent que le procès judiciaire met en jeu une relation « *Patrimoine contre Patrimoine* » alors que la médiation met en place une relation « *Humain à Humain* ».

Jean-Claude Magendie (France) voit dans la médiation une « *source d'harmonie* » et un « *facteur de paix sociale* » en vue d'une « *justice apaisée, plus douce* » (p. 44-45) et nombreuses sont les personnes ayant contribué à cet ouvrage à utiliser un vocabulaire assez

---

<sup>396</sup> *Op. cit.*, 2010.

proche, quel que soit leur pays d'origine<sup>397</sup>. Et Stephen Bensimon de l'Institut Catholique de Paris (ICP) de conclure à la portée universelle de ce nouvel « *idéal de justice* » favorisant « *écoute, dialogue, compréhension mutuelle, entente, accord* » (p. 325).

Ainsi, qu'ils soient avancés par les hommes politiques, les magistrats ou les chercheurs, les arguments en faveur de la médiation mobilisent l'idéal de la pacification sociale sur une base négociée et consensuelle. En tant que mode alternatif de règlement des conflits, la médiation implique de repenser l'offre juridique en délimitant les compétences entre le jugement et l'accord amiable pour mettre fin à un différend.

À cet égard, il convient de garder à l'esprit qu'il n'y a pas d'équivalence entre les deux approches. Dans le règlement judiciaire, trancher le litige ne constitue qu'un élément du jugement, qui comporte aussi un rappel de la norme (la jurisprudence comme source de droit) et qui est publié, assumant ainsi une fonction pédagogique à l'égard de tous les sujets de droit. Par définition, l'accord amiable n'a pas cette ambition collective : il n'est pas nécessairement généré par l'application d'une norme partagée, son fondement peut ne pas être exprimé et son caractère confidentiel exclut toute exemplarité.

La médiation est également vue comme un outil pacificateur universel.

Dans le domaine juridique, il est observé que les conflits qui sont tranchés judiciairement laissent des traces qui endommagent irrémédiablement les relations futures entre les personnes concernées. Un nouveau rôle de la justice et du juge se profile, consistant

---

<sup>397</sup> Dans le développement de la médiation, Mark Young (Afrique du Sud) insiste sur l'importance, en Afrique, de la notion d'« *ubuntu* », qui signifie interconnexion entre les hommes (p. 232). Sébastien Ondouo (Gabon) relève l'idéal ancestral de la « *préservation de l'équilibre social et de l'harmonie entre les habitants* » (p. 233), Corinne Lawson (Togo), « *l'esprit de réconciliation qui maintient la cohésion* » (p. 245), alors qu'Amady Ba (Sénégal) prédit un bel avenir à la « *régulation sociale reposant sur le dialogue et la négociation* » et promouvant une « *vision à long terme des relations humaines* » (p. 236). Xiao Lin Fu-Bourgne (Chine) revient sur la notion d'« *harmonie* » dans le confucianisme - entre les hommes, entre soi et la collectivité - sous-tendant « *l'idéal d'une société sans procès* » lequel fait « *perdre la face* » à l'une des parties (209-211).

non plus à trancher des conflits isolés, mais à pacifier la société, par la médiation et la négociation. Rendre un jugement ne suffit plus et c'est ainsi que les juridictions favorisent et accueillent positivement des solutions amiables qui leur permettent d'exercer pleinement leur vocation ainsi entendue : assurer la paix sociale en préservant les relations entre les parties.

La justice, notent les défenseurs de la médiation, résout le conflit mais pas le problème posé, ni la relation conflictuelle. Toute décision qui se réduit à trancher un litige est fragile : elle ne clôt pas un désaccord par un accord et elle fait un vainqueur et un vaincu. À l'opposé, se situant en amont de la justice, la médiation est la recherche de la compréhension mutuelle plus que la recherche d'un accord. Sa vocation est de proposer un chemin, une issue. En médiation, s'il n'y a pas deux gagnants, il n'y en a aucun.

S'adressant à l'être humain, la médiation présente, à ce titre, un caractère universel. Elle repose sur des principes partagés comme le respect et l'écoute de l'autre. Elle vise des objectifs sur lesquels, en principe, tout le monde s'accorde : renouer le lien, assurer l'harmonie des échanges, préserver le futur des relations entre les parties. C'est un « *langage du cœur*<sup>398</sup> » compris partout dans le monde au-delà des différences historiques et culturelles, au-delà des spécificités des systèmes juridiques.

S'il est incontestable que la médiation a tendance à s'étendre dans le cadre d'un mouvement de transposition des normes, notamment européennes, aucune culture n'impose toutefois la médiation aux autres, puisqu'elle a toujours existé partout dans le monde<sup>399</sup>. Les univers culturels et juridiques sont séparés par des « *différences sans*

---

<sup>398</sup> B. Brenneur, « *Préface* », dans *ibid.*, p. 7.

<sup>399</sup> La médiation est un mécanisme plurimillénaire de gestion de conflits, des querelles de famille aux conflits internationaux. On retrouve ce moyen de rendre la justice en Afrique, en Asie, dans l'Europe du Moyen Âge ainsi que dans plusieurs autres sociétés où la justice d'État est peu répandue et dont les membres se connaissent et connaissent les règles explicites ou tacites du groupe.

*divergences* », pour reprendre les termes de Stephen Bensimon : il y a une diversité d'expériences, mais pas de désaccords sur la médiation comme « *langage universel de compréhension entre les hommes*<sup>400</sup> », comme manière de réunir les hommes autour du même idéal de justice favorisant l'écoute, le dialogue et la compréhension mutuelle.

Il s'avère que la médiation n'est pas une simple réponse aux buts rationnels en vue desquels s'exprime la demande de médiation, à savoir atténuer les aspérités d'un conflit, rapprocher les points de vue ou encore permettre de trouver une solution agréée à un différend grâce à l'entremise d'un tiers. Bien plus, la médiation est appelée à jouer un rôle pacificateur des tensions sociales et à procurer un surcroît d'humanité. La médiation apporte des solutions aux problèmes, mais ne s'y réduit pas. Sa valeur réside dans son « *esprit* » qui transforme la perception même du conflit<sup>401</sup>.

Ainsi, sur un plan stratégique, choisir et obtenir la mise en place d'une médiation, c'est chercher à privilégier, les appréciations humaines plutôt que les règles, l'approche amiable plutôt que l'affrontement du procès, la discussion plutôt que l'acte d'autorité, le dialogue et l'harmonie de l'accord plutôt que la rudesse de la solution légale. C'est admettre que, dans certains cas, la décision imposée par la force du jugement n'est pas la meilleure manière de mettre fin au litige. « *La justice sans paix n'est pas une justice* », se plaît-on à rappeler.

---

<sup>400</sup> « *Le monde de la médiation et médiations du monde* », dans *Panorama*, *op. cit.*, p. 323.

<sup>401</sup> « *[D]ans la métamorphose du regard qu'elle provoque face à la prétention hostile ou contradictoire. Ce qu'une vision crispée du litige tend naturellement à disjoindre et à opposer, l'esprit de la médiation s'applique à le joindre et à le relier. [...] Faire lien suppose que le rapport à l'autre soit le plus sûr moyen de rétablir un juste rapport aux biens réels ou idéaux en jeu dans les conflits, que le compromis de justice soit à l'équidistance des volontés et qu'il s'impose à elles comme une loi, leur loi, communément agréée.* » (J. Maïla, doyen de la Faculté des Sciences sociales et économiques de l'Institut Catholique de Paris, « *L'esprit de la médiation* », dans M. Bourry d'Antin *et al.*, *op. cit.*, p. 515-516.)

Cette approche du conflit, voire l'inanité du conflit exprimée par tant de magistrats, dont certains sont des figures emblématiques du corps de la magistrature, ne peut qu'être prise en considération dans la stratégie d'une recherche de règlement d'un différend.

## 2.2. L'harmonie entre la médiation et le critère global de pacification des mœurs

Cette évolution de la justice fait écho à un processus global de pacification des mœurs, ou, diraient les sociologues, un « *processus de civilisation* », lesquels sous-tendent cette transition de la solution imposée - qui reste une forme de violence même si elle est symbolique - à une approche dialogique du règlement des conflits. Cette pacification des mœurs n'est pas qu'une idéologie et un idéal, elle est aussi une réalité.

La médiation et, d'une manière globale, tous les MARC ou MARD n'auraient pas eu une telle expansion s'ils n'avaient pas été en harmonie avec un substrat sociétal.

Le monde n'a en réalité jamais été aussi peu violent.

Telle est la thèse, magistralement documentée par Steven Pinker, professeur de psychologie à Harvard, dans un ouvrage de référence<sup>402</sup>. Multipliant chiffres, courbes, graphiques et comparaisons, Pinker retrace un processus millénaire de pacification des comportements. Selon lui, le nombre d'homicides ne cesse de diminuer et toutes les formes de violence ont décliné : de l'esclavage à la torture, en passant par les brutalités domestiques et jusqu'à la cruauté envers les animaux. Cette pacification caractérise aussi bien les relations entre États que les rapports familiaux ou de voisinage.

---

<sup>402</sup> S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature : Why violence has declined*, New York, Viking, 2011, en français, *La Part d'ange en nous. Histoire de la violence et de son déclin*, Paris, Les Arènes, 2017. Une riche documentation (700 pages de texte, 75 de notes et de références) illustre le propos. En outre, les données sont constamment actualisées sur le site de l'auteur : <http://stevenpinker.com>.



Ainsi, dans un monde moins habitué à la violence, le conflit est perçu comme une violence qu'il ne vaut mieux pas régler par la violence d'une procédure judiciaire et qu'il est préférable d'éteindre par une solution consensuelle, le cas échéant, avec l'aide d'un tiers pacificateur.

Quelles ont été les étapes de la pacification ?

Il est intéressant de situer l'étape de pacification des mœurs dans laquelle se trouve notre société contemporaine du début du XXI<sup>e</sup> siècle pour évaluer l'inclinaison sociétale pour la paix et, par conséquent, mesurer le caractère anachronique que prennent les conflits dans lesquels la recherche de paix est négligée.

La pacification a suivi plusieurs processus, qu'il est possible de regrouper en six grandes catégories contribuant toutes au déclin de la violence et dont chacune a ses propres raisons culturelles, sociologiques et économiques. Ces processus, tels que brièvement exposés ci-après, permettent de mesurer comment et depuis combien de temps, la société s'est éloignée des solutions de violence :

- le « *processus de pacification* » qui couvre des millénaires et consiste en une transition de l'anarchie des sociétés de chasseurs-cueilleurs vers les premières sociétés agricoles dotées de villes et de gouvernements ;
- le « *processus de civilisation* » qui s'étend de la fin du Moyen Âge au XX<sup>e</sup> siècle. Durant ce processus, les pays européens ont vu leur taux d'homicide divisé par dix, voire par cinquante pour certains d'entre eux<sup>403</sup>. Cette période a été analysée

---

<sup>403</sup> Dans l'Angleterre du XIV<sup>e</sup> siècle, le taux d'homicides était de 110 pour 100 000 individus. Il est actuellement de moins de 1 pour 100 000 personnes.

par le sociologue allemand Norbert Elias<sup>404</sup> qui anticipe une intégration croissante de l'humanité et une extension continue des « *réseaux d'interdépendance*<sup>405</sup> » ;

- la « *révolution humaniste* » qui prend son essor avec la rupture des Lumières aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Cette époque voit naître les premiers mouvements organisés qui entendent abolir des formes de violence comme le despotisme, l'esclavage, la torture judiciaire... ;

- la « *longue paix* » qui s'ouvre après la Seconde Guerre mondiale. Les pays économiquement développés y ont de moins en moins recours à la guerre les uns contre les autres ;

- enfin, la « *nouvelle paix* » qui remonte à la fin de la Guerre froide en 1989 : partout dans le monde, les conflits organisés (guerres civiles, génocides, répressions par des régimes autocratiques et attaques terroristes) reculent ;

- parallèlement, la « *révolution des droits* », symboliquement inaugurée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, serait en marche. Elle est celle d'un refus croissant de la violence à plus petite échelle, notamment contre les minorités ethniques, les femmes, les homosexuels et les animaux...

Quelles raisons favorisent l'idéal pacifique ?

Pourquoi y a-t-il la paix ? Quels sont les facteurs qui éclairent ce surplus progressif d'humanité de l'homme envers l'homme ? Stephen Pinker associe l'analyse historique et psychologique pour identifier les principales « *forces* » qui favorisent l'idéal pacifique, dont la monopolisation de l'usage légitime de la violence par l'État, le commerce et ses prémisses

---

<sup>404</sup> *Sur le processus de civilisation* (1939), en français : *La Civilisation des mœurs*, Paris, Calmann-Lévy, 1973 ; *La Dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975. Également, *La Société des individus*, (1987), Paris, Fayard, 1991.

<sup>405</sup> *Op. cit.*, 1991, p. 221-222.

« *gagnant-gagnant* »\*, la féminisation des sociétés, l'« *escalator de la raison* » transformant la violence en « *problème à résoudre plutôt qu'une compétition à gagner* »\*. Pinker n'hésite pas à formuler l'hypothèse d'une évolution génétique de l'*Homo sapiens* vers moins de violence. La nature humaine intègre des penchants pour la violence mais aussi des « *bons anges* » qui s'y opposent et, selon Pinker, une montée historique de la maîtrise de soi, de l'empathie, de la faculté de raison et du sens moral peut être observée.

La thèse de la pacification des relations humaines peut être accueillie avec scepticisme. En effet, le XX<sup>e</sup> siècle, si proche de nous, n'est-il pas le siècle de deux guerres mondiales et de génocides ? Ne sommes-nous pas témoins de guerres civiles et d'un terrorisme de masse ?

C'est un fait mais, pour autant, les chiffres montrent que le XX<sup>e</sup> siècle est la période la moins violente qu'ait traversée l'humanité<sup>406</sup>. Comment expliquer le doute que peut laisser planer cette thèse optimiste de la pacification ? L'une des raisons est que, si nous sommes moins confrontés de façon immédiate à la violence, celle-ci reste cependant omniprésente au travers de l'image de la brutalité constamment diffusée. Plus fondamentalement, notre scepticisme est sans doute lié à une profonde évolution des sensibilités. La violence diminue en même temps que le seuil de tolérance envers la violence : moins il y a de violence, plus ses manifestations deviennent inacceptables.

---

\* Ces expressions méritent d'être particulièrement soulignées parce qu'elles se retrouvent dans la terminologie de la pensée de la médiation.

<sup>406</sup> En distinguant volumes et proportions, Pinker établit qu'avec les taux de mortalité qui caractérisaient les conflits tribaux des périodes antiques, on aurait dénombré durant les deux guerres mondiales non pas cent millions, mais deux milliards de morts. Et si l'on ajustait le nombre de victimes à la population humaine totale, la Seconde Guerre mondiale représenterait « *seulement* » le neuvième événement sur un millénaire en termes de mortalité violente.

Ajoutons que Pinker n'est pas le seul à avoir analysé le recul de la violence. Ainsi, dans *L'Âge de l'empathie*<sup>407</sup>, l'éthologue Frans de Waal remet en cause le présupposé du comportement égoïste et de l'esprit de compétition qu'a privilégié la théorie de l'évolution. Plus que le conflit, c'est la coopération qui est au cœur de l'évolution des espèces et du futur de l'humanité.

### 2.3. La paix au-delà de la loi

Pour se constituer et se pérenniser, l'organisation sociale doit assurer la paix interne, à savoir un équilibre entre ses membres qu'exprime le principe « *à chacun ce qui est le sien* », généralement admis comme la réalisation du « *juste* ». La consistance du « *à chacun le sien* » est garantie par la norme juridique qu'adopte l'organisation sociale (règle de droit positif, droit naturel au sens aristotélicien, droit naturel au sens libéral moderne).

L'organe judiciaire de l'État assure l'application de la norme juridique qui garantit le respect du principe du « *à chacun le sien* » et ceci, tant dans sa fonction « *distributive* » (juste rétribution selon les réalisations et les mérites) que dans sa fonction « *réparatrice* » (rétablissement de l'ordre qui a été perturbé par une atteinte au principe « *à chacun le sien* »).

Toutefois, dès lors que la paix publique constitue l'objectif essentiel de l'État et de son autorité judiciaire, toute institution qui permet le règlement des conflits est susceptible de contribuer à la réalisation de cet objectif et ainsi mérite d'être reconnue, protégée et promue par l'État lui-même, même si les normes appliquées par ces institutions ne sont pas strictement celles que l'autorité judiciaire de l'État aurait mises en œuvre à cette fin.

C'est ainsi que les MARD, qui émettent un signal de paix, sont reconnus et protégés en tant que créateurs de solutions contribuant à la paix publique. Qui plus est, le mérite des

---

<sup>407</sup> F. de Waal, *L'Âge de l'empathie, Leçons de la nature pour une société solidaire*, Paris, Actes Sud, 2011.

MARD ne réside pas simplement dans la résolution de conflits mais aussi et surtout dans le fait que leurs méthodes et leurs procédures intègrent toujours un volet consensuel. La démarche consensuelle en elle-même, indépendamment de son résultat, émet le signe qu'un conflit peut être abordé d'une manière plus apaisée et évoluée, alors que le conflit devant l'organe judiciaire peut être vécu comme une simple reproduction de l'affrontement violent ancestral<sup>408</sup>.

Alors que l'autorité juridictionnelle de l'État est capable d'imposer une paix fondée sur des normes abstraites et qui détermine un gagnant et un perdant, en laissant résonner un écho infini de conflit, les MARD proposent une possibilité de paix acceptée (gagnant /gagnant) dont le processus d'élaboration diffuse par lui-même un esprit de paix au-delà du strict conflit traité. On passe avec les MARD de la paix imposée à la paix acceptée.

Au fur et à mesure de leurs interventions, les institutions pratiquant les MARD ainsi que celles pratiquant les MARC ne se bornent pas à se faire reconnaître dans leur fonction mais plutôt, grâce à l'exercice de leurs fonctions, elles font reconnaître et divulguent leurs normes et leurs techniques<sup>409</sup>.

Nous verrons que les institutions des MARD et, plus largement des MARC, rendent progressivement subsidiaires non seulement les juridictions de l'État mais aussi la norme de l'État, la loi.

---

<sup>408</sup> Voir M. Foucault, *Philosophie. Anthologie*, Paris, Gallimard, coll. « *Folio essais* », 2004, n°443, notamment « *Droit substitut de la guerre* », p. 452-457.

<sup>409</sup> Par exemple, dans l'arbitrage, le choix des arbitres ou le choix de la loi applicable. Par exemple, dans la médiation, la considération de la personne et les techniques psychologiques par lesquelles un médiateur aide les médiés dans leur processus psychique.

### **Section 3. Le repli de la *jurisdictio* et les influences idéelles (religions, acteurs, idéologies, maîtres à penser, institutions)**

Appréhender la médiation par la recherche de ses sources idéologiques, politiques, sociales et culturelles permet de percevoir l'impact que son développement est susceptible d'avoir sur les rapports sociaux et sur l'attrait que peuvent représenter les solutions de MARD.

L'une des premières sources d'influence pour l'avènement des MARD peut être trouvée dans la philosophie chrétienne. Lorsque l'on prend conscience du fait que le monde chrétien est la première religion du monde avec 2,4 milliards de fidèles, il est aisément possible d'en percevoir la force d'influence.

La proximité entre les préceptes du christianisme et ceux de la médiation est frappante : il en va ainsi notamment du rôle de catalyseur du médiateur, du caractère a-légaliste des solutions, de la considération dont jouissent les opposants ou encore du concept de réconciliation. Prendre conscience de cette proximité conduit à mesurer la force de pénétration de cette institution.

Il convient aussi d'écarter une objection qui consisterait à se demander comment l'influence chrétienne pourrait spécifiquement s'exercer sur le concept de la médiation, cette dernière étant récemment instituée et ce, alors même que la religion chrétienne a plus de deux mille ans et que, durant des siècles, elle n'a pas généré l'institution de la médiation. La réponse tient dans la concomitance temporelle des influences. Une influence a un impact et est susceptible de se concrétiser par une réalisation lorsqu'elle se synchronise avec d'autres influences, chacune se légitimant mutuellement, chacune laissant sa marque dans le résultat découlant de forces convergentes.

Après avoir mis en évidence les affinités entre la médiation séculaire et les grands préceptes de la philosophie chrétienne (3.1.), il sera fait état de l'engagement concret en faveur de la médiation des acteurs catholiques et plus généralement chrétiens (3.2.), avant de présenter les « *maîtres à penser* » de la médiation (3.3.).

### 3.1. Les affinités entre la médiation séculaire et les grands préceptes de la philosophie chrétienne

Pour certains, la culture de la médiation serait « *sans origine* »<sup>410</sup>. Selon une seconde approche<sup>411</sup>, celle suivie ici, de profonds liens d'affinité existeraient entre la médiation séculière et les valeurs socioreligieuses prônées par le christianisme.

Au travers de la présentation des grands préceptes de l'idée chrétienne de la médiation, il s'agit ici de présenter brièvement les valeurs communes au christianisme et à la médiation sécularisée. Parmi ces grands préceptes seront présentés successivement : la figure du médiateur (3.1.1.), le couple conceptuel personne-relation (3.1.2), l'approche médiologique du conflit (3.1.3.), la dialectique de la médiation pour passer du « *mal* » au « *bien* » et la notion de réconciliation (3.1.4.), le passage de la violence réelle à la violence symbolique, à l'humanisation (3.1.5.) ainsi que la tradition anti-légaliste du christianisme illustrée par le « *Ne jugez point* » (3.1.6).

---

<sup>410</sup> Le développement de la médiation serait un phénomène « *qui se construit lentement, imperceptiblement au fil des impensés et des impensables de l'existence* », J. Faget, *La Médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville, Érès, 1997, p. 9.

<sup>411</sup> Pour J. Palard, la culture de la médiation puise des substrats dans la doctrine et les pratiques multiséculaires de l'institution catholique (J. Palard, *Médiation et institution catholique*, Archives de sciences sociales des religions, n°133, janvier-mars 2006).

### 3.1.1. La figure du médiateur

La médiation est au cœur de la tradition chrétienne en ce qu'elle permet d'unir les hommes à Dieu ainsi que les hommes entre eux<sup>412</sup>. La distance entre Dieu et l'homme, du fait du péché, étant radicale<sup>413</sup>, Dieu ne peut sauver l'homme sans passer par un médiateur : tel est le rôle de Jésus-Christ. Comme le Christ, qui est à égale distance de Dieu et des hommes<sup>414</sup>, le médiateur se tient à égale distance des parties et est ce « *moyen terme* » grâce auquel la médiation est possible<sup>415</sup>. La médiation humaine se distingue évidemment de la médiation christologique par son refus de toute verticalité<sup>416</sup>.

### 3.1.2. Le couple conceptuel personne-relation

Les notions de personne et de relation ainsi qu'une vision optimiste de la personne humaine<sup>417</sup> - qui affirme la capacité de celle-ci à chercher la paix et à dépasser le cycle violent de la vengeance -, trouvent leur source dans l'Évangile. En effet, l'Évangile s'appuie sur la reconnaissance de chaque individu ainsi que sur ses capacités à écouter, s'exprimer, se remettre en question, décider ou encore admettre la souffrance de l'autre. L'importance de la relation y est également valorisée.

---

<sup>412</sup> Voir l'ouvrage du théologien jésuite B. Sesboüé : *Jésus Christ l'unique médiateur. Essai sur la rédemption et le salut*, Paris, Edition Desclée, coll. « *Jésus et Jésus-Christ* », 2<sup>e</sup> éd., 2003.

<sup>413</sup> La compromission au mal de l'homme l'a condamné à être « *loin* » de Dieu. Dès lors, même s'il aspire au salut, l'homme ne peut se sauver lui-même.

<sup>414</sup> En vertu de sa double nature « *humano-divine* » (B. Sesboüé, *op. cit.*, p. 104).

<sup>415</sup> Le médiateur s'appréhende comme un « *point* », un « *lieu de passage* » permettant d'établir un dialogue entre les parties en vue de surmonter le conflit : « ... (*mi-lieu*) est un lieu central de rencontre et de passage de deux partenaires, un lieu qui leur est commun et qui les réunit » (B. Sesboüé, *op. cit.*, p. 104).

<sup>416</sup> En outre, le médiateur humain est sans parti pris, alors que le Christ prend parti pour l'homme tout en étant résolument tourné vers Dieu.

<sup>417</sup> À l'image de Dieu, la personne humaine est caractérisée par la raison et le langage, la liberté et la responsabilité.



### 3.1.3. L'approche médiologique du conflit

Les options pour mettre fin à un conflit sont limitées : « *victoire/défaite* » ou « *réconciliation/paix* ». C'est sans doute influencé par la tradition chrétienne que le médiateur a privilégié cette seconde option : partant du conflit - qui reste une relation ainsi que le lieu de la transformation et de l'évolution personnelle -, le médiateur a pour objectif de faire dégager par les parties elles-mêmes, grâce au dialogue, une solution équitable pour tous.

### 3.1.4. La dialectique de la médiation pour passer du « *mal* » au « *bien* » et la notion de réconciliation<sup>418</sup>

L'approche contemporaine de la médiation implique un processus qui va du « *mal* » au « *bien* ». Le « *mal* » correspond au contexte initial qui justifie le recours à la médiation, à savoir une situation conflictuelle qui est insurmontable tant que l'action médiatrice d'un tiers n'intervient pas pour permettre de la dépasser. Quant au « *bien* », il s'agit de la fin poursuivie

---

<sup>418</sup> Le discours de la réconciliation a connu un succès grandissant au XX<sup>e</sup> siècle, dans le contexte des grandes guerres européennes, de la décolonisation ou encore de la fin des régimes totalitaires ou d'apartheid et s'est vu approprié par les acteurs de la médiation dès les années 1970. Dans la vie politique, les gestes symboliques de réconciliation se sont multipliés : entre la France et l'Allemagne, en Colombie, en Afrique du Sud... S'agissant plus particulièrement de l'Afrique du Sud, la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) avait vocation à promouvoir une « *médiation restauratrice* », à faire émerger une « *vérité dans la relation* ». Son succès serait dû à la religiosité de la société sud-africaine et à la culture du pardon. Monseigneur Tutu notait « *Il n'y a pas de futur possible sans pardon* » et donnait un ton religieux aux procédures de la CVR en ouvrant et fermant les séances par des prières et des chants (voir M. Young, « *Profond et immense : le TRC sud-africain et la médiation qui transforme* », dans B. Brenneuer (dir.), *Panorama, op. cit.*, p.227-232).

par la médiation, à savoir la réconciliation<sup>419</sup> et la paix, c'est-à-dire un bien plus authentique que la simple résolution du conflit<sup>420</sup> envisagée au départ.

La réconciliation telle qu'elle a été pensée par la Bible<sup>421</sup>, avant d'être reprise aujourd'hui par les penseurs des MARD, est l'objectif éthique de la médiation : là où le jugement amène les parties à s'enfermer dans le conflit pour aspirer à un règlement gagnant/perdant et, *in fine*, déconstruit l'humanité par le cycle de vengeance/violence qui se perpétue<sup>422</sup>, le processus médiologique vise plus loin que la simple fin du conflit et cherche la réconciliation<sup>423</sup>, objectif ultime de la médiation.

### 3.1.5. De la violence réelle à la violence symbolique, à l'humanisation

Le procès comme la médiation sont appelés à éviter la violence physique, transmutée dans une violence symbolique : sous forme de droit et de procédures pour le premier<sup>424</sup>, de langage et de dialogue pour la seconde. La médiation se situe toutefois à un plan plus fondamental que le règlement juridique : avec ce dernier, les parties peuvent perpétuer à

---

<sup>419</sup> L'évolution de l'homme dans le processus de réconciliation est centrale et l'étymologie grecque du mot « *réconcilier* » (*katallassô*, *sunallassô*) traduit cette idée de changement, signifiant une situation ou quelqu'un est « *rendu autre* ».

<sup>420</sup> Le « *bien* » recherché a une double nature : éthique (le dialogue, la réconciliation, la recherche commune d'une solution) et psychologique (la réconciliation est source de satisfaction puisqu'elle permet de surmonter non seulement le conflit initial mais aussi de poser un nouveau regard sur le « *bien* » même que les parties pensaient initialement poursuivre).

<sup>421</sup> Le terme de réconciliation est important dans les Écritures, quasiment synonyme du Salut, car rétablissant l'Alliance rompue entre Dieu et l'homme (L. Barth, *Dogmatique*, Vol. IV : *La doctrine de la réconciliation*, t. 1, 1, Genève, Labor et Frides, 1966, t. 17, p. 22 et B. Sesboüé, *op. cit.*, p. 382, 387).

<sup>422</sup> La judiciarisation d'un différend l'élève à un niveau de conflictualité supérieur, les deux parties s'opposant au tribunal en vue de la victoire de l'une d'entre elles seulement. La justice dit le droit et sa vérité, désignant qui perd et qui gagne. Aucune réconciliation ici, puisqu'une partie se sentira nécessairement lésée.

<sup>423</sup> Entrer en médiation, c'est viser plus loin que la simple fin du conflit pour aboutir à une réconciliation relationnelle.

<sup>424</sup> La violence initiale, qui a conduit au conflit, et le « *mal* » éthique et physique, ne sont pas supprimés. Par-delà le jugement, la relation demeure conflictuelle, peut-être l'est-elle encore davantage.

l'infini leur ressentiment<sup>425</sup>, tandis qu'en levant les obstacles au dialogue, la médiation fait, en principe, advenir le bien de la paix.

### 3.1.6. « *Ne jugez point* » : la tradition anti-légaliste du christianisme

La tradition anti-légaliste du christianisme influence et favorise la recherche de solutions alternatives au jugement. Alors que d'autres religions accordent à la Loi<sup>426</sup> un rôle plus essentiel<sup>427</sup>, tant le christianisme que l'approche du droit naturel relativisent ce rôle<sup>428</sup>. Avec le Christ, la logique de la justice au sens strict et de la Loi est remplacée par une logique de responsabilité et d'amour<sup>429</sup>, de foi<sup>430</sup> et de pardon<sup>431</sup> ainsi que par une justice qui s'abstient de punir<sup>432</sup>. C'est en pensant la Loi par rapport à l'Autre, exclu, que le christianisme finit par donner la priorité à l'homme sur la Loi<sup>433</sup>.

---

<sup>425</sup> La médiation pouvant échouer, en cas d'impasse, le jugement final vient clore, d'autorité, le conflit.

<sup>426</sup> Dans la tradition juïque, la Torah, dont les livres ont été révélés à Moïse par Dieu, incarne la Loi reçue par Israël.

<sup>427</sup> Leo Strauss, « *Cohen et Maïmonide* », trad. Corine Pelluchon, *Revue de métaphysique et de morale*, juin 2003/2, n° 38, PUF, p. 233-275 : « *C'est la pensée de la Loi, du nomos, qui unit Juifs et Grecs : la pensée de l'ordre concret et obligatoire de la vie* ».

<sup>428</sup> Le christianisme, à partir de la critique radicale de l'apôtre Paul, selon qui « *le Christ est la fin de la Loi* » et le droit naturel, en ce qu'il « *établit un système de normes abstrait, que le droit positif doit remplir et rendre utilisable* » (Leo Strauss, « *Cohen et Maïmonide* », *Ibid*).

<sup>429</sup> Jésus ne prétend pas abolir la Loi juive, mais l'accomplir, la parfaire avec le commandement de l'amour.

<sup>430</sup> À plusieurs reprises, Paul parle d'une justice qui dépasse celle de la Loi, à savoir la justice de la foi en Jésus-Christ. Il évoque la « *loi de la foi* », la « *loi de l'Esprit* », la « *loi de la liberté* ».

<sup>431</sup> La Loi ne sauve pas : c'est ainsi qu'on pourrait résumer l'anti-légalisme du christianisme. Voir Ac 13.39 ; Ro 3.20 ; Ga 2.16, 2.21, 3.11.

<sup>432</sup> Lorsque Jésus se trouve devant la femme adultère, il refuse d'appliquer la Loi comme condamnation. Voir Jean 1:11. Les apôtres Jacques et Paul font écho à l'appel du Christ de ne pas juger. Jacques écrit : « *Qui es-tu pour juger le prochain ?* » (Jacques 4.12). Et Paul : « *Qui es-tu pour juger un serviteur d'autrui ?* » (Romains 14.4). Paul invite à privilégier au jugement le souci de l'autre : « *Reprenez les désordonnés, encouragez les craintifs, soutenez les faibles, ayez de la patience envers tous* » (1 Thessaloniens 5.14).

<sup>433</sup> Nietzsche reprendra à son compte, dans l'*Antéchrist* (1895), le précepte « *Ne jugez point* » (Matthieu 7.1, Luc 6.37), tout en étant critique quant aux déviations du christianisme par rapport à ce dogme. Dans ses commentaires de certains passages des Évangiles (§ 44 de l'*Antéchrist*), Nietzsche réitère à l'égard des chrétiens le même reproche que Jésus adressait aux Pharisiens, à savoir de se placer du côté de la Loi pour condamner le pêcheur. Selon Nietzsche, la Loi détruit les rapports humains au nom d'une abstraction (voir E. Marmursztejn,

Il est à noter que cette approche a-légaliste, non-légaliste voire anti-légaliste de la résolution des conflits intéresse certains juristes<sup>434</sup>.

### 3.2. L'engagement concret en faveur de la médiation des acteurs catholiques et plus généralement chrétiens

L'hypothèse de liens profonds entre la médiation et les valeurs socioreligieuses prônées par le christianisme se trouve consolidée lorsqu'est examiné l'engagement concret, sur le terrain, des acteurs catholiques, plus largement de culture chrétienne, en faveur de la médiation ainsi que leur rôle dans le développement de la médiation.

Au moment où les appareils politiques se trouvent bousculés et où les mécanismes traditionnels de gestion des rapports sociaux sont en crise, le savoir-faire spécifique de l'Église dans le traitement des conflits trouve à se déployer, l'Église entendant œuvrer à la reconnaissance de son savoir-faire et promouvoir, dans le même temps, ses valeurs, en investissant le champ de la médiation et de la pacification des conflits.

Cette approche trouve sa concrétisation dans l'engagement d'acteurs spirituels ou religieux dans la solution de conflits : membres du clergé (papes<sup>435</sup>, prêtres...), leaders

---

« *Loi ancienne, loi nouvelle et normes chrétiennes dans la théologie scolastique du XIII<sup>e</sup> siècle* », *Revue de l'histoire des religions*, vol. 228, n° 4, « *L'Ordre chrétien médiéval entre le droit et la foi* », 2011, p. 509-539).

<sup>434</sup> J. Carbonnier a analysé des sociétés traditionnelles non légalistes dans lesquelles la coutume est comme une force de la nature et le droit n'est pas pensé comme une règle imposée, mais comme une paix, une concorde, un équilibre à atteindre par la conciliation et la réconciliation (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, [1972], 3<sup>e</sup> édition revue, PUF, 1994).

<sup>435</sup> Jean-Paul II a parfaitement assumé ce rôle de médiateur de paix, s'engageant, à peine élu, dans la médiation, entre l'Argentine et le Chili, qui fut un succès (F. Vio Valdivieso, *La mediación de su S.S. el Papa Juan Pablo II*, Santiago du Chili, Editorial Aconcagua, 1984 ; M. C. Greenberg, J. H. Barton and M. E. McGuinness (eds.), *Words Over War : Mediation and Arbitration to prevent deadly conflict*, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, 2000, p. 293-320). D'autres médiations papales, plus ou moins réussies, ont été mises en place au Mozambique au début des années 1990, au Moyen-Orient, en Colombie ou encore au Mexique, où au Chiapas, l'Église s'est révélée être un acteur politique majeur, accompagnant les zapatistes et le gouvernement fédéral vers la négociation et la pacification (Pilar Gil Tébar, « *Entre la médiation politique et la recomposition sociale* :

spirituels (Martin Luther King), associations religieuses (le Réarmement moral créé en 1938, le Conseil œcuménique des Églises créé en 1948...), ou encore, organisations chrétiennes comme la communauté Sant'Egidio<sup>436</sup>.

Ces médiateurs « *faith-based* », motivés par leurs croyances et valeurs religieuses, deviennent des acteurs de la médiation afin de « *réaliser les objectifs spirituels de leur foi* »<sup>437</sup>. Ils investissent l'espace public au travers de l'exercice de la médiation, revendiquant des compétences de « *pacification des relations sociales* » et de gestion « *plus consensuelle des conflits* »<sup>438</sup>.

Quant à l'Église, sur le plan politique, elle met en avant son ancrage dans les territoires et son approche de la proximité<sup>439</sup> tandis que sur le plan international et diplomatique, elle

---

*l'Église catholique dans le conflit du Chiapas* », *Archives de sciences sociales des religions*, 1997, n° 97, p. 63-72). Le Saint-Siège s'est également impliqué dans le rapprochement entre Cuba et les États-Unis.

<sup>436</sup> Créée à Rome en 1968, Sant'Egidio, « *Association laïque internationale de l'Église catholique* », évolue vers des stratégies plus politiques de médiation, notamment au Liban en 1982, puis dans des pays africains. Parmi ses succès, figure la signature, à Rome, le 4 octobre 1992, d'un accord de paix mettant fin à un conflit de plus de quinze ans au Mozambique (Jean-Louis Marret, « *Les ONG et la médiation de la paix : l'exemple de la communauté Sant'Egidio* », *Annuaire français de relations internationales*, 1, 2000, p. 1-11).

<sup>437</sup> " *Fulfilling spiritual purposes of one's faith*", dans les termes de Landrum Bolling de Mercy Corps. Voir: USIP, " *Faith Based NGOs and International Peace Building*", Special Report No. 76. Washington, DC : United States Institute of Peace, 2001; également, C. Sampson " *Religion and Peacebuilding*," in I.W. Zartman and L. Rasmussen (eds.), *Peacemaking in International Conflict : Methods and Techniques*, Washington, DC : United States Institute of Peace Press, 1997 ; Douglas Johnston, Brian Cox, *Faith-Based Diplomacy : Trumping Realpolitik*, New York : Oxford University Press, 2003 ; Jacob Bercovitch, S. Ayse Kadayifci-Orellana, " *Religion and Mediation : The Role of Faith-Based Actors in International Conflict Resolution*", *International Negotiation*, 14, 2009, p. 175-204. L'importance des missionnaires de la paix s'accroît en même temps que le recours à la médiation dans la solution des conflits internationaux. Les tentatives de médiation concernaient 20 % des conflits entre 1945 et 1962, 34 % entre 1963 et 1989, 64 % entre 1990 et 1996... International Crisis Behavior Project Data Archive, <https://sites.duke.edu/icbdata/> Données citées par J. Faget, *op. cit.*

<sup>438</sup> J.-P. Bonafé-Schmitt, « *La médiation, un nouveau mode de régulation sociale* », *Histoires de développement*, n° 20, décembre 1992, p. 35.

<sup>439</sup> Bien des situations contemporaines apparaissent comme des analogies de la médiation christologique. Ainsi, lors d'un conflit entre deux pays membres de l'ONU, celle-ci nomme un pays tiers pour mettre en place une médiation. Idéalement, le médiateur est un pays en situation d'amitié et de confiance avec chacun des deux pays en conflit. Mais la proximité ne suffit pas, il faut que le médiateur fasse aussi preuve de distance et d'impartialité. Une fois la médiation exercée, le médiateur se retire, ayant instauré ou restauré, au mieux, une

a assumé à de nombreuses reprises, et continue de jouer, un rôle de médiation<sup>440</sup> et de bons offices<sup>441</sup>. Ce faisant, il y a là pour elle un moyen de réaffirmer son rôle dans la société.

Il convient encore de relever que depuis plusieurs années, les institutions religieuses entendent conforter leur place dans la société<sup>442</sup>, notamment en tant qu'acteurs de la médiation, celle-ci étant entendue non pas comme un simple mode de résolution des conflits mais comme une véritable nouvelle forme de justice. La généralisation de la médiation, relayée par les institutions publiques, est en résonance non seulement avec la conception chrétienne des rapports sociaux mais aussi avec le principe de subsidiarité entre les pouvoirs<sup>443</sup> : selon cette philosophie, les conflits ne doivent pas être tous nécessairement traités par l'État, mais peuvent être réglés grâce à des intervenants sociaux, au plus près de la réalité des parties antagonistes. En face, l'État ne dédaigne pas l'investissement de l'Église

---

relation immédiate, un « *face à face pacifié* », au minimum un « *chacun chez soi* » affranchi de toute passion conflictuelle.

<sup>440</sup> L'idée de la médiation de l'Église a été formulée dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle par « *le pape des Lumières* », Benoît XIV, qui attribuait à la fonction de pape le rôle de médiateur.

<sup>441</sup> Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le Vatican multiplie les « *bons offices, médiations et arbitrages* », à commencer par la médiation de 1885 entre l'Espagne et l'Allemagne qui se disputaient les îles Carolines, non loin des Philippines.

<sup>442</sup> Au début des années 1980, le Secrétaire général de l'épiscopat ambitionne de promouvoir l'Église en tant que corps intermédiaire, à même d'entretenir le lien social dans les termes suivants : « *En ce monde l'Église peut être le sacrement de la guérison du corps social. [...] l'Église en tant que signe du salut est médiatrice de relations humaines et annonce la guérison en Dieu d'un corps social éclaté.* » (G. Defois, « *La mission dans la société et l'histoire* », dans *L'Église que Dieu envoie* (Assemblée plénière de l'épiscopat, Lourdes 1981), Paris, Le Centurion, 1982, p. 98-99. Cité par J. Palard, *op. cit.*).

<sup>443</sup> Pour illustrer le rôle de la subsidiarité, les promoteurs de la médiation comme Jean-François Six mettent en avant l'importance croissante des corps intermédiaires, dont les associations, à partir des années 1970 notamment. L'auteur a analysé deux grandes vagues de légitimation des acteurs associatifs en tant qu'acteurs de la médiation. La première s'est produite avec la mise en place d'un système de médiation pour les conflits sociaux et l'instauration du médiateur de la République intervenant dans les conflits entre les citoyens et l'administration. La seconde vague, que l'auteur situe vers la fin des années 1970, « *a accompagné le raz-de-marée du mouvement associatif : des personnes ont commencé à demander à des associations, proches de leur vie de tous les jours, des actes de médiation. Et ceci dans tous les domaines.* » (J.F Six, *Médiation et médiateurs, Études*, juillet-août 1993, p. 45, 53.)

qui repose sur des capacités avérées de « *contrôle et de pacification des relations sociales* » et de gestion « *plus consensuelle des conflits* »<sup>444</sup>.

C'est ainsi que le développement de la médiation finit par rejoindre la reconfiguration des rapports de pouvoir au sein de la société.

Au-delà de cet engagement d'acteurs religieux dans la promotion de la médiation, quel est l'impact du christianisme sur le développement inédit d'institutions et de pratiques de médiation dans tous les domaines ?

De nombreux médiateurs qui expliquaient leur engagement par leurs convictions religieuses ont été pionniers pour promouvoir la médiation, la conceptualiser et la répandre. Il en va ainsi des Quakers<sup>445</sup> ou encore des Mennonites<sup>446</sup>, lesquels, tous deux d'inspiration religieuse, ont concouru au développement pionnier de la médiation aux États-Unis<sup>447</sup>, les premiers avec la pacification par le bas, les seconds avec la justice restaurative.

---

<sup>444</sup> J-P. Bonafé-Schmitt, « *Avant-propos* », dans *La Médiation*, art. cit., p. 7.

<sup>445</sup> À cet égard, parmi plusieurs figures quakers marquantes qui illustrent cet engagement, Peter Woodrow, membre de l'American Friends Service Committee (*Quaker relief and development and conflict resolution organization*), revendique explicitement les raisons religieuses de son engagement qu'il qualifie « *d'expression de [s]es valeurs* » (P. Woodrow, entretien avec J. Portilla, 2003, <https://www.beyondintractability.org/audioplayer/woodrow-p>).

<sup>446</sup> S'agissant des Mennonites, leur rôle dans le développement de la médiation à partir des années 1970 est tout aussi central. Ce sont les Mennonites qui créeront au Canada les premières initiatives de médiation pénale. Ils promeuvent activement, comme l'illustre le cas de Howard Zehr, né en 1944, (Co-directeur du Zehr Institute for Restorative Justice), la *restorative justice*, nouveau modèle de justice qui entend redonner aux personnes et aux communautés la maîtrise et la responsabilité des conflits dans lesquels elles sont impliqués et qui les incite à rechercher elles-mêmes, par le dialogue, des solutions durables qui leur conviennent (voir notamment : *Mediating the Victim-Offender Conflict*, Mennonite Central Committee. Victim Offender Reconciliation Program, 1980 ; *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, Akron, Pennsylvania : Mennonite Central Committee, 1997 ; "Justice : Retribution or Restoration?", *Peacework Magazine on the web*, Avril 1999 ; voir également l'activité du chrétien mennonite John Paul Lederach (né en 1955) ; C. Sampson, J.P. Lederach (eds.), *From the Ground Up : Mennonite Contributions to International Peacebuilding*, Oxford, Oxford UP, 2000).

<sup>447</sup> J-P. Bonafé-Schmitt (« *Le mouvement "Victim-Offender Mediation" : l'exemple du Minnesota Citizen Council on Crime and Justice* », *Droit et Société*, 29, 1995, p. 57-77), parmi d'autres, a montré l'importance idéologique de ces « *passeurs d'idées* » que sont les Quakers (La Société religieuse des amis) dans la promotion aux États-Unis de la justice « *réparative* » (*restorative justice*) : une justice qui repose sur deux grandes valeurs

Tous les dispositifs de médiation - de la « *justice de voisinage* » (mise en place dans les années 1970 pour élargir « *l'accès au droit* ») à la « *médiation victime/offenseur* » - entendent promouvoir le paradigme « *réhabilitatif* » au détriment de celui « *rétributif* », et par là-même remettre en cause le monopole de la justice par des professionnels et par l'État.

Tous les acteurs « *faith-based* » de la médiation partagent la volonté de substituer au rapport d'autorité (le couple juge/délinquant) une relation plus horizontale (le couple victime/offenseur), qui met face-à-face les parties et qui est facilitée par l'action du médiateur<sup>448</sup>.

Parmi les autres figures majeures de la médiation qui revendiquent une inspiration religieuse et appartiennent à d'autres familles de pensée chrétienne, peuvent encore être cités, pour les États-Unis, le sociologue et théologien Peter Ludwig Berger<sup>449</sup> (1929-2017),

---

chrétiennes, l'idéal de la réconciliation et l'intervention de la communauté dans la résolution des conflits. L'action des Quakers suit une méthode qu'ils ont eux-mêmes élaborée, la pacification par le bas, basée sur une intervention peu directive et dont le but ultime est l'éducation pour la paix des parties en conflit. Les Quakers se sont d'abord penchés sur le développement de la médiation en milieu scolaire, élaborant un modèle de résolution des conflits qui brise le cycle de la violence, ancré dans la religion. Cependant, c'est leur rôle dans la solution de conflits internationaux qui est le plus déterminant. Dès 1947, ils reçoivent le prix Nobel de la Paix pour leur action en faveur de la réconciliation des peuples. Dans les années 1970, le mouvement Quaker intervient dans les conflits opposant l'Inde et le Pakistan, en Rhodésie, au Sri Lanka, au Moyen-Orient et au Nigéria. (C. H. Mike Yarrow, *Quaker Experiences in International Conciliation*, New Haven, Yale University Press, 1978). Ainsi, au Nigéria, les Quakers sont devenus les seuls tiers à bénéficier de la confiance des parties en conflit, lesquelles ont appris à se fier à leur philosophie selon laquelle « *there is god in everyone* », à leur engagement pacifiste durable et à leur neutralité avérée, à leur refus de la violence, donc à leur motivation d'essence spirituelle (C. Sampson, " *To Make the Real Bond between Us All: Quaker Conciliation during Nigerian Civil War*" in Douglas Johnston and Cynthia Sampson (editors), *Religion, the Missing Dimension of Statecraft*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 100-111). Parmi les Quakers, Kenneth Boulding (1910-1993) est considéré comme l'un des pères fondateurs des *Peace Studies*. Il crée, en 1957, le *Journal of Conflict Resolution* à l'Université de Michigan, en 1965, l'International Peace Research Association (IPRA) et, en 1970, le Consortium on Peace, Research and Education (COPRED).

<sup>448</sup> R. Cario, *La Justice restaurative, principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; S. Lefranc, « *Le mouvement pour la justice restauratrice : "An idea whose time has come"* », *Droit et société*, 63-64, 2006, p. 393-409.

<sup>449</sup> Sociologue et théologien qui se définit lui-même comme appartenant à la tradition libérale protestante, Peter Ludwig Berger (1929-2017) s'impose comme grand penseur de la médiation. Il dirige, à Boston University, l'Institute on Culture, Religion and World Affairs (CURA) qui, comme l'indique son titre, entend promouvoir le



pour la Norvège, l'universitaire Johan Galtung<sup>450</sup> (1930) ou pour la France, Jean-François Six<sup>451</sup> (1929).

### 3.3. Les « maîtres à penser » de la médiation

S'agissant des « maîtres à penser » de la médiation, trois grands penseurs aident à appréhender les sources de la médiation et à comprendre les ressorts sur lesquels elle repose : d'une part, Emmanuel Levinas et Paul Ricoeur, étant précisé que la pensée de ce dernier suit et prolonge celle du premier, d'autre part, Jürgen Habermas.

---

rôle de la religion dans les relations internationales, se penchant sur l'influence contemporaine des valeurs religieuses et le rôle public des acteurs religieux et spirituels. Berger apporte surtout sa contribution à l'étude et à la défense des « *mediating structures* » (la famille, la paroisse, les associations), soulignant leur importance en tant que médiateurs entre l'individu et l'État (voir notamment *The Limits of Social Cohesion : Conflict and Mediation in Pluralist Societies* (A Report of the Bertelsmann Foundation to the Club of Rome), 1998).

<sup>450</sup> Sans être croyant, mais revendiquant une inspiration religieuse, l'universitaire norvégien Johan Galtung (1930) est une autre figure majeure de la « *peace mediation* », considéré comme le fondateur de l'irénologie, la science de la paix. En 1959, il fonde le Peace Research Institute Oslo (PRIO), le premier centre académique dédié aux « *peace studies* », qu'il dirige jusqu'en 1970. En 1964, il crée le *Journal of Peace Research* et, en 1993, il cofonde TRANSCEND : A Peace Development Environment Network, un réseau pour la transformation des conflits par des moyens pacifiques. Galtung considère que les religions sont une boîte à outils (« *tool box* ») inestimable dans la quête de la paix, grâce à leur modèle éthique et à la promotion de la non-violence. Il élabore des concepts structurants pour la médiation comme la distinction entre *negative peace* (il est uniquement mis fin au conflit violent) et *positive peace* (approche globale qui requiert des relations de collaboration et d'entraide entre les parties) ou encore l'opposition à toute « *violence structurelle* » qui résulte de la pratique du pouvoir étatique (Johan Galtung, *Essays on Peace Research*, Copenhague, Ejlers, 1975).

<sup>451</sup> Ordonné prêtre en 1956, Jean-François Six (né en 1929) fonde et dirige l'Institut de formation à la médiation (1987) et le Centre national de la médiation (1988). Jésuite devenu « *Pape de la médiation* » en France, il n'hésite pas pour autant à critiquer la tendance française à aborder d'emblée la médiation en termes religieux, en déplorant la multiplication des « *grand'messes* » où les participants répètent « *les mêmes litanies* » et ce, même si certains qualifient ses travaux de « *prosélytes* » (J. Faget, « *Les métamorphoses du travail de paix : état des travaux sur la médiation dans les conflits politiques violents* », *Revue française de science politique*, 2008/2 (Vol. 58), p. 309-334). Dans ses publications consacrées à la médiation à partir des années 1990, J.-F. Six entend définir une approche « *pastorale* » de la médiation, doublement critique : envers l'approche binaire états-unienne et contre l'approche professionnalisante de la médiation (J.F Six, *Le Temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 1990, *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995, *Les Médiateurs*, Paris, Le Cavalier bleu, 2003, « *Médiation et médiateurs* », *Études*, juillet-août 1993, p. 50).

Ces penseurs ont imprégné la société contemporaine d'une pensée tournée vers autrui, laquelle a contribué à pousser toutes les organisations humaines à recevoir favorablement la médiation.

Outre ces penseurs de la médiation (3.3.1.), d'autres sources d'influence ont également contribué à l'essor de la médiation : la culture libérale pacifiste ou encore les techniques puisées dans la psychologie comportementale (3.3.2.).

### 3.3.1. Les penseurs de la médiation

À la présentation de la pensée d'Emmanuel Levinas et de celle de Paul Ricoeur (3.3.1-1), succèdera la présentation de celle de Jürgen Habermas (3.3.1-2).

#### 3.3.1-1 Emmanuel Levinas et Paul Ricoeur

Se retrouvent dans la pensée d'Emmanuel Levinas (1906-1995) des concepts qui sont au cœur des approches de la justice alternatives au procès, à savoir l'éthique de la responsabilité<sup>452</sup>, le tiers<sup>453</sup> et la bonté<sup>454</sup>. Plus généralement, la pensée, profondément originale, de l'éthique d'autrui d'Emmanuel Levinas aide à comprendre les sources de la médiation.

Dans le sillage de Levinas, Paul Ricoeur (1913-2015) est le penseur de la « *conciliation* » par « *l'éthique de la réciprocité* ». Ses travaux nourrissent la réflexion sur la médiation dans

---

<sup>452</sup> De *Totalité et Infini* (1961) à *Éthique et infini* (1982), Emmanuel Levinas se penche sur l'« *épiphany du visage* », une rencontre éthique à la base d'une éthique de la responsabilité très exigeante.

<sup>453</sup> Dans *Autrement qu'être ou Au-delà de l'essence* notamment, Levinas aborde la question du tiers, condition de la société, et donc de la justice (E. Levinas, *Autrement qu'être ou Au-delà de l'essence*, Paris, LGF, Le Livre de poche, coll. « *Biblio-essais* », 1990 ; voir F. Ciaramelli, « *Le refus de l'immédiat : Remarques sur Levinas et la question de la justice* », *Revue internationale de philosophie*, 2006/1 (n° 235), p. 61-74).

<sup>454</sup> Le père Henri-Dominique Lacordaire disait que la bonté est « *la plus grande médiatrice* », et c'est Levinas qui a magnifié la bonté participant du souci de l'autre (voir la référence de J.-F. Six à Levinas (*Les Médiateurs*, *op. cit.*, p. 97) ; E. Levinas, « *Les droits de l'homme et les droits d'autrui* », *Hors sujet*, Fata Morgana, 1997, 157-170).

la mesure où Ricœur place la reconnaissance au cœur du lien social<sup>455</sup>, ce qui le conduit à affirmer l'importance de la sollicitude envers l'autre : la sollicitude « *qui donne son sens immédiat au regard, à la main tendue*<sup>456</sup> ».

Ricœur élabore une véritable « *éthique de la réciprocité* », fondée sur une « *dimension dialogale*<sup>457</sup> », sans laquelle les MARD ne seraient pas concevables. Les analyses de Ricœur sont marquantes pour le développement des MARD dans la mesure où il situe la justice au plan éthique autant qu'au plan moral, voire légal : « *le sens de la justice ne s'épuise pas dans la construction des systèmes juridiques qu'il suscite* »<sup>458</sup>. Souvent, note Ricœur dans *Le problème du fondement de la morale*<sup>459</sup>, « *nous pensons qu'il nous est demandé de prendre une décision, alors qu'il nous est d'abord demandé de laisser s'ouvrir un champ de possibilités inédites* »<sup>460</sup>. Ricœur situe donc le juste « *à mi-chemin de la morale et de la politique* », « *entre le légal et le bon* »<sup>461</sup>, concluant à la supériorité de l'équité sur la justice abstraite<sup>462</sup>. La quête de la justice doit s'inscrire dans la perspective d'une *sagesse pratique* : entre le *bon* et le *légal*, le *juste* et l'*équitable*<sup>463</sup>.

---

<sup>455</sup> P. Ricœur, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Stock, 2004.

<sup>456</sup> *L'éthique, la morale et la règle*, *Autres temps*, Comité éditorial du Fonds Ricœur, n° 24, 1989-1990, p. 59.

<sup>457</sup> P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, p. 212.

<sup>458</sup> P. Ricœur « *Le juste entre le légal et le bon* », *Lectures I : Autour du politique*, Paris, Seuil, Collection « *Points Essais* », p. 176 et suiv. ; *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>459</sup> P. Ricœur, « *Le problème du fondement de la morale* », *Sapienza* (Rivista internazionale di Filosofia e di Teologia), n° 3, 1975, p. 313-337.

<sup>460</sup> « *Le problème du fondement de la morale* », *op. cit.*

<sup>461</sup> « *Éthique et morale* » ; « *Le juste entre le légal et le bon* », *op. cit.*

<sup>462</sup> Il s'inscrit encore dans le sillage d'Aristote qui notait : « *La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude.* » Et Aristote de conclure : « *Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité* » (*Éthique de Nicomaque*, V. 14, 1137 b 26-27).

<sup>463</sup> L'équitable désignant « *la figure que revêt l'idée du juste dans les situations d'incertitude et de conflit ou, pour tout dire, sous le régime ordinaire ou extraordinaire du tragique de l'action* ». *Le Juste I*, Paris, Esprit, 1995, Avant-propos, p. 27.

### 3.3.1-2 Jürgen Habermas : de la conception de la source du droit à l'autonomie des individus dans le règlement de leurs conflits

Jürgen Habermas, en conceptualisant et divulguant une théorie de la relation et de la discussion qui a eu un impact sur la pensée moderne des concepts d'État, de source du droit et de légitimité des lois<sup>464</sup>, peut être cité parmi les penseurs laïcs qui, du fait de leur rayonnement mondial, ont contribué à l'émergence de la médiation.

Habermas a participé à la rénovation profonde des idées classiques sur l'origine de la constitution des États, sur les sources du droit ainsi que sur la relation entre sujets de droit et, ce faisant, a contribué à remettre en cause les concepts « *surplombants* », eux-mêmes issus des conceptions sur l'origine des États et des sources du droit<sup>465</sup> qui permettaient de régir toutes les relations assurant la paix sociale.

De ces idées nouvelles découle directement une conception nouvelle de la justice, du juste ainsi que de la légitimité des lois, conception qui engendre elle-même une conception nouvelle de la gestion des conflits.

Pour Habermas, en effet, le droit est une norme instaurée par la force légitimante de la discussion (« *seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient trouver*

---

<sup>464</sup> J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, 1992 (ré-édition, Paris Flammarion, coll « *Champs* » 2013 p 17).

<sup>465</sup> O. de Frouville, dans son étude « *une conception démocratique du droit International* » parue dans la revue Européenne des Sciences sociales numéro 120/2001 page 101 -144 (référence électronique XXXIX- 120/12001, mis en ligne le 01 juillet 2001), retrace l'évolution des conceptions de la source du droit, en rappelant les théories du passé sur la conception du droit et de la Loi qui avaient été développées à l'occasion des théories sur l'état et la souveraineté, concepts indissociables de l'origine du droit et de la légitimité de la loi : Bodin dans les Six Livres de la République affirme l'État comme force normative, la loi étant le commandement du souverain. Hobbes - Rousseau - Locke fondent la légitimité de l'État et la théorie du droit sur le droit naturel et sur le contrat social qui paraît l'acte indispensable pour éviter la guerre permanente de l'état naturel. Georges Scelle considère que la coutume constitue la source intuitive et collective du droit qui ainsi ne tire pas sa force de l'acceptation individuelle de ceux qui y sont soumis mais bien de la contrainte sociale qu'elle exerce *de facto*. Hans Kelsen considère que la légitimité de toute règle réside dans sa conformité à la règle supérieure au risque de confondre la légitimité et la force du pouvoir.

*l'accord de tous les concernés en tant qu'ils participent à une discussion pratique* »), l'activité communicationnelle des individus, conduisant à l'élaboration d'un droit rationnellement fondé et, par conséquent, légitime.

Par conséquent, les institutions étatiques ordinairement chargées de la mise en vigueur des règles « *surplombantes* » ne pouvaient, avec le temps, que voir leur utilité et leur efficacité devenir discutables. En situant la source du droit dans la communication ainsi que dans la discussion libre entre les individus se trouve en outre réglée la contradiction entre liberté et contrainte qui existait dans les précédentes conceptions.

Dès lors que la source du droit se situe dans la discussion dans « *l'espace public* »<sup>466</sup>, « *l'intercommunication* » entre individus, qui sont certes en conflit mais jouissent de la liberté, peut recréer les normes utiles au règlement de leur conflit.

Ces conceptions nouvelles ont eu d'autant plus de force qu'elles débouchent sur un espoir d'harmonie (voire une « *paix perpétuelle Kantienne* ») dans une société régie par des normes issues non plus de la verticalité mais de l'horizontalité entre les individus. Ces nouvelles approches des sources de droit ont eu un effet sur l'appréciation des conflits privés et des moyens de leur résolution.

Le concept de l'horizontalité et de la vertu de la discussion permet d'accorder plus de considération aux diverses opinions, intérêts ou individus en présence, même lorsqu'ils sont en conflit. Cette horizontalité oblige à un échange de points de vue et à un état de paix

---

<sup>466</sup> Z. Benrahal Sergini et C. Matuszak « *Lire ou relire Habermas : lectures croisées du modèle de l'espace public habermassien* », *Etudes de communication*, 32/2009 mis en ligne le 01 juin 2011 : <https://journals.openedition.org/edc/868>.

minimum indispensable à une communication conduisant elle-même à un accord constituant une paix stable<sup>467</sup>.

Cette pensée a nécessairement eu un impact sur les réflexions relatives aux modes de résolution du conflit et contribué à l'émergence de la médiation.

La communauté des concepts et de la terminologie entre les écrits de J. Habermas et ceux couramment utilisés en médiation est d'ailleurs indéniable :

*« l'égal respect de la dignité de tout un chacun »,*

*« rapports de reconnaissance réciproques », ou encore,*

*« empathie ».*

3.3.2. D'autres sources d'influence dans la promotion de la médiation : la culture libérale pacifiste et les techniques puisées dans la psychologie comportementale

La culture libérale pacifiste ou encore les techniques puisées dans la psychologie comportementale ont également contribué à l'essor de la médiation et témoignent de la

---

<sup>467</sup> Pour Habermas, toute législation est légitime lorsque les destinataires du droit peuvent se comprendre comme en étant les auteurs. Le droit n'est pas une contrainte juridique mais un devoir dicté par la raison. La source du droit légitime repose sur une procédure institutionnalisée du principe de discussion (J. Habermas, *« Théorie de l'agir communicationnel 1981 »* (réédition, Paris, Fayard, 1987), Tome 1 Rationalité de l'agir et rationalisation de la société) : *« les morales (...) font valoir l'inviolabilité des individus en exigeant l'égal respect de la dignité de tout un chacun mais elles protègent dans la même mesure les rapports intersubjectifs de reconnaissance réciproques par lesquels les individus se maintiennent comme membres d'une communauté. À ces deux principes complémentaires correspondent les principes de justice et de solidarité. Alors que l'un postule l'égal respect et l'égalité des droits pour chaque individu, l'autre exige l'empathie et assistance pour le bien être du prochain (...) »* (J. Habermas, *« De l'éthique de la discussion »* 1992, ré-édition Paris Flammarion, coll « Champs », 2013 p 21).

spécificité de celle-ci. La présentation du rôle de la culture libérale pacifiste dans la promotion des ADR (3.3.2-1) sera suivie de celle des techniques puisées dans la psychologie comportementale (3.3.2-2).

### 3.3.2-1 Le rôle de la culture libérale pacifiste dans la promotion des ADR

La culture de gauche libérale pacifiste des années 1970, hostile à l'*establishment* et à la politique extérieure américaine a contribué aux développements des modes alternatifs de résolution des conflits. Dans les universités, l'approche des *Critical Legal Studies* fournit un corpus conceptuel mobilisé dans la création d'un grand nombre de programmes sous la bannière des *Alternative Dispute Resolution* (ADR). L'activisme de juristes radicaux et de militants sociaux (notamment dans le cadre des *Neighbourhood Justice Centers*) étend la médiation à tous les domaines de la vie sociale : judiciaire (*Victim offender mediation, Family mediation*), social (*Community boards* de San Francisco), scolaire (*peer mediation*). Ces initiatives disparates partagent l'ambition de dés-institutionnaliser et de dé-professionnaliser le règlement des conflits, en en transférant la gestion et la responsabilité aux parties<sup>468</sup>.

Parmi les « *pères fondateurs* » des techniques ADR, Roger Fisher<sup>469</sup> (1922-2012) s'est illustré en proposant une nouvelle technique universelle de « *conflict management* »,

---

<sup>468</sup> J. Faget, « *Les métamorphoses* », *op. cit.*; J-P. Bonafé-Schmitt, « *Le mouvement* », *op. cit.*

<sup>469</sup> En 1959, R. Fischer intègre la faculté de droit de Harvard pour élaborer, dans le cadre d'un *Project on Negotiation*, une approche basée sur la compréhension et l'écoute, alternative au recours au procès (*adjudication*) (Sandrine Lefranc, « *Du droit à la paix : la circulation des techniques internationales de pacification par le bas* », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2008/4 (n° 174), p. 48-67). À partir de 1984, Fischer crée le Conflict Management Group (aujourd'hui absorbé par Mercy Corps) pour développer des initiatives de pacification « *par le bas* ».

exposée dans un best-seller<sup>470</sup> publié en 1981 avec Bill/William Ury et grâce à laquelle il a acquis une notoriété internationale. Qualifiée de négociation « *win win* », la méthode est fondée sur l'identification des intérêts communs aux parties adverses, au-delà des positions initiales exprimées dans le conflit.

### 3.3.2-2 Les techniques puisées dans la psychologie comportementale

Penseur de référence dans les domaines de la psychologie clinique, de la psychothérapie, de la relation d'aide et de la médiation, Carl Rogers (1902-1987)<sup>471</sup>, qui est influencé par la pensée du philosophe et théologien danois Søren Kierkegaard (1813-1855)<sup>472</sup>, a fourni plusieurs outils et techniques qui, par la grande attention qui y est faite à la personne humaine<sup>473</sup>, sont directement et largement mobilisés par les médiateurs. Les principes développés par Rogers ont été éprouvés dans la résolution des conflits internationaux<sup>474</sup>.

Les fondements de l'approche « *centrée sur la personne* » (*Person-Centered Approach*) de Carl Rogers sont les suivants : envisager chaque individu comme digne de considération, reconnaître à l'autre sa pleine valeur d'être humain, porter sur lui un regard chaleureux...

---

<sup>470</sup> Roger Fisher et William Ury, *Getting To Yes : Negotiating Agreement Without Giving In*, Boston, Houghton Mifflin, 1981, en français : *Comment réussir une négociation ?*, Paris, Seuil, 1982.

<sup>471</sup> Rogers grandit lui aussi dans une famille profondément ancrée dans la religion chrétienne et dans le sens du devoir. Lors de ses études, il s'oriente vers la théologie mais vit une crise de la foi qui l'amène à douter des doctrines religieuses. Il se tourne vers la psychologie et deviendra, en 1952, président de l'American Academy of Psychotherapists.

<sup>472</sup> Auteur notamment de *Crainte et tremblement* [1843], Paris, Rivages, 2000.

<sup>473</sup> À cet égard, il est séduit par l'importance qu'accorde Kierkegaard à la réalité humaine concrète, au choix et à l'engagement de l'individu unique.

<sup>474</sup> Rogers lui-même a été sollicité pour dénouer des conflits sociaux et internationaux, étant intervenu en Irlande, Amérique Centrale, Afrique du Sud... Son action lui valut d'être nommé pour le prix Nobel de la Paix en 1987, l'année de sa mort.



Cette méthode qui met en avant la qualité de la relation<sup>475</sup> entre le thérapeute et le patient - transposable à la qualité de la relation entre le médiateur et les médiés - est fondée sur trois grandes attitudes fondamentales : l'empathie, le regard positif inconditionnel et la congruence<sup>476</sup>. Rogers invite le médiateur à développer une véritable « *qualité d'être* » et à cultiver la relation, bien plus importante à ses yeux que la compétence technique<sup>477</sup>.

Tous les engagements pionniers précités ont été suivis par une professionnalisation croissante des intervenants, passés du statut de militants à celui de médiateurs pourvus de techniques d'intervention.

Les formations universitaires se sont multipliées, telles, aux États-Unis, celles de la Harvard Law School ou du Massachusetts Institute of Technology tandis que des réseaux se sont constitués, comme le Negotiation Network<sup>478</sup>. En France également, le développement de la médiation laïque dédiée au règlement des litiges entre les hommes requiert des médiateurs formés. L'institution ecclésiastique s'est naturellement trouvée légitime et déclarée volontaire pour prendre en charge la formation de médiateurs laïcs<sup>479</sup>.

---

<sup>475</sup> Rogers invite à cultiver la relation, bien plus importante à ses yeux que la compétence technique (voir l'interview de Carl Rogers par Armand Touati, *Journal des Psychologues*, n° 23, 1984).

<sup>476</sup> L'empathie ou l'aspiration à comprendre l'autre sans porter de jugement de valeur ; la considération positive inconditionnelle ou l'écoute pour permettre à la personne de se découvrir ; la congruence ou l'accompagnement de la personne vers l'autonomie par rapport au médiateur (*L'Approche centrée sur la personne*, trad. H. G. Richon, Lausanne, Randin, 2001 ; voir également Jean-Claude Filloux, « *Carl Rogers, le non-directivisme et les relations humaines* », *Bulletin de psychologie*, t. 16, n° 214, 1963, p. 321-325).

<sup>477</sup> Voir l'interview de Carl Rogers par Armand Touati, *Journal des Psychologues*, n° 23, 1984.

<sup>478</sup> Le Negotiation Network comprend la Fondation Carter, George Mason University, Harvard, Uppsala ou encore la World Conference on Religion and Peace.

<sup>479</sup> Ainsi, l'Institut Catholique de Paris s'est imposé comme un centre de formation de référence des médiateurs. Créé en 1998 et dirigé par Stephen Bensimon, l'Institut de Formation à la médiation et à la négociation (IFOMENE) propose plusieurs formations certifiantes et diplômes universitaires, ainsi qu'un diplôme d'État dans le domaine de la médiation pour favoriser la recherche de « *solutions négociées au règlement des conflits* ». C'est le leader parmi les centres de formation à la médiation et la négociation en France, avec plus de trois cents médiateurs formés chaque année à Paris, et plus de quatre cents dans les régions et à l'international. (<https://www.icp.fr/a-propos-de-l-icp/decouvrez-l-icp/facultes-et-instituts/ifomene-institut-de-formation-a-la-mediation-et-a-la-negotiation-1602.kjsp>).

\*

L'analyse qui précède sur les influences idéelles illustre la manière dont les fondements éthiques, ancrés dans la religion, jouent un rôle important dans la diffusion de la médiation. En découlent des questions de fond sur l'évolution de la conception de justice et sur l'avenir de l'approche judiciaire des conflits, la prépondérance de cette dernière étant aujourd'hui remise en question.

Plus généralement, l'analyse des influences idéelles a montré que la justice ne s'entend plus au sens strict et ne se réduit pas à un acte d'autorité tranchant le litige. En s'ouvrant aux MARD, la justice devient plus ambitieuse pour répondre à l'idéal d'un surcroît d'humanité dans le service de la justice. La justice entend restaurer et préserver le lien, transmuter la discorde en harmonie et l'adversaire en partenaire. Elle intègre la discussion et ne se contente plus de la rigueur de la solution légale mais vise l'harmonie d'un accord trouvé et accepté par les parties.

En favorisant les MARD et, ce faisant, en contribuant à la diversification du service de justice, l'État ne poursuit pas uniquement des visées efficacitéires ; cette démarche, à laquelle adhère la société, correspond aussi et surtout à une « *poussée éthique* » se traduisant tout particulièrement par l'aspiration à une justice apaisée. Toute démarche est bonne si elle permet de parvenir à la paix. Si recherche d'efficacité il y a, ce n'est pas exclusivement une efficacité économique mais une efficacité éthique : la multiplication des approches de résolution des conflits a pour but l'identification de solutions mieux acceptées et *in fine* plus justes.

## **Conclusion du Chapitre 2**

La médiation ayant gagné une place importante dans l'esprit des juridictions étatiques et bénéficiant d'une adhésion internationale, l'identification des sources dont elle résulte était nécessaire.

La médiation (et plus généralement les MARD) n'est pas une institution simplement dictée par le modèle économique du néo-libéralisme ; ses sources, qui sont nombreuses, sont aussi largement idéelles.

La place prise par l'individu dans la société, la multiplication des droits subjectifs et ses corollaires (le consensualisme et la liberté contractuelle), la pacification des rapports sociaux, l'influence de la religion, la voix des grands penseurs de la fin du XX<sup>e</sup> siècle ont été autant de sources d'influence actives ayant contribué à l'avènement et à la promotion de la médiation.

Compte tenu du caractère multiple et profond de ces sources d'influence, la société s'est en réalité trouvée préparée pour accueillir la médiation et plus particulièrement la médiation judiciaire comme un mode de règlement des conflits qui ne contredit pas l'idée que les justiciables se font du rôle et du service de l'institution judiciaire.

En outre, au travers de la médiation judiciaire, les juges étatiques et les justiciables ont réalisé que la procédure n'excluait pas la possibilité de satisfaction contenue dans la paix contractuelle.

La médiation est alors rentrée avec d'autant plus de facilité et de force dans la vague plus générale du projet politique de la déjudiciarisation.

## **Conclusion de la PARTIE I**

La médiation judiciaire est entrée dans la législation sans grand débat, ni controverse. Il s'agissait pourtant de la naissance d'une institution qui participait d'un phénomène de grande ampleur, compte tenu notamment de sa capacité à produire un effet déterminant sur la place de la loi dans le règlement des conflits.

En une trentaine d'années, la médiation judiciaire a gagné une place extraordinaire dans l'esprit et la pratique des juridictions étatiques.

En pratique, les juridictions étatiques - considérant ne pas avoir de monopole dans le règlement des conflits - se sont appliquées à replier leur *jurisdictio* pour laisser se développer les MARD.

Les juridictions étatiques ont d'ailleurs publiquement fait connaître leur faveur pour les MARD et ce, tout d'abord en protégeant les clauses contractuelles prévoyant les MARD préalables obligatoires, puis en donnant en pratique une place privilégiée à la médiation judiciaire et enfin, en créant des liens officiels, voire militants, avec des institutions ayant vocation à assurer la promotion de la médiation.

Le point central de l'observation de l'évolution des MARD réside dans le fait que leur développement dépend de l'engagement des juges étatiques qui entendent en instituer la primauté.

S'agissant de la loi, elle a amplifié l'opportunité des MARD en en protégeant le déroulement par la suspension de la prescription durant ce dernier.

Quant au mouvement international d'adhésion aux MARD, il a donné un large écho à l'orientation que les États entendaient donner à l'institution.

L'importance du phénomène a incité tout naturellement à s'interroger sur les sources d'influences duquel il résulte.

Une analyse approfondie - au moyen d'une étude de la statistique des mots - a conduit à douter de l'idée selon laquelle cette institution serait simplement et directement le fruit du modèle économique néo-libéral.

C'est pourquoi il convenait de rechercher les sources d'influences ayant contribué à l'avènement du phénomène de la médiation. La compréhension plus complète des sources de ce phénomène a permis d'en mesurer la profondeur sociale.

Le caractère multiple et profond de ces sources d'influence (la place prise par l'individu dans la société, la multiplication des droits subjectifs et ses corollaires - le consensualisme et la liberté contractuelle -, la pacification des rapports sociaux, l'influence de la religion, la voix des grands penseurs de la société de la fin du XX<sup>e</sup> siècle) a révélé que la médiation répondait à un changement de société auquel l'institution judiciaire s'adaptait.

Fondée sur le consensualisme et la liberté, la médiation s'est révélée être un moyen puissant d'assurer une large satisfaction du justiciable, de manière directe, et de l'institution judiciaire elle-même, de manière indirecte.

Le repli ou la rétractation par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* au profit de la médiation (et plus généralement des MARD) procède, de la part des juges, d'un *a priori* favorable de leur part à l'égard de la médiation et de l'importance déterminante qu'ils accordent à la liberté contractuelle. Reste à déterminer si la démarche des juges est la même vis-à-vis de l'arbitrage, autre mode alternatif de règlement des conflits.

## **Partie II – PROTECTION DE L'ARBITRAGE PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES**

Remontant à la nuit des temps<sup>480</sup>, la pratique de l'arbitrage est aujourd'hui institutionnalisée au point où, loin d'être une forme d'infra-justice, l'arbitrage se constitue en un ordre juridique à part entière, véritable *alter ego* privé de la justice étatique.

### **a) Les flottements du législateur et des juges**

L'arbitrage tel qu'il existe aujourd'hui est pourtant le fruit d'une longue série de flottements dans l'attitude du législateur et des juges français à son égard.

Si le pouvoir royal s'est montré plutôt favorable à l'arbitrage<sup>481</sup>, les Parlements de l'Ancien Régime l'ont en revanche largement rejeté, en tant que forme de justice concurrençant la justice étatique.

Face à la volonté du législateur révolutionnaire de promouvoir l'arbitrage, l'envisageant comme « *le moyen le plus raisonnable de terminer les différends* »<sup>482</sup>, les réactions d'hostilité ont vite triomphé, d'abord envers l'arbitrage obligatoire, puis envers l'arbitrage volontaire.

---

<sup>480</sup> L'institution de l'arbitrage est déjà reconnue au sein des religions : la Bible et le Coran en font mention (A. Lefebvre-Teillard, « *L'Arbitrage de l'histoire* », dans *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, numéro spécial sur « *L'Arbitrage* », tome 52, 2009, p. 1-14).

<sup>481</sup> En France, l'arbitrage, se pratiquant à l'occasion des foires, est documenté à partir du Moyen Âge. Depuis le début du XVI<sup>e</sup> siècle, plusieurs ordonnances royales - en 1510, 1516 et 1535 - en font état, ainsi que l'édit de François II de 1560, confirmé par l'ordonnance de Moulins de 1566 (rendant l'arbitrage obligatoire dans certaines matières), puis par les ordonnances de 1629, de 1667 et de 1673 (J. Degrandi, « *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'Histoire* », *Gaz. Pal.*, n° 187, 5 juillet 2008, p. 7. Également : C. Jallamion, « *Arbitrage et pouvoir politique en France du XII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle* », *Rev. arb.*, 2005, p. 3).

<sup>482</sup> J.-J. Clère, *Revue de l'arbitrage*, 1981, p. 3. Également : B. De Loynes de Fumichon, « *La passion de la révolution française pour l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2014, p. 3.

La progressive reprise en main de la justice par l'appareil d'État, à partir du règne de Napoléon, a achevé d'installer une suspicion envers l'arbitrage dans le droit français. Le Code de procédure civile de 1806 ne contenait que quelques dispositions (articles 1003 à 1028) relatives au seul arbitrage interne et réglementait strictement l'arbitrage, allant jusqu'à l'interdire dans certains domaines.

Quant à la jurisprudence, elle confirmait d'abord cette hostilité envers l'arbitrage, en en faisant un moyen exceptionnel de règlement des conflits.

Dans l'arrêt Prunier, qui a longtemps fait date<sup>483</sup>, la Cour de cassation a retenu que la clause compromissoire par laquelle il est décidé à l'avance de recourir à l'arbitrage en cas de litige futur, était en principe nulle, solution qui a été interprétée comme prohibant, sauf exception<sup>484</sup>, la clause compromissoire. La Cour de cassation juge alors en effet que l'article 1003 (ancien) du CPC, qui autorisait l'arbitrage pour les droits dont les parties ont la libre disposition, doit être considéré en conjonction avec l'article 1006 (ancien) du CPC selon lequel « *le compromis désignera les objets en litiges et les noms des arbitres à peine de nullité* »<sup>485</sup>. Ainsi, l'arrêt Prunier fait de la clause compromissoire une simple promesse non obligatoire.

Il faut attendre une loi de 1925 pour que la clause d'arbitrage soit admise en matière commerciale<sup>486</sup>, un nouveau revirement intervenant avec la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972<sup>487</sup>

---

<sup>483</sup> L'arrêt Prunier marque le droit français duquel la clause compromissoire sera bannie jusqu'en 1925.

<sup>484</sup> Civ. 10 juill. 1843, Compagnie L'Alliance c./ Prunier, *Sirey*, 1843, 1, 561, concl. Hello, note Devilleneuve ; *D.* 1843, 1, 343, reproduit dans *Rev. arb.*, 1992, p. 399.

<sup>485</sup> Sur les raisons politiques d'opposition à l'arbitrage, envisagé à l'époque comme une manière de juger défailante, dépourvue de garanties, uniquement adaptée à des questions de fait et médiocres, voir B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 27. Ce que traduit cet arrêt influent, c'est que la justice s'identifie à l'époque à celle dispensée par l'État.

<sup>486</sup> La loi du 31 décembre 1925 incorpore un alinéa à l'article 631 du Code de commerce autorisant la stipulation d'une clause compromissoire en matière commerciale.

<sup>487</sup> *D.* 1972, 361.

qui transfère dans le Code civil les articles 1003 et 1004 (anciens) du CPC posant des restrictions au recours à l'arbitrage (devenus les articles 2059 et 2060) et ajoute un article 2061 au Code civil qui introduit la solution Prunier restrictive de 1843, énonçant que « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est pas disposé autrement par la loi* ».

Depuis 1980, ont été adoptés par le législateur français un certain nombre de textes marquant une politique de faveur toujours plus grande pour ce mode de règlement des litiges en France : décret n°80-354 du 14 mai 1980<sup>488</sup>, décret n° 81-500 du 12 mai 1981<sup>489</sup>, loi n° 2001-420 du 15 mai 2001<sup>490</sup>, décret du 13 janvier 2011<sup>491</sup> ou encore loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21).

Tandis que le décret n°80-354 du 14 mai 1980 réforme l'arbitrage interne (articles 1442 à 1491 du Nouveau Code de Procédure Civile) et réhabilite la clause compromissoire, laquelle n'est plus considérée comme une promesse de compromis, mais reconnue, avec le compromis, comme l'une des formes de convention d'arbitrage, indépendamment de tout nouvel accord des parties<sup>492</sup>, le décret n° 81-500 du 12 mai 1981 pose quant à lui les bases de l'arbitrage international dans le Nouveau Code de procédure civile (articles 1492 à 1507), avec pour vocation, en clarifiant le droit de l'arbitrage et en simplifiant la procédure arbitrale, d'assurer un rayonnement international au droit de l'arbitrage français.

---

<sup>488</sup> Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.

<sup>489</sup> Décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau Code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code.

<sup>490</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

<sup>491</sup> Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *Journal Officiel* du 14 janvier 2011, page 777.

<sup>492</sup> Ph. Fouchard, « *L'arbitrage commercial et le législateur* », dans *Mélanges Roblot*, Paris, LGDJ, 1984 ; Ch. Jarrosson, « *La clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 1992, p. 259.



Une nouvelle étape est franchie avec la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui vient réformer l'article 2061<sup>493</sup> du Code civil pour admettre la validité de la clause d'arbitrage dans les contrats concernant une activité professionnelle, élargissant ainsi le domaine de validité de la clause compromissoire dans l'arbitrage interne<sup>494</sup>.

Il devient ainsi possible de recourir à l'arbitrage dès lors qu'aura été formé un contrat et, désormais, la clause compromissoire est ouverte à tous (avec toutefois de fortes réserves exprimées en droit de la consommation et dans le domaine des litiges prud'homaux, où la relation est supposée déséquilibrée).

La réforme de source réglementaire, issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011<sup>495</sup>, ambitionne quant à elle de faciliter le recours à l'arbitrage<sup>496</sup>. Cette réforme, qui intègre des

---

<sup>493</sup> Dans sa rédaction issue de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, l'article 2061 du Code civil est rédigé comme suit : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

<sup>494</sup> Ch. Jarrosson, « *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001* », *JCP G*, 2001, I, p. 333 ; E. Loquin, « *Les métamorphoses de la clause compromissoire* », *RTD com.*, 2001, p. 642. Voir également L. Weiller, « *L'application dans le temps de l'article 2061 du Code civil* », *Gaz. Pal.*, 28 avril 2005, n° 118, p. 11.

<sup>495</sup> Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *Journal Officiel* du 14 janvier 2011, page 777.

<sup>496</sup> Le Rapport au Premier ministre (Rapport au Premier Ministre relatif au décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JO*, 14 janvier 2011, p. 773), publié en même temps que le décret, dévoile les principaux objectifs visés, à savoir : consolider les acquis de la jurisprudence, améliorer l'efficacité des règles existantes et y intégrer des dispositions inspirées de certains droits étrangers. Le but supérieur est de faciliter le recours à l'arbitrage et d'affirmer l'autorité de la juridiction arbitrale, en lui adjoignant l'aide du juge étatique, consacré en tant que « *juge d'appui* » de la procédure arbitrale (Th. Clay, « *L'appui du juge à l'arbitrage* », *Cah. arb.*, 2011, p. 331 ; Ch. Serraglini, « *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011* », *Cah. arb.*, 2011, p. 375). Comme le note E. Gaillard : « *L'esprit du décret, qui se situe dans le droit fil de la jurisprudence rendue sur le fondement des textes précédents, se résume tout entier dans la notion de faveur à l'arbitrage* » (« *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* », *Cah. arb.*, 2011, p. 263). Citons deux autres experts : « *De façon générale, le régime juridique de l'arbitrage interne s'en trouve grandement libéralisé, et le libéralisme qui marquait déjà le régime de l'arbitrage international s'en trouve accentué.* » (Ch. Serraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien/Lextenso éditions, 2013, n° 43, p. 49).

dispositions inspirées du droit étranger et validées par la pratique<sup>497</sup>, consacre, dans le CPC (articles 1442 à 1527, soit quatre-vingt-cinq articles et donc vingt articles supplémentaires par rapport aux anciens articles 1442 à 1507 qui se trouvent ainsi remplacés), une protection avancée de l'arbitrage. Avec ce nouveau décret, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011 (sous réserve des dispositions transitoires qui y étaient prévues pour les conventions d'arbitrage conclues avant la date d'application du décret, les instances en cours et les recours contre les sentences rendues avant le 1<sup>er</sup> mai 2011<sup>498</sup>), les dispositions du nouveau décret figurent désormais dans un livre entièrement consacré à l'arbitrage, le titre I<sup>er</sup> de ce livre traitant de l'arbitrage interne (articles 1442 à 1503 du CPC) et le titre II, de l'arbitrage international (articles 1504 à 1527 du CPC).

Avec la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21)<sup>499</sup>, promulguée le 19 novembre 2016, la question de la validité même de la clause compromissoire ne se pose plus, puisque cette question ne figure plus dans le Code civil. La clause rejoint, à cet égard, la catégorie très générale des contrats librement formés auxquels l'ancien l'article 1134, désormais l'article 1103 du Code civil, donne force de loi

---

<sup>497</sup> Denis Bensaude, « *Chronique de jurisprudence-droit de l'arbitrage* » (mars 2011 à juin 2011), *Gaz. Pal.*, 24 et 26 juillet 2011, p. 11 à 21 ; J.-P. Harb et Christophe Lobier, « *La nouvelle réforme de la loi sur l'arbitrage* », site web : <https://www.lemondedudroit.fr/>, en date du 24 janvier 2011.

<sup>498</sup> Voir notamment les commentaires d'E. Gaillard, « *Commentaire analytique* », art. cité ; E. Gaillard et P. de Lapasse, « *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international* », *D.*, 2011, p. 175 ; E. Kleiman et J. Spinelli, « *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – A propos du décret du 13 janvier 2011* », *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, p. 9 ; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011* », *Rev. arb.*, 2011, p.5 ; B. Le Bars, « *La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche* », *JCP*, 2011, 67 ; J.-P. Grandjean et S. Colletier, « *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage – Dispositions transitoires* », *JCP E*, 10 févr. 2011 ; E. Loquin, « *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage* », *RTD com.*, 2011, p. 255 ; A. Mourre et V. Chessa, « *The New French Arbitration Law : Innovation and Consolidation* », *Dispute Resolution Journal*, May/July 2011, p. 80-87 ; B. Castellane, « *The New French Law on International Arbitration* », *J. Int'l Arb.*, 2011, p. 371.

<sup>499</sup> « *La nouvelle convention d'arbitrage après la loi "Justice du xxi siècle"* », colloque du 30 novembre 2016, *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, I, 11-76 ; Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, « *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* », *Rev. arb.*, 2016, p. 1007.

pour ceux qui les ont conclus<sup>500</sup>. Le nouvel article 2061 du Code civil ne porte plus sur la validité de la clause compromissoire, étendue désormais à tous les contrats<sup>501</sup>, mais sur les conditions de son opposabilité. Celle-ci est soumise à la condition qu'elle ait été acceptée par la partie à laquelle elle est opposée, les personnes n'ayant pas contracté « *pour les besoins de leur activité professionnelle* » pouvant opter pour l'inopposabilité de la clause à leur égard. Ce faisant, la loi élargit toutefois encore le domaine de l'arbitrage aux contrats civils conclus entre particuliers ou entre particuliers et professionnels.

Comment expliquer cette faveur du législateur français pour l'arbitrage depuis quarante ans ? Quel est le point commun de ces réformes ?

## **b) L'œuvre de la jurisprudence comme réponse aux nécessités du commerce**

**(i)** Les réformes précitées ne sont en réalité que la consécration de la protection dont les juridictions étatiques ont fait preuve à l'égard de l'arbitrage, bien longtemps avant le législateur lui-même.

En effet, la faveur dont bénéficie désormais la clause compromissoire est d'abord l'œuvre de la jurisprudence<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> « *L'arbitrage pour tous (ou presque) : article 11 de la loi n° 2016 du 18/11/2016* », 5 décembre 2016, <https://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/droit,044/l-arbitrage-pour-tous-ou-presque,7770.html>.

<sup>501</sup> L'article 11-3° modifie l'article 2061 du Code civil dans un sens qui élargit le domaine de l'arbitrage. L'article 2061 dispose désormais que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Déjà en 2001, la validité de la clause compromissoire avait été étendue au domaine des contrats conclus « *à raison d'une activité professionnelle* ». L'article 2061, selon lequel, dans sa version de 2001, « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* », accueillait alors la clause compromissoire dans les domaines tels que les professions libérales, la construction, l'immobilier, certaines sociétés civiles ou les services en général.

<sup>502</sup> C'est bien la Cour de cassation qui, pour permettre aux sociétés françaises de commercer dans des conditions légales acceptables avec les sociétés étrangères - a d'abord admis, dans plusieurs affaires, la validité de la clause compromissoire lorsque le droit français n'est pas désigné par la règle du conflit, conduisant à

Il en a été ainsi, en particulier, des juges de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris qui ont favorisé, avec constance, l'étendue des pouvoirs et du champ de compétence de l'arbitrage et ont entendu rassurer l'arbitre par diverses appréciations prétoriennes favorables à sa pratique.

Dans un chapitre de sa thèse consacré à la « *La reconnaissance par les juges de la qualité de l'arbitrage* », Vincent Chantebout montre que les « *États et les juges s'accordent sur la valeur de l'institution arbitrale pour régler les litiges internationaux et, par conséquent, accordent une validité de principe à la décision des arbitres*<sup>503</sup> ». L'auteur rapporte que, déjà en 1984, le premier Président Vassogne considérait que « *l'arbitrage est parfois préférable aux meilleurs arrêts. Ainsi m'arrive-t-il, à la fin des audiences, de susurrer aux avocats : 'mais pourquoi, dans cette affaire, n'êtes-vous point allés à l'arbitrage qui me paraissait une voie d'accommodement des situations meilleure que la raideur du procès' ?*<sup>504</sup> ».

---

considérer l'article 1006 (ancien) du CPC comme n'étant pas d'ordre public dans les relations internationales (J. Hamel, « *La clause compromissoire dans les rapports de commerce internationaux* », *Rev. crit. DIP*, 1923, p. 721, et 1924, p. 15) et faisant alors des relations internationales le premier domaine à reconquérir la faveur pour l'arbitrage et de la clause d'arbitrage le moyen de résolution des litiges dans le domaine du commerce international. Les textes réglementaires et législatifs précités ne font que consacrer les règles dégagées préalablement par la jurisprudence, toujours dans un sens favorable au développement de l'arbitrage (J-P. Ancel, « *L'Arbitrage international en France (principes et système)* », dans *Archives de philosophie du droit*, numéro spécial sur « *L'Arbitrage* », tome 52, 2009, *op. cit.*, p. 197-198. « *L'Arbitrage international en France (principes et système)* », dans *APD*, tome 52, 2009, p. 197), qu'il s'agisse, par exemple, du décret n°81-500 du 12 mai 1981 ou du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011. Ce dernier constitue certes une protection avancée de l'arbitrage, mais telle que celle-ci est issue de la jurisprudence de la Cour de cassation, elle-même très favorable à l'arbitrage. Avec la réforme de 2011, ce sont les normes habituellement admises par la jurisprudence qui ont pris une force obligatoire.

<sup>503</sup> V. Chantebout, *Le Principe de non révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Paris 2, 2007, p. 38.

<sup>504</sup> V. Vassogne, intervention lors des débats du colloque « *L'arbitre et le contrat* », *Rev. arb.*, n° 193, 1984, p. 277.

(ii) Pour mieux comprendre l'évolution de l'étonnant mouvement de faveur dont l'arbitrage a bénéficié en France, il convient d'évoquer le contexte dans lequel s'inscrit cette évolution.

Historiquement, l'arbitrage recouvre plusieurs formes de règlement de conflits réunies par la volonté d'éviter le formalisme de la justice étatique. Plus ou moins institutionnalisée<sup>505</sup>, la pratique de l'arbitrage a clairement précédé son appréhension par la doctrine savante, essentiellement à partir du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>506</sup>. C'est l'époque où l'essor des villes, l'organisation des foires et la constitution des corporations conduisent au développement de l'arbitrage institutionnel pour le règlement des litiges commerciaux.

Au fil du temps, l'arbitrage s'est imposé pour devenir aujourd'hui globalement pratiqué au niveau mondial, très favorisé par le développement du droit du commerce international<sup>507</sup>.

Cette faveur internationale pour le recours à l'arbitrage se trouve transposée dans les législations nationales<sup>508</sup>, notamment sous l'impulsion de la loi-type sur l'arbitrage

---

<sup>505</sup> Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, préface de B. Oppetit, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1987 ; pour la Mésopotamie, voir S. Lafont, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 557-590 ; pour la Grèce antique, J. Velissaropoulos-Karakostas, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 9-25 ; pour Rome, B. de Loynes de Fumichon et M. Hubert, *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 285-348 ; pour la période médiévale, Y. Jeanclos, J.-F. Poudret et S. Dauchy, *Revue de l'arbitrage*, 1999, respectivement p. 417-473, 3-19 et 763-783 ; pour l'Ancien régime, J. Hilaire, *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 187-226 et C. Jallamion, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 3-62 ; pour la période révolutionnaire et contemporaine, J.-J. Clère, *op. cit.*, p. 2-28.

<sup>506</sup> A. Lefebvre-Teillard, « Arbitrer, arbitrator seu amicus compositor », *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 369-387 ; Y. Jeanclos, « La pratique de l'arbitrage du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècles », *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 417.

<sup>507</sup> V. Chantebout, *Le principe de non-révision*, thèse citée.

<sup>508</sup> Notamment : Belgique (loi du 19 mai 1998), Royaume-Uni (Arbitration Act du 17 juin 1997), Suède (loi sur l'arbitrage du 1<sup>er</sup> avril 1999). Voir Fouchard, « Nouvelles lois étrangères sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 549 ; Ph. Boulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 541.

commercial international adoptée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI)<sup>509</sup>.

Le succès de l'arbitrage auprès des acteurs du commerce international ainsi que le développement du droit international de l'arbitrage ont nécessairement créé un contexte de nature à favoriser, en France, l'arbitrage. La faveur spécifique des juridictions françaises pour l'arbitrage méritera d'ailleurs d'être soulignée.

Quel qu'ait été le contexte susceptible d'expliquer l'essor de l'arbitrage en France, il est particulièrement significatif de relever que c'est de l'appréciation positive des juges à l'égard de l'arbitrage que sont issus les textes qui lui sont désormais favorables.

La jurisprudence, par petites étapes allant toujours dans le même sens, a progressivement validé puis protégé la primauté du pouvoir des arbitres et ce, dans tous les champs qu'ils investissaient.

**(iii)** L'intérêt de l'étude du processus d'institutionnalisation de la priorité (voire de la primauté) conférée à l'arbitrage réside dans le fait qu'elle est issue d'une création jurisprudentielle, ce qui signifie qu'elle résulte d'un ensemble de décisions de juridictions étatiques qui ont, d'une manière convergente et massive, donné forme à un repli de la *jurisdictio* des juges étatiques au profit du pouvoir des juridictions arbitrales.

Si, au cours des développements relatifs à l'analyse des règles de la procédure de l'arbitrage, des articles du CPC pourront fréquemment être cités, il convient de rappeler, et

---

<sup>509</sup> La mise en place d'instances internationales d'arbitrage remonte aux années 1930, avec la création, en 1927, d'une cour d'arbitrage au sein de la Chambre de commerce internationale (ICC). Plusieurs conventions internationales régissent l'arbitrage, dont le protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la convention de Genève de 1927 pour l'exécution de sentences arbitrales, ainsi que la convention de New York du 10 juin 1958 sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères ou encore la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI).

de garder à l'esprit, que ces textes constituent, pour la plupart, la simple consécration d'une jurisprudence constante dont ils ne sont que la reprise.

C'est d'ailleurs en cela que, bien que les règles du droit de la procédure de l'arbitrage soient désormais formulées par des textes légaux, l'analyse des jurisprudences qui les ont précédées demeure riche d'enseignements sur le processus (intentions et modalités) du repli ou de la rétractation des juridictions d'État au profit de l'arbitrage.

Les jurisprudences ayant contribué au repli ou à la rétractation de la *jurisdictio* des juridictions étatiques au profit de la primauté de l'arbitrage ont la valeur et le sens qu'il convient d'attacher aux actes politiques volontaires et assumés.

En effet, c'est bien parce qu'elles partaient d'un *a priori* favorable à l'arbitrage que les décisions étatiques ont toujours retenu les moyens en faveur de la primauté de l'arbitrage et ce, alors même que les moyens contraires étaient tout aussi pertinents.

### **c) Le parti pris de ne pas séparer l'arbitrage interne et l'arbitrage international**

Malgré les spécificités respectives de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international, le parti a été pris de ne pas séparer les deux catégories d'arbitrage pour apprécier la portée et l'évolution de leurs règles.

En principe, le droit français distingue l'arbitrage interne et international.

En effet :

En France, jusqu'au décret précité du 13 janvier 2011, le droit international de l'arbitrage est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence<sup>510</sup>.

---

<sup>510</sup> J-P. Ancel, « *L'Arbitrage international en France (principes et système)* », dans *L'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 197-211.

Ce sont les juges qui ont consacré la validité de la clause d'arbitrage international, d'abord en matière commerciale, ensuite sans condition de commercialité, la seule dimension internationale de l'arbitrage entraînant l'efficacité de la convention d'arbitrage<sup>511</sup>. En effet, la validité *a priori* de la clause compromissoire<sup>512</sup> se déduit de la seule existence du contrat international.

Le « *système français de l'arbitrage international*<sup>513</sup> » établi par la jurisprudence repose sur quelques principes directeurs bien définis régissant la convention ainsi que l'instance et la sentence arbitrales. Ces principes ont pour objectif d'assurer la régularité (garantie du procès équitable) et l'efficacité (règlement des litiges internationaux selon la volonté des contractants) de l'arbitrage. Ils conduisent à avoir consacré l'autonomie de la justice arbitrale internationale et permettent, selon certains auteurs, la mise en place d'un véritable « *ordre juridique arbitral* »<sup>514</sup>.

---

<sup>511</sup> Sur « *le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité* », voir Cour de cassation, arrêt Zanzi (Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, *Bull. civ.*, civ. n°2) et aussi, arrêt Vivendi (Cass. Civ. 1, 28 janv. 2003, *Bull. civ.*, civ. n° 21) : la clause d'arbitrage est valable du seul fait de l'internationalité du rapport litigieux.

<sup>512</sup> Jurisprudence plusieurs fois réitérée depuis Cass. Civ. 1, 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 313 : « *En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire, par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* ». Voir X. Boucobza, « *La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international* », *Rev. arb.*, 1998, p. 495 ; Cass. Civ. 1, 8 nov. 1993, *JDI*, 1994, p. 690, note E. Loquin ; *Rev. arb.*, 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; Cass. Civ. 2, 21 janv. 1999, *Bull. civ. II*, n° 16 ; *RTD com.*, 1999, p. 847, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.*, 2003, p. 1341, obs. C. Legros.

<sup>513</sup> J.-P. Ancel, article cité.

<sup>514</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye, Martinus Nijhoff, coll. « *Académie de droit international de La Haye* », 2008.

Parmi ces principes transposés dans les textes, retenons :

- la garantie d'une convention d'arbitrage à validité renforcée, grâce au principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage international. La validité est déduite du régime juridique spécifique attribué à la convention d'arbitrage, fondée sur la seule volonté des contractants, émancipée du droit étatique et dont le contrôle est limité aux seules exigences de l'ordre public international. Ce principe permet de s'immuniser contre les causes



Ces principes méritent une attention particulière dans le cadre de la présente thèse :

- d'une part, parce qu'il s'agit de l'œuvre réalisée par le repli de la *jurisdictio* des juges étatiques ;
- d'autre part, parce que certains de ces principes constituent la condition exigée par les juges étatiques sans laquelle ils ne rétracteraient ou ne replieraient pas leur *jurisdictio*, les juges étatiques s'en réservant d'ailleurs toujours le contrôle.

En droit français, l'arbitrage international est défini comme « *l'institution qui permet de résoudre les litiges relatifs aux échanges économiques internationaux, au-delà des particularismes des législations nationales et des difficultés de détermination d'un juge compétent*<sup>515</sup> ». Selon le nouvel article 1504 du CPC<sup>516</sup> : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.* »

Selon la jurisprudence française, le fait qu'un arbitrage soit considéré comme étant interne ou international ne dépend pas d'éléments subjectifs tels que la volonté des parties

---

de nullité du contrat principal. Les effets de la clause d'arbitrage sont étendus à l'ensemble contractuel et à tous les participants à l'exécution du contrat ;

- la garantie d'une instance arbitrale assurant le respect d'un procès équitable, avec l'institution du juge étatique d'appui ;

- la priorité du contrôle de l'arbitre, en vertu du principe de compétence-compétence, suivi, dans un second temps, du contrôle du juge, dans les limites des exigences de l'ordre public international et avec des causes d'annulation ou de refus de reconnaissance rigoureusement limitées dans leur définition et leur mise en œuvre ;

- la consécration du statut juridique de la sentence arbitrale internationale, ce qui institue l'arbitrage comme une juridiction internationale autonome. La sentence arbitrale, détachée de l'ordre juridique de l'État d'origine, est susceptible d'être reconnue et exécutée dans tout pays d'accueil, même dans le cas où elle aurait été annulée dans son pays d'origine : jurisprudences Hilmarton (Cass. Civ. 1, 23 mars 1994, Hilmarton c./ Omnium de traitement et de valorisation (OTV), n°92-15137, *Bull. civ.* n° 104,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007032023>) et Putrabali (Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, PT Putrabali Adyamulia c./ Rena Holding, n°05-18053, *Bull. civ.* n° 250,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017897325>).

<sup>515</sup> J.-P. Ancel, article cité, p. 197.

<sup>516</sup> P. Bellet et E. Mezger, « *L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile* », *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 615.

ou la qualité des parties mais uniquement d'un critère objectif de nature économique (fondement économique) : il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération économique qui ne se déploie pas économiquement dans un seul État et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral<sup>517</sup>.

La perpétuation dans les textes de cette définition reflète une volonté du législateur de reconduire une jurisprudence constante. Comme le relève la Cour de cassation dans l'arrêt Inserm du 26 janvier 2011, cette disposition invite à procéder à une appréciation purement économique de la situation, « *indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral* »<sup>518</sup>. Ainsi, à titre d'exemple :

- a pu être considéré comme international un litige opposant deux sociétés de droit français, établies en France, qui ont passé entre elles des accords en vue de la réalisation à l'étranger d'un ensemble industriel<sup>519</sup> ;
- est international l'arbitrage qui met en jeu deux parties françaises, résidant en France, qui ont conclu un contrat pour le développement de leurs activités en France et à l'étranger<sup>520</sup>.

---

<sup>517</sup> CA Paris, P. 1, ch. 1, 7 oct. 2014, n° 13/09282, M. D. c./ Animated Ventures, M. Acquaviva, *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2014, n° 201c6, p. 20, chronique D. Bensaude.

<sup>518</sup> Cass. Civ. 1, 26 janvier 2011, Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm) c./ Fondation Letten F. Saugstad, n° 09-10198 ; Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, Renault c./ V 2000, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 87, note V. Heuzé ; Paris, 5 avr., 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 110, note H. Synvet ; Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 543, note D. Bureau.

<sup>519</sup> V. par ex. Cass. Civ. 1, 8 mars 1988, Thinet c./ Labrely, *Bull. civ.*, I, n° 65 ; *D.*, 1989, Jur., p. 577, note J. Robert ; *Rev. arb.*, 1989, p. 473, note J.P. Ancel ; Paris, 26 janv. 1990, Bocard c./ S.A.R.L. Stapem, *Rev. arb.*, 1991, p. 125, 2e espèce, obs. J.-H. Moitry et C. Vergne ; *RTD com.*, 1991, p. 575, obs. J.-C. Dubarry et E. note E. Loquin ; Paris, 24 avr. 1992, Sermi c./ Hennion, *Rev. arb.*, 1992, p. 598, note C. Jarrosson.

<sup>520</sup> Ex. CA Paris, 7 avril 2011, Bourbon, *Gaz. Pal.*, 24 juillet 2011, p. 12, chronique D. Bensaude.

En France, la Cour de cassation a reconnu l'arbitrage international comme un ordre juridique autonome, bénéficiant d'un régime de protection qui vise à limiter l'intrusion des juridictions étatiques ou du système juridique du for.

En dépit de ces spécificités, compte tenu du sujet et du propos de la présente thèse, il a été décidé de ne pas séparer l'appréciation de l'évolution des règles en matière d'arbitrage interne et international et ce, pour les raisons suivantes :

- l'arbitrage interne et l'arbitrage international ont la même nature en ce qu'ils ne sont possible qu'au moyen d'un repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques (même si le repli est plus profond dans l'arbitrage international en ce qu'il a une portée particulière au regard de la souveraineté) ;
- les règles essentielles de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international ont été dégagées et forgées par la jurisprudence consacrée *a posteriori* par le législateur ;
- il convient de constater que les règles de l'arbitrage international finissent souvent par s'appliquer aux deux catégories d'arbitrage.

Ainsi, dans l'analyse qui suit des principales formes que prend le repli des juridictions de leur *jurisdictio* au profit de l'arbitrage, il n'a pas semblé pertinent de séparer l'arbitrage interne et l'arbitrage international (ce qui n'empêchera nullement de relever et d'analyser leurs distinctions significatives, chaque fois que cela sera pertinent).

#### **d) L'objet de la seconde partie de la thèse et son plan**

En la matière, la jurisprudence comme source du droit est ici remarquable : le « *pouvoir politique* » de création du droit y a appartenu aux juridictions bien plus qu'aux institutions législatives, le rôle de ces dernières s'étant limité à consacrer les règles prétoriennes établies.

Cette seconde partie de la thèse portera ainsi sur la façon dont les juges étatiques ont rétracté ou replié leur *jurisdictio* au profit de l'arbitrage et ce, par une appréciation favorable du champ, de la validité et de l'opposabilité de la clause d'arbitrage (**Chapitre 1**), par l'appréciation extensive de la compétence de l'arbitre (**Chapitre 2**) ainsi que par le soutien dont ils ont fait preuve à l'égard des arbitres et des sentences arbitrales (**Chapitre 3**).

À cette fin, l'analyse s'appuiera sur les principaux arrêts qui ont marqué une étape déterminante dans la faveur des juridictions étatiques vis-à-vis de l'arbitrage, cela dans quelques grands domaines préalablement identifiés : clause compromissoire, arbitrabilité, juge d'appui, voies de recours, contrôle et exécution de la sentence...

## **Chapitre 1. Le repli de la *jurisdictio* étatique par une appréciation favorable de la validité, du champ et de l'opposabilité des clauses d'arbitrage**

Le repli ou la rétractation de la *jurisdictio* étatique au profit de l'arbitrage s'est d'abord manifesté par la faveur dont les juges étatiques ont fait preuve à l'égard des clauses d'arbitrage en en consolidant progressivement la validité ou l'opposabilité. Ce mouvement de faveur envers les clauses d'arbitrage, initié par les juges, s'est vu être entériné tardivement par le législateur.

Cette protection dont a bénéficié l'arbitrage résulte d'une "*double faveur*" des juges étatiques pour le repli de leur *jurisdictio*.

L'ensemble des jurisprudences qui, au moyen d'analyses juridiques systématiquement favorables, ont admis la validité (ou l'opposabilité) des clauses compromissoires ont établi le principe d'une appréciation protectrice de l'arbitrage, propice, par là-même, à son essor.

Ce principe est complété, comme le second côté d'une même pièce, par le phénomène d'inclinaison croissante des juridictions étatiques en faveur du repli ou de la rétractation de leur *jurisdictio*.

La mise en œuvre de cette double faveur (faveur pour l'arbitrage et faveur pour le repli ou la rétractation) constitue, dans ce mouvement global de repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques, la part relative au repli en faveur de l'arbitrage.

Il est à noter que ce repli de leur *jurisdictio* en faveur de l'arbitrage est une initiative des juridictions étatiques.

Comme il sera observé plus tard à l'occasion de l'analyse des jurisprudences, si les juges étatiques avaient eu la volonté de donner un caractère plus extensif à leur *jurisdictio*, ils

auraient pu ne pas faire choix des solutions par lesquelles ils ont rétracté ou replié leur *jurisdictio* et retenir, au contraire, des moyens d'extension de leur *jurisdictio*.

En effet, les moyens qui ont été jugés suffisants pour valider des clauses compromissaires étaient souvent en concurrence avec des moyens tout aussi pertinents pour soutenir l'inverse et c'est bien parce qu'elles partaient d'un "*a priori*" favorable à l'arbitrage que les décisions étatiques ont toujours retenu les moyens en faveur de la primauté de l'arbitrage et non ceux en sa défaveur.

Compte tenu de ce que, originellement, dans le domaine du droit de la procédure d'arbitrage, les règles légales étaient rares et que les normes d'origine prétorienne ont été forgées par des juridictions bénéficiant d'une large liberté d'interprétation, il doit être admis que le repli de la *jurisdictio* était bel et bien le fruit d'une initiative des juges.

En cela, la position favorable que les juges étatiques ont adoptée à l'égard des juridictions arbitrales constitue bien un repli de leur propre *jurisdictio* par les juridictions étatiques elles-mêmes.

Ce phénomène de repli en faveur de l'arbitrage repose sur une théorie de la priorité de l'arbitrage dont l'application constitue la technique qui a permis cette priorité.

À partir d'un *a priori* issu de la "*double faveur*" décrite ci-dessus, les juges étatiques ont en effet établi un ensemble de règles cohérentes qui, ensemble, constituent la théorie de la priorité de l'arbitrage.

La technique juridique fait partie intégrante du phénomène dans la mesure où celui-ci n'aurait pas pu prendre d'ampleur si les solutions par lesquelles il se réalise n'avaient pas un fondement permettant d'assurer une stabilité juridique de l'arbitrage, voire une promotion de ce dernier.

L'application de cette théorie constitue la technique juridique qui a systématiquement permis le fondement juridique de la priorité accordée à l'arbitrage (par exemple, les solutions

relatives à la validation des clauses compromissoires ou au principe compétence-compétence).

Cette théorie de la primauté de l'arbitrage est composée essentiellement de trois principes d'origine strictement prétorienne, à savoir :

- le principe d'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat qui peut la contenir ;
- l'extrême libéralisme dans l'admission de la preuve d'une volonté d'adhésion à une clause compromissoire ;
- l'inopposabilité des lois nationales susceptibles de porter atteinte à la validité de clauses compromissoires.

Cette technique juridique, inspirée par le mécanisme de la "*double faveur*" des juridictions étatiques, a produit l'essentiel des règles de la procédure de l'arbitrage. Chacun des volets du droit de la procédure arbitrale sera analysé sous l'angle de la volonté de repli de la *jurisdictio* des juges étatiques, repli opéré : au moyen du principe de l'autonomie de la clause compromissoire (**Section 1**), par l'appréciation extensive du champ d'application de la convention d'arbitrage (**Section 2**) ainsi que par l'appréciation libérale de la transmission des clauses d'arbitrage ou de leur opposabilité (**Section 3**).

Cette rétractation ou repli n'est cependant pas un retrait définitif des juges étatiques puisque leur contrôle *a posteriori* reste toujours possible. Ce recours au contrôle des juridictions étatiques est de nature certes subsidiaire mais il est également de nature hiérarchique et, en cela, l'image de la rétractation de la griffe du félin évoquée plus haut trouve toute sa justification.

## **Section 1. Le repli de la *jurisdictio* étatique au moyen du principe de l'autonomie de la clause compromissoire**

Durant quelques décennies, les juridictions étatiques ont constamment favorisé l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat qui la contenait, renforçant ainsi l'efficacité même de la clause compromissoire. Devenue au fil du temps l'un des principes les mieux établis du droit français de l'arbitrage, la règle de l'autonomie n'était pourtant consacrée par aucun texte avant la réforme de 2011.

L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la validité du contrat a été acquise par l'arrêt Gosset (1.1.), les effets de la théorie prétorienne de l'autonomie de la clause d'arbitrage se trouvant amplifiés par les arrêts Hecht, Dalico, Zanzi, Uni-Kod (1.2.), avant que le principe de compétence de l'arbitre ne soit reconnu même en présence de contestations sur l'existence du contrat principal (1.3.).

### 1.1. L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la validité du contrat - l'arrêt Gosset

Dans le domaine international, la règle de l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la validité du contrat principal a été acquise avec l'arrêt Gosset du 7 mai 1963. Par cet arrêt<sup>521</sup>, la Cour de cassation a établi qu'en matière d'arbitrage international, « *l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles<sup>522</sup>, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ».

---

<sup>521</sup> Cass. Civ. 1, 7 mai 1963 (sect.), Ets. Raymond Gosset c./ Carapelli, *Bull. civ.*, 1963, I, n° 246 ; *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. Motulsky ; *D.*, 1963, 545, note J. Robert ; *JCP*, 1963, II, 13 405, note B. Goldman; *JDI*, 1964, 82, note J.-D. Bredin,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962522>.

<sup>522</sup> Ces circonstances exceptionnelles n'ont pas été utilisées en pratique et ont fini par être abandonnées (B. Goldman, Ph. Fouchard, E. Gaillard, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, § 391).



De cet arrêt, il résulte que la clause compromissoire n'est pas affectée par l'invalidité du contrat principal, cette solution ayant pour conséquence de permettre à l'arbitre de rendre une sentence sur la base d'une clause compromissoire figurant dans un contrat dont la nullité a été avérée. C'est une solution très favorable à l'arbitrage dans la mesure où elle permet d'éviter la paralysie de la procédure d'arbitrage qu'induirait les allers-retours entre l'arbitre et le juge pour statuer sur les questions préjudicielles relatives à la validité du contrat.

L'arrêt Gosset marque une rupture. En effet, avant qu'il n'intervienne, seule l'exécution du contrat pouvait être soumise à l'arbitre, car il incombait au juge étatique d'apprécier la validité du contrat de base ainsi que celle de la clause d'arbitrage<sup>523</sup>. En affirmant l'autonomie de la clause d'arbitrage, la jurisprudence Gosset permet à l'arbitre de statuer lui-même sur la nullité du contrat principal sans être dessaisi lorsque le contrat est nul, expiré, résilié, ou encore lorsqu'il n'est pas entré en vigueur.

H. Motulsky, l'un des annotateurs de l'arrêt, notait : « *L'arrêt Gosset prendra place parmi ceux qui contribuent à l'éclosion d'un ordre juridique international*<sup>524</sup> ». En effet, cette solution annonce et préfigure le régime spécifique et favorable réservé à la clause d'arbitrage, tout particulièrement dans le domaine du droit de l'arbitrage international.

En 1963, la Cour de cassation limitait en effet la portée de l'arrêt Gosset à l'arbitrage international : la clause d'arbitrage était valable et devait recevoir application du seul fait de son inclusion dans un contrat mettant en jeu les intérêts du commerce international. Cependant, d'emblée, les commentateurs ont appelé à étendre cette solution en droit interne, par identité des motifs. Il faudra pourtant attendre le début des années 2000 pour

---

<sup>523</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Paris, Dalloz, 2019, p. 15-16.

<sup>524</sup> *Rev. crit. DIP*, 1963, 615 ; également H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. Raymond, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, p. 340.

que l'autonomie ou la séparabilité de la clause compromissoire finisse par être admise en droit interne également<sup>525</sup>.

Inaugurée par l'arrêt Gosset, cette première facette du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage - selon laquelle la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci - sera analysée par la doctrine comme étant une « *autonomie matérielle* ». Elle préfigure une évolution vers un droit de l'arbitrage international fondé sur des règles matérielles distinctes et autonomes par rapport aux solutions du droit national.

Initialement justifiée par des raisons fonctionnelles (permettre la séparabilité entre le contrat et la clause envisagée comme une simple convention de procédure), l'autonomie de la clause d'arbitrage entraîne en réalité des conséquences bien plus profondes puisqu'elle favorise l'évolution vers un droit de l'arbitrage international pourvu de ses propres règles et échappant à l'emprise du droit national. Comme s'il s'agissait, pour reprendre une réflexion d'H. Motulsky, d'un ordre juridique « *proprement international* », détaché du cadre étatique<sup>526</sup>.

En cela, la compétence attribuée à l'arbitrage entraînera un effet sur la règle matérielle applicable.

Pour mesurer le cap considérable que les juges étatiques ont fait franchir à l'arbitrage par leur seule volonté de rétracter ou de replier leur *jurisdictio* au profit de la compétence de l'arbitre, il convient de rappeler brièvement les moyens très pertinents qui militaient contre la compétence de l'arbitre que la Cour de cassation a dû rejeter. À savoir :

---

<sup>525</sup> Ch. Jarrosson, « *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne* », dans *Études Alain Plantey, Pedone*, 1995, p. 233 ; Th. Clay, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. 2470.

<sup>526</sup> H. Motulsky, *Écrits, Études...*, op. cit., Dalloz, 2010, n° 1, p. 348-349.

- que si le contrat est nul ou argué de nullité, l'arbitre ne peut voir sa compétence maintenue dans la mesure où toutes les clauses du contrat constituant un tout indissociable, la clause compromissoire ne peut trouver sa cause sans le contrat principal ;
- qu'une clause compromissoire ne se rapportant pas à un contrat n'a pas de raison d'être ;
- que les accords étaient compris dans un même instrumentum ;
- qu'il n'existait pas deux contrats, l'un commercial et l'autre une convention spécifique à l'arbitrage, mais simplement une clause compromissoire qui n'est donc qu'une disposition d'un seul et même contrat ;
- que s'il n'y a pas de contrat, il n'y a pas d'obligation contractuelle à exécuter et que s'il n'y pas d'obligation contractuelle, il ne peut y avoir de différend contractuel mais uniquement une responsabilité quasi-délictuelle, elle-même exclue par la règle du non-cumul des deux natures de responsabilité ;
- qu'en cas d'indépendance de la cause d'arbitrage, les parties pourraient se trouver dans une situation dans laquelle pourrait s'appliquer une loi pour le contrat et une loi pour la clause d'arbitrage.

Malgré ces moyens, dont, malgré le rapport succinct qui en est fait, on mesure la pertinence, la Cour de cassation a considéré que l'arbitre était compétent sur le fondement d'une théorie de l'indépendance de la clause d'arbitrage (séparabilité) et ce, comme si, d'une part, deux contrats distincts se trouvaient à l'intérieur du même instrumentum et comme si, d'autre part, il existait une déclaration de volonté des parties permettant d'accréditer une telle considération<sup>527</sup>.

---

<sup>527</sup> Contra : E.Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JO DI 1994, p 692.

Il est certain que l'appréciation de la Cour de cassation avait un intérêt pratique, qui était d'éviter le cercle vicieux des allers-retours entre les "*ordres*" de juridiction. Mais, il n'en demeure pas moins qu'en retenant l'argumentation selon laquelle l'arbitre demeurait compétent alors qu'il était argué de la nullité du contrat, les juridictions étatiques ont créé, de leur seule initiative, une priorité au profit de l'arbitrage, mettant ainsi en œuvre leur *a priori* en faveur du repli de leur *jurisdictio*.

La théorie de la séparabilité a été, par la suite, amplifiée et complétée par différents arrêts, parmi lesquels l'arrêt Dalico, qui ont considéré que la clause compromissoire était indépendante de toute loi nationale, à savoir qu'elle était indépendante aussi bien de la loi du contrat, de la loi du lieu de l'arbitrage ou encore de la loi issue de la technique du conflit de lois.

1.2. L'amplification des effets de la théorie prétorienne de l'autonomie de la clause d'arbitrage (par rapport à la loi étatique) - les arrêts Hecht<sup>528</sup>, Dalico<sup>529</sup>, Zanzi<sup>530</sup>, Uni-Kod<sup>531</sup>

Après l'arrêt Gosset, qui consacrait l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la validité du contrat, la portée du principe d'autonomie, entendue, dans un premier temps, comme une « *autonomie matérielle* », s'est élargie progressivement, avec les arrêts analysés

---

<sup>528</sup> Cass. Civ. 1, 4 juillet 1972, n° 70-14163, Hecht c./Sté Buisman's, *Bull. civ.*, 1972, p. 154 ; *JDI*, 1972, p. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP*, 1974, 82, note P. Level ; *Rev. arb.*, 1974, 89.

<sup>529</sup> Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993, n° 91-16828, Comité populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb c./ société Dalico Contractors, *Bull. civ.*, 1993, I, n° 372 ; *Rev. arb.* 1994, 116, n. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1994, 432, n. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 1994, 663, note P. Mayer.

<sup>530</sup> Cass. Civ. 1, 5 janv. 1999, n° 96-21430, M. Zanzi ès qualités c. / M. de Connick et autres, *Bull. civ.*, I, 1999, 260, note Ph. Fouchard ; *RTD com.*, 1999, 380, obs. E. Loquin ; *Rev. crit. DIP*, 1999, 546, note D. Bureau ; *Rev. arb.*, 1999, 260, note Ph. Fouchard.

<sup>531</sup> Cass. Civ. 1, 30 mars 2004, Sté Uni-Kod c./Sté Ouralkali, n°01-14311 ; *RTD com*, 2004, 443, obs. E. Loquin ; *JCP*, 2004, II, n° 0114311 ; *RTD com.*, 2004, 443, obs. E. Loquin ; *JCP*, 2004, II, 10132, note G. Chabot ; *Rev. arb.*, 2005, 959, note Ch. Seraglini. Également : Cass. Civ. 1, 8 juill. 2009, *Cah. arb.*, 2010, 97, note F.-X. Train.

ci-après, à « *l'autonomie juridique* », selon laquelle l'existence et la validité de la clause s'apprécient d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une quelconque loi étatique<sup>532</sup>.

#### Hecht c./Sté Buisman's

Une première évolution en ce sens a été marquée par l'arrêt Hecht du 4 juillet 1972.

Dans cette espèce, Hecht, un ressortissant français, avait conclu, en 1967, avec la société néerlandaise Buisman's, un contrat de représentation qui intégrait une clause compromissoire CCI. Malgré cette clause, Hecht saisissait le tribunal de commerce de Paris pour demander la résiliation du contrat. Buisman's soulevait une exception d'incompétence, fondée sur la clause compromissoire insérée dans le contrat en faveur de la CCI, exception à laquelle le tribunal de commerce de Paris fit droit. Hecht forma un contredit, rejeté par la cour d'appel de Paris (19 juin 1970)<sup>533</sup>.

Hecht soutenait que le contrat de représentation étant soumis à la loi française, la clause compromissoire n'était valable que dans les limites assignées par la loi française. Comme il n'avait pas la qualité de commerçant, il invoquait la nullité de la clause sur le fondement de l'article 1006 (ancien) du CPC. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas appliqué exclusivement la loi française comme loi du contrat, alors que l'autonomie n'est pas une règle de conflit mais une simple règle matérielle, étrangère au litige, de séparabilité de la clause et du contrat qui la contient. Il y est également mentionné que le caractère international du contrat « *ne saurait exclure la vocation de la loi française à régir le contrat en vertu de la volonté des parties* ».

---

<sup>532</sup> J.-P. Ancel, article cité.

<sup>533</sup> *JDI*, 1971, 833, note B. Oppetit.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en approuvant l'arrêt de la cour d'appel de Paris attaqué, dans les termes suivants : « *attendu qu'ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application*<sup>534</sup> ».

Ainsi, l'arrêt Hecht va plus loin que l'arrêt Gosset dans l'affirmation de l'autonomie de la clause. Si l'arrêt Gosset traitait de l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat (posant que la clause d'arbitrage n'est pas une clause contractuelle mais un contrat de procédure qui définit le cadre des litiges), l'arrêt Hecht se rapporte, même s'il le fait implicitement, à l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la loi étatique.

Il s'agit en effet d'une évolution sous-entendue, la Cour de cassation ne s'étant pas prononcée de façon explicite sur la loi applicable dans l'arrêt Hecht. Pour cela, il faut attendre l'arrêt Dalico de 1993 (analysé plus loin), dans lequel la Cour de cassation écartera la compétence de la loi libyenne en tant que loi du contrat, sans pour autant se référer à la loi française, laquelle ne pouvait pas intervenir faute de choix par les parties.

La jurisprudence Hecht a été d'emblée explicitée par la cour d'appel de Paris dans le sens de la reconnaissance de la validité d'une convention d'arbitrage international, détachée de toute loi étatique et reposant sur le seul fondement de la volonté contractuelle.

Ainsi, dès 1975, la cour d'appel de Paris a jugé dans l'affaire Menicucci c./Mahieux, dans laquelle il était également discuté de la qualité de commerçant d'un contractant et de la nature mixte du contrat, que la clause compromissoire, compte tenu de son autonomie dans

---

<sup>534</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006987522>.

un contrat international, « *est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique*<sup>535</sup> ».

La cour d'appel de Paris a également jugé - dans une série d'arrêts sur la portée de la clause d'arbitrage à l'égard de non-signataires ou sur l'existence d'une clause par référence, et notamment dans son arrêt Cotunav du 21 juin 1991 - que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres*<sup>536</sup> ».

Quant à la Cour de cassation, elle considérait, à la même époque, que la recherche de la commune intention des parties était une démarche « *légitime, s'agissant d'un arbitrage international même soumis à une loi étrangère* »<sup>537</sup>, laissant entendre qu'il resterait une place pour les conflits de lois. Et, dans l'affaire Cotunav, la Cour de cassation s'est limitée à énoncer que les constatations portées par les juges du fond à propos de la ratification de la clause d'arbitrage avaient permis d'établir la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce seul motif justifiant la décision<sup>538</sup>. Ainsi, la Cour suprême refuse encore alors d'étendre la règle matérielle d'autonomie au-delà des hypothèses de prohibition de la clause d'arbitrage par les lois internes auxquelles répondait l'arrêt Hecht.

#### Comité populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb c./ société Dalico Contractors

En 1993, intervient, avec l'arrêt Dalico, une nouvelle évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

---

<sup>535</sup> Paris, 13 décembre 1975 ; *JDI*, 1977, 107, note E. Loquin ; *Rev. arb.*, 1977, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP*, 1976, 106, note B. Oppetit.

<sup>536</sup> Paris, 28 novembre 1989, Cotunav c./Comptoir commercial André ; *Rev. arb.*, 1990, 675 (1<sup>ère</sup> esp.), note P. Mayer.

<sup>537</sup> Cass. Civ. 1, 4 décembre 1990, Stés E.T.P.M. et Ecofisa c./Sté Gas del Estado, n° 88-13336, 88-13337 ; *Rev. arb.*, 1991, 81, note Ph. Fouchard, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007099879>.

<sup>538</sup> Cass. Civ. 1, 25 juin 1991, Cotunav c/Sté Comptoir commercial André, n° 90-11485 ; *Rev. arb.*, 1991, 453, note P. Mayer, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007027406>.

Dans cette affaire, la société danoise Dalico Contractors et la municipalité d'El Mergeb en Lybie avaient conclu un contrat pour la réalisation d'un système d'évacuation des eaux. Les conditions types stipulaient l'application de la loi libyenne et la compétence des tribunaux libyens. Cependant, l'une des annexes au contrat, se référant à des documents d'appel d'offres, contenait une clause compromissoire.

En vertu de cette clause compromissoire, stipulée par référence à l'un des documents d'appel d'offres et mentionnée dans l'annexe aux conditions types, la société Dalico mit en œuvre une procédure d'arbitrage. La municipalité d'El Mergeb s'y opposa, faisant valoir que le document invoqué, à savoir une annexe prévue par les conditions types, ne comportait aucune signature et ne serait donc pas valable au regard de la loi libyenne du contrat. La municipalité d'El Mergeb reprochait à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir appliqué, dans son arrêt du 26 mars 1991<sup>539</sup>, la loi désignée pour juger de l'existence d'une clause d'arbitrage par référence.

Dans son arrêt du 20 décembre 1993, la Cour de cassation répond :

*« en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique<sup>540</sup> ».*

Cet arrêt consacre ou réitère plusieurs règles favorables à l'arbitrage, à savoir que :

- la clause d'arbitrage est valable, indépendamment de la validité du contrat qui la contient ;

---

<sup>539</sup> Rejetant le recours en annulation de la sentence par laquelle les arbitres avaient admis l'existence et la validité de la clause compromissoire.

<sup>540</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314>.



- la clause d'arbitrage peut être invoquée par référence à un autre document contractuel qui la contient. Le principe de la validité de la clause compromissoire « *par référence* » permet de se référer à une clause d'arbitrage qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux lui-même mais figure dans des documents préexistants tels que des conditions générales de vente ou d'achat, un contrat-type, un contrat-cadre, une convention antérieure, un règlement auquel se réfère le contrat qui fait l'objet du litige...<sup>541</sup> ;
- la clause d'arbitrage existe et est valable par le seul effet de la volonté des contractants. Elle est émancipée du système de conflit de lois (qui exigerait que soit recherchée une loi applicable à cette convention) ainsi que du droit étatique. C'est la volonté des parties contractantes qui crée le lien de droit ;
- la liberté contractuelle est totale, la seule limite étant l'ordre public international : une convention ne peut être invalidée que si elle contrevient aux valeurs juridiques fondamentales (organisant une corruption, couvrant des activités illicites...).

Ainsi, « *l'indépendance juridique* » de la clause d'arbitrage visée par cet arrêt confirme la désormais double autonomie de la clause d'arbitrage : autonomie par rapport au contrat principal, d'une part, mais aussi et surtout, autonomie par rapport au droit étatique, d'autre part. Cette double autonomie renforce l'effet des conventions d'arbitrage international, dès lors que telle a été la volonté des parties et dans la mesure où cette solution ne contrevient pas à l'ordre public international.

---

<sup>541</sup> Voir J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 213 ; P. Fouchard, B. Goldman et E. Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n° 491 et suiv. ; J.-F. Poudret, « *La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage* », dans *Mélanges Guy Flattet*, Paris, Payot, 1985, p. 523 et suiv. ; B. Oppetit, « *La clause d'arbitrage par référence* », *Rev. arb.*, 1990, p. 551 ; X. Boucobza, « *La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international* », *Rev. arb.*, 1998, spéc. n° 6 et suiv., p. 495.

M. Zanzi ès qualités c. / M. de Connick et autres

Cette solution est confirmée, tout en étant mieux explicitée encore, par la Cour de cassation dans l'arrêt Zanzi du 5 janvier 1999.

Dans cette affaire, une promesse de cession d'actions entre une société italienne, représentée par son curateur, M. Zanzi, et l'acheteur français, M. de Coninck, comportait une clause compromissoire que les juges du fond avaient déclarée nulle en raison du caractère civil du contrat. Le pourvoi invitait la Cour de cassation soit à conférer au contrat sa nature commerciale, soit à reconnaître la qualité de commerçant de M. de Coninck pour rétablir la licéité de la clause compromissoire en droit français.

La Cour de cassation n'y répond pas. Elle se contente de relever que : « *Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* », « *la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage*<sup>542</sup> ». Ce faisant, la Cour de cassation confirme que la méthode conflictuelle est révolue puisqu'elle ne juge pas nécessaire d'apporter une réponse quant à la loi applicable à la clause compromissoire et se contente d'affirmer que « *l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* ».

Il est intéressant de noter que, dans cet arrêt, la Cour de cassation omet la réserve relative à l'existence « *des règles impératives du droit français et de l'ordre public international* », qui était encore présente dans l'arrêt Dalico. Ici, la Cour de cassation se contente de mentionner le « *principe de validité de la clause d'arbitrage international* », comme si une convention d'arbitrage n'était soumise à aucune limite autre que celles

---

<sup>542</sup><https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007039992&fast>.

résultant de la volonté des parties<sup>543</sup>. On entre ici dans le domaine, non pas du contrat sans loi, mais du « *contrat sans conflit de lois*<sup>544</sup> ».

Dorénavant, le principe de validité, tel qu'il a été défini au fil de la jurisprudence et notamment de ces « *grands arrêts* », met fin à l'ancienne prohibition de l'article 2061 du Code civil, selon laquelle « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est pas disposé autrement par la loi* ». Cette solution est confirmée par la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil<sup>545</sup>, selon laquelle : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* ». Qui plus est, tel qu'il a été configuré par la jurisprudence, le principe de validité englobe tous les éléments de la validité, bien au-delà de la simple licéité de la clause d'arbitrage.

Cette redéfinition par la jurisprudence du principe de validité, avec l'exclusion progressive du conflit des lois, est une illustration forte de la faveur des juridictions étatiques pour l'autonomie de l'arbitrage.

#### Sté Uni-Kod c./Sté Ouralkali

Un nouveau verrou dans le domaine de l'autonomie de la clause d'arbitrage sautera, en 2004, avec l'arrêt Uni-Kod.

Tel qu'il s'est progressivement consolidé, le principe de validité de la clause procède de la volonté des parties. La question qui se pose est de savoir comment procéder lorsque

---

<sup>543</sup> Cass. Civ. 1, 5 janv. 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

<sup>544</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>545</sup> Ch. Jarrosson, J.-B. Racine, « *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* », *Rev. arb.*, 2016, 1007.

les parties soumettent expressément la convention d'arbitrage à une loi étatique : le choix d'une loi peut-il invalider la clause d'arbitrage ?

Dans l'arrêt Uni-Kod du 30 mars 2004, la Cour de cassation apportera la solution suivante : si la validité d'un contrat international se déduit d'une loi étatique, ce n'est pas le cas de la clause d'arbitrage international. Dès lors, il n'est pas possible de se référer à la loi étatique pour remettre en cause la volonté exprimée par les parties de recourir à l'arbitrage. La solution découle de la prééminence du principe de validité de la clause. Ainsi, la référence à une loi étatique invalidante ne saurait l'emporter sur la règle d'autonomie<sup>546</sup> :

*« en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence [...]. Son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».*

Dans l'espèce en question, la Cour de cassation juge que *« la cour d'appel n'avait pas à rechercher les conséquences d'une application de la loi russe au litige, dès lors que les parties n'avaient pas soumis la validité et les effets de leur convention d'arbitrage à cette loi ni même à aucune loi déterminée »*<sup>547</sup>.

Retenir uniquement la volonté des parties comme seul critère d'appréciation de la validité des clauses d'arbitrage caractérise une véritable faveur pour l'arbitrage ainsi que pour le repli du juge étatique et ce, avec le risque de laisser dans l'ombre, ou de créer, des difficultés juridiques sérieuses. Les commentateurs de cet arrêt ont souligné, en effet, qu'il peut être très difficile de déterminer la commune intention des parties. En outre, la volonté des parties se retrouve érigée en source unique de droit, ce qui est contraire aux principes de la théorie générale des contrats et au droit international privé en matière contractuelle :

---

<sup>546</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 29.

<sup>547</sup> S. Bollée, *JDI*, 2006, 127.

la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>548</sup> établit que le contrat est régi, au fond, par la loi choisie par les parties (article 3 § 1) et, quant à la forme, par les dispositions des lois prévues par l'article 9 de ladite convention<sup>549</sup>.

En conclusion sur la consolidation de l'autonomie de la clause compromissoire, il s'avère que la règle matérielle de validité de la clause d'arbitrage s'est imposée, en droit français, comme une règle de faveur à l'arbitrage. La jurisprudence française a progressivement édifié un principe de validité de la clause d'arbitrage affranchie de toute loi étatique.

Cette solution est confortée par l'article 16 (1) de la Loi type de la CNUDCI selon lequel : *« une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire »*.

En droit interne, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée a mis plus longtemps à s'imposer, tout en s'ancrant dans une jurisprudence établie, telle qu'elle a été explicitement affirmée notamment par deux arrêts de 2002<sup>550</sup>.

Cependant, la règle de l'autonomie n'a été consacrée par aucun texte avant la réforme de 2011, alors même qu'elle était l'un des principes les mieux établis du droit français de

---

<sup>548</sup> Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998 p. 0034 – 0046,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>.

<sup>549</sup> E. Gaillard considère « *que la solution retenue par la Cour de cassation ne suggère nullement que la volonté des parties serait une norme première, se suffisant à elle-même et que la constatation de son existence ne supposerait le recours à aucune règle de droit* » (note sous l'arrêt Dalico, JO DI 1994, p. 432, article). Cf article publié à l'origine sur Intlex.org puis repris sur Valhalla.fr à la fermeture du site (19 novembre 2006).

<sup>550</sup> Cass. Civ. 2, 4 avril 2002, Barbot c./ Bouygues Bâtiment, *Bull. civ.*, n° 68 ; *D.* 2003, 1117, note L. Degos, et Cass. Com., 9 avril 2002, Toulousy c./ Philam, *Bull. civ.*, n° 69, *Dalloz*, 2002, n°17, 1402.

l'arbitrage. Dorénavant, l'article 1447 du CPC formule dans toute sa portée le principe de l'autonomie de la clause compromissoire :

*« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.*

*Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. »*

L'article 1447 du CPC consacre ainsi le principe bien établi en jurisprudence de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à la convention principale (également appelé principe de la séparabilité<sup>551</sup> ou de l'indépendance, ce dernier terme ayant été retenu par le décret de 2011) : autonomie de la clause compromissoire dans l'hypothèse où elle serait nulle (ce que visait déjà l'ancien article 1446 du CPC) et autonomie de la clause compromissoire en cas d'inefficacité du contrat auquel elle se rapporte (ce qui est nouveau). Quant à l'article 1506, alinéa 1 du CPC, il édicte que l'article 1447 du CPC s'applique également à l'arbitrage international : *« À moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre »*.

La nullité du contrat n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire qui y figure. Cette solution englobe les cas d'inexistence, de résiliation, de résolution ou de caducité du contrat principal. La jurisprudence avait établi que, même si le contrat contenant la clause compromissoire était nul, le tribunal arbitral restait compétent et pouvait en tirer les conséquences, par exemple en empêchant la partie responsable de la nullité du contrat principal de se soustraire à l'arbitrage.

Sur le plan théorique, le principe d'autonomie est le plus souvent justifié par le fait que la convention d'arbitrage est une convention distincte du contrat principal et ce, par son objet, qui est d'ordre processuel. Même si le contrat vient à disparaître, la convention

---

<sup>551</sup> En référence aux termes retenus par le droit anglais : *severability* ou *separability*.

d'arbitrage existe tant que le droit d'action existe, ce droit étant autonome par rapport aux droits substantiels<sup>552</sup>. Dans les faits, la justification du principe d'autonomie est d'abord d'ordre pratique et vise à renforcer l'arbitrage : l'autonomie de la clause conforte l'efficacité de l'arbitrage puisqu'à défaut, la nullité du contrat priverait le tribunal arbitral de sa compétence pour trancher le litige au fond.

Ainsi, la théorie de l'autonomie de la clause compromissoire illustre un des aspects du repli des juridictions étatiques en faveur de l'arbitrage. Ce repli, dont les conséquences sont en apparence simplement procédurales, aura en réalité des effets qui seront étudiés plus loin sur la règle matérielle applicable.

### 1.3. Principe de compétence de l'arbitre même en présence de contestations sur l'existence du contrat principal

Selon un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 2014<sup>553</sup>, le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage interdit de déduire l'incompétence de l'arbitre de l'absence de preuve de l'existence du contrat prétendument couvert par cette clause et ce principe s'impose au juge de l'annulation.

En l'espèce, le GAEC de La Berhaudière avait obtenu de la cour d'appel l'annulation d'une sentence arbitrale rendue sous les auspices de la Chambre arbitrale internationale de Paris sur le fondement d'une clause compromissoire contenue dans les conditions générales

---

<sup>552</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 81, p. 92. Cette solution est reprise par la jurisprudence : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c./ Sté Amkor Technology et autres, *JCP G*, 2007, II, 10118, note C. Gohlen ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée.

<sup>553</sup> Cass. Civ.1, 14 mai 2014, n°13-15827, Hautbois c./ GAEC De La Berhaudière, *D.* (cassation CA Paris, 4 déc. 2012), *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2014, n° 201c9, p. 21, chronique D. Bensaude, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028945486&fastReqId=474894075&fastPos=14>.

d'achat de la société Hautbois, qui l'avait condamné à payer à cette dernière une certaine somme pour n'avoir pas exécuté un contrat de vente de blé. La cour d'appel avait justifié cette annulation par le fait qu'en l'absence de démonstration d'un engagement contractuel du GAEC de La Berhaudière, c'était vainement que la société Hautbois invoquait l'autonomie de la clause compromissoire stipulée par ses seules conditions générales d'achat.

La Cour de cassation cassa l'arrêt et renvoya les parties devant la cour d'appel de Versailles au visa et pour violation de l'article 1447 du CPC, rappelant seulement que la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Ainsi, en vertu du principe d'autonomie, le juge de l'annulation ne peut asseoir son raisonnement relatif à la validité, l'existence ou l'étendue d'une convention d'arbitrage sur le seul examen du contrat auquel celle-ci serait susceptible de s'appliquer.

## **Section 2. Le repli de la *jurisdictio* étatique par l'appréciation extensive du champ d'application de la convention d'arbitrage**

Cette section a pour objet de faire état de l'effet que la politique de repli du juge étatique a eu sur le champ d'application de la convention d'arbitrage. En effet, l'appréciation extensive du champ d'application de la convention d'arbitrage comme de sa transmission sont une forme de repli du juge étatique au profit de l'arbitrage.

Sans pour autant remettre en cause le fondement consensuel de la convention d'arbitrage, les juges ont considéré que des personnes, physiques ou morales, non signataires du contrat qui contient la clause compromissoire, pouvaient être considérées comme liées par celle-ci et ce, non seulement dans les groupes de sociétés mais également dans des hypothèses n'impliquant pas un groupe de sociétés.



Il s'agit d'une interprétation particulièrement extensive du champ d'application des conventions d'arbitrage qui exprime clairement la faveur consentie à l'arbitrage par les juridictions étatiques.

À l'étude de l'appréciation extensive de la clause compromissoire dans les groupes de société (2.1.) succèdera celle de l'appréciation extensive du champ de la clause compromissoire aux personnes impliquées dans un contrat (2.2.).

### 2.1. Appréciation extensive de la clause compromissoire dans les groupes de sociétés

#### Dow Chemical<sup>554</sup> c/ Isover-Saint-Gobain

L'arrêt Dow Chemical facilite la preuve de la volonté d'adhésion à la clause d'arbitrage.

La clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu par une société membre d'un groupe peut-elle être étendue à une autre société membre du même groupe qui n'est pas signataire du contrat ?

Telle est la question à laquelle répond l'arrêt de la cour d'appel du 21 octobre 1983 lorsqu'elle confirme la solution du tribunal arbitral de la CCI datant du 23 septembre 1982, admettant l'extension, sous certaines conditions, de la clause d'arbitrage aux sociétés d'un groupe non signataires. Une telle extension s'appuie sur l'idée d'une acceptation présumée de la convention d'arbitrage. Le droit français est, sur ce point, pionnier<sup>555</sup>.

En l'espèce, les sociétés du groupe Dow Chemical avaient introduit une demande d'arbitrage à l'encontre de la société Isover St-Gobain. Celle-ci souleva l'inexistence de toute convention d'arbitrage, tant avec la société Dow Chemical France qu'avec la société mère

---

<sup>554</sup> Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain : sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131 (*JDI*, 1983, 899, obs. Y.D), confirmée par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 21 octobre 1983, *Rev. Arb.*, 1984, 98, note A. Chapelle).

<sup>555</sup> B. Hanotiau, « *L'arbitrage et les groupes de sociétés* », *Gaz. Pal.*, 19 décembre 2002, n° 353, 6.

américaine Dow Chemical Company. En effet, les contrats de distribution contenant l'accord d'arbitrer n'avaient été conclus qu'avec la société suisse Dow Chemical A.G. et la filiale de celle-ci, Dow Chemical Europe.

Se posait par conséquent la question de savoir si une clause compromissoire, conclue formellement par deux sociétés d'un groupe, pouvait être étendue aux autres sociétés du même groupe qui prennent part à l'exécution du contrat.

Dans sa sentence du 23 septembre 1982, le tribunal arbitral de la CCI siégeant à Paris s'est déclaré compétent à l'égard de l'ensemble des parties.

Pour parvenir à cette solution, le tribunal arbitral a décidé qu'il pouvait déterminer sa compétence sans avoir à appliquer une loi étatique, se référant aux « *usages conformes aux besoins du commerce international, notamment en présence d'un groupe de sociétés* ». De ces « *usages* », le tribunal a déduit qu'une clause compromissoire acceptée par certains membres du groupe pouvait lier les autres sociétés membres, dès lors que ces dernières ont joué un rôle dans la négociation, la conclusion ou la résiliation du contrat. En l'espèce, les arbitres ont conclu à une « *volonté commune de toutes les parties à la procédure* » que les sociétés non signataires soient parties au contrat, même sans l'avoir matériellement signé. Pour confirmer sa compétence, le tribunal a également pris en compte la « *réalité économique unique* » entre les diverses sociétés du groupe.

Saisie par la société Isover St-Gobain d'un recours en annulation, la cour d'appel de Paris a approuvé la sentence litigieuse, faisant sien le raisonnement des arbitres, dans son arrêt précité du 21 octobre 1983. Pour étendre la clause d'arbitrage, la cour d'appel a estimé que :

*« par une interprétation souveraine des conventions susvisées et des documents échangés lors de leur négociation et de leur résiliation, les arbitres ont jugé, au terme d'une motivation pertinente et exempte de contradiction, que, suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés Dow Chemical France et Dow*

*Chemical Company avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées, et que la clause leur étaient dès lors applicable ».*

À noter que la cour d'appel insiste ici sur la notion de volonté des parties plutôt que sur la notion de « *groupe de sociétés* », ces notions de « *groupe objectif* » de sociétés et de « *volonté avérée* »<sup>556</sup> étant les deux grands fondements sur lesquels les juridictions ont promu avec constance l'extension de la clause compromissoire.

L'arrêt Dow Chemical marque une nouvelle évolution dans un sens favorable à l'arbitrage. Avant cet arrêt, pour impliquer une société non signataire dans l'arbitrage, il fallait recourir à la levée du voile social, technique complexe visant à effacer la différence entre les personnes morales et aboutissant à faire abstraction de la filiale. Avec l'arrêt Dow Chemical, les sociétés du groupe non signataires sont impliquées au titre de leur rôle concret et de leur participation effective à l'opération litigieuse. L'apport de l'arrêt Dow Chemical est de faciliter l'admission de la volonté d'adhérer à la clause d'arbitrage, en formulant une règle matérielle selon laquelle la clause d'arbitrage doit s'appliquer à toutes les parties impliquées dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat, même s'il s'agit de parties non signataires.

Selon plusieurs commentateurs, la présence d'un groupe de sociétés ne doit pas constituer une présomption d'extension de la clause d'arbitrage aux sociétés non signataires, mais l'indice d'une volonté commune de recourir à l'arbitrage<sup>557</sup>. En ce sens, l'extension de

---

<sup>556</sup> Ch. Jarrosson, « *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés* », dans *Groupes de sociétés : contrats et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1994, n° 15 et suiv., p. 53.

<sup>557</sup> Ch. Jarrosson, « *Conventions d'arbitrage* », article cité, n° 6, p. 53, n° 24 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage, op. cit.*, n° 500 et suiv., p. 299 ; F.-X. Train, « *L'extension de la clause compromissoire, chroniques des arrêts 2012-2017* », *Rev. arb.*, 2017, 389 ; B. Hanotiau, « *L'arbitrage et les groupes de sociétés* », *Cah. arb.*, vol. 2, 2004, p. 111.

la clause d'arbitrage serait en accord avec l'approche française de l'autonomie de la convention d'arbitrage international.

Dans une autre affaire, *Sté Alcatel Business Systems et autre c/ Sté Amkor Technology et autres*<sup>558</sup>, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à la fois sur l'extension d'une clause compromissoire et sur sa transmission en présence de chaînes de contrats. La Cour de cassation a validé les deux solutions : la transmission automatique de la clause compromissoire le long d'une chaîne de contrats comme son extension aux filiales d'une société membre de la chaîne ayant participé à l'opération.

En conclusion, pour favoriser l'extension de la clause d'arbitrage, la Cour de cassation, au fil de la jurisprudence, a défini une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage permettant d'apprécier l'engagement d'une société à l'arbitrage, règle qui trouve plusieurs fondements différents, comme la volonté commune des parties, l'exigence de bonne foi ou encore la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société<sup>559</sup>.

## 2.2. Appréciation extensive du champ de la clause compromissoire aux personnes impliquées dans un contrat

L'extension de la clause compromissoire, initiée par l'arrêt *Dow Chemical*, ne concerne pas uniquement les groupes de sociétés. La jurisprudence a témoigné d'une volonté des juridictions de généraliser le principe de l'extension, posé par l'arrêt *Dow Chemical* et ce, en étendant, par une interprétation extensive de son champ d'application, la clause compromissoire à toutes les parties qui interviennent dans l'exécution du contrat, dès lors

---

<sup>558</sup> Cass. Civ. 1, 27 mars 2007, *Sté Alcatel Business Systems et autre c./ Sté Amkor Technology et autres*, n°04-20842, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?i&idTexte=JURITEXT000017827265>.

<sup>559</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 108.

que leur situation ou leur activité font présumer la connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage<sup>560</sup>.

Il peut s'agir de l'extension d'une convention d'arbitrage à des sociétés d'État, lorsque l'État intervient dans l'exécution du contrat. Ainsi, dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2011<sup>561</sup>, l'intervention de l'État était justifiée par le rôle de l'État dans la résiliation de l'accord, l'État se comportant dès lors comme une partie au contrat.

Il peut s'agir de l'extension d'une convention d'arbitrage à des parties nouvelles. Ainsi, la clause d'arbitrage peut être étendue à toutes les personnes qui participent à la négociation, l'exécution ou la résiliation du contrat, et qui y ont un intérêt, par exemple :

- aux sous-traitants<sup>562</sup> ;
- aux personnes physiques : extension illustrée dans l'affaire Orri (dirigeants)<sup>563</sup> ou Abela (actionnaires)<sup>564</sup>.

Par l'effet de l'autonomie de sa validité, la clause d'arbitrage attire à elle toutes les parties impliquées dans l'exécution du contrat, qui en ont connaissance et sont censées y avoir consenti, y compris tacitement<sup>565</sup>.

---

<sup>560</sup> CA Paris, 7 décembre 1994, Jaguar *Rev. arb.*1996.67, note Jarrosson (Ch.) ; *RTD com*, 1995.401, obs. Dubarry (J.-C.) et Loquin (E.) ; *Justices*, n°3, 1996.435, obs. Rivier (M.-Cl.).

<sup>561</sup> CA Paris, 17 février 2011, Gouvernement du Pakistan, ministère des Affaires religieuses c./ Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company ; *Rev. arb.*, 2012, 369, note F.-X. Train ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. D. Bensaude ; *D.* 2011, Pan. 3023, obs. Th. Clay, spéc. 3026.

<sup>562</sup> Au motif que le sous-traitant avait participé à l'exécution du contrat principal, Cass. Civ. 1, 26 octobre 2011, CMN c./FMS et autres, n° 10-17708 ; *Gaz. Pal.*, 22-24 janvier 2012, p. 14, obs. D. Bensaude, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024729747>.

<sup>563</sup> Sentence CCI, n° 5730, 1988, et confirmation par l'arrêt CA Paris, 11 octobre 1990 ; *Rev. arb.*, 1992, 95, note D. Cohen ; *JDI*, 1991, 141, note B. Audit ; *RTD com.*, 1992, 596, obs. E. Loquin.

<sup>564</sup> CA Paris, 22 mai 2008, Abela ; *Rev. arb.*, 2008, 730, note F.-X. Train ; *D.* 2008, Pan. 3111, obs. Th. Clay, spéc. 3117 ; *JCP*, 2008, 122, n° 7-9, obs. Ch. Seraglini.

<sup>565</sup> Cass. Civ. 1, 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c./ Sté Amkor Technology et autres., n°04-20842, arrêt cité.

C'est ainsi que, progressivement, la jurisprudence étend la clause d'arbitrage à toutes les parties directement impliquées dans l'exécution d'un contrat : « *les effets [d'une clause d'arbitrage], insérée dans un contrat international, doivent être étendus aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat, dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause*<sup>566</sup> ».

L'affaire Puma constitue un exemple de ce type d'extension de l'étendue de la clause d'arbitrage<sup>567</sup>.

En l'espèce, MM. T. et A. et Mme C. étaient co-gérants et associés de Puma, dont les statuts contenaient une clause d'arbitrage qui couvrait « *toutes contestations qui pourraient s'élever au cours de l'existence de la société [...] soit entre les associés, les organes de gestion et la société elle-même, relativement aux affaires sociales ou à l'exécution des dispositions statutaires* ».

Après sa révocation, Mme C. assignait MM. T. et A. devant le tribunal de commerce de Bordeaux pour voir (i) dire sa révocation abusive, (ii) ses associés condamnés à prendre en charge une garantie souscrite par elle auprès d'une banque et rembourser des conventions illicites qu'ils auraient conclues, (iii) constater l'existence d'une mésentente et la prise de décisions contraires à l'intérêt social par ses associés, (iv) prononcer la dissolution de Puma.

Puma et MM. T. et A. soulevaient l'incompétence du juge qui, cependant, la retenait.

---

<sup>566</sup> CA Paris, P. 1, ch. 1, 26 févr. 2013, n°11/17961, M. S et a. c./ M. C. et a., M. Acquaviva, *Gaz. Pal.*, 2 juill. 2013, n°GPL136k1, chronique D. Bensaude.

<sup>567</sup> CA Bordeaux, 2e ch. civ., 26 nov. 2013, n°13/01810, Puma, MM. T. et A. c./ Mme C., Mme O'yl, prés., M. Bancal, Mme Rouger, cons. ; Mes Silva, Solans et Laporte, av., *Gaz. Pal.*, 8 mars 2014, n°GPL169m6, p.12, chronique D. Bensaude.

Au soutien de leur contredit, Puma et MM. T. et A. faisaient valoir que les demandes de Mme C. étaient couvertes par la clause d'arbitrage.

Mme C. répliquait que la révocation de ses fonctions de co-gérante n'entraîne pas dans le champ de la clause et que, si plusieurs gérants avaient coopéré à des faits susceptibles d'engager leur responsabilité, l'article 13 des statuts sur leurs obligations et leur responsabilité précisait que le « *tribunal* » détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

Rappelant les termes de l'article 1448 du CPC, la cour d'appel relève que les trois dernières demandes de Mme C. visent à l'évidence des contestations entre associés portant sur des affaires sociales qui entrent dans le cadre de la clause d'arbitrage et retient, à propos de la demande relative à la révocation de Mme C., que celle-ci est également couverte par la clause.

La Cour ajoute une autre considération en faveur de l'arbitrage, notant que la référence imprécise de l'article 13 des statuts au « *tribunal* », pouvant désigner un juge ou un tribunal, ne saurait ici faire échec à la clause d'arbitrage.

Il convient de relever que les extensions de la clause compromissoire, favorables à l'arbitrage, ont deux grands fondements :

- l'un est basé sur les usages de la *lex mercatoria*, autrement dit les principes du droit international de l'arbitrage : la clause compromissoire insérée dans un contrat international bénéficie d'une validité et d'une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat, ainsi que dans les litiges qui s'ensuivent ;

- l'autre fondement est basé sur la volonté des parties. Plusieurs commentateurs ont noté que la référence à la volonté des parties, exigée par le respect du fondement contractuel de l'arbitrage, serait de pure forme dans la mesure où la connaissance de la clause d'arbitrage et la volonté d'acceptation de la clause par les parties sont induites quasi automatiquement des faits objectifs. D'ailleurs, la question de la connaissance devient de moins en moins pertinente dans le contexte d'un libéralisme toujours plus grand en matière de forme et de preuve de la clause d'arbitrage<sup>568</sup>. Les évolutions se révèlent être les mêmes concernant l'admission de l'arbitrage par référence.

### **Section 3. Le repli de la *jurisdictio* étatique par l'appréciation libérale de la transmission ou de l'opposabilité de la clause compromissoire**

Les développements qui suivent illustrent la façon dont les juges, par touches successives, ont fait disparaître progressivement les éventuels obstacles à la transmission de la clause compromissoire et ce, en créant la règle matérielle générale de transmission de la clause compromissoire dans les contrats translatifs (3.1.), par la création du principe des contrats interdépendants (3.2.) ainsi que par la création du principe de l'opposabilité des clauses d'arbitrage par référence (3.3.). Ce faisant, ils ont amplifié le repli de la *jurisdictio* étatique.

---

<sup>568</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 112-113.



### 3.1. Création d'une règle matérielle générale de transmission de la clause compromissoire dans les contrats translatifs

#### Peavey Company c./ Organisme général pour les fourrages et autres

Avec l'arrêt Peavey<sup>569</sup>, la Cour de cassation formule une règle matérielle de transmission de la clause compromissoire.

L'affaire mettait en présence des commissionnaires qui prennent une marge en achetant des marchandises, en leur nom et pour leur compte, sans prendre de risques de stockage ou d'écoulement desdites marchandises. Ainsi, un importateur syrien, OGF, avait passé une commande de maïs à la société française Claeys Luck. Pour honorer son contrat, celle-ci avait eu recours à plusieurs intermédiaires : la société française Agracom France, qui elle-même engageait la société américaine Agracom USA, celle-ci s'approvisionnant auprès de la société américaine Peavey Company.

Mécontent de la qualité du produit livré, l'acheteur syrien, OGF, refusait la cargaison et se voyait alors assigné avec les intermédiaires et le fournisseur devant le tribunal de commerce de Paris par la société Claeys Luck.

L'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris avait rejeté l'exception d'incompétence, soulevée par la société Peavey en raison de la clause d'arbitrage de l'Association Américaine d'Arbitrage (AAA) qui figurait dans les conditions professionnelles de la NAEGA auxquelles faisait référence le contrat de vente initial entre Peavey et son fournisseur Agracom USA.

---

<sup>569</sup> Cass. Civ. 1, 6 février 2001, n° 98-20776, Peavey Company c./ Organisme général pour les fourrages et autres ; *Bull. civ.*, I, n° 22 ; *Rev. arb.*, 2001, 765, note D. Cohen ; *JCP E*, 2003, 70, 10, Ch. Seraglini ; *RTD com.*, 2001, obs. E. Loquin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042936>.

Pour la cour d'appel de Paris, la société Clayes Luck, n'ayant pas eu connaissance de la clause AAA, n'avait pas accepté une convention d'arbitrage qui ne lui avait pas été transmise.

Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 février 2001, pour violation de l'article 1492 du nouveau CPC (aujourd'hui, l'article 1504 du CPC). Ce faisant, la cour suprême pose une règle matérielle de transmission de la clause :

*« dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ».*

Ainsi, l'autonomie de la convention d'arbitrage entraîne la création d'un régime spécifique à sa transmission sans exigence de forme, au moins en arbitrage international.

Le juge de la Cour de cassation a estimé - allant dans le sens d'une faveur toujours plus grande à l'égard de l'arbitrage - qu'à l'instar de la clause d'arbitrage en tant que telle, sa transmission n'est pas soumise à une loi étatique. Le contrat entre Peavey et Agracom USA étant soumis au droit de New York, le juge aurait pu rechercher l'opposabilité de la clause aux vendeurs subséquents, mais a choisi d'énoncer la règle objective de transmission sans s'interroger sur le droit applicable à la transmission de la clause<sup>570</sup>.

Les juges ont toutefois limité le principe d'une transmission objective, en l'assortissant d'une réserve destinée à préserver le consensualisme en faveur de « *l'ignorance raisonnable* ». En l'espèce, le choix de l'AAA par les opérateurs américains ne pouvait être raisonnablement ignoré par les opérateurs français et syrien.

---

<sup>570</sup> *Rev. arb.*, 2001, 765, spéc. 769, note D. Cohen ; *RTD com.*, 2001, obs. E. Loquin, 413, spéc. 60 et suiv.

C'est pourquoi certains commentateurs notent que la réserve de « *l'ignorance raisonnable* » est une simple précaution du juge suprême<sup>571</sup>. D'ailleurs, la preuve de l'ignorance de l'existence de la convention d'arbitrage est de fait très difficile à établir<sup>572</sup>.

Cette réserve de l'ignorance raisonnable finira du reste par s'effacer dans la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation et la faveur grandissante à l'égard de l'arbitrage l'emportera sur le nécessaire respect du consensualisme. Ainsi, dans l'arrêt précité *Sté Alcatel Business Systems et autre c/ Sté Amkor Technology et autres*<sup>573</sup> (ci-après la "jurisprudence Amkor"), la Cour de cassation énonce :

*« la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis ».*

À noter que la solution Peavey s'applique désormais à l'arbitrage interne, comme en témoigne la jurisprudence Amkor. Qui plus est, alors que l'arrêt Peavey restreignait le champ d'application de la règle matérielle qu'il édictait à une « *chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises* » (des contrats successifs de même nature), avec la jurisprudence Amkor, la règle matérielle s'applique aux chaînes hétérogènes et aux chaînes de contrats translatifs de propriété de biens et de marchandises. Désormais, il n'y a plus de limitation au transfert des droits.

Depuis ces arrêts fondateurs, le principe de la transmission a trouvé de multiples applications : extension de la transmission contractuelle de la clause compromissoire et de

---

<sup>571</sup> Comme l'était la réserve des « *circonstances exceptionnelles* » dans l'arrêt Gosset affirmant l'indépendance juridique de la clause d'arbitrage.

<sup>572</sup> Ch. Seraglino, « *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey* », *Cah. arb.*, vol. I ; *Gaz. Pal.*, 2002, 87.

<sup>573</sup> Cass. Civ. 1, 27 mars 2007, *Sté Alcatel Business Systems et autre c./ Sté Amkor Technology et autres*, n°04-20842, arrêt cité.

son effet obligatoire à des parties qui ne l'ont pas signée<sup>574</sup> ou encore opposabilité aux tiers de la clause d'arbitrage du contrat liant le stipulant au promettant qui peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui<sup>575</sup>.

### 3.2. Le repli de la *jurisdictio* étatique par la création du principe des contrats interdépendants

Logiquement, la transmission de la clause compromissoire a été admise en cas de transmission du contrat à un ayant cause (à titre universel : en cas de fusion ou d'absorption de société ; ou à titre individuel : en cas de cession de contrat ou de créance) ou encore en cas de subrogation (conventionnelle ou légale)<sup>576</sup>.

De manière plus significative encore, la jurisprudence a étendu l'effet de la clause d'arbitrage à tous les contrats faisant partie d'un ensemble contractuel alors même qu'un seul contrat ne la stipule<sup>577</sup> et ce, avant même que le décret du 13 janvier 2011 n'envisage expressément l'application de la clause compromissoire à d'autres contrats que celui dans

---

<sup>574</sup> Cass. Civ. 1, 8 février 2000, *Bull. civ.* n° 36, Taurus films c./ Les Films du Jeudi, n° 95-14330 ; *RTD com.*, 2000, 596, obs. E. Loquin. En l'espèce : transmission de plein droit au mandataire substitué de la clause d'arbitrage du contrat liant le mandataire substituant au mandant,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042663>.

Également : Cass. Civ. 1, 28 mai 2002, *Bull. civ.* n° 146, n°00-12144 99-1074, Ciments d'Abidjan : « *En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* ». Pour que la volonté contractuelle puisse être réalisée, la clause d'arbitrage – juridiquement indépendante du contrat principal, en tant que convention de procédure distincte des clauses substantielles du contrat – est transmise avec le contrat, comme un accessoire nécessaire à l'exécution du contrat, expression du droit d'action,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044929>.

<sup>575</sup> Cass. Civ. 1, 11 juillet 2006, Banque Populaire Loire et Lyonnais c./ Sté Snagar, n° 03-11983 ; *Rev. arb.*, 2006, 969, note Ch. Larroumet,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055916>.

<sup>576</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>577</sup> Sur l'effet mobilisateur de la clause d'arbitrage international, voir Sté Uni-Kod c./ sté Ouralkali, arrêt cité.

lequel elle est stipulée<sup>578</sup> et également avant que le législateur ne vienne codifier, par l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er octobre 2016, la notion de contrats interdépendants (pour sanctionner la disparition de l'un d'eux par la caducité des autres et donner, à cette occasion, une définition de cette notion prétorienne de contrats interdépendants, à savoir : plusieurs contrats dont l'exécution est nécessaire pour la réalisation d'une même opération<sup>579</sup>).

Quels critères la jurisprudence avait-elle retenu pour considérer qu'elle était en présence de contrats interdépendants et étendre l'application d'une clause d'arbitrage à l'égard de contrats qui ne la contenaient pas et qu'elle ne visait pas expressément ? En quoi consistait le lien entre ces contrats ? Ce lien, qui est de nature diverse, pouvait tenir :

- au fait que les contrats participent tous à une même opération économique<sup>580</sup> ;
- au caractère simplement accessoire ou complémentaire du contrat ne contenant pas la clause par rapport au contrat qui la stipulait<sup>581</sup> ;

Ainsi, la jurisprudence adoptait-elle une approche davantage économique que juridique des ensembles contractuels pour étendre l'application d'une clause compromissoire à des contrats autres que celui qui la contenait. Elle combinait une analyse

---

<sup>578</sup> L'article 1442, alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que : « *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 ces contrats* », envisageant ainsi expressément l'application de la clause compromissoire à d'autres contrats que celui dans lequel elle est stipulée.

<sup>579</sup> L'article 1186, alinéa 2 du Code civil dispose que : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie » (Nous soulignons).

<sup>580</sup> CA Paris, 21 févr. 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 955, note F.-X. Train ; Paris, 27 avril 2007, *JCP G*, 2007, I, 216, n° 1, obs. J. Béguin.

<sup>581</sup> Cass. Com., 5 mars 1991, n°89-19940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 (1<sup>ère</sup> esp.), obs. L. Aynès ; Paris, 29 nov. 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 617, note L. Aynès,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007103798>.

objective de l'objet des différents contrats et une analyse subjective de la volonté des parties d'appliquer la convention d'arbitrage qu'elles avaient stipulée à l'ensemble du contentieux pouvant naître de ces contrats. La volonté des parties étant le plus souvent présumée, l'analyse objective primait de fait<sup>582</sup>.

Pour illustrer le courant de jurisprudence qui, de manière tout à fait novatrice, a tendu à élargir au maximum la compétence de l'arbitre notamment en matière contractuelle<sup>583</sup>, sera analysé un arrêt important en ce domaine, à savoir celui rendu le 26 avril 2007 par la cour d'appel de Paris (Prodim)<sup>584</sup>, sur le fondement de l'interdépendance des contrats.

Il s'agissait, en l'espèce, des relations entre un franchisé et un franchiseur dans le secteur de la grande distribution. Leurs relations étaient régies par deux contrats distincts :

- un contrat de location-gérance faisant du franchisé le locataire-gérant d'un fonds de commerce appartenant au franchiseur ;
- un contrat de franchise régissant le mode d'exploitation du fonds de commerce par le franchisé (locataire-gérant) dans le cadre du réseau du franchiseur.

Le franchiseur avait résilié le contrat de location-gérance et en avait déduit la caducité du contrat de franchise, « *aucun contrat de franchise ne pouvant être exploité sans existence d'un fonds de commerce* ».

---

<sup>582</sup> D. Cohen, « *Arbitrage et groupe de contrats* », *op. cit.*, p. 487.

<sup>583</sup> Voir CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch. C, 21 févr. 2002, *Juris-Data* n° 2002-202625 ; *Rev. arb.*, 2002, p. 955, note F.-X. Train ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 4, obs. J. Béguin ; Rapp. Cass. Civ. 1, 6 mars 2007, n° 04-16204, *Juris-Data* n° 2007-038063 ; Cass., Civ. 1, 27 mars 2007, n° 04-20842, *Juris-Data* n° 2007-038210 ; *JCP G*, 2007, I, 168, n° 11, obs. Ch. Seraglini ; *JCP G*, 2007, II, 10118, note C. Gohlen.

<sup>584</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. C, 26 avr. 2007, SAS Prodim c./ Sté Epidag, *Juris-Data* n° 2007-334776 ; J. Béguin, J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, « *Droit de l'arbitrage* », *Chronique La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 51, 19 décembre 2007, I, p. 216.

Le contrat de franchise comportait une clause compromissoire, alors que le contrat de location-gérance n'en comportait pas.

Le franchisé déclencha l'arbitrage et demanda au tribunal arbitral de déclarer infondée la résiliation du contrat de location-gérance et de l'indemniser des pertes subies en tant que locataire-gérant.

Le franchiseur, quant à lui, souleva immédiatement l'exception de l'incompétence de l'arbitre en faisant valoir que le contrat de location-gérance ne comportait pas de clause compromissoire.

Le tribunal arbitral se déclara compétent et ordonna la poursuite des deux contrats à titre conservatoire jusqu'à la fin de la procédure d'arbitrage.

Le franchiseur demanda la nullité de la sentence en invoquant deux arguments, à savoir l'absence de clause compromissoire dans le contrat résilié (la location-gérance) ainsi que le fait que le tribunal arbitral n'avait été expressément saisi que de la question de sa compétence et avait - selon l'appelant - statué *ultra petita* en ordonnant la poursuite des contrats.

Ces deux arguments seront rejetés par la cour d'appel de Paris.

S'agissant de l'argument selon lequel le contrat résilié de location-gérance ne comportait pas de clause compromissoire, la cour d'appel considère que le tribunal arbitral était fondé à s'être déclaré compétent du fait que les deux contrats étaient interdépendants : l'un n'allait pas sans l'autre. Le franchiseur n'avait consenti la location-gérance que parce son cocontractant s'engageait à exploiter le fonds sous son enseigne en exécution du contrat de franchise. Cet engagement était la condition « *essentielle et déterminante* » du contrat de location-gérance. Le rapport d'interdépendance ainsi créé entre les deux contrats par la volonté des parties « *justifie l'extension de la compétence des arbitres à un différend*

concernant le contrat de location-gérance qui ne contient pas de clause d'arbitrage ». Il n'y a pas eu méconnaissance de « la dimension conventionnelle de l'arbitrage ».

S'agissant de l'argument selon lequel le tribunal arbitral aurait statué *ultra petita* en ordonnant la poursuite des contrats, la cour d'appel de Paris le rejette en précisant - ce qui mérite d'être retenu - qu'en pareil cas, les arbitres n'ont aucune obligation de « statuer par sentences successives ». Ils sont parfaitement autorisés, dès l'instant où ils s'estiment compétents, à statuer « dans la foulée », dans la même sentence, d'abord sur leur compétence, ensuite sur le sort des contrats pendant la procédure.

Par cet arrêt, le juge étatique attestait, une fois de plus, d'une réelle faveur pour l'arbitrage<sup>585</sup> et ce, avant même que le décret du 13 janvier 2011 ne vienne conforter cette faveur en consacrant l'application de la clause compromissoire à d'autres contrats que celui dans lequel elle est stipulée.

Si l'existence d'une opération économique unique était et restera l'un des principaux critères retenus par les juges pour justifier l'application de la clause d'arbitrage contenue dans un seul contrat au litige portant sur un autre contrat<sup>586</sup>, de manière générale, indépendamment même de cette notion de contrats interdépendants, le droit positif se montre favorable à l'admission de l'extension de la clause compromissoire au sein de groupes de contrats<sup>587</sup>. Tel est ainsi le cas, lorsque des contrats de même nature sont conclus successivement dans le cadre de relations habituelles d'affaires entre les parties.

---

<sup>585</sup> J. Béguin, J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*

<sup>586</sup> CA Paris, 5-3, 21 mars 2018, n°16/16091, CSF c./ SARL Fadis, Mme Thauvat, *Gaz. Pal.*, 24 juill. 2018, n° GPL319h3, p. 16, chronique D. Bensaude.

<sup>587</sup> D. Cohen, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471 ; F.-X. Train, *Les Contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, préf. D. Fadlallah, Paris, LGDJ, coll. « *Bibl. dr. priv.* », t. 395, 2003 ; J.-L. Goutal, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *Rev. arb.*, 1988, p. 431 ; J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, n° 1120, coll. « *Précis* », 3e éd., 2015 ; D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Gualino, 2012, n° 505-506.



### 3.3. Le repli de la *jurisdictio* étatique par la création du principe de l'opposabilité des clauses d'arbitrage par référence

La clause d'arbitrage par référence s'entend de la clause compromissoire contenue dans un document distinct et préexistant (conditions de vente d'un fournisseur, conditions générales, contrat-type, règlement, etc.) auquel le contrat passé entre les parties renvoie. Si la clause d'arbitrage par référence pose la question de sa validité formelle, le problème fondamental qu'elle suscite est surtout celui de savoir si, par cette référence, les parties ont valablement manifesté leur consentement à l'arbitrage et si, par conséquent, elles sont liées ou non par les termes de la clause d'arbitrage à laquelle renvoie leur accord.

Une nouvelle fois, l'évolution de la jurisprudence sur cette question de la validité ou de l'opposabilité de la clause d'arbitrage par référence sera favorable à l'arbitrage.

#### Bomar Oil c/E.T.A.P Sté Buisman's (dit Bomar II)<sup>588</sup>

La société Bomar Oil, ayant son siège aux Antilles néerlandaises, contestait être liée par la clause compromissoire du contrat standard avec l'Entreprise tunisienne des activités pétrolières (ETAP), à laquelle elle avait acheté du pétrole. Bomar prétendait ne pas avoir adhéré à une telle clause, dont l'existence n'était pas mentionnée dans les télex échangés en vue de conclure le contrat. Le contrat spécifiait les quantités et certaines conditions du marché renvoyant, « *pour les autres conditions* », « *à celles du contrat standard ETAP* ».

Un premier arrêt, Bomar I, rendu par la Cour de cassation le 11 octobre 1989<sup>589</sup>, a été suivi par un second arrêt, en 1993, Bomar II. Ce dernier est favorable à l'arbitrage puisqu'il

---

<sup>588</sup> Cass. Civ. 1, 9 novembre 1993, n° 91-15194, Bomar Oil c/E.T.A.P ; *Bull. civ.*, 1993, 1, n° 313 ; *Rev. arb.*, 1994, 108, nota C. Kessedjian ; *JDI*, 1994, 690 (1<sup>ère</sup> esp.), note E. Loquin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007031033>.

<sup>589</sup> Cass. Civ. 1, 11 octobre 1989, Bomar I, n° 87-15094 ; *JDI*, 1990, 633, note E. Loquin ; *Rev. arb.*, 1991, 291 (2<sup>e</sup> esp.), notes C. Kessedjian,

formule une nouvelle règle matérielle posant, dans le domaine de l'arbitrage international, la validité de la convention d'arbitrage par référence.

Dès la réforme du droit de l'arbitrage de 1980-1981, le droit français admettait l'acceptation tacite de la clause compromissoire en l'absence de contestation<sup>590</sup>. Après la réforme, en droit interne, l'article 1443 du CPC posait la règle de la validité de la clause compromissoire que la jurisprudence a interprétée de façon très favorable à l'arbitrage<sup>591</sup>.

Dans ce contexte, il était possible de s'attendre à une atténuation encore plus poussée du formalisme en arbitrage international, lequel ne requérait plus aucune condition de forme. Pourtant, cette attente ne fut pas confirmée par l'arrêt Bomar I du 11 octobre 1989 qui semble marquer un repli, réaffirmant une règle de forme, à savoir la référence à un autre document où la clause compromissoire est contenue. Selon cet arrêt, la conclusion d'une clause d'arbitrage requérait une mention spécifique, écrite, de la clause compromissoire dans la convention principale, « *sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assure une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux* ».

Dans cette espèce, la Cour de renvoi rejetait le recours en annulation en jugeant que le consentement de la société Bomar à la clause d'arbitrage s'inférait des constatations selon lesquelles le négociateur de cette dernière avait eu en mains le contrat standard ETAP et avait eu la possibilité d'examiner la convention d'arbitrage avant d'apporter son accord sur les termes de la vente<sup>592</sup>.

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007022835>.

<sup>590</sup> I. Fadlallah et D. Hasher, *op. cit.*, p. 95.

<sup>591</sup> B. Oppetit, « *La clause arbitrale par référence* », *Rev. arb.*, 1990, 551.

<sup>592</sup> CA Versailles, 23 janvier 1991 ; *Bulletin*, 1993, I, n° 313, p. 218.

Le second pourvoi de la société Bomar permet à la Cour de cassation d'énoncer, dans l'arrêt Bomar II du 9 novembre 1993, la règle matérielle suivante :

*« en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat ».*

Pour opérer ce revirement entre Bomar I et Bomar II, la Cour choisit d'énoncer et d'appliquer une règle matérielle française favorable à l'arbitrage. En effet, elle écarte l'article II de la convention de New York du 10 juin 1958, au visa duquel elle s'était prononcée dans Bomar I, portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et entendant par « *' convention écrite ' une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes* ». Dans Bomar II, la Cour écarte l'article II de la convention de New York, dont la violation était l'un des fondements du pourvoi, en lui substituant, même si elle le fait implicitement, l'article VII de la convention de New York permettant aux parties d'invoquer directement le droit commun (voir l'arrêt ABS). En définitive, la Cour se distancie des fondements de la convention de New York, qu'il s'agisse de l'article II ou VII, pour asseoir son raisonnement sur une règle matérielle française qui s'inscrit dans le contexte de la reconnaissance de l'autonomie juridique des clauses d'arbitrage (voir arrêt Zanzi). La Cour de cassation estime que, dans les relations internationales, le formalisme répond à des objectifs concrets (protection, sécurité) qui ne doivent pas prévaloir sur la bonne foi<sup>593</sup>. C'est ainsi que Bomar II écarte l'exigence de l'écrit en vertu d'une règle matérielle spécifique régissant la forme de la clause d'arbitrage par référence.

---

<sup>593</sup> B. Oppetit, « *La clause arbitrale par référence* », *op. cit.*, n° 7, p. 554-555.

S'agissant de la preuve de la connaissance de la clause d'arbitrage par référence, dans Bomar II, la Cour de cassation formule une présomption de connaissance, fondée sur l'existence d'une référence claire (la référence claire vaut acceptation de la clause compromissoire, excepté en cas de manifestation d'une volonté contraire). La Cour formule aussi une présomption d'acceptation de la clause, découlant de la présomption de connaissance, même s'il ne s'agit que d'une acceptation tacite. La volonté des parties devient dès lors subsidiaire.

À la suite de Bomar II, la Cour de cassation précisera les conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage par référence, dans un sens toujours favorable à la validité de la clause. Ainsi :

- s'agissant de la connaissance de la clause : sans aucune mention d'écrit, la Cour posera qu'« *en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence*<sup>594</sup> ». La convention d'arbitrage peut même faire l'objet d'un double renvoi, la Cour de cassation ayant posé cette solution favorable à l'arbitrage dans l'affaire Dalico, s'inspirant de la solution de l'arrêt Bomar II ;
- s'agissant de la preuve de la connaissance de la clause d'arbitrage par référence : si, en droit interne, il existe des exigences légales de preuve en matière contractuelle qui doivent être respectées, en revanche, en arbitrage international, il est possible de prouver la volonté des parties de recourir à l'arbitrage par tous

---

<sup>594</sup> Cass. Civ. 1, 3 juin 1997, Sté Prodexport c./ Sté FMT Productions, n° 95-17603 ; *Bull. civ.*, I, n° 177 ; *Rev. arb.*, 1998, 537 ; *Rev. crit. DIP*, 1999, 92, note P. Mayer, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007036140>.

les moyens (usages, relations d'affaires...) <sup>595</sup>. Si la preuve de la connaissance est difficile, il est possible de se référer à des règles objectives d'extension de la clause, comme tel est le cas, par exemple, pour les groupes de sociétés (voir arrêt Dow Chemical). Comme pour l'extension de la clause (Dow Chemical, Orri, Abela), la solution en la matière deviendra de plus en plus objective.

## **Conclusion du Chapitre 1**

***En conclusion, les appréciations libérales et extensives en faveur du champ d'application des clauses compromissoires : inclinaison, techniques et portée du repli de la *jurisdictio* étatique en faveur de l'arbitrage***

Ce chapitre a fait ressortir la technique juridique par laquelle les juridictions étatiques ont rétracté ou replié leur *jurisdictio* en adoptant une position systématiquement libérale et favorable à l'égard de la validité, de l'opposabilité et du champ d'application des clauses d'arbitrage.

Cette position favorable trouve sa source dans l'*a priori* favorable des juridictions étatiques à l'égard de l'arbitrage.

Les techniques juridiques mises en œuvre pour réaliser ce repli sont extrêmement puissantes dans la mesure où elles ont consisté à créer des fondements qui dépassaient les usages et les techniques qui faisaient jusqu'alors autorité. Il en va ainsi :

- de la création de règles matérielles permettant d'écarter la technique du conflit de lois ainsi que les moyens tirés des législations nationales : tel est notamment le cas de la règle matérielle de la séparabilité ou encore celui de la règle matérielle de la transmission des clauses compromissoires dans les contrats translatifs ;

---

<sup>595</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 98-99.

- du libéralisme extrême dans l'appréciation de la preuve de la volonté d'adhésion aux clauses compromissaires qu'il s'agisse notamment de l'admission de l'adhésion tacite ou encore de la portée donnée à une simple référence à une clause compromissoire.

Il faut noter que, dans un premier temps, les positions les plus audacieuses et les plus créatives sont toujours intervenues dans le cadre de l'arbitrage international, le motif d'efficacité pouvant justifier la nécessité de trouver des solutions immédiates à des conflits susceptibles d'affaiblir le monde des transactions internationales.

Mais il faut aussi souligner que des positions prises par la jurisprudence en matière de commerce international ont tendance à être ensuite reprises dans l'arbitrage interne, l'arbitrage international devenant ainsi une source d'influence sur les règles de l'arbitrage interne (cf. l'arrêt Gosset<sup>596</sup> et la règle matérielle de séparabilité) et ce, même si le consensualisme n'est pas aussi absolu dans l'arbitrage national qu'il ne l'est dans d'arbitrage international (cf. s'agissant de l'exigence de forme de la convention d'arbitrage, la comparaison entre l'article 1507<sup>597</sup> du CPC en arbitrage international et l'article 1443<sup>598</sup> du même code en arbitrage interne).

Globalement, il apparaît clairement que même lorsque les moyens juridiques qui soutenaient la rétention de compétence des juridictions étatiques pouvaient être tout aussi pertinents, les juridictions étatiques sont parvenues à fonder leur inclinaison à replier leur *jurisdictio* au profit de l'arbitrage et ce, aux moyens de motivations et de techniques diverses.

---

<sup>596</sup> Cass. Civ. 1, 7 mai 1963 (sect.), Ets. Raymond Gosset c./ Carapelli, arrêt cité, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962522>.

<sup>597</sup> Article 1507 du CPC : « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ».

<sup>598</sup> Article 1443 du CPC : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

Ce faisant, sont ainsi apparus :

- la faveur des juridictions étatique pour l'arbitrage ;
- le caractère spontané (sans contrainte légale) de la création des règles sur lesquelles les juridictions fondent leur repli, de sorte qu'il s'agit donc bien d'un repli de leur *jurisdictio* par les juridictions, elles-mêmes ;
- le « *pouvoir politique* » des juridictions étatiques dont la force a été formellement reconnue par le pouvoir législatif, lorsqu'il s'est contenté, par le décret précité du 13 janvier 2011, de consacrer les règles d'origine prétorienne.

## **Chapitre 2. Le repli de la *jurisdictio* étatique par l'appréciation extensive de la compétence de l'arbitre**

La faveur toujours plus grande des juridictions étatiques vis-à-vis de l'arbitrage ne s'est pas limitée aux clauses d'arbitrage elles-mêmes. Cette faveur s'est manifestée notamment par la portée donnée au principe compétence-compétence (**Section 1**) qui permet au tribunal arbitral, comme à tout juge, de statuer sur sa compétence ainsi qu'au travers de l'évolution du repli de la *jurisdictio* étatique en présence d'une règle d'ordre public applicable au litige (**Section 2**). Les précautions prises concernant les mesures provisoires urgentes en présence d'une clause d'arbitrage (**Section 3**) ou encore l'extension du champ d'arbitrabilité de certaines matières (**Section 4**) sont autant de marques supplémentaires de l'appréciation extensive de la compétence de l'arbitre, et donc plus généralement du repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques et de la faveur dont bénéficie l'arbitrage.



## Section 1. Le repli de la *jurisdictio* étatique par le principe de compétence-compétence

Le principe de compétence-compétence est simple : tout juge est juge de sa compétence<sup>599</sup>. Toutefois, la mise en œuvre de ce principe se décline, suivant le professeur Emmanuel Gaillard<sup>600</sup>, en deux « *effets* » distincts : un effet positif et un effet négatif<sup>601</sup>.

Selon l'effet positif de la compétence-compétence, l'arbitre est compétent pour juger de sa compétence à statuer sur la matière litigieuse. Il s'agit d'un principe général classique du droit processuel dont l'application à l'arbitrage conduit à admettre la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence.

En admettant l'application de ce principe général à l'arbitrage, les juridictions étatiques n'ont pas fait œuvre de création d'une norme particulière leur permettant de replier leur *jurisdictio*.

En revanche, en admettant l'application de ce principe au profit de l'arbitre, les juridictions étatiques ont laissé l'arbitre prendre le statut de "*juge à part entière*".

L'application de ce principe classique a donc été pour l'arbitrage le principe "*fondateur*" du statut et du droit de l'arbitrage, voire de la reconnaissance de l'existence d'un ordre juridique à part entière.

---

<sup>599</sup> O. Pomies, « *Compétence-compétence* », *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, coll. « *Didact Droit* », 2001.

<sup>600</sup> E. Gaillard, note sous Cass. Civ. 2, 10 mai 1995, Société Coprodag et autre c./ dame Bohin, *Rev. arb.*, n° 4, 1995, p. 618-621 ; le même, « *L'effet négatif de la compétence-compétence* », *op. cit.* ; note sous Cass. civ. 1, 26 juin 2001, American Bureau of Shipping c./ Copropriété Jules Verne et autres, n°03-12034, *Rev. arb.*, 2001, p. 529 (ci-après, "l'arrêt ABS"), [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/arr\\_ecirc\\_8768.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arr_ecirc_8768.html).

<sup>601</sup> E. Loquin, « *Arbitrage - Compétence arbitrale - Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire* », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1034, 2009 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 617 et suiv.

Le second effet, chronologiquement parlant, du principe de compétence-compétence s'est imposé plus tard. Il s'agit de l'effet dit négatif du principe de compétence-compétence, à savoir la priorité, voire l'exclusivité provisoire, confiée à l'arbitre sur le juge étatique dans l'appréciation de sa compétence. Dès lors qu'une convention d'arbitrage est invoquée, le juge du fond saisi ne peut apprécier, du moins autrement que superficiellement, la compétence arbitrale, mais doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Et il incombera à l'arbitre, une fois saisi, de se prononcer sur sa propre compétence en priorité. L'effet négatif du principe de compétence-compétence paralyse le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur leur compétence.

L'effet négatif du principe compétence-compétence réalise un repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques.

Ces dernières retrouveront le pouvoir de statuer sur leur compétence, au stade post-arbitral, par l'effet positif de leur propre compétence-compétence, à l'occasion des recours formés contre la sentence arbitrale.

Le principe de « *compétence-compétence* » a été façonné par la jurisprudence : « *vu le principe compétence-compétence* »<sup>602</sup>. La règle qui s'en est dégagée consiste à appliquer ce principe en cas de contestation du pouvoir du tribunal arbitral, en considérant que l'arbitre est le premier compétent (« *seul compétent* », selon le nouvel article) à se prononcer sur sa compétence, à savoir sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. En permettant aux arbitres de résoudre eux-mêmes les conflits de compétence, l'intention supposée des parties ayant recours à l'arbitrage est respectée. En effet, si la compétence

---

<sup>602</sup> Notamment Cass. Civ. 1, 4 juillet 2006, 05-17460, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007053480>.

arbitrale avait été restreinte, les objectifs de l'arbitrage comme alternative au jugement auraient très difficilement pu se réaliser.

Par son appréciation du principe compétence-compétence, la jurisprudence étatique marque, une fois encore, sa volonté de se rétracter ou de se replier en faveur de l'arbitrage.

Cette faveur de la jurisprudence s'est trouvée confirmée par le décret précité du 13 janvier 2011 qui a introduit les articles suivants :

**Article 1448 du CPC :**

*« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.*

*La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence.*

*Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. »*

**Article 1465 du CPC :**

*« Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir. »*

Les développements qui suivent valent pour l'arbitrage interne comme pour l'arbitrage international, des auteurs comme Ch. Jarrosson ayant conclu, à juste titre, à une unité conceptuelle, fonctionnelle et de régime du principe de compétence-compétence<sup>603</sup>.

Après avoir approfondi l'idée selon laquelle l'effet positif du principe de compétence-compétence serait un repli constitutif l'ordre arbitral (1.1.), nous nous attacherons à démontrer en quoi l'effet négatif du principe de compétence-compétence constitue une garantie du repli de la *jurisdictio* étatique (1.2.).

---

<sup>603</sup> Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, op. cit., n° 29, p. 22.

### 1.1. Le repli constitutif de l'ordre arbitral : l'effet positif du principe de compétence-compétence

Selon le sens premier du principe de compétence-compétence, appelé l'effet positif du principe de compétence-compétence, dès lors que sa compétence est contestée, un arbitre est seul compétent pour dire et juger s'il est compétent relativement au litige qu'il lui est demandé de trancher.

Il faut remonter à un arrêt du 2 février 1949 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu en matière d'arbitrage interne, pour voir affirmé, pour la première fois en droit français, l'admission du principe selon lequel les arbitres peuvent statuer sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire<sup>604</sup>.

Mais il faut attendre la réforme du droit français de l'arbitrage en 1980-1981 pour que le principe de compétence-compétence de l'arbitre, reconnu pour l'arbitrage interne par l'article 26 du décret n°80-354 du 14 mai 1980, intégré au CPC à l'article 1466 (ancien), soit affirmé avec constance par les juridictions. Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 reprendra ce principe à l'actuel article 1465 du CPC pour l'arbitrage interne et l'étendra expressément à l'arbitrage international par l'article 1506 du CPC. Il est à noter que le principe positif de compétence-compétence avait déjà été étendu à l'arbitrage international par la jurisprudence, notamment avec l'arrêt Zanzi précité, du 5 janvier 1999, par lequel la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation avait affirmé le principe de compétence-compétence parmi les règles matérielles françaises de l'arbitrage international<sup>605</sup>.

---

<sup>604</sup> Cass. Com. 22 février 1949 ; H. Motulsky, *Écrits, Études...*, *op. cit.*, Dalloz, 2010, p. 222 ; S. 1949, 1.73.

<sup>605</sup> Dans cette affaire, la société italienne Tripcovitch, représentée par son curateur, M. Zanzi, s'était engagée à céder à un acheteur français, M. De Coninck, les actions qu'elle détenait dans une société française. Le vendeur ayant engagé un arbitrage devant la CCI sur la base de la clause compromissoire de la promesse de cession d'actions, l'acheteur rétorquait en demandant au juge français de prononcer la nullité de cette clause en raison du caractère civil du contrat. La cour d'appel de Bordeaux avait conclu que la clause d'arbitrage était

Dorénavant, le tribunal arbitral peut juger de l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. Le pouvoir de statuer sur les incidents de compétence est une partie intégrante de l'office du juge et un élément essentiel de sa *jurisdictio*. L'objectif est de préserver l'efficacité de la procédure arbitrale en dissuadant les parties de recourir à des manœuvres dilatoires et en évitant l'interruption systématique de l'instance lorsqu'une exception d'incompétence est opposée.

L'effet positif n'a rien de révolutionnaire puisqu'il s'agit d'une simple transposition au droit de l'arbitrage du principe processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence.

La formule et le principe sont très largement acceptés, tant par les textes internationaux<sup>606</sup> que par les lois arbitrales nationales qui donnent elles aussi aux arbitres la compétence de déterminer l'étendue de leur compétence et de régler la contestation de leur compétence<sup>607</sup>. Aux États-Unis, la Cour suprême a déterminé que « *tout doute*

---

manifestement nulle, ce qui impliquait la compétence de la juridiction étatique pour statuer sur le fond du litige. Cet arrêt était attaqué, la Cour de cassation s'étant prononcée sans renvoi au visa du principe « *selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* ».

<sup>606</sup> La formule et le principe sont très largement acceptés, ce dont témoignent notamment l'article 16(1) de la Loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, l'article 21(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (« *Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.* »), l'article 23.1 des *Rules* de la London Court of International Arbitration, l'article 15.1 des *AAA International Arbitration Rules*, l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage de la CCI (« *toute décision sur la compétence du Tribunal arbitral sera prise par le Tribunal arbitral lui-même* ») ou encore l'article V(3) de la convention de Genève... En revanche, la convention de New York ne comporte pas de disposition sur l'effet positif du principe de compétence-compétence, son article II(3) reconnaissant uniquement l'effet négatif (notamment parce que la convention s'adresse aux juridictions étatiques et ne régit pas la procédure arbitrale mais les sentences arbitrales).

<sup>607</sup> Par exemple, la loi suisse sur le droit international privé (articles 178 et 186) ; l'Arbitration Act anglais de 1996 (article 30.1). Voir à ce sujet : J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, n° 597.

*concernant la portée des questions arbitrales doit être tranché en faveur de l'arbitrage* »<sup>608</sup>. Le *Federal Arbitration Act* va dans le même sens.

L'effet positif du principe de compétence-compétence est désormais si consensuel qu'il tend même à disparaître dans les sentences arbitrales, les tribunaux arbitraux statuant sur leur compétence sans rappeler qu'ils détiennent ce pouvoir. Un silence qui s'explique par la pleine légitimité dont il bénéficie : non contesté, il est devenu inutile de le rappeler. Il y a même un consensus transnational à ce sujet. Le principe de compétence-compétence, qui maintient l'efficacité de l'arbitrage en évitant les manœuvres dilatoires par les allers et retours entre l'arbitre et le juge, est devenu un principe fondateur du droit de l'arbitrage<sup>609</sup>.

C'est ici l'occasion de rappeler que le statut pleinement processuel du pouvoir de l'arbitre (au-delà du pouvoir conféré par l'aspect contractuel de sa mission) provient du seul fait que les juridictions étatiques ont laissé appliquer à l'arbitrage la règle selon laquelle le juge est compétent pour statuer sur sa compétence. Du seul fait de l'application de cette règle à l'arbitre, ce dernier a pris un statut de juge à part entière s'inscrivant dans un ordre juridictionnel propre et doté d'un pouvoir de nature juridictionnelle auquel l'article 1465 du CPC renvoie expressément. Ainsi, l'origine de la reconnaissance de la nature de ce pouvoir est l'œuvre du repli des juges étatiques.

En effet, alors que la dénomination du principe privilégie la notion de « *compétence* » (dénotant l'idée de concurrence et de répartition des litiges), l'article 1465 du CPC retient la

---

<sup>608</sup> Moses H. Cone, *Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 22, 25-26 (1983), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/460/1>.

<sup>609</sup> J.-P. Ancel, « *La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international. Le juge entre deux millénaires* », Mélanges Pierre Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 161.

notion de « *pouvoir* » juridictionnel (le pouvoir de dire le droit, de trancher un litige par application des règles de droit)<sup>610</sup>.

Le choix des termes n'est pas sans conséquence, puisque la compétence du tribunal arbitral découle de la volonté des parties, alors que le pouvoir de juger sur sa propre compétence puise sa source dans l'ordre juridictionnel. Il suffit de rappeler ici que le fondement a connu une évolution<sup>611</sup> au terme de laquelle le contrat l'a cédé à la logique juridictionnelle.

À l'origine, l'effet positif du principe de compétence-compétence est rattaché au contrat, source du pouvoir de l'arbitre et la possibilité de juger de la compétence est un prolongement nécessaire de la compétence arbitrale sur le fond, un effet découlant de la convention d'arbitrage.

Progressivement, l'effet positif du principe de compétence-compétence a été associé à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage. Ce n'est plus le contrat mais le procès qui se situe à la source du pouvoir de l'arbitre. L'effet positif du principe de compétence-compétence est de nature processuelle, rattaché au principe général de droit selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Dans cette dernière acception, le pouvoir de statuer sur sa compétence est une conséquence de la mission juridictionnelle de l'arbitre, un élément constitutif de la *jurisdictio*, inhérent à toute juridiction dès lors qu'elle est saisie, peu importe qu'elle soit compétente ou non.

---

<sup>610</sup> La notion de « *pouvoir* » remplace également celle d'investiture, impliquant que l'arbitre est seul compétent pour apprécier non seulement s'il est bien compétent pour connaître du litige, dans les limites déterminées par la convention d'arbitrage, mais également pour se prononcer sur la conformité de sa désignation par rapport aux conditions fixées par les parties. Voir Th. Clay, *L'Arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, note 91, n° 114 et suiv. ; n° 175.

<sup>611</sup> M. Boucaron-Nardetto, *Le Principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse Université Nice Sophia Antipolis, 2011, publiée avec la préface de J.-B. Racine aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, n° 448 à 467 p. 389-404 ; E. Gaillard, « *L'effet négatif...* », *op. cit.*

Telle fut la conséquence institutionnelle du repli de la *jurisdictio* étatique qui s'est opéré par le seul fait de permettre l'application du principe positif de compétence-compétence.

## 1.2. L'effet négatif du principe de compétence-compétence comme garantie du repli de la *jurisdictio* étatique

Si l'effet positif du principe de compétence-compétence est consensuel, il ne permet pas en revanche de résoudre les conflits de compétence susceptibles de surgir entre la justice étatique et la justice arbitrale. Dès lors que la justice étatique n'est pas la seule à pouvoir délimiter la compétence, des conflits de compétence peuvent surgir entre la justice étatique et la justice arbitrale. En effet, les deux sont susceptibles d'être saisies parallèlement d'un même litige et peuvent statuer en sens opposé sur l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, et par la suite sur le fond du litige<sup>612</sup>. De fait, la Cour de cassation était souvent sollicitée pour se prononcer sur la question de la distribution des litiges entre justice étatique et justice arbitrale, ce qui témoignait de conflits de compétence entre les deux formes de justice.

C'est une telle difficulté qu'est venu résoudre l'effet négatif du principe de compétence-compétence, en vertu duquel la priorité, voire l'exclusivité provisoire, est confiée à l'arbitre sur le juge étatique dans l'appréciation de sa compétence, dès lors qu'une convention d'arbitrage est invoquée.

À partir des années 1990, les juridictions étatiques, saisies au fond du litige, n'hésitent pas à affirmer, parfois au visa des articles 1458 et 1466 du CPC que « *les arbitres, sont, en*

---

<sup>612</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 8, p. 28-29, et n° 153 et suiv., p. 158 et suiv. ; aussi O. Cachard, « *L'effet négatif du principe de compétence-compétence et les contentieux parallèles* », *DMF*, sept. 2007, n° 3, p. 716.



*principe seuls juges de leur compétence*<sup>613</sup> ». Cette adjonction du mot « *seuls* » est plus que significative puisqu'elle révèle une tendance à octroyer la priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence et, par conséquent, également sur la compétence de la justice étatique.

En 2004, deux arrêts avaient confirmé que le tribunal arbitral est « *seul compétent* » pour statuer sur sa compétence :

- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2004<sup>614</sup> (SA Frantonin/SA ITM Entreprises) ;
- l'arrêt de la Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch. civile) du 16 novembre 2004 (association Tuv Zertifizierungsgemeinschaft) opposant l'Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance de qualité des entreprises (AFAQ) à l'Association allemande TÜV Zertifizierungsgemeinschaft EV, à la société allemande TÜV Suddeutschland Holding AG et à la société allemande TÜV Management Service GMGH, à propos d'actes de concurrence déloyale imputés à ces dernières<sup>615</sup>.

Les deux arrêts avaient été rendus dans des circonstances procédurales similaires, puisque dans les deux cas, les juridictions françaises avaient été saisies au fond malgré l'existence d'une clause compromissoire et le défendeur avait soulevé l'incompétence des juridictions au fond.

---

<sup>613</sup> CA Grenoble, 26 avril 1995, Delattre ès-qual. et société Weistock Construction c./ Société Ascinter Otis, *Rev. arb.*, 1996, p. 452, note Ph. Fouchard ; M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 45, p. 74.

<sup>614</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch D 30 juin 2004, SA Frantonin c./ SA ITM Entreprises, *Rev. arb.*, 2005, p. 673.

<sup>615</sup> Cass. Civ. 1, 16 novembre 2004, 02-11866,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007481279>.

Les deux arrêts rendus aboutissent à une solution identique : les juridictions d'État sont incompétentes non seulement sur le fond mais aussi sur la question de la compétence arbitrale.

Arrêt de la cour d'appel du 30 juin 2004<sup>616</sup> (SA Frantonin/SA ITM Entreprises)

En l'espèce, un franchisé reprochant au franchiseur une étude de marché totalement erronée engendrant, selon lui, une faute précontractuelle, avait saisi le tribunal de commerce de Paris. Le contrat de franchise entre ces deux entreprises françaises comportait une clause compromissoire dont le franchiseur ne manqua pas de se prévaloir, en défense.

Le franchisé prétendait que la clause compromissoire ne s'appliquait pas au motif qu'elle ne couvrait pas la faute précontractuelle reprochée au franchiseur.

La Cour rejeta ce moyen en se fondant sur la règle selon laquelle il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence.

Arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004 (1<sup>ère</sup> ch. civile) Association Tuv/Zertifizierungsgemeinschaft<sup>617</sup>

Le litige opposait l'AFAQ à des organismes de certifications allemands. L'AFAQ prétendait que ces derniers se soumettaient à des pratiques de concurrence déloyale dans la délivrance en France de certificats de qualité.

Le demandeur avait saisi le tribunal de grande instance de Paris.

---

<sup>616</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch D 30 juin 2004, SA Frantonin c. SA ITM Entreprises, arrêt cité.

<sup>617</sup> Cass. Civ. 1, 16 novembre 2004, 02-11866, arrêt cité.

Les défendeurs avaient soulevé l'incompétence du tribunal en vertu d'une convention d'arbitrage contenue dans un accord multilatéral conclu entre différents organismes européens d'accréditation.

La Cour de cassation confirma le principe selon lequel il appartient à l'arbitre, en priorité, de statuer sur sa propre compétence, les juges réitérant ainsi leur volonté de ne pas s'immiscer dans la justice privée lorsque celle-ci est possible.

Quels sont les éléments du processus de repli par l'effet négatif de la règle compétence-compétence ?

Jean-Baptiste Racine, en commentant l'arrêt précité du 16 novembre 2004, a fait ressortir les éléments essentiels<sup>618</sup> qui ont été dégagés par l'effet négatif de la règle compétence-compétence, à savoir :

---

<sup>618</sup> J.-B. Racine, Commentaire arrêt Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch civ) 16 novembre 2004 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 683-684 : « La compétence de la compétence est là pour interdire au juge étatique d'empêcher la conduite d'un arbitrage en déniait la compétence de l'arbitre. C'est sans doute au nom de cet objectif d'efficacité que la Cour de cassation vise un principe de compétence de la compétence que l'on doit qualifier de fondamental [...]. Le droit français est celui qui accorde le plus de confiance a priori aux arbitres au stade de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage [...].

[L]a Cour de cassation rappelle fort opportunément que le principe de compétence-compétence 'consacre la priorité de la compétence arbitrale'. L'expression priorité est utilisée sciemment par la Cour (déjà en ce sens Cass civ 1<sup>ère</sup> 26 juin 2001). Les arbitres sont autorisés à statuer de manière prioritaire sur leur compétence à l'exclusion des juges étatiques. Mais en aucun cas, la décision des arbitres sur leur compétence ne lie les tribunaux étatiques. A posteriori, une fois que les arbitres se seront prononcés, les juges étatiques dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence ou bien d'un appel contre l'ordonnance d'exequatur, pourront apprécier la compétence arbitrale. La vérification se fera donc mais dans un second temps, après avoir laissé la priorité aux arbitres eux-mêmes. Voici le véritable sens en droit français, du principe de compétence-compétence dans son effet négatif. Le contrôle de la compétence des arbitres par les tribunaux étatiques est seulement reporté dans le temps après le prononcé de la sentence. On sait qu'à ce moment-là, les juges peuvent alors entreprendre un contrôle total de la compétence arbitrale [...]. Ainsi pour reprendre l'expression d'auteurs, 'la règle de compétence-compétence est une règle de priorité entendue au sens chronologique et non au sens hiérarchique' [...].

Il est peu fréquent dans la pratique arbitrale, même si le cas se réalise parfois, qu'un arbitre soit finalement incompétent. Il n'y a donc aucun risque majeur à laisser les arbitres eux-mêmes apprécier leur compétence en interdisant aux juges étatiques de procéder à un contrôle a priori étant donné que les hypothèses dans lesquels un arbitre statue sans compétence sont globalement marginales [...]. La saisine d'un juge étatique pour

- la priorité de principe de la compétence de l'arbitre ;
- le contrôle de compétence par le juge étatique, reporté dans le temps ;
- l'efficacité de la règle du fait du très faible nombre de cas où la compétence de l'arbitre est contredite par la juridiction étatique.

Ces éléments essentiels (considérés individuellement ou ensemble) correspondent à chacun des points de la structure du raisonnement psychologique et politique de la démarche volontaire du repli de la *jurisdictio* étatique au profit de l'arbitrage :

- le principe de priorité consentie à l'arbitre constitue l'acte volontaire de la politique de la juridiction étatique, caractérisant l'*a priori* de faveur à l'égard de l'arbitrage ;
- le principe de "*report dans le temps*" du contrôle de la juridiction étatique correspond bien à la notion de "*repli*", c'est-à-dire à un "*retrait provisoire*" qui n'interdit pas le redéploiement, le cas échéant, de la puissance de la *jurisdictio* étatique ; et, enfin,
- le souci de l'efficacité de la priorité, cette efficacité étant la motivation de la politique des juridictions étatiques.

Jean-Baptiste Racine note d'ailleurs que l'application stricte de l'effet négatif de la règle compétence-compétence est une spécificité française qui illustre la confiance que les juridictions françaises accordent à l'arbitrage.

---

*apprécier la compétence arbitrale, si elle était admise, conduirait dans une très grande majorité des cas à la reconnaissance de la compétence des arbitres. Il y aurait donc une perte de temps liée à la saisine d'un juge étatique. Mieux vaut faire confiance aux arbitres. »*

Il faut souligner qu'en fait, la priorité conférée en droit français, par les diverses réponses apportées aux contentieux sur le conflit de compétences entre les juridictions étatiques et arbitrales (litispendance, injonctions anti-suit...), a fini par faire évoluer le principe de compétence-compétence pour permettre au tribunal arbitral non seulement de statuer sur sa compétence mais aussi de statuer sur la question « *en priorité* », privant ainsi les juridictions étatiques de la possibilité de statuer sur la convention d'arbitrage<sup>619</sup>.

Le décret du 13 janvier 2011 consacrera la règle de l'effet négatif<sup>620</sup>, le nouvel article 1465 du CPC reconnaissant l'effet négatif de la compétence-compétence par l'adjonction de l'adjectif « *seul* ».

En outre, l'article 1448, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC (qui reprend l'ancien article 1458, alinéas 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> du CPC) reconnaît la priorité au tribunal arbitral pour juger de sa compétence, priorité sur la juridiction de l'État saisie du litige<sup>621</sup>.

Dès lors que le tribunal arbitral est saisi, cette saisine entraîne, une déclaration automatique d'incompétence du tribunal étatique d'après l'article 1448, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC et aucun examen n'est alors possible, même si la clause est manifestement nulle ou inapplicable. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable (ces exceptions manifestes étant admises de façon de plus en plus restrictive, comme développé ci-après).

---

<sup>619</sup> Y. Strickler, « *Chronique de jurisprudence française - La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010)* », *Rev. arb.*, 2011, p. 191.

<sup>620</sup> Sur l'effet négatif : Cass. civ. 1, 16 octobre 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 917, note Cohen ; *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, p. 23, obs. Niboyet. Voir aussi : Cass. civ. 1, 26 juin 2001 (arrêt ABS), *Rev. arb.*, 2001, p. 529, note E. Gaillard ; *JCP E*, 2002. 274. 1<sup>ère</sup> esp., note Kaplan et Cuniberti.

<sup>621</sup> Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « *Le droit français* », *op. cit.*

Au terme de cette évolution, l'effet négatif du principe de compétence-compétence est élevé au rang de règle matérielle et de principe, systématisé pour être appliqué par toute juridiction française, formulé comme une condition de régularité d'un jugement étranger (une juridiction étrangère doit s'y conformer pour que son jugement puisse être accueilli dans l'ordonnement juridique français selon la jurisprudence internationale Fincantieri<sup>622</sup>) et désigné comme règle d'ordre public interne.

Cette conception du principe de compétence-compétence, très favorable à l'arbitrage, est originale et propre au droit français, car globalement rejetée en droit comparé<sup>623</sup>. Ainsi, la convention de New York de 1958 ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence-compétence (art. II(3)), tout comme la Loi type de la CNUDCI (art. 8 (1)). Seule la convention de Genève l'admet, en partie seulement, puisque la priorité n'est reconnue au tribunal arbitral qu'à compter de sa saisine (art. VI(3)).

La conception française de l'effet négatif du principe de compétence-compétence étant désormais présentée, nous nous attacherons à présent à caractériser en quoi elle constitue une garantie du repli de la *jurisdiction* et ce, en analysant ce repli dans ses différents aspects. Ainsi, après avoir souligné en quoi ce repli résulte d'une volonté politique du juge étatique d'instituer la subsidiarité de sa juridiction (1.2.1.), nous verrons en quoi il s'agit d'un repli opéré sans retrait (1.2.2.) et en quoi ce repli ne s'oppose pas pour autant à la liberté des parties (1.2.3.). Puis, après une présentation des cas de nullité manifeste et d'inapplicabilité manifeste (1.2.4.), nous verrons comment ce repli du juge étatique a fini par produire une règle matérielle nouvelle (1.2.5.) et par constituer une règle d'ordre public international (1.2.6.), avant de terminer par le critère du "*contrat pivot*" comme autre moyen d'élargir le repli du juge étatique (1.2.7.).

---

<sup>622</sup> Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A., ATF 118 II 353, *Rev. arb.*, 1993, p. 691.

<sup>623</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 49, p. 76-80, et n° 102 et suiv., p. 117 et suiv.

### 1.2.1. Le repli comme volonté politique du juge étatique d'instituer la subsidiarité de sa juridiction

Le repli opéré par le juge français du fait de sa conception très favorable à l'arbitrage de l'effet négatif du principe de compétence-compétence résulte d'une volonté politique du juge étatique d'instituer la subsidiarité de sa juridiction

Le parti pris du droit français de l'arbitrage concernant l'effet négatif de la compétence-compétence est le suivant : l'effet négatif du principe de compétence-compétence assure "*le droit au juge en apparence compétent*" et, en présence de l'apparence de convention d'arbitrage, c'est le tribunal arbitral qui est compétent.

L'effet négatif fait le pari, qui se confirme dans la plupart des cas, que la priorité à l'arbitre permet de donner concrètement effet à la clause d'arbitrage dans les délais plus rapprochés que ne le permet l'éclatement du conflit sur la compétence entre le juge étatique et l'arbitre. Ce pari est le fruit d'une rencontre entre un raisonnement pragmatique sur l'économie des moyens<sup>624</sup> et une volonté politique de favoriser l'arbitrage.

---

<sup>624</sup> La logique de la subsidiarité, donnant priorité à la justice arbitrale sur la justice étatique, s'est imposée en regard de l'argument de l'économie procédurale. Ainsi, les analyses fondatrices du professeur E. Gaillard en faveur de l'effet négatif sont axées sur les justifications pratiques : économie des moyens, volonté de déjouer les manœuvres dilatoires des parties perturbant le déroulement de l'arbitrage, rationalisation des voies de recours en matière d'arbitrage par la centralisation des procédures de contrôle de l'arbitrage au stade du contrôle de la sentence devant une seule juridiction, la cour d'appel du lieu où la sentence a été rendue (« *L'effet négatif* », *op. cit.* ; aussi O. Cachard, *op. cit.*, n° 19, p. 721). La règle permet de réaliser une « *économie des moyens* » (E. Gaillard, « *L'effet négatif* », *op. cit.*, p. 398 et suiv.), dans la mesure où elle « *évite un détour inutile par le juge* » (O. Cachard, « *L'effet négatif* », *op. cit.*, n° 19, p. 721).

À cet égard, cette évolution vers la subsidiarité des juridictions étatiques est présentée comme devant répondre à une « *considération pratique* », à savoir selon les termes d'O. Cachard : « *prévenir l'engagement de contentieux parallèles et [...] se soustraire aux complications découlant de la double saisine du juge et de l'arbitre*<sup>625</sup> ». C'est ainsi qu'au-delà de la signification première du principe de compétence-compétence, l'effet négatif érige ce principe en une « *forme moderne de répartition des compétences*<sup>626</sup> ».

Dès lors, le droit français envisage l'effet négatif comme une solution efficace permettant de résoudre les conflits de compétence entre les ordres juridiques, dans l'esprit d'un pluralisme juridictionnel bien ordonné. Ainsi, l'effet négatif est justifié par la même nécessité d'éviter les allers et retours entre la juridiction étatique et arbitrale. L'effet négatif viendrait soutenir l'effet positif, conférant à la règle de compétence-compétence toute sa portée.

Paradoxalement, l'effet négatif aboutit pour les juridictions étatiques au résultat qu'il entendait éviter à la juridiction arbitrale : il prive, temporairement, les juridictions étatiques de la possibilité d'examiner leur propre compétence<sup>627</sup>.

Il convient de relever que l'évolution du principe de compétence-compétence en droit français accorde une faveur considérable au juge arbitral au travers de la règle de la priorité (exclusivité provisoire) de sa compétence-compétence et que c'est sur le simple constat d'apparence de convention d'arbitrage ou de l'existence d'une procédure arbitrale que les parties sont renvoyées vers le juge en apparence compétent, le tribunal arbitral.

---

<sup>625</sup> O. Cachard, « *L'effet négatif* », *op. cit.*, n° 3, p. 716. Voir aussi Denis Mouralis, *L'Arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse de doctorat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

<sup>626</sup> O. Cachard, « *L'effet négatif* », *op. cit.*, n° 2, p. 715.

<sup>627</sup> I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 44.



Ce parti pris en faveur de l'apparence de convention d'arbitrage de laquelle découle l'apparence d'incompétence de la juridiction étatique répond à une probabilité statistique : en présence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral est compétent. Il est fort probable que l'apparence de compétence arbitrale, et ainsi l'apparence de l'incompétence de la justice publique, soient confirmées par les juridictions étatiques lors du contrôle, en fait et en droit, opéré au stade post-arbitral.

De fait, peu de sentences de compétence ou d'incompétence sont censurées. Le plus souvent, les juridictions étatiques jugent toute clause d'arbitrage valable et applicable<sup>628</sup>. Déjà sous l'ancien décret, une analyse des sentences arbitrales devant le juge<sup>629</sup> a montré que le taux de censure des sentences arbitrales est faible. En moyenne, 5 % des sentences seraient contestées devant les juridictions d'appel. Moins de 20 % des 5 % des sentences contrôlées seraient annulées pour incompétence, donc seulement 1 % des sentences rendues par les tribunaux arbitraux.

La conclusion qui s'impose est que l'économie procédurale serait mieux assurée par le renvoi devant les arbitres ; la faveur grandissante pour l'arbitrage devrait conforter encore plus ce raisonnement basé sur des statistiques. Ainsi, alors que la nullité de la clause compromissoire en matière civile et mixte pour l'arbitrage interne a été souvent invoquée et retenue<sup>630</sup>, elle est aujourd'hui écartée depuis la réforme de l'article 2061 du Code civil.

En permettant aux parties de se fier à l'apparence<sup>631</sup> - en présence de l'apparence vraisemblable de compétence arbitrale, le litige doit être porté devant le tribunal arbitral -

---

<sup>628</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 151, p. 157.

<sup>629</sup> S. Crépin, *Les Sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Paris, LGDJ, 1995, n° 289, p. 189 et 195.

<sup>630</sup> *Ibid.*, p. 210 et suiv.

<sup>631</sup> À noter que l'apparence juridique ne prévoit qu'un contrôle superficiel. L'apparence est une situation qui « saute aux yeux ». À plusieurs reprises, la Cour de cassation a jugé que viole l'article 1448 du CPC le juge qui procède à une « analyse approfondie » des conditions d'applicabilité de la clause d'arbitrage (Cass. Civ. 1, 11

l'effet négatif du principe de compétence-compétence préserve la confiance des justiciables et assure ainsi la sécurité juridique dans la résolution des différends.

### 1.2.2. Un repli opéré sans retrait

Le repli de la *jurisdictio* étatique est constitué par le fait que le tribunal arbitral se voit conférer une compétence « *prioritaire* » pour statuer sur sa compétence : « *prioritaire* » par rapport au juge étatique et priorité consentie par le juge lui-même.

Ce repli a un effet rigoureux parce qu'il n'existe pas d'action principale possible devant le juge étatique pour contester directement la validité de la clause d'arbitrage. En outre, en droit français, ces principes sont d'application stricte.

En revanche, ce repli n'est pas un "*retrait*" absolu des juridictions étatiques. Nous rappelons que nous distinguons le "*retrait*" du "*repli*". La notion de "*retrait*" décrit (et est réservée) aux cas où le juge étatique disparaît complètement et définitivement, à savoir lorsqu'une matière lui est définitivement retirée (cas du chèque sans provision ou du divorce amiable). Le "*repli*" décrit, quant à lui, une esquive du juge étatique qui laisse la matière litigieuse être traitée par une autre institution, tout en conservant la faculté de redéployer, le cas échéant, sa *jurisdictio* lorsque son intervention lui paraît utile (à l'image de la griffe rétractile du félin).

---

oct. 2017, n° 16-24590, Fédération internationale de ski (FIS) c./ MM. X et Y, AWP P & C, D (cassation partielle CA Grenoble, 11 juill. 2016), *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315m2, p. 22, chronique D. Bensaude. Voir aussi, en arbitrage interne, Cass. Civ. 1, 9 nov. 2016, n° 15-27341, inédit). Dans un arrêt de 2014, la cour d'appel d'Orléans - après avoir rappelé que le principe de compétence-compétence interdit au juge d'examiner de façon substantielle la convention d'arbitrage, et donc de se prononcer sur la compétence des arbitres -, a confirmé l'incompétence du juge, lorsque la clause n'est affectée d'aucune cause de nullité manifeste (Ch. com., 20 févr. 2014, no 13/02225, Au Cœur de Montlouis (Montlouis) c./ M. C. et Mme A., M. Bazin, *Gaz. Pal.*, 28 juin 2014, n° 184m9, p. 21, chronique D. Bensaude). La question de savoir si le litige procède de l'exécution du contrat ou de ses suites relève d'abord de l'appréciation des arbitres.

Cette "*utilité*" d'un redéploiement du juge est acquise lorsque la clause d'arbitrage n'est pas susceptible d'assurer l'efficacité qui est recherchée au moyen de la priorité conférée à l'arbitre, ce redéploiement du juge étant garanti par l'alinéa 3 de l'article 1448<sup>632</sup> du CPC qui en fait une norme d'ordre public.

Les hypothèses d'intervention du juge étatique (en dehors des cas de recours contre la décision d'arbitrage elle-même) découlent des cas où :

- soit la clause d'arbitrage est manifestement nulle ;
- soit la clause d'arbitrage est manifestement inapplicable.

Ces exceptions d'origine prétorienne (surtout pour la seconde) ont été reprises par l'article 1448 du CPC. Cependant la volonté de repli du juge étatique est si forte que ces exceptions au principe de repli sont appliquées en définitive d'une manière particulièrement restrictive.

L'intervention du juge étatique peut également découler du respect du consensualisme, comme expliqué ci-après.

### 1.2.3. Le repli ne s'oppose pas à la liberté des parties

Le cas du respect du consensualisme est prévu "*en creux*" par l'alinéa 2 de l'article 1448 du CPC qui prescrit que le juge ne peut soulever d'office son incompétence. Ainsi, la compétence de l'arbitre, malgré la règle de compétence-compétence, dépend, quel que soit

---

<sup>632</sup> Article 1448 du CPC :

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. » (Nous soulignons)

l'état du litige, de la volonté des parties qui peuvent décider de laisser au juge étatique la gestion du conflit.

Cet alinéa 2 de l'article 1448 du CPC manifeste clairement que le repli du juge n'est pas un retrait puisqu'il ne peut lui-même s'effacer à l'encontre de la volonté des parties qui décideraient de ne pas soulever son incompétence au profit de l'arbitre.

#### 1.2.4. Repli et nullité manifeste et inapplicabilité manifeste

S'agissant des hypothèses d'intervention du juge étatique résultant d'une clause d'arbitrage manifestement nulle ou manifestement inapplicable, ces exceptions susceptibles de faire obstacle à la mise en œuvre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui dessaisit le juge public ont été consacrées par le décret du 13 janvier 2011, sous un régime unifié, puisqu'elles s'appliquent au juge saisi sur le fond comme au juge d'appui (article 1448, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC et 1455 du CPC). Ainsi, « *lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* » (article 1448 du CPC, auquel renvoie l'article 1506-1 du CPC propre à l'arbitrage international). Ces deux conditions sont cumulatives.

L'hypothèse d'une convention « *manifestement nulle* » était déjà énoncée dans l'ancien article 1458 du CPC.

Quant à l'exception d'inapplicabilité manifeste, elle dérive de la jurisprudence antérieure au décret de 2011, introduite dans le domaine de l'arbitrage international par un

arrêt de la Cour de cassation en date du 16 octobre 2001<sup>633</sup> et, en matière d'arbitrage interne, à partir des années 2003-2004<sup>634</sup>. Cette solution est désormais consacrée par l'article 1448 du CPC.

Les exceptions à l'effet négatif limitent, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, les compétences du tribunal arbitral. Elles font obstacle à la mise en œuvre de l'effet négatif : le juge étatique saisi sur le fond peut alors statuer sur sa compétence et sur le fond du litige sans renvoyer les parties à mieux se pourvoir ; et le juge d'appui peut alors refuser de procéder à la désignation de l'arbitre.

Certains y ont vu un risque d'érosion de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, la justice étatique reprenant le dessus sur la justice arbitrale<sup>635</sup>.

Cependant, comme le montrent plusieurs études dont celles d'E. Loquin, la jurisprudence interprète de façon restrictive les exceptions. La masse de contentieux portant sur la compétence juridictionnelle générale dont sont saisies les juridictions étatiques avant

---

<sup>633</sup> Cass. Civ. 1, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books Ltd. c./ Éditions du Seuil et Éditions Phidal*, n° 99-19319 ; *Rev. arb.*, 2002, 919, note D. Cohen. La Cour avait énoncé que « *la juridiction de l'État saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* »,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007045739>.

L'arrêt ABS posait encore que « *seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, principe qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* » (Cass. Civ. 1, 26 juin 2001, *ABS*, cité).

<sup>634</sup> Cass. Civ. 2, 18 déc. 2003, 2 arrêts n°02.-13410 et n° 02-13710, *Bull. civ.*, II, n° 393, p. 325 et n° 394, p. 326 ; *Rev. arb.*, 2004, p. 442 ; *RTD com.*, 2004, p. 255, obs. E. Loquin. L'inapplicabilité manifeste est très rare dans le cadre de l'arbitrage interne,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047441>,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049424&fastReqId=316083769&fastPos=1>.

<sup>635</sup> Le risque d'« *érosion* » de l'effet négatif et d'une tendance de la justice publique à reprendre la main sur les phénomènes normatifs a été notamment exprimé dans les commentaires au premier arrêt de la Cour de cassation qui a ajouté l'exception d'inapplicabilité (D. Cohen, note sous Cass. Civ. 1, 16 oct. 2001, *Quarto Children's Books c./ Éditions du Seuil*, *op. cit.*, n° 9, p. 922 et suiv.).

le tribunal arbitral est importante, mais les arrêts vont systématiquement dans le sens d'une délimitation restrictive des exceptions par le juge<sup>636</sup>. Loin d'éroder la règle, les exceptions finissent par la sacraliser : elles aident à déterminer le champ de son application et contribuent *in fine* à l'efficacité de la justice arbitrale. L'ajout de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage à l'exception de nullité manifeste ne traduit pas un recul de la faveur pour l'arbitrage, mais constitue au contraire un garde-fou nécessaire pour légitimer encore plus la mise en œuvre de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui a pour objectif d'assurer l'efficacité dans le traitement du litige.

Concrètement, saisis du fond, les juges étatiques renvoient-ils les parties à l'arbitrage pour que les arbitres statuent sur leur compétence ? La réponse de la Cour de cassation est souvent la même : il faut renvoyer la question au tribunal arbitral en application du principe de compétence-compétence. De très nombreux arrêts témoignent de la volonté de la Cour de cassation d'imposer cette règle, qui exige des juridictions de fond de neutraliser leur pouvoir de statuer sur la compétence<sup>637</sup>. Plus de trente-quatre arrêts en ce sens ont ainsi été prononcés entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2006<sup>638</sup>.

Ainsi, lorsque, sous l'effet des deux exceptions précitées, l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas mis en œuvre purement et simplement, la jurisprudence tranche encore le plus souvent en faveur de l'arbitrage. Les cas d'inapplicabilité manifeste caractérisée sont rares et la nullité manifeste de la clause compromissoire est systématiquement écartée par le juge<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> E. Loquin, « *Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* », *op. cit.* La réflexion vaut également pour la nullité.

<sup>637</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 201, p. 198.

<sup>638</sup> E. Gaillard, « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international* », *Rev. arb.*, 2007, p. 697, n° 5, p. 702.

<sup>639</sup> E. Gaillard, « *L'effet négatif de la compétence-compétence* », dans *Mélanges Jean-François Poudret*, Faculté de droit de l'université de Lausanne, 1999, p. 387 et suiv. Pour une étude approfondie de la question, voir M.

Pour ne considérer qu'un exemple : les juridictions entendent conférer effet à une clause d'arbitrage international qui ne précise pas le lieu de l'arbitrage et ce, par l'extension de l'effet de l'article 1448 du CPC à une clause d'arbitrage international.

Ainsi, des juges étatiques ont considéré que la convention d'arbitrage qui ne prévoit ni le lieu de l'arbitrage, ni les modalités de constitution du tribunal, n'est ni manifestement nulle, ni manifestement inapplicable<sup>640</sup>.

Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Angers dont il est ici question, la société de droit canadien BI-AX était liée à la société française Eliopack par un avant-contrat de 2010, qui contenait une clause d'arbitrage *ad hoc*. Celle-ci ne précisait ni la langue, ni le lieu de l'arbitrage, ni les modalités de désignation de l'arbitre.

En 2012, BI-AX assignait Eliopack en paiement d'un solde de factures devant le tribunal de commerce du Mans et, en mars 2013, le juge se déclarait incompétent.

Au soutien de son contredit, BI-AX avançait qu'en vertu de l'article 1443 (ancien) du CPC, la clause d'arbitrage était nulle pour ne pas désigner l'arbitre ni prévoir les modalités de sa désignation. Elle ajoutait que la clause était manifestement insuffisante pour permettre la constitution du tribunal. Les parties estimaient également que le décret du 13 janvier 2011, établissant le « *nouveau* » droit de l'arbitrage, n'avait pas vocation à s'appliquer puisque la clause d'arbitrage était antérieure à celui-ci.

---

Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, spéc. n° 32 et suiv. ; O. Cachard, « *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 2006, p. 893 ; E. Loquin, « *Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* », *RTD com.*, 2006, p. 764.

<sup>640</sup> CA Angers, ch. A, 26 nov. 2013, n°13/01103, BI-AX International Inc. c./ Eliopack, Mme Monge, cons. *Gaz. Pal.*, 8 mars 2014, n° 169s1, chronique D. Bensaude.

Relevant le caractère international incontesté de cet arbitrage, la cour d'appel soutient que le décret du 13 janvier 2011<sup>641</sup> serait au contraire applicable, mais que l'article 1443 (ancien) du CPC, lui, ne s'applique en revanche pas et ce, à défaut de renvoi par l'article 1506 du CPC. Dès lors, la validité de la clause d'arbitrage doit être appréciée au regard de l'article 1448, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011, peu important que la clause soit antérieure au décret.

La cour d'appel confirme ensuite le jugement, l'absence des modalités de désignation de l'arbitre ne suffisant pas à rendre la clause manifestement nulle ou manifestement inapplicable. En effet, pour la cour d'appel, les alinéas 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> de l'article 1505 du CPC prévoient qu'à défaut d'accord sur la désignation d'un arbitre, il appartient aux parties de saisir le Président du tribunal de grande instance de Paris, doté d'une mission d'assistance et de coopération à la constitution du tribunal, dès lors qu'il existe « *un rattachement* » avec la France.

Ainsi, confrontée à une clause d'arbitrage internationale sans désignation de lieu, la cour d'appel l'a néanmoins validée, alors même pourtant que le nouveau décret ne lui était pas applicable dans le cadre de cet arbitrage international.

Pour désigner le juge d'appui, la cour d'appel ne démontre pas que l'une des conditions visées par les alinéas 1<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup> de l'article 1505 du CPC est remplie en l'espèce<sup>642</sup>. Afin de donner effet à une clause d'arbitrage international qui ne précise pas le lieu de l'arbitrage, la cour d'appel procède ainsi à des interprétations qui peuvent être discutables.

---

<sup>641</sup> La cour d'appel renvoie sur ce point à Cass. Civ. 1, 26 juin 2013, n° 12-22203 : *Gaz. Pal.*, 27 sept. 2013, p. 15, 147z9.

<sup>642</sup> Th. Clay, « 'Liberté, Égalité, Efficacité' : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article », *JDI*, 2012, p. 817 à 822.



En quoi le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause compromissoire est-il compatible avec l'idée du repli du juge étatique ?

Le contrôle du juge se limite au caractère « *manifeste* » de la nullité ou de l'inapplicabilité. La justice étatique s'en tient à la vérification *prima facie* de l'existence et de l'étendue de la convention d'arbitrage (que permet l'article 1448, alinéa 1er du CPC). C'est l'apparence de la compétence arbitrale, et donc l'apparence de l'incompétence de la justice étatique, qui légitime la neutralisation des juridictions étatiques et le renvoi devant le tribunal arbitral.

La doctrine distingue deux éléments fondamentaux qui sous-tendent le caractère manifeste de l'incompétence arbitrale : « *Est manifeste ce qui se révèle au terme d'un examen sommaire d'une part, avec certitude d'autre part.*<sup>643</sup> » (Nous soulignons). La nullité ou l'inapplicabilité doivent être ostensibles, à la fois apparentes et certaines, évidentes et incontestables.

L'évidence se manifeste dans le concept « *prima facie* », le contrôle « *superficiel* » faisant obstacle à l'examen « *substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* » par le juge étatique. Toute exigence d'une analyse complexe en fait et en droit du litige, ou d'un débat de fond pour déterminer l'application d'une clause compromissoire, suffit à écarter le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité. Toute nécessité de discuter sur l'existence, la validité ou l'étendue, tant *ratione materiae* que *ratione personae*, de la convention d'arbitrage, indique par définition que le caractère manifeste fait défaut, la question devant être tranchée par le tribunal arbitral. Autrement dit, tout doute joue en faveur de la compétence prioritaire du tribunal arbitral.

---

<sup>643</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 252-253, p. 245.

Quant à la certitude, la nullité ou l'inapplicabilité sont manifestes lorsqu'elles présentent un caractère « *incontestable* »<sup>644</sup>.

Ainsi, la restriction du contrôle de l'inapplicabilité à son caractère manifeste conduit à ce que l'inapplicabilité manifeste soit rarement caractérisée (par exemple, en cas d'inarbitrabilité manifeste)<sup>645</sup>.

Les situations suivantes sont autant d'illustrations de la fréquence du rejet de l'inapplicabilité manifeste<sup>646</sup> :

- même si la validité, voire l'existence même du contrat principal est contestée, la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable. Cette solution est systématique quel que soit le prétendu vice affectant le contrat principal (inexistence ou nullité) et illustre le rôle de la règle d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, qui vient renforcer l'effet négatif du principe de compétence-compétence ;
- un grief visant non pas le contrat principal mais la convention d'arbitrage elle-même n'entraîne pas son inapplicabilité si celle-ci n'est pas manifeste et requiert un examen détaillé des prétentions des parties ;
- n'est pas manifestement inapplicable la clause compromissoire lorsque le même contrat comprend à la fois une clause compromissoire et une convention d'élection de for ou toute autre clause attributive de compétence<sup>647</sup>. En effet, la clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable puisqu'elle requiert

---

<sup>644</sup> E. Loquin, « *Le contrôle de l'inapplicabilité...* », *op. cit.* ; O. Cachard, « *Le contrôle de la nullité...* », *op. cit.*

<sup>645</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 239, p. 230-231.

<sup>646</sup> E. Loquin, « *Le contrôle de l'inapplicabilité...* », *op. cit.*

<sup>647</sup> G. Blanc, « *Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel. De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques* », *JCP E*, 1997, I, p. 707.

un examen approfondi et une réinterprétation permettant de révéler la volonté réelle des parties ;

- en dépit de l'absence de clause compromissoire prévue au contrat litigieux, le juge étatique peut rejeter l'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire stipulée dans un autre contrat lié au contrat litigieux et stipulant, lui, une clause compromissoire, dès lors que les parties au litige sont identiques et que le juge étatique constate un lien apparent entre les contrats attestant de leur dépendance économique et fonctionnelle ;
- les règles favorables à l'extension de la convention d'arbitrage à tous ceux qui sont désignés comme les « *tiers apparents* » (non-signataires du contrat principal stipulant une convention d'arbitrage) font obstacle à la caractérisation de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. En effet, l'inapplicabilité ne peut être manifeste du moment où la situation nécessite une analyse et une interprétation des liens entre la convention litigieuse et les tiers ;
- l'absence même de convention d'arbitrage peut ne pas aboutir à son inapplicabilité manifeste<sup>648</sup>.

Un arrêt récent permet de suivre le raisonnement du juge étatique concernant l'exception d'inapplicabilité manifeste :

---

<sup>648</sup> Cass. Civ. 1, 10 juill. 2013, Consistoire israélite de Marseille, n° 12-25535, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027703025>.

### L'arrêt Subway International<sup>649</sup>

La société Subway International (Subway) était liée par une lettre d'engagement en langue anglaise datant de 2011 avec Me X, son conseil depuis 2002, et la société d'avocats Weissberg.

Cette lettre contenait une clause que Me X et la société Weissberg ont ainsi traduite :

*« Tous les litiges survenant dans le cadre du présent Accord seront résolus par la médiation ou la procédure de résolution des conflits appropriée suggérée par l'ordre des avocats de votre région pour les conflits de cette nature. À défaut, lesdits litiges seront résolus par un arbitrage liant les parties conformément aux règles des litiges commerciaux alors en vigueur de l'Association américaine d'arbitrage. »*

Après que Subway leur ait fait savoir qu'elle entendait se passer de leurs services, Me X et Weissberg assignaient Subway devant le tribunal de grande instance de Versailles pour brutalité de la rupture sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil et ce, après avoir saisi le bâtonnier de Paris qui s'était estimé incompétent pour trancher le litige. Se prévalant de la clause compromissoire stipulée dans la lettre d'engagement du 20 septembre 2011, le juge se déclarait également incompétent.

Devant la cour d'appel, Me X et Weissberg faisaient notamment valoir que la clause serait inapplicable à un litige né des conditions dans lesquelles il avait été mis fin aux relations contractuelles.

La cour d'appel confirmait l'incompétence du juge, en retenant que la clause prévoit un arbitrage de l'AAA, à défaut de résolution du litige par médiation ou autre procédure

---

<sup>649</sup> Cass. Civ. 1, 24 févr. 2016, n° 14-26964, SARL Weissberg et Me X c./ Subway International BV ; X. Boucobza et Y-M. Serinet, « *Effet négatif du principe 'compétence-compétence'* », *Revue des contrats*, n°3, sept. 2016, p. 484. Également : Cass. Civ. 1, 24 févr. 2016, n°14-26964, SARL Weissberg et Me X c./ Subway International BV, D. (cassation CA Aix-en-Provence, 17 juill. 2014), *Gaz. Pal.*, 12 juill. 2016, n° 270a9, p. 22, chronique D. Bensaude,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032120107>.

suggérée par l'ordre des avocats. Pour la cour d'appel, il appartenait à l'arbitre de statuer, par priorité, sur l'étendue de sa compétence en interprétant la convention des parties et en recherchant leur commune volonté.

Devant la Cour de cassation, Me X et la SARL Weissberg reprochaient à la cour d'appel d'avoir violé les articles 1448 et 1466 du CPC et, notamment, de s'être retranchée derrière la priorité de l'arbitre pour apprécier sa compétence, au lieu d'interpréter la clause et de se prononcer sur son inapplicabilité manifeste. Ils lui reprochaient aussi de ne pas avoir considéré la clause comme ne visant que les litiges survenus dans le cadre de l'exécution de la lettre, manifestement inapplicable à un litige pour rupture abusive et brutale. Enfin, ils soutenaient que la clause attribuant compétence au bâtonnier, qui refuse d'agir, est manifestement inapplicable.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi, estimant que la cour d'appel a décidé à bon droit de renvoyer les parties à mieux se pourvoir, après avoir retenu que l'application de la clause au litige nécessite une interprétation de la clause qui relève du pouvoir prioritaire de l'arbitre, et que rien ne démontrait que l'arbitrage AAA soit impossible à mettre en œuvre.

Les analyses de cet arrêt relèvent que, selon le pourvoi, le juge étatique aurait dû assurer l'interprétation de la convention pour déterminer l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. Cependant, ce serait contredire la priorité de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence. À ce stade, avant la saisine du tribunal arbitral, le contrôle du juge se limite à une inapplicabilité ostensible, qui doit pouvoir être révélée avec certitude après un examen sommaire, sans exiger aucune interprétation de la convention<sup>650</sup>. Ce contrôle est incompatible avec « *un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* »<sup>651</sup>.

---

<sup>650</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, p. 240, 253.

<sup>651</sup> Cass. Civ. 1, 7 juin 2006, n° 03-12034, *Bull. civ.* I, n° 287, Copropriété maritime Jules Verne, *JDI*, 2006, p. 1384, note A. Mourre ; *JCP G*, 2006, I, 187, note Ch. Seraglini ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note E. Gaillard,

L'inapplicabilité manifeste était revendiquée par le pourvoi au motif que la clause compromissoire visait les seuls litiges survenus dans le cadre de l'exécution de l'accord, n'englobant pas une action en responsabilité pour rupture abusive et brutale du contrat. L'arrêt a posé que la compétence du tribunal arbitral ne doit pas être limitée par des qualifications « contractuelles » ou « délictuelles », mais doit intégrer l'ensemble des rapports entre les parties nés du rapport de droit soumis à l'arbitrage. Selon une jurisprudence constante, lorsque la clause compromissoire énumère limitativement les différends qu'elle régit, le tribunal arbitral est seul compétent pour en fixer la portée après interprétation<sup>652</sup>. La convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable dès lors que le litige présente un lien avec le contrat, que le contentieux soit extra-contractuel, précontractuel ou post-contractuel<sup>653</sup>. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère que l'allégation du caractère délictuel de la demande ne suffit pas, à elle seule, à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage au regard de l'article 1448 du

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00000705269>.

Aussi, Cass. Civ. 1, 13 sept. 2017, n° 16-22326, ECLI:FR:CCASS:2017:C100953, Groupement Guintoli c./ Oc'via et GIE Oc'via Construction, D. (cassation sans renvoi CA Nîmes, 16 juin 2016), *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315n1, p. 27, chronique D. Bensaude : La cour d'appel qui procède à un examen approfondi des relations contractuelles entre les parties, statue par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035572697&fastReqId=2128435427&fastPos=1>.

<sup>652</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 245. Voir :

Cass. Civ. 1, 17 janv. 2006, n° 04-12781, *Bull. civ. I*, n° 9,

(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050401>) ;

Cass. Civ. 1, 12 déc. 2007, n° 07-13927, *Rev. arb.*, 2008, p. 160,

(<https://www.doctrine.fr/d/CASS/2007/JURITEXT000017696519>) ;

Cass. Civ. 1, 9 juill. 2008, n° 07-18623,

(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019166162&fastReqId=469044969&fastPos=1>).

<sup>653</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 245. Voir Cass. Civ. 1, 8 juillet 2010, n° 09-67013, *Bull. civ. I*, n° 156 ; D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; *Rev. arb.*, 2010, p. 513, note R. Dupeyré ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022457763>.

CPC, ce qui interdit aux juridictions étatiques de retenir leur compétence pour cet unique motif<sup>654</sup>.

#### 1.2.5. Du repli du juge étatique à la règle matérielle nouvelle

Le repli du juge étatique qui génère l'effet négatif du principe compétence-compétence finit par produire une règle matérielle internationale telle celle énoncée par l'arrêt Zanzi précité, qui permettrait de ne même plus évoquer le texte de droit interne. En témoigne l'arrêt ABS du 7 juin 2006 précité.

Dans cette affaire, le constructeur d'un voilier avait confié à la société ABS une mission de classification et de surveillance de la construction. En raison d'une grave avarie survenue peu après la livraison du navire, les copropriétaires et assureurs avaient saisi le tribunal de commerce de Paris devant lequel ABS avait soulevé, sans succès, une exception d'incompétence fondée sur la clause compromissoire de la convention de classification. L'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant rejeté le contredit a été cassé le 26 juin 2001 : « *Vu le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence [...].*

---

<sup>654</sup> Voir Cass. Civ. 1, 21 oct. 2015, n° 14-25080, qui juge qu'« *ayant relevé que la généralité des termes de la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée, la cour d'appel en a souverainement déduit que le tribunal arbitral était compétent* », <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031375138>.

Également : CA Paris, 2 juin 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 673, note J.-B. Racine ; CA Paris, 30 juin 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 673, note J.-B. Racine ; Cass. Civ. 1, 16 nov. 2004, n° 02-11866, *Rev. arb.*, 2005, p. 673, note J.-B. Racine, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007481279>) ; Cass. Civ. 1, 8 nov. 2005, n° 02-18512, *Bull. civ.* I, n° 402, *Rev. arb.*, 2006, p. 925, note D. Bensaude, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051451>) ; Cass. Civ. 1, 25 avr. 2006, n° 05-15528, *Bull. civ.* I, n° 196 ; *JCP G*, 2006, I, 187, obs. Ch. Seraglini, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050372>) ; Cass. Civ. 1, 4 juill. 2006, n° 05-17460, *Bull. civ.* I, n° 338, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007053480>) ; CA Paris, 15 févr. 2012, *Cah. arb.*, 2012, p. 419 ; Cass. Civ. 1, 6 nov. 2013, n° 12-22370, *Rev. arb.*, 2013, p. 1084 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028175303>).

*Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans relever la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*<sup>655</sup> ».

L'arrêt de renvoi<sup>656</sup>, conforme, est frappé d'un pourvoi auquel la Cour de cassation répond par un arrêt de rejet en date du 7 juin 2006 dans les termes suivants :

*« le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d'autre part, l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité ; que la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste.*<sup>657</sup> »

Ainsi, la Cour de cassation fait de l'effet négatif du principe de compétence-compétence une règle matérielle que le juge français doit suivre. Le pourvoi évoquait la non-reconnaissance en droit américain du principe de compétence-compétence. Le juge français répond qu'aucune référence à la loi de procédure n'est nécessaire.

Aujourd'hui, cette règle façonnée par la jurisprudence est incorporée à l'article 1448 du CPC, dont l'alinéa 3 précise que toute stipulation contraire audit article est réputée non

---

<sup>655</sup> Cass. Civ. 1, 26 juin 2001, n° 99-17120 ; Bull. civ., 2001, I, n° 183 ; Rev. arb., 2001, 529, note E. Gaillard ; RTD com., 2002, 49, obs. E. Loquin,

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/arr\\_ecirc\\_8768.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arr_ecirc_8768.html).

<sup>656</sup> Paris, 4 décembre 2002 ; Rev. arb., 2003, 1286, note E. Gaillard.

<sup>657</sup> Cass. Civ. 1, 7 juin 2006, n° 03-12034, Copropriété Maritime Jules Verne et autres c./ American Bureau of Shipping, Bull. civ. 2006, I, n° 288 ; Rev. arb., 2006, 945, note E. Gaillard ; JCP, 2006, I, 187, obs. Ch. Seraglini, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055269>.



écrite. Dans le domaine du droit international, l'article 1506 du CPC ne renvoie qu'aux alinéas 1 et 2 de l'article 1448 du CPC et non à son alinéa 3, la règle de priorité pouvant par conséquent être écartée par les parties dans l'arbitrage international.

#### 1.2.6. Du repli du juge étatique à la règle d'ordre public international

L'article 1448 du CPC cantonne le juge étatique à un examen qui exige une réponse évidente, ce dont témoigne l'adjectif « *manifeste* ». Ainsi, la partie qui conteste l'arbitrage doit produire des éléments d'une force convaincante. Lorsqu'il s'agit d'une situation complexe, par exemple en cas de pluralité de contrats, de clauses ou de parties<sup>658</sup>, la pluralité des éléments d'appréciation favorise le renvoi à l'arbitre.

Ainsi, en présence de clauses de compétence contradictoires, la priorité revient à l'arbitre pour statuer sur sa compétence. Lorsque chaque partie prétend que la relation avec l'autre partie est couverte par un contrat différent, dont le premier contient une clause d'arbitrage et le second une clause de compétence judiciaire, il appartient à l'arbitre de déterminer par priorité lequel de ces contrats lie les parties, sauf s'il s'avère avec suffisamment de certitude, devant le juge, que cette relation est seulement régie par le contrat prévoyant la compétence judiciaire<sup>659</sup>.

Le principe de compétence-compétence tel qu'il est entendu en droit français de l'arbitrage a même désormais un caractère extraterritorial. Dans un arrêt du 8 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'en l'absence de convention internationale applicable,

---

<sup>658</sup> Cass. Civ. 1, 25 juin 2014, Sté Kodak c./ Sté Canon France et autres, n° 13-23669 ; *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2014, p. 14 obs. D. Bensaude, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029154058>.

<sup>659</sup> CA Versailles, ch. 13, 27 juin 2013, n° 12/07880, Valuefirst c./ Visionael Corporation, M. Besse, prés., Mmes Beauvois et Vaissette, cons. ; Mes Pericaud et Dupuis, av. M, *Gaz. Pal.*, 28 sept. 2013, n° GPL147 m0, chronique D. D. Bensaude. Voir J.-B. Racine, « *La bataille des clauses : clause attributive de compétence et contre clause d'arbitrage* », dans *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016, p. 214-216.

l'exequatur en France d'un jugement étranger rendu en violation du principe de compétence-compétence est contraire à l'ordre public international<sup>660</sup>. Faute de convention internationale, le juge français doit, pour conférer l'exequatur à un jugement étranger, s'assurer de la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, de la conformité du jugement à l'ordre public international de fond et de procédure, et de l'absence de fraude. Cet arrêt implique que le contrôle de la compétence du juge étranger, lorsqu'exigé pour les besoins de l'exequatur, comprend celui de l'application par ce juge étranger du principe de compétence-compétence tel qu'il est entendu en droit français de l'arbitrage.

#### 1.2.7. Le repli du juge étatique par le critère du "*contrat pivot*"

Autre illustration d'une application de la règle de priorité : la notion de « *contrat-pivot* » qui élargit le domaine de la compétence-compétence. Ainsi, dans un arrêt de 2012, la cour d'appel de Paris a jugé que si l'interdépendance de plusieurs contrats justifie la compétence d'une seule juridiction, il s'agira alors du tribunal arbitral dès lors que le « *contrat-pivot* » contient une clause d'arbitrage<sup>661</sup>.

Dans cet arrêt, ED Franchise et SAS ED, franchiseurs, ont conclu avec Evrygis, franchisé, en mai 2010, cinq contrats interdépendants et formant un tout indissociable, dont deux (franchise et informatique) contenaient une clause d'arbitrage.

Devant le tribunal de commerce de Paris, saisi par le franchisé sur le fondement d'une clause de règlement des litiges figurant au contrat d'approvisionnement, les franchiseurs

---

<sup>660</sup> CA Paris, P. 1, ch. 1, 8 oct. 2013, n° 12/18722, Iberia Lineas Aereas de España c./ Pan Atlantic, M. Acquaviva, *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n° GPL159w4, chronique D. Bensaude.

<sup>661</sup> CA Paris, P. 1, ch. 2, 22 novembre 2012, n°12/11878, ED Franchise et SAS ED c./ Evrygis, *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2013, n°GPL111p1 chronique D. Bensaude.

soulevaient l'incompétence du juge pour statuer sur les demandes couvertes par la clause d'arbitrage.

Le juge se déclarait compétent pour l'ensemble du litige, considérant qu'une bonne administration de la justice exigeait que la juridiction saisie en premier connaisse de l'ensemble des demandes et qu'il appartenait aux franchiseurs d'inclure une clause d'arbitrage dans tous les contrats s'ils souhaitaient faire prévaloir le principe de compétence-compétence.

Au soutien de leur contredit, les franchiseurs soutenaient notamment que la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne pouvait être déduite de l'interdépendance des contrats, dès lors que la nature des deux contrats concernés imposait une stricte confidentialité et que si cette interdépendance justifiait la compétence d'une seule juridiction, c'était celle d'un tribunal arbitral et ce, d'autant que le contrat de franchise constitue le pivot du réseau de franchise. Evrygis soutenait notamment que ses demandes ne portaient pas sur les contrats contenant la clause d'arbitrage.

Après avoir rappelé que l'article 1448 (nouveau) du CPC donne priorité à l'arbitre pour se prononcer sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, la cour d'appel note que le franchisé se réfère expressément au contrat de franchise dans ses écritures et considère que c'est à tort que le premier juge a estimé que l'interdépendance des contrats faisait obstacle à la mise en œuvre de ce principe. La cour d'appel ajoute qu'il est constant, en matière de franchise, que si l'interdépendance des contrats doit justifier la compétence d'une seule juridiction pour connaître de leur ensemble, c'est celle du tribunal arbitral dès lors que le « *contrat-pivot* » de franchise comporte une clause d'arbitrage. Cela étant posé, la cour d'appel accueille le contredit et renvoie les parties devant le tribunal arbitral pour statuer sur les demandes formées par Evrygis au titre des deux seuls contrats contenant la clause d'arbitrage.

Ainsi, l'arrêt introduit la notion de « *contrat-pivot* » réunissant un groupe de contrats liés à une même opération économique. Le contrat de franchise est ce « *contrat-pivot* » qui contient une clause d'arbitrage et donne ainsi priorité à l'arbitre pour statuer sur tous les autres contrats, dont aucun ne contient une clause de compétence manifestement inconciliable<sup>662</sup>.

\*\*\*

En conclusion, de l'arrêt Zanzi aux arrêts ABS, se mesure l'étendue de la faveur pour l'arbitrage des juridictions françaises, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation. Les juridictions étatiques autolimitent désormais leur *jurisdictio* pour permettre à l'ordre arbitral d'exercer sa compétence dans toute son étendue et ce, après un renversement progressif de la situation : d'abord, les arbitres devaient attendre que les juridictions étatiques leur disent s'ils étaient compétents, ensuite a été dégagé le principe de compétence-compétence et, in fine, il a été décidé qu'en cas de concurrence entre les juridictions, priorité sera donnée aux tribunaux arbitraux pour statuer sur leur compétence. Dorénavant, ce sont les juridictions étatiques qui doivent attendre que les arbitres se soient prononcés.

## **Section 2. L'évolution du repli de la *jurisdictio* étatique en présence d'une règle d'ordre public applicable au litige**

Il s'agit dans les pages qui suivent de retracer comment a évolué le contrôle des sentences, en lien avec la question de l'ordre public et de l'évolution de l'arbitralité (ici entendue comme l'extension de la compétence de l'arbitre). Cette évolution de la jurisprudence se traduit par un recul du contrôle d'ordre public international d'exéquat,

---

<sup>662</sup> Voir D. Cohen, « *Arbitrage et groupes de contrats* », *Rev. arb.*, 1997, p. 471.

invitant à conclure à une extension du champ de l'arbitrabilité relative à la compétence de l'arbitre<sup>663</sup>.

Avant les années 1950, la jurisprudence est rare sur ce point<sup>664</sup>, le rôle de l'État dans l'économie croissant en même temps que la nécessité d'édicter des règles d'ordre public pour l'accompagner.

Il est précisé qu'avant la première grande réforme du droit de l'arbitrage de 1980-1981, l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile interdisait de compromettre sur les contestations sujettes à communication au Ministère public et l'article 83 de l'ancien Code de procédure civile venait préciser les causes qui intéressaient l'ordre public.

#### L'arrêt Tissot<sup>665</sup>

L'arrêt Tissot du 29 novembre 1950 marque une rupture dans l'approche de l'arbitrabilité-compétence.

Avant cet arrêt, l'arbitre devant lequel était soulevée une question d'ordre public devait se dessaisir. Avec cet arrêt, le juge formule une solution permettant à l'arbitre d'examiner lui-même si une règle d'ordre public a été violée ou non.

Dans cette affaire, Neff et Tissot avaient conclu en 1940 un contrat de vente d'orge dont le prix dépassait, selon Tissot, ce qu'autorisait un décret du 9 septembre 1939 sur le

---

<sup>663</sup> CA Paris 1<sup>ère</sup> Ch C 18 novembre. 2004, SA Thalès Air Défense c./ GIE Euromissile, n° 02/19606, *Rev. arb.*, 2005, p. 751 ; *JDI*, 2005, p. 357, note A. Mourre ; également Cass. Civ. 1, 4 juin 2008, Sté SNF c./ Sté Cytec Industries BV, arrêt n° 680, 06-15320, *Bull. civ.* 1, n° 162, *Rev. arb.*, 2008, note I. Fadlallah ; *RTD com.*, 2008, 518, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, 311, obs. Th. Clay ; *D.* 2008, 2560, obs. S. Bollée ; *JCP*, 2008, I, 164, obs. Ch. Serraglini, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/arret\\_n\\_11652.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_11652.html).

<sup>664</sup> H. Motulsky, « *Les limites du domaine de l'arbitrage* », dans *Écrits, Études...*, *op. cit.*, Dalloz, 2010, p. 53 ; J.-B. Racine, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 133 et suiv., n° 222 et suiv.

<sup>665</sup> Cass. Com., 29 novembre 1950, Tissot c./ Neff ; *Bull. civ.*, II, 1950, n° 355 ; *RTD com.*, 1951, 275, obs. N. Boitard.

blocage des prix en temps de guerre. La vente avait fait l'objet d'une sentence condamnant Tissot à payer la différence entre le prix taxé et le prix fixé contractuellement. La cour d'appel avait maintenu l'exequatur.

La Cour de cassation reprocha à cette dernière de s'être abstenue de « *rechercher si le prix de l'orge vendu excédait le cours du 1<sup>er</sup> septembre 1939, ce qui, rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis* ». Ainsi, pour donner effet à la sentence, il était nécessaire, selon la Cour de cassation, de vérifier la violation de l'ordre public par le contrat.

Avec cette solution, il ne s'agit plus d'obliger l'arbitre à se dessaisir du seul fait que la matière intéresse l'ordre public. La clause d'arbitrage n'est pas nulle uniquement parce que le contrat de fond était soumis à une réglementation présentant un caractère d'ordre public. Pour que la convention d'arbitrage soit nulle et que la sentence ne soit pas susceptible de recevoir exécution, l'ordre public doit avoir été violé par le contrat et il appartient à l'arbitre de vérifier si une telle violation a eu lieu. Ainsi, selon l'arrêt Tissot, l'arbitre peut statuer sans pouvoir pour autant sanctionner lui-même la violation d'une règle d'ordre public.

Cet arrêt est à la base d'une jurisprudence qui conduit à autoriser l'arbitre à examiner lui-même si une règle d'ordre public a été violée ou pas. Si l'arbitre constate une contrariété à l'ordre public, il doit déduire qu'il est incompétent pour décider du fond. Ainsi, la jurisprudence Tissot met fin à l'ancienne prohibition faite à l'arbitre de connaître de sa compétence dès qu'une question d'ordre public était soulevée devant lui. L'évolution de la jurisprudence ultérieure en témoigne, résumée comme suit par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 1989 :

*« l'arbitrage étant exclu, soit en raison de la matière, soit lorsque l'objet de la contestation, mettant en jeu des règles impératives, fait apparaître une violation de l'ordre public ; [...] dans le premier cas, la juridiction arbitrale est tenue de se déclarer d'emblée incompétente, alors qu'elle doit, dans le second, examiner la cause au regard*

*des dispositions invoquées afin de vérifier la validité de son investiture en recherchant s'il existe ou non, une violation de l'ordre public de nature à lui interdire à statuer<sup>666</sup> ».*

Ainsi, la Cour de cassation a choisi d'interpréter l'article 1004 de l'ancien CPC comme permettant d'affranchir les arbitres de l'obligation de surseoir à statuer quand il est prétendu qu'une réglementation d'ordre public est applicable au litige.

Dorénavant, la violation de l'ordre public ne limite les compétences de l'arbitre que lorsqu'elle est l'objet même du litige : il est « *nécessaire que l'atteinte à l'ordre public réside dans l'objet du litige soumis aux arbitres, c'est-à-dire que l'on trouve dans ledit objet la cause principale, directe et efficiente de la violation prétendue* »<sup>667</sup>. Cette évolution révèle une fois encore la volonté des juridictions étatiques de limiter les atteintes à la compétence de l'arbitre.

#### Les arrêts Meulemas<sup>668</sup> et Impex<sup>669</sup>

Ainsi, dès la jurisprudence Tissot, le juge étatique admettait que l'arbitre puisse juger le fond quand la question d'ordre public n'était pas au cœur du débat, illustrant le fait que l'ordre public n'exclut pas, en tant que tel, l'arbitrabilité d'un litige.

Deux arrêts ultérieurs marqueront une nouvelle évolution renforçant le repli du juge étatique : à la suite des arrêts Meulemas, en 1967, et Impex, en 1971, l'arbitre pourra trancher une difficulté concernant l'ordre public, en jugeant du fond et ce, même en cas de violation de l'ordre public.

---

<sup>666</sup> CA Paris, 20 janvier 1989 ; *Rev. arb.*, 1989, 280 (2<sup>e</sup> arrêt), note L. Idot. Voir aussi B. Goldman, « *L'arbitrage international et droit de la concurrence* », *Bull. ASA*, 1989, n° 3, p. 260.

<sup>667</sup> CA Paris, 2 novembre 1965, Sté Roiseux et Cie c./Sté Dumortier frères, 2<sup>e</sup> esp, *JCP*, 1966, II, 14625, note R. Boulbès.

<sup>668</sup> Cass. Com., 15 juin 1967, *JDI*, 1968, 929, note B. Goldman.

<sup>669</sup> Cass. Civ. 1, 18 mai 1971, n° 69-14130 ; *JDI*, 1972, 62 (2<sup>e</sup> esp.), note B. Oppetit ; *Rev. arb.*, 1972, 2, (2<sup>e</sup> arrêt), note Ph. Kahn, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006985189>.

Les deux affaires concernaient des ventes de céréales à l'exportation par des entreprises françaises qui n'avaient pu se réaliser, faute de délivrance par les pouvoirs publics d'une autorisation d'exportation. Les arbitres se sont exclusivement prononcés sur la responsabilité de l'inexécution contractuelle et la réparation (alors qu'une sentence ordonnant l'exécution de la livraison aurait été entachée de nullité), le contrat étant nul pour violation de l'ordre public. Le juge a estimé que, ce faisant, les arbitres n'avaient pas porté atteinte à la réglementation publique du commerce des céréales. Même s'il n'avait pas été demandé aux arbitres de statuer sur la validité du contrat au regard de l'ordre public (mais uniquement sur la responsabilité de la partie à laquelle était imputable la conclusion ou l'inexécution du contrat nul), cette jurisprudence admettait que l'arbitre puisse trancher le fond d'une affaire lorsque l'ordre public est concerné. Le juge apportait ainsi son soutien à l'extension de l'arbitrabilité et amplifiait ainsi son repli.

#### L'arrêt Labinal<sup>670</sup>

La jurisprudence Tissot poursuit son évolution dans le sens d'un renforcement constant du repli de la *jurisdictio* étatique. Elle trouve un parachèvement dans l'arrêt Labinal de 1993, qui consacre l'arbitrabilité des dispositions impératives issues du droit communautaire de la concurrence, en retenant que :

*« l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ; qu'en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation ».*

---

<sup>670</sup> CA Paris, 19 mai 1993, Labinal c. /Mors et Westland ; *Rev. arb.*, 1993, 645, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.*, 1993, obs. E. Loquin ; *JDI*, 1993, 957, note L. Idot.



En l'espèce, la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement nulle, le juge avait renvoyé les parties devant le tribunal arbitral.

Préalablement à cet arrêt, une première évolution était intervenue avec l'arrêt *Almira Films*<sup>671</sup>, la cour d'appel de Paris ayant décidé, à l'occasion d'un recours en annulation qui mettait en cause la réglementation du CNC dans un arbitrage international, que :

*« l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ».*

Ainsi, l'arbitre pouvait appliquer les règles d'ordre public au litige et sanctionner les conséquences civiles de leur violation sans avoir à se dessaisir : son incompetence était levée. L'arbitre ne contrôle plus l'ordre public uniquement pour se prononcer sur sa compétence, il peut dorénavant juger le fond sous réserve du contrôle étatique de la conformité de la sentence à l'ordre public<sup>672</sup>.

Un autre arrêt important place le respect de l'ordre public au cœur même de la mission de l'arbitre : *« Hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière [...], l'arbitre international, dont la mission consiste à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international »*<sup>673</sup>.

*In fine*, dans la suite de l'arrêt *Altamira Films*, l'arrêt *Labinal* met fin à la jurisprudence *Tissot* annonçant très clairement une règle matérielle d'arbitrabilité (au sens de pouvoir de l'arbitre d'arbitrer). La Cour énonce qu' *« en matière internationale, l'arbitre apprécie sa*

---

<sup>671</sup> CA Paris, 16 février 1989, *Sté Almira Films c./Pierrel* ; *Rev. arb.*, 1989, 711, note L. Idot.

<sup>672</sup> Ph. Fouchard, B. Goldman, E. Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 347, n° 563.

<sup>673</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz c./SNCF* ; *Rev. arb.*, 1991, 478, note L. Idot.

*propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle* ». Cette solution matérielle, appelée à favoriser l'arbitrage au moyen du repli de la *jurisdictio* étatique, rencontre une faveur au sein des juridictions étatiques comme arbitrales<sup>674</sup>, jugée supérieure à la solution conflictualiste qui rechercherait la loi applicable à l'arbitrabilité. La règle matérielle est plus favorable à l'arbitrage dans la mesure où elle permet d'affranchir l'arbitrabilité des droits nationaux.

La solution de l'arrêt Labinal a également été étendue depuis à l'arbitrage interne<sup>675</sup>.

On mesure le chemin parcouru par rapport à l'arrêt Tissot, dans lequel le juge étatique maintenait le champ de son pouvoir de *jurisdictio* en ne permettant pas à l'arbitre de sanctionner lui-même la violation d'une réglementation d'ordre public prétendue applicable au litige s'il constatait une infraction (en l'espèce, la violation du droit à la concurrence), même lorsque l'arbitrabilité n'était pas exclue à l'égard de l'objet du litige. La sanction restait alors une prérogative réservée à la juridiction étatique.

---

<sup>674</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 163-167, n° 282-287.

<sup>675</sup> CA Paris, 16 juin, 1998, *Faton c./ Laboratoires Logeais* ; *Com.*, 9 avril 2002, *Toulousy c./SNC Philam*, n° 98-16.829. Voir Ch. Jarrosson, « *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne* », dans *Études Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 233. Sur l'évolution de la jurisprudence entre ces différents arrêts fondamentaux, voir I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 69-84.

### **Section 3. Modération des juridictions étatiques dans les mesures provisoires comme mode de repli**

Les précautions prises concernant les mesures provisoires urgentes en présence d'une clause d'arbitrage sont autant de marques de l'appréciation extensive de la compétence de l'arbitre. Ces précautions se traduisent par un encadrement de l'intervention du juge étatique du provisoire *ante causam* (3.1.), par le repli de la *jurisdictio* étatique dans le domaine des mesures d'instruction et des mesures provisoires et conservatoires (3.2.), par la subordination de l'intervention du juge étatique à l'urgence pour préserver la compétence de l'arbitre (3.3.) ou encore par la limitation du recours au juge des référés par la validation de son exclusion contractuelle (3.4.).

#### 3.1. Encadrement de l'intervention du juge étatique du provisoire *ante causam*

Dans ce domaine des mesures provisoires, les juridictions étatiques devaient trouver des solutions pour éviter le risque d'un contournement de la convention d'arbitrage et ce, pour ne pas porter préjudice à l'efficacité de l'arbitrage. En effet, lorsque le juge étatique ordonne une mesure de nature anticipatoire et que cette mesure apporte entière satisfaction à son bénéficiaire, celui-ci peut être conduit à renoncer à demander la mise en place du tribunal arbitral sur le fond du litige. Ainsi, une mesure provisoire en droit risque de devenir une mesure définitive, de fait.

Certes, lorsque la partie satisfaite au provisoire se dérobe à l'obligation contractuelle de soumettre le fond du litige à l'arbitre, l'autre partie peut prendre l'initiative de saisir le

tribunal arbitral. Il reste que cette situation crée un renversement du contentieux, le défendeur se trouvant en position de demandeur<sup>676</sup>.

De par son caractère anticipatoire, le référé-provision apparaît comme l'exemple par excellence du risque de contournement qui finit par mettre en cause la compétence de l'arbitre ou, du moins, par vider l'instance arbitrale de son sens et de sa finalité<sup>677</sup>.

Cependant, la Cour de cassation veille et entend pallier ce risque en décidant notamment qu'en présence d'une convention d'arbitrage, une mesure de référé-provision ne peut être accordée que si l'urgence est caractérisée. Cette solution est établie pour l'arbitrage international comme pour l'arbitrage interne : la mise à l'écart de la clause doit être justifiée, conditionnée à l'urgence<sup>678</sup>.

Les juges des référés sont eux-mêmes appelés à faire preuve de « *prudence* » afin de « *sauvegarder la compétence de l'arbitre international*<sup>679</sup> ». Ainsi, il leur incombe de « *pouvoir soumettre l'octroi de la mesure d'anticipation à la condition d'une constitution du tribunal arbitral dans un certain délai, à peine de caducité de la mesure ainsi ordonnée*<sup>680</sup> ». Le juge des référés doit pouvoir indiquer aux parties que la mesure provisoire sera caduque si, dans tel délai qu'il déterminera, la partie bénéficiaire de la mesure n'aura pas notifié à l'autre partie un acte par lequel elle déclare son intention de mettre en place la procédure

---

<sup>676</sup> C. Chainais, *La Protection juridictionnelle provisoire en droits français et italien*, Paris, Dalloz, 2007, préf. S. Guinchard, n° 517 et suiv., spéc. n° 523.

<sup>677</sup> C. Chainais, « *Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage* », dans Achille Saletti et al. (dir.), *L'Arbitre et le juge étatique : Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruylant, 2014, p. 281-289 ; J.-P. Ancel, « *Commentaires et conclusions* », dans *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Paris, CCI, 1993, p. 116.

<sup>678</sup> C. Chainais, « *Les mesures...* », *op. cit.*, p. 297-298.

<sup>679</sup> J.P. Ancel, « *Commentaires et conclusions* », *op. cit.*

<sup>680</sup> C. Chainais, « *Les mesures...* », *op. cit.*, p. 298.

arbitrale. Certains juges des référés ont déjà eu recours à cette technique pour des mesures provisoires restrictives de la liberté d'expression<sup>681</sup>.

En établissant un lien de subordination entre les mesures provisoires urgentes et l'instance arbitrale à venir, les juridictions tentent de concilier un double objectif : assurer dans l'immédiat la protection provisoire du demandeur, tout en préservant le droit du défendeur à voir l'affaire portée devant le tribunal arbitral en sauvegardant ainsi la compétence de l'arbitre.

Un autre garde-fou destiné à préserver la convention d'arbitrage consiste à introduire la réversibilité de la mesure provisoire ordonnée, en particulier au travers d'un dépôt de garantie ou de la mise en place d'un cautionnement. La condition de réversibilité a été formulée par la CJUE dans l'arrêt Van Uden, la Cour décidant que « *le paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle ne constitue pas une mesure provisoire au sens de [l'article 24]* », « *à moins que [...] le remboursement au défendeur de la somme allouée soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de l'affaire*<sup>682</sup> ».

### 3.2. Repli de la *jurisdictio* étatique dans le domaine des mesures d'instruction et des mesures provisoires et conservatoires

Dans les textes, le décret du 13 janvier 2011 reconnaît toujours au juge étatique le pouvoir de protection provisoire *ante causam*, mais ce pouvoir est encadré dans des limites très strictes s'agissant en plus d'un pouvoir qui doit s'arrêter (sous la réserve des mesures

---

<sup>681</sup> Cass. Civ. 1, 16 juillet 1997, *D.* 1997, 264 et *JCP*, 1997, II, 22964, note Derieux.

<sup>682</sup> CJCE, 17 novembre 1998, Van Uden c./ Deco Line, Aff. C-391/95 ; *Rev. arb.*, 1999, 143-166, note H. Gaudemet-Tallon,  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0391&from=FR>.

conservatoires d'exécution) là où commence le pouvoir du tribunal arbitral. Une fois constitué, le tribunal arbitral devient compétent pour ordonner les mesures provisoires adaptées<sup>683</sup>.

Le tribunal arbitral se trouve ainsi renforcé en matière de mesures d'instruction et de mesures provisoires et conservatoires.

Il faut préciser que le nouvel article 1467 du CPC, qui renforce l'autorité du tribunal arbitral, consacre une jurisprudence selon laquelle le tribunal arbitral peut enjoindre à une partie de produire des éléments de preuve qu'elle détient et ce, avec astreinte si nécessaire.

En effet, la jurisprudence avait déjà admis que le tribunal arbitral puisse adresser une injonction à une partie en l'accompagnant d'une astreinte, en précisant qu'une telle mesure « *constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une*

---

<sup>683</sup> **Article 1449 du CPC :**

« *L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.*

*Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage. »*

**Article 1467 du CPC :**

« *Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres.*

*Le tribunal peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment.*

*Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte. »*

**Article 1468 du CPC :**

« *Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.*

*Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée. »*

*meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre »*<sup>684</sup>.

Afin de permettre au tribunal arbitral d'exercer dans toute sa plénitude sa *jurisdictio*, le décret de 1980 lui avait d'ores et déjà donné le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (renvoi notamment à l'article 10 du CPC<sup>685</sup> par l'article 1460, alinéa 2 du CPC<sup>686</sup>), l'avait autorisé à enjoindre à une partie de produire un élément de preuve détenu par elle (article 1460, alinéa 3 du CPC<sup>687</sup>) ainsi qu'à entendre les tiers sans prestation de serment, en raison de son absence d'*imperium* (article 1461, alinéa 2 du CPC<sup>688</sup>).

Selon le nouvel article 1468 du CPC, dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011, le tribunal arbitral peut également ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires, qui relèvent de la compétence exclusive des juridictions étatiques.

Là encore, la jurisprudence allait dans le même sens, considérant qu'une fois le tribunal arbitral constitué, l'intervention du juge étatique n'était plus justifiée, le tribunal arbitral ayant vocation à exercer de manière exclusive son plein pouvoir juridictionnel<sup>689</sup>.

La ligne de partage se veut claire : une fois le tribunal arbitral mis en place, il lui revient d'ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune, étant précisé que la juridiction de l'État (c'est-à-dire le juge de l'exécution) sera seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le principe

---

<sup>684</sup> CA Paris, 7 oct. 2004, Otor, *J. Int'l Arb.*, 2005, p. 357, chronique D. Bensaude.

<sup>685</sup> Article 10 du CPC : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».

<sup>686</sup> Version en vigueur du 14 mai 1981 au 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>687</sup> Version en vigueur du 14 mai 1981 au 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>688</sup> Version en vigueur du 14 mai 1981 au 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>689</sup> Cass. Civ. 1, 6 déc. 2005, *JCP E*, 2005, p. 344 note G. Chabot ; *RTD com.*, 2006, p. 297, obs. E. Loquin.

jurisprudentiel consistant à conférer au tribunal arbitral la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction ainsi que des mesures provisoires et conservatoires recevait déjà exception lorsque la matière relevait de la compétence exclusive du juge étatique, comme par exemple en matière de saisie conservatoire<sup>690</sup>, dès lors que cette intervention du juge étatique « *n'implique pas un examen du fond, qui est réservé aux arbitres*<sup>691</sup> ».

Retenons que cette faculté reconnue au tribunal arbitral d'ordonner des astreintes en matière de mesures provisoires et conservatoires est de nature à consolider l'autorité de ses décisions et à leur conférer un caractère réellement contraignant.

Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 fait une distinction entre la production des preuves par une partie à la procédure et celle par un tiers :

- si la production de preuves concerne une partie à la procédure, l'article 1467, alinéa 3 du CPC dispose que le tribunal arbitral peut lui ordonner de produire des preuves, au besoin à peine d'astreinte ;
- si la production de preuves concerne un tiers, l'article 1469 du CPC institue une procédure *ad hoc*, protectrice du droit des tiers : en vertu de cet article, la demande de communication de preuves sera adressée au président du tribunal judiciaire territorialement compétent conformément aux articles 42 à 48 du CPC. La décision rendue ne sera pas exécutoire de plein droit et pourra faire l'objet d'un appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision.

Il convient de noter que le président du tribunal judiciaire est saisi par une partie « *sur invitation du tribunal arbitral* » (article 1469, alinéa 1 du CPC). Ainsi, le juge étatique

---

<sup>690</sup> Cass. Civ. 2, 8 juin 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 125, obs. J. Pellerin.

<sup>691</sup> Cass. Civ. 1, 20 mars 1989, République islamique d'Iran c./ Framatome, n° 88-10286 ; *Rev. arb.*, 1989, 653 (1<sup>er</sup> arrêt), note Ph. Fouchard ; *JDI*, 1990, 1004 (1<sup>ère</sup> esp.), note Ph. Ouakrat.



n'intervient là encore que pour soutenir l'arbitrage, la mesure ne pouvant être ordonnée que si le tribunal arbitral y consent.

En ce qui concerne l'article 1449 du CPC<sup>692</sup> précité, il consacre la jurisprudence constante en vertu de laquelle les parties peuvent, malgré l'existence d'une clause d'arbitrage et sauf stipulation écartant explicitement cette possibilité, saisir le juge étatique pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires ou encore des mesures d'instruction pour la préservation des moyens de preuve<sup>693</sup>.

Les parties peuvent exclure la compétence du juge des référés, qui n'est pas d'ordre public, ce qui n'a pas toujours été le cas<sup>694</sup>. Les parties peuvent aussi prévoir des mécanismes contractuels pré-arbitraux pour confier à un tiers la mission de statuer rapidement<sup>695</sup>, cette solution ayant été interprétée de façon très favorable à l'arbitrage par la cour d'appel de Paris. En effet, la cour d'appel a considéré qu'en prévoyant une pre-trial discovery devant l'arbitre, les parties avaient exclu la compétence du juge des référés<sup>696</sup>.

---

<sup>692</sup> Dans sa version en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020, comme dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

<sup>693</sup> M.A. Bahmaei, *L'Intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 2002.

<sup>694</sup> Cass. Civ. 3, 9 juillet 1979, La Lagune et autre c./SER-CIF, *Rev.arb*, 1980, p. 78 ; CA Paris, 20 janvier 1988, Sté VSK Electronics c./Sté Sainrapt et Brice Intl, *Rev.arb*, 1990.651, *JDI* 1989.1032, note E.Loquin.

<sup>695</sup> CCI, Paris, 29 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003, 1296, note Ch. Jarrosson, *JDI*, 2004, 511, note P. Mayer.

<sup>696</sup> CA Paris, 2 avril 2003, Pourdieu c./Merril Lynch Pierce Fenner & Smith SAF, *Rev. arb.*, 2005, 115 (2<sup>e</sup> esp.), note X. Boucobza. E. Gaillard, « *Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage* », dans Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 57.

### 3.3. Subordination de l'intervention du juge étatique à l'urgence pour préserver la compétence de l'arbitre

En présence d'une clause d'arbitrage, la compétence du juge des référés est subordonnée à l'urgence, y compris pour l'arbitrage interne<sup>697</sup>. Selon la jurisprudence, elle ne l'était auparavant que pour le référé-provision<sup>698</sup>.

Dès lors, en présence d'une clause d'arbitrage, si le demandeur ne motive pas l'urgence, ni n'apporte la preuve de difficultés financières, le juge des référés est incompétent<sup>699</sup>.

Ainsi, la clause d'arbitrage, qui permet la saisine du juge des référés pour les mesures conservatoires et/ou urgentes « *de quelque nature que ce soit* », ne saurait permettre une telle saisine pour des litiges relatifs à la validité, l'interprétation ou l'exécution des contrats qui la contiennent. À titre d'exemple, ce jugement rendu par la cour d'appel de Paris le 19 septembre 2017<sup>700</sup>.

En l'espèce, des sociétés détenues par M. G. à travers une holding, affiliées de Système U, avaient souscrit, à ce titre, des offres préalables de vente (OPV) sur leurs fonds de commerce et droits sociaux au profit de la coopérative Système U Centrale Régionale Ouest, dont le règlement intérieur comme celui de U Express Ouest leur accordait un droit de préemption sur ces fonds et droits sociaux. Les règlements intérieurs comme les OPV prévoyaient que tous les litiges auxquels ils pourraient donner lieu, à propos de leur validité,

---

<sup>697</sup> Les juridictions du fond n'étaient pas unanimes sur ce sujet, mais la Cour de cassation a fini par systématiser cette solution dans les années 1990. Voir I. Fadlallah et D. Hascher, *op. cit.*, p. 269.

<sup>698</sup> Voir S. Bollée, « *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011* », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 553.

<sup>699</sup> CA Paris, 1-3, 11 oct. 2016, n° 15/1589, Irem France c./ Tecnicas Reuidas (TR), *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°GPL287t4, p. 45, chronique D. Bensaude.

<sup>700</sup> CA Paris, 1-1, 19 sept. 2017, n° 16/19968, Keralan et a. c./ Système U Central Régionale Ouest (Sucro) et U Express Ouest, *Gaz. Pal.*, 7 nov. 2017, n°GPL301p2, p. 26, chronique D. Bensaude.

interprétation, ou exécution seraient soumis à l'arbitrage, mais que les demandes de « *mesures conservatoires et/ou urgentes de quelque nature que ce soit* » pourraient être soumises au juge du siège de la coopérative. Après avoir exercé leur droit de retrait pour rejoindre un concurrent, les affiliés saisissaient le tribunal de commerce de Rennes pour voir annuler les droits de préemption et saisir l'Autorité de la concurrence pour avis sur la conformité de ces droits à l'article L. 420-1 du Code de commerce sur les pratiques anticoncurrentielles.

Le juge se déclara incompétent au vu des clauses d'arbitrage.

À l'appui de leur contredit, les affiliés affirmaient qu'il y avait urgence, car leur action avait pour but de faire cesser le trouble à l'ordre public économique constitué par l'entente et les manœuvres des sociétés Système U qui mettaient en cause leur survie en leur réclamant plus de quarante millions d'euros.

Constatant que l'urgence est caractérisée dès lors que la survie économique des affiliés est en jeu, la cour relève cependant que les règlements intérieurs limitent « *sans ambiguïté* » la compétence étatique aux seules mesures conservatoires et/ou urgentes qu'ils mentionnent à titre d'exemple, du type recouvrement de créances ou référé provision.

Elle ajoute que si la clause vise des mesures conservatoires et/ou urgentes « *de quelque nature que ce soit* », cela ne saurait permettre la saisine du juge pour des litiges relatifs à la validité, l'interprétation ou l'exécution des contrats en cause, et qu'ainsi les demandes d'annulation des droits de préemption ne sont pas des mesures urgentes propres à fonder la compétence du juge du commerce.

### 3.4. Limitation du recours au juge des référés par la validation de son exclusion contractuelle

D'autres arrêts ont clairement rappelé que la convention d'arbitrage, qui exclut expressément tout recours en justice, constitue la loi des parties. En affirmant la compétence exclusive de l'arbitre, la convention d'arbitrage induit en même temps l'incompétence du juge des référés. Telle a été la décision de la cour d'appel de Paris dans l'arrêt dont il est fait état ci-après<sup>701</sup>.

Dans l'affaire en question, RAC et M. J. étaient parties à un contrat de licence et à un contrat de services datant du même jour. Le contrat de licence prévoyait l'application du droit californien et la compétence des juridictions de cet État. Le contrat de services comportait une clause d'arbitrage visant le règlement d'arbitrage commercial international de l'American Arbitration Association (AAA) et ajoutait que « *l'arbitrage constituera le seul mode de règlement du conflit, du différend ou de la réclamation et la sentence de l'arbitre sera définitive et obligatoire dans les limites autorisées par la loi* ».

M. J. saisissait le président du tribunal de commerce de Paris en référé pour obtenir paiement d'une provision au titre des deux contrats et communication des états de royalties au titre du contrat de licence.

Le juge des référés rejetait l'exception d'incompétence soulevée par RAC, refusait d'accorder une provision et ordonnait la communication sollicitée.

En appel de cette ordonnance, M. J. sollicitait, entre autres choses, confirmation du rejet de l'exception d'incompétence relative au contrat de services, car si le règlement de

---

<sup>701</sup> CA Paris, P. 1, ch. 3, 23 oct. 2012, n°11/12066, M. J. c./ SARL RAC Paris, *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2013, n°GPL370w9, p. 29, chronique D. Bensaude.

l'AAA prévoit une procédure d'urgence, celle-ci ne s'impose que si les parties y ont adhéré et, n'étant pas exclusive, elle n'empêche pas la saisine du juge des référés.

Pour infirmer l'ordonnance sur ce point, la cour estime que le juge des référés n'est pas compétent pour statuer sur le litige découlant du contrat de services, puisque la clause d'arbitrage qu'il contient exclut expressément tout recours en justice, en ce compris le juge des référés.

Cette décision est intéressante dans la mesure où elle interdit le recours au juge des référés en présence d'une simple clause « *de style* » selon laquelle l'arbitrage constituera le seul mode de règlement des conflits et renvoie à un règlement d'arbitrage qui, comme la plupart des règlements d'arbitrage récents, prévoit une procédure d'urgence<sup>702</sup>.

#### **Section 4. Extension du champ d'arbitrabilité (domaines)**

L'extension des domaines d'application de la règle matérielle d'arbitrabilité peut être constatée dans plusieurs domaines, et notamment dans celui du droit de la consommation (4.1.) ou encore dans celui de la propriété intellectuelle (4.2.).

---

<sup>702</sup> Le nouveau règlement de la CCI, dans sa version de 2012, le prévoit également à son article 29. Cette procédure n'est cependant applicable qu'aux clauses d'arbitrage visant ce règlement et conclues à compter de janvier 2012. Le règlement dispose aussi expressément que cette procédure n'est pas exclusive d'un recours au juge des référés (article 29 (7)).

#### 4.1. L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la consommation

Dans ce domaine, l'arrêt Renault de 1997<sup>703</sup> a formulé une solution selon laquelle le droit de la consommation n'est pas par nature inarbitrable.

Dans cette espèce, un acheteur français avait passé commande d'un véhicule Jaguar de série limitée auprès du constructeur britannique Project XJ 220, par l'intermédiaire du représentant de cette société en France, Jaguar France (devenue la société V 2000). Une baisse des prix s'étant produite sur le marché des véhicules de luxe, l'acheteur avait saisi le tribunal de grande instance de Paris pour obtenir la nullité du contrat et la restitution des acomptes déjà versés, prétendant avoir été trompé sur les qualités du véhicule.

Le premier juge a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par les sociétés défenderesses, motif pris de la nullité de la clause compromissoire stipulée dans un acte mixte (Paris, 7 décembre 1994, Sté V 2000 c./ Sté Project XJ 220 Ltd et autres). Sur contredit, la cour d'appel a infirmé ce jugement au visa de l'article 1458 (ancien) du CPC. La Cour de cassation rejette le pourvoi de l'acheteur au motif :

*« qu'ayant ainsi retenu que ce contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu important, dans les circonstances relevées par les juges, que l'achat fût destiné à l'usage personnel de M. Philippe Renault, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ».*

Deux autres arrêts identiques ont été rendus le même jour<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, n° 95-11428, Philippe Renault c./ Stés V 2000 et Project XJ 220 Ltd. ; *Rev. arb.*, 1997, 537, note E. Gaillard ; *JDI*, 1998, 969 (1<sup>ère</sup> esp.), note S. Poillot-Peruzzetto, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007331538>.

<sup>704</sup> Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, M. Meglio c./Sté V 2000 (Jaguar France), Sté Project XJ 220 LTD et autres, n° 95-11427, *Bull. civ.*, I, n° 159, p. 107, *RTD com.*, 1998, 330, obs. E. Loquin,

Dans l'affaire Jaguar, la Cour de cassation devait notamment trancher s'il s'agissait d'un contrat international ou d'un contrat de consommation.

La Cour relève d'abord que le contrat conclu avec l'acheteur français créait « *un transfert de biens et de fonds entre la France et le Royaume-Uni* », ce qui décrit une opération du commerce international (qui ne se déroule pas dans un seul État) permettant un arbitrage international<sup>705</sup>.

Des restrictions à l'arbitrage n'étaient susceptibles de s'imposer que si le contrat en question était un contrat de consommation, un acte de consommation pouvant être défini par rapport à la commande, passée par un acheteur qui n'était pas un professionnel de l'automobile, ou par rapport à un besoin, si l'achat n'était destiné ni à un usage professionnel, ni à un usage commercial, mais à un usage personnel. En l'espèce, relève la Cour, l'opération commerciale est éloignée d'un simple acte de consommation courante (lequel doit avoir lieu sur un marché de masse, répétitif et de peu d'importance). Le véhicule commandé était accessible sur souscription uniquement, à un prix considérable, et n'était utilisable que sur circuit<sup>706</sup>. Il s'agissait donc davantage d'un acte d'investissement que d'un acte de consommation usuel. La Cour de cassation considère en outre que le critère de l'usage personnel, courant en matière de consommation, est un élément inopérant (« *peu important [...] que l'achat fut destiné à l'usage personnel* »).

Dès lors, resterait à décider s'il s'agit d'un contrat d'investissement et non pas de consommation, ou si la clause d'arbitrage n'est pas, par définition, nulle dans tous les contrats de consommation. La Cour ne tranche ni sur l'existence d'un contrat de

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007036346> ; Cass. Civ. 1, 21 mai 1997, J-F Renault c./Société V 2000 (Jaguar France), Société Project XJ 220, LTD et autres, n° 95-11429, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007331541>.

<sup>705</sup> Ph. Fouchard, « *Quand un arbitrage est-il international ?* », *Rev. arb.*, 1970, 59.

<sup>706</sup> *Rev. arb.*, 1996, 245, note Ch. Jarrosson (spéc. 254, n° 11).

consommation ni sur l'arbitrabilité du litige, mais renvoie ces questions à l'arbitre, dans l'esprit de l'effet négatif du principe de compétence-compétence (ce principe n'ayant pas encore été expressément reconnu au moment de l'arrêt). L'arrêt Jaguar préfigure ainsi la jurisprudence ABS<sup>707</sup>.

Ainsi, pour la Cour de cassation, le droit de la consommation n'est pas inarbitrable en tant que tel. Il importe d'abord de vérifier si la clause d'arbitrage a un effet abusif ou non, la preuve de l'abus incombant au consommateur. Dès lors, la solution qui consiste à renvoyer l'affaire à l'arbitre pour qu'il vérifie la validité de la clause est ici jugée comme acceptable.

Il est intéressant de noter que la référence à l'article 2061 du Code civil<sup>708</sup> aurait suffi au juge pour invalider la clause d'arbitrage en droit interne ; aujourd'hui, cet article suffit à déclarer la clause d'arbitrage inopposable au consommateur. Le pourvoi invoquait également la violation de l'article L. 132-1 du Code de consommation, qui transpose la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 portant sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs<sup>709</sup> et permet au juge de réputer une clause non écrite.

Ainsi, la Cour de cassation aurait pu se prononcer elle-même contre le principe de priorité à l'arbitre et invoquer, à cet égard, le fait qu'il s'agissait d'un contrat de consommation et que la clause compromissaire est toujours nulle en matière de consommation. Elle ne l'a pas fait, préférant laisser à l'arbitre la liberté de le vérifier<sup>710</sup>. À

---

<sup>707</sup> J.-B. Racine, « *Le principe de validité de la convention d'arbitrage international en droit français : un principe dynamique* », *Rev. int. Dr. processuels*, 2013, vol. 1, p. 42.

<sup>708</sup> Article 2061 du Code civil : « *La clause compromissaire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ».

<sup>709</sup> Ph. Fouchard, « *Clauses abusives en matière d'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1995, 147.

<sup>710</sup> Par un arrêt en date du 30 septembre 2020, la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation a toutefois ignoré le principe de l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans un litige international de consommation et ce, en ces termes : « *la règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le*



noter cependant qu'en s'abstenant de qualifier le contrat comme un contrat de consommation, elle n'admet pas pour autant explicitement la validité du principe de la clause compromissoire dans les contrats de consommation.

#### 4.2. L'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle

Longtemps le domaine de la propriété intellectuelle est resté étranger à l'arbitrage, notamment du fait, s'agissant de l'arbitrage international, de sa soumission à la souveraineté nationale et de son ancrage dans la territorialité. Progressivement, avec l'appui de la doctrine, des organisations internationales, de la législation et des juges, l'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle va toutefois gagner du terrain.

Une première illustration de cette arbitrabilité de la propriété intellectuelle concerne le droit des brevets.

En France, le contentieux du brevet est traditionnellement réservé aux tribunaux étatiques, la règle découlant de ce que l'octroi du droit de propriété intellectuelle est un acte d'autorité publique. L'État réserve ainsi aux juridictions publiques la compétence de statuer sur la validité d'un titre de propriété intellectuelle, la décision d'annulation d'un titre étant opposable *erga omnes*<sup>711</sup>.

Cependant, à titre incident, la validité d'un brevet pourra être soumise aux arbitres dont la sentence n'empiète pas sur les pouvoirs du juge d'annuler le brevet à l'égard des tiers,

---

*droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder*», ajoutant que le défendeur « ne démontrait pas que la clause standardisée obligeant le client non-professionnel à saisir, en cas de différend, une juridiction arbitrale, avait fait l'objet d'une négociation individuelle » (Cass. Civ. 1, 30 septembre 2020), n°18-19.241, PWC, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/arrets\\_publics/2986/premiere\\_chambre\\_civile\\_3169/2020\\_9633/septembre\\_9871/556\\_30\\_45608.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/arrets_publics/2986/premiere_chambre_civile_3169/2020_9633/septembre_9871/556_30_45608.html).

<sup>711</sup> J. Foyer, « Effets des jugements et autorité de chose jugée en matière de propriété industrielle », dans *Mélanges Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, p. 157.

dans la mesure où elle n'a pas autorité de la chose jugée<sup>712</sup> et que son effet est limité aux parties. Il a ainsi été jugé que sont arbitrables les conséquences de l'expiration d'un brevet sur le contrat de licence conclu par les parties<sup>713</sup> ou encore un litige contractuel relatif à l'exploitation d'un brevet<sup>714</sup>.

Si, comme il sera détaillé ci-après, les organisations internationales ont joué un rôle moteur dans la promotion des MARC pour la résolution des litiges de propriété intellectuelle et ce, par les textes et les procédures qu'elles ont mises en place, en France, le législateur, avec l'appui des juges, a également témoigné d'une faveur pour l'arbitrabilité.

Ainsi, tandis que le domaine de la justice arbitrale s'est élargi avec le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (loi J 21) et la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil, le Code de la propriété intellectuelle accorde également une place croissante au règlement arbitral des litiges, « *nonobstant la compétence exclusive de la juridiction parisienne*<sup>715</sup> ». Les praticiens adhèrent à cette faveur, comme le montre l'étendue du recours à l'arbitrage pour gérer les litiges en matière interne et internationale soulevant des questions de propriété intellectuelle<sup>716</sup>.

---

<sup>712</sup> Voir CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch, Section C, 28 février 2008, Liv Hidravlika c./ Diebolt, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2008/SK0E8BB8944FCC706F10F2>, ou encore Cass. Civ. 1, 12 juin 2013, Sté Victocor Technologies c./ Sté Benteler automobiltechnik, n° 12-16864, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027551757&fastReqId=2133004571&fastPos=8>, ou encore : « *Arbitrage et propriété intellectuelle, Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, 18 oct. 2013* », *Rev. arb.*, 2014, 267.

<sup>713</sup> CA Paris, 14 octobre 1993, Sté Aplix c./Sté Velcro, *Rev. Arb.*,1994, 164, note Ch. Jarrosson.

<sup>714</sup> CA Paris, 24 mars 1994, Sté Deko c./Dingler et Sté Meva, *Rev. Arb.*,1994, 515, note Ch. Jarrosson ; *Dalloz*, 1996, Somm.21, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt- Szalewski.

<sup>715</sup> C. Nourissat, « *L'arbitrage de la propriété intellectuelle* », *Revue Lamy du Droit des Affaires* (RLDA 6717), n° 148, mai 2019, p. 19-23, réf. p. 19.

<sup>716</sup> Plusieurs auteurs ont relevé cette tendance à l'arbitrabilité « *compréhensive* » des litiges de propriété intellectuelle dans le droit international. On évoque l'exemple de la législation américaine qui autorise l'arbitre à traiter de toutes questions relatives à un brevet, y compris celle de sa validité, ou encore celui du droit suisse, qui admet qu'une sentence arbitrale prononçant la nullité d'un brevet permette la radiation de ce brevet du

L'importance de ces recours à l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle a un effet surprenant, à savoir la divulgation des décisions ainsi rendues, laquelle constitue elle-même une forme de promotion de l'arbitrage. En effet, les centres d'arbitrage communiquent (de façon anonyme) sur les affaires qu'ils traitent. Par ailleurs, les arrêts portant sur le recours contre l'ordonnance d'exequatur ou l'annulation de la sentence sont analysés dans des revues.

Cette extension du domaine de l'arbitrabilité montre que, face à un litige perçu comme contractuel, plusieurs verrous faisant obstacle à l'arbitrage sautent. Certaines spécificités, notamment celle concernant le droit des marques, s'estompent. Apparaît ainsi une situation inédite soulevant des questions relatives à la dimension d'ordre public et liée, en amont, à l'arbitrabilité et, en aval, au contrôle de la sentence<sup>717</sup>.

Le repli de la *jurisdictio* découlant de l'arbitrabilité en matière de propriété intellectuelle sera étudié ci-après plus en détail en se penchant sur la façon dont le juge étatique affaiblit la limitation de l'arbitrabilité en matière de brevet (4.2.1.) ainsi que sur la façon dont ce repli prend la forme de restrictions du contrôle des sentences dans le droit de la propriété intellectuelle et dans l'ordre public international (4.2.2.) et ce, avant de souligner le rôle moteur des textes et des procédures mises en place par les organisations internationales sur le recul de la *jurisdictio* étatique dans le domaine de la propriété intellectuelle (4.2.3.).

---

registre de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle après que le tribunal suisse du siège du tribunal arbitral a procédé à l'exequatur de la sentence. Voir J. de Werra, « Arbitrage et propriété intellectuelle », dans P. Cecchi Dimeglio, B. Brenneur (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Larcier, 2015, p. 1105-1290.

<sup>717</sup> C. Nourissat, *op. cit.*

#### 4.2.1. L'affaiblissement par le juge étatique de la limitation de l'arbitrabilité en matière de brevet

La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011<sup>718</sup> pour la simplification et l'amélioration de la qualité du droit a étendu la possibilité du recours à l'arbitrage pour les titres de propriété intellectuelle, dont la gestion des marques. L'arbitrabilité du droit des marques conforte une évolution initiée par la loi n° 78-742 du 13 juillet 1978, reprise dans le Code de la propriété intellectuelle, qui attribue au domaine de l'arbitrage les litiges relatifs notamment à la titularité du brevet ou encore à l'exécution ou à l'interprétation d'un contrat portant sur son exploitation.

Demeure toutefois une exception, à savoir les effets produits par les brevets, dont les litiges s'y rapportant, qui sont de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, conformément à l'article L. 615-17, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle. Un arbitre peut déclarer un brevet ou une marque opposable *inter partes*, mais n'a pas la faculté de prononcer la nullité du titre entre les parties et encore moins *erga omnes*. L'arbitre s'efface lorsque se pose la question visant à « *constater que le brevet français cesse de produire ses effets, en totalité ou en partie* », question qui relève de la juridiction exclusive du tribunal judiciaire de Paris. « *Ainsi, un arbitre n'est pas compétent pour prononcer la nullité ou la déchéance, totale ou partielle, d'un brevet.*<sup>719</sup> »

D'ailleurs, cette idée d'exclusivité de la compétence du juge étatique en la matière est globalement partagée au niveau européen. En témoignent le règlement UE n° 207/2009 du 26 février 2009 relatif à la marque communautaire, qui pose le principe de la compétence exclusive des juridictions des États membres en matière de validité des marques et de

---

<sup>718</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024021430&categorieLien=id>.

<sup>719</sup> C. Nourissat, *op. cit.*, p. 20.

contrefaçon, ou encore, en matière de brevet à effet unitaire, l'article 35 de l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet (AJUB) du 19 février 2013, qui établit que, s'il est instauré un Centre de médiation et d'arbitrage en matière de brevet, c'est avec la précision qu' « *un brevet ne peut pas être annulé ou limité dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'arbitrage* ».

Ce cadre textuel est remis en question par le juge étatique lui-même, notamment le juge de l'annulation. Plusieurs décisions ont été analysées en ce sens :

- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 février 2008, n° 05/10577 (Liv Hidravlika)<sup>720</sup> : la cour d'appel a approuvé l'arbitre qui estimait, dans le cadre d'un litige contractuel, que la question de la validité du brevet débattue de manière incidente pouvait lui être soumise. Selon la cour, la validité ou l'invalidité constatée par l'arbitre n'aurait pas autorité de la chose jugée, puisqu'elle ne figurerait pas au dispositif et n'aurait d'effet qu'entre les parties ;
- l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 12 juin 2013, n° 12-16864 (Victocor Technologies)<sup>721</sup> : la Cour de cassation a confirmé la position qui attribue une compétence plus large à l'arbitre. La première chambre civile a rejeté un pourvoi au motif que le tribunal arbitral (qui s'était limité à retenir de manière incidente que l'objet des demandes de brevet contestées par un cocontractant figurait déjà dans l'état de la technique, sans se prononcer sur la validité des brevets à titre principal) n'avait méconnu ni sa mission, ni le principe de la contradiction, ni l'ordre public international. La Cour confirme que la sentence arbitrale se prononçant incidemment sur la validité d'un brevet ne peut affecter

---

<sup>720</sup> <https://www.sedlex.fr/wp-content/uploads/2014/10/cour-d-appel-de-paris-1ch.-rg-n°-0510577-28-février-2008.pdf>.

<sup>721</sup> Cité.

que les parties, alors que la décision judiciaire prononçant l'annulation d'un brevet produit un effet absolu (Code de la propriété intellectuelle, article L. 613-27).

Ainsi, la jurisprudence a contribué à élargir le domaine de l'arbitrabilité en considérant que :

- les aspects liés à la nullité/validité des brevets sont arbitrables dans la mesure où il n'est pas demandé à la justice arbitrale de se prononcer sur ce point à titre principal ;
- la question de la validité du brevet débattue de façon incidente peut être soumise à l'arbitre du moment que l'invalidité qu'il aura éventuellement constatée n'aura d'effet qu'entre les parties.

#### 4.2.2. Le repli sous forme de restriction du contrôle des sentences dans le droit de la propriété intellectuelle et dans l'ordre public international

Le contrôle étatique des sentences peut être direct (pour les sentences internes ou internationales prononcées en France au travers du recours en annulation) ou indirect (pour les sentences internes ou internationales prononcées hors de France au travers du recours contre les ordonnances accordant l'exequatur à la sentence).

Concernant le recours en annulation, en matière interne, le recours est uniquement ouvert dans six cas énumérés par l'article 1492 du CPC, restrictivement interprétés par la jurisprudence. En matière internationale, le recours n'est ouvert que dans cinq cas visés à l'article 1520 du CPC, également interprétés restrictivement par les juges. En matière interne comme internationale, les dispositions des article 1492, 5° et 1520, 5° du CPC évoquent toutes les deux le contrôle au titre de l'ordre public (article 1492, 5°: « *La sentence est*

*contraire à l'ordre public* » et article 1520, 5°: « *La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* »), plusieurs auteurs ayant observé, à cet égard, que « *la jurisprudence a gommé toute distinction entre arbitrage interne et international en ce qui concerne l'objet et l'étendue du contrôle du respect de l'ordre public*<sup>722</sup> ».

En réponse à ces évolutions, la question s'est posée de savoir s'il fallait considérer les droits de propriété intellectuelle comme faisant partie de l'ordre public international, soumis au contrôle du juge étatique. Au-delà, quelle doit être l'intensité du contrôle opéré par le juge de l'annulation ou de l'exécution de la sentence ?

En droit positif, la solution dominante s'est imposée avec deux arrêts dans le domaine du droit européen des pratiques anticoncurrentielles : l'arrêt Thalès<sup>723</sup> et l'arrêt SNF<sup>724</sup>. Dans ces deux arrêts, la cour d'appel, comme ensuite la Cour de cassation<sup>725</sup>, retient que « *le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ». Au niveau européen, la Cour de justice a rappelé, notamment dans l'affaire Achmea<sup>726</sup> :

*« les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des États membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour ».* (Nous soulignons)

---

<sup>722</sup> P. Meyer, « *La sentence contraire à l'ordre public au fond* », *Rev. arb.*, 1994, p. 638.

<sup>723</sup> CA Paris 1<sup>ère</sup> Ch C 18 novembre 2004, SA Thalès Air Défense c./ GIE Euromissile, n° 02/19606, arrêt cité.

<sup>724</sup> CA Paris, 23 mars 2006, Société SNF SAS c./ Société Cytec Industries BV, n° 04/19673, *Rev. arb.*, 2007, p. 100, note S. Bollée.

<sup>725</sup> Cass. Civ. 1, 4 juin 2008, Sté SNF c./ Sté Cytec Industries BV, arrêt n° 680, 06-15320, arrêt cité.

<sup>726</sup> CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, Achmea, ECLI : EU : C :2018 :158,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3193668>.

Il apparaît ainsi que la jurisprudence n'envisage plus le contrôle du respect de l'ordre public comme un frein à l'arbitrabilité du droit de la propriété intellectuelle. La responsabilité du respect de l'ordre public peut incomber à l'arbitre<sup>727</sup> comme au juge étatique, ce dernier étant appelé à en connaître dans l'hypothèse d'un recours contre la sentence ou contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence<sup>728</sup>.

Il est ainsi considéré que les arbitres sont tenus de veiller à l'adéquation de leur sentence avec l'ordre public international et qu'ils peuvent donc relever d'office toute violation des droits de propriété intellectuelle<sup>729</sup>. Pour aller au bout de cette logique, le juge étatique devrait renoncer, dans l'accueil du recours en annulation, à la référence au caractère flagrant de la violation (qu'il incombe dorénavant à l'arbitre de relever) pour ne s'attacher qu'à la situation de violation effective et concrète.

La faveur convergente et croissante du législateur et des juges vis-à-vis de l'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle (brevets, droit des marques, arbitrabilité de la contrefaçon) s'explique sans doute en grande partie par le rôle moteur joué par les textes et les procédures mises en place par les organisations internationales, dans le contexte de l'internationalisation des échanges et de l'extension des relations contractuelles transnationales. Il en sera donné ci-après un aperçu.

---

<sup>727</sup> Ainsi, les tribunaux arbitraux ont octroyé des licences perpétuelles sur des droits de propriété intellectuelle, ordonné à une partie de changer une raison commerciale dans une affaire ayant trait au droit des marques, cédé des brevets à une partie..., tous ces aspects ayant à voir avec l'ordre public. Sur cette question des « *non-monetary remedies* » (sanctions non patrimoniales) dans l'arbitrage, voir J. de Werra, *op. cit.*

<sup>728</sup> Cyril Nourrisat, *op. cit.*, p. 23.

<sup>729</sup> Cette approche n'est pas consensuelle. Certains considèrent toujours que les arbitres ne sont pas tenus de relever d'office toute atteinte au droit de la propriété intellectuelle, une mission qui relève de la compétence du seul juge étatique du contrôle, dans le cadre soit d'un recours en annulation, soit d'une procédure de reconnaissance et d'exécution.



#### 4.2.3. Le recul de la *jurisdictio* étatique dans le domaine de la propriété intellectuelle sous l'effet du rôle moteur des textes et des procédures mises en place par les organisations internationales

Comment les nouveaux textes internationaux favorables à l'arbitrage incitent-ils les parties à se tourner vers les arbitres pour faire valoir leurs droits et optimiser la défense de leurs intérêts ?

Les organisations internationales jouent incontestablement un rôle pionnier dans la promotion des MARC pour la résolution des litiges de propriété intellectuelle, tout particulièrement les litiges internationaux (soit par leur objet, soit par leur effet)<sup>730</sup>. En témoigne notamment l'action de deux organismes spécialisés, l'un à portée internationale, l'OMPI/WIPO (4.2.3-1), et l'autre à portée régionale, l'OAPI (4.2.3-2). Sera également évoqué l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (l'AJUB) (4.2.3-3), adopté par l'Union Européenne.

##### 4.2.3-1 L'OMPI (l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle)

L'OMPI<sup>731</sup> s'engage en faveur du règlement extrajudiciaire des litiges dès 1994, avec la création du Centre d'arbitrage et de médiation, basé à Genève (Suisse) et ayant un bureau à Singapour<sup>732</sup>. À l'époque, la propriété intellectuelle est encore soumise à la souveraineté nationale et ancrée dans la territorialité, tout en étant déjà perçue comme un actif économique majeur qui s'internationalise toujours plus, notamment à la suite de la

---

<sup>730</sup> N. Bouche, « *Les modes alternatifs de règlement des différends internationaux de propriété intellectuelle* », *Revue Lamy du Droit des Affaires* (RLDA 6719), n° 148, mai 2019, p. 29-34.

<sup>731</sup> Créée en 1967, l'OMPI est l'instance mondiale chargée des services, des politiques, de l'information et de la coopération en matière de propriété intellectuelle. C'est une institution des Nations Unies réunissant 193 États membres (au 30 septembre 2020).

<sup>732</sup> Le Centre propose des procédures de médiation, d'arbitrage, d'arbitrage accéléré et d'expertise, en mettant en lumière leur caractère rapide et économique (<https://www.wipo.int/amc/fr/>).

multiplication de contrats internationaux (de licence, de R&D, de transfert de technologie)<sup>733</sup>. La demande de dispositifs alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle est réelle et le Centre vient y apporter une réponse.

L'OMPI vante explicitement et longuement les avantages des méthodes ADR pour inciter les parties à y recourir<sup>734</sup>, le Centre d'arbitrage et de médiation mentionnant le caractère très limité des situations où les actions en justice sont préférables au recours arbitral, notamment dans les cas limités où une partie « *cherche à établir un précédent juridique public plutôt qu'à obtenir une sentence dont la portée sera limitée à la relation entre les parties* »<sup>735</sup>.

Afin de promouvoir plus encore ses procédures, le Centre d'arbitrage et de médiation s'attribue aussi le rôle d'aider les parties en amont « *à l'élaboration de clauses compromissoires prévoyant que les litiges futurs seront régis par les procédures de l'OMPI* ».

---

<sup>733</sup> Dès 1991, l'OMPI décide de mettre en place un groupe de réflexion pour élaborer des mécanismes alternatifs de résolution des litiges de propriété intellectuelle à la disposition des personnes privées. Cette réflexion aboutit à la mise en place du Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI, doté de trois règlements (sur la médiation, l'arbitrage et l'arbitrage accéléré) auxquels s'ajoute la procédure d'expertise de l'OMPI instituée en 2007.

<sup>734</sup> <https://www.wipo.int/amc/fr/center/advantages.html>. Parmi les avantages sont ainsi avancés : une procédure unique (vs des actions judiciaires devant plusieurs juridictions au risque de produire des jugements divergents), la maîtrise de la procédure par les parties (qui peuvent notamment « *choisir elles-mêmes les personnes les mieux placées pour statuer sur leur litige* » tout comme « *la législation applicable, ainsi que le lieu et la langue de la procédure* »), l'autonomie des parties (« *libres de concevoir les moyens les plus efficaces pour le règlement de leur litige* », ce qui « *favorise la rapidité de la procédure* »), la neutralité des procédures ADR (affranchies de la législation, de la langue et de la culture institutionnelle de telle ou telle autre partie), la confidentialité des procédures et des décisions éventuelles (les parties pouvant « *se concentrer sur le fond du litige sans se préoccuper de ses incidences publiques, ce qui est loin d'être négligeable lorsqu'une réputation commerciale ou des secrets d'affaires sont en jeu* »), le caractère définitif des sentences arbitrales, qui ne sont normalement pas susceptibles de recours (« *à la différence des décisions de justice, qui peuvent généralement donner lieu à une ou plusieurs procédures* ») ou encore la force exécutoire des sentences arbitrales (qui « *facilite considérablement l'exécution des sentences par-delà les frontières* »).

<sup>735</sup> <https://www.wipo.int/amc/fr/center/advantages.html>.

Ces procédures concernent les litiges contractuels ou non contractuels, sachant que les brevets en constituent le plus gros contingent<sup>736</sup>.

### L'exemple de la procédure UDRP

Pour illustrer un peu plus encore le recul du judiciaire vis-à-vis de l'extra-judiciaire dans le domaine de la propriété intellectuelle, sera étudié ci-après l'exemple du règlement des litiges relatifs aux noms de domaine (NDD).

Dès 1999, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a ainsi imaginé une procédure extrajudiciaire pour répondre à l'explosion du contentieux international dans ce domaine des NDD<sup>737</sup>, devenant le premier organisme approuvé par l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) comme « *fournisseur de services de règlement de litiges* » selon les Principes directeurs concernant le Règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (principes UDRP). En 2007, le Centre ajoute à ces mécanismes ADR un règlement OMPI dédié<sup>738</sup>.

La procédure UDRP est une procédure unique, qui ne se confond ni avec la médiation ni avec l'arbitrage<sup>739</sup>. En effet, cette procédure n'est pas une médiation : c'est une procédure obligatoire<sup>740</sup> et les décisions sont publiques et disponibles en ligne, ce qui est d'ailleurs

---

<sup>736</sup> S'agissant de l'arbitrage, ces procédures aboutissent dans 63 % des cas à une sentence arbitrale et dans 37 % des cas à un accord de transaction (<https://www.wipo.int/amc/fr/center/caseload.html>).

<sup>737</sup> Ses services s'appuient sur les Principes directeurs concernant le Règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (principes UDRP), en particulier les litiges entre les NDD et les marques ou autres droits (noms de famille, indications géographiques, noms commerciaux).

<sup>738</sup> Dans cette « *procédure d'expertise d'OMPI* », les parties soumettent le litige ou la question née ou à naître à un ou des experts qui rendent une « *décision d'expert* » laquelle, sauf stipulation contraire, s'impose aux parties.

<sup>739</sup> A. Nappey, « *Le règlement extrajudiciaire des litiges de noms de domaine : l'UDRP, une procédure alternative pas comme les autres* », *Revue Lamy du Droit des Affaires* (RLDA 6717), n° 148, mai 2019, p. 24-28.

<sup>740</sup> Il existe des clauses dans les contrats d'enregistrement des noms de domaine obligeant le déposant d'un NDD à s'y soumettre dans l'hypothèse où un ayant-droit lui conteste l'enregistrement d'un NDD litigieux.

envisagé comme une mesure de sanction. Elle n'est pas non plus de l'arbitrage, puisqu'il n'y a pas de clause compromissoire ni de relation antérieure au conflit entre les parties, lesquelles, par ailleurs, ne choisissent pas les arbitres. Enfin, il s'agit d'une procédure uniforme, au sens où elle est détachée de tout droit national (comme le désigne l'acronyme anglais UDRP, Uniform Dispute Resolution Policy), fondée sur un corpus de règles sans lien nécessaire avec les principes juridiques nationaux mais qui ont, cependant, une influence en aval sur la jurisprudence.

Le système du nommage internet (DNS system) fonctionnant selon la règle du « *premier arrivé, premier servi* »<sup>741</sup>, cette règle d'attribution a créé un contentieux important, surtout avec l'avènement d'Internet grand public à la fin des années 1990, et, par conséquent, a émergé une volonté convergente au niveau mondial d'affranchir les tribunaux de ce type de contentieux. Il s'agissait aussi de mettre en place un système de résolution des conflits en accord avec la temporalité numérique, laquelle n'est pas celle des procédures judiciaires<sup>742</sup>.

Pour engager une procédure UDRP, il faut « *être titulaire d'une marque* ». Le Règlement ne précise pas si cette marque doit être antérieure au nom de domaine ou si elle doit être enregistrée. Ainsi, cette procédure permet de trancher dans des affaires portant sur des marques d'usage (*Common Law trademarks*). Le droit de marque s'acquérant en France surtout par l'enregistrement, il est plus difficile pour un titulaire de droit français de revendiquer une marque d'usage<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> Plus précisément il s'agit d'une attribution « *premier arrivé, seul servi* ».

<sup>742</sup> Une procédure UDRP dure en moyenne, sauf incident de procédure ou suspension pour négociation, entre 60 et 70 jours. Voir A. Nappey, *op. cit.*, p. 27.

<sup>743</sup> À noter, par ailleurs, que l'UDRP ne s'applique pas partout, et notamment pour les NDD en .fr., en France. Deux procédures proches ont été élaborées pour le registre français, l'AFNIC : la procédure SIRELI (Système de résolution des litiges), adoptée en 2011 et administrée par l'AFNIC, en vertu de l'article L. 45-6 du Code des postes et communications électroniques. Par ailleurs, un ayant-droit peut aussi faire appel à un expert extérieur

La procédure UDRP qui vise les NDD, mais pas tous les NDD<sup>744</sup>, offre deux possibilités au requérant :

- soit solliciter le transfert forcé de la titularité du droit d'usage sur le nom de domaine ;
- soit demander la radiation d'un NDD, ce qui s'avère inefficace puisqu'un nom aujourd'hui radié peut être à nouveau déposé dès le lendemain.

Si la sentence UDRP est favorable au défendeur, elle consiste à rejeter la demande de transfert du requérant et donc à permettre au défendeur de conserver le NDD déposé.

Il est possible de contester une sentence UDRP, mais le recours est strictement encadré. Le requérant qui saisit une juridiction ne peut choisir ni la loi applicable, ni le tribunal compétent. Il peut cependant choisir, lors du dépôt de sa plainte, l'un des deux *lex fori* prévus qui lui est le plus favorable : soit le lieu d'établissement du défendeur, soit le lieu d'établissement du bureau d'enregistrement du NDD litigieux.

Les parties qui forment un recours judiciaire<sup>745</sup> se présentent devant un premier degré de juridiction et non pas devant une cour d'appel, puisqu'il y a indépendance entre les deux systèmes de résolution des conflits<sup>746</sup>.

---

s'il estime que tel expert représente un atout pour son dossier. Dans ce cas de figure, l'ayant-droit s'adresse à PARL EXPERT (Procédure alternative des règlements de Litiges du .fr.). Le litige est ainsi réglé par un expert indépendant choisi par l'OMPI, s'agissant pour la plupart du temps d'experts UDRP. Cette dernière procédure, très proche de la procédure SIRELI, est cependant plus onéreuse, donc moins mobilisée par les parties.

<sup>744</sup> Au départ, il y avait une dizaine d'extensions de NDD et des extensions « *chartées* » dont l'usage était limité ou réservé à certaines catégories d'acteurs : la procédure ne visait que les extensions génériques. Avec le temps, l'ICANN, qui préside le système de nommage, a autorisé la création de nouvelles extensions, le choix des extensions atteignant d'ores et déjà plus de 1 500 extensions au niveau des NDD génériques. Une inflation qui pose des problèmes aux titulaires du droit qui doivent pouvoir surveiller les dépôts effectués par les tiers et mettre en place une stratégie de protection...

<sup>745</sup> Après notification de la décision UDRP, la partie qui succombe dispose de 10 jours ouvrés pour contester la sentence et bloquer son exécution en démontrant qu'elle a engagé une action judiciaire.

<sup>746</sup> Voir l'affaire « *Miss France* », CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. C., 17 juin 2004,

Le succès de la procédure UDRP face au judiciaire est flagrant puisque, « *Aujourd'hui, lors du choix de la procédure entre l'UDRP et le judiciaire, plus de 90% des cas se règlent par la voie extrajudiciaire.*<sup>747</sup>»

#### 4.2.3-2 L'OAPI (l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle)

Autre illustration d'une organisation internationale qui a joué un rôle pionnier dans la promotion des MARC pour la résolution des litiges de propriété intellectuelle : l'OAPI, dont l'action a une portée régionale.

Instituée dès 1962<sup>748</sup>, l'OAPI a son siège à Yaoundé (Cameroun) et rassemble dix-sept États de l'Afrique de l'Ouest<sup>749</sup>. Si l'organisation ne met pas en place un droit unitaire supranational, elle permet toutefois, grâce à une procédure centralisée auprès de l'Office de l'OAPI, l'obtention de titres de propriété industrielle (brevets, certificats d'enregistrement des marques de produits ou de services...), délivrés par application des lois uniformes OAPI et valables dans l'ensemble des pays membres.

En 2014, la résolution n° 54/20 du 14 décembre 2014 a autorisé la création au sein de l'OAPI d'un Centre d'arbitrage et de médiation, effectivement institué par la résolution n°56/22 du 7 décembre 2016. Selon l'article 2 du règlement portant création du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI, le Centre peut avoir à connaître de tout différend<sup>750</sup> en matière de propriété intellectuelle qui lui est soumis par une partie ayant son domicile

---

<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-1ere-chambre-section-c-arret-du-17-juin-2004/>.

<sup>747</sup> Voir A. Nappey, *op. cit.*, p. 28.

<sup>748</sup> Institué par l'Accord portant création de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle (OAMPI), révisé à Bangui (République Centrafricaine), le 2 mars 1977, pour donner naissance à l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI).

<sup>749</sup> <http://www.oapi.int/index.php/fr/>.

<sup>750</sup> De caractère national ou international et d'ordre contractuel ou non.

ou sa résidence habituelle dans l'un des États membres, ou à défaut, si le contrat doit être exécuté en tout ou en partie sur le territoire d'au moins un État membre de l'OAPI.

#### 4.2.3-3 L'AJUB (l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet)

Au sein de l'Union européenne, la promotion de l'arbitrabilité a lieu dans le cadre de la mise en place d'une juridiction unifiée du brevet (JUB).

L'AJUB<sup>751</sup>, adopté le 19 février 2003, prévoit à l'article 35 que sera créé, outre cette juridiction unifiée du brevet (JUB), un Centre de médiation et d'arbitrage, ayant ses sièges à Ljubljana et à Lisbonne, compétent pour fournir des services de médiation et d'arbitrage des litiges « *en matière de brevet qui relèvent du champ d'application du présent accord* » : à savoir des litiges relatifs à une demande ou à un brevet européen à effet unitaire mais aussi à une demande ou à un brevet européen classique<sup>752</sup>.

L'articulation entre les modes de règlement alternatif devant le centre de médiation et d'arbitrage et le règlement des litiges par la juridiction unifiée du brevet (JUB) est organisée dans le cadre même de la procédure de mise en état devant la JUB. L'article 52 de l'AJUB prévoit que, dans le cadre de la procédure de mise en état, une fois la procédure écrite terminée et si nécessaire, le juge - agissant en qualité de rapporteur - convoque une audience de mise en état lors de laquelle il étudie avec les parties les possibilités de parvenir à un règlement, y compris par le biais des ADR, en recourant aux services du Centre visé à l'article 35 de l'AJUB. La règle 11 du règlement de procédure (version en date du 19 octobre 2015<sup>753</sup>) réaffirme cette possibilité d'orienter les parties vers le Centre dès la phase de la mise

---

<sup>751</sup> [http://archive.epo.org/epo/pubs/oj013/05\\_13/05\\_2873.pdf](http://archive.epo.org/epo/pubs/oj013/05_13/05_2873.pdf).

<sup>752</sup> Sont donc exclus les litiges relatifs au certificat complémentaire de protection basé sur un brevet européen à effet unitaire ou un brevet européen classique.

<sup>753</sup> <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/UPC-Rules-of-Procedure.pdf>.

en état, tout en élargissant le recours aux ADR « à toute étape de la procédure » si la juridiction est d'avis qu'une transaction est possible.

Il est à noter que dans ce cadre de l'AJUB, favorable à l'arbitrabilité, l'article 35 de cet Accord dispose qu'un brevet ne pourra pas être annulé ou limité dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'arbitrage menée devant le Centre. La nullité et la limitation ne sont pas, en effet, des questions susceptibles d'arbitrage ou de médiation, puisque ces deux modes de résolution des conflits trouvent leur fondement dans la convention des parties et éprouvent la limite de la volonté des personnes privées. Ainsi, la volonté d'une personne privée ne peut pas emporter à elle seule la nullité ou la limitation d'un brevet avec effet *erga omnes*, donc opposable à tous. Dès lors, les personnes privées ne peuvent pas, par leur convention, conférer à l'arbitre ou au médiateur le pouvoir, dont elles ne disposent pas, d'annuler ou de limiter *erga omnes* un brevet. En revanche, les parties peuvent, tout en renonçant à demander à l'arbitre de prononcer la nullité du brevet, lui demander de constater la validité ou la nullité du titre pour en tirer des conséquences *inter partes* uniquement<sup>754</sup>.

Quoi qu'il en soit, plusieurs nouveautés, susceptibles de faciliter le recours aux ADR et d'inciter les parties à l'arbitrage, ont été introduites dans l'AJUB. Ainsi :

- la règle 11 du règlement de procédure pose que la procédure ADR engagée devant le Centre aura pour effet de suspendre la période de limitation ou de prescription jusqu'à la fin du processus de médiation, dont l'échec n'interdira pas d'agir devant la JUB pour aboutir à une solution judiciaire du litige ;

---

<sup>754</sup> N. Bouche, *op. cit.*



- l'article 35 de l'AJUB prévoit que le caractère exécutoire reconnu aux décisions et ordonnances de la JUB sera également reconnu à tout règlement d'un différend issu d'une médiation ou d'un arbitrage du Centre, dans tout État contractant ;
- l'article 82 de l'AJUB prévoit que les décisions et ordonnances de la juridiction sont exécutoires dans tout État membre contractant, une formule exécutoire étant apposée à la décision de la juridiction. Ainsi, les sentences arbitrales voire les transactions issues de la médiation JUB seront revêtues de la formule exécutoire de la JUB, ainsi « *exécutoires de plein droit dans tout État membre contractant et pourront faire l'objet d'une exécution forcée sans nécessiter aucun exequatur* »<sup>755</sup>.

Pour conclure sur ce point de l'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle, il apparaît que textes et jurisprudence évoluent sensiblement dans le sens d'une extension du champ de l'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle.

S'il est courant que des décisions en matière de contrats de licence de brevets soient rendues sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou du Centre d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), ce qui est nouveau, c'est le développement du contentieux arbitral de la nullité, de la déchéance (marques), de la titularité et de la contrefaçon. Une telle évolution est tout à fait contraire à l'approche qui était celle en vigueur avant 1971, époque durant laquelle la jurisprudence française déduisait de la compétence exclusive des tribunaux de grande instance l'exclusion absolue du recours à l'arbitrage.

---

<sup>755</sup> N. Bouche, *op. cit.*, p. 34.

Plus tardive dans les textes que dans la jurisprudence<sup>756</sup>, cette évolution est entamée par la loi du 17 mai 2011, le Code de la propriété intellectuelle retenant la compétence exclusive d'un tribunal de grande instance pour les actions civiles ayant effet en France tout en précisant que ces dispositions « *ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil* ». Aujourd'hui, sont arbitrables les conflits intéressant l'opposabilité des droits et leur déchéance, mais uniquement *inter partes* (seule l'annulation judiciaire d'un brevet ou d'une marque, par exemple, a un effet *erga omnes*), leur titularité et leur exploitation contractuelle.

L'arbitre peut seulement constater la nullité sans la prononcer, celle-ci n'ayant d'effet qu'*inter partes*, mais cette solution partielle est déjà précieuse dans la promotion de l'arbitrage. Les risques d'annulation totale ou partielle des droits de propriété industrielle sont, en effet, très dissuasifs pour le plaignant qui envisage une action judiciaire, alors que la nullité du titre invoqué, si elle est admise dans une sentence arbitrale, ne peut avoir d'effet qu'entre les parties, le titre demeurant opposable aux tiers.

Parmi les nombreux avantages qu'offre l'arbitrage et qui sont de nature à encourager les parties à soustraire leur litige au juge étatique et donc, plus généralement à expliquer son succès, peuvent être cités notamment :

- un cadre favorisant la discussion et la conciliation des parties pour préserver le dialogue et la coopération ;

---

<sup>756</sup> En effet, on constate cette évolution libérale, dans l'arbitrage interne, à compter de 1971, avec l'arrêt Impex c. Société PAZ rendu par Cass. Civ. 1, 18 mai 1971, n°69-14130, note B. Oppetit, *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 124, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006985189>. Ensuite, dans le même sens : CA de Paris 22 mai 1980 et Cass. com., 21 oct. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 264, note J.-B. Blaise. En matière internationale, le glissement est déjà annoncé par la décision Meulemans, CA de Paris, 21 fév., 1964, *JDI*, 1965, p.113, note Goldman. Dans cet arrêt, la cour a déclaré que tout litige « *relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public ne serait de ce fait être soustrait à l'arbitrage* ».

- la liberté et l'autonomie des parties (dont la possibilité de choisir des arbitres experts disposant des compétences requises pour traiter des dossiers techniques ou de faire appel à des experts qualifiés) ;
- la possibilité de bénéficier de services d'assistance et d'expérience fournis par les centres d'arbitrage (CCI, OMPI) ;
- la possibilité de mobiliser d'autres preuves que devant une juridiction étatique ;
- une procédure généralement plus rapide que devant les juridictions ;
- une garantie de confidentialité du litige et de la sentence (hors recours) ;
- la protection qu'offre un jugement qui remet en cause la validité ou l'exploitation d'un titre ne concernant que les parties elles-mêmes ;
- l'efficacité de l'arbitrage du fait de la limitation des voies de recours et du renforcement du statut de la sentence ;
- une protection des parties au-delà des frontières étatiques qui bornent les compétences du juge national.

Le domaine de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle offre également un exemple des réels avantages qu'une partie peut espérer en décidant de soumettre son litige à l'arbitrage plutôt qu'au jugement. En effet, alors que généralement (voire presque toujours en matière de brevets), l'action en contrefaçon est précédée d'une saisie-contrefaçon, nécessaire à la preuve du délit, les procédures arbitrales prévoient d'autres modes de preuve qui peuvent profiter aux parties (expertises, témoignages, affidavits), plus souples et moins contraignants. En cas de contrefaçon, le présumé contrefacteur va quasi systématiquement riposter en sollicitant devant les juges l'annulation du droit de propriété industrielle (en particulier là-encore en matière de brevets) ou l'inexistence du droit de propriété littéraire

et artistique. Si les juges judiciaires reconnaissent le bienfondé de cette demande d'annulation, ils prononceront l'annulation, qui aura un effet *erga omnes*, un tel risque d'annulation totale ou partielle des droits de propriété industrielle ayant nécessairement un effet dissuasif sur le plaignant qui envisage une action judiciaire. L'arbitre, en revanche, ne peut pas prononcer une telle nullité et ne peut, le cas échéant, que la constater, celle-ci n'ayant alors d'effet qu'*inter partes* et le titre demeurant, par conséquent, opposable aux tiers. Il s'agit là d'un avantage considérable de l'arbitrage sur le jugement. Autre illustration de l'un des avantages de l'arbitrage : les tiers ignorent la condamnation du poursuivi en contrefaçon grâce à la confidentialité de l'arbitrage.

## **Conclusion du Chapitre 2**

L'analyse a mis en évidence une faveur croissante, en droit français, vis-à-vis de l'arbitrage, faveur consolidée avec constance par la jurisprudence, initiée dans les textes par les réformes de 1980-1981 et confirmée par la réforme de 2011. Il s'est notamment agi de montrer que la faveur à l'arbitrage en droit français est l'œuvre de la jurisprudence, consacrée *a posteriori* par le législateur.

Cette faveur des juridictions étatiques pour l'arbitrage est d'autant plus remarquable qu'elle a succédé à l'hostilité des juges. En comparant les termes dans lesquels s'exprime désormais cette volonté de repli ou de rétractation avec ceux qui ont été, par le passé, utilisés par les juges pour affirmer, à l'inverse, l'étendue du champ de compétence exclusive des juridictions étatiques, on mesure la volonté dont les juridictions étatiques ont fait preuve lorsqu'elles ont entendu rétracter ou replier leur *jurisdictio*.

À cet égard, un arrêt Wattier/Thierret et autres de la Cour de cassation, en date du 2 août 1842, permet de mesurer pleinement le chemin parcouru, tant les termes d'autorité et de souveraineté que les juridictions étatiques y employaient alors pour limiter le domaine

de l'arbitrage sont éloignés de ceux qui ont progressivement abouti par la suite à la reconnaissance de la règle compétence-compétence :

*« les tribunaux arbitraux ne recevant point de la loi et de l'autorité publique un caractère judiciaire général permanent, mais étant spécialement créés pour certains cas particuliers, la question de savoir s'ils ont été réellement et légalement institués juges, n'est point une simple question de compétence dont la décision puisse leur appartenir »<sup>757</sup>.*

Le repli en faveur de l'arbitrage s'illustre particulièrement par la consolidation de la compétence de l'arbitre avec l'évolution du principe de compétence-compétence, dans un sens toujours favorable à l'arbitrage.

Dorénavant, la convention d'arbitrage réalise un véritable transfert de compétence de la juridiction étatique vers le tribunal arbitral. Pour respecter la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, le juge étatique accepte de suspendre son pouvoir de statuer avant que l'arbitre ne se soit lui-même prononcé sur sa compétence.

Consensuel, l'effet positif du principe de compétence-compétence a été conforté, conférant à l'arbitre le pouvoir de statuer sur les incidents de compétence, à l'instar de tout juge. D'ailleurs, le CPC consacre, non pas le terme de « *compétence* », mais celui de « *pouvoir* » juridictionnel (article 1465 du CPC). Ainsi, l'exercice par l'arbitre du pouvoir de juger sur sa propre compétence apparaît comme un élément de sa *jurisdictio*.

L'évolution de l'effet dit négatif du principe de compétence-compétence est beaucoup plus significative, d'autant plus que cet effet est globalement rejeté en droit comparé. En France, textes et jurisprudence se sont montrés particulièrement favorables à octroyer la priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence et, de ce fait, sur la compétence de la justice étatique également. En effet, la solution de la « *priorité* » arbitrale

---

<sup>757</sup> Journal du Palais, 1842, p.1854 ; Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Volume 5, de Désiré Dalloz, 1847, "Arbitrage - Arbitre", p.61.

absolue a été privilégiée pour faire face à d'éventuels conflits de compétence entre les juridictions étatiques et arbitrales. Dorénavant, l'arbitre est « *seul* » compétent pour se prononcer sur sa compétence. Pour ne rappeler qu'un exemple, en présence de clauses de compétence contradictoires, la priorité revient à l'arbitre de déterminer si les parties sont liées par le contrat qui contient une clause d'arbitrage ou par celui qui contient une clause de compétence judiciaire.

Si l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui dessaisit le juge étatique connaît deux exceptions à sa mise en œuvre, à savoir la constatation par le juge saisi de la nullité manifeste (exception d'origine légale) ou de l'inapplicabilité manifeste (exception de source prétorienne) de la convention d'arbitrage, l'analyse de la jurisprudence révèle la constance dont les juges font preuve pour limiter la portée de ces exceptions. De plus, contre toute attente, les exceptions finissent même par renforcer la règle, puisque chaque arrêt qui tranche en faveur de l'arbitrage - et c'est souvent le cas - élargit le champ de son application. Les cas d'inapplicabilité manifeste caractérisée sont rares et la nullité manifeste de la clause compromissoire est systématiquement écartée par le juge étatique.

Ainsi consolidé, le principe de compétence-compétence dans ses deux effets, positif et négatif, conforte l'efficacité de l'institution arbitrale. L'effet positif garantit la rapidité de la justice arbitrale en empêchant l'interruption de l'instance arbitrale par des exceptions d'incompétence qui seraient opposées au tribunal arbitral. Quant à l'effet négatif, il assure l'efficacité de la convention d'arbitrage en obligeant le juge étatique à renvoyer les parties à l'arbitrage.

Ce faisant, les nouvelles délimitations des frontières entre la justice étatique et la justice arbitrale évoluent dans un sens favorable à l'arbitrage, les juridictions étatiques ayant choisi de retarder leur compétence pour statuer sur la convention d'arbitrage. Là-encore, force est de conclure que la justice étatique se réserve un rôle subsidiaire en présence de l'apparence

de convention d'arbitrage et ce, en accordant la priorité à la justice arbitrale considérée comme en apparence compétente.

Aussi la convention d'arbitrage réalise-t-elle un véritable transfert de compétence de la juridiction étatique vers le tribunal arbitral, ce dernier bénéficiant d'une compétence prioritaire et temporairement exclusive. De fait, il s'avère que l'application de ce principe est très stricte puisqu'il n'existe pas d'action en justice pour faire juger de la validité d'une convention d'arbitrage.

Les juridictions étatiques n'interviennent qu'au stade post-arbitral - une fois que les arbitres se sont prononcés - dans le cadre limité des voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales.

Ce chapitre a été également l'occasion de mettre en lumière d'autres illustrations de la faveur des juridictions étatiques pour le repli de leur *jurisdictio* au profit de l'arbitrage par une interprétation extensive de la compétence de l'arbitre, à savoir :

- par un recul du contrôle d'ordre public international d'exequatur, favorable à une extension du champ de l'arbitrabilité relative à la compétence de l'arbitre ;
- par les précautions prises pour encadrer les mesures provisoires et conservatoires,

l'extension du champ d'arbitrabilité (droit de la consommation, droit de la propriété intellectuelle) étant encore une autre marque de l'appréciation extensive de la compétence de l'arbitre.

### **Chapitre 3. Repli de la *jurisdictio* étatique par le soutien des juridictions étatiques aux arbitres et aux sentences arbitrales**

La faveur dont bénéficie l'arbitrage se manifeste également vis-à-vis des arbitres et de leurs sentences et ce, par une assimilation du statut de l'arbitre et du statut des sentences arbitrales à ceux du juge étatique et de ses décisions (**Section 1**), par une restriction du contrôle des sentences (**Section 2**) ainsi que par une restriction des recours contre les sentences (**Section 3**). Enfin, la collaboration du juge d'appui (**Section 4**) témoigne également du soutien des juridictions étatiques à l'égard de l'arbitrage.

#### **Section 1. Assimilation du statut de l'arbitre et du statut des sentences arbitrales à ceux du juge étatique et de ses décisions**

Parmi les illustrations de l'importance donnée à l'arbitrage, figurent notamment la consécration de la fonction juridictionnelle de l'arbitre (1.1.), l'appréciation bienveillante de la responsabilité des arbitres au titre de leur contrat d'arbitre (1.2.) ainsi que l'assimilation de la sentence arbitrale internationale à une décision de justice internationale (1.3.).

##### **1.1. Consécration de la fonction juridictionnelle des arbitres**

S'agissant de la fonction juridictionnelle de l'arbitre, elle résulte de l'article 1484 du CPC, applicable en matière d'arbitrage interne mais aussi d'arbitrage international (par renvoi de l'article 1506 du même code), qui consacre dans les termes qui suivent le fait que la sentence arbitrale ait l'autorité de la chose jugée :

##### **Article 1484 du CPC :**

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



*Elle peut être assortie de l'exécution provisoire.*

*Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement. »*

Les juridictions déduisent de cette autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale la fonction juridictionnelle de l'arbitre et en tirent pour conséquence l'assimilation de la responsabilité des arbitres à celle des juridictions étatiques<sup>758</sup>.

C'est ainsi que le principe d'immunité juridictionnelle du juge du fait de ses fonctions a été étendu aux arbitres par la pratique prétorienne, les juridictions étatiques s'étant inspirées de leur propre statut pour protéger l'arbitre dans sa fonction de juger. L'arbitre ne peut par conséquent engager sa responsabilité pour avoir mal jugé, pour avoir fait le choix d'une disposition contractuelle inappropriée ou encore pour avoir méconnu l'autorité de la chose jugée qui s'attache à une décision antérieure<sup>759</sup>, sa responsabilité ne pouvant être

---

<sup>758</sup> En France, l'immunité des juges du fait de leurs fonctions juridictionnelles est instituée par l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Comme dans pratiquement toutes les démocraties (G.Canivet et J.Jolly-Hurard, « *La responsabilité des juges ici et ailleurs* », RIDC 4-2006), le régime de la responsabilité des juges étatiques se résume à un principe d'immunité personnelle des juges étatiques au titre de leurs décisions, la possibilité de rechercher directement la responsabilité de l'État étant limitée, sauf dispositions particulières, à des cas de faute lourde ou de déni de justice (articles L.141-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire). Sauf à ce qu'il considère que la faute du juge est constitutive d'une faute détachable de ses fonctions, l'État ne peut se retourner à son tour contre le juge, de sorte que, hormis ces cas exceptionnels, le principe de l'immunité du juge au titre de ses fonctions est clairement établi (article de G.Canivet et J.Jolly-Hurard précité, consultable à l'adresse suivante) : [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/publications\\_2007/responsabilite\\_juges.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/publications_2007/responsabilite_juges.pdf).

<sup>759</sup> Exemple : TGI de Reims, 27 septembre 1978, inédit : « *Que l'ensemble de ces critiques [...] recouvrent implicitement le reproche général fait aux arbitres d'avoir « mal jugé » ; [...] qu'en ce domaine, sauf à restreindre la sécurité, l'indépendance et l'autorité des arbitres dans des limites incompatibles avec la mission de « trancher » qui leur a été confiée, la responsabilité de ceux-ci ne pourrait être recherchée...* » ; ou encore, dans un sens analogue : TGI Paris, 13 juin 1990 et sur appel, CA Paris, 2 mai 1991 ; jugement retenant la responsabilité civile d'une partie qui avait agi contre un arbitre à cause de la sentence qu'il avait rendue : TGI Paris, 2 octobre 1985. Il semble qu'aucune autre décision n'ait énoncé le principe de l'immunité de l'arbitre du fait de sa fonction juridictionnelle ; ce silence est sans doute le signe que la contestation de ce principe a rarement été soutenue et que ce principe fait pratiquement consensus.

engagée que par une faute personnelle, équipollente au dol<sup>760</sup> ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice, comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2014<sup>761</sup>.

Dans l'affaire en question, en 2009, M. Z. recherchait la responsabilité de trois arbitres devant le tribunal de grande instance (TGI) de Paris. Il leur reprochait d'avoir prononcé diverses sentences par la suite annulées pour avoir été rendues, selon le juge de l'annulation approuvé par la Cour de cassation, au mépris de l'autorité de la chose jugée d'une première sentence rendue par ces mêmes arbitres dans la même affaire<sup>762</sup>.

Le tribunal de grande instance comme la cour d'appel<sup>763</sup> déboutaient M. Z. de ses demandes, considérant que l'arbitre bénéficie, en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle et n'est responsable que de sa faute personnelle. À cet égard, la cour d'appel retenait que les arbitres amiables compositeurs, statuant sur la base de faits nouveaux et sans que soit démontré de manquement de leur part à leur obligation de bonne foi et d'impartialité, ne pouvaient être considérés comme ayant commis une telle faute, ajoutant que cette faute n'est pas plus démontrée par la divergence qui existe entre le juge de l'annulation et les arbitres sur la notion de « *chose jugée* ».

---

<sup>760</sup> Exemple de faute équipollente au dol : TGI Paris, 12 mai 1993 (Raoul Duval) : condamnation, pour la première fois, d'un arbitre à des dommages et intérêts pour inexécution du contrat d'arbitre (le manque de diligence de l'arbitre ayant causé un retard préjudiciable, la sentence ayant été annulée) ; TGI Reims, 17 septembre 1978, inédit : la responsabilité des arbitres « *ne pourrait être recherchée qu'en cas de faute grave, équipollente au dol, de fraude, ou de connivence avec l'une des parties* » ; TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard*, vise expressément les cas de « *fraude* », « *dol* » ou « *faute lourde* » de l'arbitre (affirmation de la responsabilité contractuelle de l'arbitre) ; CA Paris, 1<sup>ère</sup> Chambre, 12 octobre 1995, *Merkoria Sucden c/Société Raoul Duval* : regroupe le tout dans la catégorie générique de « *faute personnelle* ».

<sup>761</sup> Cass. Civ. 1, 15 janv. 2014, n° 11-17196, M. Z. c./ MM. A., B., C., PB (rejet pourvoi c./ CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011), *Gaz. Pal.*, 28 juin 2014, n° 184g6, p. 13, chronique D. Bensaude.

<sup>762</sup> À noter que les sentences annulées statuaient en partie sur la dépréciation de titres intervenue depuis la première sentence qui portait sur la cession de ces titres.

<sup>763</sup> CA Paris, P. 2, ch. 1, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09/22701, *Gaz. Pal.*, 26 juill. 2011, p. 18, I6626.

À l'appui de son pourvoi, M. Z. faisait grief à la cour d'avoir violé les articles 1142 et 1147 du Code civil, faisant valoir que la responsabilité des arbitres, unis aux parties par un lien contractuel et n'étant investis d'aucune fonction publique, devrait s'apprécier selon les conditions du droit commun de la responsabilité contractuelle.

Malgré la pertinence de cette argumentation, pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation retient que critiquer les arbitres pour avoir poursuivi l'instance arbitrale au mépris de l'autorité de la chose jugée tendrait à remettre en cause l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Reprenant une partie des motifs rappelés ci-dessus, la Cour de cassation approuve donc la cour d'appel d'avoir écarté leur responsabilité et estime que cette dernière a légalement justifié sa décision en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice.

La position ainsi prise par les juridictions étatiques témoigne d'une volonté de leur part de protection des arbitres.

## 1.2. L'appréciation bienveillante de la responsabilité des arbitres au titre de leur contrat d'arbitre

Si les arbitres bénéficient d'une immunité au titre de leurs fonctions juridictionnelles, cette protection ne s'étend pas aux actes relevant de leur contrat d'arbitre (à savoir tous les actes qui ne consistent pas dans l'acte de juger lui-même), ni aux situations dans lesquelles les arbitres sont considérés comme n'ayant pas exécuté leur mission.

Une telle situation est de nature à créer un risque pour les arbitres et à susciter de multiples questions dont l'importance est de tout premier ordre : faudrait-il que les arbitres aient une fortune ou une assurance à l'échelle des sujets qu'ils traitent ? Les parties

devraient-elles demander aux arbitres de produire, avant leur désignation, leurs polices d'assurance pour autant qu'elles soient possibles ? Les parties auraient-elles à étudier les cas d'exclusion de ces polices ? Des arbitres, ayant des disparités de fortune ou des disparités de couverture d'assurance, pourraient-ils gérer ensemble un dossier alors même que leur responsabilité est nécessairement collective ?

Sur ces différents aspects, il n'existe pas de texte. Dans l'hypothèse où leur responsabilité pourrait être très aisément recherchée, se poserait alors la question de la liberté d'action des arbitres ainsi que celle de leur indépendance et ce, d'autant qu'ils sont liés aux parties par un « *contrat d'arbitre* » auquel s'appliquent les règles de la responsabilité contractuelle, dans toute leur rigueur.

Sur cette question, il est édifiant de constater que les juridictions étatiques, même pour les actes se rattachant au contrat d'arbitre, parviennent à faire preuve d'une certaine bienveillance à l'égard des arbitres, laquelle vient compléter l'immunité juridictionnelle attachée à la fonction de juger dont ils bénéficient.

C'est d'ailleurs en cela que peuvent être constatés, une nouvelle fois, le soutien, voire la faveur, dont les juridictions étatiques font preuve à l'égard des arbitres.

L'affaire présentée ci-après, dans laquelle le problème posé en termes très clairs reçoit une réponse tout aussi claire de la juridiction étatique, permet d'illustrer ce propos.

Dans cette affaire Banque Delubac<sup>764</sup> (ci-après la "BANQUE"), le tribunal arbitral, sur le fondement de fautes dans l'exécution d'une opération financière, avait condamné la Caisse Fédérale du Crédit Mutuel Nord Europe (ci-après "CFCMN") à une somme considérable, assortie d'intérêts tout aussi considérables, au profit de la BANQUE. La sentence ne pouvait

---

<sup>764</sup> Cass. Civ. 1, 8 juin 2016, Banque Delubac/Caisse Fédérale du Crédit Mutuel Nord Europe, décision 10-272 F, inédit, après TGI Paris, RG n°11/18017 et CA Paris, 31 mars 2015, n° de rôle 14/05436.

faire l'objet d'aucun recours en réformation, de sorte que l'indemnité apparaissait définitivement acquise à la BANQUE. Cependant, la sentence fit l'objet d'un recours en nullité et fut finalement annulée (annulation confirmée par la Cour de cassation), au motif qu'elle n'était pas intervenue dans un délai de six mois après la constitution du tribunal arbitral et ce, alors même qu'aucune convention ne prévoyait de prorogation de délai.

Après cette annulation, la cour d'appel, appelée à statuer sur le fond du litige sur le fondement de l'article 1485 ancien du Code de Procédure Civile, ordonnait une mesure de médiation qui aboutissait à un protocole d'accord aux termes duquel CFCMN devait payer à la BANQUE une somme représentant à peine le quart de la condamnation qui avait été initialement prononcée par le tribunal arbitral.

La BANQUE soutenait qu'elle avait été contrainte à la transaction par son autorité de tutelle et que si la sentence arbitrale n'avait pas été annulée, elle aurait bénéficié d'un titre exécutoire du montant de la condamnation initiale. La BANQUE a alors agi en responsabilité à l'encontre des arbitres, considérant que c'est du fait de leur faute caractérisée qu'elle n'avait pu avoir *in fine* paiement de la condamnation originellement prononcée à son profit par le tribunal arbitral. Sur ce fondement, la BANQUE demandait aux arbitres une indemnité représentant la différence entre l'indemnité prononcée par le tribunal arbitral et l'indemnité fixée *in fine*, d'une part, et le remboursement de tous les frais colossaux de procédure, de conseils et d'expert ainsi que la restitution des honoraires d'arbitrage, d'autre part. La BANQUE fondait ses demandes sur la « *perte de chance* » qui, compte tenu de la faute caractérisée des arbitres et de la différence objective de l'indemnité à percevoir, paraissait évidente.

Le manquement qui était reproché aux arbitres ne relevant pas de leur fonction juridictionnelle mais simplement de l'exécution du contrat d'arbitre, il n'était pas possible pour ces derniers d'exciper de l'immunité juridictionnelle qui leur est reconnue dans leurs

fonctions de juger. Ces circonstances plaçaient les arbitres dans une position particulièrement délicate.

Finalement, par son arrêt en date du 31 mars 2015, la cour d'appel de Paris limita la condamnation des arbitres à la seule restitution des honoraires d'arbitrage. Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation par un arrêt de rejet en date du 8 juin 2016.

Cette condamnation apparaissait bien comme le minimum concevable compte tenu de la faute caractérisée des arbitres.

Les motifs qui ont été retenus par la cour d'appel pour une telle limitation de responsabilité laissent percevoir un « *esprit protecteur* » de la juridiction étatique à l'égard des arbitres. En effet, les motifs retenus laissent apparaître une bienveillance certaine. Ils étaient les suivants :

- CFCMN avait élevé plusieurs incidents tout au long de la procédure d'arbitrage, ce qui avait pu conduire les arbitres à ne pas respecter le délai légal. Ce motif est particulièrement magnanime, la surveillance de l'agenda de la procédure constituant bien le contrôle minimum auquel l'arbitre est astreint ;
- la BANQUE ne démontrait pas l'influence exercée sur elle par son autorité de tutelle pour accepter une somme représentant le quart de l'indemnité précédemment prononcée par le tribunal arbitral. Cette considération est aussi très favorable aux arbitres, un tel abandon ne pouvant s'expliquer que par une raison « *extérieure* » ; de plus, en toute hypothèse, la renégociation n'aurait pas eu lieu si la sentence arbitrale n'avait pas été annulée.

Cette décision démontre bel et bien l'existence d'une volonté de protection directe des arbitres et indirectement de l'arbitrage. La juridiction étatique a en effet conscience qu'à

défaut de cette protection des arbitres, l'arbitrage deviendrait un art si dangereux que les arbitres se feraient rares et que l'arbitrage en serait affaibli d'autant<sup>765</sup>.

### 1.3. Statut de la sentence arbitrale : assimilation de la sentence arbitrale internationale à une décision de justice internationale

Quant à la sentence arbitrale internationale, elle bénéficie d'un statut juridique favorable, l'article 1514 du CPC consacrant l'arbitrage comme une juridiction internationale autonome.

Assimilée à une décision de justice internationale, la sentence arbitrale internationale acquiert un statut juridique spécifique : elle émane d'une juridiction qui n'est intégrée dans aucun système juridique étatique et bénéficie par avance de la juridicité conférée par le mécanisme de contrôle *a posteriori* au travers de l'exequatur. En regard de ce statut de la sentence, l'arbitrage apparaît comme une juridiction internationale autonome qui peut circuler librement à travers le monde. Ce statut se trouve d'ailleurs consolidé depuis les années 1960 avec notamment la mise en place de règles uniformes pour les contentieux individuels par la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des

---

<sup>765</sup> À noter que certains centres de règlement d'arbitrage surprotègent les arbitres au travers de leurs règlements, lesquels, tout en reconnaissant la responsabilité de l'arbitre, assortissent celle-ci de clauses limitatives de responsabilité. La CCI adopte même une position extrême, à l'anglo-saxonne, à l'article 34 de son règlement : elle assimile l'arbitre au juge en lui reconnaissant une immunité absolue. Cet article 34, intitulé « *Exclusion de responsabilité* », dispose ainsi que : « *Ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres, ni la Chambre de commerce internationale, ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec un arbitrage* ». Th. Clay relève dans sa thèse (*L'Arbitre, op. cit.*, 2001, p. 708) que la majorité des législations étrangères considèrent que la responsabilité de l'arbitre ne peut être engagée qu'exceptionnellement.

sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958<sup>766</sup>, à laquelle ont adhéré cent soixante-deux pays<sup>767</sup>.

Afin de renforcer plus encore leur efficacité, le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a consacré le caractère exécutoire des sentences arbitrales. Ainsi, c'est à la partie qui souhaite obtenir la suspension de l'exécution de la sentence de saisir le premier président de la cour d'appel statuant en référé ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état, d'une demande tendant à suspendre ou à aménager l'exécution de la sentence, l'article 1526 du CPC, qui pose la règle, en fixant également les critères.

La sentence arbitrale internationale a vocation à être reconnue et exécutée partout où le droit de l'arbitrage le permet - soit par l'effet de la convention de New York, soit par des dispositions étatiques plus favorables que cette convention, comme c'est le cas en France -, sous la seule réserve d'un contrôle *a posteriori* du juge du lieu d'exécution.

## **Section 2. Restriction du contrôle des sentences**

Parmi les autres marques de déférence vis-à-vis des sentences arbitrales figurent l'interprétation stricte du contrôle de leur conformité à l'ordre public (2.1.) ou encore la reconnaissance du principe d'estoppel à l'appui de leur efficacité (2.2.).

### 2.1. L'interprétation stricte du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public

De H. Motulsky à J.-B. Racine, les commentateurs ont rappelé l'importance de veiller à ce que l'arbitrage ne soit pas utilisé à l'encontre de l'intérêt général. Ainsi, l'intérêt général

---

<sup>766</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>.

<sup>767</sup> Consulté en juin 2020 :

[http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=7&id\\_news=1021](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=7&id_news=1021).



commande d'éviter que l'arbitrage consacre l'autonomie de la volonté des parties au mépris des dispositions impératives<sup>768</sup> et de l'ordre public.

À cet égard, les articles 1488 du CPC (arbitrage interne) et 1514 du CPC (arbitrage international) rappellent les conditions du contrôle des juridictions publiques sur la sentence dans les termes suivants :

**Article 1488 du CPC :**

*« L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public.*

*L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée. »*

**Article 1514 du CPC :**

*« Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. »*

Ainsi, l'exequatur sera refusé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public<sup>769</sup>.

À titre d'exemple, l'ordonnance rendue dans le cadre d'une procédure collective, alors que les organes ne présentent pas les garanties suffisantes pour la préservation des intérêts de la partie en liquidation, est incompatible avec l'ordre public international français<sup>770</sup>.

Cependant, même lorsqu'ils sont ouverts, les contrôles étatiques sont de plus en plus restreints, par faveur vis-à-vis du principe de non-révision interdisant au juge étatique de

---

<sup>768</sup> H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. Raymond, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010 ; J-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>769</sup> L.-Ch. Delanoy, « *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* », *Rev. arb.*, 2007, p. 177.

<sup>770</sup> CA Paris, 1-1, 12 sept. 2017, n°15/24881, République du Congo c./ Commisimpex et al., *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2017, n°GPL301p2, p. 26, chronique D. Bensaude.

réviser la sentence<sup>771</sup>. Globalement, l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence par le juge de l'exequatur est précédée d'un contrôle sommaire de la sentence : « *Le contrôle étatique de la sentence au stade de la demande de reconnaissance de l'exequatur tend à être limité au strict minimum en faveur d'une quasi libre circulation des sentences.*<sup>772</sup> »

La jurisprudence a énoncé la condition selon laquelle la violation de l'ordre public international doit être flagrante, effective et concrète<sup>773</sup>. Par conséquent, il y a peu de sanctions pour violation de l'ordre public et des auteurs considèrent même que le contrôle d'ordre public est devenu quasi inexistant<sup>774</sup>.

Cette interprétation stricte de la conformité à l'ordre public n'est que la suite logique d'une jurisprudence bien établie, initiée le 18 novembre 2004 par l'affaire Thalès c./ Euromissile et confirmée plus tard par l'affaire SNF SAS c./ Sté Cytec Industrie BV, affaires dans lesquelles étaient demandées l'annulation des sentences arbitrales.

#### Arrêt Thalès c./ Euromissile<sup>775</sup>

Dans l'affaire Thalès c./ Euromissile, le litige portait sur un protocole d'accord conclu en 1992 entre deux producteurs de missiles.

Aux termes de ce protocole, la société Thalès avait confié la production de son missile VT1 à Euromissile, à laquelle elle avait conféré des droits exclusifs de production et de vente, sauf pour certaines catégories de commandes.

---

<sup>771</sup> V. Chantebout, *Le principe de non-révision*, thèse citée.

<sup>772</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, p. 506.

<sup>773</sup> Cass. Civ. 1, 21 mars 2000, Verhoeft c./ Moreau, n° 98-11799, *Rev. arb.*, 2001, 805 (2<sup>e</sup> esp.), obs. Y. Derains, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007405606>; Cass. Civ. 1, 4 juin 2008, Sté SNF c./ Sté Cytec Industries BV, arrêt n° 680, 06-15320, arrêt cité.

<sup>774</sup> E. Loquin, S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, Lexis-Nexis, 2014.

<sup>775</sup> CA Paris 1<sup>ère</sup> Ch C 18 novembre 2004, SA Thalès Air Défense c./ GIE Euromissile, n° 02/19606, arrêt cité.

En 1998, Thalès demanda à Euromissile, conformément au protocole d'accord, de lui fournir une proposition de prix de vente pour la fabrication de missiles pour le gouvernement grec.

Les parties n'ayant pas trouvé d'accord, Thalès engagea une procédure d'arbitrage à Paris sous l'égide de la CCI pour demander la résiliation des contrats.

Le tribunal arbitral débouta Thalès de toutes ses demandes tant dans une sentence partielle que dans la sentence finale, par laquelle la société fut condamnée à payer à Euromissile plus de cent dix millions d'euros pour la perte des droits exclusifs de fabrication.

Devant la cour d'appel, Thalès poursuivait l'annulation de la sentence finale au motif que - donnant effet aux contrats litigieux en violation de l'article 81 CE portant prohibition des ententes concurrentielles - les arbitres auraient gravement violé l'ordre public international aux termes de l'ancien article 1502-5 du Nouveau Code de procédure civile.

Euromissile plaidait l'irrecevabilité du recours en annulation au motif qu'il contrevenait à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (Thalès n'ayant pas attaqué la sentence partielle) et qu'il se heurtait par conséquent à la force de la chose jugée attachée à la sentence partielle exequaturée. Subsidiairement, Euromissile demandait le rejet du recours.

La Cour juge de manière très sévère le comportement de Thalès :

*« il n'y a aucune raison de permettre à la société Thalès de bénéficier de lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres, soit qu'elle ait estimé à l'époque vraisemblable ou acquise la compatibilité des clauses contractuelles litigieuses avec les règles du droit communautaire de la concurrence, ou, tout au contraire, voulu échapper aux sanctions de la Commission, dans tous les cas afin de réserver ses arguments au stade du procès d'annulation de la sentence qui la condamne [...] la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction de révision au fond ».*

Le juge de l'annulation « *ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux* ».

Arrêt SNF SAS c./ Sté Cytec Industrie BV<sup>776</sup>

Dans l'affaire SNF SAS c./ Sté Cytec Industrie BV, la cour d'appel de Paris a jugé le 23 mars 2006 que :

*« s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce cette fois sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule, sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge ».*

Ainsi, même dans le cadre de son contrôle d'une contrariété de la sentence à l'ordre public international qui pourrait conduire à un réexamen de la décision, la cour d'appel a rappelé que son contrôle opéré sur la sentence est extrinsèque.

L'arrêt rendu dans cette affaire par la Cour de cassation, le 4 juin 2008, va dans le même sens :

*« s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».*

---

<sup>776</sup> CA Paris, 23 mars 2006, Société SNF SAS c./ Société Cytec Industries BV, arrêt cité et Cass. Civ. 1, 4 juin 2008, Sté SNF c./ Sté Cytec Industries BV, arrêt n° 680, 06-15320, arrêt cité.

Ces arrêts affirment une conception très restrictive du contrôle des sentences arbitrales par le biais de l'exception d'ordre public, en exigeant que cette violation soit flagrante, effective et concrète<sup>777</sup>.

Dès lors, le rôle du juge étatique est réduit à un simple contrôle formel de la sentence, portant sur l'existence de la sentence et la non-violation de l'ordre public.

La sentence doit être établie et la reconnaissance comme l'exequatur de la sentence ne doivent pas être manifestement contraires à l'ordre public. Concrètement :

- l'exigence de production de la convention d'arbitrage, original ou copie, est requise uniquement pour vérifier l'existence apparente de la sentence (article 1515, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC) : une limitation du contrôle opéré par le juge de l'exequatur favorable à l'arbitrage ;
- le contrôle d'ordre public (article 1488, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC pour l'arbitrage interne et article 1514 du CPC pour l'arbitrage international) est très rarement opéré par le juge de l'exequatur ou de la reconnaissance.

Certaines questions sont exclues du contrôle des sentences, une distinction devant être opérée entre le contrôle de la conformité à l'ordre public de fond ou procédural.

La révision au fond, en fait et sur la qualification, est exclue du contrôle des sentences.

---

<sup>777</sup> Également A. Malan, « L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt Thalès) », *Petites Affiches*, n° 61, 26 mars 2009 ; Ch. Seraglini, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.*, 20 et 21 mars 2009, *Rev Trim LexisNexis JurisClasseur*, octobre-novembre-décembre 2008, p. 1107 ; A. Rymalova et Ph. Guez, « Le contrôle de la sentence arbitrale au regard du droit communautaire de la concurrence : application de l'arrêt Eco Swiss de la CJCE en France et en Allemagne », 2009, <https://blogs.parisnanterre.fr/content/le-contr%C3%B4le-de-la-sentence-arbitrale-au-regard-du-droit-communautaire-de-la-concurrence-appl>.

Ce principe de non-révision au fond, qui s'applique par définition au fond du litige, est ici étendu au fond même de la sentence<sup>778</sup>.

Le principe de non-révision au fond est constamment invoqué pour limiter l'étendue du contrôle opéré par le juge de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public. La révision au fond est interdite même lorsqu'une règle d'ordre public est en cause<sup>779</sup>. Le mouvement, amorcé pendant les années 1990 par la jurisprudence, ne s'est jamais démenti. Ainsi, la jurisprudence a considéré que :

- pour juger de la violation de l'ordre public, « *le juge d'appel n'a pas à apprécier le caractère exact ou convaincant des motifs retenus par la juridiction arbitrale à l'appui de sa décision* » (CA Paris, 12 déc. 1978, Grands Moulins Prodhomme) ;
- la pertinence du raisonnement relève d'un contrôle au fond qui échappe au juge de l'annulation<sup>780</sup> ;
- tout contrôle de la motivation au fond par le juge de la régularité de la sentence est exclu, « *hors les cas, définis par l'article 1502 du nouveau code de procédure civile* »<sup>781</sup>.

Alors que le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public de fond est considérablement allégé (article 1492, alinéa 5 du CPC), le contrôle de l'absence de

---

<sup>778</sup> V. Chantebout, note sous CA Paris, 26 mars 2009, Papillon Group Corporation c./ République arabe de Syrie et autres, *Rev. arb.*, 2010, p. 525, notamment n° 28, p. 544.

<sup>779</sup> Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999, Sté Gallay c./ Sté Fabricated Metals Inc., n° 96-16746 ; *Rev. arb.*, 2001, 805 (1<sup>ère</sup> esp.), note Y. Derains,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007393698>.

<sup>780</sup> Cass. Civ. 1, 23 février 1994, Sté André c./Sté Multitrade, n° 92-12309,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007032004>.

<sup>781</sup> Cass. Civ. 1, 14 juin 2000, IAIGC c./BAII, n° 98-12053,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042167>.

contrariété à l'ordre public procédural, mais aussi de la fraude procédurale, est quant à lui de plus en plus strict<sup>782</sup>.

Qu'en est-il des spécificités du contrôle de la contrariété à l'ordre public international ? Il convient de s'arrêter aux spécificités du droit international de l'arbitrage.

Dans le domaine international, si la légitimité de la limite de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale tirée de sa contrariété à l'ordre public international est reconnue (article 1520, alinéa 5 du CPC), le contenu exact de l'ordre public pouvant être opposé à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence n'est pas clairement défini. En outre, la qualité et l'intensité du contrôle devant être exercé par le juge étatique sont objet de débats<sup>783</sup>.

Il convient de préciser que l'ordre public international est de source française<sup>784</sup>. Selon la jurisprudence : « *l'ordre public international [...] s'entend de la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales*<sup>785</sup> ».

Pour cerner les caractéristiques de l'ordre public international, visé par l'article 1520, alinéa 5 du CPC, il faut, une fois encore, en distinguer la dimension procédurale de la dimension substantielle.

En ce qui concerne la première, l'ordre public peut tenir aux conditions dans lesquelles la sentence a été élaborée : méconnaissance des principes de procédure (égalité des parties dans la désignation des arbitres, principe du contradictoire...) ou encore éventuelle

---

<sup>782</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 544, p.456.

<sup>783</sup> Ch. Seraglini, « *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011* », *op. cit.*, p. 375.

<sup>784</sup> Notamment : Cass. Civ. 1, 15 mars 1988, Grands Moulins ; *D.* 1989, 577 (2<sup>e</sup> esp.), note J. Robert ; *Rev. arb.*, 1990, 115 (1<sup>ère</sup> décis.), note L. Idot.

<sup>785</sup> CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 773, note Ch. Seraglini.

obtention d'une sentence par la fraude (production de faux documents, témoignages mensongers...).

La contrariété à l'ordre public peut aussi concerner le fond du litige, notamment en cas de violation d'une loi de police<sup>786</sup> française, voire étrangère.

Là encore, comme dans le cas de l'arbitrage interne, l'intensité du contrôle opéré par le juge français quant au respect par la sentence de l'ordre public sera différente selon ces deux aspects, procédural et substantiel, de l'ordre public international.

Concernant le contrôle de la contrariété de la sentence à l'ordre public procédural, notamment en ce qui concerne la sanction de la fraude, la jurisprudence penche ici pour un contrôle approfondi. La cour d'appel de Paris a déclaré qu'il :

*« appartient au juge de l'exéquatur d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée, sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres »<sup>787</sup>.*

Cette attitude à l'égard de l'ordre public procédural contraste avec le contrôle de la contrariété de la sentence au fond. Le texte pose que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont refusées si cette reconnaissance ou exécution, et non pas la sentence, sont contraires à l'ordre public international. Selon la jurisprudence, la violation alléguée d'une loi de police n'autoriserait *« aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision de fond »<sup>788</sup>*. Ou encore : *« s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de*

---

<sup>786</sup> Synonyme de « *règle d'ordre public international* » dans la jurisprudence française sur l'arbitrage international.

<sup>787</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 857, note B. Audit.

<sup>788</sup> CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 773, note Ch. Seraglini.



*l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* »<sup>789</sup>.

Ainsi, la jurisprudence française s'est dirigée vers un contrôle minimal de la sentence au fond, au nom notamment de l'interdiction de révision au fond de la sentence par le juge de l'annulation, qui devient un juge des évidences<sup>790</sup>. Une fois encore, la considération déférente des juges étatiques vis-à-vis de l'arbitrage est caractérisée.

## 2.2. Le principe de l'estoppel au service de l'efficacité de la sentence

Avec la réforme issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, le législateur français a introduit un nouvel article consacrant le principe de l'estoppel procédural, dans les termes suivants :

### **Article 1466 du CPC :**

*« La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. »*

Ce principe de l'estoppel procédural avait déjà été reconnu en jurisprudence<sup>791</sup>, ce qui, une fois encore, révèle le rôle moteur des juges étatiques pour assurer l'efficacité de l'arbitrage.

---

<sup>789</sup> Cass. Civ. 1, 4 juin 2008, Sté SNF c./ Sté Cytec Industries BV, arrêt n° 680, 06-15320, arrêt cité. Et, déjà, CA Paris 1<sup>ère</sup> Ch C 18 novembre 2004, SA Thalès Air Défense c./ GIE Euromissile, n° 02/19606, arrêt cité.

<sup>790</sup> Ch. Seraglini, « *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalité* », *Cah. arb.*, vol. V, Pedone 2011, p. 198 ; L.-Ch. Delanoy, « *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation* », art. cité, p. 177.

<sup>791</sup> Cass. Civ. 1, 6 mai 2009, Mandataires judiciaires associés c./ Société International Company for Commercial Exchanges Income, n°08-10.281, *Bull. civ. I*, n° 86 ; *D.*, 2009, p. 1422, obs. Delpech ; *RTD com.*, 2009, p. 546, note E. Loquin ; *JCP G*, 15 févr. 2010, n° 7, p. 178, obs. J. Ortscheidt ; *JCP G*, 7 déc. 2009, n° 50, p. 534, note G. Bolard ; *LPA*, 2009, p. 17, note D. Mouralis.

Cette notion d'estoppel, importée du droit anglo-saxon, vise à sanctionner les contradictions dans les comportements d'une partie à l'arbitrage<sup>792</sup>, au nom de la loyauté des débats et de la bonne foi procédurale<sup>793</sup>. La partie est « *stoppée* » et sa demande est irrecevable, donc rejetée par les juridictions étatiques sans être examinée sur le fond. En effet, la sanction est d'ordre procédural, s'agissant d'une irrecevabilité du moyen dont il n'a pas fait état au moment opportun. La sanction de l'irrecevabilité s'appuie en droit français sur plusieurs fondements dont notamment l'acceptation tacite, la théorie de l'apparence, la trahison de la confiance légitime de l'autre ou encore, la sanction d'un comportement déloyal (au nom du principe de bonne foi ou de loyauté procédurale).

Les bases de ce principe ont été posées par l'arrêt Golshani, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 2005<sup>794</sup>, qui a décidé qu'un recours est irrecevable « *en vertu de la règle de l'estoppel* »<sup>795</sup>.

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020594892>. Voir également pour une définition *a contrario* de la notion d'estoppel, Cass. Civ. 1, 3 février 2010, Merial c./ Klocke Verpackung, n° 08-21.288, *Bull. civ. I*, n°25, *Gaz. Pal.*, 8 juin 2010, p. 14, chronique D. Bensaude. En effet, dans cet arrêt, la Cour a souligné que « *le comportement procédural de [Merial] n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire [Klocke] en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un estoppel* », <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021787321>.

<sup>792</sup> Cf. article 4 de la loi type CNUDCI « *Renonciation au droit de faire objection* », <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021787321>.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021787321>.

<sup>793</sup> Guy Robin, « *Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux* », *Revue de droit des affaires internationales*, n°6, 2005, p. 695-727 ; Guillaume Weiszberg, « *Actualité de la théorie de l'estoppel dans la jurisprudence (Autour d'un arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 10 juillet 2007)* », 2014, [http://fr.jurispedia.org/index.php/Actualit%C3%A9%20de%20la%20th%C3%A9orie%20de%20l'estoppel%20dans%20la%20jurisprudence%20\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Actualit%C3%A9%20de%20la%20th%C3%A9orie%20de%20l'estoppel%20dans%20la%20jurisprudence%20(fr)).

<sup>794</sup> Cass. Civ. 1, 6 juillet 2005, n° 02-15912, *Golshani c./ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, *Bull. civ. 2005, I*, n° 302, *D.*, 2006, p. 1424, note E. Agostini ; *D.* 2005, p. 3050, obs. Th. Clay ; *Les Cahiers de l'arbitrage*, Rec. IV, Pedone p. 30, note F.-X. Train ; *JCP E*, 2005, 1684, obs. J. Ortscheidt ; *JDI*, 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais ; *Rev. arb.*, 2005, 993, note Ph. Pinsolle ; *Rev. crit. DIP*, 2006, 602, note H. Muir-Watt ; *RTD com.*, 2006, p. 309, obs. E. Loquin,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050505>.

<sup>795</sup> « *Et non concedit venire contra factum proprium* » ou l'*interdiction de se contredire au détriment d'autrui* a été consacrée par quelques sentences arbitrales comme un nouveau principe général du droit du commerce

M. Golshani, citoyen américain d'origine iranienne, avait saisi, le 19 janvier 1982, le Tribunal des différends irano-américains ayant son siège à La Haye d'une demande d'indemnisation pour obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé une expropriation de parts de sociétés. Une sentence arbitrale rendue le 2 mars 1993 par ce Tribunal l'avait débouté de ses demandes. L'Iran avait obtenu l'exequatur de la sentence condamnant M. Golshani aux frais d'avocats et d'instance. Il s'y opposait pour absence de convention d'arbitrage.

Sur pourvoi de M. Golshani contre l'arrêt confirmatif de la cour d'appel de Paris (Paris, 28 juin 2001), la Cour de cassation rend un arrêt de rejet au motif que M. Golshani,

*« qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ».*

Commentaire de l'avocat Serge Lazareff :

*« Ainsi, la plus haute juridiction française reconnaît que des principes, non pas totalement étrangers mais plus larges que ceux du droit français, sont applicables à une instance arbitrale soumise à sa censure. En l'occurrence, une partie qui avait participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à une procédure arbitrale devant le tribunal des différends irano-américains, ne pouvait venir soutenir que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable. Avec beaucoup de sagesse, la Cour de Cassation rejette le pourvoi qui avait été intenté contre une décision de la Cour d'Appel de Paris, et fait donc entrer, dans notre droit positif, la notion anglaise, enrichie, dans le creuset de la pratique arbitrale internationale, au contact des principes continentaux tels que bonne foi et non concedit venire contra factum proprium (et qui) était déjà reconnu parmi les principes généraux du droit du commerce international comme règle de procédure (devoir de cohérence et de loyauté procédurale) et comme règle de fond (proche notamment de la bonne foi)<sup>796</sup>. »*

---

international. Voir : E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.*, 1985.

<sup>796</sup> S. Lazareff, « De l'amour du juge », *Gaz. Pal.*, Spécial « Arbitrage », 21-22 octobre 2005, p. 3.

Les principaux cas d'application de ce principe concernent le silence gardé dans l'arbitrage par une partie qui se plaint ensuite devant le juge ainsi que le fait d'avoir soutenu le contraire dans l'arbitrage.

Une attitude contradictoire, donc empreinte de déloyauté, peut être sanctionnée par une condamnation au paiement de dommages-intérêts lorsqu'elle a causé un préjudice à l'autre partie<sup>797</sup>.

À noter cependant que cette solution n'est pas unanimement validée. Ainsi, la jurisprudence Golshani n'a pas été suivie dans l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation en date du 27 février 2009<sup>798</sup>. Au visa de l'article 122 du CPC, la Cour a énoncé : « *La seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement une fin de non-recevoir.*<sup>799</sup> »

En 2010, la première chambre civile a précisé que seul caractérise un estoppel un « *changement de position, en droit, de nature à induire [la partie adverse] en erreur*<sup>800</sup> ».

Par la suite, le 20 septembre 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a prononcé la première censure fondée sur « *le principe selon lequel nul ne peut se contredire*

---

<sup>797</sup> CA Paris, 12 sept. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 173, note E. Boursier.

<sup>798</sup> Hervé Croze, « *La Cour de cassation refuse de céder aux sirènes de l'estoppel* », *Procédures*, n°4, 2009-04-01.

<sup>799</sup> Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, n°07-19841 : *JCP G*, 2009, II, 1073, note P. Callé, *D.* 2009, 723, obs. X. Delpech ; *D.* 2009, 1245, note D. Houtcieff ;

<https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/assemblee-pleniere/22/573-27-12270.html>.

<sup>800</sup> Cass. civ. 1, 3 février 2010, Merial c./ Klocke Verpackung, n°08-21288, arrêt cité ; également Cass. civ. 1, 24 sept. 2014, n°13-14534,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029509467>.

*au détriment d'autrui*<sup>801</sup> ». Peu après, elle définira ce principe comme « *un changement de position, en droit, au détriment de son adversaire*<sup>802</sup> ».

En 2015, la Cour de cassation a précisé que la contradiction n'est censurée que si elle a lieu au cours d'une même procédure : il importe peu que la partie ait adopté une position contraire devant un juge différent<sup>803</sup>.

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2017<sup>804</sup> a confirmé que l'estoppel n'a vocation à s'appliquer que dans des circonstances bien définies. Il n'y a pas d'estoppel s'il n'y a pas, au sein d'une même procédure, de changement de l'objet de la demande. Et même s'il y avait modification de la demande, il n'y aurait estoppel que si la nouvelle demande différerait de la première au point d'induire en erreur la partie adverse<sup>805</sup>.

L'estoppel, nouveau principe directeur de la procédure arbitrale, vient renforcer l'efficacité de la sentence arbitrale.

---

<sup>801</sup> Cass. Com., 20 septembre 2011, n° 10-22888, *JCP G*, 2011, 1250, note D. Houtcieff, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024588888&fastReqId=546623490&fastPos=2>.

<sup>802</sup> Cass. Com., 22 mai 2013, 11-26543, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027453671>.

<sup>803</sup> Cass. Soc., 22 septembre 2015, 14-16947, *Bull.* 2016, n° 836, Soc., n° 244, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031227620>.

<sup>804</sup> Cass. Civ. 2, 22 juin 2017, n°15-29202, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/arrets\\_publics\\_2986/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_3170/2017\\_79\\_42/juin\\_8144/961\\_22\\_37217.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/deuxieme_chambre_civile_3170/2017_79_42/juin_8144/961_22_37217.html).

<sup>805</sup> Voir également l'exposé des conditions d'application du mécanisme dans : Cass. Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21991, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036742004&fastReqId=2021040643&fastPos=1>; Cass. Civ. 2, 15 mai 2018, n° 17-21994, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20180315-1721994> ; Cass. Civ. 3, 28 juin 2018, n° 17-16693, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037196441&fastReqId=742003355&fastPos=1>; ou encore, CA Versailles, 16<sup>e</sup> ch., 19 octobre 2017, n° 16/06169, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2017/C14A4ED0EBBD48C5A1942>.

Nonobstant les réserves de certains auteurs<sup>806</sup> sur les conditions et difficultés d'importation du principe de l'estoppel, progressivement réduit au champ processuel<sup>807</sup>, et sur son absence de définition conceptuelle, il n'en demeure pas moins que l'intégration de ce principe dans le droit français de l'arbitrage est lourde de conséquences. En incorporant la garantie d'honnêteté procédurale aux principes directeurs de l'instance arbitrale, le principe de l'estoppel conforte la compétence de l'arbitre tout en participant de l'efficacité de la sentence arbitrale.

Quant aux parties, le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui a conduit, même restrictivement appliqué, à ce que la jurisprudence génère des limitations au droit d'agir « *en consacrant le principe de concentration des moyens*<sup>808</sup> ».

### **Section 3. Restriction des recours contre les sentences**

La restriction des recours contre les sentences se traduit pas l'encadrement strict du recours en révision (3.1.), par une nouvelle approche de l'appel (3.2.), par une délimitation

---

<sup>806</sup> Des auteurs, comme Dimitri Houtcieff (« *Le principe de cohérence : vingt ans après* », dans *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, Paris, LGDJ, 2019 ; du même : *Le Principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2002), estiment que les difficultés d'application de ce principe de l'estoppel, tiennent à l'importation non critique de ce principe, mal défini et progressivement réduit au seul champ processuel, alors que la consécration et l'application du principe général de cohérence auraient été plus fructueuses. Ce principe de cohérence en matière contractuelle a notamment été défendu par J. Mestre : qu'on ne puisse faire une chose et son contraire, qu'on doive choisir d'être ou de ne pas être dans le contrat, c'est « *un grand principe de la théorie générale des obligations [que] le bon sens (et même la littérature...) impose directement* », notait-il (J. Mestre, obs. sous Cass. Civ. 3, 13 avr. 1988, *RTD civ.*, 1989, p. 743). En face, le principe de l'estoppel importé du droit anglo-saxon souffrirait d'une absence de définition conceptuelle (quels sont les éléments et les conditions de l'interdiction de se contredire ?) qui justifie la constante restriction de son champ d'application par la Cour de cassation. En l'état : « *À moitié consacrée, l'interdiction de se contredire s'enfonce dans les sables d'une jurisprudence qui s'en défie.* » (D. Houtcieff, *op. cit.*, p. 539).

<sup>807</sup> Par exemple, la Cour de cassation sanctionne « *l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions* » (Cass. Civ. 2, 15 mars 2018, arrêt cité).

<sup>808</sup> N. Dupont, « *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française* », *RTD civ.*, 2018, 459 et suiv., notamment n° 15.

stricte du recours en annulation de la sentence (3.3.), par le durcissement des conditions de recevabilité des recours (3.4.), par la possibilité de renoncer de façon anticipée à l'exercice du recours en annulation (3.5.) ainsi que par la reconnaissance d'une sentence annulée à l'étranger, avec les arrêts Putrabali (3.6.).

### 3.1. L'encadrement strict du recours en révision

La révision est un recours extraordinaire qui remet en cause l'autorité de la chose jugée, cette dernière étant reconnue tant dans le domaine de l'arbitrage interne (article 1484, alinéa 1 du CPC, ancien article 1476) qu'aux sentences internationales rendues en France comme à l'étranger (article 1506-4 du CPC).

Rappelons que la règle de non-révision, en matière arbitrale, remontait à l'Antiquité. Au VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère, le législateur Solon déclarait :

*« si les citoyens veulent choisir un arbitre, pour terminer les différends qui se seront élevés entre eux pour leur intérêts particuliers, qu'ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point devant un autre tribunal ; que la sentence soit un arrêt irrévocable<sup>809</sup> »,*

cette règle étant d'ailleurs reprise en droit romain par le Digeste dans les termes suivants :

*« on doit s'en tenir à la sentence que l'arbitre a prononcée, juste ou injuste car on doit s'en prendre à soi-même de l'avoir choisi ; car l'empereur Antonin a dit dans un rescrit qu'on devait supporter d'une âme égale un jugement quoique peu fondé<sup>810</sup> ».*

---

<sup>809</sup> V. Chantebout, *Le principe de non-révision*, thèse citée, p. 5. Voir Démosthène XXI, 94, contre Midias, cité par Th. Clay dans *L'Arbitre*, 2001, *op. cit.*, p. 5 ; et J. Velliouropoulos Karakosta, « *L'arbitrage dans la Grèce antique* », *Rev. arb.*, 2000, spéc. note 24, p. 20.

<sup>810</sup> V. Chantebout, *Le principe de non-révision*, thèse citée, p. 6. Voir Livre IV titre VIII 27 § 2 (citant Ulpian, Livre XIII sur l'Édit).

L'article 1502 du CPC (arbitrage interne) admet pourtant la révision et ce, dans les termes suivants :

*« Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603.*

*Le recours est porté devant le tribunal arbitral.*

*Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence. »*

Cette solution de porter le recours en révision devant le tribunal arbitral n'a pas toujours été celle retenue par le législateur.

En effet, à l'issue de la réforme du droit de l'arbitrage de 1980-1981 :

- en matière d'arbitrage interne, le recours en révision était formé devant la cour d'appel (article 1491 ancien du Nouveau Code de procédure civile), par dérogation au droit procédural commun où la compétence était confiée au juge ayant rendu la décision ;
- en matière d'arbitrage international, le recours en révision était exclu (ancien article 1507 du Nouveau Code de procédure civile).

La réforme issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, selon laquelle le recours en révision est porté devant le tribunal arbitral, consacre, une nouvelle fois, une solution dégagée par la jurisprudence en offrant aux parties - qui n'ont pas pu, sans faute de leur part, faire valoir la cause qu'elles invoquent avant que la décision arbitrale ne soit passée en force de chose jugée - de saisir à nouveau les arbitres pour leur permettre de tenir compte des circonstances leur ayant échappé. Une telle solution est conforme à la volonté des parties de voir leur litige tranché par le tribunal arbitral qui est, en outre, mieux au fait des



données du litige que ne le serait le juge étatique. Cette solution est en outre cohérente avec l'esprit de l'interdiction faite au juge de connaître du fond de l'affaire.

Le recours en révision est soumis à deux conditions d'admission, strictement entendues, à savoir la preuve de la fraude et la preuve que la fraude a eu une incidence sur la décision des arbitres. Autrement dit, il doit s'agir d'une fraude établie, ayant eu un impact sur la sentence et exigeant dès lors un réexamen du fond.

Désormais, en droit d'arbitrage interne, le recours est ouvert devant les arbitres (article 1502, alinéas 1 et 2 du CPC), accessoirement devant la cour d'appel, si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni (alinéa 3). En arbitrage international, l'article 1506, alinéa 5 du CPC renvoie uniquement aux deux premiers alinéas de l'article 1502 du CPC donnant compétence au tribunal arbitral, à l'exclusion de l'alinéa visant la cour d'appel.

Ce parti pris de canaliser le recours en révision contre les sentences arbitrales et d'en confier la charge aux arbitres eux-mêmes renforce à la fois l'autorité du tribunal arbitral, seul à pouvoir apprécier la fraude et ses conséquences éventuelles, ainsi que celle de la sentence. Plus globalement, dans son principe même, la possibilité d'un recours en révision contribue à renforcer l'autorité de la sentence, les parties qui tromperaient la religion du tribunal arbitral par des manœuvres se trouvant sanctionnées.

### 3.2. Une nouvelle approche de l'appel

S'agissant de la possibilité de faire appel d'une sentence arbitrale, les principes résultant de la réforme issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 sont aujourd'hui les suivants, en ce qui concerne l'arbitrage interne :

#### **Article 1489 du CPC :**

« *La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties.* » (Nous soulignons)

**Article 1490 du CPC :**

« *L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.*

*La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral. »*

La modification majeure apportée au régime antérieur par la réforme de 2011 a été d'inverser la règle qui posait le principe selon lequel l'appel contre la sentence en arbitrage est possible sauf accord exprès contraire des parties. En effet, l'ancien article 1482 du CPC indiquait :

« *La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.* » (Nous soulignons)

Ainsi, le texte de 2011 adopte une logique inverse, puisque désormais la sentence n'est plus susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties. Qui plus est, en pratique, l'appel est découragé notamment au travers d'amendes prévues pour « *appel abusif* ».

Ainsi, l'appel d'une décision sur compétence peut être sanctionné par une amende civile s'il est abusif parce qu'il est dilatoire et ne relève pas d'une « *appréciation inexacte de ses droits par l'appelant* »<sup>811</sup>.

La cour d'appel de Paris a également prononcé une amende, après avoir rappelé que l'appel fondé sur des moyens évidemment et grossièrement dépourvus de tout fondement est abusif, et ayant considéré que l'appel en cause était dilatoire<sup>812</sup>. Une telle décision illustre,

---

<sup>811</sup> CA Paris, P. 5, ch. 9, 26 sept. 2013, n°13 /00526, Consorts X c./ Y et SARL BE Ingénieurs Associés, *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n°GPL159w4, p.13, chronique D. Bensaude.

<sup>812</sup> CA Paris, 1-1, 21 nov. 2017, n°15/17398, Athletic Club Arles Avignon c./ M. P, Mme Guihal, *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n°GPL313N6, p. 21, chronique D. Bensaude.

une fois encore, la tendance des juridictions étatiques à contribuer à assoir la portée des sentences arbitrales.

En matière d'arbitrage international, la sentence rendue en France « *ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* » (article 1518 du CPC). Quant aux sentences rendues à l'étranger, seule « *la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel* » (article 1525 du CPC).

### 3.3. Délimitation stricte du recours en annulation de la sentence

Alors que, s'agissant de l'arbitrage interne, l'appel contre les sentences arbitrales n'est pas admis, sauf pour les parties à avoir expressément stipulé le contraire, le recours en annulation est lui toujours ouvert<sup>813</sup>, à condition toutefois de rentrer dans l'un des cas visés par l'article 1492 du CPC, lequel dispose que :

« *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

*1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou*

*2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou*

*3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou*

*4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou*

*5° La sentence est contraire à l'ordre public ou*

*6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix. »*

---

<sup>813</sup> L'article 1491 du CPC, relatif à l'arbitrage interne, dispose en son premier alinéa que « *La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties* » et en son second alinéa que « *Toute stipulation contraire est réputée non écrite.* »

Il est à noter que cet article 1492 du CPC, relatif à l'arbitrage interne, a pour pendant, s'agissant de l'arbitrage international<sup>814</sup>, l'article 1520 du CPC qui concerne les sentences rendues en France, dont les quatre premiers alinéas sont identiques à ceux de l'article 1492 et le cinquième alinéa est, en revanche, spécifique :

*« 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. »*,

le sixième alinéa de l'article 1492 étant quant à lui omis.

Dans les faits, le recours en annulation n'aboutit que dans des cas exceptionnels, des griefs sérieux et une loyauté dans l'exercice de l'action en annulation formée par le demandeur étant exigés. Dès lors, la majorité des sentences arbitrales y échappent, ce qui a pour conséquence de limiter le pouvoir de contrôle des juges étatiques sur les sentences arbitrales.

L'article 1493 du CPC ajoute que lorsque la juridiction étatique annule une sentence, elle statue sur le fond uniquement « *dans les limites de la mission de l'arbitre* ». Cet article dispose en effet que :

*« Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties »*,

de sorte que la juridiction étatique se voit privée de la possibilité d'examiner des griefs formulés à l'encontre de la sentence, comme ce serait le cas dans l'hypothèse de l'appel.

Dans les faits, le nombre d'annulation des sentences arbitrales est faible, le juge essayant de décourager les procédures de recours contre les sentences arbitrales, notamment par la pratique qui consiste à condamner la partie déboutée au paiement de

---

<sup>814</sup> L'article 1518 du CPC, relatif à l'arbitrage international, dispose que « *La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* », étant précisé que s'agissant des sentences rendues à l'étranger, la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur est, quant à elle, susceptible d'appel.

sommes dissuasives, à savoir une condamnation de prise en charge des frais de défense de la partie adverse, condamnation rarement rencontrée dans d'autres types de procédure.

#### 3.4. Le durcissement des conditions de recevabilité des recours

Pour ne pas pénaliser les sentences arbitrales, avant même la réforme de 1980-1981, la jurisprudence favorisait l'exécution des sentences rendues à l'étranger. Cette solution a été par la suite codifiée dans le décret du 13 janvier 2011 à l'article 1516, alinéa 2 du CPC (« *La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.* »).

Dans le même esprit, le législateur a choisi, lors de la réforme de 1981, de supprimer les voies multiples de recours contre les sentences arbitrales, suppression sur laquelle les juges se sont fondés pour déclarer irrecevables des actions en inopposabilité.

Ainsi, dans l'affaire Acteurs Auteurs Associés (AAA) c./ Hemdale Films Corporation<sup>815</sup>, l'AAA, condamnée par une sentence arbitrale rendue à Londres à verser des dommages-intérêts à la société Hemdale Films Corporation, avait, à défaut d'une demande d'exequatur par l'autre partie, saisi le tribunal de grande instance de Paris d'une action en inopposabilité de cette sentence pour contrariété de la décision arbitrale à l'ordre public international français. Le tribunal de grande instance a déclaré irrecevable l'action de l'AAA en raison de la limitation des voies de recours contre la sentence par la réforme du droit de l'arbitrage international en 1981.

Le durcissement des conditions d'accueil des recours contre la sentence arbitrale témoigne de l'extension de la faveur à l'arbitrage jusqu'au stade post-arbitral :

---

<sup>815</sup> TGI Paris, 22 novembre 1989, AAA c./ Hemdale Films Corporation ; *Rev. arb.*, 1990, 693, note B. Moreau ; *Rev. crit. DIP*, 1991, 107, note M.-N. Jobard-Bachelier.

assouplissement des conditions de forme, de délai et de compétence ou encore encadrement des recours et sanction des recours jugés abusifs.

Ainsi, les délais dans lesquels le recours peut être exercé contre la sentence ont été abrégés. S'il ne modifie pas les conditions d'appel contre l'ordonnance de reconnaissance ou d'exequatur de la sentence (article 1500, alinéa 1 du CPC et article 1525, alinéa 2 du CPC), le décret du 13 janvier 2011 réduit en revanche les délais de recevabilité du recours en annulation et de l'appel contre les sentences arbitrales<sup>816</sup>. Le recours en annulation ou l'appel cessent d'être recevables s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la notification de la sentence (versus un mois « *de la signification de la sentence revêtue de l'exéquat* » antérieurement).

Toutes ces évolutions témoignent une fois encore de la volonté de limiter les possibilités de contestation de la sentence arbitrale, notamment dans l'arbitrage international, et, ce faisant, de renforcer l'efficacité de l'arbitrage et l'autorité de la sentence. Au fil de ces évolutions, l'œuvre des arbitres acquiert une autorité plus grande encore qui ne peut être facilement contestée<sup>817</sup>.

### 3.5. La possibilité de renoncer de façon anticipée à l'exercice du recours en annulation

Si les parties ne sont évidemment pas tenues d'exercer les voies de recours et peuvent refuser de les exercer une fois la sentence rendue et notifiée, de fait, les voies de recours

---

<sup>816</sup> Article 1494, alinéa 2 du CPC pour l'arbitrage interne et article 1519, alinéa 2 du CPC pour l'arbitrage international.

<sup>817</sup> J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, « *La nouvelle articulation des recours en arbitrage international* », dans *Le Nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 375.

devant les juridictions étatiques sont rarement exercées, la sentence étant en général spontanément exécutée.

En droit de l'arbitrage international, les parties ont la faculté de renoncer, de façon expresse, par convention spéciale, au recours en annulation contre une sentence internationale rendue en France<sup>818</sup>.

Une telle renonciation peut intervenir à tout moment : avant, pendant ou après l'instance arbitrale.

Même si elles ont renoncé par anticipation au recours en annulation, les parties gardent en revanche le droit de faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520 du CPC et ce, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur (article 1522, alinéas 2 et 3 du CPC).

Ainsi, outre le fait que le recours en annulation est la seule voie de recours admise contre la sentence internationale rendue en France, l'ouverture de la possibilité de renonciation anticipée aux voies de recours marque un pas de plus vers l'autonomie de la justice arbitrale, qui reste indépendante, tant que l'ordre étatique n'est pas sollicité.

Il convient de relever par ailleurs que le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 prévoit que, contrairement à la règle en vigueur sous l'empire de l'ancien article 1506, le recours en annulation n'emporte plus suspension de l'exécution de la sentence arbitrale<sup>819</sup> (article 1526 du CPC). De ce fait, le recours en annulation ne pourra plus être formé à des fins dilatoires. Une fois revêtue de l'exequatur, la sentence est immédiatement exécutoire et peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée, même si elle n'est pas assortie de l'exécution

---

<sup>818</sup> L'article 1522, alinéa 1 du CPC, relatif aux sentences rendues en France, dispose que : « *Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* ».

<sup>819</sup> L'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur n'est pas non plus suspensif.

provisoire. La valeur de la sentence s'en trouve renforcée, ainsi que, plus généralement, l'efficacité de l'arbitrage.

### 3.6. La reconnaissance d'une sentence annulée à l'étranger - Les arrêts Putrabali<sup>820</sup>

Le juge étatique français s'illustre par la faveur dont il fait preuve vis-à-vis des sentences annulées au siège.

En effet, la jurisprudence française a admis, de manière constante depuis 1984<sup>821</sup>, qu'une sentence annulée au siège peut être reconnue en France si elle satisfait aux exigences du droit commun français de l'arbitrage. Ainsi, en droit français de l'arbitrage international, l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine n'est pas une cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger.

Dans l'affaire Hilmarton<sup>822</sup>, la Cour de cassation, faisant application de l'article VII de la convention de New York qui pose que la personne qui demande l'exécution d'une sentence

---

<sup>820</sup> Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18053 et 06-13293, Société PT Putrabali Adyamulia, société de droit indonésien à responsabilité limitée c./ société Rena Holding, anciennement dénommée Est Epices, SA et autres (qui maintient l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mars 2005, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/arret\\_n\\_10607.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_10607.html)) ; *Bull. civ.*, 2007, I, n° 250 et n° 251 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 665, note E. Gaillard ; *D.*, 2006, Panorama 3035, obs. Th. Clay, *Rev. arb.*, 2007, 507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; *JDI*, 2007, p. 1236, note Th. Clay ; *RTD com.*, 2007, 682, obs. E. Loquin ; *D.*, 2007, 1969, note X. Delpech ; *D.*, 2008, Pan. 180, obs. Th. Clay, spéc. 189 ; *Rev. crit. DIP*, 2008, 109, note S. Bollée ; *JCP*, 2007, I, 216, obs. Ch. Serraglini ; *RJDA*, 2007, 883, obs. J.-P. Ancel. Voir également : J.-P. Ancel, « *L'arbitrage comme juridiction internationale autonome* », *op. cit.*, p. 883 ; Ph. Pinsolle, « *The Status of Vacated Awards in France : the Cour de cassation Decision in Putrabali* », *op. cit.*, p. 277 ; du même auteur, « *L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale. À propos de l'arrêt Putrabali du 29 juin 2007* », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 110 ; A. Mourre, « *À propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali ?* », *Rev. arb.*, 2008, p. 263.

<sup>821</sup> Cass. Civ. 1, 9 octobre 1984, Pabalk Ticaret Limited Sirketi c./ Norsolor SA, n° 83-11355, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI*, 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; *D.*, 1985, p. 101, note J. Robert. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014185>.

<sup>822</sup> Cass. Civ. 1, 23 mars 1994, Hilmarton c./ Omnium de traitement et de valorisation (OTV), n°92-15137, *Bull. civ.* n° 104, arrêt cité.



internationale peut invoquer le droit du lieu d'exécution s'il est plus favorable que ce que prévoit la convention, a reconnu une sentence annulée dans son pays d'origine, jugeant qu'une « *sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international* ». De la même manière, un pays a le droit d'aller au-delà du standard minimum de reconnaissance tel que formulé par la convention de New York.

Dans l'affaire Putrabali, une première sentence avait été rendue à Londres, le 10 avril 2001, par les arbitres statuant au second degré d'après le règlement d'arbitrage de l'International General Produce Association (IGPA), sur la base de la clause compromissoire d'un contrat de vente de poivre blanc conclu entre la société française Rena Holding et la société indonésienne Putrabali. Il avait été jugé qu'en refusant de payer pour une cargaison de poivre qui avait coulé en mer de Chine, Rena n'avait pas commis de violation du contrat. À la demande de la société Rena, la cour d'appel de Paris confirma (CA Paris, 31 mars 2005) l'exéquatur de cette sentence en France datant du 30 septembre 2003.

Entre temps, une seconde sentence avait été rendue à Londres, le 21 août 2003, la société Putrabali ayant formé un recours à l'encontre de la première sentence devant la High Court de Londres, sur le fondement de l'article 69 de l'Arbitration Act qui prévoit l'appel devant le juge étatique sur un point de droit anglais. La High Court répondait, le 19 mai 2003, en annulant la première sentence pour erreur de droit car elle estimait que le refus de paiement du prix de vente constituait une violation du contrat. Conformément à ce jugement, la seconde sentence arbitrale londonienne condamnait la société Rena Holding à payer une indemnité à la société Putrabali. Cependant, l'exequatur demandé en France, le 10 février 2004, par la société Putrabali était refusé par la cour d'appel de Paris, le 17

novembre 2005, en raison de son précédent arrêt datant du 31 mars 2005, la cour d'appel confirmant ainsi l'exequatur de la première sentence.

Saisie de deux pourvois par la société Putrabali, la Cour de cassation rend deux arrêts de rejet, le 29 juin 2007. Elle maintient l'exequatur de la première sentence (n° 05-18053), ce qui fait obstacle à l'exequatur de la seconde sentence (n° 06-13293).

La Cour de cassation relève que le droit français de l'arbitrage international, qui peut être plus favorable à l'arbitrage que la convention de New York de 1958, s'applique aux sentences internationales, comme aux sentences rendues à l'étranger (n° 05-18053). Ainsi, l'annulation de la sentence dans son pays d'origine ne saurait être une cause de refus de reconnaissance et d'exécution : la « *sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* ».

Ainsi, avec l'arrêt Putrabali, la Cour de cassation accentue sa politique d'indifférence aux décisions du juge du siège de l'arbitrage pour favoriser la validité et la circulation internationale des sentences arbitrales<sup>823</sup>.

La Cour de cassation englobe dans cette politique d'indifférence toutes les actions du juge du siège de l'arbitrage qui seraient susceptibles de remettre en cause la sentence arbitrale (confirmation, annulation en tout ou partie de la sentence, renvoi des questions litigieuses aux arbitres comme dans l'affaire Putrabali...), les envisageant en bloc comme un cas d'annulation, dont elle peut faire abstraction.

---

<sup>823</sup> Voir pour un exemple antérieur de cet esprit de faveur des juridictions pour la validité et la circulation internationale des sentences arbitrages, l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Norsolor (Cass. Civ. 1, 9 octobre 1984, Sté Pabalk Ticaret Sirketi c. / Sté Norsolor, n° 83-11355, arrêt cité). Dans cet arrêt, concernant l'annulation ou la suspension de la sentence, l'application de la convention de New York (art. VII) le cède devant l'application du droit commun (*lex mercatoria*), plus libéral.

Dans la logique de cette jurisprudence, une sentence annulée à l'étranger ne le sera en France que si le motif d'annulation « *local* » a un caractère « *international* » (par exemple, violation de l'ordre public international ou violation des droits de la défense). Autrement dit, une sentence internationale ne peut être annulée que pour des motifs internationalement reconnus<sup>824</sup>. La décision d'annulation ayant un caractère territorial<sup>825</sup> mais pouvant s'imposer à l'échelle internationale, cette solution de la jurisprudence permet au juge étatique de ne pas empiéter sur l'autonomie de l'arbitrage international.

Plus récemment, la cour d'appel de Paris a réitéré que l'annulation d'une sentence étrangère au lieu de son prononcé ne la rend pas caduque pour les besoins de son exécution en France, précisant<sup>826</sup> :

- qu'une sentence déclarée exécutoire par une décision non susceptible de recours suspensif d'exécution est un titre exécutoire (article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution),
- que l'appel d'une ordonnance d'exequatur n'est pas suspensif (article 1526, alinéa 1er du CPC),
- que la saisie est intervenue sur le fondement d'une sentence devenue exécutoire en France,

---

<sup>824</sup> Ph. Fouchard, « *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* », *Rev. arb.*, 1997, p. 329.

<sup>825</sup> Selon la jurisprudence, le jugement d'annulation ne fait pas corps avec la sentence hors du territoire où cette annulation a été rendue (voir l'arrêt Hilmarton, CA Paris, 19 décembre 1991 ou encore l'arrêt Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubaï v. Société International Bechtel, CA Paris, 29 septembre 2005, RG 2004/07635,

[http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=169](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=169).

<sup>826</sup> CA Paris, 1-5, ord., 5 oct. 2016, n°16/09363, Veteran Petroleum Limited c./ Roscosmos, Agence Spatiale Fédérale Russe, Roscosmos corporation d'État, Arianespace, et Fédération de Russie ; CA Paris, 1-5, ord. ; 5 oct. 2016, n° 16/02572, Hulley Enterprises Limited c./ Roscosmos, Agence Spatiale Fédérale Russe, Roscosmos corporation d'État, Arianespace, et Fédération de Russie, *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n° 291b2, p. 52, chronique D. Bensaude.

- que la cour d'appel saisie de l'appel de l'ordonnance d'exequatur a seule compétence pour connaître des griefs à son encontre, comme de l'incidence de l'annulation de la sentence sur l'ordonnance d'exequatur.

Ainsi, au fil des espèces, la jurisprudence a confirmé la règle de droit matériel consacrée par la Cour de cassation dans l'affaire Putrabali selon laquelle la sentence est détachée de l'ordre juridique du siège (la sentence est universelle alors que son annulation et son exécution sont locales), confortant toujours un peu plus l'efficacité internationale des sentences arbitrales :

- déjà dans l'affaire Hilmarton, la Cour de cassation avait posé que « *la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation* »<sup>827</sup> ;
- dans l'affaire Bechtel, la cour d'appel de Paris a invoqué « *les principes fondamentaux de l'arbitrage dans notre pays tels qu'exprimés par les articles 1498 et suivants du nouveau code de procédure civile qui poursuivent l'élimination des obstacles à la circulation internationale des sentences en n'érigant pas l'annulation de la sentence dans l'État d'origine en cause de refus d'exequatur* »<sup>828</sup> ;
- dans l'affaire Putrabali, la Cour de cassation vient parachever cette approche de faveur en la formalisant : « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la*

---

<sup>827</sup> Cass. Civ. 1, 23 mars 1994, Hilmarton c./ Omnium de traitement et de valorisation (OTV), n°92-15137, *Bull. civ.* n° 104, arrêt cité.

<sup>828</sup> CA Paris, 29 septembre 2005, Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubaï v. Société International Bechtel, RG 2004/07635, arrêt cité.

*régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées*»<sup>829</sup>. Système autonome de justice internationale, l'arbitrage n'est pas rattaché à un for étatique : à chaque for de décider s'il accepte ou non telle sentence arbitrale.

Il convient de relever que les articles 1514 et suivants du CPC, portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, sont applicables à la fois aux sentences internationales et aux sentences rendues à l'étranger, quel que soit, pour ces dernières, leur caractère interne ou international<sup>830</sup>. Ainsi, le droit français de l'exécution des sentences, plus favorable que l'article V de la convention de New York, s'applique aux sentences internationales comme aux sentences internes rendues à l'étranger.

De cette évolution de la jurisprudence, confirmée par les textes, la doctrine a conclu au renforcement et à l'autonomisation<sup>831</sup> croissante de la sentence arbitrale internationale, offrant des pistes de réflexion sur les raisons<sup>832</sup> et la portée<sup>833</sup> de ces phénomènes, non sans

---

<sup>829</sup> Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18053, Société PT Putrabali Adyamulia, société de droit indonésien à responsabilité limitée c./ société Rena Holding, anciennement dénommée Est Epices, SA et autres, arrêt cité.

<sup>830</sup> CA Paris, pôle 1, ch. 1, 24 nov. 2011, n°10/16525, Egyptian General Petroleum Corporation c./ National Gas Company, *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2012, chronique D. Bensaude. Voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1, p. 903 et suiv., n° 1564 et suiv.

<sup>831</sup> J-P Ancel, rapporteur des deux arrêts Putrabali, considère que la sentence « *n'est pas le produit d'un ordre juridique (l'arbitre n'a pas de for), elle n'a donc pas de nationalité : elle émane d'une juridiction autonome* ». Dans cette optique, l'autonomie de l'arbitrage rejoint l'autonomie de la clause d'arbitrage international (« *L'arbitrage : une juridiction arbitrale autonome* », *RJDA*, 2007, 883-884. Également : Th. Clay, Ph. Pinsolle, « *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale* », *JDI*, 2015, 13).

<sup>831</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, 2008, n° 23-31.

<sup>832</sup> B. Goldman considère que c'est en vertu de son autonomie que la sentence arbitrale devient un acte du droit international détaché du for étatique (« *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria : l'affaire Norsolor* », *op. cit.*, n° 13).

<sup>833</sup> B. Oppetit se demande si la sentence internationale ne se rattache pas « *à un tiers ordre juridique dont les sujets seraient les opérateurs du commerce international et les règles de la lex mercatoria* » (*Rev. crit. DIP*, 1995, 356 (360), n° 6).

quelques difficultés pour certains à admettre la reconnaissance d'un ordre juridique arbitral autonome<sup>834</sup>.

En conclusion, le juge étatique contribue à conférer à la sentence arbitrale internationale un caractère autonome, la détachant de l'ordre juridique de l'État d'origine : la sentence arbitrale internationale est susceptible d'être reconnue et exécutée dans tout pays d'accueil et ce, même si elle a été annulée dans son pays d'origine. Dans le prolongement de l'autonomie de la convention d'arbitrage, la jurisprudence concourt ainsi elle-même à créer les conditions pour que la volonté privée puisse générer un ordre juridique arbitral autonome<sup>835</sup>.

En distendant le lien entre la sentence arbitrale et l'État du siège, le droit français s'avère être original et peu suivi dans le droit comparé. Si des pays comme les États-Unis, la Belgique ou l'Autriche ont également accueilli des sentences annulées dans le pays du siège de l'arbitrage, ils l'ont fait pour de tout autre motif que la reconnaissance d'un ordre juridique arbitral<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> E. Gaillard théorise la thèse de la multi-localisation de l'arbitrage, justifiant que chaque État puisse bénéficier d'un droit égal à se prononcer sur la validité de la sentence arbitrale internationale (*Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, n° 23-31). L'auteur avance cette solution pour ne pas avoir à reconnaître l'existence d'un ordre juridique arbitral tiers autonome. Cependant, dans les faits, l'évolution de la jurisprudence a suivi la voie affirmée par l'arrêt Putrabali, celle qui consiste non pas à ancrer une sentence arbitrale dans tout ordre juridique qui souhaite l'accueillir, mais à délier la sentence arbitrale des ordres juridiques, en tant que « *décision de justice internationale* ». E. Gaillard finira par faire sien ce point de vue d'un ordre juridique arbitral autonome par rapport aux ordres juridiques étatiques (« *L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité* », Conférence commémorative John E.C. Brierley, *Revue de droit de McGill*, 2010, 891).

<sup>835</sup> E. Gaillard, « *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international* », *JDI*, 2017, 529.

<sup>836</sup> A. Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2006.

## Section 4. Collaboration du juge d'appui

Si le décret du 14 mai 1980<sup>837</sup> faisait déjà du juge étatique l'« *auxiliaire de la justice arbitrale* », à savoir celui qui permet de « *parfaire la volonté des parties* » en consolidant « *l'existence du Tribunal arbitral là où cette volonté risque d'être impuissante* »<sup>838</sup>, la notion de « *juge d'appui* »<sup>839</sup> fait une entrée remarquable dans le CPC avec la réforme issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, qui consacre cette notion. Cette consécration est motivée par plusieurs considérations :

- affirmer l'originalité du droit français de l'arbitrage, caractérisée par l'efficacité de sa procédure qui repose, entre autres, sur une coopération sans faille entre le tribunal arbitral et le juge étatique ;
- identifier clairement le statut et les attributions du juge d'appui dans la procédure arbitrale, dans la mesure où le terme même de « *juge d'appui* » était entré dans le langage commun du droit de l'arbitrage, la jurisprudence y faisant elle-même référence dès 1995<sup>840</sup>. Le nouveau décret énonce clairement la

---

<sup>837</sup> En vertu de ce texte, le juge étatique se voyait investi du statut d'« *autorité du bon secours* », s'impliquant « *sous forme d'interventions légères et sans recours, pour sauver l'arbitrage de morts incidentes accidentelles* ». (Gérard Cornu, « *Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme* », *Rev. arb.*, 1980, spéc. p. 594 et suiv.). Dans cette fonction, le juge étatique était destiné à aider à la constitution du tribunal arbitral (anciens articles 1444 et 1454), à proroger le délai d'arbitrage (ancien article 1456) et à intervenir dans l'hypothèse de la survenance d'une difficulté relative à une abstention ou à une récusation de l'arbitre (ancien article 1463).

<sup>838</sup> J.-L. Delvolvé, « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1980, p. 607-623, spéc. p. 616 et suiv.

<sup>839</sup> Si les résistances ne manquent pas vis-à-vis de cette notion - l'avant-dernier projet de la Chancellerie en novembre 2010 ne comportait toujours pas cette appellation -, le terme finit par s'imposer, notamment parce que ses défenseurs notent que l'institution du juge d'appui ne crée pas un nouvel ordre de juridiction, cette nouvelle fonction étant exercée à titre principal par le président du tribunal de grande instance et désormais, à titre exceptionnel, par le président du tribunal de commerce (*Ibid.* ; E. Gaillard, « *Commentaires* », *op. cit.*).

<sup>840</sup> Le nom est employé par la Cour de cassation depuis 2005 : Cass. civ. 1, 6 déc. 2005, n° 03-13116, *Bull. civ. I*, n° 462, p. 390, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00000705146>.

vocation de ce juge - appuyer, aider, soutenir l'arbitrage tout au long de son déroulement -, alors que l'expression antérieure, « *juge saisi comme en matière de référé* », était difficilement intelligible<sup>841</sup>.

Plus généralement, en établissant un équilibre dans les rapports entre l'arbitre et le juge étatique institué comme juge d'appui de la procédure<sup>842</sup>, la réforme de 2011, comme beaucoup de réformes relatives à l'arbitrage, a pour objectif d'en accroître l'efficacité, voire le prestige.

À lui seul, le juge d'appui manifeste à un double titre la faveur des juridictions étatiques à l'égard de l'arbitrage et ce, d'une part, en ce qu'il constitue une force d'assistance permettant à l'arbitrage d'être pleinement efficace et, d'autre part, en ce que son intervention est la plus restreinte possible afin de ne pas empiéter sur la compétence de l'arbitre, seul chargé du fond litige.

Par ces interventions, positive et négative, le juge d'appui illustre ainsi doublement le repli des juges étatiques en faveur de l'arbitrage.

Il convient de souligner qu'il s'agit effectivement d'un repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* dans la mesure où le juge d'appui a été instauré par la pratique, les articles 1451 et suivants (arbitrage interne) et 1505 et suivants (arbitrage international) du CPC n'étant que la consécration de la pratique prétorienne.

La notion de repli est d'ailleurs parfaitement mise en évidence par les commentateurs du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 qui constatent qu'il est demandé au juge étatique, pourtant évincé de son rôle essentiel de traitement des litiges, à la fois d'intervenir dans un

---

<sup>841</sup> Th. Clay, « *L'Appui du juge à l'arbitrage* », *op. cit.*

<sup>842</sup> Benoît de Roquefeuil et Gwenaëlle Bourge, « *Les enjeux de l'arbitrage pour les contentieux informatiques (2<sup>ème</sup> partie)* », *Gaz. Pal.*, 22 et 23 juillet 2011, p. 13 à 16 ; les mêmes, « *Réforme de l'arbitrage : une opportunité pour les contentieux informatiques* », *Gaz. Pal.*, 23 avril 2011, p. 7.



ordre juridique arbitral qui n'est pas le sien et d'aider l'arbitre qui l'a substitué dans son rôle de juge du fond. C'est ainsi que Thomas Clay a pu considérer que c'était « *comme si on demandait au juge étatique de participer à sa propre spoliation* »<sup>843</sup>.

Le juge d'appui constitue un exemple de repli flagrant de la *jurisdictio* étatique en faveur de l'arbitrage (*favor arbitrandum*). Non seulement le juge d'appui est un organe de juridiction étatique en charge d'aider à la « *spoliation* » des juridictions étatiques (4.1.) mais il s'avère que les juridictions étatiques elles-mêmes veillent à ce que le juge d'appui n'empiète pas sur la *jurisdictio* des arbitres (4.2.).

#### 4.1. Le juge d'appui : organe de juridiction étatique en charge d'aider à la « spoliation » des juridictions étatiques

Le juge d'appui a pour mission de soutenir l'efficacité de l'arbitrage en jouant un rôle d'« *auxiliaire de la justice arbitrale* » chargé de consolider « *l'existence du Tribunal arbitral là où [la] volonté [des parties] risque d'être impuissante* »<sup>844</sup>.

En cela, il s'agit d'une première forme de repli de la *jurisdictio* étatique dans la mesure où si l'arbitrage n'était pas efficace, le litige relèverait *in fine* de la compétence des juridictions étatiques.

Le repli du juge étatique prend ici la forme « *d'interventions légères et sans recours, pour sauver l'arbitrage de morts accidentelles* »<sup>845</sup> : aide à la constitution du tribunal

---

<sup>843</sup> Th. Clay, « *L'Appui du juge à l'arbitrage* », *op. cit.*

<sup>844</sup> J. L. Delvolvé, « *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1980, p. 607-623, spéc. p. 616 et suiv.

<sup>845</sup> Gérard Cornu, « *Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme* », *Rev. arb.*, 1980, spéc. p. 594 et suiv.

arbitral<sup>846</sup>, à la prorogation du délai d'arbitrage<sup>847</sup> et intervention en cas de difficulté relative à une abstention ou à une récusation de l'arbitre<sup>848</sup>.

Le repli de la *jurisdictio* étatique apparaît également dans la « *subsidiarité du juge d'appui* ». En effet, même lorsqu'il s'agit de son rôle d'auxiliaire au service de l'arbitrage, les articles 1453 et 1454 du CPC rappellent que le juge d'appui n'intervient qu'à défaut d'accord entre les parties. Il est intéressant de noter que cette précision (en réalité inutile dans la mesure où, si un accord existe, il n'y a alors pas lieu de faire intervenir un tiers) a surtout pour objet de souligner le caractère subsidiaire du rôle du juge d'appui.

La volonté de repli des juridictions étatiques se manifeste encore lorsque le juge d'appui est en charge du contrôle du respect des grands principes du droit processuel tout au long de l'arbitrage. En effet, c'est bien pour assurer la parfaite efficacité de l'arbitrage et éviter ainsi que le litige ne finisse devant les juridictions étatiques que le juge d'appui intervient pour garantir le respect du procès équitable dont les principes fondamentaux s'appliquent également à la justice arbitrale<sup>849</sup> (égalité des parties, contradiction des débats<sup>850</sup>) mais aussi le respect des principes de procédure du droit arbitral (liberté de principe des parties et des arbitres dans la conduite de la procédure<sup>851</sup>, célérité et loyauté dans celle-ci<sup>852</sup>).

Enfin, l'intervention du juge d'appui pour éviter un déni de justice constitue un acte positif de sa part pour réaliser le repli de la *jurisdictio* étatique sur le fond de l'affaire en ce

---

<sup>846</sup> Anciens articles 1444 et 1454 du CPC.

<sup>847</sup> Ancien article 1456 du CPC.

<sup>848</sup> Ancien article 1463 du CPC.

<sup>849</sup> Article 6§1 CEDH. Voir, X. Boucobza, Y.-M. Serinet, « *Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international* », *JDI*, 2012, p. 41 et suiv.

<sup>850</sup> Article 1510 du CPC.

<sup>851</sup> Article 1509 du CPC.

<sup>852</sup> Article 1464, alinéa 3 et 1506, alinéa 3 du CPC, par renvoi du second au premier.

que, faute de son intervention, l'affaire pourrait revenir aux juges étatiques. Ce volet de l'intervention du juge d'appui se manifeste au travers de toute la jurisprudence sur le risque de déni de justice et l'article 1505 du CPC qui prévoit l'intervention du juge d'appui lorsque « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* »<sup>853</sup> n'est, à cet égard, que la consécration par le législateur de cette jurisprudence et, plus particulièrement, de l'arrêt *NIOC c./ Israël*<sup>854</sup>.

Dans cette affaire, l'État d'Israël et la société de droit iranien National Iranian Oil Company (NIOC) avaient signé un contrat, stipulant une clause compromissoire, relatif à l'exploitation d'un oléoduc. Après la naissance d'un différend, l'État d'Israël ne désignait pas de deuxième arbitre. Le président du TGI de Paris, saisi par la société NIOC en tant que juge d'appui, se déclara incompétent pour désigner un deuxième arbitre pour le compte de l'État israélien, la clause compromissoire ne contenant aucune disposition permettant le rattachement au juge français, ni le siège de l'arbitrage, ni l'application de la loi de procédure française.

En outre, l'impossibilité de faire nommer un arbitre par le juge israélien n'était pas démontrée, ce qui excluait le déni de justice. L'Iran ayant été déclarée État ennemi d'Israël, tout contact avec la société NIOC était désormais interdit par la loi israélienne. Sur recours de la société NIOC, la cour d'appel de Paris retint toutefois sa compétence et impartit un délai à l'État d'Israël pour désigner un arbitre, aux motifs que le droit de la société NIOC de voir soumettre ses prétentions à la juridiction arbitrale choisie par les parties se trouvait dénié et que le juge français était ainsi « *le moins mal placé pour désigner un arbitre* » (la

---

<sup>853</sup> Article 1505, 4° du CPC.

<sup>854</sup> Cass. Civ. 1, 1er février 2005, n° 02-15237 et 01-13742, *NIOC c./ État d'Israël* ; *Bull. civ.*, 2005, I, n° 53 ; *Rev. arb.*, 2005, 695, note H. Muir-Watt ; JCP, 2005, I, 134, obs. J. Béguin ; F. X. Train, *Cah. arb.*, vol. III, 2006, 66 ; *D.*, 2005, 2727, obs. S. Hotte ; *Rev. crit. DIP*, 2006, 140, note Th. Clay ; *RTD com.*, 2005, 266, obs. E. Loquin ; cf. « *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* », Dalloz, p. 151, [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/02\\_15.237\\_635.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html).

clause compromissoire ayant prévu une intervention du président de la CCI<sup>855</sup> de Paris pour désigner le troisième arbitre).

Saisie d'un pourvoi en cassation par l'État israélien aux motifs qu'il n'y avait pas d'attache significative du litige avec la France et que l'éventuel déni de justice ne pouvait conduire qu'à la compétence des juridictions françaises sur le fond du litige mais non pour désigner un arbitre, la Cour de cassation rejeta le pourvoi en estimant que l'impossibilité d'accéder au juge, même arbitral, portait atteinte à un droit relevant « *de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 651 de la CEDH* » et constituait un déni de justice<sup>856</sup> fondant la compétence du TGI de Paris dans la mission d'assistance et de coopération d'un juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral<sup>857</sup>, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France, même quelconque. Ainsi, en réalité, pour maintenir l'efficacité de l'arbitrage et éviter que l'affaire soit *in fine* soumise aux juridictions françaises, la Cour de cassation a retenu l'indice d'un lien plus mince pour rendre le juge d'appui compétent et ainsi maintenir la *jurisdictio* arbitrale (en l'espèce, la compétence du président de la CCI de Paris pour désigner un troisième arbitre).

Le nécessaire rattachement de l'arbitrage avec la France a permis au juge d'appui français d'être, à tout le moins, « *le moins mal placé* » pour apporter son aide à une procédure d'arbitrage paralysée.

---

<sup>855</sup> La CCI est une association de droit français.

<sup>856</sup> Au sens du droit international privé caractérisé par un blocage juridictionnel.

<sup>857</sup> Confirmant ce nouveau chef de compétence internationale du juge d'appui français et une jurisprudence ancienne, TGI Paris, (Ord. Réf), 11 mai 1987, *Silos du Sud-Ouest c/ Sté des Engrais du Bénin*, *Rev. arb.*, 1988, p. 699, note Ph. Fouchard.

#### 4.2. Les juridictions étatiques veillent à ce que le juge d'appui n'empiète pas sur la *jurisdictio* des arbitres

Les pouvoirs du juge d'appui sont restreints et, à cet égard, les juridictions françaises contrôlent rigoureusement, au moyen de l'excès de pouvoir, le caractère subsidiaire du juge d'appui ainsi que son rôle supplétif.

Le rôle du juge d'appui doit par conséquent rester strictement supplétif et ne peut jamais se substituer à l'arbitre pour juger au fond, comme la jurisprudence le réaffirme souvent sur le fondement du « *principe d'autonomie de la juridiction arbitrale* »<sup>858</sup>.

L'arrêt Garoubé de la Cour de cassation en date du 13 décembre 2017<sup>859</sup> est une bonne illustration d'un excès de pouvoir positif par le juge d'appui. Dans cet arrêt, la société Garoubé avait conclu avec l'État du Cameroun un contrat d'affermage, par lequel la société Garoubé se voyait concéder l'exploitation de zones protégées pour y créer un ranch. Le contrat, qui comportait une clause d'arbitrage CCI, ayant été rompu par le Cameroun, la société Garoubé déposait une demande d'arbitrage auprès de la CCI pour résiliation abusive. Or, de multiples contestations apparurent au moment de la constitution du tribunal. Après sept années sans que la moindre sentence valable ne soit rendue, la société Garoubé décida de poursuivre la Cour internationale d'arbitrage de la CCI devant le juge d'appui parisien et

---

<sup>858</sup> Cass. Civ. 1, 13 septembre 2017, *Orion Satellite Communications Inc. (Orion) c./ Federal State Unitary Enterprise Russian Satellite Communications Company (RSCC)*, D (rejet pourvoi c./ CA Versailles, 31 mars 2016), n° 16-16468, *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315m5, p. 23 et n° 315m2, p. 22, chronique D. Bensaude, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035572696&fastReqId=376321000&fastPos=1>.

<sup>859</sup> Cass. Civ. 1, 13 décembre 2017, *Sté Projet Pilote Garoubé c./ CCI*, n° 16-22131 (PB rejet pourvoi c./ CA Paris, 24 mai 2016) ; *Procédures*, 2018, comm. n° 150, L. Weiller ; *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n°GPL313n6, p. 21, chronique D. Bensaude, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036214185&fastReqId=2027911238&fastPos=1>.

ce, pour mauvaise administration de l'arbitrage ayant notamment conduit à une situation de déni de justice, les demandes de la société Garoubé visant tantôt le tribunal arbitral, tantôt le centre d'arbitrage. La société Garoubé reprochait notamment au tribunal arbitral de ne pas s'être prononcé sur ses demandes au cours de ces dernières années, en particulier celle sur la qualification de la rupture et l'identification des préjudices, et, au centre d'arbitrage, d'avoir ordonné le paiement de provisions distinctes et, de manière subséquente, d'avoir considéré comme retirées les demandes non provisionnées.

L'intérêt de cette affaire réside dans le fait que, comme dans l'arrêt NIOC, la situation pouvait être considérée comme constitutive d'un déni de justice et justifier, *a priori*, l'intervention du juge d'appui. C'est ainsi que le juge de première instance, en raison du déni de justice du fait du centre d'arbitrage, avait étendu sa compétence, formulant à l'encontre du centre d'arbitrage des injonctions pour rétablir les demandes<sup>860</sup>.

Mais les juridictions supérieures, considérant que le juge d'appui avait un pouvoir spécial et circonscrit aux difficultés de constitution du tribunal arbitral, estimèrent que le juge d'appui commettait un excès de pouvoir en dépassant ce rôle supplétif.

La cour d'appel de Paris<sup>861</sup> considéra ainsi que le juge étatique avait outrepassé ses pouvoirs, lesquels se limitent aux difficultés de constitution du tribunal et de prorogation du délai d'arbitrage et ne lui permettent pas de se substituer aux organes du centre d'arbitrage dans l'interprétation de son règlement pour censurer ses décisions et l'enjoindre d'en adopter d'autres. Sauf carence de l'institution, le choix de l'arbitrage institutionnel exclut, en effet, l'intervention du juge d'appui pour régler tout incident dont la connaissance est attribuée à l'institution par son règlement, de sorte qu'en cas d'exécution fautive du

---

<sup>860</sup> TGI Paris (Ord. Réf), 16 nov. 2015, Garoubé, n° 15-55644, *D.* 2015 panor., p. 2592, obs. Th. Clay.

<sup>861</sup> CA Paris Pôle 1 - Chambre 1, 24 mai 2016, RG n°15/23553.

règlement par le centre d'arbitrage, le juge compétent est celui du droit commun du contrat et non le juge d'appui. La Cour de cassation rejette, quant à elle, le pourvoi, en rappelant le caractère supplétif, et non général, du pouvoir donné au juge d'appui, par l'article 1505 du CPC, de pourvoir à la constitution du tribunal arbitral en cas de risque de déni de justice.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mars 2017<sup>862</sup> offre un autre exemple de la volonté de limiter les pouvoirs du juge d'appui, au moyen du recours à la notion d'excès de pouvoir positif.

Dans cette affaire, les membres d'une famille s'étaient engagés à céder le capital d'une société à un cessionnaire et avaient conclu une convention de garantie prévoyant l'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) pour tout litige concernant le contrat et la garantie. Le cessionnaire, s'estimant victime d'un dol, avait saisi le CMAP d'une demande d'arbitrage. Deux membres de la famille cédante, dont l'un agissait comme représentant d'un mineur, avaient saisi le président du TGI de Paris pour que la clause soit déclarée nulle et inapplicable à leur égard. Le président du TGI se déclarait incompétent au motif que la clause n'était ni manifestement nulle ni manifestement inapplicable aux parties en cause, mais déclara néanmoins la clause inapplicable à l'enfant mineur de la famille.

La cour d'appel rappelle la compétence supplétive du juge d'appui<sup>863</sup> pour pourvoir à la constitution du tribunal, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas fait choix d'un tiers préconstitué chargé de l'organisation de l'arbitrage, et en conclut que le juge d'appui a excédé (positivement) ses pouvoirs en se prononçant sur le périmètre de l'arbitrage (le règlement d'arbitrage du CMAP prévoyant justement la compétence de la commission

---

<sup>862</sup> CA Paris, 1-1, 21 mars 2017, n°16/11169, M. H et a. c./ Mme B et a., *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 299c5, p. 36, chronique D. Bensaude.

<sup>863</sup> Articles 1453 à 1455 du CPC.

d'arbitrage), et infirme l'ordonnance en ce qu'elle a constaté l'inapplicabilité de la clause à l'enfant mineur.

Les juridictions utilisent également la notion d'excès de pouvoir négatif pour sanctionner l'abstention du juge qui n'assurerait pas l'efficacité de la clause d'arbitrage (par exemple, dans le cas d'une contestation sur le refus, par le juge d'appui, de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral « *au motif de l'existence d'une difficulté sérieuse* »<sup>864</sup>, sur la caducité de la clause compromissoire<sup>865</sup> ou encore sur le refus d'un juge saisi en la forme des référés de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral au motif d'une « *contestation sérieuse* »<sup>866</sup>).

Cette conception du juge d'appui vise à le mettre au service de l'arbitrage, tout en limitant son intervention à la préservation de l'autonomie de la justice arbitrale. Ceci a conduit une partie de la doctrine à se demander si le juge d'appui français, « *fort de tant de pouvoirs et de prérogatives, n'est pas devenu un véritable centre d'arbitrage public* »<sup>867</sup>.

En conclusion, toutes ces évolutions montrent que l'intervention du juge d'appui n'est légitime que dans la mesure où elle permet de préserver l'autonomie de la justice arbitrale, lorsqu'elle n'altère pas l'arbitrage mais en préserve l'efficacité aussi bien au stade de la convention qu'à celui de la sentence. Dans cette optique, l'intervention du juge d'appui

---

<sup>864</sup> Cass. Civ. 2, 8 avril 1998, *G. Doux c/ Sté Fidimesc et autre*, n° 96-16035, *Bull. civ. II*, n° 121 ; *Rev. arb.*, 1998, p. 373, note A. Hory,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007037825>;

Cass. Civ. 2, 3 juin 2002, *Prodim c/ Ocalenn*, n° 00-19458, *Bull. civ. II*, n° 123, *Rev. arb.*, 2002, 679 (2<sup>e</sup> esp.), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046388&fastReqId=1728277613&fastPos=6>.

<sup>865</sup> Cass. Civ. 2, 8 avril 2004, n° 02-16163, *Bull. civ. II*, n° 162 ; *Rev. arb.*, 204, p. 849,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007047872&fastReqId=47918267&fastPos=1>.

<sup>866</sup> CA Aix-en-Provence, 1<sup>e</sup> ch. C, 21 décembre 2017, n° 16/22952, *Intelligence Artificielle Applications (I2A) c/ M. Z, Mme Touvier*, *Gaz. Pal.*, 20 mars 2018, n° 315n9, p. 28, chronique D. Bensaude.

<sup>867</sup> Th. Clay, « *L'Appui du juge à l'arbitrage* », *op. cit.*



pendant la procédure arbitrale apparaît comme une alternative plus douce qu'un recours *a posteriori* devant le juge de l'annulation.

Pour conclure sur le juge d'appui, il convient de relever que si le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 érige le juge d'appui en véritable auxiliaire de l'arbitrage, d'autres composantes de l'institution judiciaire étatique sont mobilisées pour l'aider à accomplir sa mission : il en va ainsi des interventions du juge de l'incompétence (prévue à l'article 1448 du CPC, applicable en matière interne et internationale), du juge des mesures d'instruction, provisoires et conservatoires et du juge d'exécution (article 1449 du CPC, applicable en matière interne et internationale) ou encore du juge de la preuve (article 1469 du CPC).

Outre le juge d'appui, plusieurs juges étatiques collaborent pour éviter le déni de justice :

- le juge du contrôle et du contentieux post-arbitral : qui valide ou non la sentence, qui lui confère ou non force exécutoire ;
- le juge de fond, saisi au principal d'un litige au fond identique à celui soumis aux arbitres : qui se reconnaît ou non compétent, accepte ou non de connaître du fond du litige.

Comme le relève Thomas Clay : « *toute l'institution judiciaire est mobilisée pour aider l'arbitrage à se réaliser* », tout un « *kaléidoscope de juges* » assument des compétences qui « *se complètent et s'ordonnent selon une harmonie qui apparaîtra clairement sans doute davantage en pratique qu'en théorie* ». Il se demande « *si le juge d'appui français, fort de tant de pouvoirs et de prérogatives, n'est pas devenu un véritable centre d'arbitrage public*<sup>868</sup> ».

\*

---

<sup>868</sup> Th. Clay, « *L'Appui du juge à l'arbitrage* », *op. cit.*

### Conclusion du Chapitre 3

Le repli de la *jurisdictio* du juge étatique au profit de l'arbitrage se réalise également à l'occasion du respect dont les juridictions étatiques font preuve aussi bien à l'égard des arbitres eux-mêmes que des sentences arbitrales.

S'agissant des arbitres, cette faveur se manifeste par la consécration de leur fonction juridictionnelle, par l'appréciation bienveillante de leur responsabilité au titre de leur contrat d'arbitre ainsi que par l'assimilation de la sentence arbitrale internationale à une décision de justice internationale.

Sans doute plus significatifs encore sont l'affaiblissement des contrôles des sentences et la limitation de voies de recours, qui marginalisent l'intervention des juridictions étatiques, renvoyée au stade de la reconnaissance et de l'exécution des sentences.

La réforme issue du décret du 13 janvier 2011 offre aux parties la possibilité, en France, de renoncer expressément au recours en annulation (article 1522, alinéa 1 du CPC), l'ordre juridique français n'étant intéressé que lorsqu'il y a exécution de la sentence en France, auquel cas, un appel contre l'ordonnance d'exequatur est exceptionnellement permis (articles 1522, alinéas 2 et 3 du CPC).

Plusieurs voies de recours sont prévues : recours en annulation pour l'arbitrage interne (article 1491 du CPC) ou appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'arbitrage interne et international (article 1522 du CPC), appel pour l'arbitrage interne si les parties se sont réservées cette possibilité (article 1489 du CPC).

À première vue, ces voies peuvent être envisagées comme une manière de rétablir au stade post-arbitral, une fois la sentence rendue, l'équilibre entre les ordres juridiques au profit des juridictions étatiques. Temporairement dessaisies, celles-ci retrouvent *in fine* le

pouvoir de juger leur compétence et peuvent enfin apporter leur contribution à la définition du tracé délimitant le domaine de la justice publique et celui de la justice privée.

En effet, dans son principe, ce report du contrôle étatique de la compétence juridictionnelle générale au stade post-arbitral fait que le juge du contrôle de la sentence est le seul compétent pour connaître de la compétence juridictionnelle générale pour l'État français avec plein pouvoir de juridiction.

Pourtant, en réalité, de fait, la majorité des sentences n'est pas portée à la connaissance des autorités étatiques et le contrôle des juridictions étatiques n'est que potentiellement systématique. Si les juridictions étatiques doivent pouvoir être saisies par les parties et si les voies de recours ouvertes contre la sentence ont un caractère d'ordre public (en dehors de l'exception introduite par l'article 1522 du CPC qui permet, en matière d'arbitrage international, aux parties à une sentence rendue en France de renoncer expressément à tout moment au recours en annulation), le contrôle judiciaire de la sentence au stade post-arbitral n'est pas obligatoire, également soumis aux conditions de recevabilité des voies de recours et des griefs ouverts contre la sentence, lesquels sont de plus en plus restrictifs.

À noter encore que, désormais, l'appel n'est pas une voie de recours de droit commun en matière d'arbitrage, la sentence n'étant pas susceptible d'appel, sauf, en arbitrage interne, et sauf volonté contraire des parties. Qui plus est, le recours en annulation est strictement délimité voire découragé, notamment par le biais d'amendes prévues pour appel abusif. De fait, les annulations des sentences arbitrales sont exceptionnelles. Et lorsqu'une juridiction annule une sentence, elle ne statue sur le fond que « *dans les limites de la mission de l'arbitre* ».

C'est ainsi que l'arbitrage s'affranchit de l'ordre étatique à la faveur de l'autonomie de la volonté des parties, ces dernières s'en remettant à la justice arbitrale. Dorénavant, les parties peuvent fixer leur siège en France et y bénéficier de tous les avantages du droit

français de l'arbitrage, tout en ne subissant pas le contrôle des juridictions françaises sur une sentence relative à un litige qui ne concernerait pas la France.

Même lorsqu'il se déroule en France, l'arbitrage reste en dehors de l'ordre juridique français jusqu'à ce qu'une partie cherche à bénéficier de la force publique française pour assurer l'exécution de la sentence. Avant ce moment, l'arbitrage est entièrement soumis à la volonté des parties, le législateur français ne faisant qu'offrir son soutien à un mécanisme de règlement des différends qu'il estime légitime, sans que ce soutien puisse être confondu avec une quelconque volonté d'immixtion dans un processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé<sup>869</sup>.

Les juridictions publiques ont potentiellement « *le dernier mot* », mais ne peuvent connaître de la sentence que si l'une des parties à l'arbitrage porte la question devant elles. Ce n'est qu'à cette condition et à ce moment-là (recours en annulation dans le cadre d'une demande d'exequatur) que le juge français peut être saisi d'une demande au fond relative au litige ayant été soumis aux arbitres<sup>870</sup>.

Pour conclure sur ce point, si l'État n'est pas dépossédé de sa *jurisdictio*, les juridictions étatiques ont concouru à diminuer leur rôle dans le contrôle et la validation des sentences arbitrales pour n'intervenir que de façon subsidiaire, lorsque les plaideurs n'en sont pas satisfaits<sup>871</sup>.

---

<sup>869</sup> E. Gaillard, « *Commentaire...* », art. cité. ; Ch. Jarrosson et J. Pellerin, « *Le droit français de l'arbitrage après le décret* », *op. cit.*, n° 104, p. 70-72.

<sup>870</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 942 à 944, p. 858-863.

<sup>871</sup> Le juge étatique contrôle la clause de la renonciation au recours en annulation. Par ailleurs, la renonciation au recours en annulation ne supprime pas la nécessité d'obtenir l'exequatur de la sentence pour obtenir son exécution forcée sur le territoire français, ni la possibilité d'interjeter appel de l'ordonnance d'exequatur (article 1522, alinéa 2 du CPC). M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 682 à 684, p. 546-547.

Autre acteur majeur du soutien à l'arbitrage : l'institution du juge d'appui qui vient conforter l'autorité de la juridiction arbitrale.

L'institution du juge d'appui est un grand pas dans la consolidation de l'autorité de la juridiction arbitrale dans la mesure où celui-ci a vocation à faciliter le recours à l'arbitrage, en agissant comme un garant de l'instance arbitrale. Textes et jurisprudence mettent le juge d'appui au service de l'arbitrage, intervenant tout au long de la procédure arbitrale pour lui permettre de se réaliser efficacement. Ainsi, le juge d'appui doit assurer le respect d'un procès équitable, et plus particulièrement l'accès au juge. En matière d'arbitrage international, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 donne compétence au juge d'appui français lorsque « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* » (article 1505 du CPC) et ce, même dans l'hypothèse où le litige en cause serait sans lien avec l'ordre juridique français.

Cette institution du juge d'appui présente un caractère profondément original, puisqu'il s'agit de demander à un juge étatique d'aider l'arbitre, qui lui a été substitué, et ce, sans pouvoir pour autant remplir entièrement sa mission. Pourvu d'une compétence subsidiaire universelle au service de l'arbitrage, le juge étatique doit en effet intervenir sans se substituer à l'arbitre, qui reste le juge des parties, seul investi du pouvoir de statuer sur le fond du litige. Ainsi, l'intervention du juge d'appui n'est légitime que dans la mesure où elle permet de préserver l'autonomie et de renforcer l'efficacité de la justice arbitrale.

Il a pu être dit du juge d'appui qu'il aidait à la « *spoliation* » du juge étatique.

## **Conclusion de la PARTIE II**

L'analyse de la jurisprudence relative à la compétence de l'arbitre et à l'arbitrabilité confirme la bienveillance des juridictions étatiques pour l'arbitrage.

L'appréciation des juges à l'égard des problèmes juridiques relatifs à l'arbitrage est systématiquement favorable et le moindre signe de volonté des parties d'opter pour l'arbitrage suffit à emporter la faveur des juges. Toutefois, le juge se réserve la possibilité de redéployer, si nécessaire, sa *jurisdictio*, ou de manière imagée, la "*griffe de l'État et de la loi*".

Comme il est apparu dans les développements qui précèdent, le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* au profit de l'arbitrage partage un grand nombre de caractéristiques avec le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques au profit de la médiation (et plus généralement des MARD), et, en cela, les replis ou rétractations en faveur de l'un ou l'autre MARC que sont la médiation et l'arbitrage participent du même phénomène de subsidiarisation des juridictions étatiques.

Le repli de la *jurisdictio* des juges en faveur de l'arbitrage est une œuvre jurisprudentielle rendue possible par une approche réaliste et pragmatique des juges et ce, sans qu'aucun texte ne l'ait imposé, ni d'ailleurs n'aurait pu l'imposer.

En effet, les règles conduisant les juridictions à se replier pour laisser la priorité, voire la primauté, aux juridictions arbitrales sont avant tout une œuvre prétorienne, qui a été consacrée, dans un second temps, par les textes, et notamment par la réforme issue du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 qui a repris les principes dégagés par la jurisprudence.

Dans la construction de cette œuvre prétorienne en faveur de l'arbitrage, les juges étatiques ont été animés d'un pragmatisme qui les a conduits à considérer que, dans le commerce international, les normes non exclusivement étatiques pouvaient, pour les parties ayant une activité supra-nationale, être plus respectueuses de leur intention.

L'esprit général des juges à l'égard de l'arbitrage est clairement résumé dans un précepte de la Cour Suprême des États Unis qui, au titre des règles de répartition de compétence entre les juridictions étatiques et l'arbitrage déclare :

*"tout doute concernant la portée des questions arbitrales doit être tranché en faveur de l'arbitrage"<sup>872</sup>.*

Comme il a été vu précédemment, une telle approche est mise en pratique par le principe compétence-compétence (positif et négatif) et l'interprétation qui en est faite, ce principe ayant d'ailleurs un effet dissuasif vis-à-vis des contestations dilatoires.

C'est ainsi que les juridictions étatiques ont pu reconnaître la compétence de l'arbitrage et ce, sans la moindre exigence de forme en faveur de l'option pour ce MARC. Entrent ainsi dans cette catégorie d'options pour l'arbitrage sans exigence de forme les cas dans lesquels l'opposabilité de la clause compromissoire a été reconnue et ce, du seul fait de l'existence d'un groupe de contrats, d'un groupe de sociétés, d'une simple référence à une annexe contenant une clause compromissoire ou encore de l'acceptation tacite de la clause compromissoire.

Il n'est pas sans intérêt de souligner que les juridictions étatiques n'ont pas formulé d'exigences particulières sur le formalisme de "*renonciation à un droit*" que constitue la renonciation au droit d'accès direct à un juge étatique (cas de l'opposabilité des clauses compromissoires), ce qui témoigne une nouvelle fois de leur faveur à leur égard.

En effet, le contrôle sur la compétence sera exercé par les juges étatiques soit lors du recours devant la cour d'appel, soit lors de l'exequatur.

---

<sup>872</sup> Moses H. Cone, *Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 22, 25-26 (1983), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/460/1>, arrêt cité.

Ainsi, l'intervention de la juridiction étatique sera exercée si nécessaire, ce qui illustre la possibilité pour les juridictions étatiques de redéployer, le cas échéant, leur *jurisdictio*.

Le repli des juridictions étatiques au profit de l'arbitrage s'explique en partie, comme pour tous les processus de repli ou de rétractation de la *jurisdictio*, par un *a priori* qui préside au raisonnement des juridictions étatiques et qui permet de systématiser ledit repli ou ladite rétractation. Ce repli en faveur de l'arbitrage répond également à une motivation qui lui est propre et qui est celle de l'objectif d'efficacité, à savoir une efficacité de la procédure ainsi qu'une efficacité au fond.

Le repli des juridictions étatiques au profit de la compétence arbitrale sert tout d'abord un objectif d'efficacité de procédure, plusieurs justifications pouvant en être données :

- il est judicieux de laisser systématiquement la priorité à la compétence de l'arbitrage puisque même lorsque la contestation sur la compétence se poursuit devant les juridictions d'appel, la compétence de l'arbitrage est en définitive très généralement confirmée ;
- compte tenu de cette réalité statistique, il est effectivement plus efficace d'éviter aux parties des "*allers et retours*" inutiles entre les "*ordres*" de juridiction. Du même coup, les moyens dilatoires relatifs aux exceptions de compétences en sont d'autant plus efficacement évités ;
- globalement, cette efficacité qui a permis d'exclure le risque d'aller-retour entre ordres de juridiction est assurée par le jeu du principe compétence-compétence dans ses deux effets combinés "*effet positif*" et "*effet négatif*".

Le repli des juridictions étatiques au profit de la compétence arbitrale sert également un objectif d'efficacité au fond. En effet :



- les parties qui ont fait choix de l'arbitrage (plus généralement les agents économiques du monde du commerce et des affaires) ont en fait exprimé leur intérêt pour des règles et des normes supposées pouvoir être retenues par les arbitres lors de l'appréciation des situations et des différends dont ils ont à connaître. Il s'agit notamment des normes de nature a-légale ou non-étatique (telles la *lex mercatoria* ou les coutumes) auxquelles le monde du commerce a tendance à se référer. À ce titre, la compétence de la juridiction arbitrale qui retient fréquemment ces normes a-légales est directement susceptible de satisfaire l'attente des parties ;
- la recherche d'efficacité au fond est poussée à l'extrême lorsque les juges retiennent une règle matérielle non étatique et écartent la technique du "*conflit de loi applicable*".

Pour parvenir à l'objectif d'efficacité auquel répond la faveur à l'arbitrage des juridictions étatiques et qui ne peut se réaliser que par la systématisation de la priorité accordée à la compétence des arbitres, les juridictions étatiques ont privilégié un raisonnement dont la prémisse est un "*a priori*" en faveur des juridictions arbitrales.

L'*a priori* en faveur de la compétence arbitrale et l'*a priori* en faveur du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* sont les deux faces d'un même raisonnement, comme l'avert et l'envers d'une même pièce.

Tandis que l'*a priori* en faveur du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* revêt un aspect passif, puisque privatif et étant à l'origine d'un raisonnement qui aboutit à un retrait, l'*a priori* en faveur de la compétence de l'arbitrage revêt, quant à lui, un aspect actif, puisque directif et étant à l'origine d'un raisonnement qui aboutit au renvoi à la compétence arbitrale.

Ces concepts d'*a priori actif* et *passif* dans le raisonnement du juge se superposent à l'aspect positif ainsi qu'à l'aspect négatif du principe compétence-compétence qui ont été mis en avant par le professeur E. Gaillard.

Les principes positif et négatif du principe compétence-compétence nomment la règle appliquée pour déterminer la compétence.

Les *a priori actif* et *passif* permettent d'identifier l'élément d'influence qui a conduit le raisonnement juridique à retenir la primauté (ou priorité) de la compétence de l'arbitrage.

L' *a priori actif* à l'origine du raisonnement en faveur de la compétence arbitrale se perçoit nettement lorsque l'on mesure l'extrême faiblesse de l'exigence des juridictions étatiques pour apprécier l'intention des parties d'avoir recours à l'arbitrage (cf. les jurisprudences précitées qui reconnaissent un champ extensif à une clause compromissoire au sein de groupes de sociétés ou de groupes de contrats, alors même que l'adhésion à la clause compromissoire était loin d'être expresse et non équivoque).

L'*a priori passif* à l'origine du raisonnement en faveur du repli de la *jurisdiction* du juge étatique se perçoit nettement lorsque l'on mesure l'extrême faiblesse de l'exigence du juge étatique pour justifier son incompétence (cf. les jurisprudences qui ont considéré que pour se prononcer en faveur de la compétence prioritaire de l'arbitre, le juge étatique devait se contenter d'une apparence de validité de la clause compromissoire pour faire application de l'effet négatif de la règle compétence-compétence).

Le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdiction* est un acte volontaire qui s'inscrit dans une politique assumée de renforcement de l'opposabilité de la clause d'arbitrage. Cette volonté de repli des juges étatiques apparaît de manière indéniable lorsque l'on constate que leurs décisions sont systématiquement en faveur de la priorité de la compétence arbitrale et ce, alors même que les discussions juridiques soutenant, soit la compétence des

juridictions arbitrales, soit celle des juridictions étatiques, opposent des moyens et arguments aussi pertinents des deux côtés.

À titre d'exemple, peut être cité le cas d'une entité étatique qui soulève la nullité d'une clause compromissoire en démontrant que dans son État d'origine elle n'a pas le pouvoir de prendre un tel engagement (défaut de qualité ou défaut de pouvoir viciant, dès l'origine, l'engagement). Dans une telle situation, il faut admettre que le moyen soulevé est sérieux. De la même manière, le moyen contraire selon lequel le droit national d'une partie ne saurait s'opposer à la validité de la clause compromissoire est tout aussi sérieux.

Dans ces circonstances, il pourrait être concevable, qu'en découvrant la sentence ou l'arrêt de la Cour, un certain "*suspense*" se maintienne jusqu'à la fin de la décision pour connaître le sens du dispositif.

Or, la lecture habituelle des décisions relatives au principe compétence-compétence n'offre pas de *suspense* sur le sens de la décision, celle-ci étant systématiquement en faveur de la compétence arbitrale. Dès lors, l'intérêt ne portera que sur le moyen choisi pour soutenir la décision, dont le sens est plus que prévisible.

Pour conclure, toutes ces manifestations de faveur dont fait l'objet l'arbitrage en France, notamment, et souvent, de la part des jurisprudences elles-mêmes, érige l'arbitrage non seulement en une modalité parmi d'autres de règlement des différends mais en un ordre juridique à part entière.

\*

Partant de cette analyse du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdiction* au profit aussi bien de la médiation que de l'arbitrage, il conviendra, dans la dernière partie, de s'interroger sur les effets et les limites du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdiction* : qu'il s'agisse notamment de la stratégie des parties, de la subsidiarité de la loi et

des juridictions, de la dynamique des sources de droit et de normes ou encore du redéploiement de la *jurisdictio* du juge.

### **Partie III – LES EFFETS ET LES LIMITES DU REPLI PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DE LEUR *JURISDICTIO***

Les précédentes parties de la thèse étaient consacrées au phénomène, en tant que tel, du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* au profit des MARC que sont la médiation et l'arbitrage.

Il s'agissait d'identifier le phénomène ainsi que le contexte dans lequel il se réalisait et de s'interroger sur les sources d'influence qui l'avaient inspiré.

Le phénomène identifié, il devenait possible de rechercher les techniques et les raisonnements par lesquels les juridictions fondaient les décisions qui réalisaient le repli de leur *jurisdictio*.

Cerné, observé et apprécié dans sa réalité, le phénomène a révélé son ampleur, celle-ci obligeant désormais à s'interroger sur les conséquences qu'il est susceptible de produire sur la stratégie des parties, sur la subsidiarité des juridictions étatiques et de la loi ainsi que sur la dynamique des sources de droit ou de valeurs.

Nonobstant l'ampleur du phénomène et de ses effets, il convient d'en souligner également les limites au travers de la présentation des interventions d'un type nouveau que sont appelées à accomplir les juridictions étatiques.

Aussi, cette dernière partie sera-t-elle d'abord consacrée aux effets du repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques sur la stratégie des parties (**Chapitre 1**), sur la subsidiarité des juridictions étatiques et de la loi (**Chapitre 2**) ainsi que sur la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs (**Chapitre 3**), avant de terminer par une présentation des limites de ce repli avec le redéploiement de la *jurisdictio* des juges (**Chapitre 4**).

## **Chapitre 1. Effets du repli de la *jurisdictio* étatique sur la stratégie des parties**

Le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques, et avec lui, la faveur grandissante pour la médiation et l'arbitrage se révèlent avoir un impact sur la stratégie même des parties, qui vont, en fonction des éléments en jeu et des spécificités de tel ou tel organe, privilégier un mode de règlement des conflits plutôt qu'un autre et, ce faisant, faire prévaloir telle ou telle norme pour le règlement des conflits.

La diversification des modalités de résolution des conflits, dont chacune mobilise ses propres normes, modes de saisine et/ou moyens, est ainsi susceptible de générer un nouvel élément de stratégie de la part des parties dans le règlement de leurs conflits.

Pour régler ces derniers, les parties peuvent choisir tel organe plutôt que tel autre et, ce faisant, se prévaloir des normes et des moyens privilégiés par l'organe choisi. Ainsi, les parties savent qu'elles peuvent, le cas échéant, régler leur conflit par un accord qui ne doit pas nécessairement s'adosser à une loi. Le fait même pour les parties de savoir que le contrôle de l'application du contrat sera du ressort d'un MARC pourrait même avoir un impact sur certains éléments contractuels qu'elles feront figurer dans leurs accords<sup>873</sup>.

Les développements qui suivent auront pour objectif de mettre en évidence, d'abord pour la médiation (**Section 1**) puis pour l'arbitrage (**Section 2**), les attributs essentiels des solutions aux conflits issues de ces MARC et en quoi ces attributs sont susceptibles d'avoir un impact sur la stratégie même des parties.

---

<sup>873</sup> Des parties pourraient, de manière consciente, faire le choix d'exclure de façon expresse et éventuellement motivée, l'imprévision.

## **Section 1. Pratique de la médiation – Solutions par les normes a-légales (exemple de cas de médiation)**

Il s'agit de montrer, au travers d'une étude de cas, quels sont les attributs essentiels d'une solution à un conflit issue de la médiation, l'identification de ces attributs et l'étude de ce cas permettant de comprendre comment et pourquoi, en fonction des éléments favorables qui peuvent être mobilisés par la médiation, les parties peuvent être amenées à changer de stratégie.

Sera analysé ici un conflit qui a pu trouver, en 2018, par la médiation, une solution fructueuse et complète, cette analyse permettant de mesurer à la fois l'écart entre le résultat d'une médiation et l'offre judiciaire et en quoi la médiation peut, dans certaines situations, permettre de résoudre des conflits autrement insolubles.

L'exposé de la situation de fait (1.1.) sera suivi d'une présentation de la médiation telle qu'elle s'est déroulée (1.2.). Seront ensuite présentés successivement les solutions originales nées de la médiation (1.3.), l'homologation de celle-ci (1.4.) puis les attributs essentiels de la solution issue de la médiation (1.5.).

### **1.1. La situation de fait**

La situation de départ étant extrêmement complexe, aussi sera-t-elle ici simplifiée et ne seront retenus que les faits principaux, eux-mêmes déjà nombreux.

#### **(i) Le bail et le projet économique**

Le conflit opposait un propriétaire (ci-après le "PROPRIÉTAIRE") et un locataire principal (ci-après le "LOCATAIRE").

Le PROPRIÉTAIRE avait décidé d'édifier un grand centre commercial de vente en gros, d'une surface de l'ordre de 50 000 m<sup>2</sup> comportant plus de 300 boutiques et un grand

parking (ci-après le "CENTRE COMMERCIAL"). Le montant du capital investi par le PROPRIÉTAIRE était de l'ordre de 80 000 000<sup>874</sup>.

Le PROPRIÉTAIRE avait conçu cet investissement en fonction d'une proposition de prise à bail que lui avait formulée le LOCATAIRE PRINCIPAL qui lui paraissait crédible et qui avait fait valoir sa connaissance du marché.

En louant l'ensemble moyennant 10 000 000 par an, la valorisation du bien se situait entre 125 000 000 et 166 000 000 (125 000 000 sur la base d'un calcul financier retenant un rendement à 8 % et 166 000 000, en retenant un rendement à 6 %).

Préalablement à la construction, le PROPRIÉTAIRE avait consenti au LOCATAIRE PRINCIPAL un bail principal portant sur la totalité de l'immeuble. Il s'agissait d'un bail commercial de 3, 6 et 9 ans à compter de la date de livraison du CENTRE COMMERCIAL.

Le bail avait été consenti moyennant un loyer annuel de base de 10 000 000 par an, étant précisé que ce loyer principal, ramené au mètre carré, était censé se situer bien en-dessous du prix du marché et ce, selon l'étude faite par le LOCATAIRE PRINCIPAL. Ce loyer principal tenait compte du fait qu'il s'agissait d'un bail portant sur une surface importante ainsi que du fait que le projet reposait sur la possibilité de dégager une différence entre le loyer principal et le sous loyer.

Ce bail commercial était conçu ainsi comme un « *master-lease* », c'est-à-dire qu'il avait pour objet de permettre au LOCATAIRE PRINCIPAL de l'ensemble du CENTRE COMMERCIAL de sous-louer par petits lots chacune des boutiques à des sous-locataires commerçants. Ainsi, il s'agissait pour le PROPRIÉTAIRE de louer l'ensemble à un prix de « *gros* » au

---

<sup>874</sup> À retenir que dans la présentation du cas de médiation en question, l'unité monétaire a volontairement été dissimulée pour accroître la garantie d'anonymat. Cependant, pour se rendre compte des intérêts en jeu, il peut être considéré qu'il s'agit de dollars américains.



LOCATAIRE PRINCIPAL afin que celui-ci le sous-loue à un prix de « *détail* » à des sous-locataires. Le LOCATAIRE PRINCIPAL était fort d'une expérience réussie du même type, dont il se prévalait, dans un environnement géographique voisin.

Le projet du LOCATAIRE PRINCIPAL consistait à sous-louer les locaux par lots moyennant un sous loyer total de 13 000 0000 par an.

Le sous-locataire envisageait donc une marge bénéficiaire de (30 %), à savoir 3 000 000 provenant de la différence entre le loyer principal et les sous loyers (13 000 000 – 10 000 000).

Compte tenu du différentiel entre le loyer principal et le sous loyer, le LOCATAIRE PRINCIPAL était titulaire d'un bail d'une valeur d'actif de l'ordre de 30 000 000 (c'est-à-dire le différentiel de loyer sur la période du bail), outre la capacité bénéficiaire annuelle de 3 000 000.

Outre le « *loyer de base* » ci-dessus indiqué, le bail stipulait un « supplément de loyer », payé d'avance pour les neuf années du bail, d'un montant de 26 000 000 TTC afin, selon les termes du bail, de « *compenser la différence entre le loyer de base [...] et le loyer qui résulterait du marché* ». Ce supplément de loyer était payable en plusieurs échéances au fur et à mesure de l'avancement de la construction du CENTRE COMMERCIAL.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL paya ainsi 21 000 000 pendant la construction de l'immeuble au titre du supplément de loyer, le solde de 5 000 000 faisant l'objet d'un ré-étalement.

Pour tenir compte des travaux intérieurs mis à la charge du LOCATAIRE PRINCIPAL, le PROPRIÉTAIRE avait accepté de consentir une remise du loyer principal sur les 24 premiers mois, ramenant ainsi le loyer principal, pendant cette période, à 9 300 000 par an.

En sus de ce loyer de base, une provision trimestrielle devait être versée trimestriellement et d'avance par le LOCATAIRE PRINCIPAL, d'un montant équivalent à 18 % du loyer de base trimestriel, au titre des charges, impôts, taxes et autres prestations.

Enfin, le LOCATAIRE PRINCIPAL avait également versé un dépôt de garantie équivalent à trois mois de loyer de base.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL avait commencé la commercialisation des boutiques et avait financé « *le complément de loyer* » au moyen des droits d'entrée qu'il demandait aux sous-locataires avant la signature du sous-bail et aux commerçants qui souhaitaient se réserver une option de sous-bail, dits « *réservataires* ». Parmi ces réservataires, un certain nombre d'entre eux, sous des motifs multiples (notamment les retards de travaux ou la consistance définitive des lieux), n'exigèrent pas la régularisation de baux à leur profit, de sorte qu'ils détenaient globalement une créance de 3 500 000 à l'encontre du LOCATAIRE PRINCIPAL au titre du droit au remboursement de leurs « *versements de réservation* ».

En effet, différents retards étaient intervenus dans l'exécution des travaux et les opérations de réception avaient pris du retard, alors même que le LOCATAIRE PRINCIPAL était très avancé dans la commercialisation des lots de boutiques. Dans ces circonstances et afin d'accélérer la livraison du CENTRE COMMERCIAL, le LOCATAIRE PRINCIPAL accepta de payer la moitié des travaux complémentaires nécessaires et paya 1 000 000 à ce titre.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL, toujours pour hâter la fin des travaux, s'engagea également à ce que les travaux d'aménagement à l'intérieur des boutiques soient réalisés en coordination avec ceux du PROPRIÉTAIRE et ce, afin de tout mettre en œuvre pour une ouverture au public du CENTRE COMMERCIAL la plus rapide possible.

Les conditions de livraison firent l'objet de litiges entre les parties sur le point de savoir quelle avait été la date où les travaux étaient suffisamment accomplis pour que les locaux

puissent être considérés comme conformes à l'usage auxquels ils étaient destinés et puissent faire l'objet d'une réception, cette dernière devant faire prendre effet au bail et déclencher l'exigibilité du loyer principal.

## **ii) Le projet réalisé**

À peine après trois années à compter du début du bail et malgré les lourds investissements du PROPRIÉTAIRE et les diligences assidues du LOCATAIRE PRINCIPAL assorties de versements importants, la situation était la suivante :

- le CENTRE COMMERCIAL n'était sous-loué qu'à 60 % ;
- une légère baisse de la consommation avait effrayé les commerçants devenus récalcitrants à investir dans une installation nouvelle ;
- pour rendre le CENTRE COMMERCIAL attrayant, il avait fallu rapidement convaincre un minimum de sous-locataires de s'y installer. Devant cette urgence, le LOCATAIRE PRINCIPAL s'était tourné vers ses amis personnels auxquels il avait demandé qu'ils lui fassent confiance et qu'ils s'installent dans le promoteur CENTRE COMMERCIAL. En outre, le LOCATAIRE PRINCIPAL dut consentir d'importantes remises par rapport au sous loyer envisagé ;
- le montant total des sous loyers ne permettant pas de couvrir le montant du loyer principal, le système générait une perte structurelle et récurrente pour le LOCATAIRE PRINCIPAL en raison tant du nombre insuffisant de sous-locataires que du prix trop bas des sous loyers ;
- le montant de la dette du LOCATAIRE PRINCIPAL à l'égard du PROPRIÉTAIRE passa rapidement à 13 000 000 (solde de loyers, de charges et indemnité compensatrice) ;

- le LOCATAIRE PRINCIPAL ne parvenant pas à payer le loyer, le PROPRIÉTAIRE se trouva, pour sa part, dans l'impossibilité de faire face aux échéances du financement bancaire ;
- le PROPRIÉTAIRE tenta de se dégager de la situation en faisant entrer à son capital des établissements financiers et ce, à un prix assez bas. Cependant, au moment où ces derniers venaient de donner leur accord, certains sous-locataires déclenchèrent une grève des loyers pour tenter d'obtenir de nouvelles remises, ce qui eut pour effet immédiat de conduire lesdits établissements financiers à rétracter leur engagement d'entrer au capital du PROPRIÉTAIRE ;

En résumé, la situation était intenable et catastrophique pour toutes les parties.

Outre les dettes contractées par toutes les parties, la perte de la valeur capitalistique des différents actifs était considérable. Ainsi :

Du côté du PROPRIÉTAIRE :

Compte tenu du loyer que le LOCATAIRE PRINCIPAL pouvait payer :

- la valorisation de l'immeuble n'atteignait pas le montant des investissements ;
- les échéances d'amortissement du prêt bancaire ne pouvaient pas être couvertes.

Du côté du LOCATAIRE PRINCIPAL :

- le bail principal n'avait plus de valeur d'actif ;
- le bail principal n'avait pas non plus de valeur d'exploitation puisqu'il générait des pertes récurrentes.

### iii) Les procédures et leurs conséquences prévisibles

#### Procédures du PROPRIÉTAIRE

Le PROPRIÉTAIRE fit signifier au LOCATAIRE PRINCIPAL un commandement de payer visant la clause résolutoire sur le fondement de l'article L145-41 du Code de commerce puis assigna le LOCATAIRE PRINCIPAL devant le juge des référés aux fins de voir constater l'acquisition de la clause résolutoire.

#### Procédures du LOCATAIRE PRINCIPAL

Le LOCATAIRE PRINCIPAL tenta de créer une résistance à l'encontre du risque d'acquisition de la clause résolutoire en assignant au fond le PROPRIÉTAIRE, aux fins de voir prononcer la résolution du bail et ce, en se fondant sur l'erreur, en invoquant le fait que les budgets prévisionnels ne pouvaient être réalisés dans cet l'immeuble et en demandant le remboursement du « *supplément de loyer* » payé d'avance pour les neuf années du bail d'un montant de 26 000 000 afin de « *compenser la différence entre le loyer de base [...] et le loyer qui résulterait du marché* » (article 1132 du Code civil).

Malgré cette action au fond, le LOCATAIRE PRINCIPAL avait peu de chance d'empêcher le juge des référés de constater l'acquisition de la clause résolutoire puisque, en la matière, le juge ne pouvait que procéder au constat objectif du défaut d'extinction des causes du commandement qui ne laissait au juge, selon une jurisprudence constante<sup>875</sup>, aucune faculté de refuser ce constat.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL ne pouvait sérieusement tenter de demander au juge des référés des délais d'apurement de la dette sur le fondement des articles 145-1 du Code de

---

<sup>875</sup> Dès que la sanction est prévue au bail et que la sanction est visée par la clause résolutoire, le juge n'a pas la possibilité d'écarter la clause et de refuser de constater la résiliation (Voir Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 7 déc. 2004, n° 03-18144, *Bull. civ. III*, N°224 ; *JCP Bull.*, 2005, p. 863, obs. J. Monégier ou encore Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 4 mai 2011).

commerce et 1343-5 du Code civil dans la mesure où, dès la première échéance mensuelle, le paiement n'aurait pu être effectué et ce, en raison du déficit mensuel entre les encaissements des sous loyers et le loyer principal : en effet, le montant de l'échéance mensuelle aurait été insupportable puisqu'il aurait compris le loyer courant augmenté de la portion de la dette étalée. Cela aurait entraîné, dès la première échéance, la déchéance du terme rendant exigible la totalité de la dette et s'en serait suivie la résolution automatique du bail.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL ne pouvait pas non plus prendre le risque de procéder à une déclaration de cessation des paiements lui permettant d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire (article L631-1 et suivants du Code de commerce) aux fins de solliciter un étalement plus long de la dette. En effet, après consultation informelle de Monsieur le Président du tribunal de commerce, il était prévisible que le tribunal de commerce aurait prononcé une liquidation directe en raison du caractère récurrent de la perte et de l'impossibilité pour une juridiction de modifier les termes du contrat de bail.

#### La situation des sous-locataires, constitutive d'un risque majeur

La résiliation du bail principal du fait du LOCATAIRE PRINCIPAL entraînait la résiliation automatique des baux des sous-locataires, ces derniers ne détenant leurs droits que du chef du LOCATAIRE PRINCIPAL.

Pour les sous-locataires qui auraient souhaité rester dans les lieux, ne serait-ce que pour amortir leur pas de porte payé et leurs travaux, la situation était particulièrement dramatique. Le LOCATAIRE PRINCIPAL avait une responsabilité directe à leur égard, une telle responsabilité étant non seulement financière mais aussi morale puisqu'il s'agissait, en grande partie, de personnes que le LOCATAIRE PRINCIPAL avait pu convaincre en raison des relations personnelles qu'il entretenait avec elles.

Pour les sous-locataires qui souhaitaient quitter le CENTRE COMMERCIAL, parce que leur commerce n'était pas rentable, mais qui ne pouvaient pas obtenir de résiliation anticipée en raison des règles des périodes pour délivrer les congés des baux commerciaux, il s'agissait au contraire d'une opportunité. À l'inverse, cette opportunité était crainte par le PROPRIÉTAIRE puisqu'elle aurait eu pour effet de baisser encore d'avantage le taux d'occupation du CENTRE COMMERCIAL.

La situation des « *réservataires* », créanciers de sommes au titre de leur droit au remboursement des sommes versées, était également dramatique en raison de l'impécuniosité du LOCATAIRE PRINCIPAL. Les réservataires considéraient que la nature du versement payé à titre de réservation les fondait à envisager une plainte pénale en cas de défaut de remboursement.

#### Actions judiciaires des établissements financiers

Parallèlement, les établissements financiers qui entendaient se rétracter du projet de participation au capital du PROPRIÉTAIRE lançaient des actions judiciaires.

C'est dans cet état d'enchevêtrement inextricable de conflits que les parties tentèrent une médiation conventionnelle.

#### 1.2. La médiation

Dans cette situation juridique et contentieuse, les conseils des parties ont considéré qu'aucune voie judiciaire ne pouvait parvenir à sauvegarder les intérêts de leur client respectif.

Ainsi, nonobstant les diverses procédures pendantes, les parties sont convenues de confronter leurs points de vue en entamant des discussions dans le cadre d'une médiation

conventionnelle et ce, avec pour objectif de trouver une solution au conflit qui les opposait, ce conflit étant constitué de multiples différends.

Chacune des parties était, à ce stade, en état de blocage psychologique à l'égard de l'autre partie et formulait des griefs importants.

Ainsi :

Le PROPRIÉTAIRE reprochait au LOCATAIRE PRINCIPAL :

- d'avoir contracté un bail principal qu'il ne pouvait pas exécuter et ce, alors qu'il était pourtant le pilier de l'opération globale et que des investissements considérables avaient été réalisés ;
- de ne pas avoir réussi, en n'accomplissant pas les démarches commerciales efficaces ;
- d'avoir laissé une dette importante impayée et de l'avoir laissée s'accroître.
- d'avoir consenti des remises aux sous-locataires pour augmenter le taux d'occupation du centre et ce, faisant, d'avoir rendu impossible l'équilibre financier du « *master-lease* » ;
- d'avoir considérablement amoindri la valeur de l'immeuble, laquelle s'apprécie en fonction d'un calcul financier correspondant à un multiple du rendement locatif.

Le LOCATAIRE PRINCIPAL reprochait au PROPRIÉTAIRE :

- de lui avoir fait subir des retards de livraison de l'immeuble ;
- de ne pas lui avoir suffisamment accordé de remises, alors que celles-ci lui auraient permis de consentir davantage de mesures d'accompagnement aux sous-locataires ;



- de ne pas avoir les moyens d'attendre une amélioration de la situation locative ;
- de ne pas reconnaître le mérite du LOCATAIRE PRINCIPAL qui avait permis le lancement de ce CENTRE COMMERCIAL quasi expérimental et qui était parvenu à créer une valeur économique, certes moins importante que celle espérée, mais néanmoins considérable, en ce qu'elle se rapprochait du budget ambitieux.

Après avoir présenté la méthode du médiateur (1.2.1.), nous détaillerons le processus de médiation (1.2.2.).

### 1.2.1. La méthode du médiateur

La méthode du médiateur, qui constitue le *comment* de la médiation, est un élément essentiel du cheminement (processus) de la médiation. En effet, pour comprendre *pourquoi* les parties aboutissent à une solution originale, il faut d'abord comprendre le *comment*<sup>876</sup>.

La première réunion, qui avait pour objet d'exposer la situation au médiateur, fut très difficile, les parties se trouvant dans un conflit strictement patrimonial qui, dans l'analyse du médiateur, renvoie à un conflit « *Patrimoine contre Patrimoine* ».

Le médiateur a donc eu pour objectif, lors des réunions suivantes, de mettre en œuvre les techniques de médiation destinées à faire changer l'approche même des problèmes et des litiges de manière à ce que :

---

<sup>876</sup> C'est dans cet esprit que, pour expliquer le fil conducteur de ses recherches, l'helléniste Jacqueline de Romilly soulignait que « *le pourquoi ne se lit jamais avec évidence qu'à travers un comment*<sup>876</sup> » (*Pourquoi la Grèce*, Paris, édition de Fallois, 1992). Cette citation est l'occasion de faire aussi référence à la démarche scientifique de Jacqueline de Romilly qui peut avoir une certaine ressemblance avec celle adoptée dans la présente thèse en ce que, à partir de faits tous connus et individuellement expliqués, elle a recherché et dégagé une source et une trajectoire dans lesquelles les faits naissaient et s'inscrivaient pour prendre une importance spécifique, puis s'enchaînaient pour finalement créer et imposer un système complet.

- le rapport entre les participants à la séance de médiation puisse devenir une relation « *Humain à Humain* » ;
- les parties prennent conscience que les problèmes qu'elles rencontraient leur étaient communs.

L'objectif de la mise en place du rapport « *Humain à Humain* » consiste à parvenir à faire mesurer à chacune des parties en médiation l'importance que la situation peut avoir pour l'autre en termes non seulement économiques mais aussi humains. Ce faisant, chacune des parties prend conscience de la difficulté dans laquelle, à l'occasion du même évènement, l'autre se trouve.

Dès lors que la conscience d'une communauté d'intérêts dans le traitement du problème commence à naître, le problème devient un problème commun. La volonté initiale d'imputation de la faute à l'autre laisse place à la conscience de la difficulté de l'autre et de la communauté d'intérêts dans la recherche de solutions. Psychologiquement, les parties ne se trouvent plus alors en opposition « *face-à-face* », mais se ressentent « *côte-à-côte* » pour faire face au problème. Le problème est alors perçu comme provenant d'une force extérieure à chacune des parties et comme s'opposant de la même manière à chacune d'elles.

Dès lors que la discussion est parvenue à créer un climat dans lequel chacune des parties a perçu la personne humaine qui partageait le problème avec elle, la nature des arguments avancés a radicalement changé passant d'un caractère purement objectif, juridique et financier à un caractère subjectif, personnel, voire sentimental.

Chacune des parties met en avant le drame personnel vécu par elle du fait de l'échec économique du projet. Ainsi :

- le dirigeant de la société PROPRIÉTAIRE fit part de la perte de confiance de sa famille à son égard ainsi que de l'échec du projet familial qu'il avait imaginé en prévoyant l'embauche de ses enfants dans la société ;
- le dirigeant de la société LOCATAIRE PRINCIPALE fit état de son investissement personnel pendant trois ans, de la souffrance endurée pendant les négociations ainsi que de ses difficultés psychologiques à supporter les griefs tous azimuts et sans fondement des locataires (qui prétendaient payer trop cher, que le centre n'était pas suffisamment occupé, etc.). Il ressentait cette situation comme particulièrement injuste et comme étant d'autant plus insupportable qu'il avait consacré trois ans de sa vie à ce projet, au terme duquel, il était finalement le seul à se trouver ruiné.

Le médiateur eut recours à la technique de « *l'écoute active*<sup>877</sup> » pour faire en sorte que les parties racontent la genèse de l'opération et se remémorent les relations de confiance qu'elles avaient entretenues au départ pour pouvoir envisager une opération commune d'une telle envergure.

C'est à cette phase que le processus psychologique de la médiation<sup>878</sup> a, semble-t-il, opéré.

Quelles sont les spécificités de ce processus psychologique et en quoi consiste-t-il ? Ici, les parties ne se trouvaient pas en situation de négociation<sup>879</sup>, mais en situation de médiation, dans laquelle elles étaient invitées à dialoguer pour évoquer les relations qu'elles

---

<sup>877</sup> L'écoute active est un concept développé à partir des travaux de Carl Rogers (1902-1987) dont *Le Développement de la personne*, 1961, Paris, Dunod, 2005.

<sup>878</sup> W. R. Evarts, J. L. Greenstone, G. Kirkpatrick, S. C. Leviton, *Winning through Accommodation : The Mediator's Handbook*, Dubuque IA, Kendall/Hunt, 1984 ; B. Chouvier et al., *Les Processus psychiques de la médiation : Créativité, champ thérapeutique et psychanalyse*, Paris, Dunod, coll. « *Inconscient et Culture* », 2012.

<sup>879</sup> Comme elles auraient pu l'être dans le cadre d'une conciliation menée par un conciliateur cherchant à amener les parties à une solution médiane et rationnelle.

avaient entretenues ainsi que les éléments qui avaient fondé la confiance mutuelle qu'elles s'étaient accordées.

Chaque partie mit ainsi en avant les risques pris dans l'affaire, ses mérites, la qualité de l'exécution de la part qui lui incombait, les contingences et aléas de la vie économique ainsi que le manque de concertation après la dernière phase de construction de l'immeuble, chacune des parties ayant considéré, à ce moment-là, qu'elle n'était plus responsable de l'exécution des obligations de l'autre partie.

Malgré la nature strictement économique et l'enjeu financier de l'affaire, les thèmes de la discussion et le vocabulaire que les parties ont employé au cours des réunions de médiation se sont avérés être strictement subjectifs<sup>880</sup>, illustrant la spécificité du processus psychologique de la médiation.

Les mots, prononcés d'ailleurs sur des tons divers au cours des réunions, ont fini par permettre à chacune des parties d'apercevoir et de mesurer la situation humaine de l'autre et les parties ont fini par se convaincre mutuellement non seulement de la possibilité d'entreprendre une démarche commune à l'encontre de toutes les contingences qui leur étaient extérieures mais également de la probable efficacité d'une telle démarche.

Un reliquat de confiance a fait jour et, sur cette base, les parties ont convenu que, sous réserve de contrôles réguliers et méthodiques, elles pourraient associer leurs efforts pour travailler ensemble à la solution de tous ces conflits.

Après plusieurs séances de médiation, il apparut et fut ainsi admis que :

---

<sup>880</sup> Ce vocabulaire était strictement subjectif et psychologique : « *confiance* », « *mépris* », « *reconnaissance* », « *considération* », « *vexation* », « *mérite* », « *honneur* », « *équité* » « *injuste* »...

- les règles de droit, abstraites par nature, ne seraient d'aucun recours pour gérer et sauver une situation aussi complexe ;
- les décisions judiciaires ou arbitrales ne trancheraient que les seules questions juridiques, laissant entières les questions pratiques ;
- la confiance mutuelle passée n'était pas aussi indue qu'il avait été prétendu aux premiers rendez-vous ;
- les problèmes semblaient communs aux parties et il était, par conséquent, judiciaire qu'ils soient traités en commun ;
- les intérêts des parties apparaissaient, en définitive, plus liés qu'antagoniques.

#### 1.2.2. Le processus de médiation

Durant trois mois, cette médiation s'est déroulée sous la forme de réunions plénières, de réunions privées (caucus), d'entretiens téléphoniques, de réunions du médiateur avec les conseils de chacune des parties (experts comptables, avocats, commissaires aux comptes), l'objectif poursuivi étant de pouvoir parvenir à la rédaction d'un protocole d'accord transactionnel. À cette fin, et pour permettre le contrôle du texte du protocole par leurs conseils respectifs, les parties sont convenues de lignes directrices de leurs accords dans un acte intitulé « *Mémoire des accords intervenus* ».

Les parties se sont ensuite réunies à plusieurs reprises pour convenir des modalités pratiques permettant l'exécution du « *Mémoire des accords intervenus* », le médiateur ayant, à cette occasion, tenu de nouveau des réunions avec les conseils des parties et ce, pendant cinq mois.

S'agissant du médiateur, il devait permettre aux parties d'avancer dans les discussions et ce, sans que leurs avocats respectifs aient le sentiment d'avoir démerité pendant la phase où les négociations menées sous leur égide avaient échoué.

### 1.3. Les solutions originales nées de la médiation

Dans le cadre de la médiation, les parties sont parvenues à un accord global mettant fin à l'ensemble de leurs litiges, organisant les modalités de relations futures, prenant en compte d'une manière extrêmement pratique et approfondie les détails et les conséquences de chaque disposition et conférant à chaque partie des garanties d'exécution.

Ainsi, outre le fait qu'elles se sont mises d'accord pour mettre fin amiablement et de manière anticipée au bail principal, les parties sont convenues en particulier :

- que le PROPRIÉTAIRE verse au LOCATAIRE PRINCIPAL une indemnité transactionnelle de 13 000 000, dont les parties sont convenues du régime de la TVA (l'indemnité permettant aussi d'éteindre la créance des « *réservataires* ») ;
- que le PROPRIÉTAIRE offre aux sous-locataires de nouveaux baux dans les mêmes termes et conditions ;
- que le PROPRIÉTAIRE consente l'abandon des créances détenues à l'égard du LOCATAIRE PRINCIPAL au titre de la conclusion, de l'exécution ou de la résiliation du bail principal (17 000 000) ;
- que le LOCATAIRE PRINCIPAL cède au PROPRIÉTAIRE les créances qu'il détient à l'égard des sous-locataires au titre de la conclusion, de l'exécution ou de la résiliation des baux de sous-location (loyers, pas de porte, charges dues par les sous-locataires) ;

- que le LOCATAIRE PRINCIPAL obtienne, dans les conditions définies et moyennant rémunération par le PROPRIÉTAIRE, l'accord des sous-locataires pour la conclusion d'un nouveau bail commercial ou pour la poursuite d'un bail dérogatoire ainsi que l'arrêté contradictoire du compte locatif de chacun des sous-locataires ;
- le transfert des dépôts de garantie payés par les sous-locataires ;
- le traitement de dettes particulières et le traitement des dépôts de garantie ;
- le traitement de la répartition des taxes foncières ;
- l'adoption d'une communication commune entre les parties à l'égard des tiers et des sous-locataires ;
- l'accord d'accompagnement dans la gestion du centre pour une période de six mois avec transfert des fichiers informatiques permettant le suivi et les « *reports à nouveau* » des comptes de loyers ;
- la rémunération du preneur pendant son accompagnement ;
- la transmission des archives ;
- l'abandon par le bailleur des créances qu'il détient à l'égard du preneur au titre de la conclusion, de l'exécution ou de la résiliation du bail principal,

étant précisé que l'opportunité et la validité économiques et juridiques des solutions trouvées par les parties ont été appréciées par leurs conseils respectifs.

#### 1.4. L'homologation

Les parties sollicitèrent conjointement l'homologation du protocole d'accord de médiation auprès du tribunal de commerce, en application des dispositions du CPC (articles 1528 à 1531, article 1534, articles 1565 et 1566)<sup>881</sup>.

Le protocole fut homologué et fut ensuite exécuté sans aucune difficulté.

---

<sup>881</sup> **Article 1528** : Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats.

**Article 1529** : Les dispositions du présent livre s'appliquent aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction.

Ces dispositions s'appliquent en matière prud'homale sous les réserves prévues par les articles 2064 du code civil et 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative.

**Article 1530** : La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

**Article 1531** : La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.

**Article 1534** ; La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres.

**Article 1565**

L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée.

Le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes.

**Article 1566**

Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties.

S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision.

La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse.



### 1.5. Les attributs essentiels de la solution issue de la médiation

Il ressort du cas précédemment analysé que la solution issue de médiation présente les attributs essentiels suivants : elle est à la fois complète et fructueuse.

#### Une solution complète

Le litige comportait un grand nombre de facettes qui ont toutes été résolues dans le cadre de la médiation. Ainsi, malgré la complexité du litige, il a été possible d'aboutir à une solution complète grâce à un investissement réel de chacune des parties pour faire aboutir les solutions qu'elles avaient élaborées.

Il convient de noter que les éléments factuels qui ont été pris en compte et traités dans le cadre de la médiation ont été plus nombreux et de nature plus variée que les éléments de fait qui auraient pu être considérés pertinents pour exposer les problèmes devant une juridiction.

#### Une solution fructueuse

À l'issue de la médiation, chacune des parties a obtenu plus qu'elle n'aurait pu espérer au début de son conflit avec la partie adverse.

La solution issue de la médiation est, par ailleurs, d'autant plus fructueuse que, le fait que les parties en aient été les auteurs, y adhèrent et s'y investissent évite tout risque d'inexécution.

#### Solution emblématique de l'esprit de la médiation

La solution trouvée s'est révélée emblématique de l'esprit de la médiation, dans la mesure où :

- les adversaires se sont transformés en partenaires ;

- il n'y a eu aucune difficulté d'exécution (alors qu'il s'agissait pourtant d'une exécution longue et difficile) et ce, en particulier parce que la solution émanait des parties elles-mêmes ;
- la solution trouvée n'aurait pu être ni organisée ni atteinte par un jugement, dans la mesure où un jugement aurait dû trancher les questions juridiques du litige en faisant un gagnant et un perdant et, dans le cas d'espèce, en faisant deux perdants. Il en aurait été de même pour l'arbitrage dont la fonction consiste également à trancher un litige ;
- la solution ne pouvait pas non plus être issue d'une simple conciliation, dans la mesure où, en l'occurrence, les demandes étaient totalement antinomiques et s'excluaient réciproquement (rupture ou continuation du bail), de sorte que la démarche d'un conciliateur<sup>882</sup>, qui consiste à essayer de rapprocher les parties sur l'objet des demandes telles qu'exprimées en termes juridiques et telles que chiffrées en termes économiques (le conciliateur invite les parties à « *faire ou concéder un pas sur les demandes* »), aurait, ici, été vaine et ce, d'autant que chaque partie éprouvait des rancœurs et des frustrations à l'encontre de l'autre partie lorsqu'elle constatait sa propre situation et ses propres droits.

Malgré ces circonstances, dans lesquelles chaque partie considérait que son préjudice était irrémédiablement constitué et n'allait qu'en s'aggravant du fait de son cocontractant, la médiation a instauré de longs débats directs entre les parties qui ont permis, pour chacune en ce qui la concerne, de faire valoir son mérite dans la construction de l'actif querellé ainsi que la considération humaine qui lui était due en raison de son mérite.

---

<sup>882</sup> Cette démarche est naturelle et logique lorsqu'il s'agit de négocier un montant ou une valeur.

La médiation a permis aux deux parties de mesurer, à travers les mots de l'autre, d'une part, le drame humain qui se jouait en parallèle de la gravité économique de la situation et, d'autre part, la confiance qui pouvait être mise dans une solution constructive.

C'est dans ces circonstances et après de longs entretiens organisés par le médiateur que les parties ont totalement dépassé le conflit initial et leurs demandes pour se découvrir partenaires et construire ensemble une solution très positive de « *gagnant-gagnant* ».

## **Section 2. Pratique de l'arbitrage - Solutions par les règles non étatiques**

Il s'agira ici de mettre en lumière la spécificité de certaines normes substantielles de la jurisprudence arbitrale (2.1.), afin de comprendre en quoi la spécificité de ces normes arbitrales est susceptible d'avoir un impact sur la stratégie des parties (2.2.).

### 2.1. Spécificité des normes substantielles de la jurisprudence arbitrale

La présentation de la spécificité des normes substantielles de la jurisprudence arbitrale permet de mesurer en quoi, dans la perspective d'un conflit qui se poserait en termes strictement juridiques ou non, une partie peut avoir intérêt ou au contraire redouter l'arbitrage. Quelles sont précisément ces normes spécifiques à l'arbitrage susceptibles d'avoir un impact sur la stratégie des parties, voire même peut-être sur le comportement de parties qui, ayant fait d'emblée le choix de l'arbitrage, savent qu'elles ne pourront échapper à la spécificité de ses normes ?

Parmi ces normes spécifiques à l'arbitrage, certaines découlent directement de grands principes moraux (2.1.2.), tandis que d'autres sont issues de règles a-légales et transnationales (2.1.3.). Compte tenu de l'existence d'un lien direct entre une norme et sa

source, il convient, avant même de présenter les normes spécifiques de l'arbitrage, d'examiner la spécificité de leurs sources (2.1.1.).

### 2.1.1. Spécificité des sources de création des normes arbitrales

Les normes arbitrales résultent de sources de création qui sont particulièrement originales, cette originalité ayant un impact direct sur la spécificité des normes arbitrales elles-mêmes. Quelles sont ces sources particulières, véritables moteurs originaux de créations de normes et de critères d'appréciation spécifiques ? Peuvent être citées : la référence directe aux grands principes faisant consensus (2.1.1-1), les références aux règles étatiques ou interétatiques (2.1.1-2), l'inspiration des normes a-légales (2.1.1-3), l'héritage de la culture de l'arbitrage (2.1.1-4) ainsi qu'une « *interpénétration* » de sources (2.1.1-5).

#### 2.1.1-1 La référence directe aux grands principes faisant consensus

Le premier moteur original de création des normes arbitrales réside dans la manière extensive par laquelle les arbitres font directement appel aux grands principes du droit et de l'équité ou de la morale.

En effet, les arbitres peuvent trancher en se référant directement aux grands principes du droit et de l'équité sans avoir à retenir une loi étatique particulière. N'ayant, par définition, pas de for, les arbitres ont tendance à se référer fréquemment aux grands principes du droit et de l'équité, dont de nombreuses lois étatiques particulières apparaissent n'être que des déclinaisons. L'autorité et la valeur des références arbitrales sont assises sur le consensus.

Cette pratique, qui procède d'un dépassement par les arbitres des limites du for, permet de comprendre le large usage que ces derniers font des concepts de bonne foi ou

d'équité. Il s'agit bien là d'une spécificité de l'arbitrage et ce, même si ces notions existent également expressément dans certaines lois étatiques<sup>883</sup>.

Cette même observation permet aussi de comprendre comment l'usage direct et systématique de grands principes peut avoir généré des jurisprudences arbitrales originales qui, sans se référer à un droit étatique, ont fait autorité, telle que celle relative à l'estoppel qui, en réalité, n'est qu'une application directe du principe de bonne foi.

#### 2.1.1-2 Références aux règles étatiques ou interétatiques

Le second moteur de création de normes spécifiques de l'arbitrage réside dans la capacité des arbitres à retenir ou à s'inspirer de toutes règles étatiques (ou interétatiques), dès lors qu'elles semblent mieux adaptées à la situation<sup>884</sup>.

Ainsi, les références à la *common law* sont fréquentes.

#### 2.1.1-3 L'inspiration des normes a-légales

Le troisième moteur de création de normes spécifiques de l'arbitrage réside dans l'inspiration qui peut être tirée des normes a-légales, traditionnellement admises et reconnues par les parties qui font habituellement le choix de l'arbitrage.

Ainsi, l'article 1511 du CPC, sacralisant une pratique constante, dispose que l'arbitre « *tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ».

Pour illustrer cette source de normes a-légales peuvent être citées les références à la *lex mercatoria*.

---

<sup>883</sup> Par exemple, en droit français, l'article 1104 du Code civil dispose que : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

<sup>884</sup> À cet égard, l'article 1511 du CPC (qui définit le régime général de l'arbitrage international) prévoit-il expressément que l'arbitre choisit « *les règles de droit [...] qu'il estime appropriées* ».

#### 2.1.1-4 L'héritage de la culture de l'arbitrage

Parmi les moteurs de création de normes originales de l'arbitrage peut être mentionnée une psychologie particulière de l'équité qui caractérise les arbitres et qui provient probablement de la culture même de l'arbitrage.

Cette psychologie particulière de l'équité qui infuse l'arbitrage résulte probablement d'une empreinte culturelle qui s'est forgée et renforcée au fil du temps, sans doute, d'une part, sous l'influence des affaires qui ont été jugées en amiable compositeur<sup>885</sup> et sans doute également, d'autre part, par le fait que les sentences sont, en principe, sans recours<sup>886</sup>. Cette approche des faits directement à l'aune de l'équité n'a pu être développée de la même manière ni avec la même ampleur au sein des juridictions étatiques, ces dernières n'étant pas, à notre connaissance, souvent saisies en amiables compositeurs, malgré la faculté offerte aux parties par la loi de conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur (articles 12 et 58 du CPC).

#### 2.1.1-5 Une « *interpénétration* » de sources

Enfin, la spécificité des normes arbitrales réside dans leur « *interpénétration* », laquelle accroît leur spécificité.

En effet, les arbitres peuvent choisir telle référence dans une loi étatique parce qu'elle convient mieux à la situation mais aussi en repousser telle autre sur le fondement de la bonne foi.

---

<sup>885</sup> L'article 1478 du CPC dispose que : « *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* ».

<sup>886</sup> Par le passé, les renonciations à recours étaient fréquentes et, actuellement, par principe, les sentences ne sont pas susceptibles d'appel.

## 2.1.2. Normes spécifiques de l'arbitrage par référence directe aux grands principes moraux

Figurent parmi les normes spécifiques de l'arbitrage par référence directe aux grands principes moraux : la bonne foi (2.1.2-1), l'équité (2.1.2-2) ainsi que la morale et l'éthique (2.1.2-3).

### 2.1.2-1 La bonne foi

Différents auteurs<sup>887</sup> ont relevé le rôle particulièrement « *dynamique* » conféré au principe de bonne foi dans l'arbitrage, ce principe jouissant en effet d'une large présence dans les appréciations des juridictions arbitrales.

Ainsi, les tribunaux arbitraux ont notamment déduit du principe de bonne foi (ou l'y ont rattaché) :

- (i) la règle de la responsabilité pour faute<sup>888</sup>, ou encore,
  
- (ii) le concept de l'imprévision ainsi que le droit à la renégociation d'un contrat international et ce, bien avant que l'imprévision ne soit reconnue par le droit français<sup>889</sup>.

En effet, à partir de 1987, les tribunaux arbitraux ont fait preuve d'une certaine créativité, en acceptant, dans différentes sentences, l'adaptation du contrat aux circonstances imprévues et ce, sur le fondement de la bonne foi. Ainsi, dans une

---

<sup>887</sup> P. Mayer, « *Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce international* », 1993 ; F. Campagnola, « *Bonne foi et loyauté en droit des contrats* », 16/09/2016, <https://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html>.

<sup>888</sup> Sentence CCI n° 3131, Norsolor, 26 octobre 1979.

<sup>889</sup> Article 1195 du Code civil, issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

affaire CCI 4661-1987, le tribunal arbitral<sup>890</sup> affirme-t-il que la *lex mercatoria* « donne effet à la théorie de l'imprévision, qui procède du principe que la règle *pacta sunt servanda* trouve sa limite dans le principe supérieur de bonne foi » et qu'il est « manifestement contraire à la bonne foi et, partant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée ».

Dans le même esprit, dans une autre affaire, un tribunal arbitral a considéré que « le principe *pacta sunt servanda* se devait d'être conçu comme *pacta sunt servanda bona fide* »<sup>891</sup>, une autre sentence allant même plus loin en affirmant que « c'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur un plan financier »<sup>892</sup>.

C'est encore l'appréciation de la bonne foi qui a permis aux juridictions arbitrales de prendre une position ferme dans les cas fréquents dans lesquels sont invoqués un défaut de pouvoir ou de capacité pour tenter de se soustraire à la clause compromissoire. Tel fut le cas dans la sentence *Framatome*<sup>893</sup> de 1982 où les arbitres ont considéré que :

« L'État d'Iran, en application d'un principe généralement reconnu encore aujourd'hui dans les relations interétatiques ou privées, ne peut se décharger de la clause compromissoire acceptée dans le contrat par l'Organisation de l'énergie atomique d'Iran ».

De la même manière, dans une sentence de 1988<sup>894</sup>, dans laquelle les sociétés défenderesses prétendaient que les dispositions des articles 251 et 260 du Code de

---

<sup>890</sup> Sentence CCI 4661-1987, JDI, 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin.

<sup>891</sup> CCI 5953-1989, Kluwer, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1986-1990, commentaires Yves Derains.

<sup>892</sup> Sentence rendue en 1975 dans l'affaire CCI no 2291, JDI, 1976, p. 989, obs. Y. Derains.

<sup>893</sup> Affaire *Framatome SA c. Atomic Energy Organization of Iran (AEOI)*, CCI n° 3896, sentence sur la compétence du 30 mars 1982.

<sup>894</sup> Affaire CCI n° 5103, JDI, 1988, p. 126, obs. A. Alvarez.



procédure civile tunisien interdisaient aux entreprises publiques qu'elles étaient de se soumettre à l'arbitrage et en déduisaient la nullité des clauses compromissaires qu'elles avaient souscrites, les arbitres, après avoir constaté que cette mesure d'interdiction ne s'appliquait pas aux défenderesses<sup>895</sup>, ont souligné :

*« qu'il serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit pourtant en parfaite connaissance de cause ».*

### 2.1.2-2 L'équité

Bien que les juges étatiques aient à tenir compte de l'équité lorsqu'ils ont à connaître d'un contrat<sup>896</sup>, la tendance à se référer expressément à l'équité est bien plus significative chez les arbitres<sup>897</sup>.

Ce phénomène se traduit par la « *tendance des arbitres à donner à l'équité une place non négligeable dans leurs décisions* »<sup>898</sup> et ce, en dehors même des cas dans lesquels ils sont amenés à intervenir en qualité d'amiables compositeurs.

C'est sur ce fondement de la bonne foi et de l'équité que les arbitres de la célèbre sentence *Norsolor*<sup>899</sup> ont permis la réparation d'un préjudice, en faisant le choix d'appliquer

---

<sup>895</sup> Sa portée se limitait à l'État et aux collectivités publiques.

<sup>896</sup> L'article 1194 du Code civil dispose en effet que : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* » (Nous soulignons)

<sup>897</sup> Cela tient notamment à la « *tendance naturelle des arbitres, juges d'un litige isolé, à donner à l'équité une place que les tribunaux étatiques se refusent, au nom de la sécurité globale du système qu'ils ont la charge de mettre en œuvre, à faire aussi belle.* » (P. Mayer, *op.cit.*).

<sup>898</sup> F. Campagnola, *op.cit.*

<sup>899</sup> Sentence rendue en 1979 dans l'affaire CCI no 3131, *JDI*, 1981, p. 920, obs. Y. Derains, *Rev. Arb.*, 1983, p. 530, *YCA*, 1984, p. 109.

la *lex mercatoria* plutôt qu'un droit étatique, les arbitres s'expriment dans les termes suivants :

*"Conformément au principe de bonne foi qui inspire la lex mercatoria internationale, le Tribunal a recherché si, dans la présente espèce, la rupture du mandat était imputable au comportement de l'une des parties et si elle avait causé à l'autre un préjudice qui serait ainsi injustifié et dont l'équité imposerait alors qu'il soit réparé".* (Nous soulignons)

Souvent plus difficile à discerner dans les sentences arbitrales, l'équité y transparaît parfois comme un éventuel correctif à la mauvaise foi d'une des parties. Si les arbitres n'ont pas toujours la possibilité de « *se référer directement à l'équité, il suffit de déplacer le problème sur le terrain de la psychologie du créancier ; dès lors qu'il ne renonce pas de lui-même à l'exercice de ses prérogatives, alors que cela conduit à un résultat contraire à l'équité, il révèle sa mauvaise foi ; or les conventions doivent s'exécuter de bonne foi* »<sup>900</sup>. C'est ainsi que dans une sentence de 1989<sup>901</sup>, les arbitres ont considéré que le fait pour un acheteur de marchandises de remettre en cause, au motif d'un retard d'une seule livraison, toutes les livraisons successives, allait au-delà de la gravité de l'inexécution dont l'acheteur était victime, rappelant que :

*« La lex mercatoria, sur l'application de laquelle les parties se sont entendues, exige que les contrats soient exécutés de bonne foi. Ce principe exige que l'acheteur ait choisi la sanction la plus appropriée après avoir mis le vendeur en demeure ».*

### 2.1.2-3 La morale et l'éthique

Dans certaines affaires, des arbitres ont retenu soit la morale, soit "*l'ordre public international*" sous-tendu par l'éthique, pour rejeter l'application de législations nationales dont l'objet était pourtant de moraliser les relations d'affaires.

---

<sup>900</sup> P. Mayer, *op.cit.*

<sup>901</sup> Affaire CCI no 5904, JDI, 1989, p. 1107, obs. A. Alvarez.

Il en a été ainsi, par exemple, dans une sentence rendue par la CCI en 1982<sup>902</sup>.

Dans cette affaire, une société grecque avait saisi les arbitres sur le fondement d'un contrat d'agent et ce, alors même que la législation iranienne, dans le but d'éviter les pots de vin, frappait d'illicéité tout contrat d'agent pour l'obtention de marchés publics en Iran.

Bien que la *lex contractus* (loi française) n'interdisait pas le contrat d'agent, la CCI a considéré " *que l'illicéité du contrat résultait tant du droit français que du droit iranien et de la moralité dans les affaires internationales.*" (Nous soulignons)

Ainsi, le conflit a-t-il été apprécié à l'aune de la morale au-delà de toute législation étatique. D'ailleurs, Emmanuel Gaillard souligne que, dans cette affaire, les législations étatiques (loi iranienne ou loi française) n'avaient pas été le critère déterminant et relève que dans l'ordre juridique arbitral, la constatation que le droit choisi par les parties contrevient aux valeurs fondamentales de la communauté internationale, suffit aux arbitres pour faire prévaloir des valeurs morales sur les dispositions de la *lex contractus*.

Cette décision n'est nullement inspirée par la sympathie que pourraient avoir les arbitres pour une législation étatique moralisatrice des affaires mais est uniquement inspirée par le respect d'une valeur éthique internationalement admise.

Pour se convaincre de ce que la norme éthique retenue n'est pas celle d'une législation, il peut être fait référence à une affaire dans laquelle la norme éthique l'a emporté sur une loi étatique anticorruption (loi de police).

Ainsi, dans l'affaire précitée opposant la société de droit anglais Hilmarton à la société de droit français Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), la sentence rendue à

---

<sup>902</sup> Sentence de 1982, CCI n°3916, JDI. 1984, P.930 citée par E. Gaillard dans *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, op.cit.*, 2008, p. 176

Genève<sup>903</sup> a annulé le contrat de conseil pour violation à la législation algérienne, laquelle interdisait les contrats d'intermédiaire et ce, alors que le droit suisse avait été choisi par les parties et que celui-ci n'interdisait pas les intermédiaires.

À noter cependant que cette sentence a été annulée par la cour de justice du canton de Genève au motif que :

*« la norme algérienne interdit toute intervention d'intermédiaire [...] même en l'absence de pot de vin, [...] elle constitue une mesure prohibitive trop large de nature protectionniste destinée à assurer un monopole à l'Etat sur le commerce extérieur. Au regard du droit suisse, une telle norme représente une lourde atteinte à la liberté de contracter des individus et ne peut, à défaut d'activités qui seraient qualifiées de douteuses en Suisse, passer, sur le plan éthique, avant les principes généraux et fondamentaux du droit liés à la liberté contractuelle. »* (Nous soulignons)

Ainsi, l'éthique internationale est un critère indépendant qui doit être apprécié par les arbitres comme une norme indépendante de toute législation étatique et sans que la moralité de la loi d'un État puisse être un élément déterminant.

### 2.1.3. Normes issues des règles a-légales et transnationales

À défaut de droit applicable au fond désigné par les parties, les arbitres appliquent au fond du litiges les normes qu'ils estiment « *appropriées* »<sup>904</sup>.

La notion de règles estimées « *appropriées* » donne une grande liberté aux arbitres dans la désignation du droit applicable : l'étendue des sources de droit substantiel et des règles de droit applicable aux litiges par les juridictions arbitrales dépasse donc celle des juridictions étatiques, lesquelles se limitent aux seules lois étatiques. Cette faculté des

---

<sup>903</sup> Tribunal arbitral suisse, 17 avril 1990, Rev. Arb, 1993, p. 322 (citée par E.Gaillard, *ibid*).

<sup>904</sup> L'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CCI dispose ainsi que : « *Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées* ».

arbitres d'appliquer les normes qu'ils estiment appropriées leur permet d'appréhender des règles internationales et transnationales (partagées par un grand nombre de droits), dès lors que leur contenu est matériellement en adéquation avec la relation juridique en cause<sup>905</sup>. Les arbitres sont ainsi libérés de la contrainte des droits nationaux et font application d'un droit qu'ils élaborent eux-mêmes.

C'est d'ailleurs ce qu'a estimé le Tribunal fédéral suisse qui a considéré en 1994 que le contrôle exercé en Suisse sur une sentence devait porter sur l'ordre transnational ou universel incluant « *les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé* »<sup>906</sup>.

Après avoir souligné la spécificité des normes arbitrales provenant des « *usages du commerce* » (2.1.3-1), nous étudierons la façon dont l'arbitrage à recours à des principes de droit étatique (Common Law) (2.1.3-2).

#### 2.1.3-1 La spécificité des normes arbitrales provenant des « *usages du commerce* »

La valeur conférée aux usages par le droit de l'arbitrage est supérieure à celle que peuvent leur conférer les juges étatiques, ces derniers ne pouvant d'ailleurs juger uniquement sur ces usages.

Plus spécifiquement, dans l'arbitrage international, il est en effet possible de donner à l'arbitre le pouvoir d'appliquer la *lex mercatoria*, c'est-à-dire l'ensemble des usages du

---

<sup>905</sup> E. Loquin, *op.cit.*,

<sup>906</sup> Tribunal fédéral suisse, 19 avril 1994, *Westland Helicopters Ltd.*, ATF, 120, II, 155.

commerce international et des principes généraux du droit applicables aux relations commerciales internationales<sup>907</sup>.

Les usages commerciaux en eux-mêmes sont fréquemment invoqués par les juridictions arbitrales et il transparaît des sentences que ces usages y ont une force plus grande que celle que peuvent leur donner les juges étatiques. Ainsi, dans un arrêt *Fougerolle* de 1981, la cour d'appel de Paris<sup>908</sup> avait déclaré, pour confirmer un jugement ayant rejeté l'opposition à ordonnance d'exequatur d'une sentence, fondée sur le fait que les arbitres, bien que n'étant pas amiables compositeurs, s'étaient référés, pour statuer « *aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international* »,

« *qu'il [résultait] des énonciations de la sentence que les arbitres [s'étaient] référés à un usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence* »

et

« *qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit, les arbitres ont statué dans les termes du compromis* ».

Pour rejeter, par arrêt du 9 décembre 1981, le pourvoi formé contre cet arrêt, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation<sup>909</sup> a énoncé :

« *qu'en se référant 'aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international' les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient [...] de définir le droit applicable à l'accord conclu* ».

C'est par une conception large des usages commerciaux que les arbitres ont pu y inclure le principe *pacta sunt servanda*<sup>910</sup> ou même, l'existence d'un devoir de coopération,

---

<sup>907</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1443 et et suiv., p. 813 et suiv.

<sup>908</sup> CA Paris, 1ère Ch. suppl., 12 juin 1980.

<sup>909</sup> Cass. Civ. 2, 9 décembre 1981, arrêt *Fougerolle*, n°80-15306,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007008429>.

<sup>910</sup> Sentence CCI n°1717 / 1792, J.D.I. 1974.890 ; sentence CCI n° 12456 rendue en 2004.

remarqué par Pierre Mayer<sup>911</sup>, dans une sentence de 1985<sup>912</sup> par laquelle les juges ont estimé qu'il :

*« est opportun d'établir que parallèlement aux dispositions légales des différents droits nationaux existent dans le domaine spécifique du commerce international, des usages et principes de coopération qui s'imposent à tous les opérateurs économiques du commerce international ; les parties à un contrat ont le devoir implicite de coordonner leurs efforts pour une coopération et exécution ponctuelle de leurs obligations ; ainsi se multiplient les obligations d'informer, de renseigner, d'assister et de se concerter. »*  
(Nous soulignons)

Ainsi, les usages du droit commercial constituent pour les arbitres une véritable source de droit exclusive de toute appropriation par les juges étatiques et sont communément compris comme étant des règles de la *lex mercatoria*, ordre juridique du commerce international. La jurisprudence de la Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette spécificité de la conception du droit du commerce international avec un arrêt *Compania Valenciana* du 22 octobre 1991<sup>913</sup>, par lequel elle s'est prononcée sur un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait jugé que l'arbitre, tenu de rechercher le droit applicable au fond du litige, avait statué conformément à sa mission « *en décidant d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce international dénommé Lex Mercatoria* ».

La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif :

*« qu'en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission [...] ».*

---

<sup>911</sup> P. Mayer, *op. cit.*

<sup>912</sup> Sentence rendue en 1985 par trois arbitres siégeant à Paris (non publiée), citée par S. Jarvin, "L'obligation de coopérer de bonne foi", in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, publ. CCI no 440/1, p. 167.

<sup>913</sup> Cass. Civ. 1, 22 Octobre 1991, arrêt *Compania Valenciana de Cenestos Portland SA*, n°89-21528, *Bull. civ.*, I, n°275, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007027310>.

Peu importe le choix d'un droit applicable, national, international voire transnational par les parties ou non, l'arbitre doit tenir compte « *dans tous les cas, des usages du commerce* » lesquels peuvent, à défaut de choix par les parties, être désignés par le tribunal arbitral s'il estime ces règles « *appropriées* »<sup>914</sup> à la résolution du litige.

Selon la terminologie employée par le Professeur Eric Loquin<sup>915</sup> :

*« Le concept d'appropriation de la règle de droit doit être appréciée sous un angle purement fonctionnel. Elle induit un jugement sur la fonction de la règle. Sera jugée appropriée la règle dont le contenu est matériellement en adéquation avec la relation juridique. Si la règle a pour finalité le règlement d'une relation économique internationale, elle doit être préférée à la règle conçue pour régir les relations internes à un Etat. En matière commerciale internationale, la règle appropriée sera toujours la règle matérielle internationale spécialement faite pour régir la relation internationale litigieuse. »*

#### 2.1.3-2 Le recours à des règles transnationales, *Common Law*

Les juridictions arbitrales ont également pu s'inspirer des différents systèmes juridiques pour en tirer des règles normatives adaptées aux relations commerciales et, ainsi, composer leur droit du commerce international. Des notions du droit des pays de *common law* notamment ont été adoptées, voire adaptées, par les juges arbitraux. Il en va ainsi de l'estoppel **(i)** ou encore de l'obligation de minimiser son dommage **(ii)**.

---

<sup>914</sup> Article 1511 du CPC (relatif à l'arbitrage international) : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.* »

<sup>915</sup> E. Loquin, étude sur « *L'arbitrage : entre droit et équité* »,

[www.iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/General%20Reports/General%20Report%20-%20Loquin%20-%20I%27arbitrage%20entre%20droit%20et%20équité.pdf](http://www.iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/General%20Reports/General%20Report%20-%20Loquin%20-%20I%27arbitrage%20entre%20droit%20et%20équité.pdf).



- (i) L'estoppel : de l'estoppel au devoir de loyauté procédurale et la question de la loyauté de la preuve

Certains auteurs<sup>916</sup> ont notamment relevé le principe anglo-américain de l'estoppel, retenu par les arbitres dans la sentence *Golshani* de 1993<sup>917</sup>, dans les termes suivants :

*« que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ».*

Il est à noter que cette notion avait déjà été reconnue, dès 1971, par les juridictions arbitrales<sup>918</sup> leur permettant ainsi d'écarter une loi étatique en la jugeant incompatible avec l'ordre public international (entendu ici comme réellement international et comprenant notamment les principes fondamentaux de la *lex mercatoria*<sup>919</sup>), tout en s'appuyant sur la jurisprudence française en la matière<sup>920</sup>. Ainsi, aux termes de la sentence CCI précitée, rendue en 1971 dans l'affaire n°1939 :

*« L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole ».*

---

<sup>916</sup> P. Mayer, *op.cit.* ; X. Boucobza et Y-M. Serinet, « La loyauté de la preuve dans l'arbitrage », *Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 27 août 2019.

<sup>917</sup> Cass. Civ. 1, 6 juillet 2005, n° 02-15912, *Golshani c./ Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, *Bull. civ.* 2005, I, n° 302, arrêt cité.

<sup>918</sup> Sentence CCI, affaire 1939/71, Genève, rendue en 1971, citée par Y. Derains dans *Rev. arb.* 1973, 145 et par B. Goldman dans « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives*, 2019 ».

<sup>919</sup> B. Goldman, *ibid.*

<sup>920</sup> Cf. notamment Cass. Civ. 1, 2 mai 1966, *Galakis*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1967, 553, note Goldman : « *Que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat [international] et que, par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite par une personne morale de droit public, la Cour d'appel (...) a légalement justifié sa décision* ».

## a) De l'estoppel au devoir de loyauté procédurale

Cette sentence illustre bien le phénomène d'acculturation juridique, dont l'arbitrage international est un puissant vecteur<sup>921</sup>. Par son rattachement au principe de bonne foi universellement partagé et son utilité aux besoins du commerce international, les juridictions arbitrales ont élevé la règle de l'estoppel au rang de principe général du droit et ce, en gommant ses spécificités d'origine pour soumettre les parties à un devoir de loyauté procédurale qui va au-delà de l'estoppel et de l'alinéa 3 de l'article 1464 du CPC<sup>922</sup> applicable à l'arbitrage interne et, par extension, à l'arbitrage international. Ce devoir de loyauté - qui permet d'éviter qu'une partie ne s'abstienne de soulever des irrégularités de la procédure arbitrale pendant le cours de celle-ci dans le but de se les réserver pour critiquer la sentence ultérieurement - met à la charge des parties une véritable « *duty to speak* » devant l'arbitre et en garantit le respect. Cette obligation de loyauté procédurale trouve une illustration dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 19 décembre 2012<sup>923</sup> aux termes duquel :

*« En retenant, d'abord, que dès le début de la procédure d'arbitrage de second degré, la société italienne a eu le loisir de constater que tous les arbitres étaient français et que la liste des arbitres de la chambre arbitrale de Paris ne précisait pas pour chacun d'eux leurs employeurs, ensuite, que s'agissant d'un arbitrage corporatif, la société italienne ne pouvait ignorer que les arbitres, ou certains d'entre eux, pouvaient avoir des liens professionnels, enfin, qu'elle s'est abstenue de demander leur récusation alors que le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage auquel elle a adhéré la prévoit, se bornant cinq jours avant le prononcé de la sentence à exciper d'un vent de rumeurs, la cour d'appel en déduit exactement, sans inverser la charge de la preuve, que la société italienne, en excipant tardivement de griefs dont elle n'établit pas qu'elle n'en aurait pas eu ou pu avoir connaissance antérieurement, a manqué à son obligation de loyauté procédurale, de sorte qu'elle est irrecevable à critiquer la sentence en reprochant aux arbitres un manquement à leur obligation de révélation. »* (Nous soulignons)

---

<sup>921</sup> B. Oppetit, Philosophie de l'arbitrage commercial international, JDI 1993, p. 811.

<sup>922</sup> Article 1464, alinéa 3 du CPC : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* ».

<sup>923</sup> Cass. Civ. 1, 19 déc. 2012, n°10-27474, Sté Rocco Guiseppa E Figli Spa c/ Sté Agralys, F-PBI (rejet pourvoi c/ CA Paris, 7 oct. 2010),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026815168>.

## b) La loyauté de la preuve

En revanche, et de manière surprenante, est finalement assez peu évoquée la loyauté sur son habituel terrain de prédilection, à savoir celui de la preuve. Il est tentant d'y voir le signe d'une évidence qui est la suivante : par principe, les parties sont tenues, en matière d'arbitrage, de participer de bonne foi et de manière coopérative aux phases successives de la procédure. Bien qu'elle soit rarement énoncée expressément dans les conventions internationales ou les législations nationales, cette exigence constitue un aspect fondamental des conventions d'arbitrage et une conséquence implicite des conventions et législations pertinentes<sup>924</sup>.

Comment cette question de la loyauté de la preuve pendant l'instance arbitrale se règle-t-elle ? Si, en arbitrage interne, le tribunal arbitral peut adresser une injonction à une partie de produire un élément de preuve qu'elle détiendrait « *selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte* »<sup>925</sup>, en matière d'arbitrage international, l'utilisation de la contrainte s'avère, en revanche, plus problématique. C'est pourquoi les règles édictées par la pratique prévoient d'autres formes de sanctions. Ainsi, dans l'hypothèse où, sans raison satisfaisante, une partie ne fournit pas les documents réclamés « *le tribunal arbitral peut en déduire que ce document est contraire aux intérêts de cette partie* »<sup>926</sup>. En outre, si le tribunal arbitral estime qu'une partie n'a pas agi de bonne foi dans

---

<sup>924</sup> X. Boucobza et Y-M. Serinet, « *La loyauté de la preuve dans l'arbitrage* », *Actualités du droit*, 27 août 2019.

<sup>925</sup> Article 1467 du CPC.

<sup>926</sup> Article 9.5 des règles de l'IBA (International Bar Association) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international de 2010 : « *Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne produit pas tout Document à l'égard duquel une autre Partie a formulé une Demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout Document dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le Tribunal Arbitral peut en déduire que ce Document est contraire aux intérêts de cette Partie* ».

l'administration de la preuve, ou plus largement en cas de comportement procédural déloyal, il peut en tenir compte dans l'allocation des coûts de l'arbitrage<sup>927</sup>.

**(ii)** L'obligation de minimiser son dommage

Les arbitres ont adopté le principe d'une obligation pour le créancier de minimiser son dommage en cas d'inexécution. Cette norme, originaire du droit de Common Law, a été retenue par l'arbitrage, notamment dans une sentence de 1972<sup>928</sup>, dans les termes suivants :

*« Que, depuis cette date, A aurait dû s'efforcer de nouer de nouvelles relations, pour tenter de compenser le dommage résultant de la fin de son contrat avec B ;*

*Que A n'apporte pas la moindre justification de telles démarches ; qu'il paraît toutefois raisonnable et équitable de penser que si A les avait entreprises, elle aurait pu diminuer, de moitié, le préjudice résultant de la rupture susdite. »*

2.2. Impact de la spécificité des normes substantielles de la jurisprudence arbitrale sur la stratégie des parties

Il est difficile de comparer avec précision une décision rendue par une juridiction arbitrale (dans ses motifs et son dispositif) avec une décision qui aurait pu être rendue dans les mêmes circonstances, par une juridiction étatique, dans la mesure où :

---

<sup>927</sup> Cf. « *Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties* », issu de *Cahiers de l'arbitrage* - n°1 - page 99, par Elie Kleiman, Avocats au Barreau de Paris, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Shaparak Saleh, Avocats au Barreau de Paris, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 01/01/. Le Nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit d'ailleurs en son article 37 que pour fixer les frais de l'arbitrage, « *le tribunal arbitral peut tenir compte des circonstances qu'il estime pertinentes, y compris dans quelle mesure chacune des parties a conduit l'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût* ».

<sup>928</sup> Sentence CCI n°2103, 1972.

- par définition, il s'agit d'une hypothèse sans fréquence suffisante pour valider une comparaison (il peut néanmoins exister des cas où, après avoir prononcé la nullité d'une sentence arbitrale, une cour d'appel rejuge des faits et accorde un montant de dommages intérêts différent de celui prononcé par la sentence arbitrale) ;
- le caractère confidentiel de la plupart des sentences arbitrales empêche d'avoir un réel accès aux éléments complets d'une instance.

Malgré la difficulté de mesurer d'une manière précise les différences susceptibles d'exister pour des faits comparables entre une décision rendue par une juridiction étatique et une sentence arbitrale, il est logique que la spécificité des normes arbitrales ait nécessairement des conséquences sur la stratégie même des parties dans le cadre de la défense de leurs intérêts particuliers à l'occasion d'un conflit et ce, aussi bien au regard du droit procédural (2.2.1.) qu'au regard des règles substantielles (2.2.2.).

#### 2.2.1. Stratégie des parties au regard du droit procédural

Le contentieux nourri relatif à la validité ou non des clauses compromissoires donne à penser que si une partie tente d'échapper à l'application d'une clause compromissoire c'est bien parce qu'elle préfère être jugée par une juridiction qui fera application de la loi étatique, différente de la norme arbitrale.

Pour une autre partie, il s'agira, au contraire, de soutenir la validité d'une clause compromissoire ou d'en taire les éventuelles fragilités, justement pour échapper à la rigueur d'une loi étatique donnée.

Dans les deux cas, les deux parties seront bien inspirées de veiller à ce que les arguments qu'elles soulèvent au stade de la discussion de la validité de la clause

compromissoire ne les exposent pas à se voir opposer l'estoppel, à un stade ultérieur, si la validité et l'applicabilité de la clause compromissoire devaient être admises.

### 2.2.2. Stratégie des parties au regard des règles substantielles

Selon la position qui est la sienne (vendeur, acheteur, fabricant, donneur d'ordres...), une partie pourra soit préférer l'application d'une loi étatique, soit, au contraire, estimer qu'une règle susceptible d'être retenue par une juridiction arbitrale serait plus à même de servir ses intérêts.

À cet égard, l'existence même de nombreuses lois étatiques prévoyant des sanctions plafonnées et forfaitaires - plus rassurantes que l'appréciation « *au cas par cas* » d'une juridiction arbitrale - permet de comprendre facilement l'intérêt qu'une partie pourrait avoir à préférer l'application d'une loi étatique (ce qui, *a contrario*, ne sera, le plus souvent, pas le cas pour l'autre partie). Il en va, par exemple, ainsi :

- de l'appréciation de la responsabilité relatives aux « *ruptures brutales des relations commerciales établies* » pour lesquelles la partie à l'origine de la rupture peut désormais se sentir sécurisée par la législation française. En effet, depuis l'ordonnance n°2019-359 en date du 24 avril 2019, le droit français plafonne à dix-huit mois le délai du préavis qu'il appartient à l'auteur de la rupture de consentir à l'autre partie (article L. 442-1. II du Code de commerce). Ainsi, alors qu'avec le droit français, l'auteur d'une rupture de relations commerciales assortie d'un préavis de dix-huit mois ne peut plus désormais être inquiété (au moins sur le terrain de la rupture brutale), une juridiction arbitrale, non tenue par la loi française, pourrait estimer insuffisant un préavis de dix-huit mois et prononcer, par conséquent, de lourdes condamnations, en s'inspirant d'une règle qu'elle considèrerait plus appropriée telle la loi italienne qui fait entrer ce type de rupture

dans la catégorie plus générale des résiliations de mauvaise foi ouvrant droit à des dommages intérêts lourds et sans plafond ;

- de la sécurité qui résulte désormais de la loi française concernant l'appréciation des délais de l'action résultant des vices rédhibitoires, depuis qu'avec la réforme du 25 mars 2009, le délai pour agir est fixé à deux ans par l'article 1648 du Code civil, tandis qu'une appréciation fondée sur d'autres règles pourrait retenir un délai sujet à controverse tel que le « *bref délai* ».

Par ailleurs, l'intérêt pour une partie de s'opposer à l'arbitrage peut être fondé sur sa crainte (ou son intérêt) à voir une règle substantielle d'arbitrage s'appliquer ou sur la prise en considération de critères auxquels la juridiction, selon les « *ordres juridiques* », pourrait être plus sensible. Pour illustrer cet aspect, le sujet de l'imprévision peut être cité puisqu'en effet, avant la réforme de 2016 du Code civil<sup>929</sup>, la notion d'imprévision était admise devant les juridictions arbitrales alors que la notion était incertaine devant les juridictions étatiques qui faisaient une application de l'ancien l'article 1134 du Code civil dans la ligne de l'arrêt dit « *canal de Craponne* » du 6 mars 1876<sup>930</sup> (même si les arrêts « *Huard* », Cass. Com. 3 novembre 1992<sup>931</sup> et « *Chevassus Marche* », Cass. Com. 24 novembre 1998<sup>932</sup>, en avaient assoupli la rigueur).

---

<sup>929</sup> Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, chaque partie à un contrat peut désormais en demander la renégociation à son cocontractant, sous réserve que soient réunies les conditions de l'article 1195 du Code civil, à savoir un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, rendant son « *exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ».

<sup>930</sup> Cass. Civ., 6 mars 1876, 06-03-1876, D. 1876, 1, p193, note Giboulot, [https://www.doctrine.fr/d/CASS/1876/DE1876030601#decision\\_title-text](https://www.doctrine.fr/d/CASS/1876/DE1876030601#decision_title-text).

<sup>931</sup> Cass. Com. 3 novembre 1992, Huard, pourvoi n° 90-18547, JCP G 1993, II, 22164, obs. G. Viramassy ; RTD Civ 1993, p. 124 s., obs. J. Mestre ; Defrénois 1993, p. 1377, obs. JL Aubert, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029915>.

<sup>932</sup> Cass. Com. 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-18357, D. 1999, IR p. 9 ; Contrats, conc., consomm. 1999, Comm. n°56, obs. M.Malaurie-Vignal ; Defrénois, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.Y. Gautier,

L'analyse par les parties des différentes normes susceptibles de s'appliquer ou non à leurs différends, selon que celui-ci sera ou non soumis à l'arbitrage, aura un impact immédiat sur l'intérêt de chacune des parties à se prévaloir ou non de la clause compromissoire, notamment lorsque celle-ci ne figure, dans le cadre d'une chaîne de contrats, que dans un seul d'entre eux.

Relève également de la stratégie des parties la réflexion qu'il convient de mener sur la rédaction de la clause compromissoire ainsi que sur l'opportunité même de celle-ci.

Quant à l' "*a priori*" en faveur des juridictions arbitrales dont font preuve les juridictions étatiques, il est lui-même de nature à avoir un impact sur la stratégie de défense des parties en conflit.

Telle partie peut aussi bien considérer que soulever des contestations à l'encontre de la compétence arbitrale devient une position vaine et ce, quel que soit leur sérieux et être ainsi amenée à considérer qu'elle aura injustement à subir la procédure arbitrale.

À l'inverse, telle autre partie peut trouver un moyen dilatoire facile lorsqu'elle soulève devant le juge étatique la compétence de la juridiction arbitrale et ce, en alléguant le moindre moyen de rattachement à une clause compromissoire<sup>933</sup>.

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040987&fastReqId=1680412071&fastPos=1>.

<sup>933</sup> Il pourrait d'ailleurs être légitime de s'interroger sur la notion de parfaite efficacité de la procédure régie par le principe compétence-compétence, dans ses effets positif et négatif, lorsque la jurisprudence rend les juges si prompts à considérer efficace le moindre indice de rattachement à la compétence arbitrale.



## Conclusion du Chapitre 1

Les normes et valeurs retenues par les MARC et que les parties considèrent pouvoir faire valoir dans le processus de MARC ouvrent une vision stratégique pour la défense de leurs intérêts.

Les parties peuvent sérieusement espérer que les aspects humains prennent un droit de cité plus important dans le cadre d'une médiation que dans une procédure judiciaire et il en est de même dans l'arbitrage où les parties peuvent espérer que l'équité et l'usage du commerce fassent l'objet d'une appréciation particulièrement privilégiée.

Les illustrations des résultats très satisfaisants pour les parties dans le cadre des MARC et qui, en toute hypothèse, n'auraient pu être produits par l'application de la loi démontrent l'efficacité des "*normes*" et de la démarche a-lécales.

Il faut souligner que le premier aspect fondamental de cette démarche réside dans son volet consensualiste. Dans le cadre d'une médiation, les parties acceptent de parler librement et, de fait, admettent que puissent entrer, dans le champ de cette médiation, des échanges, des faits et des normes qui dépassent le litige. Dans l'arbitrage, les parties, en choisissant leurs arbitres, la procédure et la loi applicable réduisent considérablement les risques d'étonnement, voire d'incompréhension, devant la décision qui interviendra.

Ces réalités conduisent à penser que l'aspect consensualiste est une forme de garantie de satisfaction directement pour les parties mais aussi indirectement pour les juridictions étatiques qui, en laissant la priorité aux MARC, peuvent légitimement espérer que les possibilités de paix sociale seront accrues.

## **Chapitre 2. Effets du repli de la *jurisdictio* étatique sur la subsidiarité des juridictions étatiques (pluralité et autonomie des ordres juridiques) et la subsidiarité de la loi (*lex mercatoria*, UNIDROIT, OHADA)**

Le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques, et avec lui, la faveur grandissante pour la médiation et l'arbitrage ayant un impact sur la stratégie même des parties, qui vont, en fonction des éléments en jeu et des spécificités de tel ou tel organe, privilégier un mode de règlement des conflits plutôt qu'un autre et ce faisant, faire prévaloir telle ou telle norme pour le règlement des conflits, il est légitime de se demander si ce phénomène de repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques tel que décrit et analysé n'induit pas une subsidiarité des juridictions étatiques.

Il a été montré que les juges ne concevaient pas leur fonction comme constituant un monopole du règlement des conflits et que d'autres acteurs pouvaient avoir compétence pour régler des conflits, l'intervention du juge devenant, dès lors, subsidiaire. La procédure (droit de la forme) ayant une influence sur le droit substantiel (droit du fond) et chaque modalité de règlement des conflits s'appuyant ainsi sur des règles et des normes substantielles qui lui sont spécifiques, il y a lieu de se demander si, dans ces conditions, la subsidiarité des juridictions ne conduit pas à la subsidiarité de la loi.

Retrouve-t-on, avec la médiation et l'arbitrage, les deux facteurs du phénomène de cause à effet décrit par l'équation :

« *Subsidiarité des juridictions étatiques = subsidiarité de la loi* » ?

S'agissant de la subsidiarité des juridictions, l'évolution de la médiation et de l'arbitrage montre que les juridictions étatiques se réservent un caractère subsidiaire dans le règlement des conflits laissant la priorité aux MARC. En témoignent : la généralisation des démarches amiables préalables et l'obligation de tout faire pour aboutir de bonne foi à un accord, le renvoi vers le contrat et la négociation des questions anciennement traitées par la loi. Cette évolution s'inscrit dans un contexte où la loi et la jurisprudence favorisent voire imposent, dans tous les domaines, le recours aux MARC (délais de prescription suspendus, étape obligatoire d'information sur les MARC,...).

La légitimité des MARC provient en grande partie de leur capacité présumée à résoudre des affaires qui n'ont pas leur place devant les juridictions ou - hypothèse plus ambitieuse - qui ne sauraient être réglées devant un tribunal. Il s'agit donc, dans une logique de subsidiarité, d'attribuer au contentieux les seules affaires qui ne peuvent être résolues autrement, celles en particulier sur lesquelles il faut trancher et non pas transiger. Se met ainsi en place un système de justice plurielle avec son offre enrichie de modes de règlement des litiges, chacun devant correspondre, dans l'idéal, à un type de conflit.

Une telle approche n'est pas exclusivement moderne et se retrouve dans la plupart des sociétés traditionnelles. Platon l'exprime d'ailleurs ainsi :

*« Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent à trouver leurs voisins, leurs amis, aussi bien ceux qui sont au courant des actes sur lesquels porte la contestation, qu'ils aillent vers les Tribunaux dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens-là une décision qui règle convenablement le différend<sup>934</sup>. »*

Elle est également favorisée par la Révolution française : *« Rendre justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise*

---

<sup>934</sup> Platon, *Les Lois*, VI 767.

*aux parties : 'Pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez*<sup>935</sup>. » (Nous soulignons)

Cette approche a été confortée par le développement des MARC aboutissant à une situation de pluralisme d'"entités chargées des différends" qui fragilise toute prétention de monopole d'un ordre juridique centralisé et unitaire. Comme le remarque Jacques Chevallier : « *La régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie*<sup>936</sup> ». Tout l'enjeu est de trouver une voie qui « *réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un 'pluralisme ordonné*<sup>937</sup> » et ce, en évitant aussi bien l'ordre de surplomb que le désordre.

Il est proposé d'examiner comment la médiation et l'arbitrage s'affirment comme des ordres "juridictionnels" dotés d'une certaine autonomie. Quels sont les enjeux de ce pluralisme "juridictionnel" et quel en est l'impact sur les rapports entre les différents ordres juridiques, dont l'ordre juridique étatique ?

Sera étudiée plus en détail la façon dont cette subsidiarité des juridictions se construit :

- dans le domaine de la médiation, au travers du rapport qui s'instaure entre le judiciaire et le conventionnel ;
- dans le domaine de l'arbitrage, au travers de la mise en place d'un ordre juridique qui ne cesse de s'autonomiser.

---

<sup>935</sup> Louis Prugnon (député, 1790), dans *Journal des avoués*, Paris, 1829, t. 16, p. 545.

<sup>936</sup> J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDG, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 124.

<sup>937</sup> M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, coll. « *La couleur des idées* », 2006, p. 28 ; également : F. Ost, M. van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ?* Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

S'agissant de la subsidiarité de la loi, il s'agira de démontrer que la subsidiarité des juridictions étatiques dans le règlement des conflits conduit à une subsidiarité de la loi dans les relations juridiques. En effet, il existe un rapport entre l'institution saisie et les règles ou normes qui seront retenues. Chaque institution mobilisera certaines normes, certains modes de saisine, etc. C'est la relation classique entre le droit processuel et le droit substantiel, autrement dit entre les règles qui permettent l'accès au juge et le fond du droit qui sera applicable ou des normes pertinentes.

Dans les MARD, le domaine du consensuel prévaut : tout consiste et revient à un accord (choix des autorités, substance de la transaction, etc.). Or, "*un accord n'est pas la loi et mille accords ne constituent pas une loi*". Il n'y a pas de loi dans une relation bilatérale, sans autorité tierce.

Ainsi, peut être formulée l'hypothèse selon laquelle le recours de plus en plus systématique aux MARD conduira à ce que la loi ne constitue plus une référence idéale. Non seulement la loi ne sera pas indispensable, mais elle sera moins protectrice pour les parties que la convention. Dès lors, la loi pourra acquérir une fonction subsidiaire, ne déterminant que les limites extrêmes à ne pas dépasser comme les règles d'ordre public, celles-ci devenant elles-aussi de plus en plus restreintes.

Pour ce qui est de la médiation, la subsidiarité de la loi ne prête guère à discussion, tant la volonté et l'accord des parties y jouent un rôle central et la loi n'y joue qu'un rôle secondaire. Aussi, la subsidiarité de la loi, avec l'essor de la médiation, ne sera pas étudiée plus en détail dans les développements qui suivent. Il sera seulement relevé que si, avec la médiation, la loi apparaît comme subsidiaire, les accords issus de la médiation ne sauraient toutefois concurrencer la loi elle-même.

Avec l'arbitrage, la subsidiarité de la loi n'est pas tout à fait de la même nature : il ne s'agit pas tant d'opposer, comme pour la médiation, l'accord des parties à la loi que de

déterminer si, avec l'arbitrage, émergent des règles spécifiques, de nature à faire de l'arbitrage une force idéale de « *subsidiarisation* » de la loi.

Ainsi, dans le domaine de l'arbitrage, l'hypothèse selon laquelle la subsidiarité des juridictions étatiques conduirait à une subsidiarité de la loi sera mise à l'épreuve au travers de l'analyse de l'importance grandissante des principes généraux du droit qui dépassent les juridictions nationales, avec :

- l'affirmation de la *lex mercatoria* comme système normatif autonome, en particulier au travers d'initiatives de codification de la loi mercatique comme UNIDROIT et surtout OHADA, qui témoignent d'un véritable mouvement vers la supranationalité normative et judiciaire, à un point tel que les arbitres, comme les magistrats, ont tendance à favoriser l'application des principes UNIDROIT, en même temps que les parties soumettent leurs contrats à l'application de ces règles ;
- la transformation de tribunaux arbitraux en véritables foyers de création normative.

Après avoir vu en quoi le repli de la *jurisdictio* étatique a pour effet d'entraîner une subsidiarité de la juridiction étatique (**Section 1**), nous verrons en quoi la *lex mercatoria* est le signe d'une subsidiarité de la loi elle-même (**Section 2**).

## **Section 1. Subsidiarité de la juridiction étatique**

Dans le domaine de la médiation, se greffe à la question de la subsidiarité de la juridiction étatique celle de la porosité des types d'ordonnement juridique (entre la loi, le contrat et le procès) (1.1.). Dans le domaine de l'arbitrage, cette question de la subsidiarité de la juridiction étatique pose la question du passage d'un système de normes autonomes à l'émergence d'un ordre juridique autonome (1.2.).

### 1.1. Dans le domaine de la médiation : porosité des types d'ordonnement juridique (entre la loi, le contrat et le procès)

Avec la médiation, outre la subsidiarité, à proprement parler, des juridictions étatiques, émerge surtout un phénomène de porosité des types d'ordonnement juridique entre la loi, le contrat et le procès. C'est ce phénomène qui sera étudié ci-après.

#### **(i) Le contrat et la loi : entre le consensualisme et le légicentrisme**

La promotion de la médiation, y compris par les magistrats, témoigne d'une évolution des modes de régulation sociale, en rupture avec les fondamentaux de l'État-nation moderne. La remise en cause de l'État-nation, tel qu'il a été consolidé après la Révolution française, concerne notamment le statut de la loi, qui cesse de régner de façon incontestable au cœur de l'univers juridique.

Ce déclin du légicentrisme favorise la contractualisation des rapports sociaux, dont participe la contractualisation du règlement des litiges<sup>938</sup>. La contestation de la prééminence

---

<sup>938</sup> Voir, à ce sujet, plusieurs publications de L. Cadiet, « *Les jeux du contrat et du procès* », Mélanges Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23 et suiv. ; « *Le spectre de la société contentieuse* », dans *Écrits en hommage à G. Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29 et suiv. ; « *Une justice contractuelle, l'autre* », dans *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 177 et suiv. , « *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français* », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 147-167.

des lois offre aux acteurs de la société civile, de la vie économique et sociale, de nouveaux espaces de liberté qu'investissent les conventions et les contrats. Tous les travaux qui analysent cette transition d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié mettent en avant ce nouveau rôle du contractualisme<sup>939</sup>.

Ainsi, à première vue, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits traduit une rupture avec le passé. Cependant, force est de constater que, s'ils tranchent avec l'héritage immédiat, les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent aussi être envisagés comme un retour aux sources dans la mesure où ils reposent sur l'accord des parties et renouent donc avec le fondement conventionnel des rapports humains et des modes de régulation sociale<sup>940</sup>.

Épicure (341-270 av. J.C) soutenait déjà que les notions de contrat et de justice sont liées, la justice étant fondée, selon lui, sur l'accord entre les hommes (*Maximes Capitales*, XXXI à XXXVIII)<sup>941</sup>.

Dans ce contexte, on pense aussi, tout naturellement, à l'importance, en droit romain, du consensualisme et des contrats consensuels (opposés aux contrats formels), dans lesquels « *les conventions sont la loi des parties* », ainsi qu'aux origines contractuelles du procès romain, symbolisées par la *litis contestatio*<sup>942</sup>.

---

<sup>939</sup> A. Pirovano (dir.), *Changement social et droit négocié : de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988 ; L. Cohen-Tanugi, « *Vers la société contractuelle* », dans *Le droit sans État*, Paris, PUF, 2017 ; C. Amiel, A. Garapon, « *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance* », *Annales de Vaucresson*, 1987, n° 27, p. 17-42.

<sup>940</sup> S. Dauchy, « *La médiation : bref survol historique* », dans C.H. can Rhee, D. Herbaut et M. Storme (éd.), *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806)*, Kluwer, 2008, p. 77-88.

<sup>941</sup> P-M. Morel, « *Épicure, l'histoire et le droit* », *Revue des Études Anciennes*, 102-3-4, 2000, p. 393-411.

<sup>942</sup> À savoir, la confirmation par témoins du litige qui fige le litige (prise à témoin de la régularité des procédures accomplies et de l'opposition des deux adversaires). P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*. 1, « *Les obligations* », Paris, Presses universitaires de France, 1969.



Aux débuts de la monarchie capétienne, le droit de la résolution des conflits était un droit d'inspiration contractuelle, faisant une large part à la composition, à l'arbitrage et à la transaction.

Le précepte de la liberté contractuelle, *Pacta sunt servanda*, résume le principe du respect de la parole donnée qu'ont théorisé les canonistes médiévaux<sup>943</sup>, en lui attribuant la force d'une religion. Le respect des engagements contractuels était considéré comme sacré et ne pas tenir sa parole revenait à commettre un péché.

Le Grand Robert de la langue française, qui fait remonter le premier sens attesté du mot « *procès* » à 1174, relève qu'à cette époque « *procès* » désigne « *titre juridique, contrat* ».

La juridictionnalisation du règlement des différends, qui va dissocier le procès du contrat, s'impose progressivement à partir des XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, sous les règnes de Philippe-Auguste, Saint Louis et Philippe le Bel. Un phénomène qui accompagne l'essor de la monarchie capétienne et la consolidation, grâce au service de la justice, du pouvoir royal contre les pouvoirs féodaux de la noblesse et de l'Église. Comme le notait Joinville, « *les Grecs, les Romains et l'Église en ont conçu l'idée [...]. Guillaume Penn l'a préconisée, Saint Louis l'a appliquée dans ses domaines*<sup>944</sup> ».

À partir de ce moment-là, les modes juridictionnels et les modes amiables de solution des conflits ont évolué distinctement, sans pour autant que les premiers ne phagocytent entièrement les seconds. Alors que la *jurisdictio* prenait le pas sur les approches amiables en

---

<sup>943</sup> J. Barmann « *Pacta Sunt Servanda, considérations sur l'histoire du contrat consensuel* », *Revue internationale de droit comparé*, n° 13-1, 1961, p. 18-53.

<sup>944</sup> Joinville, *Mémoires*, A Paris, Chez François Mauger, 1666, ch. XXXII. Voir : Samuel Petit, *Leges atticae*, Leyde, 1741, p. 428 pour la conciliation chez les Grecs ; Suetone, *D. Julius*, ch. LXXXV pour la conciliation chez les Romains ; L'abbé Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, Paris, 1767, t. II, p. 52 pour l'approche de la conciliation au sein de l'Église. Plus généralement : Pons-Devier, *De la conciliation dans la France judiciaire*, t. L XI, 1887, 1<sup>e</sup> partie, p. 289 et suiv. et 321 et suiv.

tant que mode de règlement des conflits, ces dernières étaient néanmoins perpétuées dans les contentieux de proximité, tout particulièrement dans les relations de voisinage<sup>945</sup>.

Benoît Garnot montre la longue coexistence des procédures judiciaires (civile et pénale) et extrajudiciaires et n'hésite pas à insister sur la vitalité de ces dernières, estimant qu'une part importante des litiges n'était pas portée à la connaissance des juges<sup>946</sup>. La justice et l'infrajustice<sup>947</sup> sont parfaitement complémentaires, les justiciables pouvant recourir à l'une ou l'autre, souvent aux deux, en fonction de leurs intérêts, en accord voire avec les encouragements de l'institution judiciaire, sauf pour les crimes considérés comme les plus graves : « *la justice ne constitue que l'un des moyens, parmi d'autres<sup>948</sup>, utilisés par les individus pour régler leur différends* ». Tous ces modes de règlement de conflits traduisent « *le désir d'une justice considérée au sens large, dont l'institution judiciaire proprement dite ne constitue qu'une composante* »<sup>949</sup>.

L'infrajustice est « *omniprésente<sup>950</sup>* », s'accordant avec les aspirations de la population à une justice conciliatrice et médiatrice. À noter que cette thèse illustre un parti pris de l'auteur qui considère que « *la pratique judiciaire reflète plus souvent les aspirations sociales que la théorie juridique* » et correspond mieux « *à l'état des mentalités<sup>951</sup>* » d'une société,

---

<sup>945</sup> C. Jallamion, « *Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire* », *Gaz. Pal.*, 16-17 janv. 2009, 3 ; C. Gauvard *et alii*, *Le règlement des conflits au Moyen-Âge* (Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public, 31<sup>e</sup> congrès, Angers, 2000), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

<sup>946</sup> B. Garnot, *Histoire de la justice. France, XVI<sup>e</sup> – XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, coll. « *Folio-Histoire* », 2009.

<sup>947</sup> Toute forme de règlement public impliquant l'intervention d'un tiers, à savoir la médiation, la conciliation et l'arbitrage, opposés aux transactions ou règlements privés qui n'impliquent pas l'intervention d'un tiers et qui relèvent de la parajustice.

<sup>948</sup> Moyens situés au sein de la justice (pénale et civile) ou en dehors d'elle (processus extrajudiciaires, allant de la vengeance à l'infrajustice), B. Garnot, *op. cit.*, p. 13.

<sup>949</sup> B. Garnot, *op. cit.*, p. 344-368.

<sup>950</sup> B. Garnot, *op. cit.*, p. 353.

<sup>951</sup> B. Garnot, *op. cit.*, p. 593, 580.

cette idée d'une justice qui satisfait et s'adapte aux demandes des justiciables bien plus qu'à celle de l'État étant développée tout au long de cette thèse.

Au Moyen Âge, tout est bon pour parvenir à la paix et, dans l'esprit du temps, transiger est préféré au trancher. On cherche à résoudre les conflits par la négociation plutôt que par des décisions irréversibles. L'oral prime, les palabres ont une place de choix dans les résolutions.

Lorsque la procédure inquisitoire s'impose, la culture de la joute oratoire et le goût pour la chicane migrent dans les tribunaux qui s'adaptent en s'appropriant les modalités traditionnelles de résolution des conflits fondées sur la négociation. Hommes et Femmes deviennent des arbitres occasionnels ou professionnels, comme le montre la justice de composition savoyarde à la fin du Moyen Âge<sup>952</sup>. « *Du procès à la transaction* », conclut Claude Gauvard, « *les liens sont très forts et de nombreuses sentences sont interlocutoires, de façon à permettre aux parties de rebondir*<sup>953</sup>. »

Pour des raisons idéologiques patentes, les modes amiables de règlement des conflits connaissent une renaissance à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, avec la Révolution française : alors que la justice officielle se confondait avec l'Ancien Régime honni, l'arbitrage, la conciliation et la transaction apparaissaient comme les instruments parfaits d'une justice simple et directe, en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine ancrée dans la doctrine du contrat social de J.-J. Rousseau. Les débats politiques de l'époque en témoignent, comme l'extrait précité d'un discours à la tribune de l'Assemblée nationale du député Louis Prugnon,

---

<sup>952</sup> N. Carrier, « *Une justice pour rétablir la 'concorde' : la justice de composition dans la Savoie de la fin du Moyen Âge (fin XIII<sup>e</sup>-début XVI<sup>e</sup> siècle)* », dans C. Gauvard *et alii*, *op. cit.*, p. 237-257 ; N. Castan, « *Une économie de justice à l'Âge Moderne : composition et dissension* », *Histoire, économie & société*, 1982, n° 1-3, p. 361-367 ; N. et Y. Castan, *Vivre ensemble. Ordre et désordre en Languedoc (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Gallimard, coll. « *Archives* », 1981.

<sup>953</sup> C. Gauvard, *Conclusion*, dans C. Gauvard *et alii*, *op. cit.*, p. 383.

le 7 juillet 1790, selon lequel la première dette de la société serait d'empêcher les procès, en privilégiant la concorde et la transaction<sup>954</sup>.

Saint-Just allait jusqu'à préconiser que la loi puisse imposer une déclaration officielle d'amitié (« *renouvelée, tous les ans, pendant le mois de ventôse* ») et prévoir que « *les amis ne peuvent plaider entre eux* »<sup>955</sup>.

La Révolution porte à son sommet, bien que de manière provisoire, le désir d'une justice sans professionnels. La loi des 16-24 août 1790 soumettait toutes les affaires de la compétence du tribunal de district à un préliminaire obligatoire de conciliation. La loi d'août 1789 crée les juges de paix sans condition de compétences juridiques. Il existe d'autres catégories de juges qui ne sont pas des professionnels de la justice mais sont élus ou désignés par des autorités judiciaires ou des parties concernées, tels que les juges et consuls des tribunaux consulaires.

La liste des tiers « *médiateurs-arbitres* » et « *juges de paix* » qui agissent en dehors ou en complémentarité avec la justice est variée : notables à l'instar des notaires, curés, instituteurs et médecins, seigneurs et propriétaires, syndics dans les campagnes et maires dans les villes, associations professionnelles, membres d'institutions judiciaire ou policière lorsqu'ils agissent en tant qu'arbitres<sup>956</sup> ; etc.

La création des juges de paix est signe de la volonté d'institutionnaliser les processus infrajudiciaires puisque, dans le cadre de cette instance, la conciliation et, en cas d'échec,

---

<sup>954</sup> L. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739 : « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : 'Pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez'.* »

<sup>955</sup> L.-A. Saint-Just, « *6<sup>e</sup> fragment sur les institutions républicaines* », dans *L'Esprit de la Révolution*, collection « 10/18 », § 2 *Des affections*.

<sup>956</sup> B. Garnot, « *L'importance des non-professionnels* », *op. cit.*, p. 282-288.

l'arbitrage deviennent obligatoires au début de chaque procédure civile dans le but, énoncé par le législateur, d'éviter le procès.

Les réformes napoléoniennes ont mis fin à certaines institutions issues de la Révolution de 1790 à 1795-1796 (an IV), comme l'arbitrage obligatoire dans les affaires familiales<sup>957</sup>. Cependant, le CPC de 1806 a conservé de la période révolutionnaire la volonté de réserver une place aux bons sentiments et aux procédures conciliatoires dans la solution des litiges civils<sup>958</sup>.

C'est dans cet esprit que le CPC de 1806 (articles 48 à 58) consacre le recours à la conciliation en l'intégrant à l'office du juge et organise un préliminaire obligatoire de conciliation pour les demandes principales et introductives d'instance dans la plupart des contentieux de première instance, à la condition que les parties aient la libre disposition de leurs droits et qu'il n'y ait point urgence à résoudre le litige. Cette procédure préalable et obligatoire, appelée la « *grande conciliation* », a été en vigueur jusqu'en 1949.

La loi du 9 février 1949 a remplacé l'obligation par une faculté ouverte au juge. Le préliminaire de conciliation n'a subsisté qu'en tant que simple faculté offerte aux plaideurs devant les seules justices de paix (devenues, en 1958, les tribunaux d'instance), ce qu'on appelait la « *petite conciliation* »<sup>959</sup>. La substitution du juge de paix par le juge d'instance a

---

<sup>957</sup> J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 3<sup>e</sup> édition, 2001, spécialement p. 272-321.

<sup>958</sup> Ainsi, dans sa présentation au Corps législatif de l'Exposé des motifs des Livres 1<sup>er</sup> et II<sup>ème</sup> de la première Partie du Projet de Code de procédure civile, à propos des juges de paix, le juriste Jean-Baptiste, comte Treilhard faisait l'éloge des vertus de cette « *institution morale et bienfaisante* », considérant le juge de paix comme « *un père plutôt qu'un juge* », qui « *doit placer sa véritable gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier* », allant même jusqu'à y voir « *un ange pacificateur* » qui « *s'efforce de calmer les passions, d'assouplir les haines* » (Voir Th. Clay, « *Le modèle pour éviter le procès* », dans Thierry Revet (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2004, p. 51 et suiv.)

<sup>959</sup> Loi du 9 février 1949, Dalloz 1949, Législation, p. 269 et suiv. ; P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, « *Conciliation et médiation* », *JurisClasseur de procédure civile*, Fascicule 160, n° 31 et suiv.

permis de perpétuer la conciliation sous une autre forme, l'article 21 du CPC l'incorporant dans la mission de toutes les juridictions auxquelles il s'applique.

À partir des années 1970, émerge une véritable réflexion sur les alternatives à la justice ou la « *justice informelle* » qui, en France, prend la forme des conciliateurs<sup>960</sup>. Des formes de conciliations non-judiciaires sont instituées, soit de manière autonome et indépendante du monde judiciaire (approche extrajudiciaire), soit en liaison avec celui-ci mais sans pour autant dépendre de l'existence d'une instance judiciaire (approche parajudiciaire). Ainsi, avec le décret du 9 septembre 1971, la conciliation redevient « *l'un des principes directeurs du procès* ».

Au travers de la multiplication des catégories et des pôles de conciliation, les pouvoirs publics ambitionnent de créer une justice de proximité censée répondre aux aspirations des justiciables<sup>961</sup>.

Pour conclure sur ce retour vers la contractualisation du règlement des litiges :

« *Le progrès* » notait Jean Rostand « *vient souvent d'un retour du dédaigné*<sup>962</sup> ».

## **(ii) La justice et la médiation : formes alternatives ou complémentaires de résolution des conflits ?**

Deux grandes écoles s'opposent sur le « *bon* » rapport entre le judiciaire et la médiation.

---

<sup>960</sup> J.-P. Bonafé-Schmitt, « *La part et le rôle joués par les modes formels et informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme juridique (Étude comparative France-USA)* », *Droit et Société*, n° 6, 1987.

<sup>961</sup> Le décret 78-381 du 20 mars 1978, modifié par le décret 81-583 du 18 mai 1981 et précisé par la circulaire du 27 février 1987, fixe le régime juridique des conciliateurs. Par l'arrêté du 11 mai 1981, le garde des Sceaux autorisait les conciliateurs à porter dans l'exercice de leurs fonctions la médaille reproduisant l'œuvre de Roquelay, créateur de la médaille du juge de paix en 1791, avec la mention « *conciliateur 1791-1978* ».

<sup>962</sup> J. Rostand, *Carnet d'un biologiste*, Paris, Stock, 1959.

L'une considère que la médiation n'est viable qu'en tant qu'alternative au judiciaire. Ainsi, les médiateurs revendiquent leur indépendance du tribunal et bien des promoteurs des MARD mettent l'accent sur les vertus de la médiation comme procédé autonome de résolution des conflits<sup>963</sup>, hors de l'emprise judiciaire et permettant d'éviter la justice. Selon eux, l'institution de la médiation « *doit radicalement sortir du cadre judiciaire si on prétend lui offrir un destin à la mesure des espérances qu'on place en elle*<sup>964</sup> ». Il n'y a pas de véritable médiation dans un contexte de contrainte légale où le consentement est difficilement libre.

Dans le sillage de Jean-François Six<sup>965</sup>, les tenants de cette approche pensent que l'institutionnalisation de la médiation conduit nécessairement à une remise en cause de ses principes éthiques et à une instrumentalisation qui s'avère préjudiciable à son image et à son efficacité sociale.

Ainsi, selon Etienne Le Roy, la médiation ne se réduit pas à une « *autre forme de justice*<sup>966</sup> », car on ne saurait la soumettre à une rationalité juridique : « *la médiation n'est pas de la justice, même douce* »<sup>967</sup>. En lui faisant perdre ses spécificités, on lui ferait perdre son efficacité<sup>968</sup>.

Michèle Guillaume-Hofnung s'oppose résolument au syncrétisme et aux tentatives de « *couler la médiation dans le béton de la procédure* ». Selon elle, la médiation est une liberté

---

<sup>963</sup> Qui plus est, la gestion des conflits n'est qu'un aspect de la médiation, dont le champ n'aurait pas de limites. Si la médiation peut améliorer la qualité de la justice, sa vocation dépasse de loin cette ambition, puisque la médiation a pour but de contribuer à construire et à rétablir le lien social, à raviver la conscience civique, à restituer aux individus et à la communauté le sens de la responsabilité...

<sup>964</sup> P. Coppens, « *Médiation et philosophie du droit* », *Archives de politique criminelle*, n° 14, 1991.

<sup>965</sup> J-F. Six, *Le Temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990 ; *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

<sup>966</sup> É. Le Roy, « *La médiation mode d'emploi* », *Droit et société*, n° spécial « *La médiation* », n°29, 1995, p. 39-55.

<sup>967</sup> É. Le Roy, « *Place de la juridicité dans la médiation* », dans G. Nicolau (dir.), *op. cit.*, p. 193 et suiv.

<sup>968</sup> É. Le Roy, A. Garapon et A. Girardet, *La Conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges*, Paris, Association d'études et de recherches de l'ENM et Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université Paris I, 1989.

publique surgie de la société civile. La médiation est née, existe et respire « *en dehors de la sphère juridique* »<sup>969</sup>.

Soumettre la médiation à la procédure revient à la confondre avec la conciliation, une confusion conceptuelle qui ne laisse aux deux démarches qu'une différence de degré, non pas de nature :

*« Ne vaut-il pas mieux développer la conciliation que de soumettre la médiation à un régime juridique si semblable à celui de la conciliation qu'on finit par croire qu'elle n'est qu'une variété de conciliation ou un moyen d'y parvenir ? »*

L'auteur s'insurge notamment contre la médiation obligatoire : « *pourquoi ne pas étendre le champ de l'obligation préalable de conciliation plutôt que d'envisager de rendre la médiation obligatoire au mépris de son essence ?* »<sup>970</sup>.

À l'opposé, d'autres auteurs trouvent une complémentarité entre les deux approches de la résolution des conflits, traduisant un enrichissement et une diversification des réponses au règlement de conflits<sup>971</sup>.

Ainsi, Béatrice Blohorn-Brenneur défend l'idée selon laquelle la médiation n'est pas une nouvelle forme de justice mais participe de la réforme judiciaire et de l'amélioration du système de justice :

*« La médiation est désormais intégrée dans le processus judiciaire : ce sont les juges qui la proposent, qui l'ordonnent, qui en fixent les modalités, qui homologuent ou non l'accord des parties et enfin qui jugent les affaires qui n'aboutissent pas à un accord. La médiation est un outil complémentaire donné aux juges pour résoudre les litiges de la manière la plus*

---

<sup>969</sup> *La Médiation*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5<sup>e</sup> éd., 1995.

<sup>970</sup> M. Guillaume-Hofnung, « *La médiation à la croisée des chemins, des responsabilités à prendre* », dans G. Nicolau dir., *op. cit.*, p. 133-139, notamment p. 137.

<sup>971</sup> L. Cadet, « *Panorama* », *op. cit.* ; E. Serverin, « *Le médiateur civil et le service public de la justice* », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, n° 2, avril-juin, p. 229-246.



*satisfaisante possible. C'est parfois le mode le mieux approprié au règlement de certains litiges*<sup>972</sup>. »

Dans cette optique, la présence du juge est au cœur du dispositif de la médiation. Au travers notamment de l'homologation, le juge reste le garant du respect de l'ordre public et des libertés fondamentales. Le renforcement du lien entre la justice et la médiation procure les garanties nécessaires pour les médiés et la reconnaissance dont ont besoin les médiateurs.

Telle qu'elle est actuellement envisagée, note cette école de pensée, la médiation est indissociable du juridique, ce dont témoigne la proximité de leur champ lexical et sémantique. En effet, on parle de parties (versus médiés ou médians), de procédure de médiation (versus processus), de la possibilité d'homologation des accords, de prévention et de règlement... C'est comme si cette terminologie était conçue pour être normativement compatible avec l'idée traditionnelle de justice.

Ces auteurs plaident eux aussi en faveur d'une plus grande rigueur dans la définition du concept de médiation, mais ce qu'ils déplorent, c'est la dilution de la médiation dans toute sorte d'activités qui ne relèvent pas de la gestion des conflits, mais de la communication, de l'éducation... Ils appellent à n'utiliser ce concept que pour qualifier les seules activités liées à la gestion des conflits selon une logique rationnelle légale<sup>973</sup>.

Tout en plaçant pour la spécificité des pratiques de médiation par rapport aux autres formes de traitement des différends, Gilda Nicolau propose de redéfinir les relations entre la justice institutionnelle et la justice amiable autour du concept d'« *opposés complémentaires* » qui suppose d'adosser la médiation au droit étatique, à la *jurisdictio*. La

---

<sup>972</sup> B. Blohorn-Brenneur, « *Justice étatique et médiation* », dans G. Nicolau (dir.), *op. cit.* p. 31-34, cit. p. 33.

<sup>973</sup> J.-P. Bonafé Schmidt, « *Les modèles de médiation* », dans G. Nicolau (dir.), *op. cit.*, p. 151-171.

paix ne s'impose pas sans la menace de la sanction et, à l'opposé, il ne saurait y avoir de pratiques de médiation pure, où les médiés seraient interdits d'invoquer leurs droits<sup>974</sup>.

Au-delà de cette opposition juridico-centriste<sup>975</sup>, il est intéressant d'examiner la manière dont la médiation illustre une double évolution issue de l'interpénétration du contrat et du procès : la juridicisation des rapports sociaux et l'accroissement des régulations juridiques, d'une part, la flexibilisation de la vie judiciaire, d'autre part<sup>976</sup>.

### **iii) Le métissage du contrat et du procès : la processualisation du contrat et la contractualisation du procès**

Les MARD, et ici plus particulièrement la médiation, trouvent leur source dans une convention des parties et la procédure des MARD est imprégnée de contractualisme. La médiation, fût-elle judiciaire, a une nature contractuelle dès lors qu'elle requiert le consentement des parties pour pouvoir être mise en œuvre. Le propre de la médiation est de faire toute la place à l'écoute des parties et au dialogue entre les parties pour aboutir à une solution négociée du conflit, émanant des parties elles-mêmes, ce qui accroît ses chances d'exécution spontanée.

L'existence, la mise en œuvre et l'issue de la médiation ont un fondement conventionnel. Toutes les formes de médiation judiciaire ont une inspiration contractuelle :

---

<sup>974</sup> G. Nicolau, « *Entre Médiation et Droit, les enjeux d'une bonne intelligence* », dans G. Nicolau (dir.), *op. cit.*, p. 209 et suiv.

<sup>975</sup> La signification même de cette opposition est source de débats : pour certains, elle vise surtout à délimiter les champs institutionnels (L. Cadiet), pour d'autres, elle est fondamentale dans la mesure où, pour bien faire, il faut bien nommer (M. Guillaume-Hofnung, G. Nicolau). À noter que cet effort de « *bien nommer* » concerne également les termes de litige, conflit et différend. Ainsi, ramené aux normes préétablies, le « *conflit* » devient « *litige* » et voit son champ réduit. Sous la plume des juristes, le « *différend* » englobe les deux notions de conflit et de litige.

<sup>976</sup> J. Faget : « *La double vie de la médiation* », *Droit et société*, n° 29, 1995, p. 25-38 ; « *Les vies écartelées de la médiation* », dans G. Nicolau (dir.), *op. cit.*, p. 143-150.

préalables à l'instance, possibles en cours d'instance, œuvre du juge ou d'un tiers, facultatives ou obligatoires. La médiation judiciaire, fondée sur l'accord des parties, peut donc bénéficier de la qualification de contrat<sup>977</sup>. Est également mobilisée la notion de « *contrats processuels*<sup>978</sup> ».

Quelles sont les incidences de l'introduction de modes conventionnels de règlement des litiges dans le cadre de l'instance judiciaire ? Symétriquement, que devient la nature contractuelle de la médiation lorsque la médiation est institutionnalisée dans le cadre judiciaire, lorsque le procès s'immisce dans le contrat ? En soumettant le contenu des procédures de médiation judiciaire à des textes réglementaires, renonce-t-on à l'idée qu'elles ont une nature conventionnelle ?

Les procédures de conciliation et la médiation judiciaires traduisent une tendance vers le « *dirigisme contractuel*<sup>979</sup> », l'interventionnisme étatique étant justifié comme étant un moyen d'assurer aux justiciables ayant recours à ces nouveaux modes de règlement des litiges de nature contractuelle autant de garanties procédurales que le mode juridictionnel judiciaire. Bien que conventionnels, ces modes doivent offrir une équité procédurale pour permettre de préserver les droits processuels fondamentaux de chacun. On peut penser légitimement que cette garantie est censée rendre plus attractifs les MARD.

Une nouvelle figure du juge émerge : moins préoccupé par la recherche de la solution au fond que par la procédure en vertu de laquelle l'accord entre les parties sera trouvé. Avec la conciliation et la médiation judiciaires, l'office du juge est axé sur le droit de toute

---

<sup>977</sup> J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de S. Guinchard, Université Paris 2, 2002. Thèse publiée en 2003 aux Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, disponible en ligne sur : <https://books.openedition.org/puam/679?lang=fr>.

<sup>978</sup> L. Cadet, « *Les jeux du contrat et du procès* », *op. cit.*

<sup>979</sup> J. Joly-Hurard, *op. cit.*

personne à un procès équitable, un droit substantiel qui concerne autant les procédures juridictionnelles judiciaires que les modes amiables de règlement des conflits.

En examinant les principes directeurs qui gouvernent les procédures conventionnelles comme la médiation, à savoir la confidentialité, l'impartialité et l'indépendance du tiers, on constate qu'ils sont issus du droit processuel<sup>980</sup>.

Si cette extension des principes est plus prégnante en ce qui concerne la médiation judiciaire, le phénomène est bien plus global s'observant à l'égard de tous les modes alternatifs de règlement des différends.

En effet, le rattachement des MARD au monde judiciaire ou encore la supervision de la procédure amiable par le juge ne sont plus des critères distinctifs de la conciliation et de la médiation judiciaires, puisque d'autres formes de conciliation présentent ces mêmes caractéristiques, sans pour autant faire partie du judiciaire. En témoigne l'attribution d'effets processuels à certaines procédures de conciliation pourtant purement conventionnelles, par exemple, la qualification, par la Cour de cassation réunie en chambre mixte, des clauses de conciliation ou de médiation préalable, de fins de non-recevoir conventionnelles.

On peut donc conclure à une processualisation des modes conventionnels de règlement des conflits ainsi qu'à l'émergence d'un noyau dur de principes fondamentaux, également applicables à tous les modes de règlement des litiges, qu'ils soient juridictionnels ou bien amiables, judiciaires ou non-judiciaires.

La médiation judiciaire déléguée est une parfaite illustration de ce savant dosage de judiciaire et de conventionnel.

En effet, l'interaction du procès et du contrat n'est pas un phénomène inédit, puisque le contrat a depuis longtemps droit de cité dans le procès. Cependant, la médiation judiciaire

---

<sup>980</sup> J. Joly-Hurard, *op. cit.*

déléguée crée du nouveau dans ses modalités d'allier le judiciaire et le parajudiciaire, dans la recherche d'un juste équilibre entre la liberté contractuelle et l'ordre public procédural. On se réfère ici à la médiation issue de la loi n°95-125 du 8 février 1995 autorisant le juge à déléguer l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers, conformément aux dispositions d'un contrat-type réglementaire impératif.

Avec la médiation judiciaire, l'interpénétration entre le droit des obligations et la procédure civile se traduit simultanément par un assouplissement des règles de la procédure civile, en vue de conférer une plus grande liberté aux parties, et par un encadrement de la liberté contractuelle des parties, en vue de l'adapter aux contraintes procédurales pour ne pas compromettre le bon fonctionnement du service public de la justice.

Ainsi, les nouveaux rapports entre justice et médiation préfigurent de nouvelles figures de justice étatique, qui s'assouplit grâce à la médiation, et de nouvelles formes de médiation, se transformant sous l'impulsion des logiques d'institutionnalisation.

Trop de liberté contractuelle peut conduire à des abus de règlement amiable et fait planer le risque d'une privatisation de la justice. Trop de contraintes procédurales peut faire obstacle au bon aboutissement des négociations. Le « *dirigisme contractuel* » est une réponse à cette quête d'équilibre, s'incarnant dans les textes qui encadrent la médiation, en déterminent les principes directeurs applicables et dictent aux acteurs la conduite à tenir ainsi que les formes à respecter aux différents stades de la contractualisation, sous peine de sanction. Il peut revêtir diverses formes, entre la juridictionnalisation et la judiciarisation des modes amiables de règlement des litiges. Parajudiciaire dans son essence, la médiation devient judiciaire dans son exercice.

Des syncrétismes inédits sont ainsi créés entre les institutions de la médiation et l'institution judiciaire, alors même que les premières ont été initialement envisagées comme « *alternatives* ».

La « *compénétration*<sup>981</sup> » du contrat et du procès est une réalité. Certains y voient un risque fatal pour l'avenir des MARC, d'autres un développement salubre permettant d'allier les avantages du judiciaire (principes de droit processuel et contrôle du juge) et ceux du non-judiciaire (disponibilité, impartialité et compétence du tiers) et donc de renforcer de concert l'efficacité et la sécurité juridique des deux modalités de résolution des conflits. Les plus optimistes voient dans ces procédures « *la preuve qu'il existe un point d'équilibre entre le formalisme et le consensualisme, entre le contrat et le procès, dans le respect des droits fondamentaux des particuliers*<sup>982</sup> ».

## 1.2. Dans le domaine de l'arbitrage : d'un système de règles autonomes vers un ordre juridique autonome

La *lex mercatoria* représente-elle un ordre juridique autonome, distinct à la fois de l'ordre juridique de l'État dans la loi duquel elle s'insérerait et de l'ordre juridique international où se déroulent les relations économiques qu'elle régit ?

Des auteurs comme Goldman<sup>983</sup> arguent que la *lex mercatoria* est composée d'un « *système de règles de droit* » :

- caractérisées par la généralité et la prévisibilité ;
- émanant, au moins pour partie, d'une autorité (ce qui, d'ailleurs, n'est pas une condition nécessaire de la « *juridicité* » d'un système de droit coutumier) ;

---

<sup>981</sup> L. Cadiet, « *Les jeux du contrat et du procès* », *op. cit.*, p. 25 : « *Si le procès pénètre le contrat, le contrat pénètre aussi le procès, processualisation du contrat et contractualisation du procès apparaissent ainsi comme le recto et le verso d'une même réalité.* ».

<sup>982</sup> J. Joly-Hurard, *op. cit.*

<sup>983</sup> B. Goldman, « *Nouvelles réflexions* », *op. cit.*

- sanctionnées par une autorité : la profession, les tribunaux arbitraux ou les juridictions étatiques.

Notre réflexion sur cette question de savoir si la *lex mercatoria* constitue ou non un ordre juridique autonome sera menée par étapes successives dont les jalons seront les suivants : après avoir souligné que la *lex mercatoria* repose sur un corpus de règles avec une logique juridique qui lui est propre **(i)** et le fait que ce corpus échappe à l'emprise étatique **(ii)**, nous poserons la question de l'existence d'un tiers ordre étatique **(iii)** avant de se pencher sur les rapports entre les ordres juridiques étatique, arbitral et international **(iv)** et de montrer en quoi l'arbitrage pourrait constituer un ordre juridique au sein de la communauté des affaires **(v)**. Nous préciserons ensuite en quoi l'idée de la pluralité des ordres juridiques s'oppose au monisme étatique **(vi)**, avant de poursuivre notre réflexion par le constat que l'arbitrage se dote des attributs d'un ordre juridique autonome **(vii)** et que les frontières entre MARC et arbitrage sont brouillées **(viii)**. Nous nous pencherons ensuite sur le principe compétence-compétence comme délimitation des ordres et comme pivot de l'autonomie et de l'essor de l'arbitrage **(ix)** et ce, avant de poser la question suivante : accepter la pluralité des ordres juridiques **(x)** ? puis de conclure par l'affirmation du pluralisme des modes de règlement des conflits **(xi)**.

### **(i) Un corpus de règles avec une logique qui lui est propre**

Du point de vue des processus de formation des normes de la *lex mercatoria* et de son contenu, rien ne semble s'opposer à y voir un véritable ordre juridique apte à remplir sa mission, à savoir l'encadrement juridique des comportements des membres de la société des marchands.

Les tenants de la *lex mercatoria* montrent que la jurisprudence valide cette approche, l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Valenciana*, déjà considéré, ayant admis que

l'arbitre avait statué en droit, « *en se référant à l'ensemble des règles du commerce international* »<sup>984</sup>. Enfin, plusieurs législations d'États où la pratique de l'arbitrage international est développée autorisent les arbitres à se référer non seulement à la loi au sens formel mais aussi aux règles de droit transnationales.

Selon Goldman et ses successeurs, ce système autonome de règles de droit prouverait qu'il existe bien un ordre juridique de la *lex mercatoria*, même s'il reste incomplet puisque, dans les relations économiques internationales, peuvent être rencontrées des difficultés dont la solution ne sera pas trouvée dans les règles qui en dépendent.

Cette thèse est loin de faire l'unanimité. Comme l'avance Paul Lagarde<sup>985</sup>, un ordre juridique ne peut exister du seul fait qu'il existe un certain nombre de règles, fussent-elles de droit, gouvernant des situations et des rapports sociaux, en l'occurrence les relations économiques internationales. Il faudrait encore que ces règles aient été élaborées et édictées par une autorité dotée de pouvoirs de commandement et que leur application soit assurée au moyen de sanctions prononcées et exécutées par une telle autorité. Et aussi, il faudrait qu'une collectivité qui partage une vie sociale fournisse la substance humaine de cet ordre juridique et que ses membres soient unis par des liens nationaux ou transnationaux.

Selon ses défenseurs, poursuit Paul Lagarde, la *lex mercatoria* est cet ordre juridique autonome chargé de régir l'encadrement juridique des comportements des membres de la société des marchands. Or, cette « *société* » existe-t-elle ? L'auteur note qu'il n'y a pas de

---

<sup>984</sup> Cass. Civ. 1, 22 Octobre 1991, arrêt *Compania Valenciana de Cimentos Portland SA*. n°89-21528, *Bull. civ.*, I, n°275, arrêt cité.

<sup>985</sup> P. Lagarde, « *Approche critique de la lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 125 et suiv. Voir également G. Delaume, " *The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria : A Reappraisal*", *I.C.S.I.D. Review-FILJ*, 1988, p. 79 ; K. Highet, " *The Enigma of the Lex Mercatoria*", *Tulane Law Review*, 63, 1989, p. 613-628 ; Ph. Kahn, « *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international* », *Clunet (Journal du droit international)*, 1989, p. 303 ; E. Loquin, « *La réalité des usages du commerce international* », *Revue internationale de droit économique*, 1989, p. 163.



*societas mercatorum* globale et cohérente, avec des besoins et des comportements communs, qui aurait pu générer l'édiction et l'application par une autorité de règles communes, mais une pluralité de *sociÉtates*, partageant chacune de simples usages communs, d'objet limité. La société mercatique qui est censée fixer les règles de la *lex mercatoria*, et à laquelle la loi mercatique s'applique, n'est ni suffisamment homogène, ni assez solidaire pour pouvoir être à l'origine d'un ordre juridique véritable.

Il ne peut être nié que, souvent, les acteurs transnationaux sont en concurrence et ont des intérêts divergents. Mais, relève Alain Pellet, n'est-ce pas un phénomène que l'on retrouve dans toute collectivité humaine, quelle qu'elle soit ? Un ordre juridique n'est pas le signe d'une société consensuelle, mais d'une société qui a besoin de règles. Il ne vise pas nécessairement l'harmonie, mais l'organisation d'une coexistence d'intérêts divergents. Les rivalités n'empêchent pas le droit d'exister mais le rendent, au contraire, nécessaire.

D'ailleurs, ajoute Alain Pellet, ce n'est pas au juriste de décider si un corps social constitue une société. Le juriste part de son domaine de compétence, le droit, pour faire des déductions sur les fondements des normes, d'ordre moral, politique, sociologique, politique, économique.... Si l'observation de la réalité juridique conduit à constater qu'il existe bien un corps de règles, fonctionnant selon une logique juridique qui lui est propre, on ne voit pas pourquoi cette qualification lui serait refusée, tant il est vrai que le droit est un révélateur de la réalité des rapports sociaux. *Ubi jus, ibi societas*<sup>986</sup>.

Il reste que la réponse d'Alain Pellet à l'objection de Paul Lagarde ne résout pas toutes les difficultés. En effet, A. Pellet ne conteste pas le caractère peu structuré de la société mercatique. Or, une société anarchique et non structurée ne peut disposer d'un pouvoir de

---

<sup>986</sup> A. Pellet, « *La Lex Mercatoria, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public* », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 53-74, réf. p.69-70.

coercition. La coercition non-étatique n'est possible que dans les espaces laissés vacants par le contrôle étatique et à condition que la communauté en question soit suffisamment structurée (comme c'est le cas de la mafia ou de certaines communautés religieuses...). En revanche, s'il y a une sanction pour la violation de la *lex mercatoria*, elle ne peut venir que de la justice étatique.

À ce débat sur le support sociétal d'un éventuel ordre juridique mercatique fait écho le débat sur son support territorial. Par définition, l'absence de territorialité de la *lex mercatoria* est une difficulté majeure dans la volonté de l'ériger en ordre juridique autonome. Filip De Ly y voit « *the main problem* » et Vincent Heuzé, souscrivant à la thèse de la nécessaire localisation du contrat, y voit la preuve de la « *parfaite inutilité* » des tentatives visant à faire reconnaître un ordre juridique mercatique spécifique<sup>987</sup>.

D'évidence, si l'on considère que le contrat est nécessairement localisé, tous les efforts tendant à prouver l'existence d'un ordre juridique mercatique sont vains, puisque, de par sa nature, la *lex mercatoria* est délocalisée, destinée à affranchir les acteurs transnationaux de l'application du droit national jugé comme inadapté. Une grande partie des contrats transnationaux sont difficilement rattachables à un territoire quelconque, soit parce que leur exécution est, par essence, non localisable (« *nouvelle économie* », Internet), soit parce que les liens territoriaux sont nombreux et inextricablement mêlés sans qu'aucun rattachement ne s'impose de façon logique.

## **(ii) Un corpus de règles qui échappent à l'emprise étatique**

Cependant, comme le montre Alain Pellet, ce débat n'a pas lieu d'être si l'on constate, empiriquement, le développement d'un corpus de règles dont l'une des caractéristiques

---

<sup>987</sup> *La Réglementation française des contrats internationaux - Étude critique des méthodes*, Paris, Joly, 1990, n. 142, p. 143.

principales est d'échapper à l'emprise du droit étatique comme interétatique, qu'il s'agisse de leur formation comme de leur application. Ces règles qui marquent l'avènement d'un ordre juridique nouveau doivent faire l'objet d'une réflexion adaptée, hors des traditionnelles analyses en termes de souveraineté, de territorialité et de conflits de lois<sup>988</sup>.

D'ailleurs, l'auteur s'étonne que mêmes les défenseurs de la *lex mercatoria* comme un ordre juridique autonome continuent à se référer à la problématique du conflit de lois<sup>989</sup>. Dès lors qu'il est admis que la *lex mercatoria* constitue un véritable « *tiers ordre juridique* », différent du droit interne comme du droit international, « *il n'y a plus lieu de raisonner en termes de conflit de lois - et ceci vaut non seulement pour les juges étatiques, mais aussi pour les arbitres 'mercatiques' ou transnationaux eux-mêmes* »<sup>990</sup>. Ces derniers sont dépourvus de for<sup>991</sup>. La *lex mercatoria* est leur loi, celle qu'ils ont pour fonction de mettre en œuvre, comme les juges nationaux appliquent le droit interne et comme les juridictions internationales appliquent le droit international. E. Gaillard remarque à son tour :

*« il ne nous paraît pas douteux que c'est bien le caractère réellement international - en réalité, physiquement international, de par la nationalité des arbitres, l'origine des parties et des conseils, le lieu de déroulement des audiences - de l'arbitrage qui se trouve à l'origine de l'aspiration des arbitres à ne pas puiser les normes applicables dans un seul système juridique. C'est bien parce qu'à la différence des juges étatiques, les arbitres ne sont pas l'émanation d'un seul État, en d'autres termes parce qu'ils n'ont pas de for, qu'ils se tournent plus volontiers vers des règles de source transnationale »<sup>992</sup>.*

---

<sup>988</sup> A. Pellet, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>989</sup> B. Goldman, « *Nouvelles réflexions* », *op. cit.*, p. 252 ; C.W.O. Stoecker, *op. cit.*, p. 109. Parmi les opposants à la *lex mercatoria* qui prévoient l'application d'une règle de conflit, voir en particulier P. Lagarde, note sous CA Paris, 1ère Ch. suppl., 13 juillet 1989, Valenciana, *Rev. arb.*, 1990, p. 673.

<sup>990</sup> A. Pellet, *op. cit.*, p. 56.

<sup>991</sup> Dès 1963, dans un cours fondamental sur le conflit de lois dans l'arbitrage international, B. Goldman affirma, en rupture avec la pensée dominante, que « *les arbitres n'ont pas de for* » et que, si on devait leur en attribuer un, ce serait le monde (« *Les conflits de lois dans l'arbitrage international privé* », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 109, 1963, p. 347, spéc. p. 374). Il ouvrait ainsi une nouvelle perspective dans l'analyse des relations entre l'arbitrage et les ordres juridiques nationaux.

<sup>992</sup> E. Gaillard, « *Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* », *Journal du droit international*, vol. 122, n° 1, 1995, p.5 et suiv.

À l'instar du droit international public, la *lex mercatoria* n'apparaît pas comme un droit étranger, territorialement situé, mais comme un *corpus juris* dépourvu d'assise territoriale, qui rend inopérant le recours aux règles de conflit liées à la souveraineté territoriale<sup>993</sup>.

Dans le sillage de Michel Virally<sup>994</sup>, Alain Pellet rappelle que le droit ne se réduit pas au droit interne ou national. À titre d'hypothèse, s'il y a un système juridique mercatique, il s'apparente moins au droit national qu'au droit international public.

Outre le fait que le système juridique mercatique et le droit international public partagent une source commune, à savoir les principes généraux du droit qui forment le fonds commun du droit transnational, les deux :

- sont déterritorialisés, s'appliquant à des « *espaces juridiques* » et non pas à des espaces géographiques déterminés ;
- se caractérisent par une décentralisation normative, la règle de droit émanant des sujets-mêmes auxquels elle s'applique et le droit « *spontané* » y jouant un rôle important ;
- reposent sur des mécanismes de sanction imparfaits, puisque les États conservent le monopole de la contrainte répressive<sup>995</sup>.

De Lord Mustill à Jan Paulsson<sup>996</sup>, les critiques notent que l'on peut, certes, concevoir qu'un arbitre puisse, dans sa sentence, se référer à un ordre juridique autonome (ou à des règles non étatiques) et ce, sans encourir la sanction du juge étatique du contrôle mais que, cependant, une telle acceptation ne relèverait pas d'un nouvel ordre juridique mais

---

<sup>993</sup> A. Pellet, *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>994</sup> M. Viralli, « *Un tiers droit ? Réflexions théoriques* » dans *Le Droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 373-385.

<sup>995</sup> A. Pellet, *Op. cit.*, p. 58-59.

<sup>996</sup> J. Paulsson, « *La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C.C.I.* », *Rev. arb.*, 1990, p. 55 et suiv.

reflèterait tout simplement une règle matérielle de l'ordre juridique *national* concerné. Dans ces cas, les parties comme les juges n'agissent, selon ces auteurs, qu'en vertu d'une habilitation donnée par le droit national dans lequel le contrat continue de trouver son ancrage<sup>997</sup>.

### **(iii) Un tiers ordre étatique ?**

Alain Pellet admet ces critiques mais finit par poser que rien n'empêche de conclure, dans une perspective pluraliste, à la reconnaissance d'un « *tiers ordre juridique* », transnational, à côté des ordres juridique national et international.

Ainsi, tout le monde s'accorde pour affirmer que la *lex mercatoria* est un droit jeune dont les règles sont en gestation, donc imprécises. Certains pensent que ses usages, ses principes et ses règles sont à même de fournir, au moins par extrapolation et par analogie, les solutions que l'on attend du droit : signe d'un ordre juridique transnational en cours de consolidation<sup>998</sup>. D'autres y voient la preuve que la *lex mercatoria* n'est pas un ordre juridique, mais un simple ensemble de règles régissant un contrat international (en regard des précédents arbitraux, notamment) : reflet d'un corpus d'usages ou de principes généraux du commerce international. Sans constituer un système de droit complet, ces normes du commerce international sont suffisamment établies pour qu'il puisse être considéré que tout signataire d'un contrat international est lié par elles. Ces normes ne forment pas à elles seules la loi applicable à un contrat, mais jouent un rôle complémentaire par rapport à la loi<sup>999</sup>.

---

<sup>997</sup> "[T]he national courts will most certainly apply these rules not as the *lex mercatoria* but as the national law." (W.O. Stoeker, "The *Lex Mercatoria* : to What Extent does it Exist ?", *op. cit.*, p. 108).

<sup>998</sup> B. Goldman, A. Pellet, *op. cit.*

<sup>999</sup> J. Paulsson, *op. cit.*

#### **(iv) Les rapports entre les ordres juridiques (étatique, arbitral, international)**

Les débats sur la réalité et le statut de la *lex mercatoria* (cf. ci-dessus) ont un impact sur les différentes approches des rapports entre un possible ordre juridique mercatique et les autres ordres juridiques, dont l'ordre juridique étatique, et notamment sur leur complémentarité ou leur hiérarchie<sup>1000</sup>.

Les défenseurs de la *lex mercatoria* comme Goldman relèvent que l'approche hiérarchique n'est pas pertinente. Lorsque les divergences entre la loi étatique, qui serait compétente selon le jeu de règles de conflit, et la *lex mercatoria* concernent des dispositions supplétives, ce sont les règles de la *lex mercatoria* qui doivent s'appliquer, sauf si l'application d'une loi étatique a été manifestement voulue d'un commun accord par les parties, auquel cas la loi étatique devra être appliquée. En dehors de ce cas de figure, la *lex mercatoria* peut être appliquée sans considérer pour autant qu'elle l'emporte sur la loi étatique, mais en constatant tout simplement qu'elle est compétente, alors que la loi étatique ne l'est pas.

La situation est plus complexe lorsque la loi étatique qui s'oppose à la *lex mercatoria* est une loi de police, que l'État entend voir appliquer dans tout le domaine qu'il lui attribue. S'il s'agit d'une loi de police du for, cette volonté d'application s'impose à toute juridiction étatique. Mais l'arbitre international n'a pas de for et, par conséquent, la loi de police de l'État où il siège physiquement ne s'impose pas plus à lui que celle d'un autre État.

L'arbitre doit-il tenir compte de la loi de police de l'État avec lequel le contrat a des liens qui justifieraient son application, par exemple parce que le contrat doit y être exécuté ?

---

<sup>1000</sup> Pour une discussion globale sur la redéfinition des rapports entre les ordres juridiques, on se reportera à l'ouvrage collectif de référence publié sous la direction de Baptiste Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2016.

Ce serait problématique, car cela impliquerait de remettre en cause le caractère transnational du contrat. En revanche, on peut considérer que l'arbitre est tenu d'appliquer la loi de police d'un État lorsque cette loi revêt le caractère d'ordre public *transnational* ou véritablement international... qui cependant coïnciderait ainsi avec l'ordre public de la *lex mercatoria* et serait de toute manière applicable au titre de la compétence de celle-ci<sup>1001</sup>.

Il n'est pas lieu ici de trancher ce débat. Il suffit de rappeler que, selon la doctrine, le fonctionnement d'un ordre juridique repose sur trois piliers : l'ordre juridique produit des normes, certes, mais aussi sanctionne leur application et contraint les sujets. Comme l'a écrit le Professeur François Rigaux,

« [p]our mériter la qualification d'ordre juridique un système de relations sociales [doit] se composer de trois séries d'éléments : des règles de conduite observées par leurs destinataires, des règles de décision appliquées par un juge, des mécanismes de contrainte qui assurent l'effectivité du système »<sup>1002</sup>.

Ceux qui contestent l'existence d'un ordre juridique mercatique notent que, s'il y a bien des règles produites par des entités non étatiques, le plus souvent, ces règles doivent être réceptionnées puis sanctionnées au sein des ordres étatiques plutôt qu'au sein d'un ordre mercatique distinct. Ce constat conforte l'interprétation de la *lex mercatoria* comme un corps de règles existant dans une multitude d'ordres étatiques<sup>1003</sup>. Ainsi, concernant la sentence arbitrale, E. Gaillard pense qu'elle « doit être [appréhendue] à travers la multiplicité des droits [étatiques] qui convergent à [la] reconnaître »<sup>1004</sup> ; elle n'existe pas dans un ordre juridique mercatique.

---

<sup>1001</sup> Pour une mise en perspective récente des interrogations que soulève la *lex mercatoria*, voir Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>1002</sup> « *Souveraineté des États et arbitrage transnational* », dans *Études Goldman, op. cit.*, p. 262.

<sup>1003</sup> J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 12<sup>e</sup> édition, 2016.

<sup>1004</sup> E. Gaillard, « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international* », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 134, n° 4, 2007, p. 1172 et suiv.

## **(v) Un ordre juridique au sein de la communauté des affaires**

À l'opposé, les défenseurs de l'existence d'un ordre juridique mercatique notent que, jusqu'à un certain point, on retrouve tous les éléments constitutifs d'un ordre juridique dans la *lex mercatoria*, qui comporte :

- des règles de conduite (usages du commerce, principes généraux...) que leurs destinataires respectent du moins autant que le font les États dans l'ordre juridique international ;
- des juges (les arbitres) qui appliquent ces règles. Leur intervention est moins systématique que celle du juge national dans la mise en œuvre du droit interne, mais sans doute plus importante que celle du juge international pour faire respecter le droit des gens ;
- dans une certaine mesure au moins, des mécanismes de contrainte, là encore moins puissants que ceux de la justice étatique mais sans doute plus poussés que ceux dont est doté le droit international.

Aussi estiment-ils que :

*« la lex mercatoria est un nouvel ordre juridique, qui se forme au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires et de commerçants suffisamment homogène et solidaire pour susciter la création de ces normes et en assurer l'application<sup>1005</sup> ».*

Et si la *lex mercatoria* est un véritable ordre juridique, elle doit savoir assurer et maintenir « *une double cohérence* » :

---

<sup>1005</sup> E. Loquin, *L'Amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Litec, 1980, p. 308-309.



« une cohérence interne pour éviter la dispersion de composants disparates, une cohérence externe pour établir son originalité, son autonomie face aux autres ordres juridiques, notamment face aux ordres étatiques, et à l'ordre interétatique »<sup>1006</sup>.

Dans l'établissement de cette double cohérence, l'arbitrage et la jurisprudence qu'il produit jouent un rôle éminent. Comme le relèvent plusieurs auteurs<sup>1007</sup>, 90 % des contrats transnationaux comportent une clause d'arbitrage et 90 % des sentences transnationales sont spontanément exécutées. Signe que les acteurs s'en remettent, pour trancher les litiges qui les opposent, à des juges privés, dont ils respectent les décisions. Témoignage, également, d'une jurisprudence qui se développe pour constituer un corps de doctrine auquel sont susceptibles de se référer les futurs arbitres comme les parties.

#### **(vi) La pluralité des ordres juridiques contre le monisme étatique**

Si le « *pluralisme* » est un terme polysémique (démocratique, social...), il contient toujours une charge polémique contre le monisme étatique<sup>1008</sup>. Le pluralisme se définit, en effet, à l'interface entre les faits et les valeurs. Si l'on s'en tient à l'expression juridique du pluralisme, plusieurs systèmes juridiques peuvent coexister au même moment, dans le même espace social : c'est un fait. Mais le pluralisme est aussi une doctrine de politique législative et judiciaire qui contient une critique plus ou moins explicite du monopole de l'État dans la formation du droit et la régulation juridique.

---

<sup>1006</sup> P. Kahn, « *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?* », dans *Le Droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>1007</sup> K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, *op. cit.*, p. 70; F. Osman, *Les Principes généraux de la lex mercatoria*, *op. cit.*

<sup>1008</sup> D. Terré, « *Le pluralisme* », *op. cit.*, p. 69-83.

« *Monisme et pluralisme* », conclut Dominique Terré, « *sont indissociables l'un de l'autre*.<sup>1009</sup> ». Dès lors, le pluralisme, c'est l'affirmation de la société - plus exactement des sociétés, des groupements ou des communautés - contre l'État<sup>1010</sup>.

Le pluralisme séduit par son potentiel démocratique, par son empirisme refusant tout *a priori* ainsi que par sa volonté revendiquée de faire toute sa place à la complexité de la vie sociale. La promotion du pluralisme ne peut être réduite au seul refus du monopole du pouvoir détenu par l'État ou une majorité moniste. En effet, le pluralisme est aussi le produit de la mondialisation, de l'affirmation des minorités, de la multiplication des sources normatives. On l'a vu : toutes ces évolutions se traduisent dans le domaine juridique par la multiplication des modes alternatifs de règlement des conflits, dans lesquels le juge étatique se replie au profit d'autres solutions, estimées comme plus authentiquement pluralistes.

Il reste que le pluralisme juridique est avant tout une réaction aux défaillances du monisme étatique, une approche critique dénonçant l'étatisation du droit<sup>1011</sup>. En effet, dans la doctrine juridique classique, le monisme prend la forme de l'État, seul autorisé à ordonner les conduites, si l'on suit des auteurs comme Raymond Carré de Malberg ou Hans Kelsen.

Pour le premier, l'État est le seul à être investi de cette forme de puissance particulière qu'est la souveraineté<sup>1012</sup>. Le point de départ de tout ordre juridique, c'est l'émergence de l'État en tant que puissance créatrice du droit. Le droit, ici perçu comme une contrainte extérieure avant tout, ne peut dériver que de l'État.

La perspective de Hans Kelsen, exprimée dans la *Théorie pure du droit*, conduit, elle aussi, au monisme étatique tout en empruntant une voie qui lui est propre. À la différence des positivistes classiques comme Carré de Malberg, pour qui l'État est un sujet de volonté

---

<sup>1009</sup> *Ibid*, p. 71.

<sup>1010</sup> Pour reprendre un titre de P. Clastres, *La Société contre L'État*, Paris, Minuit, 1974.

<sup>1011</sup> D. Terré, *op. cit.*

<sup>1012</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920], Paris, Dalloz, 2004.

et d'action existant indépendamment du droit et même avant le droit, Kelsen pense que l'État et le droit sont un seul et unique phénomène (ils constituent un seul et même ordre de contrainte), désigné par deux noms différents<sup>1013</sup>. Pour Kelsen, les trois grandes composantes de l'État selon la doctrine - à savoir le peuple, le territoire et la puissance publique - ne peuvent être définies que juridiquement : la population, c'est l'ensemble des personnes soumises aux normes particulières d'un ordre juridique ; le territoire, c'est l'espace sur lequel ces normes sont applicables ; la puissance publique, c'est la puissance qui s'exerce au travers de ces normes<sup>1014</sup>.

Dans cette perspective moniste, s'il existe en apparence des droits distincts du droit étatique, ils ne sont légitimes et efficaces que lorsque l'État consent à leur déléguer une parcelle de son monopole. Comme le résume Jean Carbonnier, ces « *fragments de droit* » non étatique « *n'ont de force que dérivée* » de l'État<sup>1015</sup>.

En rupture avec cette approche du droit, le pluralisme ne se contente pas de poser l'existence de plusieurs ordres juridiques qui seraient juxtaposés. Il dénonce les prétentions totalisantes du monisme juridique qui entend conforter l'idée d'une suprématie étatique, en méconnaissant la complexité de la vie sociale<sup>1016</sup>. Au même moment, dans un même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques indépendants de l'État, voire concurrents de l'État. C'est pourquoi le pluralisme juridique est généralement considéré comme un mouvement de « *relativisation* » de l'État, renouvelant la réflexion sur deux

---

<sup>1013</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, LGDJ/Montchrestien, coll. « La pensée juridique », 1999 ; D. Terré, *op. cit.*, p. 75.

<sup>1014</sup> H. Kelsen (*op. cit.*) : le droit est « *précisément ce même ordre de contrainte qu'est l'État* » (p. 418). En tant qu'organisation politique, l'État ne peut être pensé que comme « *ordre juridique* » (p. 378) et, réciproquement, l'ordre juridique est un État dès lors qu'il présente un certain degré de centralisation. Quant à la puissance de l'État, elle n'est rien d'autre que « *l'efficacité* » de l'ordre juridique (p. 383).

<sup>1015</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1971, 10<sup>e</sup> éd., 2001.

<sup>1016</sup> J. Chevallier, « *L'ordre juridique* », dans collectif, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 7-49.

grandes problématiques : la question des sources du droit et la question de la régulation juridique.

### **(vii) L'arbitrage se dote des attributs d'un ordre juridique autonome**

Plusieurs éléments, qui ont été relevés lors de l'observation des évolutions du droit français de l'arbitrage, attestent une "*judiciarisation indépendante*" de l'arbitrage, qui se constitue en ordre juridique autonome, au détriment de son second pilier fondateur, le contractualisme. Résumons :

- l'arbitre bénéficie du statut d'un véritable juge international<sup>1017</sup>, cette qualification étant explicitement utilisée par la Cour de cassation française dans l'arrêt Putrabali<sup>1018</sup> ;
- le droit à l'arbitre est assimilé à un droit au juge ;
- une partie de la doctrine envisage l'arbitrage comme un « *ordre juridique* » à part entière, une notion qui émerge dès les années 1990, notamment caractérisé par la compétence obligatoire et le système d'appel...

De longs développements ont été consacrés à la manière dont s'élabore et s'affirme la compétence obligatoire de l'arbitre. En outre, la "*judiciarisation indépendante*" de l'arbitrage se manifeste également dans l'ambition du système arbitral de se doter de mécanismes d'appel qui assurent le contrôle du travail normatif des tribunaux arbitraux et contribuent ainsi à en renforcer la légitimité.

---

<sup>1017</sup> Voir « *L'arbitre, 'juge naturel' du commerce international* », dans P. Cecchi-Dimeglio et B. Brenneur (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, Paris, Larcier, 2015, p. 985-996.

<sup>1018</sup> Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18053, Société PT Putrabali Adyamulia, société de droit indonésien à responsabilité limitée c./ société Rena Holding, anciennement dénommée Est Epices, SA et autres, arrêt cité.

Plusieurs hypothèses sont, à cet égard, explorées : créer une Cour permanente d'appel, par exemple dans le cadre d'une Chambre spécialisée de la Cour internationale de justice, ou aménager des mécanismes de contrôle existants, à l'image des comités *ad hoc* d'annulation du CIRDI qui acquerraient un pouvoir d'appel, ou encore créer un mécanisme de renvoi préjudiciel similaire à celui prévu au niveau communautaire par l'article 234 du traité CE<sup>1019</sup>.

Si l'on suit les analyses de Martin Shapiro<sup>1020</sup>, l'existence d'un système d'appel joue un rôle psychologique fondamental pour les parties, leur permettant d'entrevoir une porte de sortie en cas de désaccord avec la décision du tiers. Cette possibilité de remettre en cause la sentence du tiers conforte l'autorité et la légitimité de l'arbitre ainsi que l'autosuffisance du système arbitral. Grâce à la perspective de pouvoir faire appel, la partie perdante garde la possibilité de ne pas accepter un échec tout en témoignant de son respect pour le processus de règlement du conflit et pour son issue.

Par ailleurs, le système d'appel joue également un rôle législatif. Comme ce fut le cas pour la justice publique, la mise en place d'un système d'appel contribue à la centralisation du système judiciaire. Les cours d'appel deviennent de véritables structures législatives permettant d'unifier les normes émises, en l'occurrence par les tribunaux arbitraux et d'harmoniser les précédents au nom de l'intérêt de la société tout entière qui transcende l'intérêt des seules parties concernées. Cette unification de la base normative arbitrale est jugée de plus en plus souhaitable dans un contexte où la jurisprudence acquiert une importance accrue dans la pratique arbitrale.

---

<sup>1019</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1020</sup> M. Shapiro "Appeal", *14 Law and Society Review*, 629, 1980, et *Courts : A Comparative and Political Analysis*, Chicago University Press, 1981, p. 43 et suiv.

Avec le développement des mécanismes d'appel et d'une jurisprudence cohérente, l'arbitrage se reconfigure comme un service public de justice qui entend s'adresser à la société toute entière, se rapprochant ainsi de l'ordre juridique étatique. S'il garde encore un statut transitoire, entre un système consensuel (qui est investi et qui s'adresse aux seules parties) et un système obligatoire de règlement de différends (au nom d'une collectivité plus large), l'équilibre entre les deux pôles ne cesse de se déplacer en faveur de ce dernier aspect. Dès lors, il devient nécessaire de reconsidérer la pertinence des divers critères qui ont été formulés pour distinguer l'arbitrage de l'ordre juridique étatique, parmi lesquels le choix des juges (caractère éphémère ou permanent), le choix de la procédure (à déterminer ou fixée d'avance), le choix du droit applicable (déjà-là ou à produire) et l'objet du litige (les conflits d'intérêts versus les conflits de valeur).

Carlo Santulli montre qu'en réalité, ces distinctions sont loin d'être tranchées. Comme on a pu le voir, le jugement arbitral ne se réduit nullement au seul règlement du conflit entre les parties. Les mécanismes d'appel, la volonté de consolider une jurisprudence unifiée qui assure la lisibilité des raisonnements et donc leur bonne diffusion et, *in fine*, la sécurité et la prévisibilité du système, attestent que le système arbitral a une ambition globale qui transcende les sentences particulières rendues à la demande des parties.

Pour ce qui le concerne, C. Santulli avance un critère fonctionnel pour distinguer l'arbitrage du règlement judiciaire des conflits :

*« Là où l'arbitrage est institué pour régler des litiges et n'existe que 'pour' cela (il n'a qu'une fonction juridictionnelle), le règlement judiciaire est institué pour exercer [...] une fonction de police juridique : offrir un 'service public' juridictionnel, garantir la cohérence et la constance des solutions, organiser une politique juridique par la motivation »*<sup>1021</sup>.

---

<sup>1021</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 75-76.

Santulli fait sienne la distinction classique entre l'arbitre, chargé de régler les intérêts privés, et le juge, garant de l'intérêt général<sup>1022</sup>. Cette distinction est-elle toujours pertinente ?

À l'origine, les compétences du juge et de l'arbitre semblent bien distinctes. Le juge étatique dispose de la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit, et de l'*imperium*, « l'ensemble des prérogatives appartenant à l'État, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte de juridiction »<sup>1023</sup>. Quant à l'arbitre, juge privé, il est considéré comme dépourvu d'*imperium*, à savoir du pouvoir de commandement se traduisant par l'apposition de la formule exécutoire à la fin du jugement<sup>1024</sup>. En effet, l'arbitre doit faire appel à la force publique pour contraindre les parties à exécuter la sentence arbitrale, qui n'acquiert sa force exécutoire qu'à travers la procédure d'exequatur<sup>1025</sup>.

En droit public, l'*imperium* a trait à la souveraineté et à la territorialité, intimement associées à l'État<sup>1026</sup>. Cette doctrine a été transposée en droit privé : l'arbitre, n'étant pas dépositaire de la souveraineté territoriale, ne disposait pas, logiquement, d'*imperium*. Seul l'État assure l'effectivité des règles juridiques, quels qu'en soient les auteurs, en faisant sanctionner par ses tribunaux leurs violations éventuelles.

---

<sup>1022</sup> Ch. Jarrosson, « Arbitrage et juridiction », dans *Droits*, « La Fonction de juger », n° 9, 1989, p. 107-117, réf. p. 112.

<sup>1023</sup> Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, n° 81, p. 278.

<sup>1024</sup> « Le juge a la *jurisdictio* et l'*imperium*, l'arbitre ne dispose que de la *jurisdictio* » (Ch. Jarrosson, *La Notion d'Arbitrage*, *op. cit.*, n° 183, p. 104).

<sup>1025</sup> R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> édition, 2004, p. 58, n° 62.

<sup>1026</sup> En France, la notion d'*imperium* remonte à la création de l'État moderne. Ce concept de droit romain est développé par Jean Bodin dans *Les Six Livres de la République* (1576), l'*imperium* désignant l'exercice concret de la puissance étatique qui borne les pouvoirs de toute autre autorité extérieure à l'État. Dans le sillage d'A.-J. Arnaud (« *Imperium et Dominium : Domat, Pothier et la codification* », *Droits*, n° 22, 1995, p. 55 et suiv.), David Chekroun montre qu'entre 1789 et 1945, la notion d'*imperium* s'efface, remplacée par les termes comme pouvoir, autorité, souveraineté (« *L'imperium de l'arbitre* », dans *L'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 135-180).

Cependant, comme le montrent plusieurs analyses, à partir des années 2000, les évolutions de l'arbitrage, dans le contexte de la faveur des juridictions étatiques pour ce mode de règlement des conflits, remettent en cause le caractère tranché de l'opposition entre l'arbitrage et l'ordre juridique de l'État<sup>1027</sup>.

Pour ce faire, il faut partir, comme nous invite Charles Jarrosson, de la polysémie du terme « *imperium* », permettant d'en distinguer les diverses composantes : *imperium mixtum*, *imperium merum*, *imperium summum*<sup>1028</sup>.

Clairement, l'*imperium summum* relève de la souveraineté territoriale de l'État : c'est l'instrument de la souveraineté étatique territoriale qui se manifeste dans la contrainte exercée exclusivement par un organe de contrainte étatique.

L'*imperium merum* est, lui aussi, associé à la souveraineté et à la territorialité de l'État, désignant le pouvoir le plus absolu dont dispose le juge étatique : le pouvoir de contrainte.

Quant à l'*imperium mixtum*, il exprime une injonction intellectuelle adressée aux parties, dépourvue du pouvoir de contrainte matérielle comme du pouvoir sur les organes de contrainte. Cette forme d'*imperium*, sans lien avec l'exercice de l'autorité souveraine, n'est pas le monopole de l'État et peut donc légitimement revenir, dans une certaine mesure, à l'arbitre<sup>1029</sup>.

En effet, l'arbitre s'en trouve doublement investi, par l'autorisation implicite des parties et par une reconnaissance expresse des États, en accord avec la nature hybride - mi-

---

<sup>1027</sup> David Chekroun, *op. cit.*, p. 135-180. Ch. Jarrosson, « *Réflexions sur l'imperium* », *op.cit.*, p. 245.

<sup>1028</sup> Composantes analysées par Chekroun (*op. cit.*, p. 135-180), dans le sillage de Ch. Jarrosson (« *La notion* », *op. cit.*, n° 79, p. 277).

<sup>1029</sup> Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 62, p. 270, n° 45 et 47, p. 264-265.



contractuelle et mi-juridictionnelle - de l'arbitrage<sup>1030</sup>. Dès lors, l'arbitre dispose bien d'une parcelle d'*imperium*,

« issu concurremment d'une autorisation des parties et d'une reconnaissance expresse des États intéressés, l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États<sup>1031</sup> ».

Ainsi, l'arbitre détient une parcelle d'*impérium* englobant l'ensemble de ses pouvoirs d'injonction et de commandement qui lui permettent de réaliser son œuvre de justice. Les mesures intégrées à l'*imperium mixtum* de l'arbitre lui sont logiquement dévolues dans le prolongement de son activité juridictionnelle, de sa faculté à dire le droit. Elles sont destinées à préparer et à organiser l'exercice par l'arbitre de la *jurisdictio*.

À titre d'exemple, peut être cité le pouvoir du tribunal arbitral d'organiser le procès arbitral et les relations entre les parties, d'enjoindre aux parties de produire un élément de preuve à peine d'astreintes, d'ordonner la constitution d'une garantie financière, de prononcer une mesure conservatoire, voire d'imposer d'office l'exécution provisoire de la sentence arbitrale.

À noter que d'autres mesures relevant de l'*imperium merum* ne sont pas de la compétence du juge arbitral, s'agissant, par exemple, du fait de prononcer des mesures concernant des tiers ou d'obtenir l'exécution forcée d'une sentence, et nécessitent l'intervention du juge étatique.

L'idée qui sous-tend ces attributions est qu'il n'est pas envisageable de confier à un arbitre la mission de dire le droit sans lui donner le pouvoir d'organiser la procédure et

---

<sup>1030</sup> Ch. Jarrosson, « *La Notion...* », *op. cit.*, n° 785, p. 372. On a vu que l'arbitre est doté du pouvoir juridictionnel en vertu d'un contrat, Th. Clay, *L'Arbitre*, *op. cit.*, 2001, n° 802, p. 617.

<sup>1031</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, p. 140.

d'ordonner la production des éléments de preuve nécessaires à l'exercice de sa mission. Ainsi, le pouvoir de prononcer des astreintes, reconnu par les articles 1467, alinéa 3 et 1468, alinéa 1 du CPC, est envisagé comme un « *prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir judiciaire*<sup>1032</sup> ».

On peut conclure, avec David Chekroun, qu'

« [e]n définitive, l'*imperium* de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche - *jurisdictio* - dans la limite liée au recours de la force publique - *imperium merum* - et des moyens coercitifs exercés par les organes des États - *imperium summum*<sup>1033</sup>. »

Ces analyses sur l'*imperium* et ses composantes éclairent sous un angle nouveau la manière dont l'État s'efface au profit de l'arbitre, tout en le soutenant dans sa mission, puisqu'il prête son concours à la mise en œuvre des pouvoirs d'injonction et de commandement de l'arbitre, et donc à la bonne marche de la justice privée<sup>1034</sup>.

### **(viii) Frontières brouillées entre MARC et arbitrage**

Il est intéressant de noter que ce brouillage des frontières entre les divers ordres juridiques, à la suite notamment de la judiciarisation de l'arbitrage, contribue *in fine* à l'extension du recours aux modes amiables de règlement des différends comme la

---

<sup>1032</sup> CA Paris, 7 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 737, note E. Jeuland.

<sup>1033</sup> *Op. cit.*, p. 166-167.

<sup>1034</sup> Dans « *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique* » (*Justices*, 1995, p. 53 et suiv.), B. Oppetit montre comment, en France, l'État administratif favorise la justice alternative. Selon lui, l'État peut se retirer au profit de l'institution arbitrale, tout en conservant son *imperium*, car en définitive, ce sont toujours les émanations de l'État, moyennant une reconnaissance expresse, qui consacrent la force de la sentence arbitrale et en assurent l'exécution. Les analyses de Ch. Jarrosson soulignent également la spécificité de la faveur étatique pour l'arbitrage en France, qu'il s'agisse de la législation nationale ou de l'appui de la justice publique à la justice arbitrale au travers notamment du juge d'appui. Au fond, c'est l'engagement public qui est le garant de l'efficacité de la justice arbitrale.

médiation, en amont de l'arbitrage<sup>1035</sup>. Comme le remarquait Jean-François Six, à propos du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris : « *Mais pourquoi mettre les médiateurs avant le travail des arbitres ? C'est que ces derniers ont à trancher, comme les juges des tribunaux*<sup>1036</sup> ».

L'arbitrage séduit par ses atouts bien connus : confidentialité, souplesse, choix des arbitres par les parties, relative rapidité... La médiation présente les mêmes avantages comparables, tout en étant plus attractive en termes de coûts, de durée et de souplesse. Et surtout, la médiation permet d'éviter les aléas judiciaires et les lourdeurs procédurales, de préserver la relation en espérant un accord « *gagnant-gagnant* ».

On l'a vu : le recours à la médiation est conforté par la Directive européenne sur la médiation<sup>1037</sup> et la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile<sup>1038</sup>. Plusieurs institutions d'arbitrage, comme la CCI<sup>1039</sup>, ont également émis

---

<sup>1035</sup> D. Jimenez Figueres, « *Le règlement amiable comme préalable à l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage CCI* », *Bull. CCI*, vol. 14 n° 1, 2003, p. 77. Sur la dérive processuelle de l'arbitrage et le développement des modes de résolution de conflits alternatifs à l'arbitrage (médiation, conciliation, mini-procès), voir, déjà, Th. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution*, University of Illinois, 1989 ; J.-B. Racine, « *Les dérives procédurales de l'arbitrage* », dans *Les Transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 2 ; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 11 ; Ph. Fouchard, « *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international* », dans *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 95.

<sup>1036</sup> *Les Médiateurs*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>1037</sup> La directive sur la médiation adoptée dans le cadre de l'Union européenne le 21 mai 2008 prévoit des réformes législatives garantissant la protection des intérêts des victimes et des consommateurs. Pour favoriser le recours à la médiation, s'agissant des délais de prescription, la directive dispose que les États doivent veiller à ce que les parties recourant à la médiation ne se voient pas empêchées de saisir la justice en raison du temps écoulé durant la procédure de médiation.

<sup>1038</sup> L'article 2238 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, précise que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation par un accord écrit. À défaut d'accord écrit, la suspension a lieu à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.

<sup>1039</sup> Depuis l'entrée en vigueur, en 2001, du Règlement « *Amicable Dispute Resolution* » de la CCI, remplacé en janvier 2014 par les « *Mediation Rules* », la majorité des procédures engagées a conduit à un règlement amiable, ce qui a permis aux entreprises de préserver leurs relations d'affaires tout en économisant les coûts d'une procédure d'arbitrage. L'intervention du juge ou de l'arbitre est réservée, en tant que de besoin, à un

des règles de recours aux modes amiables de résolution de conflits<sup>1040</sup>. Praticiens et chercheurs multiplient les modèles hybrides à l'interface entre l'arbitrage et la médiation : « *med-arb* » (la médiation se transforme automatiquement en arbitrage si elle échoue), « *med then arb* » (la même technique, mais le médiateur et l'arbitre sont deux personnes différentes), « *arb-med* » (une tentative de médiation initiale introduite dans un arbitrage)...

Si elle n'apparaît pas encore comme une véritable alternative, la médiation s'impose comme un préalable à l'arbitrage. On peut même se demander si les clauses combinant les techniques de médiation et d'arbitrage permettent de mettre en œuvre l'arbitrage sans avoir eu recours au préalable à la médiation. L'analyse de la jurisprudence montre une volonté de la Cour de cassation de renforcer l'efficacité de la clause contractuelle de conciliation ou de médiation préalable en décidant qu'elle constitue une fin de non-recevoir<sup>1041</sup>, bien qu'elle ne figure pas parmi les cas visés à l'article 122 du CPC, qui s'impose au juge ou à l'arbitre saisi au fond lorsque l'une des parties l'invoque et qui suspend le cours de la prescription<sup>1042</sup>.

---

stade ultérieur, la CCI ayant aussi adopté un Règlement sur les Dispute Boards (DB) visant à aider les parties à résoudre elles-mêmes les différends surgissant en cours d'exécution du contrat.

<sup>1040</sup> Règlement de conciliation de la CNUDCI, Règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle...

<sup>1041</sup> Voir notamment Cass. Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19423 et 00-19424, *D.*, 2003, p. 1386, note J.-P. Ancel et M. Cottin, et som. p. 2481, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.*, 2003, p. 403 (1<sup>ère</sup> esp.), note Ch. Jarrosson, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047169>.

Confirmé par Cass. Civ. 1, 8 avril 2009, n°08-10866, *JCP G*, n° 43, note O. Cuperlier. Voir également Th. Montéran, « *Le respect des clauses contractuelles de médiation* », *Les Cahiers de l'Arbitrage, Gaz. Pal.*, juillet 2004, p. 206, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020508791&fastReqId=1218317894&fastPos=1>.

<sup>1042</sup> J.-Ph. Tricoit, « *Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits* », *Rev. arb.*, 2010, p. 153.

### **(ix) Le principe compétence-compétence : délimitation des ordres et pivot de l'autonomie et de l'essor de l'arbitrage**

La redéfinition des rapports entre les juridictions étatique et arbitrale s'illustre notamment dans le champ de l'attribution des compétences et donc de la délimitation du pouvoir juridictionnel, qui a connu de profonds bouleversements comme on a pu le voir<sup>1043</sup>.

En effet, la compétence-compétence est un attribut fondamental du juge qui génère des domaines réservés de compétence juridictionnelle et permet la délimitation du périmètre d'action de chaque justice. Le principe de compétence-compétence apparaît comme le « *pivot de l'autonomie de l'arbitrage par rapport à la justice étatique*<sup>1044</sup> », une manifestation éclatante du « *droit à l'arbitre*<sup>1045</sup> ».

C'est au travers du principe de compétence-compétence que sont ventilés les litiges entre la justice publique et la justice privée, entre lesquelles la convention d'arbitrage institue une « *frontière commune* » déterminant non seulement la compétence de l'arbitre mais, par là-même, la « *compétence juridictionnelle générale* » qui consiste à savoir si le litige dépend de la justice arbitrale ou de la justice étatique<sup>1046</sup>. L'arbitre qui statue en priorité (du moins chronologiquement) sur sa propre compétence statue aussi sur la compétence du juge étatique, tout comme ce dernier, en appréciant *in fine* la convention d'arbitrage, statue en même temps sur sa compétence et sur celle de l'arbitre.

---

<sup>1043</sup> E. Loquin, « Arbitrage - Compétence arbitrale - Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*

<sup>1044</sup> Th. Clay, obs. sous *D.*, 2010, p. 2933.

<sup>1045</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis », t. 1., 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 66 et 67, p. 86-88.

<sup>1046</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 17, p. 39.

Qu'ils le déplorent ou s'en réjouissent, les commentateurs notent que la manière dont ce principe a été envisagé par la doctrine et consolidé par la jurisprudence française conduit à l'essor d'une véritable justice arbitrale. Pour aller au-delà d'une simple appréciation et saisir le principe de compétence-compétence et ses implications dans toute leur complexité, Magali Boucaron-Nardetto propose de ne pas l'envisager comme un diptyque, autour des effets positif et négatif, mais comme un « *tripode* », comportant trois facettes<sup>1047</sup>.

L'effet négatif du principe de compétence-compétence, chronologiquement premier, s'exprime en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, posant, comme on l'a vu, que le juge étatique ne peut apprécier, du moins de façon approfondie, la compétence arbitrale *a priori*. À ce stade, l'effet négatif paralyse temporairement le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur leur propre compétence.

Alors que certains voient dans l'effet négatif du principe de compétence-compétence une mutation de la fonction du principe lui-même, d'autres le considèrent comme un simple renforcement de l'effet positif. Pour ces derniers, l'effet négatif du principe compétence-compétence ne ferait que détacher un peu plus l'arbitrage de la tutelle étatique, favorisant l'autonomie du tribunal arbitral dans l'appréciation de sa compétence<sup>1048</sup>.

Cette analyse, remarque Magali Boucaron-Nardetto, ne va pas assez loin puisqu'elle ne met pas suffisamment en évidence le fait qu'en statuant sur leur compétence, les arbitres jugent en même temps de la compétence de la justice publique. Ainsi, le juge arbitral statue sur la validité de la convention d'arbitrage, dont dépend la compétence de l'arbitre comme celle du juge étatique.

---

<sup>1047</sup> *Ibid.*, n° 30 et 31, p. 59.

<sup>1048</sup> J.-B. Racine, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*

L'auteur relève que la qualification d'effet négatif a sans doute permis à cette nouvelle règle de bénéficier d'une plus grande légitimité découlant de l'évidence du principe de compétence-compétence dans son acception première. Cependant, il ne s'agit pas véritablement d'un effet, au sens où reconnaître au tribunal arbitral la possibilité de statuer sur sa compétence aurait pour conséquence logique et nécessaire de supprimer ce pouvoir appartenant aux juridictions étatiques<sup>1049</sup>. Pour preuve, plusieurs États restreignent le sens du principe de compétence-compétence à son seul effet positif, chaque juridiction conservant la compétence de sa compétence.

L'effet positif du principe de compétence-compétence se déploie, lui, pendant le procès arbitral, imposant qu'il revienne aux juridictions arbitrales de se prononcer sur leur propre compétence. D'origine processuelle, cet effet positif entend attribuer au tribunal arbitral tout le pouvoir de juger, y compris celui de statuer sur sa compétence. Cet effet a émergé en premier et bénéficie d'une pleine légitimité dans le droit international de l'arbitrage.

Troisième élément du « *tripode* » proposé par M. Boucaron-Nardetto, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions étatiques intervient au stade post-arbitral, une fois la sentence rendue. Il concerne le contrôle *a posteriori* que peut exercer le juge étatique sur la justice arbitrale.

Cet effet rétablit, au stade post-arbitral, l'équilibre entre les juridictions au profit des juridictions publiques, qui retrouvent le pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. À leur tour de contribuer à la délimitation de la frontière entre la justice publique et la justice privée : une frontière dont le tracé est le fruit d'un dialogue orchestré par le principe de compétence-compétence dans ses trois facettes. En retrouvant *in fine* le pouvoir

---

<sup>1049</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 10, p. 32.

de statuer sur leur compétence, les juridictions étatiques viennent participer, en aval de la sentence, à la répartition des litiges entre la justice étatique et la justice arbitrale.

Force est de conclure que ces évolutions du principe de compétence-compétence illustrent l'autonomisation de l'arbitrage par rapport à la tutelle étatique, conduisant à ce que les contrôles étatiques ne soient réalisés qu'*a posteriori*, lors d'éventuelles voies de recours contre la sentence.

En effet, jusqu'aux réformes du début des années 1980, seule la justice publique était en mesure de statuer sur la compétence juridictionnelle générale. Dans la nouvelle configuration des rapports entre les deux juridictions, ce monopole n'existe plus.

On l'a vu : globalement, les réponses apportées aux conflits de compétence entre les deux justices traduisent une volonté de l'État français de promouvoir l'efficacité procédurale, pilier important de la politique juridique, en assurant l'autonomie de l'arbitrage. Il s'agit notamment de ne pas perturber l'engagement et la poursuite de l'instance arbitrale, comme de préserver l'efficacité de l'institution arbitrale, en neutralisant toute tentative de perturbation qui viendrait des parties :

- l'effet positif garantit la rapidité de la justice arbitrale, puisque l'instance arbitrale n'est pas interrompue par un quelconque moyen de défense opposé au tribunal arbitral, comme une exception d'incompétence ;
- l'effet négatif assure l'efficacité de la convention d'arbitrage, en obligeant le juge étatique à renvoyer les parties à l'arbitrage, puisqu'il ne peut pas statuer sur la contestation de la convention d'arbitrage.

Les intérêts de la justice publique sont-ils pour autant sacrifiés ? Le débat est loin d'être tranché. Certains le craignent, d'autres montrent que si le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur la compétence juridictionnelle générale est provisoirement paralysé, ce



pouvoir des juridictions étatiques est légitimement recomposé en aval de l'instance arbitrale, au stade de l'exercice des voies de recours<sup>1050</sup>.

Le principe de compétence-compétence est « *une simple priorité, un pouvoir sous tutelle de la justice publique*<sup>1051</sup> ». Si ce principe a su s'imposer, c'est sous réserve du contrôle par les juridictions publiques de la sentence. Il serait erroné de confondre la préséance chronologique avec un quelconque avantage hiérarchique.

Les trois piliers du principe de compétence-compétence assureraient le dialogue entre les justices, contre le monisme quel qu'il soit, arbitral ou étatique. C'est une « *forme moderne de répartition de compétences*<sup>1052</sup> », favorisant la compétence partagée, non exclusive, exercée tour à tour par le juge arbitral et le juge étatique.

Les défenseurs du principe de compétence-compétence, dans tous ses « *effets* », en soulignent les avantages :

« *Il permet de trouver un équilibre et d'éviter soit l'indifférence totale des deux formes de justice, néfaste en ce qu'elle est génératrice de procédures parallèles, soit le rapport hiérarchique d'une justice sur l'autre, solution peu réaliste au fur et à mesure que l'arbitrage se détache de la tutelle étatique.*<sup>1053</sup> »

Dans la mesure où l'arbitrage devient une véritable justice de source privée, *alter ego* de la justice étatique<sup>1054</sup>, le principe de compétence-compétence est seul à même d'harmoniser les relations entre la justice arbitrale et la justice étatique. Il témoigne de la créativité du droit dans un contexte pluraliste, où ni la hiérarchie ni la complète autonomie ne sont envisageables.

---

<sup>1050</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 27, p. 51-52.

<sup>1051</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1052</sup> O. Cachard, *op. cit.*, n° 2, p. 715.

<sup>1053</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, n° 197, p. 192.

<sup>1054</sup> B. Oppetit, « *Justice étatique et justice arbitrale* », dans *Études, op.cit.*, p. 415 ; D. Cohen, « *Justice publique et justice privée* », *Archives de philosophie du droit*, 1997, t. 41, p. 149-162.

Magali Boucaron-Nardetto conclut à une transition d'un rapport hiérarchique à un principe du « *funambule* ». À la subordination d'un ordre juridique à un autre succède l'exercice coordonné par le juge privé et le juge étatique du pouvoir de statuer sur la compétence. Les deux types de juges coopèrent au travers d'un dialogue différé dans le temps, qui permet de mettre en place une subsidiarité entre les différents ordres juridiques.

### **(x) Accepter et ordonner la pluralité des ordres juridiques ?**

Le principe de compétence-compétence, dans ses multiples effets, témoigne-t-il d'une reconnaissance du pluralisme juridique et donc d'une volonté de mettre en place des mécanismes assurant la coopération et la coordination entre les justices ?

Longtemps opposé à la justice étatique en vertu du critère de la « *juridicité* », l'arbitrage est de plus en plus reconnu comme une véritable forme de justice. Ainsi :

- dès 1986, Eric Loquin s'est interrogé sur l'existence d'un ordre juridique autre que l'ordre juridique étatique, un « *ordre juridique anational* » dans lequel les arbitres du commerce international peuvent localiser les relations internationales dont ils sont saisis<sup>1055</sup> ;
- le professeur Daniel Cohen, dans sa thèse consacrée à « *arbitrage et société* », publiée en 1993, fut le premier à avoir utilisé la notion d'« *ordre juridique arbitral* » au sens d'« *ensemble cohérent de normes* »<sup>1056</sup> ;

---

<sup>1055</sup> E. Loquin, « *L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international* », dans *L'Apport de la jurisprudence arbitrale*, 67, ICC Pub. n° 440/1, 1986.

<sup>1056</sup> D. Cohen, *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993, par ex. p. 21.

- Thomas Clay a ensuite développé cette notion, en y consacrant un chapitre de sa thèse de doctorat sur l' « *arbitre* », insistant sur le caractère transnational de l'arbitrage et son autonomie<sup>1057</sup> ;
- en 2005, dans un article consacré à l'arbitrage commercial international, Jean-Baptiste Racine entend systématiser la notion en la confrontant aux diverses conceptions de l'ordre juridique développées par Hans Kelsen, Santi Romano, François Ost ou encore Michel van De Kerchove<sup>1058</sup>.

La juridicité de l'arbitrage n'a pas son fondement dans l'ordre juridique étatique, qu'il s'agisse de celui du siège ou des lieux d'exécution, mais dans un ordre juridique tiers, spécifique, l'ordre juridique arbitral. C'est ainsi que les acteurs de l'arbitrage perçoivent que, sans rendre la justice au nom d'un État, ils exercent une fonction juridictionnelle au service de la communauté internationale.

La jurisprudence arbitrale comme les ordres juridiques étatiques multiplient les témoignages de reconnaissance de l'existence d'un ordre juridique arbitral<sup>1059</sup>.

Dans la jurisprudence arbitrale, la reconnaissance des attributs d'un véritable ordre juridique se manifeste notamment dans l'utilisation par les arbitres (soit dans le silence des parties, soit parce que les parties l'ont voulu) de la méthode des règles transnationales et autres ressources du droit comparé comme les principes généraux du droit international, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice. Emmanuel Gaillard note d'ailleurs que les principes généraux du droit connaissent une spécialisation croissante dans

---

<sup>1057</sup> *Op. cit.*, Paris, 2001, p. 211-228.

<sup>1058</sup> J-B. Racine, « *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », *Rev. arb.*, 2005(2), p. 305, notamment p. 335 et suiv.

<sup>1059</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, 2008, p. 60 et suiv.

la jurisprudence arbitrale, ce qui remet en cause l'idée selon laquelle ils ne « *diraient pratiquement rien sur rien*<sup>1060</sup> ».

Quant au droit étatique, plusieurs solutions retenues par la jurisprudence comme par le législateur illustrent la reconnaissance d'un ordre juridique arbitral. Favorable à l'arbitrage, le droit français reconnaît ainsi à cette forme de règlement des différends la qualité d'ordre juridique à part entière :

- la jurisprudence témoigne d'une reconnaissance d'un ordre public « *véritablement international et d'application universelle*<sup>1061</sup> », selon les termes de la cour d'appel de Paris. La même Cour se réfère, dans un arrêt de 1993, à « *l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale* »<sup>1062</sup> ;
- la jurisprudence reconnaît que la sentence n'est pas « *intégrée* » dans l'ordre juridique de l'État du siège de l'arbitrage, une formule constante dans la jurisprudence française depuis l'arrêt Hilmarton, en 1994<sup>1063</sup>. Cette solution n'implique pas une reconnaissance directe d'un ordre juridique arbitral, mais contient une critique de la conception inverse selon laquelle, en matière internationale, la sentence arbitrale puiserait la source de sa juridicité dans l'ordre juridique du siège<sup>1064</sup>. La Cour de cassation française a accentué ce parti pris en faveur de l'acceptation d'un ordre juridique arbitral dans l'arrêt Putrabali du 29

---

<sup>1060</sup> P. Mayer, « *L'arbitre et la loi* », dans *Mélanges à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001 p. 236.

<sup>1061</sup> Évoquée dans un arrêt de 1990 par la cour d'appel de Paris, 25 mai 1990, Fougerolle c./ Procofrance, *Rev. crit. Dr. int. Pr.*, 1990, p. 753.

<sup>1062</sup> CA Paris, 10 septembre 1993, European Gas Turbines SA c./ Westman International Ltd., *Rev. arb.*, 1994, p. 359, note D. Bureau ; *RTD com.*, 1994, p. 703, obs. E. Loquin.

<sup>1063</sup> Cass. Civ. 1, 23 mars 1994, Hilmarton c./ Omnium de traitement et de valorisation (OTV), n°92-15137, *Bull. civ.* n° 104, arrêt cité.

<sup>1064</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 92 et suiv.

juin 2007<sup>1065</sup>, statuant également sur la reconnaissance d'une sentence annulée au siège. Là où la cour d'appel relevait négativement que la sentence n'était pas intégrée dans l'ordre juridique du siège, la Cour de cassation affirme qu'elle n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique. La Cour de cassation envisage la sentence du tribunal arbitral comme une « *décision de justice internationale* » ;

- dans le sillage de la jurisprudence, la loi reconnaît à l'arbitre un pouvoir juridictionnel, « *c'est-à-dire le pouvoir de trancher un litige qui lui est soumis en disant le droit, ou l'équité [...], et de rendre une décision appelée sentence [...] qui s'imposera aux parties* »<sup>1066</sup> ;

- la loi permet aux parties de renoncer à tout recours en annulation devant les juridictions du siège ;

- la terminologie et les dispositions du CPC confèrent une essence juridictionnelle à la mission de l'arbitre<sup>1067</sup>. Selon l'article 1478 du CPC, le tribunal arbitral tranche le litige en application des règles de droit. À l'issue de la procédure arbitrale, le tribunal arbitral rend une sentence arbitrale, qui possède de nombreux attributs l'assimilant à un jugement, dont l'autorité de la chose jugée (article 1484, alinéa 1<sup>er</sup> du CPC, applicable en matière d'arbitrage interne et

---

<sup>1065</sup> Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18053, Société PT Putrabali Adyamulia, société de droit indonésien à responsabilité limitée c./ société Rena Holding, anciennement dénommée Est Epices, SA et autres, arrêt cité : « *Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées.*

<sup>1066</sup> O. Pomies (dir.), « *Pouvoir juridictionnel* », *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011 ; D. Hascher, « *The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts-France* », in E. Gaillard (dir.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration, n° 6, *Juris*, 2010, p. 97, qui évoque l'adoption par la jurisprudence française de « *la représentation qui suppose l'existence d'un ordre juridique arbitral* ». Également : Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.*

<sup>1067</sup> Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 175 à 181, p. 101-103.

également en matière d'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 du CPC) ;

- le principe processuel de l'effet positif de la compétence-compétence est un élément du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, accentuant la nature juridictionnelle de l'arbitrage au détriment de sa nature contractuelle. L'arbitre est un véritable juge et il doit, comme tout juge, être le juge de sa compétence<sup>1068</sup>. Le fondement du pouvoir de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, lorsqu'elle est contestée devant lui, est légal et résulte de la volonté du législateur<sup>1069</sup>. En même temps, de par la convention, l'arbitre dispose d'une compétence pleine non seulement pour trancher le fond du litige, mais aussi pour prononcer des mesures d'instruction, comme des mesures provisoires ou conservatoires qui entrent dans l'objet du litige ;
- le rapport au Premier ministre présentant le décret de 2011 fait expressément état de « *l'existence d'un ordre juridique autonome en matière d'arbitrage international* »<sup>1070</sup> ;
- la Cour de cassation décrit l'arbitre comme un « *juge international* »<sup>1071</sup>, l'érigeant en organe d'un ordre juridique autonome ;
- le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 consacre la reconnaissance du « *tribunal arbitral* », notion qui remplace celle d' « *arbitre* » retenue par le décret

---

<sup>1068</sup> E. Loquin, *J.-Cl.*, « *V° Compétence arbitrale* », *Proc. civ.*, fasc. 1030.

<sup>1069</sup> J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *op. cit.*, n° 162, p. 184.

<sup>1070</sup> Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n°0011 du 14 janvier 2011, p. 773.

<sup>1071</sup> Cass. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18053, Société PT Putrabali Adyamulia, société de droit indonésien à responsabilité limitée c./ société Rena Holding, anciennement dénommée Est Epices, SA et autres, arrêt cité ; voir également, CA Paris, 14 janvier 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 395, note Ph. Fouchard ; *JDI*, 1998, p. 750, note E. Gaillard ; CA Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 154.

de 1980 (par exemple les anciens articles 1460, 1466, 1467 et 1468). À l'idée d'exercice de la justice arbitrale par des juges non professionnels se substitue l'idée de la justice arbitrale comme une institution qui, si elle n'est pas permanente, se voit néanmoins reconnaître une existence à part entière.

Militent également en faveur de l'idée selon laquelle l'arbitrage constitue un ordre juridique à part entière :

- le fait que l'arbitrage se caractérise par la compétence obligatoire. L'évolution du principe de compétence-compétence montre qu'il n'y a plus de subordination d'un ordre juridique (arbitral) à un autre (étatique), mais une coopération entre les deux types de juges au travers d'un dialogue différé dans le temps ;
- le fait que le droit à l'arbitre soit assimilé au droit au juge ;
- le fait que la mise en place de mécanismes d'appel renforce la légitimité de l'arbitrage tout en jouant un rôle législatif puisqu'ils permettent d'harmoniser les précédents arbitraux ; ou encore,
- le fait que les sentences arbitrales, dont le but premier est de régler un litige entre deux parties, débouchent de plus en plus sur la formulation de normes générales au sens où elles vont servir de support normatif aux tiers arbitres chargés de trancher les litiges subséquents mais aussi de base à l'élaboration de futurs contrats par les parties.

En résumé, le droit français adopte un point de vue radicalement favorable à l'autonomie de l'arbitrage international, délocalisé et dénationalisé, comme l'illustre l'arrêt *Putrabali* déjà analysé<sup>1072</sup>. La notion d'autonomie est affirmée par la jurisprudence à propos

---

<sup>1072</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, spéc. n° 59 et suiv. ; J.-B. Racine, « *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », *op. cit.*, p. 305 ; Ph. Pinsolle, « *L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale* », *Cah. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 110.

de la convention d'arbitrage, concernant le contrat principal ainsi que le droit applicable au fond du litige et à la procédure arbitrale, et donc au profit de la sentence arbitrale elle-même au regard des ordres juridiques nationaux<sup>1073</sup>.

Certes, la thèse de l'arbitrage comme un ordre juridique arbitral autonome n'est pas unanimement admise<sup>1074</sup>. Certains auteurs contestent l'idée d'une complète autonomie d'un ordre juridique arbitral en mettant en avant :

- les limitations d'un tel ordre (dont témoigne le contrôle étatique de la sentence arbitrale et le rôle reconnu au juge du siège de l'arbitrage à cet égard, ou encore la subordination du régime de l'arbitrage aux ordres publics étatiques), ou encore
- le fait que l'arbitrage ne serait pas une justice efficace sans le concours des États qui assurent son efficacité (dont témoigne le régime du juge d'appui en droit français de l'arbitrage).

Le degré d'autonomie de l'arbitrage, concluent ces auteurs critiques, dépend du traitement que les États sont disposés à accorder à la justice arbitrale<sup>1075</sup>. À l'instar de l'ordre juridique international, qui procède de la volonté des États, l'ordre juridique arbitral serait lui aussi une émanation des États. La légitimité de l'arbitrage procède de la convergence des ordres juridiques étatiques favorables au phénomène arbitral, notamment dans le domaine des relations commerciales internationales. Si cet ordre arbitral bénéficie d'une autonomie, c'est uniquement parce que la communauté des États a confié aux arbitres le pouvoir de juger les différends du commerce international et a accepté de reconnaître le produit du processus arbitral qu'est la sentence sans la contrôler au fond.

---

<sup>1073</sup> J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *op. cit.*, n° 569, p. 473.

<sup>1074</sup> D'ailleurs, dans son rapport dans l'affaire Putrabali, (*Rev. arb.*, 2007, p. 508), J.-P. Ancel, qui présidait la formation ayant rendu la décision, affirmait que la sentence « *n'est pas le produit d'un ordre juridique* ».

<sup>1075</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 123 et suiv.



En réponse, les défenseurs de l'autonomisation de l'arbitrage notent qu'on peut s'accorder sur ces constats tout en ayant une interprétation divergente de leur interprétation. Certes, les États conservent le monopole de l'exécution forcée de la sentence arbitrale, mais on peut en conclure qu'il s'agit moins d'une limitation de l'arbitrage que d'une façon de mettre la force publique au service de l'exécution du jugement arbitral. D'ailleurs, lorsqu'ils sont liés par une convention d'arbitrage, les États eux-mêmes sont soumis en tant que contractants à l'autorité des arbitres et peuvent voir la sentence exécutée à leur encontre.

Si le degré d'autonomie d'un ordre juridique arbitral fait l'objet de débats, dans les faits, l'argument de l'autonomie de l'arbitrage sert à étendre la faveur du droit français pour l'arbitrage international et à imposer ses solutions concernant le régime de la convention d'arbitrage international, le droit applicable à la procédure et au fond du litige, le sort de la sentence internationale... Ainsi, en envisageant la possibilité de reconnaître une sentence annulée dans son pays d'origine, le droit français protège l'arbitrage d'éventuelles solutions plus défavorables retenues dans d'autres pays<sup>1076</sup>.

Des auteurs comme Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini critiquent cet « *impérialisme* » de la solution française qui tend à imposer à d'autres États sa faveur pour l'arbitrage<sup>1077</sup>. Si certaines règles peuvent faire l'objet d'une adhésion large, s'imposant largement en droit comparé et étant nécessaires au bon fonctionnement de la justice arbitrale (par exemple, l'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal, l'effet positif du principe de compétence-compétence...), d'autres solutions sont peu répandues en droit comparé et doivent logiquement se soumettre à une démarche conflictuelle classique (par exemple, les conditions de validité au fond de la convention d'arbitrage).

---

<sup>1076</sup> J. Ortscheidt et Ch. Seraglini, *op. cit.*, n° 569, p. 474.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, n° 592 et suiv., p. 496 et suiv.

Comment se manifeste cette faveur du droit français pour l'arbitrage ?

- pour déterminer le régime juridique de la convention d'arbitrage international, sa validité et ses effets, la jurisprudence française substitue progressivement la méthode des règles matérielles françaises à la méthode conflictuelle qui tiendrait compte de la loi en principe applicable en vertu des règles de conflit de lois bilatérales. Certaines de ces règles matérielles sont dorénavant consacrées par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011<sup>1078</sup> ;
- ces règles matérielles régissent l'ensemble du régime juridique de la convention. Ainsi, la clause compromissoire qui institue l'arbitrage dans un contrat international est autonome, non seulement par rapport au contrat principal mais aussi par rapport à tout droit étatique (jurisprudence Dalico<sup>1079</sup>). À noter que, par la suite, l'arrêt Uni-Kod a réintroduit partiellement la méthode conflictuelle en offrant la possibilité aux parties de soumettre la convention d'arbitrage à une loi déterminée<sup>1080</sup> ;
- ces règles matérielles sont applicables à toute convention d'arbitrage qu'un juge français est amené à connaître, soit directement (en tant que juge d'appui), soit indirectement (en tant que juge du recours en annulation ou de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale), y compris

---

<sup>1078</sup> Notamment aux articles 1507 et 1508 et, sur renvoi de l'article 1506, aux articles 1446, 1447, 1448, alinéas 1 et 2 et 1449 du CPC.

<sup>1079</sup> Cass. Civ. 1, 20 décembre 1993, n° 91-16828, Comité populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb c./ société Dalico Contractors, arrêt cité.

<sup>1080</sup> Cass. Civ. 1, 30 mars 2004, Sté Uni-Kod c./Sté Ouralkali, précité. À noter cependant une limitation de taille : au nom du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient, la Cour de cassation refuse de voir dans le choix d'une loi étatique pour régir le contrat principal une indication de la volonté des parties quant à la loi étatique applicable à la clause d'arbitrage. De façon très restrictive, la Cour exclut l'hypothèse d'un choix implicite : le choix des parties doit porter explicitement sur la clause d'arbitrage. Voir S. Bollée, note sous Cass. Civ. 1, 30 mars 2004, *JDI* 2006, p. 127, spéc. n° 7.

lorsqu'aucune sentence n'a encore été rendue ou lorsque l'ordre juridique français est moins concerné par le litige que d'autres ordres juridiques étatiques. Le juge français peut même prêter son concours à l'efficacité d'une clause d'arbitrage que d'autres droits étatiques peuvent nier<sup>1081</sup>.

Toutes ces évolutions font conclure à la mise en place d'un pluralisme juridictionnel qui fragilise toute prétention de monopole d'un ordre juridique centralisé et unitaire. Comme le remarque Jacques Chevallier : « *La régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie*<sup>1082</sup> ». Tout l'enjeu est d'éviter l'ordre de surplomb, mais aussi le désordre, à la recherche d'une voie qui « *réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un 'pluralisme ordonné*<sup>1083</sup> ».

#### **(xi) L'affirmation du pluralisme des modes de règlement des conflits**

Le pluralisme doctrinal trouve un écho dans la légitimité croissante du pluralisme des modes de règlement des conflits. En témoigne le développement du contrat dans le règlement des différends, reposant sur une légitimité consensuelle. Comme on a pu le voir, il peut s'agir de la contractualisation des modes de règlement judiciaire (contractualisation du procès, plus spécifiquement de l'instance) ainsi qu'extra-judiciaire (s'agissant des modes plus conventionnels, comme la médiation, ou juridictionnels, comme l'arbitrage).

---

<sup>1081</sup> On rappellera tout particulièrement le cas où le juge d'appui français est compétent parce que les parties sont exposées à un déni de justice, alors que l'arbitrage n'a pas de lien avec le for français (article 1505, alinéa.4 du CPC).

<sup>1082</sup> J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDG, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 124.

<sup>1083</sup> M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit (II) – Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, p. 28 ; également : F. Ost, M. van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ?* Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

Cette évolution n'est pas que spontanée, puisqu'elle fait l'objet de politiques publiques et juridiques dont témoigne la faveur jurisprudentielle pour les clauses consensuelles.

Il se met ainsi en place un système de justice plurielle avec son offre enrichie de modes de règlement des litiges, chacun devant correspondre, dans l'idéal, à un type de conflit<sup>1084</sup>.

Cette justice plurielle s'entend comme une justice collaborative, reposant sur la liberté et la volonté des parties prenantes.

La liberté des parties est celle de préférer aux juridictions étatiques une forme privée de règlement des différends, de choisir leur juge, de recourir à une procédure qu'elles estiment la plus appropriée, de déterminer les règles de droit applicables au différend.

Quant aux arbitres, ils sont libres de se prononcer sur leur propre compétence, de déterminer le déroulement de la procédure et, dans le silence des parties, de choisir les normes applicables au fond du litige. *In fine*, l'arbitre rend une décision privée sur le fondement d'une volonté des parties qui l'est tout autant. Quelle en est la légitimité ?

Par hypothèse, c'est une légitimité de nature consensuelle, découlant de la volonté contractuelle des parties. Le contrat lui-même est envisagé comme une rencontre des volontés. Le développement de la contractualisation atteste qu'une règle est d'autant plus légitime qu'elle bénéficie du consentement de celui à qui elle s'applique. Tout le contraire de la règle « *posée* » dont la légitimité ne dépend pas du consentement des destinataires. C'est ainsi qu'il devient impératif de repenser le rapport entre, d'une part, la légitimité de l'intérêt général et de l'ordre public et, d'autre part, la légitimité consensuelle des accords de volonté.

---

<sup>1084</sup> Voir L. Cadiet, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit* », dans P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.), *Les Modes alternatifs de règlement des litiges*, op. cit., p. 255-265 ; Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez (dir.), *La Contractualisation de la production normative*, Actes du Colloque, Université Lille 2, 2008, notamment « *Contractualisation des modes de règlements des litiges* ».

« *Qui dit contractuel, dit juste* », notait le philosophe Alfred Fouillée, et c'est en ce sens que les individus sont de plus en plus libres de définir eux-mêmes leur intérêt, à travers l'expression de leur volonté. La contractualisation consacre l'aspiration des individus à l'autonomie, tout en affirmant le rôle de la volonté dans la légitimation de la norme.

J-P. Ancel note que, dans certains cas, la justice consensuelle apparaît comme la seule réponse possible à des situations inextricables. Nous avons pu le démontrer par l'analyse du déroulement et de l'issue d'un cas concret de médiation. Mettre en avant la volonté des parties évite de trancher entre des valeurs en conflit dont chacune offre sa solution et qu'il n'est pas possible de hiérarchiser (intérêt général, droits de l'individu érigés en droits fondamentaux, liberté versus protection...).<sup>1085</sup>

Accompagnant le phénomène de la contractualisation, la notion de « *droit collaboratif* » revient sur le devant de la scène. Gurvitch proposait déjà de distinguer le « *droit de coordination et de subordination* », d'inspiration individualiste, au « *droit social* » basé sur l'interaction. Le droit n'est pas qu'un ordre limitatif, c'est aussi « *un ordre de collaboration positive, de soutien, d'aide* », Gurvitch appelant à y voir « *un ordre de paix, d'union, de travail en commun* » autant qu'un ordre « *de guerre, de séparation disjonctive, de réparation* »<sup>1086</sup>. Le fondement de la règle est toujours multilatéral, caractérisé par l'interdépendance des devoirs et des prétentions, par « *l'enchevêtrement des réciprocitys juridiques* », ce qui interdit de l'envisager comme une contrainte unilatérale<sup>1087</sup>.

Outre le droit mercatique, cette réflexion se renouvelle également dans le domaine du droit international. Chez Mireille Delmas-Marty, qui théorise le « *droit mondial* » issu du

---

<sup>1085</sup> J-P. Ancel, « *Contractualisation* », dans L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

<sup>1086</sup> *L'Idée du droit social*, 1932, p. 19.

<sup>1087</sup> *Op. cit.*, p. 104. À noter l'écart avec l'approche d'A. Kojève, pour qui la structure de la règle de droit n'est pas caractérisée par « *l'enchevêtrement des réciprocitys* » mais par l'intervention d'un « *tiers désintéressé* » (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, *op. cit.*, p. 24-25).

« *pluralisme ordonné* ». Ou Catherine Kessedjian<sup>1088</sup> qui développe l'idée d'un droit « *tendre* » opposé au droit « *dur* » et d'une normativité progressive, issue de la coopération entre les parties lors d'une transaction ou d'une opération juridique. C'est en admettant la coexistence de normes d'origine privée avec celles de source publique que le pluralisme juridique participe au droit collaboratif dont les normes seraient par définition mieux acceptées par les intéressés.

Ainsi, la conception classique de la hiérarchie des normes et des rapports entre ordres juridiques se trouve aujourd'hui profondément déstabilisée<sup>1089</sup>. En témoigne la diversité de « *foyers de juridicité*<sup>1090</sup> » sous-tendant un « *réseau* » de normes qui se répondent d'un système à l'autre. En témoigne également la multiplication des ordres juridiques, plus ou moins achevés mais qui bousculent de façon incontestable le monopole de la fonction normative des États. À l'ère du pluralisme juridique, les « *marques de souveraineté* » telles que définies par Jean Bodin au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1091</sup> n'ont pas disparu, mais sont redistribuées en vue d'un exercice plus « *collaboratif* » de la souveraineté que l'État lui-même semble favoriser.

\*

L'examen de la pratique de la médiation et de l'arbitrage avait permis tout d'abord de mettre en avant la spécificité des normes non étatiques produites par les foyers de normes que sont les MARC (médiation et arbitrage), lesquels interviennent d'ailleurs dans le règlement d'un nombre de plus en plus grand de conflits.

---

<sup>1088</sup> *Le Droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016.

<sup>1089</sup> J.-B. Auby, *La Globalisation, le Droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010 ; B. Bonnet (dir.), *op. cit.*

<sup>1090</sup> A. Garapon, dans P. Bouretz, *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 222.

<sup>1091</sup> J. Bodin, *Les Six livres de la République*, 1576, Paris, Fayard, 1986, Livre I, chap. X, p. 306.

Cependant, au-delà de la singularité respective de chacune des normes, l'idée centrale qui doit être retenue réside dans le constat que l'ensemble de ces normes constitue un "*thesaurus*" qui s'étoffe au fur et à mesure et qui sert de référence à un point tel, notamment pour ce qui concerne l'arbitrage, qu'il finit par pouvoir être considéré comme un "*système de règles autonomes*" ou comme un "*tiers ordre juridique*" qui semble échapper à l'emprise étatique.

Certes, le degré d'autonomie de ces règles et leur capacité de concurrence avec l'ordre étatique fait l'objet de controverses doctrinales mais les discussions n'ôtent rien à la réalité de la création de ses normes qui effectivement sont appliquées pour le règlement des litiges et qui, à terme, influencent réellement les normes retenues par les juridictions étatiques, ce qu'illustre le phénomène de porosité des normes décrit plus loin.

Les controverses doctrinales méritaient un examen assez précis parce qu'elles révèlent l'enjeu politique réel de la production des foyers de normes non étatiques : il s'agit de la souveraineté politique en elle-même.

Cet enjeu apparaîtra d'ailleurs avec une importance accrue lorsqu'au chapitre suivant sera proposée une vision prospective de la dynamique des pouvoirs qui résulte du repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques.

## **Section 2. Subsidiarité de la loi : *lex mercatoria***

Avec l'arrêt *Compania Valenciana* du 22 octobre 1991<sup>1092</sup>, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait jugé que l'arbitre, tenu de rechercher le droit applicable au fond du litige, avait statué conformément à sa mission

---

<sup>1092</sup> Cass. Civ. 1, 22 Octobre 1991, arrêt *Compania Valenciana de Cenestos Portland SA*, arrêt cité.

« en décidant d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce international dénommé *Lex Mercatoria* », la Cour de cassation estimant :

« qu'en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission [...]».

La *lex mercatoria* rend-elle la loi subsidiaire ?

C'est au début des années 1961 qu'éclate une vive controverse doctrinale sur « *les frontières du droit* », mises à l'épreuve par la *lex mercatoria* que le développement de l'arbitrage international remet au goût du jour, avec les contributions majeures d'auteurs comme Clive Schmitthoff<sup>1093</sup>, Berthold Goldman<sup>1094</sup> ou Philippe Kahn<sup>1095</sup>. Depuis, maints commentateurs, en France et dans le monde, se sont engagés dans l'étude et la discussion de cette hypothèse<sup>1096</sup>.

---

<sup>1093</sup> Clive M. Schmitthoff, "*International Business Law: A New Law Merchant*", *Current Law and Social Problems*, University of Toronto, 1961, p. 129 et suiv.

<sup>1094</sup> Berthold Goldman, « *Frontières du droit et lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, t. 9, p. 177-192 ; « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux* », *JDI*, 1979, p. 475-499. Également, « *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria* », in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M., 1993, p. 241 et suiv.

<sup>1095</sup> Ph. Kahn a surtout apporté sa contribution à la conceptualisation d'une théorie de la société internationale des commerçants (*La Vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961) et à l'analyse de la dimension contractuelle de la loi mercatique (« *Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience française* », dans *Le Contrat économique international*, Travaux des VII<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin, Louvain-la-Neuve, 22-23 novembre 1973, Bruxelles/Paris, Bruylant/Pedone, 1975, p. 171-211 ; « *L'interprétation des contrats internationaux* », *JDI*, 1981, p. 5-28). Également : Ph. Kahn, « *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses* », *R.D. McGill*, vol. 37, 1992, p. 413.

<sup>1096</sup> Voir, tout particulièrement : Ph. Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, Paris, 1965, spéc. n° 604 suiv. ; Pierre Lalive, « *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse* », dans *L'Arbitrage international privé et la Suisse*, Colloque des 2 et 3 avril 1976, Mémoires de la faculté de droit de Genève, n° 53, 1977, p. 50-105 ; du même, « *Tendances et méthodes en droit international privé* », *RCADI*, 1977, Tome 155, p. 5 et suiv. ; du même, « *Ordre public transnational ou réellement international* », *Rev. arb.*, 1986, p. 329 et suiv. ; O. Lando, « *The Lex Mercatoria* », in *International Commercial Arbitration*, 34 *ICLQ*, p. 317 et suiv. ; Thomas E. Carbonneau, "*A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate*", in Thomas E. Carbonneau (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, New York, Juris Publishing, Kluwer Law International, 1990, p. 11-22 ; Ralph B. Lake, Ved B. Nanda, Ugo Draetta, *Breach and Adaptation of International Contracts - An Introduction to Lex Mercatoria*, New York, Butterworths Law, 1992. Également,



Parallèlement, la jurisprudence commence à ratifier le choix des parties de dépasser les ordres juridiques nationaux pour se référer aux « *principes généraux* » du droit, aux « *usages du commerce* » ou d'une profession, ou encore à l'équité. Les juges nationaux voient dans ces formules l'énoncé suffisant du « *droit applicable* », parfois expressément appelé *lex mercatoria*<sup>1097</sup>.

Une même évolution est observable au sein d'instances internationales. Comme l'a relevé la Cour d'arbitrage de la CCI dans la sentence partielle n°5953/1988 : « *L'ensemble des usages du commerce international [...] constitue un véritable droit international des affaires* », « *ce qu'il est convenu d'appeler la lex mercatoria* »<sup>1098</sup>.

Tous les travaux doctrinaux qui analysent ces évolutions formulent ou discutent :

---

l'ensemble des contributions réunies dans « *Le droit des relations économiques internationales* », *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987. Pour une bibliographie riche, se reporter à Lord Justice Michael Mustill, « *The New Lex Mercatoria : the First Twenty-Five Years* », in *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, M. Bos and I. Brownlie eds., Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 149-182. Ce texte important a été republié dans *4 Arbitration International*, 1988, p. 86-119. Voir également : Filali Osman, *Les Principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface E. Loquin, Paris, LGDJ, 1992.

<sup>1097</sup> CA Paris, 1ère Ch., suppl., 12 juin 1980 : *Fougerolle*, *JDI*, 1982, p. 911 et suiv., 2e esp., note Oppetit ; *Rev. arb.*, 1981, p. 292 et suiv., 2e arrêt, note Couchez ; et sur pourvoi : Cass. Civ. 2, 9 déc. 1981 : *Rev. arb.*, 1982, p. 183, 2e esp. note Couchez ; *JDI*, 1983, p. 931, 2e esp., note Oppetit ; *JCP*, 1983.II.19771, 2e esp., note Level ; *D.S.*, 1983, p. 238, 2e esp., note J. Robert ; TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor* : *JDI*, 1981, p. 236, note Ph. Kahn ; *Rev. arb.*, 1983, p. 465 et suiv. ; CA Paris, 1ère Ch., suppl., 15 déc. 1981 et 19 nov. 1982 ; Ord. Prés. TGI Paris, 20 juin 1983 : *Rev. arb.*, 1983, p. 465 et suiv. ; Handelsgericht Wien, 29 juin 1981 ; Oberlandsgericht Wien, 29 janv. 1982 ; Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche), 18 nov. 1982 : *Rev. arb.*, 1983, p. 197 et suiv. ; *Sent. arb.* 26 oct. 1979, cas CCI n° 3131 : *Rev. arb.*, 1983, p. 525 et suiv., et sur l'ensemble des décisions intervenues dans cette affaire : B. Goldman, « *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria : l'affaire Norsolor* », *Rev. arb.*, 1983, p. 379 et suiv. Également, par la suite : Cass. Civ. 1, 9 octobre. 1984, *Clunet*, 1985, p. 679, note Kahn, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note Goldman, *Dalloz* 1985, *JP*, p. 101, note Robert ; CA Paris, 1ère Ch. sect. C, 13 juill. 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland. Primary Coal* : *JDI*, 1990, p. 430 et suiv., note Goldman ; *Rev. crit.*, 1990, p. 305, note Oppetit ; *Rev. arb.*, 1990, p. 673, note Lagarde ; Cass. Civ. 1, 22 oct. 1991, *JDI*, 1992, p. 456, note Lagarde ; *Rev. crit.*, 1992, p. 113 et suiv., note Oppetit. Ailleurs : en Italie, l'affaire *Damiano* (8 février 1982, *RDI Priv. Proc.*, 1982, p. 529, *Y.B. Com. Arb.*, 1984, p. 418) et les arrêts de la Cour suprême autrichienne dans l'affaire *Norsolor* (18 novembre 1982, *JDI*, 1983, p. 645, note Seidl-Hohenveldern, *Rev. arb.*, 1983, p. 379, article Goldman, *RIW* ; 1983, p. 868, note Sedl-Hohenveldern).

<sup>1098</sup> Sentence de septembre 1988 rendue par l'arbitre unique Xavier de Mello, *Rev. arb.*, 1990, p. 711-712.

« l'hypothèse de règles transnationales, que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention »<sup>1099</sup>.

D'emblée, ces recherches revêtent un caractère polémique.

D'un côté, ceux qui dénieent aux règles transnationales toute juridicité hors de celle que leur procure l'ordre juridique étatique, le seul à même d'en assurer la reconnaissance, relèvent que :

- sur le plan théorique, la *lex mercatoria* ne représente pas un ordre juridique à part entière<sup>1100</sup>, voire n'existe pas<sup>1101</sup>, et
- sur le plan pratique, la *lex mercatoria* regroupe des règles disparates, constituant un « droit vague »<sup>1102</sup> qui va jusqu'à abriter des principes contradictoires<sup>1103</sup>.

En face, plusieurs auteurs défendent l'idée d'une *lex mercatoria* constitutive d'un véritable ordre juridique autonome reposant sur des règles transnationales. Berthold Goldman, figure de proue de cette école, souligne que la *lex mercatoria* est une renaissance

---

<sup>1099</sup> B. Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux* », *JDI*, 1979, p. 475 ; « *Frontières du droit* », *op. cit.*, p. 180 ; Ph. Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, *op. cit.*, spéc. p. 401 et suiv.

<sup>1100</sup> P. Lagarde, « *Approche critique de la lex mercatoria* », dans *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125-150. Du même, Note sous CA Paris, 13 juillet 1989, *Valenciana : Rev. arb.*, 1990, p. 663.

<sup>1101</sup> C.W.O. Stocker, " *The Lex Mercatoria: To what Extent does it Exist*", *J.Int'l Arb.*, Vol. 7, n° 1, March 1990, p. 101-125.

<sup>1102</sup> G. Delaume, " *The Proper Law of State Contracts and Lex Mercatoria: A Reappraisal*", *3 ICSID Rev.*, 79, 1988 ; A. Kassiss, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, spéc. p. 561 et suiv.

<sup>1103</sup> Par exemple, les critiques relèvent une contradiction entre les principes comme *pacta sunt servanda* versus *rebus sis stantibus* revendiqués par la loi mercatique (A. Kassiss, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, p. 49 et suiv.). E. Gaillard montre cependant qu'il s'agit en réalité de règles qui se complètent suivant une logique de principe-exception (*Aspects, op. cit.*, p. 87).

plus qu'une découverte, puisqu'elle renvoie au droit coutumier transnational et à son ancêtre, le *jus gentium* romain réunissant des règles et des institutions étrangères conçues par les peuples pour régir leurs relations commerciales internationales.

Dès les années 1970, plusieurs auteurs font le constat de l'émergence d'un « *droit spontané*<sup>1104</sup> » qui coexiste avec le « *droit octroyé* » pour régir les relations économiques internationales<sup>1105</sup>. À côté des lois, règles, conventions et autres solutions de source étatique ou interétatique, se développe ce droit ascendant formé d'usages professionnellement codifiés (par la CCI notamment), de clauses contractuelles que la répétition finit par élever au rang d'institutions coutumières ou encore de sentences arbitrales qui font de plus en plus l'objet de publication.

Ainsi, les débats sur la *lex mercatoria* ravivent l'interrogation sur le processus par lequel les membres d'une société se donnent des règles et s'y conforment. À l'approche « *de haut en bas* », mettant l'accent sur la communication du droit aux gouvernés par une élite, s'oppose la conception d'une création du droit « *vers le haut* », qui envisage les valeurs sociales et culturelles de la communauté comme la source essentielle du droit.

Cette approche ascendante situe l'autonomie des parties et la liberté contractuelle au fondement de la création des normes, l'État déléguant aux individus le pouvoir d'établir leur loi, à l'intérieur de certaines limites, leur permettant ainsi de régler leurs propres relations juridiques. Se crée progressivement un environnement réglementaire, fondé sur l'autonomie des parties et issu d'interactions contractuelles, qui régir la communauté du commerce international. De plus, par le biais de contrats, la communauté commerciale peut instaurer

---

<sup>1104</sup> Voir P. Deumier, *Le Droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

<sup>1105</sup> Voir notamment B. Goldman, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives* », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1980/2, p. 221-270.

des organes juridictionnels à la fois pour interpréter et pour appliquer les normes créées par les pratiques commerciales transnationales.

Quelles sont les manifestations concrètes de la *lex mercatoria*? Suivons les analyses pionnières de Berthold Goldman :

- d'abord, la *lex mercatoria* s'applique par référence aux contrats internationaux. Certaines clauses contractuelles prévoient l'articulation de la loi étatique et de la *lex mercatoria*, comme en témoigne la jurisprudence de la CCI. D'autres clauses vont jusqu'à exclure expressément l'application d'une loi étatique, amenant l'arbitre à appliquer exclusivement les principes généraux et les usages du commerce international ;
- les tribunaux arbitraux peuvent appliquer la *lex mercatoria* sans se référer à l'accord des parties en ce sens, notamment en cas de silence des parties sur la loi applicable. Ce qui amène à considérer que la *lex mercatoria* est formée de règles objectives dont la compétence ne dépend pas nécessairement d'une référence convenue ;
- l'application de la *lex mercatoria* se manifeste également lorsque les sentences arbitrales donnent la priorité aux « *principes généraux du droit* » ou aux « *principes du droit international* », un élément constitutif de la *lex mercatoria*. Dans ce cas, la loi étatique ne s'applique que pour combler les lacunes de la loi mercatique, à condition que celle-ci ne contredise pas les principes de celle-là ;
- enfin, la référence à la *lex mercatoria* peut être implicite. Ainsi, le simple recours à l'arbitrage international apparaît comme une manifestation d'internationalisation du contrat et, par-delà, une volonté de recourir aux principes généraux du droit international dont l'application ne fait pas

nécessairement l'objet d'une clause expresse. La simple clause d'arbitrage international, *ad hoc* ou institutionnel, qu'intègre un nombre croissant de contrats internationaux, fait que les tribunaux arbitraux jouent un rôle de plus en plus important dans le développement et l'application de la *lex mercatoria*.

La présentation de la genèse et des sources de la *lex mercatoria* (2.1.) sera suivie de la présentation des initiatives UNIDROIT et OHADA (2.2.), du contenu de la *lex mercatoria* (2.3.) et d'une interrogation sur la question de sa juridicité (2.4.). L'arbitrage sera ensuite présenté comme un foyer normatif non étatique (2.5.).

## 2.1. Genèse et sources de la *lex mercatoria*

Les auteurs qui, à l'instar de Berthold Goldman, séparent les sources du contenu de la *lex mercatoria*<sup>1106</sup>, les distinguent comme suit :

- les sources, d'origine et de nature diverses, définissent les éléments constitutifs de la *lex mercatoria* : principes généraux du droit international public ou privé, plus précisément du droit économique, conventions internationales, lois étatiques, règlements d'arbitrage, codifications professionnelles, contrats-type, règles coutumières, usages non codifiés, jurisprudence étatique ou arbitrale... Toutes ces sources disparates entrent dans la composition de la *lex mercatoria*, abstraction faite de leur contenu concret au regard d'un rapport ou d'une situation de droit déterminé ;
- quant au contenu (cf 2.3. ci-dessous), il est formé des règles concrètes que la *lex mercatoria* puise à ces diverses sources, pour traiter les rapports ou les situations de droit concrètes. Il englobe l'ensemble des principes et règles puisés

---

<sup>1106</sup> Voir également C.W.O. Stocker, *op. cit.*, spéc. p. 108.

à toutes les sources alimentant les structures et le fonctionnement juridique des opérateurs du commerce international. Il peut s'agir de principes généraux du droit comme *pacta sunt servanda* ou l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, comme de normes qui prennent leur origine dans la commune volonté des parties.

À l'origine, les « *usages du commerce* » sont une source majeure du droit mercatique<sup>1107</sup>, de plus en plus formalisé grâce à plusieurs mécanismes :

- les textes de codification des usages d'une profession ou du commerce en général, et notamment les conditions générales et les codes de conduite élaborés par des instances transnationales comme la Chambre de commerce internationale, la Fédération internationale des ingénieurs conseils, UNIDROIT ou encore OHADA ;
- les sentences arbitrales qui appliquent ces « *usages* » en même temps qu'elles les réitèrent, les précisent et les développent ;
- les contrats<sup>1108</sup> qui eux-aussi réitèrent et consolident ces « *usages* » : « *Les contrats sont, à l'ordre mercatique, ce que les traités sont au droit international*<sup>1109</sup> ».

---

<sup>1107</sup> Pour certains auteurs, les usages du commerce constituent « *le noyau dur* » de la *lex mercatoria*. Voir Ph. Fouchard, « *Les usages, l'arbitre et le juge* », dans *Le Droit des relations économiques internationales - études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 67.

<sup>1108</sup> À noter qu'il n'y a pas de consensus pour reconnaître aux contrats la qualité de source de la *lex mercatoria*. Pour certains, le contrat est une simple mise en forme des prescriptions de la loi, s'agissant moins d'une source *du droit* que *de droits* (subjectifs) et d'obligations, qui tire sa valeur juridique du droit « *posé* » par l'État. Adoptant le point de vue du publiciste internationaliste, Alain Pellet conteste cette approche. L'auteur relève que le traité - que tant de caractéristiques apparentent au contrat - est la source par excellence du droit international public, même s'il est conclu par ses destinataires premiers et si sa conclusion et son application sont encadrées par des règles générales dont certaines s'imposent aux parties.

<sup>1109</sup> Alain Pellet, « *La Lex Mercatoria, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public* », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 53-74, réf. p. 62-63.

Alors qu'au sein de l'État, le pouvoir d'édicter des règles de droit est monopolisé par le législateur, dans la société internationale ce pouvoir est diffus, partagé entre des instances réputées également souveraines dont la concordance de vues constitue le moyen le plus sûr de créer des normes communes. La même chose se produit dans la société internationale des marchands, qui se donnent à eux-mêmes les règles ayant vocation à encadrer leurs comportements : une autorégulation qui passe d'abord par le contrat. Ainsi, loin de se réduire à l'application de la loi, le contrat apparaît comme une véritable « *source de droit* », voire se substitue à la loi dans l'organisation de la société transnationale<sup>1110</sup>.

Certes, pas plus que la loi dans l'ordre interne, ou le traité en droit international, le contrat ne saurait, à lui seul, tenir lieu d'ordre juridique, comme semble le poser la théorie du « *contrat sans loi* ». D'où l'importance du principe d'autonomie, selon lequel « *[l]e contrat est régi par la loi choisie par les parties* »<sup>1111</sup>. Les parties peuvent choisir la *lex mercatoria* en tant que loi régissant le contrat, ou le droit national (régissant la formation et l'exécution du contrat, ou le lieu de l'arbitrage), voire le droit international public (comme en témoigne l'internationalisation juridique des contrats).

C'est ainsi que certaines clauses contractuelles, d'abord propres à quelques contrats-type, deviennent des principes généraux de la *lex mercatoria*<sup>1112</sup>, tout comme la répétition de dispositions identiques sur des sujets semblables dans les traités donne naissance à de nouvelles règles coutumières du droit des gens. Comme dans le domaine du droit international public, la mise en œuvre répétée de certaines règles et principes finit par les consolider en dépit de leur origine disparate. En témoignent les transformations du principe

---

<sup>1110</sup> K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 1999, p. 62, particulièrement p.108. Également, Ph. Kahn, « *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses* », *op. cit.*, p. 420-421.

<sup>1111</sup> Article 3, paragraphe 1, de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

<sup>1112</sup> Ph. Kahn, *La Vente commerciale internationale*, *op. cit.*, p. 37.

de compétence-compétence : d'abord appliqué par les arbitres interétatiques en tant que principe général de droit<sup>1113</sup>, il a acquis une valeur coutumière tout en étant conventionnellement consacré.

À retenir que les contrats standardisés, appelés à procurer une stabilité qui transcende la simple transaction particulière, contribuent à la création d'un « *corpus* » de normes coutumières. Ayant vocation à uniformiser et à fixer les pratiques dans un secteur commercial donné, les contrats-type jouent un rôle important dans l'élévation des normes qui en sont issues à un niveau plus haut d'autorité<sup>1114</sup>.

Comme dans tout système juridique, l'interprète du droit mercatique peut déduire des règles, réitérées par la pratique, des principes de nature plus générale et abstraite. Ces principes fournissent les grandes orientations dont la concrétisation permet le règlement effectif des différends. La pratique de la réitération des règles les transforme en droit, autrement dit en normes coutumières propres à l'ordre juridique qui les mobilise<sup>1115</sup>.

## 2.2. Les initiatives UNIDROIT et OHADA

Deux grandes initiatives - l'une internationale, UNIDROIT (2.2.1.), l'autre régionale, OHADA (2.2.2.) - de codification des principes de la loi mercatique, méritent d'être signalées dans la mesure où elles œuvrent, par cette codification, à l'unification de ce droit.

---

<sup>1113</sup> Voir l'affaire de l'Alabama, sentence du 14 septembre 1872, *RAI*II, p. 910.

<sup>1114</sup> Tel le corpus de la « *nouvelle lex mercatoria* » constitué par Lord Justice Michael John Mustill dans sa publication pionnière de 1987 (*op. cit.*).

<sup>1115</sup> Alain Pellet, *op. cit.*, p. 61-62.



### 2.2.1. L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)<sup>1116</sup>

La vocation d'UNIDROIT est de contribuer à harmoniser le droit privé<sup>1117</sup>, en particulier le droit commercial international, en élaborant des instruments de droit plus ou moins formels, parmi lesquels des conventions internationales<sup>1118</sup>, d'autres formes d'unification, moins contraignantes, donc plus largement acceptées, étant privilégiées dans les domaines où un instrument contraignant n'est pas considéré comme nécessaire : il peut s'agir de lois-type, de guides juridiques lorsque l'élaboration de règles uniformes est jugée prématurée, de règles et surtout de principes généraux destinés aux magistrats, arbitres et parties contractantes.

Les Principes d'UNIDROIT<sup>1119</sup>, et tout particulièrement les Principes relatifs aux contrats de commerce international (4 éditions entre 1994 et 2016), constituent à cet égard une

---

<sup>1116</sup> L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a été créé en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations, et reconstitué en 1940 sur la base d'un accord multilatéral : le Statut organique d'UNIDROIT. Il s'agit donc d'une organisation intergouvernementale, siégeant à Rome et réunissant, en 2019, 63 États membres aux traditions et aux systèmes juridiques, économiques et politiques différents. L'Institut publie et diffuse l'*Uniform Law Review* (la Revue de droit uniforme), trimestrielle depuis 1996, et entretient une Base de données sur le droit uniforme (UNILAW), en anglais et en français.

<sup>1117</sup> Généralement, ce sont les États qui initient une intervention d'UNIDROIT sur tel sujet lorsqu'ils souhaitent modifier leur droit interne (nombre d'États se sont inspirés des Principes d'UNIDROIT pour réformer leur législation : Fédération russe, Cambodge, Chine, Estonie, Indonésie, Lituanie...) en privilégiant des solutions internationales, notamment pour faire face aux mutations technologiques et commerciales qui dépassent les frontières étatiques. Ce sont aussi les États qui déterminent le domaine d'application des règles : soit celles-ci peuvent être uniquement destinées à régir des situations ou opérations transfrontalières soit elles doivent s'étendre également aux situations ou opérations purement internes.

<sup>1118</sup> S'agissant des instruments les plus formels comme les conventions internationales (par exemple, la convention d'UNIDROIT du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés), leur application prévaut sur celle du droit interne dès que leurs conditions d'application sont réunies en regard du droit de l'État concerné.

<sup>1119</sup> Contrairement aux conventions, les Principes d'UNIDROIT constituent une codification non impérative, ou *restatement*, de la partie générale du droit des contrats internationaux, un exemple revendiqué de *soft law* (Catherine Kessedjian, « *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT* », *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 641 et suiv.).

contribution majeure de l'Institut. Dans le Préambule de la première version de 1994, il est précisé que les Principes d'UNIDROIT :

*« énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "Principes généraux du droit", la "lex mercatoria" ou autre formule similaire. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit uniforme. Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux ».*

Le débat sur la nature juridique de ces principes reste vif. Contrairement aux conventions, les principes ne sont pas contraignants *ab initio* : « *faute de réception dans les droits nationaux, [ils] n'ont qu'une vocation à devenir des règles de droit*<sup>1120</sup> ». Cependant, bien qu'il s'agisse de sources matérielles, des auteurs comme Pierre Mayer considèrent les Principes d'UNIDROIT comme des sources authentiques du droit transnational<sup>1121</sup>.

Comment procède UNIDROIT pour établir des contenus consensuels d'une loi mercatique ? *A priori*, ces contenus sont pauvres. Si l'on s'en tient aux contenus non-étatiques, la loi mercatique intègre des coutumes issues de la pratique des acteurs économiques mondiaux et faisant l'objet d'un consensus de ces acteurs en tant que règles les plus adaptées au commerce international (par exemple, la liberté contractuelle et la liberté d'élaborer des clauses figurant dans le contrat, l'exigence de bonne foi dans les affaires, etc.). Ce sont des règles minimales à suivre pour permettre à l'activité économique de se déployer.

Pour compléter ces contenus, UNIDROIT entend repérer, par le jeu du droit comparé, les règles les plus adaptées en puisant dans les droits étatiques. Eric Loquin qualifie cette

---

<sup>1120</sup> J. Huet, « *Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT, vers une nouvelle lex mercatoria ?* », *Les Petites Affiches* du 10 novembre 1995, n° 135, p. 8 et suiv, spéc. p. 10, B, 2°.

<sup>1121</sup> P. Mayer, « *Principes UNIDROIT et lex mercatoria* », dans P. Fouchard et L. Vogel, *L'Actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 31-36.

méthode d'« *enrichissement par le droit comparé* »<sup>1122</sup>. À noter que l'importance grandissante des Principes d'UNIDROIT le doit beaucoup à l'autorité que leur confère l'approche comparatiste qui est à leur origine, cette approche étant la même que celle de l'arbitre lorsque celui-ci puise dans les droits internes des solutions qu'il adapte.

Alors que certains voient dans cette approche une volonté de consolider un ordre juridique spécifique, d'autres pensent qu'il s'agit simplement d'une façon de mettre en concurrence des règles issues des différents ordres juridiques étatiques.

L'objectif poursuivi par les auteurs des principes UNIDROIT est, lui, sans ambiguïté. Il ne se réduit pas à l'unification et à la diffusion de principes et usages du commerce international validés par la pratique, enracinés dans tous les systèmes juridiques, donc à une recherche du plus petit dénominateur commun de ce qui a déjà cours. Il vise à réunir et à exprimer des concepts et des principes qui, sur le plan des valeurs, sont à préférer aux autres<sup>1123</sup>. Plutôt qu'un compendium et une codification privée de l'état du droit actuel, il s'agit d'une « *tentative d'amalgamer ce que l'on pourrait appeler le droit privé international positif des contrats du commerce (de lege lata) et le droit privé international des contrats du commerce tel qu'il devrait être (de lege ferenda)* »<sup>1124</sup>.

---

<sup>1122</sup> E. Loquin, « *Où en est la Lex mercatoria* », dans Ch. Leben, E. Loquin et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 28 et suiv., p. 34-35.

<sup>1123</sup> M.J. Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Towards a New Lex Mercatoria", *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, p. 385, réf. p. 387-389 ; K.P. Berger, "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Law & Policy in International Business*, vol. 28, n°4, 1997, p. 943-990.

<sup>1124</sup> A. Leduc, « *L'émergence d'une nouvelle lex mercatoria à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse* », *Revue juridique Thémis*, vol. 35, n° 1 et 2, 2001, p. 449.

On peut conclure qu'UNIDROIT est une contribution importante à la codification d'une future *lex mercatoria* et ce, tout comme l'action des centres d'arbitrage<sup>1125</sup>, qui disposent de voies de recours internes et dont la jurisprudence comporte une certaine unité et tout comme les arbitres, qui se réfèrent aux sentences arbitrales déjà rendues, la doctrine s'efforçant ensuite de créer des unités jurisprudentielles en vue d'un droit unifié. D'ailleurs, plusieurs auteurs relèvent que les arbitres, comme les magistrats, ont tendance à favoriser l'application des principes UNIDROIT, en même temps que les parties soumettent leurs contrats à l'application de ces règles<sup>1126</sup> et ce, d'autant que, partant du constat que ces principes ne sont pas suffisamment explorés dans la pratique des contrats transnationaux et du règlement des différends, UNIDROIT les a complétés par des « *clauses types* » indiquant plus précisément la manière dont les parties peuvent les adopter durant l'exécution du contrat ou lorsqu'un différend survient<sup>1127</sup>.

---

<sup>1125</sup> Le CIRDI, la Chambre de commerce internationale de Paris, la Chambre arbitrale maritime de Paris, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la Cour permanente d'arbitrage de la Haye...

<sup>1126</sup> M. J. Bonell, *op. cit.*

<sup>1127</sup> Ces clauses types se divisent en plusieurs catégories selon que leur objectif est de (i) choisir les Principes d'UNIDROIT comme règles de droit régissant le contrat ou comme règles de droit applicable au fond du différend. Dans ce cas, les parties peuvent adopter les principes d'UNIDROIT sans aucune référence à une autre source juridique, ou complétés par un droit interne particulier, ou encore complétés par les « *principes généralement reconnus* » du droit du commerce international ; (ii) incorporer les Principes d'UNIDROIT comme clauses du contrat ; (iii) se référer aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), lorsque celle-ci est choisie par les parties ; (iv) se référer aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit interne applicable, y compris tout instrument international de droit uniforme incorporé dans ce droit. Il est également stipulé que, même si les parties décident de ne pas utiliser les clauses types, « *les juges et les arbitres peuvent en tout état de cause appliquer les Principes d'UNIDROIT selon les circonstances de l'espèce ainsi qu'ils l'ont fait jusqu'à présent* », <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/picc-clauses-types>.

## 2.2.2. OHADA

Créée par le traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, révisé le 17 octobre 2008, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est une organisation internationale de plein exercice<sup>1128</sup>, dotée d'une personnalité juridique internationale, qui a pour mission de faciliter les échanges et les investissements en Afrique et ce, en garantissant, par le biais d'un droit intégré et uniformisé, la sécurité juridique et judiciaire de la vie économique.

Le traité mentionne spécifiquement, parmi ses missions prioritaires, la promotion de l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. Ainsi, de façon très pragmatique, l'uniformisation normative et l'intégration juridique sont envisagées comme un outil au service du développement économique. Il s'agit de l'unique expérience réussie de transfert de souveraineté judiciaire dans le monde<sup>1129</sup> ainsi que de l'une des initiatives les plus abouties d'intégration juridique des pays membres<sup>1130</sup>.

---

<sup>1128</sup> L'adhésion est ouverte à tout État membre ou non de l'Union Africaine (UA) : État membre de l'UA non signataire du traité ou État non-membre de l'Union africaine invité à y adhérer par tous les États membres d'un commun accord.

<sup>1129</sup> Outre qu'elle s'est dotée d'un système institutionnel comprenant une Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, un Conseil des ministres et un Secrétariat permanent, l'OHADA s'est dotée d'organes spécialisés comme la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ou encore l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA). La Cour a une fonction consultative, pouvant être saisie par tout État partie, le Conseil des ministres ou les juridictions nationales, sur toute question entrant dans le champ de l'article 13 du traité (à savoir le contentieux relatif à l'application des actes uniformes). Elle remplit cette fonction au moyen d'avis, régis par l'article 58 du traité. Plus fondamental, la CCJA a une fonction juridictionnelle. Elle est compétente pour connaître, en cassation, des pourvois contre les décisions rendues en dernier ressort en application des actes uniformes de l'OHADA par les juridictions nationales des États parties. Il s'agit là d'un phénomène de supranationalité judiciaire, opérant un transfert de compétence des juridictions nationales de cassation vers la haute juridiction communautaire. De plus, la CCJA a le pouvoir de statuer, après cassation, sur le fond, sans renvoyer à une juridiction d'appel nationale de l'État concerné.

<sup>1130</sup> À ce jour, dix-sept États d'Afrique.

Parmi les instruments de transfert des pouvoirs législatif et réglementaire des États parties à l'organisation supranationale qu'est l'OHADA, figurent les actes uniformes. Ces actes, à savoir les textes pris pour l'adoption des « *règles communes* » prévues à l'article 1<sup>er</sup> du traité<sup>1131</sup>, sont porteurs d'un droit commun à tous les États parties, autrement dit d'un droit communautaire d'application directe<sup>1132</sup> (sans passer par le truchement d'un instrument juridique national comme un décret d'application, par exemple), qui prime sur le droit national<sup>1133</sup>.

La méthode choisie pour l'élaboration de ces actes uniformes<sup>1134</sup> n'est pas celle de l'harmonisation, mais de l'uniformisation du droit qui entend effacer les différences entre les législations nationales et ce, en leur substituant un texte unique, rédigé en des termes identiques et valable pour tous les États concernés<sup>1135</sup>. D'ailleurs, les normes sont détaillées pour exprimer non seulement des principes fondamentaux mais également jusqu'aux modalités de leur application.

---

<sup>1131</sup> J. Issa-Sayegh, « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* », *Uniform Law Review*, vol. 4, n° 1, janvier 1999, p. 5–30.

<sup>1132</sup> L'article 10 du traité dispose que les actes uniformes sont « *directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

<sup>1133</sup> En outre, dans leurs dispositions finales, les actes uniformes contiennent tous la formule selon laquelle sont abrogées toutes dispositions de droit interne qui leur sont contraires.

<sup>1134</sup> En amont, l'élaboration des actes uniformes contient déjà des éléments de transfert de souveraineté. Le texte d'un acte est adopté par le Conseil des ministres si les deux tiers au moins des États parties sont représentés et s'il est voté à l'unanimité des États parties présents et votants, l'abstention ne faisant pas obstacle à l'adoption (article 8 du traité). Dans la procédure organisée par le traité, il n'est qu'un moment où les États sont appelés à participer à la production d'un acte uniforme, à savoir lorsque le projet leur est communiqué pour les inviter à présenter leurs observations écrites (article 7, alinéa 1er). Précisons que les États ont l'obligation de se prononcer dans un délai de quatre-vingt-dix jours, ce qui rend difficile la consultation dans de bonnes conditions de leurs instances internes compétentes...

<sup>1135</sup> L'uniformisation a toutefois des limites. Ainsi, l'article 5, alinéa 2 du traité dispose que les « *actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues.* » Il instaure ainsi un partage de compétences entre l'OHADA, qui peut définir les éléments matériels et moraux de l'infraction, et les États parties, qui déterminent les sanctions pénales que leurs auteurs encourrent. Dès lors, pour les mêmes infractions prévues par l'OHADA, les États parties peuvent prévoir des sanctions différentes réintroduisant ainsi de l'hétérogénéité

L'OHADA compte à son actif dix actes uniformes déjà entrés en vigueur portant sur les activités commerciales (par exemple, le droit commercial général), l'immatriculation et la comptabilité des entreprises commerciales (par exemple, le droit comptable et à l'information financière), le règlement des litiges commerciaux (notamment, le droit de l'arbitrage et médiation). Soulignons, en particulier, deux actes uniformes dans le domaine qui nous concerne :

- l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) du 11 mars 1999, qui constitue le droit commun de l'arbitrage pour l'ensemble des États membres de l'OHADA<sup>1136</sup>. Il pose les principes du droit de l'arbitrage, règle les différentes phases de la procédure, fixe les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales et organise les voies de recours ouvertes contre les sentences : recours en annulation, recours en révision et tierce opposition ;
- l'acte uniforme relatif à la médiation (AUM), inspiré par la loi-type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, a été adopté le 23 novembre 2017, constituant le cadre réglementaire pour ce mode amiable de règlement des différends (définition de la médiation, procédure de médiation, principes directeurs, exécution de l'accord).

Les règles issues d'UNIDROIT et de l'ODAHA se signalent par leur pertinence et par leur tendance commune à infiltrer les règles étatiques. Leur admission dans la pratique internationale du monde des affaires est le signe de leur qualité et de leur efficacité, celles-ci s'expliquant par la manière dont ces règles sont élaborées (elles reprennent les principes

---

<sup>1136</sup> Dans le système OHADA, l'arbitrage organisé par l'acte uniforme cohabite avec l'arbitrage institutionnel spécifique sous l'égide de la CCJA, régi par le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999. L'AUA comme le Règlement d'arbitrage ont été révisés le 23 novembre 2017 afin de mieux s'aligner sur les standards internationaux tout en respectant davantage le contexte spécifique de l'espace OHADA (accent sur la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales, ainsi que sur l'attractivité du système d'arbitrage de la CCJA).

les plus reconnus) et par les entités qui les élaborent (elles sont issues de discussions entre instances internationales ou proviennent de clauses types des contrats internationaux). Le consensus qui les admet et leur pertinence font leur efficacité et, par là-même, leur force.

### 2.3. Contenu de la *lex mercatoria*

*In fine*, la *lex mercatoria* englobe toutes les solutions spontanées et ponctuelles susceptibles, en vertu de leur adéquation aux besoins du commerce international, de prendre figure de règles constantes. Celles-ci peuvent être le produit des systèmes juridiques nationaux ou générées spontanément par les acteurs transnationaux.

En 1987, Lord Mustill a fait un premier effort pour répertorier vingt règles intégrant la force obligatoire du contrat, l'interprétation du contrat, le processus arbitral... : « *un inventaire assez complet des règles que l'on dit constituer la *lex mercatoria* dans sa forme actuelle*<sup>1137</sup> ».

Les critiques de la *lex mercatoria* en dénoncent la pauvreté : une telle liste se résumerait à des règles si générales - telles que *pacta sunt servanda* ou *rebus sic stantibus* - que l'on n'en voit guère l'utilité<sup>1138</sup>.

Quant aux auteurs qui n'entendent pas prendre parti, ils déplorent également cette pauvreté, pointant un problème de méthode, à savoir le fait de réduire les normes de la loi mercatique à une liste.

Ainsi, selon E. Gaillard, il est contreproductif de recenser des règles transnationales car, même si l'on aboutit à élaborer un ensemble structuré de normes, ce « *système* » ne saurait

---

<sup>1137</sup> J. Paulsson, *op. cit.*

<sup>1138</sup> A. Leduc, *op. cit.*, p. 438.



nécessairement prétendre au qualificatif d'ordre juridique. Un ordre juridique qui se prétend autonome doit pouvoir, selon lui :

- apporter une réponse à l'ensemble des questions litigieuses susceptibles de se poser ;
- penser ses sources ; et,
- entretenir des relations claires avec les autres ordres juridiques<sup>1139</sup>.

Les arbitres, ou les conseils, confrontés à la nécessité de faire application de règles transnationales, par exemple lorsque les parties l'ont voulu, suivent, selon E. Gaillard, une démarche en deux temps :

- dans un premier temps, ils recherchent si les parties elles-mêmes ont arrêté des directives de méthode sur la manière de dégager les règles qu'il convient d'appliquer ;
- dans un second temps, si la méthode n'a pas été établie par les parties elles-mêmes, les conseils et les arbitres procèdent à une analyse de droit comparé de façon à dégager la ou les règles pertinentes. Ce faisant, ils ont la possibilité de s'appuyer sur les précédents posés par les sentences arbitrales rendues dans des circonstances analogues, même s'il ne faut pas réduire les règles transnationales à des précédents. Les conseils des parties et les arbitres doivent, dans le respect du contradictoire, montrer que sur telle question en litige, les droits étatiques convergent vers une solution déterminée, qui sera légitimement retenue au titre des règles transnationales.

---

<sup>1139</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 88.

Telle est la « *méthode* » des règles transnationales qui permet de dégager des règles supplétives ainsi que des règles impératives en regard du droit interne et des règles d'ordre public international<sup>1140</sup>.

Quant à Berthold Goldman, il adopte lui aussi une approche que l'on peut qualifier de « *pragmatique* », aspirant néanmoins à élaborer une « *collection* » de règles de droit constitutives de la loi mercatique. Selon cet auteur, la *lex mercatoria* formule bien des règles de droit si on les définit par rapport au principe d'« *effectivité* ».

Une règle de droit est une norme qui gouverne effectivement une collectivité dont les membres ont conscience qu'en la transgressant, ils entrent en conflit non seulement avec le bien (le territoire de la règle morale), mais aussi avec l'organisation et le fonctionnement de cette collectivité. Le droit peut être défini comme l'ensemble des règles grâce auxquelles une société fonctionne effectivement. On trouve une confirmation de cette définition dans le fait que le « *non-droit* » ne renvoie pas à l'absence de règles, mais à la non-application, donc la non-effectivité, des règles de droit existantes<sup>1141</sup>.

Dès lors, poursuit Goldman, les normes qui régissent la société internationale ou transnationale sont bien des règles de droit et la *lex mercatoria* se révèle lorsqu'on constate,

*« sur la foi de contrats, de sentences arbitrales et de décisions judiciaires, que les relations économiques internationales sont effectivement gouvernées, entièrement ou partiellement, par des principes, des règles et des usages transnationaux, spontanément formés ou adoptés dans la conclusion et le fonctionnement de ces relations, sans qu'une autorité étatique ou interétatique les aient imposés »*<sup>1142</sup>.

---

<sup>1140</sup> Quelle que soit la question posée, cette méthode est de nature à fournir une solution, de la même façon que le ferait un droit étatique : « *Toute question peut en effet être résolue, au cas concret, par cette méthode qui consiste, parmi les lois ayant vocation à s'appliquer, à privilégier celle qui correspond à une règle généralement admise par rapport à celle qui relève d'un particularisme plus marqué.* » (*Ibid.*, p. 86 ; du même, « *Trente ans de lex mercatoria...* », *op. cit.*, vol. 122, n° 1, 1995).

<sup>1141</sup> J. Charbonnier, « *L'hypothèse du non-droit* », *Arch. philosoph. du droit*, Paris, 1963.

<sup>1142</sup> B. Goldman, « *Nouvelles réflexions* », *op. cit.*, 241 et suiv.

Les normes qui régissent la société internationale se définissent ainsi à l'interface entre deux versants :

- celui de la simple application expresse de clauses contractuelles, et,
- celui de l'élaboration de règles générales<sup>1143</sup> qui ne seront écartées que par une volonté contraire clairement exprimée.

Les normes qui modèlent la société transnationale ne deviennent véritablement des règles de droit que lorsqu'elles s'affranchissent de leur origine contractuelle et accèdent à la dignité de règles coutumières qui s'appliquent en l'absence même de leur adoption par convention expresse.

#### 2.4. La nature de la *lex mercatoria* : la question de la juridicité

La *lex mercatoria* produit-elle des règles de droit ? Le mécanisme par lequel les usages du commerce deviennent une source formelle du droit n'est pas encore clairement explicité. Il reste qu'en pratique, qu'il s'agisse des usages du commerce comme d'ailleurs des règles coutumières internationales ou encore des principes généraux du droit<sup>1144</sup>, les destinataires

---

<sup>1143</sup> Ces règles générales émergent à la suite d'un processus qui part des clauses contractuelles pour aboutir aux règles de droit et que favorise le développement de la publication des sentences et donc l'élaboration d'une jurisprudence transnationale.

<sup>1144</sup> Principes généraux du droit, règles et usages commerciaux sont souvent confondus par les juges, les arbitres et les commentateurs. Alors qu'ils analysent les mêmes règles relevées dans la jurisprudence arbitrale, Lord Mustill, à l'instar de Philippe Kahn, parlent de « *principes* », alors que Clive Schmitthoff, comme Eric Loquin, se réfèrent à la *lex mercatoria* en tant qu'« *usage commercial universel* » (E. Loquin, « *La réalité des usages du commerce international* », *RIDE*, 1989, n° 2, p. 173 ; M. Schmitthoff, « *International Trade Usages* », *CCI*, n° 440/4, 1987). Si certains le déplorent, d'autres n'y voient aucun inconvénient, puisque la disparité de leurs sources n'empêche pas l'unicité de leur fonction normative : l'arbitre (et même le juge) peut fonder sa décision sur la *lex mercatoria*, pourvu qu'il soit saisi d'un litige issu de relations commerciales internationales. Quant aux auteurs qui entendent élaborer des distinctions plus fines entre les divers éléments de la loi mercatique, ils entreprennent une distinction entre les principes et les règles : (i) parmi les principes, ils relèvent le plus souvent, à la suite de Lord Mustill notamment : *pacta sunt servanda*, l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi et de négocier de bonne foi pour surmonter les difficultés imprévues survenant dans l'exécution du contrat, la limitation des dommages pour violation d'un contrat à celles de ses conséquences qui étaient

de ces normes, comme les juges et les arbitres chargés de les mettre en œuvre, ont le sentiment qu'ils sont tenus de les respecter. Et c'est là, la marque même du droit. Même les adversaires de la *lex mercatoria* admettent la juridicité des usages mercatiques<sup>1145</sup>.

La jurisprudence française semble admettre la « *cohabitation* » de ces trois éléments constitutifs de la *lex mercatoria* : les principes, les règles et les usages, comme en témoigne l'affaire *Compania Valenciana*.

Ainsi, dans cette affaire, pour rejeter le recours en nullité formé contre une sentence arbitrale où l'arbitre unique avait décidé, après avoir constaté que les parties n'avaient pas entendu soumettre le contrat litigieux à une loi étatique<sup>1146</sup>, que le litige serait réglé « *selon les seuls usages du commerce international, autrement dénommés lex mercatoria* »<sup>1147</sup>, la cour d'appel de Paris a déclaré qu'en décidant :

« *d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé lex mercatoria, dispositions de caractère international ayant vocation, à défaut de compétence législative déterminée, à s'appliquer pour la solution [du] litige [...] l'arbitre [s'était] conformé à la mission dont il était investi*<sup>1148</sup> ».

---

prévisibles, l'application du principe *ut res magis valeat quam pereat* (il faut interpréter les stipulations d'un traité dans le sens où elles produisent un effet positif plutôt que dans le sens où elles n'en produisent aucun) ; (ii) parmi les règles, d'ailleurs souvent liées aux principes (en particulier à *pacta sunt servanda*, mais aussi à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, qui se complètent l'un l'autre), ils relèvent notamment : la nullité d'un contrat obtenu par corruption ou par d'autres moyens malhonnêtes, la responsabilité de la société-mère du chef de ses filiales ou encore l'interdiction faite à une partie d'empêcher l'avènement d'une condition suspensive dont dépend sa propre obligation.

<sup>1145</sup> Voir P. Lagarde, note sous CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. suppl., 13 juillet 1989, *Valenciana*, *Rev. arb.*, 1990, p. 670-674 ; ainsi que le recensement de la doctrine et de la jurisprudence dans F. Osman, *Les Principes généraux de la lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 293-307 et 347-349.

<sup>1146</sup> En réalité, les parties n'étaient pas parvenues à un accord sur le choix de cette loi, et aucun rattachement objectif ne permettait de désigner une telle loi.

<sup>1147</sup> Sentence du 1<sup>er</sup> sept. 1988 : *Rev. arb.*, 1990, p. 701 et suiv.

<sup>1148</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch. Sect. C, 13 juill. 1989, *Valenciana*, arrêt cité, notamment : *JDI*, 1990, p. 430 et suiv., note B. Goldman ; *Rev. crit.*, 1990, p. 305, note B. Oppetit.

L'arrêt fut frappé d'un pourvoi en cassation, par lequel la demanderesse reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté son recours en annulation :

*« alors, d'une part, que l'arbitre ne s'est pas conformé à sa mission qui était de statuer, à défaut de choix des parties, selon la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugeait appropriée ; alors, d'autre part, que l'arbitre a fait de même en décidant que le litige serait régi par les seuls usages du commerce international à l'exclusion de toute loi étatique ; alors, enfin, que l'arbitre n'a pas indiqué la règle de conflit appliquée, ni fourni aucun élément justifiant le rattachement aux seuls usages précités ».*

Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation au motif *« qu'en se référant "à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales", l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission<sup>1149</sup> ».*

Selon des auteurs comme Berthold Goldman, cet arrêt, parmi d'autres, illustre la consécration par la Cour de cassation de la « *juridicité* » de la *lex mercatoria*<sup>1150</sup>, en dépit des hésitations terminologiques dont témoignent les diverses décisions dans cette affaire<sup>1151</sup>.

Ce flottement terminologique peut traduire une hésitation conceptuelle mais aussi illustrer de la part de la Cour de cassation - qui ne retient aux motifs de la sentence que la référence aux « *règles du commerce international* » - la volonté d'embrasser dans une notion unique l'ensemble des éléments constitutifs de la *lex mercatoria*. Le terme de « *règles* » retenu par la Cour de cassation paraît, en effet, le plus approprié si l'on veut accentuer le

---

<sup>1149</sup> Cass. Civ. 1, 22 octobre 1991, *JDI*, 1992, p. 456, note p. Lagarde ; *Rev.crit.*, 1992, p. 113 et suiv., note B. Oppetit.

<sup>1150</sup> B. Goldman, « *Nouvelles réflexions* », *op. cit.*, p. 241 et suiv. Par référence à B. Oppetit, note sous Cass. Civ. 1, 22 octobre 1991, 22 oct. 1991, arrêt cité.

<sup>1151</sup> La sentence arbitrale attaquée avait déclaré que seraient applicables « *les seuls usages du commerce international, autrement dénommé "lex mercatoria"* ». La cour d'appel de Paris retient « *l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé lex mercatoria* ». Enfin, la Cour de cassation déclare que l'arbitre s'est référé à « *l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique* ».

caractère juridique de tous ces éléments disparates au fondement de la *lex mercatoria*. Ainsi, loin de remettre en cause la juridicité de la *lex mercatoria*, les hésitations terminologiques peuvent jouer un rôle inverse, signe d'une volonté de la Cour de cassation d'intégrer toutes les sources de la loi mercatique dans une « *collection* ».

Par ailleurs, même si elles se réfèrent aux éléments constitutifs de la *lex mercatoria* dans leurs décisions, les juridictions françaises n'ont pas eu à décider expressément, dans les litiges sur lesquels elles ont statué, si la *lex mercatoria* constituait ou non un ordre juridique autonome. Il reste à déterminer si leurs énonciations et leurs décisions sont révélatrices d'une position favorable de la jurisprudence française sur ce sujet.

## 2.5. L'arbitrage comme un foyer normatif non étatique

L'évolution de l'arbitrage contribue à redessiner les frontières du droit. L'arbitrage international, en particulier, est un mécanisme de création normative dont la juridicisation est aujourd'hui manifeste. La pluralité des instances arbitrales, leur professionnalisation et leur indépendance confèrent aux sentences arbitrales une valeur en droit comparable à celle des jugements prononcés par les tribunaux étatiques.

Quel est pour autant le statut juridique des normes créées par l'arbitrage ? Selon des auteurs comme Laurent Cohen-Tanugi, la juridicité des normes arbitrales ne se rapporte pas à un véritable ordre juridique, dans la mesure où ces normes arbitrales ne résultent pas d'un système de contrainte<sup>1152</sup>. L'arbitre rend la justice à l'instar du juge, mais il dit le droit sans que l'État soit réellement impliqué. Or, peut-il y avoir « *du droit en dehors de l'État* »<sup>1153</sup>? Le droit ne continue-t-il pas à s'incarner exclusivement dans l'État, comme l'a posé la *Théorie*

---

<sup>1152</sup> L. Cohen-Tanugi *Le Droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985.

<sup>1153</sup> H. Moutouh, « *Pluralisme juridique* », dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1159-1160 ; également : D. Terré, « *Le pluralisme et le droit* », *Archives de philosophie du droit*, 2005, t. 49, p. 69-83.

*pure du droit* de Hans Kelsen ? « *Peut-il y avoir un pluralisme autre que de façade et ne retrouve-t-on pas toujours la référence à l'État derrière les formes les plus vivaces et débridées du droit ?*<sup>1154</sup> ».

Traditionnellement, la doctrine lie l'existence du droit à celle d'un ordre juridique issu du souverain, partant de l'idée que, pour exister, le droit requiert l'appui d'un système de contrainte physique de type étatique.

Cependant, l'évolution récente de l'arbitrage brouille les cartes, générant du droit par l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé, qui n'est pas nécessairement rattaché à l'ordre juridique étatique<sup>1155</sup>. Or, Alexandre Kojève érigeait justement ce tiers désintéressé et impartial en socle de la juridicité<sup>1156</sup>, le droit apparaissant, selon lui, lorsqu'un tiers (qui peut être le juge ou l'arbitre) intervient pour régler un litige opposant deux personnes.

La spécificité du droit résiderait ainsi dans l'intervention du tiers à l'occasion d'une « *interaction* » entre deux êtres humains, et c'est cette intervention qui constituerait « *l'élément spécifiquement juridique* ». Il faut rechercher la spécificité du droit dans la structure même du mécanisme juridique : il y a droit lorsqu'il y a organisation d'un « *débat* », dont la forme première est le procès dans lequel un tiers (le juge) intervient pour trancher un litige par une décision (le jugement). Pour poursuivre l'analyse de ce mécanisme, H. Kantorowicz<sup>1157</sup> a avancé le concept de « *justiciabilité* » et J. Carbonnier<sup>1158</sup> a développé la notion de « *mise en question* ».

---

<sup>1154</sup> D. Terré, *op. cit.*

<sup>1155</sup> Voir notamment C. Kessedjian, « *La place laissée à la souveraineté de l'État par l'arbitrage international* », dans Conseil d'État – Droits et Débats, *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?* Colloque du 10 avril 2015, Paris, La Documentation française, 2016, p. 45-50.

<sup>1156</sup> A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, [1943], 1981, p. 72 et suiv.

<sup>1157</sup> H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, p. 78 et suiv.

<sup>1158</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1978.

Pour Jean Carbonnier, l'intervention d'un tiers est également le critère d'émergence de la règle de droit<sup>1159</sup>.

Ces conceptions du droit envisagent ainsi la juridicité en dehors de tout rattachement à un ordre juridique donné, François Terré définissant d'ailleurs l'arbitrage (plus précisément, la relation triadique dont procède l'arbitrage) comme « *essence du juridique*<sup>1160</sup> ».

Les voix se multiplient pour défendre l'hypothèse d'un droit transcendant toute organisation étatique (ordre juridique étatique) et pluri-étatique (ordre juridique international)<sup>1161</sup> et l'assimilation entre droit et ordre étatique perd du terrain au profit d'une appréhension dynamique des phénomènes juridiques. Il suffit de considérer le poids des normes arbitrales notamment en matière internationale : si les juridictions étatiques peuvent avoir le « *dernier mot* », celui-ci est limité au seul territoire de l'État qui les a investies. En dehors de ce cadre, le tribunal arbitral est libre de respecter ou non les jugements étatiques<sup>1162</sup>.

La mondialisation multiplie les espaces normatifs « *ouverts, poreux, instables*<sup>1163</sup> ». Un nouveau droit émerge qui peut être qualifié d'a-national, décentralisé et non-hiérarchisé. La territorialité le cède aux flux, aux réseaux et à l'immatériel<sup>1164</sup>. Même les juges étatiques sont

---

<sup>1159</sup> *Ibid.*, p. 194 : « Dès qu'une relation entre deux personnes peut faire l'objet d'un débat devant une personne tierce qui tranchera, on doit conclure qu'elle n'appartient plus au domaine des mœurs, mais est entrée dans le royaume incertain du droit. »

<sup>1160</sup> « *L'arbitrage comme essence du juridique* », *Liber Amicorum Claude Reymond-Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 309.

<sup>1161</sup> A. Stone Sweet, F. Grisel, « *L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif* », dans *L'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 75-95.

<sup>1162</sup> M. Boucaron-Nardetto, *op. cit.*, p. 646.

<sup>1163</sup> M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Voies du droit », 1986, p. 21.

<sup>1164</sup> M. Castells, *L'Ère de l'information*, vol. 1, *La Société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998 ; du même, *Communication et pouvoir*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2013.



« comme libérés du droit interne au profit d'un droit international dont l'imprécision a pour effet de renforcer leur marge d'interprétation<sup>1165</sup> ».

Ainsi, la pluralité des foyers normatifs renouvelle l'interrogation sur la genèse du droit et sur la juridicité (quand est-on en présence du droit ?), dans le sillage notamment des recherches sur la *lex mercatoria* (voir *infra*). Il est d'ores et déjà important de noter que les normes arbitrales ne sont pas de simples normes morales ou sociales, mais des normes juridiques, des jugements qui découlent du pouvoir de juger dont est investi le tribunal arbitral.

Nous exposerons ci-après les différents points qui militent en faveur de la reconnaissance de l'arbitrage comme un foyer normatif ainsi que ceux qui jalonnent notre réflexion sur le sujet, que ceux-ci soient des constats ou des interrogations. Ces différents points et questions relatifs à l'arbitrage sont les suivants : l'arbitrage est naturellement créateur de normes (2.5.1.) ; du règlement de litiges privés à l'instauration d'un système normatif (2.5.2.) ; vers la juridicisation du système arbitral (2.5.3.) ; est-il possible de parler de jurisprudence arbitrale ? (2.5.4.) ; les facteurs et conditions favorisant l'existence et l'émergence d'une jurisprudence arbitrale (2.5.5.). Notre réflexion sur cette question se terminera par l'interrogation suivante : l'institutionnalisation de tout système normatif est-elle inévitable (2.5.6.) ?

#### 2.5.1. L'arbitrage est naturellement créateur de normes

En tranchant les litiges dont ils sont saisis, les arbitres sont nécessairement créateurs de normes. En effet, les arbitres, comme tout juge, doivent interpréter les règles et procéder par voie de raisonnement syllogistique en rapprochant les faits et la règle applicable. Ainsi,

---

<sup>1165</sup> M. Delmas-Marty, *La Refondation des pouvoirs, Les forces imaginantes du droit III*, Paris, Seuil, 2007, p. 45 ; J. Allard et A. Garapon, *Les Juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.

sont-ils parfois nécessairement conduits à faire entrer dans le champ d'une règle des situations factuelles qui pourraient ne pas avoir été originellement visées par la règle.

Les juridictions arbitrales vont ainsi naturellement produire des normes et ce, non seulement dans les domaines dans lesquels elles sont habituellement saisies mais plus encore dans les domaines relevant de leurs compétences exclusives.

Si la sentence arbitrale a pour but premier de régler un litige entre deux parties, elle peut également déboucher sur la formulation d'une norme générale et, *in fine*, sur l'élaboration d'un véritable système normatif. Le règlement des litiges privés ayant un impact public, le droit n'est par conséquent pas le produit exclusif de l'ordre juridique étatique.

#### 2.5.2. Du règlement de litiges privés à l'instauration d'un système normatif

Comment passe-t-on du règlement d'un litige privé entre deux parties à l'élaboration de normes et à l'instauration d'un système normatif ? Alex Stone Sweet et Florian Grisel proposent un « *parcours* » en quatre étapes<sup>1166</sup>. Puisant à des sources très diverses, de l'anthropologie juridique à la théorie des jeux, en passant par la théorie des systèmes et la psychologie sociale, les auteurs élaborent un modèle d'interaction entre la dyade (les parties) et la triade (intégrant l'arbitre) aboutissant à la création d'une « *structure normative* » lors de l'arbitrage.

La première étape de ce « *parcours* » consiste en l'établissement du contrat, lequel implique une interaction entre deux personnes qui s'appuie sur une structure normative déjà-là, constituée par l'ensemble des normes et des usages sociaux convenus (une langue commune, l'idée de réciprocité, de grands principes comme *pacta sunt servanda*, etc.). Ces

---

<sup>1166</sup> A. Stone Sweet, F. Grisel, *L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif*, Arch. phil. droit 52, 2009, p. 81-87.

« *règles du jeu* » sont nécessaires pour que les parties s'engagent dans des échanges réciproques et qu'une relation contractuelle puisse exister. On peut qualifier cette base normative de « *sociale* », avant qu'un tiers ne lui confère un contenu juridique<sup>1167</sup>.

La deuxième étape intervient lors du passage de la dyade à la triade, très précisément lorsque les parties adressent leur demande à un tiers - arbitre ou juge - en vue de l'interprétation des normes à la base de leur relation (en l'occurrence, le contrat). Cette tierce personne vient donner un sens juridique aux termes du contrat et proposer une interprétation des normes permettant de résoudre le conflit. À retenir que le droit n'émane pas directement du contrat : une simple « *interaction* » qui n'acquiert un contenu juridique qu'à partir du moment où le tiers se prononce sur les droits d'une partie par rapport à une autre au regard de cet acte formel.

La troisième étape concerne la création normative triadique lorsque le tiers énonce sa décision, qu'il doit justifier pour en assurer la légitimité. À cette étape, le tiers passe par une « *crise de légitimité* » devant concilier deux exigences dont la tension est au fondement de la création normative : l'exigence de neutralité, qui permet au tiers d'imposer son jugement aux parties, et l'exigence de prise de décision, qui l'oblige à désigner un gagnant et un perdant. Pour imposer son jugement aux parties, le tiers cherche à éviter, dans la mesure du possible, une solution gagnant-perdant, permettant à chaque partie de se prévaloir d'une satisfaction partielle. Mais surtout, pour assurer sa légitimité et celle de sa sentence, le tiers établit les raisons de sa décision, la justifiant par référence à des normes préexistantes. Ce faisant, le tiers est aussi susceptible de créer de nouvelles normes, même si elles sont le plus souvent présentées comme de simples ajustements à la marge ou une extension des normes préexistantes.

---

<sup>1167</sup> *Ibid.*, p. 80 et suiv.

Enfin, la quatrième étape est celle de la création normative proprement dite. À mesure que les pouvoirs du tiers augmentent, il fait œuvre de création normative. Lorsqu'il résout le litige au fond, le tiers génère des règles « *concrètes, particulières et rétrospectives* ». Mais lorsqu'il justifie sa décision, le tiers produit des règles « *abstraites, générales et prospectives* » à même d'assurer l'acceptation par les parties de la valeur obligatoire de son jugement.

Ainsi, le droit apparaît lorsque l'intervention du tiers acquiert une valeur autonome, opérant la synthèse ou dépassant la raison d'action des parties :

*« il y a création du droit à partir du moment où la raison d'action du tiers, qu'il soit arbitre ou juge, se substitue aux raisons d'action des parties, en opérant la synthèse de ces dernières et en les dépassant<sup>1168</sup> ».*

La création normative par le tiers, juge ou arbitre, est le produit de cette nécessité qui s'impose à lui de substituer une raison abstraite et générale d'action aux raisons concrètes et individuelles propres aux parties en litige.

Le mécanisme de création de normes ainsi envisagé permet de postuler que l'arbitrage produit des normes en dehors d'un système de contrainte, et donc d'un ordre juridique surplombant au sens traditionnel de la doctrine. Le droit arbitral existe mais il est ascendant et décentralisé, c'est-à-dire tout le contraire du droit reposant sur des normes juridiques préétablies :

*« La possibilité pour une norme juridique d'émerger spontanément semble donc établie, dans la mesure où cette norme constitue le produit naturel d'une interaction sociale déterminée, l'entité triadique.<sup>1169</sup> »*

---

<sup>1168</sup> *Ibid.*, p. 89

<sup>1169</sup> *Ibid.*, p. 87.

### 2.5.3. Vers la juridicisation du système arbitral

Plusieurs phénomènes témoignent de la juridicisation du système arbitral international, notamment l'adjonction d'un système d'appel au règlement arbitral des différends. Cette autonomisation du système crée le besoin d'une structure normative commune<sup>1170</sup>. Et pour qu'un jugement d'espèce acquière le statut de norme, les règles invoquées par les tribunaux arbitraux doivent trouver un écho lors de jugements relatifs à des cas d'espèce similaires.

Les analyses comme celles de Gabrielle Kaufmann-Kohler confirment cette tendance, montrant que les tribunaux arbitraux se réfèrent de plus en plus aux précédents arbitraux<sup>1171</sup>.

Ce phénomène est à rapporter à la divulgation croissante des décisions arbitrales, par les praticiens et surtout par les institutions arbitrales<sup>1172</sup>. Une divulgation qui semble aller à l'encontre de la vocation première de l'arbitrage et de certains de ses principes fondateurs comme la confidentialité. En effet, les tribunaux arbitraux sont censés agir sur une base *ad hoc*, selon un litige concret soumis par des parties en conflit. Et pourtant, la pratique montre que, de fait, les tribunaux arbitraux se réfèrent couramment aux précédents pour rendre leurs sentences et s'engagent dans une production normative au nom d'une communauté juridique plus vaste que les parties au litige.

---

<sup>1170</sup> A. Stone Sweet, "Judicialization and the Construction of Governance", *Comparative Political Studies*, 1999, p. 160-161.

<sup>1171</sup> G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?" *Arbitration International*, 2007, p. 357,

<https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf>. Voir également : J.-M. Jacquet, « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? » *Rev. arb.*, 2010, p. 445-467. À noter cependant l'existence d'un débat en cours sur l'autorité du précédent en matière d'arbitrage : voir A. Leduc, *op. cit.*, p. 438.

<sup>1172</sup> Voir notamment les recueils de sentences arbitrales publiés par la CCI ou le CIRDI (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>), ainsi que le site Transnational Dispute Management ([www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)).

D'évidence, ces pratiques ont pour objectif de conférer une valeur normative aux sentences, de développer un droit arbitral et d'en assurer la cohérence et la prévisibilité. Un phénomène jurisprudentiel se met donc en place, dès lors que, comme il a pu être constaté :

- le tribunal arbitral produit des règles abstraites et générales. Ces règles servent de support normatif aux tiers chargés de trancher les litiges subséquents. Bien plus, elles servent de base à l'élaboration de futurs contrats qui ne sont plus des « *contrats sans loi* » ;
- le tiers arbitre entend justifier sa décision en se référant aux décisions antérieures portant sur des cas similaires : une méthode qui rappelle la démarche jurisprudentielle et la création normative par le juge, et qui suppose la publicité des jugements.

En résumé, en tranchant un litige dans un cas particulier, l'arbitre peut créer des règles juridiques abstraites, générales et prospectives : des règles auxquelles l'arbitre se référera lors de litiges futurs, afin de conforter sa légitimité, et dont les futures parties tiendront compte à l'occasion d'interactions contractuelles à venir.

#### 2.5.4. Est-il possible de parler de jurisprudence arbitrale ?

Reconnu comme l'un des « *pères fondateurs* » de l'arbitrage international, le Professeur Pierre Lalive se demandait s'il n'y avait pas une « *audace singulière* » à parler de « *jurisprudence arbitrale* »<sup>1173</sup>, dans la mesure où la notion de jurisprudence ne se conçoit que comme « *l'habitude de juger une question d'une certaine façon* », ce qui ne peut être

---

<sup>1173</sup> P. Lalive : Préface in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire, Paris, 7-8 avril 1986, ICC Publishing n° 440/1, coll. Les dossiers de l'Institut, Paris, 1986, p. 5, spéc. p. 5.

assuré que par une autorité régulatrice (comme c'est le cas avec la Cour de cassation pour les juridictions civiles et le Conseil d'État pour les juridictions administratives).

C'est d'ailleurs sur le fondement de cette critique que certains auteurs nient l'existence d'une réelle jurisprudence arbitrale pour ce qui concerne le droit substantiel<sup>1174</sup>.

Pourtant, l'existence d'une autorité régulatrice ne constitue pas automatiquement une garantie d'uniformité, dans la mesure où, d'une part, les autorités régulatrices sont lentes dans leur rôle d'uniformisation et d'homogénéisation de la jurisprudence et où, en toute hypothèse, les juges du fond restent libres de faire dissidence.

Ainsi, en soi, l'absence d'autorité régulatrice ne nuit pas à l'existence effective d'une jurisprudence arbitrale relative non seulement au droit processuel de l'arbitrage mais également au droit substantiel.

Il apparaît même que l'absence de contrôle par une autorité régulatrice contribue à l'autonomie, si ce n'est à l'indépendance, de la jurisprudence arbitrale par rapport à la jurisprudence des juridictions étatiques.

#### 2.5.5. Les facteurs et conditions favorisant l'existence et l'émergence d'une jurisprudence arbitrale

En pratique, certains facteurs contribuent à ce que la notion de jurisprudence arbitrale s'impose. Il en va notamment ainsi :

(i) de l'autonomie de la jurisprudence arbitrale. Cette autonomie est assurée par la défense qui est faite aux juridictions étatiques de connaître du fond du litige<sup>1175</sup>.

Que les parties aient déterminé ou non le droit applicable au fond du litige, « /e

---

<sup>1174</sup> A. Pinna « *la spécificité de la jurisprudence arbitrale* » in jusletter 16 octobre 2006.

<sup>1175</sup> Seul le droit processuel de l'arbitrage est le véritable objet du contrôle des juridictions étatiques.

*tribunal déterminera le contenu du droit applicable ou interprétera celui-ci* »<sup>1176</sup>.

Le fait que le droit substantiel de l'arbitrage soit le pré carré des juridictions arbitrales ne peut que contribuer à favoriser l'émergence d'une jurisprudence arbitrale, dès lors que ce principe de non-révision au fond des sentences arbitrales empêche les juridictions étatiques de pouvoir réviser ou censurer les sentences arbitrales quant à l'application du droit substantiel.

(ii) du fait que certains domaines soient de la compétence exclusive de l'arbitrage, tels le sport ou encore les investissements internationaux. Pour ces branches, l'appréciation des arbitres sera, par définition, totalement souveraine. En effet, étant seuls compétents dans ces domaines vierges de toute interprétation des juridictions étatiques, les arbitres sont également seuls à avoir pour rôle de dire le droit et d'interpréter le droit substantiel afin de l'appliquer aux litiges dont ils sont saisis. C'est ainsi que ces « *juridictions arbitrales exclusives* » revendiquent une jurisprudence qui leur est propre, telle la *lex sportiva* pour le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) qui harmonise les règles et principes juridiques dans le domaine du sport.

En outre, il est à noter que les juridictions dédiées assurent une large publicité de leurs décisions et c'est ainsi que tant le TAS que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) publient systématiquement les sentences rendues sous leur égide.

(iii) de la publicité croissante des sentences également dans les domaines où la compétence de l'arbitrage est partagée avec les juridictions étatiques. Ainsi, par

---

<sup>1176</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt « *Droit de l'Arbitrage Interne et International* » Montchrestien p 804 n° 884.



exemple, les sentences CCI sont publiées lorsque les arbitres font œuvre créatrice en dehors de toute règle de droit national applicable, notamment lors de la consécration d'un principe de *lex mercatoria*. La publicité des sentences, qui est assurée par les efforts déployés par les juridictions arbitrales et les centres d'arbitrage pour donner un caractère public aux sentences, contribue à donner à ces dernières une valeur jurisprudentielle et, plus généralement, sert directement l'objectif de constitution et de cohérence de jurisprudence.

(iv) du nombre de publications scientifiques qui compilent<sup>1177</sup> ou commentent<sup>1178</sup> cette jurisprudence, de telles publications témoignant aussi de la consistance de la jurisprudence arbitrale, ce qui est d'ailleurs une condition, selon René David, de son existence<sup>1179</sup>.

Parmi les conditions favorisant l'existence et l'émergence d'une jurisprudence arbitrale figure le fait que les arbitres eux-mêmes affirment la valeur jurisprudentielle des précédents arbitraux rendus sur une même question de droit. À cet égard, peuvent être citées :

---

<sup>1177</sup> C'est notamment le cas du *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ou encore du CIRDI qui tient lui aussi une plaquette des sentences rendues sous son égide.

<sup>1178</sup> Ex : S. Jarvin et M. Boissavy : « *Jurisprudence arbitrale* », *RDAI* 1999-354 ; F. Gélinas : « *La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale* », *op. cit.* On peut aussi citer les chroniques de jurisprudence arbitrale régulièrement publiées dans le *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, ou dans le *Clunet* qui donne chaque année un récapitulatif des sentences rendues à la CCI et au CIRDI. Il faut aussi mentionner le *Yearbook Commercial Arbitration* qui informe annuellement sur les plus importantes sentences rendues dans le monde. Rappelons aussi les publications occasionnelles de sentences dans toutes les grandes revues spécialisées en droit de l'arbitrage (*Rev. arb.*, *Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage*, etc.), ainsi que certains ouvrages qui procèdent à un véritable commentaire de la jurisprudence arbitrale (ex : M. de Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Préface de P. Bellet, GLN Joly, 1990, spéc. n° 664 et suiv. et 680-683).

<sup>1179</sup> R. David : « *L'avenir de l'arbitrage* » in *Mélanges Martin Domke*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, p. 56, spéc. p. 63.

(i) la célèbre sentence *Dow Chemical* qui énonce que « *les décisions des tribunaux arbitraux forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international* »<sup>1180</sup> (Nous soulignons). Ici, les juridictions arbitrales elles-mêmes se déclarent créatrices de droit spécifique aux besoins du commerce international.

(ii) ou encore, la sentence *SGS c/ Philippines* (CIRDI, 19 janvier 2004) qui fait directement référence à la sentence *SGS C/ Pakistan* du 8 septembre 2003 en affirmant que les juridictions arbitrales sont tenues à un devoir de cohérence les unes à l'égard des autres, tout comme le sont les juridictions étatiques avec la loi de continuité, afin de tendre à une homogénéité sur le fond. (Nous soulignons).

Il n'est pas sans intérêt de souligner qu'Andrea Pinna<sup>1181</sup>, malgré le fait qu'il conteste l'existence d'une jurisprudence arbitrale au motif de l'éclatement de la *lex mercatoria* en différentes *leges* propres aux différentes institutions d'arbitrage, convient tout de même que, dans leur ensemble, ces *leges* définissent, en définitive, la *lex mercatoria*, tout comme le TAS définit sa *lex sportiva*.

---

<sup>1180</sup> Sent. arb. interim. CCI n° 4131, 23 sept. 1982 (*Dow Chemical*), spéc. §D, rendue par P. Sanders, B. Goldman et M. Vasseur, *JDI* 1983.899, note Y. Derains ; publiée aussi in *Rec. sent. arb. CCI*, t. 1, p. 465 (en français) et p. 146 (en anglais) ; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. IX, 1984.131 ; P. Mayer, obs. in *Rec. cours La Haye* 1989.V.319, spéc. n° 44-45, 86 et 104.

<sup>1181</sup> A. Pinna « *la spécificité de la jurisprudence arbitrale* », *op.cit.*

#### 2.5.6. L'institutionnalisation de tout système normatif est-elle inévitable ?

Les fonctions de l'arbitre se rapprochent de celles du juge dès lors qu'il avance, à l'appui de ses jugements, des raisons générales et prospectives, susceptibles d'être prises en compte dans des cas d'espèce futurs. Comme le juge, l'arbitre « *substitue, impose ou agrège sa raison d'action à celle des parties* » : « *Le passage de l'arbitre au juge est consacré lorsque le tiers s'exprime non plus au nom des parties, mais pour le compte d'une communauté plus largement comprise.*<sup>1182</sup> » L'arbitre est un juge à chaque fois que les parties se réfèrent à ses décisions pour y puiser des arguments juridiques. Comme on a conclu à la juridicisation de l'arbitrage, il faut conclure à l'institutionnalisation progressive du système normatif arbitral.

### **Conclusion du Chapitre 2**

#### ***En conclusion, vers le pluralisme des sources du droit ?***

L'intervention d'institutions ayant des natures différentes dans le règlement des conflits conduit nécessairement à l'élaboration de critères différents auxquels, en fonction de leur succès, on peut vouloir faire référence. Ces critères deviennent des normes, sans caractère nécessairement obligatoire mais dont l'efficacité ou l'équité leur confère une force concurrente à celle des lois étatiques.

Face à ces évolutions, les pluralistes remettent en question l'idée d'un lien consubstantiel entre l'État et le droit qui ferait de l'État la seule source du droit. Selon eux, le droit n'est pas un tout uniforme, identifié à l'État, mais il est multiple et hétérogène. La centralisation du droit a toujours été un postulat, voire un idéal, plus qu'une réalité. Dès lors,

---

<sup>1182</sup> A. Stone Sweet, F. Grisel, « *L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif* », *op. cit.*, p. 89.

il est légitime de défendre l'idée « *d'une étatisation incomplète du droit, de l'existence du droit en dehors de l'État, de l'inaptitude de la conception dominante chez les juristes à exprimer adéquatement la réalité du droit*<sup>1183</sup> ».

Ce problème des sources du droit, et plus précisément de ses manifestations non étatiques, a déjà été formulé par les classiques de la sociologie du droit. Des auteurs comme Auguste Comte et Émile Durkheim en France, Otto von Gierke en l'Allemagne, ont insisté sur le rôle des forces sociales dans la création du droit<sup>1184</sup>.

La loi, pensent-ils, n'est que la cristallisation d'une norme juridique déjà présente, bien que de manière latente, au sein d'un groupe social. Ainsi, pour Léon Duguit, c'est l'état de conscience de la masse des individus composant un groupe social donné qui est la « *source créatrice du droit*<sup>1185</sup> ». Il y a droit dès qu'un individu est conscient d'avoir à respecter un principe dicté par la raison humaine.

Si la norme juridique se distingue d'autres normes (sociales, morales et économiques) par la contrainte particulière qu'elle fait peser sur les hommes, cela n'implique pas que la sanction doit être organisée pour qu'il y ait droit. Maurice Hauriou pense que les groupements ou les institutions qui participent à la vie sociale tendent à produire leur propre droit, indépendamment de l'État<sup>1186</sup>. En Allemagne, Eugène Ehrlich, considéré comme le fondateur de la sociologie du droit, élabore en 1912 la théorie du « *droit vivant* », posant que le centre de gravité du droit ne se trouve ni dans la législation, ni dans la science juridique, ni dans la décision judiciaire, mais dans la société elle-même<sup>1187</sup>.

---

<sup>1183</sup> J-G. Belley, « *L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique* », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII (1), n° 11, janvier 1986, p. 12.

<sup>1184</sup> D. Terré, *op. cit.*

<sup>1185</sup> L. Duguit *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd. Fontemoing, 1927, t. 1, p. 117, p. 94.

<sup>1186</sup> M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923.

<sup>1187</sup> E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Les Fondations de la sociologie du droit), 1913.

Georges Gurvitch va jusqu'au bout cette logique, privilégiant à l'étude des règles d'origine étatique l'analyse du droit qui s'exprime par une « *expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice* »<sup>1188</sup>. Pour lui, la rationalisation de cette expérience première sous la forme de lois positives ne constitue qu'une forme dérivée et superficielle du phénomène juridique.

Gurvitch conclut que le pouvoir juridique qui concourt à la création du droit ne réside pas dans l'État mais dans les « *faits normatifs* », au cœur de la vie sociale, qui comportent à la fois du droit spontané et du droit organisé<sup>1189</sup>. Force est de constater que, de plus en plus, l'unité du droit produite par la codification rationaliste vole en éclat, face à la multiplication des sources autonomes génératrices de droit : organisations internationales, d'une part, syndicats, coopératives, entreprises, services publics décentralisés, d'autre part ; en résumé, toutes les organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit.

La multiplication des sources normatives conduit à se poser la question du pouvoir politique que peuvent conquérir les entités qui émettent lesdits « *faits normatifs* ». Le chapitre suivant est une contribution à cette réflexion.

---

<sup>1188</sup> G. Gurvitch, *Le Temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932.

<sup>1189</sup> G. Gurvitch, *L'Idée de droit social*, Paris, Sirey, 1932. Parmi ces faits normatifs qui constituent les sources primaires du droit, les plus importants sont les faits d'« *union et de communion* », autrement dit l'émergence de groupes sociaux organisés, comme les communautés ou les institutions.

### **Chapitre 3. Effets du repli de la *jurisdictio* étatique sur la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs**

Après avoir illustré la façon dont le repli de leur *jurisdictio* par les juridictions étatiques elles-mêmes a pu avoir un impact aussi bien sur la stratégie des parties que sur la subsidiarité des juridictions étatiques et de la loi, il s'agit à présent de modéliser cette dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs (**Section 1**) avant de se livrer à une analyse prospective (**Section 2**).

#### **Section 1. Modélisation de la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs concurrençant la loi étatique**

Il s'agit ici de modéliser la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs et ce, en schématisant le processus par lequel les interactions permanentes entre fonction juridictionnelle et pouvoir politique ont fini, au fil du temps, par aboutir aujourd'hui à un accroissement tel du pouvoir politique des entités privées, chargées de régler des conflits entre particuliers, que les juridictions et les lois étatiques pourraient en venir à être marginalisées.

En bref, il s'agit de retracer les différentes étapes qui ont progressivement permis aux entités privées de conquérir un pouvoir politique, tandis que, dans le même temps, s'amplifiait la subsidiarité de la loi étatique au profit de règles et critères que lesdites entités privées privilégient. Cette dynamique peut être résumée par l'équation suivante : "*subsidiarité des juridictions étatiques = subsidiarité de la loi étatique*".

Il convient de relever, qu'au sein de cette dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs suivant le modèle présenté ci-après, deux éléments évoluent en parallèle, faisant en réalité de ce processus, un mécanisme à double engrenage :

- d'une part, l'évolution du pouvoir politique de l'État, de sa légitimation jusqu'à la maturité qui lui permet de se rétracter ou de se replier de sa fonction juridictionnelle ;
- d'autre part, l'évolution des sources de droit, depuis leur origine exclusivement étatique jusqu'à l'avènement de sources privées intégrant des facteurs de "*Juste*" et des normes non étatiques ou internationales.

Les conditions et la progressivité de l'instauration de nouvelles sources de normes et valeurs sont représentées dans les schémas qui suivent et qui figurent un modèle de dynamique des sources de normes, lequel repose sur cinq étapes qui seront présentées successivement : la première étape consiste en l'instauration successive de la fonction juridictionnelle et du pouvoir politique (1.1.), lors de la seconde, le pouvoir se développe et émet des normes que les juridictions étatiques font respecter (1.2.), lors de la troisième étape, l'État installé se décharge de ses fonctions juridictionnelles (1.3.) et lors de la quatrième, les institutions privées émettent des normes qui leur sont propres (1.4.). Enfin, lors de la cinquième étape, un nouveau pouvoir politique se fait reconnaître (1.5.).

1.1. Première étape : l'instauration successive de la fonction juridictionnelle et du pouvoir politique

Lors de son instauration, le gouvernant (l'État), par l'exercice de la fonction juridictionnelle, acquiert son pouvoir politique.

Il règle les conflits selon des normes dont la légitimité est solidement assise sur des sources irrationnelles ou ancestrales (religion, tradition ou coutume).

**1) Le pouvoir politique se fait reconnaître**

- Exercice de la fonction juridictionnelle
- Selon des normes admises pour légitimes
- En référence avec une idéologie de l'irrationnel



1.2. Deuxième étape : le pouvoir se développe et émet des normes que les juridictions étatiques font respecter

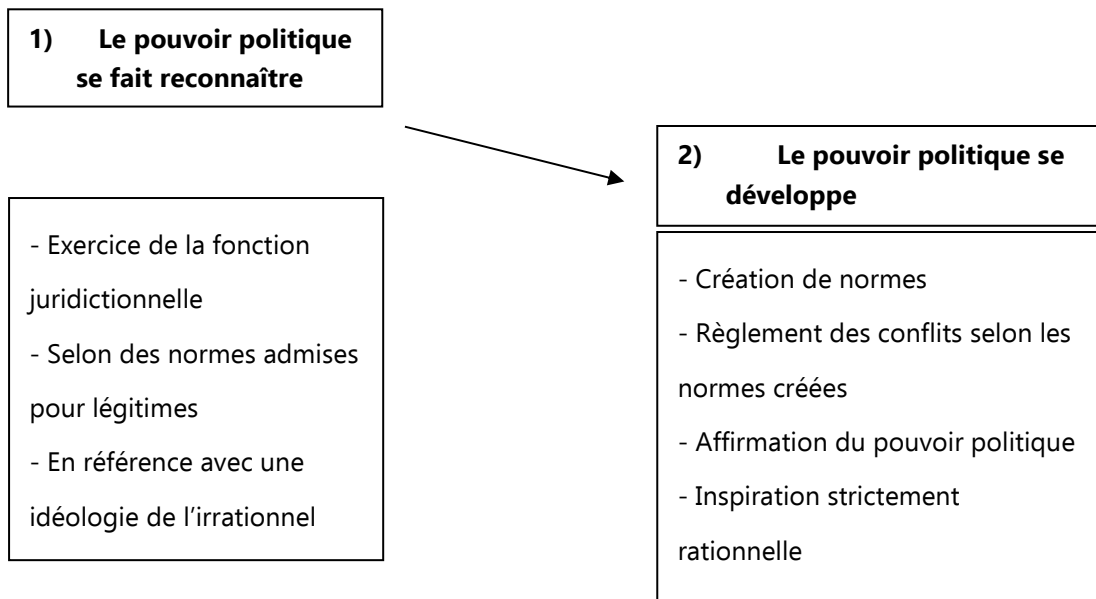
À ce stade de développement de l'État, le pouvoir politique émet des normes encadrant le fonctionnement de la société et organise des juridictions chargées de veiller au respect des normes émises.

Ces normes sont inspirées de sources rationnelles propres aux types de pouvoir considéré (autocratie ou démocratie). Les juridictions étatiques renforcent le pouvoir politique par l'application intégrale de ces règles et par les adaptations qui en sont faites au cas par cas.

L'État s'installe et renforce sa fonction juridictionnelle en en gardant, dans la mesure du possible, le monopole.

Le pouvoir de l'État se trouve ainsi stable et installé.

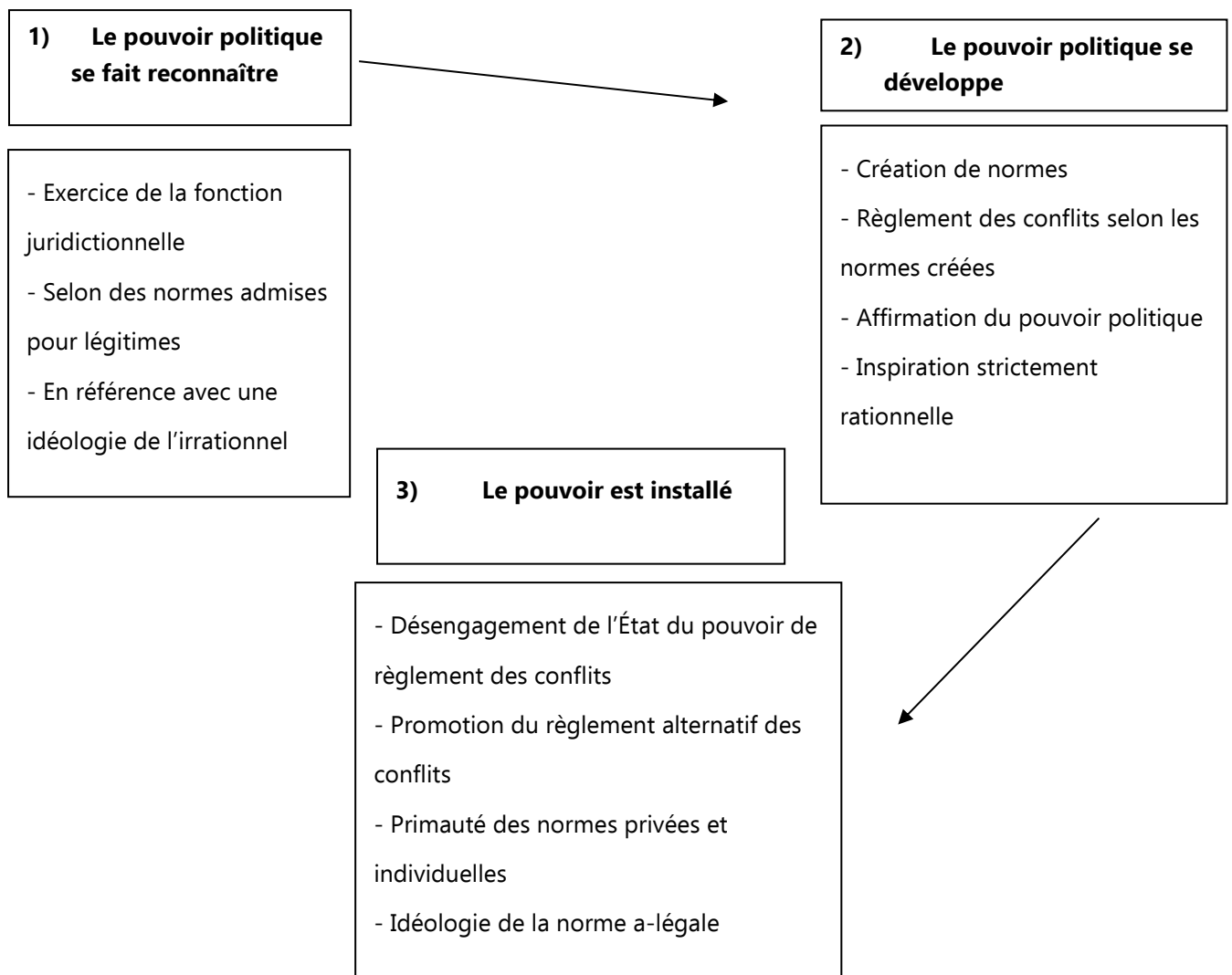
La dynamique des sources du droit, des normes ou des valeurs réalise le passage d'un ordre « *juridique et juridictionnel* » au suivant.



### 1.3. Troisième étape : l'État installé se décharge de ses fonctions juridictionnelles

L'État installé et stable considère que les normes sur lesquelles il s'est construit sont suffisamment intégrées (voire consubstantielles) à la société et qu'il peut, par conséquent, se décharger de sa fonction de règlements des conflits en laissant des institutions privées s'en charger.

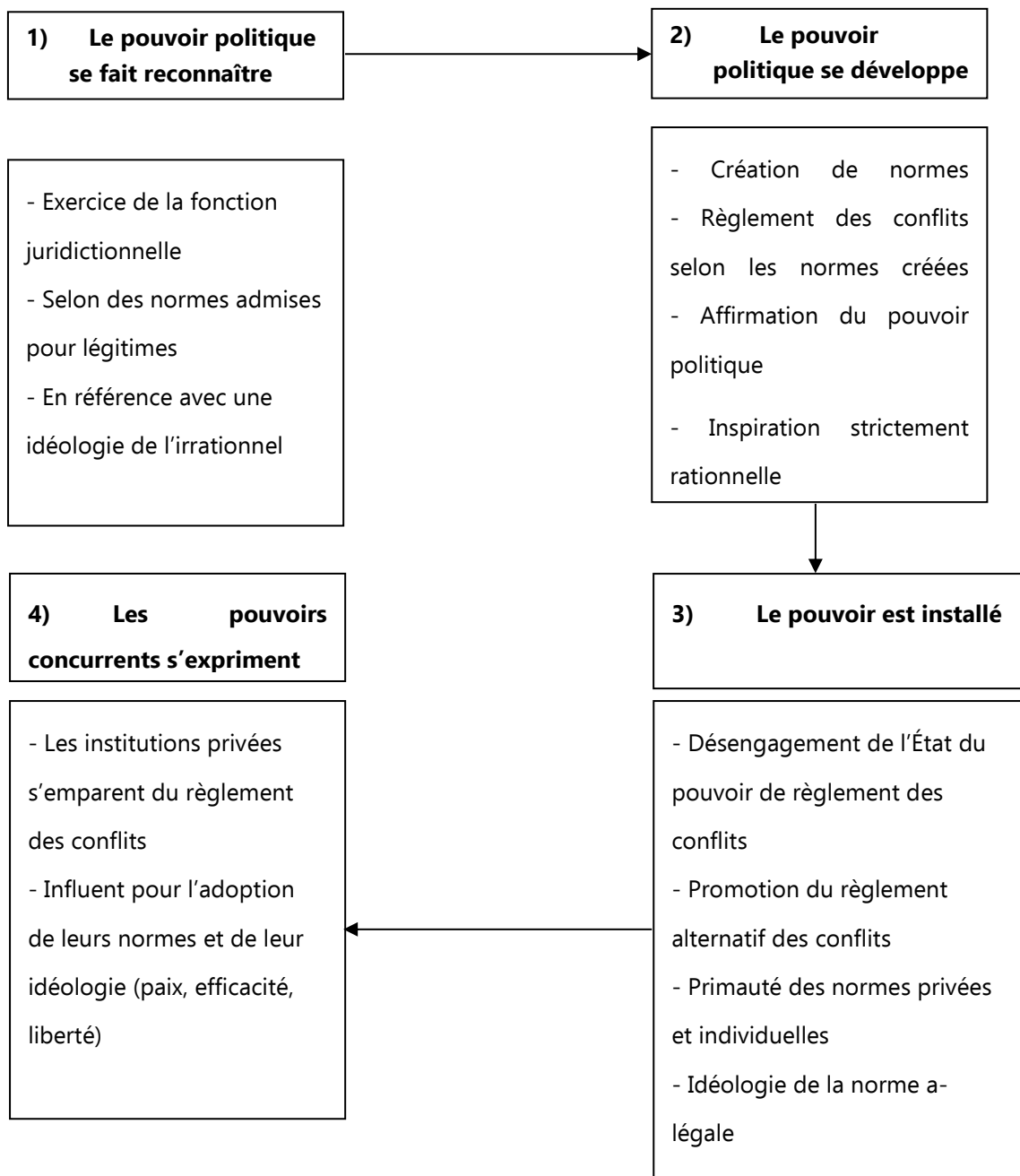
L'État met en place et fait alors la promotion des institutions privées de règlements des conflits comme autant de solutions de substitution, qui, en outre, pourront prendre en compte des critères et des normes a-légales.



1.4. Quatrième étape : les institutions privées émettent des normes qui leur sont propres

À l'occasion du règlement de conflits entre les parties, les institutions privées réalisent deux fonctions, dont la seconde dépasse celle conçue par l'État :

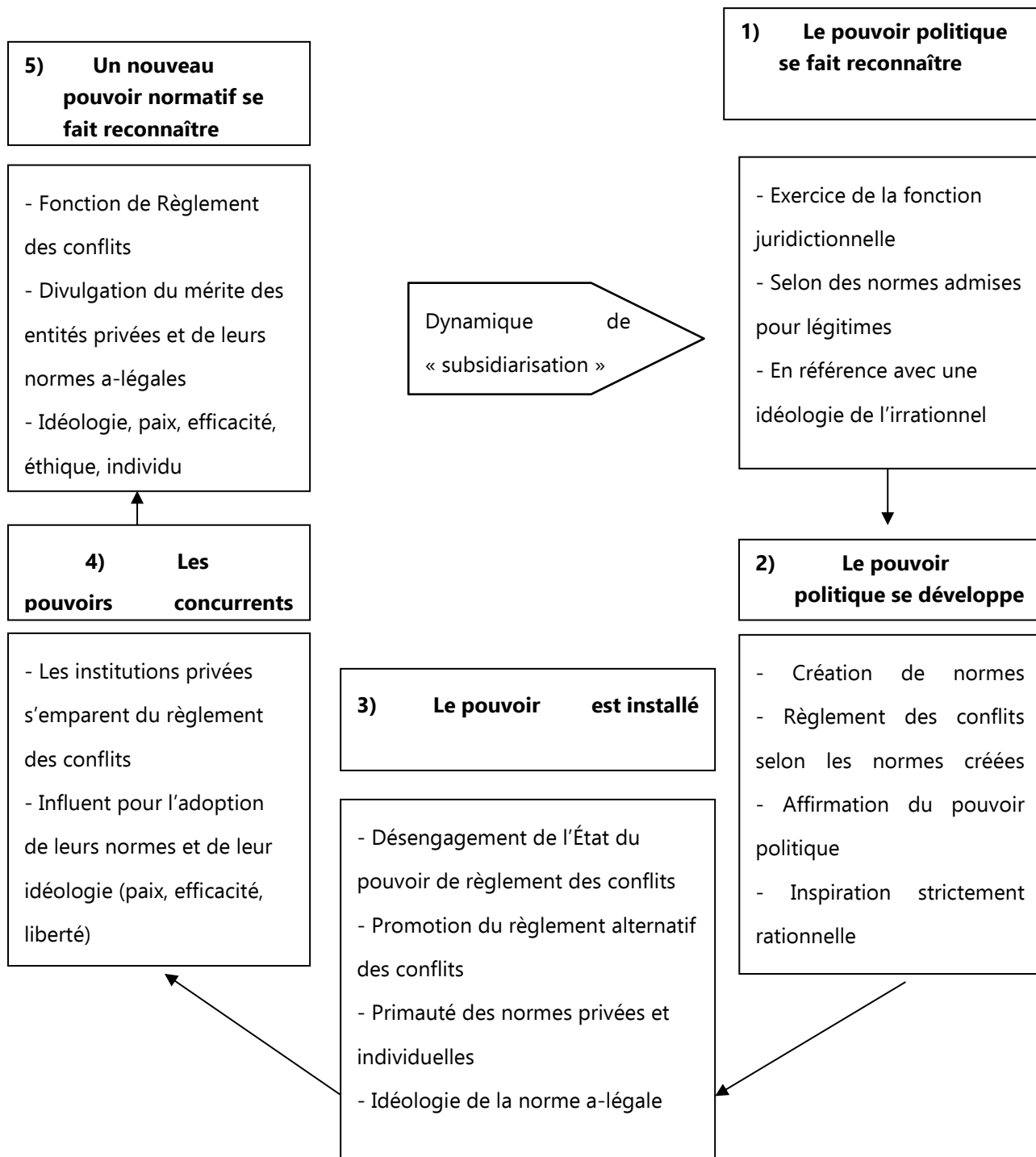
- les institutions privées rendent service (i) aux parties en conflit, en réglant leurs différends et (ii) à l'État, en réussissant à le décharger d'une partie de ses fonctions ;
- mais, en outre, parallèlement, allant au-delà du projet de l'État, les institutions privées font une double promotion, à savoir :
  - la promotion d'elles-mêmes, en tant qu'entités capables de régler des différends d'une manière satisfaisante, ce qu'elles font savoir ;
  - la promotion des concepts (normes ou critères) qu'elles retiennent pour parvenir au règlement satisfaisant des différends. La promotion de ces concepts résulte du mérite de la norme a-légale comparé à l'insuffisante efficacité de la loi étatique. À cet égard, la médiation mettra notamment en avant la relation humaine, la vertu de l'écoute mutuelle et le respect de la position adverse, tandis que l'arbitrage mettra en avant, notamment, la discrétion de la procédure, la supériorité de la *lex mercatoria* ou encore l'éthique.



### 1.5. Cinquième étape : un nouveau pouvoir politique se fait reconnaître

Les entités privées chargées du règlement des conflits entreprennent la divulgation de leurs succès dans l'exercice de leurs fonctions, de sorte qu'elles parviennent à attirer de plus en plus de parties en conflits. Le nombre de cas traités par ces entités privées a pour effet d'amplifier la reconnaissance des valeurs qu'elles retiennent et, à travers ces valeurs, les idéologies qui en sont la source.

Ces entités privées de règlement des conflits se font alors reconnaître comme pouvoir politique.



## Section 2. Analyse prospective

L'étude des normes et des valeurs qui sont régulièrement retenues dans la médiation et dans l'arbitrage a permis de faire apparaître la dynamique par laquelle des sources de droit, normes et valeurs peuvent naître et concurrencer la loi étatique dans le règlement des conflits.

Toutefois, la conscience de la subsidiarité de la loi étatique et de la nécessité de s'en accommoder ou d'en bénéficier ne s'acquiert que par la description de l'évolution qui s'est opérée vers la subsidiarité de la loi et la primauté possible de normes a-légales et tel était l'objet des différents schémas présentés ci-dessus (**Section 1**).

Prendre conscience de ces schémas, et avec eux, de la subsidiarité progressive de la loi étatique représente un intérêt majeur pour la stratégie que les parties peuvent adopter pour la défense de leurs intérêts dans un conflit. Ainsi, la spécificité des normes et critères qui ont un "*droit de cité*" devant les institutions des MARC peut être prise en compte dans la stratégie des parties qui constatent que devant certaines institutions, plus que d'autres, des éléments factuels (par exemple, de nature morale) pourraient prendre une valeur déterminante.

En outre, cette évolution étant progressive, il est préférable d'arrêter une stratégie de règlement des conflits en situant le stade atteint par la subsidiarité de la loi et la primauté des normes a-légales.

L'importance grandissante que prennent la médiation et l'arbitrage est telle qu'elle permet de soutenir l'hypothèse que cette dynamique pourrait se poursuivre jusqu'à une forme de marginalisation de la loi au profit des normes non étatiques retenues par des entités privées.



En effet, le nombre de dispositions ayant pour objet de conduire les conflits hors de la *jurisdictio* des juges donnerait à penser que les juridictions étatiques sont promises à devenir des institutions subsidiaires dans le règlement des conflits, la subsidiarité des juridictions ne pouvant qu'entraîner la subsidiarité de la loi étatique, dès lors que les juridictions sont bien les seules institutions qui sont au service exclusif de la loi étatique.

En outre, la marginalisation de la loi étatique en tant qu'outil de règlement des conflits pourrait apparaître comme étant d'autant plus inéluctable que les entités privées semblent progressivement avoir gagné un pouvoir politique leur permettant d'émettre de plus en plus de normes et de valeurs a-légales, leur pouvoir politique s'acquérant selon le même schéma que celui par lequel, par hypothèse, l'État avait assis son pouvoir politique, c'est-à-dire grâce à l'exercice satisfaisant de la fonction juridictionnelle (accès au juge, satisfaction des parties, sécurité des relations interpersonnelles, multiplication des conflits traités).

Par ailleurs, la multiplication des normes internationales qui concurrencent la loi étatique et qui, en outre, sont souvent adoptées par les entités privées est de nature à amplifier la marginalisation de la loi étatique, une telle dynamique étant susceptible de s'intensifier sous l'effet d'une évolution combinée des éléments interdépendants suivants :

- l'évolution du pouvoir politique de l'État depuis sa légitimation jusqu'à la maturité qui lui permet de se replier dans sa fonction juridictionnelle ;
- l'évolution des sources de droit, depuis leur origine de nature exclusivement étatique jusqu'à l'avènement de sources privées retenant des normes non étatiques ou internationales,

d'où l'équation : "*subsidiarité des juridictions étatiques = subsidiarité de la loi*".

Si cette équation, telle que modélisée par la dynamique des sources de droit et de normes schématisée ci-dessus, permet de prendre conscience des enjeux et des conséquences du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*, le tableau ainsi dressé

n'est pas, pour autant, tout à fait complet. En effet, doit y être ajoutée l'idée ou, au moins, l'hypothèse d'une infiltration des normes entre institutions chargées du règlement des différends.

À cet égard, l'historique de l' "*anti suit injunction*" offre une parfaite illustration du processus qui permet d'observer des effets de fusion entre des normes de forme et de fond pourtant issues d'ordres juridictionnels distincts. Un tel exemple permet de comprendre l'infiltration entre institutions de leurs normes respectives et de concevoir l'infiltration possible des juridictions étatiques par des normes habituellement retenues dans l'arbitrage ou, plus généralement, dans les MARC et les MARD (phénomène de porosité des normes).

Pour en revenir à l' "*anti suit injunction*", laquelle s'entend comme étant une "*injonction anti-procédure*", celle-ci consiste, pour une juridiction ayant une compétence *in personam* à l'égard d'une partie défenderesse, à enjoindre à cette dernière de ne pas exercer d'action contentieuse devant une autre juridiction qu'elle-même et ce, qu'il s'agisse d'une juridiction nationale ou même étrangère.

Cette "*anti suit injunction*", qui a infiltré les tribunaux de Common law et l'arbitrage, est une pratique qui trouve son origine dans le droit médiéval anglais (XIII<sup>e</sup> siècle). À cette époque, la *jurisdictio* était alors partagée entre les Tribunaux de Common Law du Roi (qui faisaient application du droit anglais) et les Courts of Chancery (qui jugeaient en fonction de l' "*equity*", laquelle était constituée de références morales et éthiques, telle celle du "*reasonable man*"<sup>1190</sup>).

Les Courts of Chancery avaient une pratique issue de l' "*equity*", qui s'inspirait de la philosophie aristotélicienne de l'équité<sup>1191</sup> et qui commandait aux juges non seulement

---

<sup>1190</sup> J. Behaja, " *l'anti suit injunction en droit britannique à l'approche du Brexit* ", Blog pédagogiques de l'Université Paris Nanterre MBDE / Droit International privé 19 avril 2017, <https://blogs.parisnanterre.fr/etiquettes/anti-suit-injunction>.

<sup>1191</sup> Cf. "*L'homme du juste milieu*" qui incarne la justice : Aristote, *L'éthique de Nicomaque*, Livre V, La Justice, Flammarion édition 1965, p. 145 et suivantes.

d'adapter la loi mais également de corriger, suppléer et améliorer les effets du droit, cette notion d'équité provenant d'une source informelle de droit.

L' "*anti suit injunction*" permettait d'éviter les contradictions qui auraient pu se produire entre des condamnations si les deux ordres de juridictions avaient pu être saisis du même litige, de telles contradictions étant d'autant plus susceptibles de se produire qu'à titre d'exemple, alors qu'en matière contractuelle, les Courts of Chancery prononçaient, à titre de réparation, des condamnations de faire, les Tribunaux de Common Law prononçaient, quant à eux, dans la même matière, des condamnations à des dommages et intérêts.

Lorsqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les Courts of Chancery ont disparu et que les Tribunaux de Common Law sont restés seuls organes d'État ayant autorité pour trancher les litiges<sup>1192</sup>, les valeurs normatives issues de l' "*equity*", telles que forgées par les Courts of Chancery, ont filtré dans les règles retenues par les Tribunaux de Common Law dans leur appréciation des différends.

C'est ainsi que les Tribunaux de Common Law ont adopté l' "*anti suit injunction*" et l'utilisent encore, notamment lorsque le juge anglais considère que la compétence juridictionnelle du for est celle susceptible de produire la solution judiciaire la plus juste<sup>1193</sup>.

Cette "*anti suit injunction*" constitue donc un exemple patent d'une infiltration (porosité) de normes entre institutions chargées du règlement des différends, cette pratique ayant d'ailleurs fini par prendre une existence formelle<sup>1194</sup>. En outre, nous soulignerons le caractère réel, effectif et actuel de son application dans les conflits internationaux afin de préserver l'exclusivité de la compétence arbitrale<sup>1195</sup>.

---

<sup>1192</sup> Judicature Acts de 1873 et 1875.

<sup>1193</sup> J. Behaja, *op.cit.*

<sup>1194</sup> Section 37 du Senior Courts Act de 1918 et article 44 de l'Arbitration Act de 1996.

<sup>1195</sup> Décision *Pena Copper Mines Ltd v. Rio Tinto Ltd* de 1919 et *Cohen v. Rothfield* 1919 ("*l'anti-suit injunction en action*") : Etude comparée des modalités d'attribution, *Revue libre de droit* 2014, p. 89-97).

Faut-il déduire de cet exemple de l' "*anti suit injunction*" que la coexistence d'institutions chargées du règlement des conflits est de nature à entraîner une infiltration de leurs normes respectives ?

À l'instar de ce qui s'est produit dans le droit anglais, la coexistence en France (et d'ailleurs partout dans le monde) de plusieurs natures d'institutions chargées du règlement des litiges semble effectivement susceptible d'engendrer une infiltration des normes des unes vers les autres.

La preuve la plus flagrante de cette infiltration de normes peut être trouvée dans l'estoppel. Pratiquée depuis longtemps dans l'arbitrage, l'estoppel a fini par être adoptée par les juridictions étatiques grâce à son efficacité face aux comportements dilatoires.

Compte tenu du rayonnement des philosophies des modes alternatifs des différends au profit desquels les juridictions étatiques replient leur *jurisdictio*, l'hypothèse d'une infiltration du système judiciaire étatique par des normes a-légales issues des MARC qui seraient tenues pour efficaces semble réaliste et ce, d'autant qu'un certain nombre d'indices ou de facteurs contribuent à favoriser une telle infiltration. Il en va notamment ainsi :

- du fait que la divulgation des normes a-légales se trouve facilitée par le repli des juridictions étatiques au profit de l'arbitrage et des MARC (médiation et conciliation) ;
- de la satisfaction que les MARC (médiation et arbitrage) apportent aux justiciables qui y ont recours et qui finit par commander à l'organe judiciaire étatique d'en reconnaître les mérites, voire même d'en faire leur promotion (des juges étatiques s'investissent personnellement dans la pratique et la promotion de la médiation, comme en témoigne, par exemple, leur adhésion à l'association GEMME).

Les critères et principes retenus par les institutions non étatiques qui se chargent du règlement des conflits<sup>1196</sup> pourraient d'autant plus aisément investir le monde judiciaire étatique que, chez ces derniers, la porte est déjà ouverte aux critères a-légaux<sup>1197</sup>.

Quoi qu'il en soit, si cette infiltration des institutions étatiques par les normes issues des MARC - qui a d'ailleurs déjà commencé - est probable, il est impossible de préjuger de sa portée et de son ampleur.

### **Conclusion du Chapitre 3**

L'ordre juridique étatique contribue à sa prise en tenaille entre des ordres juridiques infra-étatiques et des ordres juridiques supra-étatiques. Par son renoncement au monopole du pouvoir de rendre la justice, l'État participe lui-même à la relativisation d'une certaine idée d'État, s'engageant contre le monisme en faveur de la pluralité des ordres juridiques. Les traditionnelles marques de souveraineté, dont la justice, ne disparaissent pas mais sont comme redistribuées en vue d'un exercice plus collaboratif de la souveraineté, favorisé par l'État lui-même.

Les normes et valeurs émises par les institutions privées qui se chargent du règlement des conflits s'infiltrant dans les normes émises par l'État. Le succès des normes non étatiques assure la promotion des institutions privées qui, à leur tour, acquiert une force concurrente du pouvoir étatique, lequel se rétracte ou se replie d'autant plus à leur profit.

On a vu que les juridictions sont allées bien au-delà de ce que prévoyaient les textes pour imposer les MARC préalables obligatoires. Dans le domaine de l'arbitrage, l'État

---

<sup>1196</sup> L'arbitrage, dans la matière économique, est traditionnellement plus attentif à l'équité a-légale et à la bonne foi. Le monde de l'arbitrage permet de donner une large place aux considérations et aux relations humaines.

<sup>1197</sup> L'article 12 du NCP prévoit l'amicable composition, l'article 700 du CPC retenant quant à lui l'équité.

s'efface, du moins dans un premier temps, au profit de l'arbitre, tout en soutenant ce dernier à chaque étape de sa mission. En effet, l'engagement des juridictions publiques apparaissent comme le meilleur garant de l'efficacité de la justice arbitrale privée. C'est ainsi que la force publique se met au service du développement des MARC.

C'est ainsi aussi que le développement des MARC participe d'une véritable reconfiguration des rapports de pouvoir au sein de la société. Le discours de la réticularité et de l'horizontalité se banalise, mais on a montré que les relations de pouvoir ne disparaissent pas pour autant. Il s'est avéré, au contraire, que le rôle des intermédiaires n'a jamais été aussi grand. À côté des personnages emblématiques du droit - le législateur et le juge -, de nouveaux acteurs font une intrusion dans le champ du droit et de la justice.

Il reste que, si les pratiques de régulation se disséminent dans la société, elles sont toujours articulées à l'État, qui lui-même se transforme. L'intervention du pouvoir est indirecte, se traduisant par la délimitation de la latitude laissée aux individus pour opérer leurs choix stratégiques. Les parties sont de plus en plus libres d'agir, mais dans les cadres de la marge de manœuvre qui leur est concédée. Le juge ne renonce pas à exercer le contrôle, mais entend le faire *a posteriori*, en refusant ou en validant en bloc. Le besoin d'un État puissant persiste, mais le sens de la puissance publique a évolué. Il ne s'agit plus d'un État fort en tant qu'incarnation de la souveraineté nationale, mais d'un État fort « *pour* » : pour garantir le bon fonctionnement du marché ou, plus près de notre sujet, pour assurer les interactions entre les individus. L'État se reconfigure, renonçant en partie à sa visibilité et à sa puissance symbolique pour gagner en efficacité et mieux assurer la paix sociale. On peut même dire que l'État devient plus fort en se rétractant ou en se repliant, puisqu'il veille sur l'encadrement des MARC, en en assurant le contrôle et en émettant des règles d'ordre public.

## **Chapitre 4. Limites du repli : le redéploiement de la *jurisdictio* des juges**

Si, comme démontré plus haut, le repli de la *jurisdictio* par les juges conduit à une nouvelle dynamique des sources de normes et de valeurs, pour autant, ce repli de la *jurisdictio* n'aboutit curieusement pas, au sein même de l'appareil étatique, à un moindre pouvoir des juges, mais davantage à un redéploiement de celui-ci.

Alors que la logique voudrait que le repli de la *jurisdictio* des juges, à l'égard duquel ces derniers n'ont pas manqué de témoigner de leur faveur - lorsqu'il ne leur était pas imposé par le législateur -, aboutisse à un retrait de leur pouvoir, il s'avère que ce repli a pour conséquence inattendue un accroissement du « *pouvoir politique* » des juges, lequel explique peut-être justement cette faveur.

Comment expliquer que les juges adhèrent, voire favorisent, cette politique qui, en apparence, a pour conséquence de limiter leur rôle ? Il s'agit ici d'aller au-delà de la déjudiciarisation comme acte d'autorité du politique pour analyser la manière dont les juges interprètent leur mission dans le cadre du chantier politique de « *modernisation de la justice* ».

L'hypothèse émise ici est que les juges feraient du repli de leur *jurisdictio* une occasion de redéfinir leur rôle et, par là-même, d'augmenter leur propre « *pouvoir politique* ».

Pour illustrer l'apparente contradiction entre repli de leur *jurisdictio* et accroissement du « *pouvoir politique* » des juges, l'exemple de la question des filtres des pourvois<sup>1198</sup> devant la Cour de cassation semble être pertinent.

---

<sup>1198</sup> L'article 604 du CPC définit l'objet du recours en cassation en matière civile dans les termes suivants : « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». L'article 567 du Code de procédure pénale définit l'objet du recours en cassation en

Alors que l'admission systématique des pourvois devant la Cour de cassation, telle que pratiquée de 1947 à 1981 impliquait une conception large du champ de la *jurisdictio* de la Cour de cassation<sup>1199</sup>, les hauts magistrats et les juges de cassation, à l'occasion des différentes commissions qui, au cours des dernières années, ont traité de cette question des filtres des pourvois devant la Cour de cassation et de leur renforcement, n'ont eu de cesse de témoigner de leur faveur pour un filtrage toujours plus grand des pourvois devant la Cour de cassation et, donc, *a fortiori*, pour un champ, au moins quantitativement, plus restreint de la *jurisdictio* de la Cour de cassation.

Parmi les différents exemples de la faveur des hauts magistrats pour un filtrage renforcé devant la Cour de cassation, peut ainsi être cité le rapport Coulon<sup>1200</sup>, lequel soulignait, dès 1998 : « *la spécificité du rôle de la juridiction suprême, Cour régulatrice chargée de dire le droit, - et la nécessité particulièrement aiguë de réguler le flux croissant des pourvois exigent la recherche dans un cadre spécifique des mécanismes de filtrage* ».

En 2002, le Président de la Cour de cassation, Guy Canivet, écrivait<sup>1201</sup> qu'il était « *indispensable que, comme de nombreuses cours suprêmes des grands systèmes de droit étrangers et, pour les chambres civiles, conformément à une tradition seulement*

---

matière pénale dans les termes suivants : « *Les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies.*

*Le recours est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.* ». Ces dispositions sont éclairées par l'article L.111-2, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire qui, relativement à la mission de la Cour de cassation, précise : « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf dispositions législatives contraires* ».

<sup>1199</sup> Depuis la création du Tribunal de cassation en 1970, la chambre des requêtes procédait à un examen préalable du pourvoi, jusqu'à sa suppression en 1947.

<sup>1200</sup> J.-M. Coulon, Premier président honoraire de la cour d'appel de Paris.

<sup>1201</sup> Article paru au Recueil *Dalloz*, 2002, n° 28, 25 juillet 2002, p. 2195, Bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire, consultable sur le site de la Cour de cassation, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/archives\\_2201/admission\\_pourvois\\_cassation\\_8424.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/admission_pourvois_cassation_8424.html).



*interrompue depuis 1947, la Cour de cassation revienne à un examen préalable des pourvois dont elle est saisie* », déplorant par ailleurs que la multiplication des affaires et la multiplication des créations de chambres aient abouti « *à une croissance considérable des décisions, donc à un risque de divergences ou d'insécurité de la jurisprudence, elles-mêmes sources de pourvois, d'aggravation des retards et d'allongement des délais de jugement* ».

Mettant en avant la nécessité de favoriser « *l'unité et la cohérence de la jurisprudence* », Guy Canivet ajoutait que s'était peu à peu dégagée l'évidence que le filtrage des recours était devenu indispensable à la Cour de cassation, lui permettant d'écarter les nombreux pourvois irrecevables ou voués à un échec certain, et de se consacrer plus efficacement à sa mission normative - interprétation uniforme de la loi, à savoir la fonction jurisprudentielle de clarification et d'adaptation du droit - et disciplinaire - sa fonction de contrôle de l'application du droit par les juridictions du fond<sup>1202</sup>.

C'est encore la mission normative de la Cour de cassation qui était directement mise en avant, en toute transparence, par le président B. Pireyre, lorsqu'à propos du projet de filtrage<sup>1203</sup> transmis le 15 mars 2018 par le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, à la Garde des Sceaux, Nicole Belloubet, il écrivait<sup>1204</sup> : « *ce schéma*

---

<sup>1202</sup> Dans le bilan qu'il dresse, en 2002, du premier semestre de l'application de l'article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire, Guy Canivet, alors Président de la Cour de cassation, livre quelques statistiques mais, pour l'essentiel expose une série d'arguments qui ont pour objet de légitimer les filtres : argument de texte (article 604 du CPC, article 567 du Code de procédure pénale et article L.111-2, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire), argument stratégique (le fait de rendre moins de décisions et de veiller à la clarté et à la cohérence des arrêts créateurs de droit est de nature à permettre à la Cour de cassation d'élaborer une jurisprudence d'envergure évitant les incertitudes et l'imprévisibilité de la règle), argument de droit comparé, argument historique, conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme, conformité constitutionnelle. L'argumentation au soutien de la procédure des filtres est si abondante qu'elle en paraît partisane malgré sa pertinence.

<sup>1203</sup> Lequel devait permettre à la Cour de cassation de n'examiner que les affaires soulevant une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit ou pour l'unification de la jurisprudence ou encore celles où serait en cause une atteinte grave à un droit fondamental.

<sup>1204</sup> *Gaz. Pal.*, 15 mai 2018, n°3221, p.83.

*d'ensemble verrait consacrer la juridiction de première instance comme le juge naturel de l'achèvement normal du procès, la juridiction du second degré comme le juge chargé de contrôler et, le cas échéant, de redresser la régularité, la légalité et la qualité du jugement du premier degré, la Cour de cassation, enfin, comme juge du droit, investi d'un office principalement recentré sur sa mission normative » (Nous soulignons).*

En définitive, le rapport<sup>1205</sup> commandé par Nicole Belloubet à l'ancien Garde des Sceaux, Henri Nallet, proposera des solutions alternatives au filtrage proposé par la Cour de cassation elle-même.

Pour autant ce projet de filtrage tel que proposé par les présidents de chambre de la Cour de cassation, - projet qui a par ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques parmi les juristes, y compris chez les magistrats<sup>1206</sup> -, témoigne du fait que le repli de la *jurisdictio*, entendu quantitativement, ne se traduit pas nécessairement par une perte de pouvoir des juges, mais qu'au contraire, il peut, paradoxalement, contribuer au renforcement de leur pouvoir.

À cet égard, est significative la critique formulée par deux professeurs de droit envers ce projet de filtrage, avant l'abandon de ce dernier, dans les termes suivants : « *Rappelons tout de même que, pour l'essentiel, il s'agit d'instaurer un système radical de filtrage des pourvois, sans commune mesure avec celui que nous connaissons actuellement. Le but de cette réforme serait de limiter drastiquement le nombre des pourvois et de permettre ainsi à la Cour de cassation de se concentrer sur un petit nombre de dossiers, ce qui, grosso modo,*

---

<sup>1205</sup> Rapport « *Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile* » du 7 novembre 2019.

<sup>1206</sup> Des syndicats et associations de juristes ont considéré que cette réforme aboutirait « *à l'abandon de notre système judiciaire républicain, dans lequel, en vertu d'un principe fondamental, tout justiciable peut soumettre un recours à la cour de cassation afin que celle-ci contrôle la conformité de la décision attaquée à la règle de droit, au profit d'un système dans lequel la haute juridiction pourrait choisir elle-même les affaires qu'elles souhaitent traiter* » selon de vagues critères (article consultable sur le site du SAF : <http://lesaf.org/magistrats-et-avocats-contre-le-projet-de-filtrage-des-pourvois-devant-la-cour-de-cassation/>).

seraient intéressants pour l'unification et l'amélioration du droit. Clairement, si la Cour de cassation évolue dans ce sens, elle deviendra un concurrent tout à fait officiel du législateur. C'est déjà une évolution que l'on ressent depuis un certain nombre d'années, mais elle ne fait que s'accroître et s'accélérer avec le projet actuel. C'est à une véritable remise en cause de la séparation des pouvoirs et donc à un bouleversement des fondements mêmes de notre État de droit que nous assistons »<sup>1207</sup>. (Nous soulignons)

Il s'agira, dans les développements qui suivent, d'illustrer les limites du repli de la *jurisdictio* des juges, limites qui se traduisent par le fait que le juge se retrouve parfois à agir comme un suppléant politique du législateur (**Section 1**), voire même comme un émetteur de normes (**Section 2**), se posant, en filigrane, la question du rapport, au sein de l'appareil étatique, entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

Peut d'ailleurs être émise l'hypothèse que le repli de leur *jurisdictio* est, en définitive, l'occasion pour les juges de réaffirmer leur pouvoir.

### **Section 1. Le juge, suppléant politique**

L'hypothèse émise ici est que les juges font preuve de créativité pour redéfinir leur rôle. Ainsi, au fil de plusieurs affaires politico-éthiques, émerge une nouvelle idée du service de justice qui ne se cantonne plus à la résolution de conflits, parfois mineurs, mais qui devient une ressource politique.

Face à l'évolution de l'appréciation des valeurs sur lesquelles se fonde la société, aux progrès de la science qui aboutissent à créer de nouvelles aspirations ou encore à l'internationalisation qui permet à tous de comparer les normes en présence et d'en percevoir, le cas échéant, la valeur relative, le législateur fait preuve d'une frilosité certaine à

---

<sup>1207</sup> La semaine juridique - Édition générale - Supplément au n°14 - 8 avril 2019, p.5.

se saisir des problèmes complexes, en lien avec les évolutions de la société et laisse aux juges, saisis d'affaires concrètes, l'occasion de formuler des normes de conduite - politiques, voire éthiques - valables pour tous, permettant ainsi à la justice de s'affirmer comme « *la nouvelle scène de la démocratie*<sup>1208</sup> ».

Au travers de quelques exemples, il sera démontré comment les juridictions, sommées d'apporter des réponses dans des situations où l'action du politique fait défaut, acquièrent en définitive du « *pouvoir politique* ». Tout en exprimant des appels à la responsabilité du politique (lequel délègue à la justice des questions de société sur lesquelles il ne peut pas ou ne veut pas légiférer), les juges assument ce nouveau rôle de suppléants du politique, amenés à participer aux débats de société, à orienter les choix collectifs et à peser, en définitive, sur le contenu des décisions politiques<sup>1209</sup>.

La description complète de la procédure et des moyens mis en œuvre dans chacun des exemples qui suivent permettra de mesurer le caractère inextricable de la situation juridique produite par la confrontation des principes, situation inextricable à laquelle le juge avait mission de mettre fin par sa *jurisdictio* et surtout son pouvoir normatif.

Le premier exemple présenté ci-après porte sur la reconnaissance de la filiation d'enfants nés par « *mère porteuse* » à l'étranger (1.1.), le second a trait au vide juridique du critère de fin de vie (1.2.), tandis que le troisième porte sur le champ d'application de la laïcité (1.3.).

Une explication possible de la judiciarisation sera ensuite proposée, à savoir que cette judiciarisation serait une réponse à l'autosuffisance de l'individu et au déficit du politique (1.4.), avant d'exposer en quoi la judiciarisation serait révélatrice de la quête de nouveaux

---

<sup>1208</sup> Expression empruntée à Pierre Rosanvallon par Antoine Garapon, *Le Gardien des promesses : justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 41.

<sup>1209</sup> J. Chevallier et D. Lochak, « *Les juristes dans l'espace public* », *Droit et société*, 2016/2, n° 93, p. 359 -374.

forums politiques et d'une redéfinition des rapports de force entre la justice et le politique (1.5.).

### 1.1. Premier exemple : la reconnaissance de la filiation d'enfants nés par « mère porteuse » à l'étranger

La présentation des faits (1.1.1.) sera suivie de la présentation de la première réponse des juridictions (1.1.2.) et des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et du revirement de la jurisprudence française (1.2.3). Nous montrerons ensuite en quoi le juge se trouve face à des injonctions contradictoires (entre la fraude à la loi et l'intérêt de l'enfant) (1.2.4.) et en quoi l'appel à la loi et à la « *responsabilité* » du législateur est nécessaire (1.2.5.).

#### 1.1.1. Les faits et les enjeux

La gestation et la procréation pour autrui sont prohibées en France. Avant même que la loi ne vienne interdire les conventions de gestation pour autrui, la pratique des « *mères pour autrui* » a été sanctionnée par les juges, au nom de la violation du principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de celui de l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>1210</sup> : cette sanction a été prononcée par le Conseil d'État<sup>1211</sup> comme par la Cour de cassation<sup>1212</sup>.

---

<sup>1210</sup> M. Gobert, « *Réflexions sur les sources du droit et les "principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution)* », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 91, n°3, 1992, p. 489-528.

<sup>1211</sup> CE, Assemblée, du 22 janvier 1988 (Association Les Cigognes), 80936, publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007738485>.

<sup>1212</sup> Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105, *Bull. civ.* 1991, no 4, p. 525 et D. 1991, Jur. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin : « *Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

Cette jurisprudence a été en partie consacrée par la loi de la bioéthique du 29 juillet 1994<sup>1213</sup>. Cet état du droit positif n'a pas évolué, contrairement à la jurisprudence sommée, elle, de donner des réponses aux conséquences qu'entraîne le développement de la pratique de GPA à l'étranger.

Deux approches s'opposent : celle qui considère qu'il est opportun de légaliser cette pratique au même titre que les autres techniques d'assistance médicale à la procréation<sup>1214</sup> et celle qui met en avant le risque de marchandisation des pratiques de GPA et l'absence d'évaluation des conséquences pouvant en résulter pour les enfants ainsi nés et leur famille<sup>1215</sup>. En 2009, cette dernière approche est confortée par le Conseil d'État<sup>1216</sup>. Une

---

Également : Cass. Civ. 1, 9 décembre 2003, D. 2004, p. 1988, note E. Poisson-Drocourt ; Cass. Civ. 1, 23 avril 2003, Dt famille 2003, 143, obs. P. Murat.

<sup>1213</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026778>. L'article 16-7 a été intégré au Code civil qui dispose que : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* ». L'article 227-12 du Code pénal sanctionne, lui, la provocation à l'abandon d'enfant, l'entremise en vue de l'adoption ou en vue de la gestation pour le compte d'autrui. L'article 227-13 du Code pénal sanctionne l'atteinte à l'état civil d'un enfant, lorsqu'on prétend en particulier que l'enfant a pour mère une autre femme que celle qui lui a donné naissance. D'autres textes font rempart aux pratiques commerciales liées à la GPA, tel l'article 16-1 du Code civil qui dispose que « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* ». À noter qu'avec cet article 16-1 du Code civil, au principe de l'indisponibilité du corps humain, initialement retenu par la Cour de cassation, a été substitué le principe de la non-patrimonialité du corps humain.

<sup>1214</sup> Voir le compte rendu de la réunion conjointe de la Commission des affaires sociales et de la Commission des lois du 25 juin 2008 : <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-42115.html> et Sénat, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n°421 (2007-2008), 2008, <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>.

<sup>1215</sup> Voir le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques de décembre 2008 : OPECST, La loi bioéthique de demain. Rapport de MM. A. Claeys et J- S. Vialatte, 2008, <http://www.senat.fr/rap/r08-107-1/r08-107-1-syn.pdf>.

<sup>1216</sup> Dans un avis rendu en mai 2009 dans le cadre de la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a préconisé le maintien de l'interdiction de la GPA, tout en proposant que « *la situation juridique des enfants nés à l'étranger par recours à cette pratique soit aménagée, de façon que ceux-ci ne soient pas pénalisés par le fait que leurs parents d'intention ont eu recours à une pratique interdite en France* ». Conseil d'État, La révision des lois de bioéthique, Paris, La documentation française, 2009, [http://www.conseil-tat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etudebioethique\\_ok.pdf](http://www.conseil-tat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etudebioethique_ok.pdf).

année plus tard, le Comité consultatif national d'éthique relève que si la GPA est une méthode de PMA pour ses défenseurs, elle est, par contre, une forme d'adoption illégale selon la jurisprudence de 1991 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>1217</sup>.

Cependant, de fait, le recours à la GPA n'a pas disparu mais s'est simplement déplacé à l'étranger, dans les pays qui autorisent la GPA sans la réserver aux ressortissants nationaux. De retour en France, ces couples se tournent alors vers le juge pour faire établir la filiation d'un enfant né du recours à une GPA et la transcription à l'état civil français de la filiation de ces enfants.

Quels sont les enjeux ? Si la transcription d'un acte étranger de naissance sur les registres français de l'état civil est facultative, l'absence de transcription prive un enfant de la jouissance au quotidien des droits attachés à la filiation. Surtout, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant au service central de l'état civil est nécessaire pour reconnaître le lien de filiation à l'égard des parents d'intention<sup>1218</sup>, ainsi que pour l'établissement de la nationalité de l'enfant<sup>1219</sup>.

Quelle est la réponse des juridictions face à ce hiatus entre, d'une part, la législation et la jurisprudence et, d'autre part, l'état des pratiques ?

---

<sup>1217</sup> Avis du CCNE, 2010 : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/problemes-ethiques-soulevés-par-la-gestation-pour-autrui-gpa>.

<sup>1218</sup> Plusieurs cas de figure se présentent, puisque les actes de naissance diffèrent d'un pays à l'autre : certains mentionnent les parents d'intention, d'autres non ; dans certains cas, cette mention figure uniquement à la suite d'un jugement étranger d'adoption par le conjoint ou la conjointe du père. Voir M. Gross, L. Brunet, M. Giroux, « *Les juges français et la gestation pour autrui* », *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui. Expériences des personnes concernées et contextes d'action*, 2018, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01723910/document>.

<sup>1219</sup> La situation des enfants diffère selon qu'il s'agit de pays qui accordent la nationalité en vertu du droit du sol (États-Unis, Canada) ou non (Inde, Ukraine). Voir Conseil État, réf., 3 août 2016, n° 401924.

### 1.1.2. Première réponse des juridictions

Le souci premier du juge fut d'abord de décourager tout recours à la GPA, en refusant de transcrire les actes de naissance des enfants nés de GPA établis à l'étranger, considérant qu'il s'agissait d'un détournement de l'institution de l'adoption. Le juge invoque alors, dans un premier temps, la contradiction avec l'ordre public, se référant par la suite à la fraude à la loi. Les arrêts successifs révèlent une hésitation des juges.

En 2007, la cour d'appel de Paris entend ainsi marquer une ouverture en autorisant la transcription sur les registres français d'état civil d'actes de naissance américains de deux jumelles, considérant l' « *intérêt supérieur des enfants* »<sup>1220</sup>. Cependant, cet arrêt est cassé par la Cour de cassation, le 17 décembre 2008, au motif que la transcription de ces actes est contraire à la conception française de l'ordre public international<sup>1221</sup>.

Le 6 avril 2011, toujours en raison de la contrariété à l'ordre public international français et au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation, dans trois arrêts, a refusé « *de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui* ». Deux des couples concernés par ces arrêts (*Mennesson* et *Labassée*) saisissent alors la Cour européenne des droits de l'homme. C'est sous l'influence de la jurisprudence européenne que s'opèrera, en définitive, un revirement de la jurisprudence française.

---

<sup>1220</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> chambre, Section C, 25 octobre 2007, RG 06/00507. Aux termes de cet arrêt, la filiation transcrite devait être celle du géniteur (le père biologique) et de la mère intentionnelle.

<sup>1221</sup> Cass. Civ. 1, 17 décembre 2008, n° 07-20468,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019966632>.



En attendant le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 septembre 2013<sup>1222</sup>, substitue le moyen de la fraude à la loi au moyen traditionnel de la contradiction avec l'ordre public français pour justifier le refus de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA<sup>1223</sup>.

### 1.1.3. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et le revirement de la jurisprudence française

Dans deux arrêts datant du 26 juin 2014 (*Mennesson c. France et Labassee c. France*), la Cour européenne des droits de l'homme condamne cette jurisprudence française pour violation du droit à la vie privée et à l'identité de l'enfant au sein de la société française, estimant que cette approche pose « *une question grave de compatibilité de la situation avec l'intérêt supérieur des enfants dont le respect doit guider toute décision les concernant* » (§ 99)<sup>1224</sup>.

Afin de se conformer à ces jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation confirme, dans deux arrêts datant du 3 juillet 2015, l'obligation faite au Service de l'état civil d'inscrire les actes de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger, du moment que ceux-ci « *n'étaient ni irréguliers ni falsifiés et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité* » (article 47 du Code civil). Avec ce revirement de

---

<sup>1222</sup> Cass. Civ. 1., 13 septembre 2013, n°12-18315, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027949267>. Voir également Cass. Civ. 1., 19 mars 2014, n°13-50005, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028759346>.

<sup>1223</sup> La Cour estime, en l'espèce, que la gravité de la fraude à la loi empêche d'invoquer utilement l'intérêt de l'enfant ou le respect de sa vie privée et familiale. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013 ; la même : *Le refus de la transcription*, Dalloz, 2013, p. 2384-2386. Également : M. Frison-Roche, *L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution*, Dalloz, 2014, p. 2184-2187.

<sup>1224</sup> CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11 *Labassée c/ France*, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{).

jurisprudence, la fraude à la loi ne semble plus faire obstacle à la transcription d'un acte de naissance.

À noter cependant que, dans les espèces qui lui étaient soumises, la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard du parent d'intention n'était pas soulevée<sup>1225</sup>. À noter également que, pour procéder à la transcription, il incombe au juge d'interpréter le sens du terme « *réalité* » et de l'exigence de la conformité à la réalité : réalité biologique ou réalité juridique d'un acte étranger<sup>1226</sup> ?

Cependant, le 23 mai 2019, pour la première fois en France, le tribunal de grande instance de Nantes reconnaît la « *mère d'intention* » d'une enfant née à l'étranger par GPA<sup>1227</sup>.

Par un avis en date du 10 avril 2019, dans l'affaire dite *Menesson*, la Cour européenne des droits de l'homme - dans une situation dans laquelle le lien de filiation entre l'enfant né par GPA et le père d'intention a été reconnu en droit interne - a considéré que le droit interne devait offrir une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « *mère légale* », sans que cette reconnaissance se fasse nécessairement par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger et pouvant se faire par une autre voie, telle que l'adoption (sous réserve de l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre).

---

<sup>1225</sup> Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, n°14-21323 et n° 15-50002, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841802> et <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841896>.

<sup>1226</sup> M. Gross, L. Brunet, M. Giroux, *op. cit.*

<sup>1227</sup> L'enfant, née d'une mère porteuse à Orlando (Floride) aux États-Unis, obtient le droit d'être inscrite sur l'état civil français, avec le nom de son père biologique, citoyen américain, et celui de sa mère d'intention. Ainsi, dans l'espèce, le parent biologique n'est pas français et l'enfant a un lien génétique avec la mère d'intention, ce qui a pu avoir un impact sur la décision.

Sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Conseil d'État a permis, dans une décision du 31 juillet 2019<sup>1228</sup>, à des enfants nés par GPA à l'étranger de bénéficier de l'effet collectif attaché à la naturalisation de leur père<sup>1229</sup>.

Sur le même fondement, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 12 septembre 2019<sup>1230</sup>, rejeté l'action en contestation de la reconnaissance de paternité avancée par le géniteur d'un enfant né par GPA en France, afin de préserver ladite reconnaissance de paternité et le lien de filiation entre l'enfant et ceux qui l'élèvent depuis sa naissance.

Dans un arrêt du 4 octobre 2019<sup>1231</sup>, rendu après l'avis précité du 10 avril 2019 de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation, dans l'affaire *Menesson*, constate pour la première fois, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants nés d'une GPA à l'étranger, majeurs au jour de l'arrêt, et du respect de leur vie privée, la transcription intégrale des actes étrangers sur les registres d'état civil français, l'adoption n'étant pas appropriée<sup>1232</sup> et la possession d'état n'offrant pas une sécurité juridique suffisante<sup>1233</sup>, et ce, conformément à l'avis consultatif du 10 avril 2019 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a indiqué que les États étaient libres de choisir le mode d'établissement de la filiation entre un enfant né d'une gestation et la mère d'intention, du moment que tous les enfants issus de GPA jouissaient des mêmes droits que les enfants n'en étant pas issus.

---

<sup>1228</sup> CE, 2<sup>e</sup>-7<sup>e</sup> ch. Réunies, 31 juillet 2019, n° 411984.

<sup>1229</sup> Par l'article 22-1 du Code civil : « *L'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce.* » Dans cet arrêt du 31 juillet 2019, le Conseil d'État précise néanmoins, dans un *obiter dictum*, que le fait d'avoir recours à la GPA alors qu'elle est prohibée en France pourrait être un motif de refus à la naturalisation du parent.

<sup>1230</sup> Cass. Civ. 1, 12 septembre 2019, n° 18-20472,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000039122825>.

<sup>1231</sup> Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, n° 10-19053,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000039213459>.

<sup>1232</sup> Dans la mesure où l'adoption supposerait l'introduction d'une nouvelle instance, et donc un délai supplémentaire. De plus, l'adoption simple n'offre pas exactement les mêmes droits aux enfants.

<sup>1233</sup> Dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contesté en application de l'article 335 du Code civil.

Dans le fil de la cette jurisprudence de l'Assemblée Plénière et de l'avis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation, en sa 1<sup>ère</sup> chambre civile, a, dans une volonté d'unification des situations qui seraient sous-tendues par les mêmes impératifs, étendu la solution *Mennesson* pour accéder aux demandes de transcription totale d'actes de naissance étrangers d'enfants nés par GPA ou d'assistance médicale à la procréation (AMP)<sup>1234</sup>.

#### 1.1.4. Le juge face à des injonctions contradictoires : entre la fraude à la loi et l'intérêt de l'enfant

L'évolution de la jurisprudence, fruit du dialogue entre le juge étatique et le juge européen, n'a pas permis de dégager de solutions satisfaisantes : comment assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tout en décourageant une pratique interdite en France et contraire à l'ordre public<sup>1235</sup> ? Qui plus est, il n'y a même pas de consensus sur ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Faut-il l'envisager *in abstracto* et viser à protéger les enfants de toute forme de marchandisation en interdisant les pratiques de gestation pour autrui ? Ou considérer, comme y invite la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt de l'enfant *in concreto*<sup>1236</sup>, s'agissant de sécuriser les liens des enfants issus de ces pratiques avec leurs parents d'adoption ?

---

<sup>1234</sup> Cass. Civ. 1, 18 décembre 2019, n° 18-12327, n° 18-11815 et n° 18-14751, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000039692122&fastReqId=811630115&fastPos=1>, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000039692121&fastReqId=115386426&fastPos=1>, et <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000039692123&fastReqId=472006971&fastPos=1>.

<sup>1235</sup> M. Giroux, « *Le recours à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant* », *Revue du Barreau*, vol. 70, 2011, p. 509-544.

<sup>1236</sup> D. Borillo, « *La GPA, une liberté fondamentale* », *Libération*, 22 décembre 2016, [http://www.liberation.fr/debats/2016/12/22/la-gpa-une-liberte-fondamentale\\_1536967](http://www.liberation.fr/debats/2016/12/22/la-gpa-une-liberte-fondamentale_1536967).

C'est ainsi que le juge français, pris entre l'enclume de la loi qui n'a pas évolué et le marteau de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est perplexe<sup>1237</sup>. En effet, pour répondre aux intérêts des enfants dont le cas lui est soumis, le juge est amené à valider indirectement les pratiques de gestation pour autrui, pourtant contraires à l'ordre public français.

Est-il possible de se contenter de ne pas changer la loi (les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme laissant la liberté aux États de prohiber la GPA et de régir des questions essentielles comme la filiation), tout en imposant au juge d'ignorer la fraude à la loi en allant le plus loin possible dans la reconnaissance de la filiation des enfants nés par GPA ? Les États resteraient libres de prohiber le recours à la GPA, mais les juges ne pourraient pas en sanctionner les transgressions une fois que l'enfant est né<sup>1238</sup>.

#### 1.1.5. L'appel à la loi et à la « *responsabilité* » du législateur

Si cette judiciarisation des questions éthiques génère des injonctions contradictoires et crée des impasses juridiques qui ne peuvent être résolues que par le législateur<sup>1239</sup>, elle témoigne tout de même de l'importance prise par le juge dans des affaires dans lesquelles

---

<sup>1237</sup> M. Gross, L. Brunet, M. Giroux, *op. cit.*

<sup>1238</sup> C'est ainsi que les personnes qui respectent la loi et privilégient la voie de l'adoption, peuvent être désavantagées par rapport à celles qui décident d'enfreindre la loi. Dans ce contexte où le « *fait accompli* » l'emporte sur la règle générale, faut-il que le juge renonce lui-aussi à se référer à la loi ?

<sup>1239</sup> Par exemple, lorsque les juridictions françaises ont rendu une décision définitive annulant ou refusant la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français, une nouvelle demande se heurterait à l'autorité de la chose jugée. Tel fut le cas des actes de naissance des enfants Mennesson qui, jusqu'en juillet 2019, n'étaient toujours pas transcrits sur les registres français de l'état civil. Ces blocages liés à l'autorité de la chose jugée sont à l'origine d'une nouvelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts Foulon et Bouvet du 21 juillet 2016 (CEDH 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et 10410/14). D'ores et déjà, dans le cadre du chantier législatif sur la modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, le législateur français a introduit la possibilité d'un réexamen, sous certaines conditions, d'une décision définitive rendue en matière d'état des personnes (loi du 18 novembre 2016 et article L 452-1 du Code de l'organisation judiciaire).

il ne s'agit pas tant de résoudre des conflits entre particuliers que d'arbitrer entre des valeurs en contradiction.

Si le débat sur la GPA, éminemment politique, n'est pas clos<sup>1240</sup> et si de nombreuses questions restent en suspens<sup>1241</sup>, en attendant que le législateur ne vienne changer les textes qui mettent aujourd'hui les juges en difficulté<sup>1242</sup>, les juges se retrouvent à l'avant-garde sur cette question, et, pour s'en sortir, confrontés à la fraude à la loi et à l'interdiction de vendre son corps, ils privilégient l'intérêt de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une simple appréciation factuelle permettant d'éviter provisoirement la confrontation entre deux règles d'ordre public. Il s'agit d'un concept suffisamment abstrait et opérant pour tenir en échec des règles d'ordre public. En adoptant ce concept, les juges ont accompli une fonction normative.

## 1.2. Deuxième exemple : le vide juridique du critère de fin de vie

Comme la GPA, le vide juridique du critère de la fin de la vie peut se révéler un véritable casse-tête pour les juges qui ont à connaître de situations dans lesquelles la fin de la vie est en jeu.

---

<sup>1240</sup> M. Gross, L. Brunet, M. Giroux, *op. cit.*

<sup>1241</sup> Faut-il maintenir ou lever la prohibition ? Pour certains, la GPA marchandise le corps des femmes et est, de ce fait, contraire au principe de la dignité de la personne humaine (M. Gross, L. Brunet, M. Giroux, *op. cit.*). Pour d'autres, la GPA est contraire à l'intérêt de l'enfant, eu égard à l'importance des échanges intra-utérins et parce que cette pratique constituerait un abandon de l'enfant à la naissance par la femme qui l'a porté, selon le principe que la femme qui accouche d'un enfant en est toujours la mère.

<sup>1242</sup> Si le Code civil, en vertu duquel la GPA est contraire à l'ordre public, est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la responsabilité du législateur n'est-elle pas de raccorder les deux normes ? Peut-on continuer à sanctionner les pratiques de gestation pour autrui quand elles ont lieu sur le territoire français tout en les accueillant de plus en plus favorablement lorsqu'elles sont issues d'une procédure internationale ?

Après avoir présenté les faits (1.2.1.), nous montrerons en quoi ce cas se situe à l'interface des juridictions nationale, européenne et internationale (1.2.2.) et en quoi l'affaire Lambert appelle à passer de la sollicitation du juge à la responsabilité du politique (1.2.3.).

### 1.2.1. Les faits

En 2008, à la suite d'un accident de la route, Vincent Lambert subit un traumatisme crânien qui le rend tétraplégique. En état de coma profond, le patient finit par être hospitalisé au CHU de Reims. Le 10 avril 2013, dans le cadre de la loi Leonetti de 2005<sup>1243</sup>, les médecins entament un protocole de fin de vie en vue d'arrêter son hydratation et son alimentation, en accord avec son épouse. Les médecins estiment que le patient témoigne de comportements d'opposition aux soins, « *faisant suspecter un refus de vivre* ». Opposés à cette décision, qu'ils interprètent comme une « *euthanasie* », les parents du patient saisissent le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne. C'est le début d'un long et complexe parcours judiciaire.

Dans un jugement en date du 10 mai 2013, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne ordonne la reprise de l'alimentation, arguant d'un manque d'information à la famille<sup>1244</sup>. À la fin de l'année 2013, le corps médical engage une nouvelle procédure collégiale dans le cadre de la loi Leonetti. Les parents du patient saisissent à nouveau le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne pour s'y opposer et le juge leur donne à nouveau raison, le 16 janvier 2014, estimant que la poursuite des traitements n'était « *ni inutile, ni disproportionnée* », donc hors du champ de la loi Leonetti.

---

<sup>1243</sup> Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

<sup>1244</sup> En juillet 2013, Rachel Lambert saisit le juge des référés contre la décision du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne. Elle est déboutée.

La femme et le neveu de Vincent Lambert saisissent alors le Conseil d'État. La plus haute instance du droit administratif ordonne une nouvelle expertise médicale, réalisée par un collège de trois médecins, qui leur donne raison. Dans son arrêt du 24 juin 2014<sup>1245</sup>, le Conseil d'État considère la poursuite des traitements administrés à Vincent Lambert comme une « *obstination déraisonnable* » au sens de la loi Leonetti et autorise l'arrêt des soins qui maintiennent « *artificiellement en vie* » le patient.

### 1.2.2. Un cas à l'interface des juridictions nationales, européennes et internationales

Les parents de Vincent Lambert saisissent alors en urgence la Cour européenne des droits de l'homme, faisant valoir, en particulier, que l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles, décidé le 11 janvier 2014 par le médecin en charge de Vincent Lambert, serait contraire aux obligations découlant pour l'État de l'article 2 (droit à la vie) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La Cour européenne des droits de l'homme ordonne, à titre conservatoire, la suspension provisoire de l'arrêt du Conseil d'État. Cependant, elle finit par valider, le 5 juin 2015, la légalité de l'arrêt des soins, jugeant que le processus de fin de vie engagé n'était pas contraire au droit à la vie. La Cour européenne des droits de l'homme constate en particulier qu'il n'y a pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur les conditions d'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie d'un patient et que, dans ce domaine, il y a lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que, en l'espèce, c'est aux autorités nationales qu'il appartient de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit

---

<sup>1245</sup> CE, Assemblée, 24 juin 2014, n°375081, publié au Recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000029141099>.



interne et à la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi que d'établir les souhaits du patient conformément à la loi nationale. Les parents déposent un recours, qui est refusé.

Au mois de juillet 2015, le CHU de Reims annonce son intention d'arrêter les soins, mais y renonce rapidement. Dans un communiqué de presse, les médecins estiment que « *les conditions de sérénité et de sécurité nécessaires à la poursuite de cette procédure, tant pour Vincent Lambert que pour l'équipe soignante, ne sont pas réunies* »<sup>1246</sup>. Pour faire face aux désaccords au sein de la famille, les médecins demandent à la justice de désigner un représentant légal du patient.

L'affaire est relancée début 2016. D'une part, la loi Claeys-Leonetti sur la fin de vie<sup>1247</sup> est votée le 2 février 2016 et, d'autre part, le 10 mars, le juge des tutelles de Reims désigne Rachel Lambert comme le tuteur légal de son époux. La cour administrative d'appel de Nancy (16 juin 2016), suivie par le Conseil d'État (19 juillet 2017), valide la reprise des consultations pour décider si le patient est victime d'une « *obstination déraisonnable* ». Si, le 9 avril 2018, l'équipe médicale répond affirmativement, un nouveau recours des parents de Vincent Lambert devant le tribunal administratif suspend l'exécution.

Le 31 janvier 2019, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne rejette le recours des parents, qui obtiennent la même réponse en appel devant le Conseil d'État. Ce dernier estime, dans une ordonnance n° 428117 en date du 24 avril 2019, que la décision d'arrêt des soins prise le 9 avril 2018 par le CHU de Reims ne peut « *être tenue pour illégale* »<sup>1248</sup>. Le 30 avril 2019, la Cour européenne des droits de l'Homme déboute

---

<sup>1246</sup> Cité dans l'arrêt du Conseil d'État du 19 juillet 2017.

<sup>1247</sup> Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016, texte n° 1.

<sup>1248</sup> <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-etat-ordonnance-du-24-avril-2019-interruption-des-traitements-de-v.-lambert>.

définitivement les parents de Vincent Lambert et confirme la décision prise par le Conseil d'État.

Quelques jours plus tard, le 4 mai 2019, le Comité international des droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>1249</sup> demande à la France de suspendre toute action pour pouvoir se pencher sur le dossier. Alors que l'arrêt des soins est engagé le 20 mai 2019, la cour d'appel de Paris se réfère à l'avis du CDPH pour demander à l'État français de reprendre les traitements « *afin de faire respecter les mesures provisoires demandées par le Comité international des droits des personnes handicapées le 3 mai 2019 tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation de Vincent Lambert* ».

Cet arrêt a surtout posé un problème technique de compétence. Pour se déclarer compétente, la cour d'appel de Paris s'était fondée sur la notion de « *voie de fait* », qui permet au juge judiciaire de sanctionner une atteinte à la « *liberté individuelle* » commise par l'administration<sup>1250</sup>. Pour les juges de la cour d'appel, l'administration avait porté atteinte au droit à la vie en se dispensant de maintenir les traitements comme le demandait le CDPH.

Dans son arrêt du 28 juin 2019<sup>1251</sup>, la Cour de cassation - saisie des pourvois de l'État, des ministères de la Santé et des Affaires étrangères et du CHU de Reims - casse et annule « *en toutes ses dispositions* » l'arrêt du 20 mai 2019 de la cour d'appel de Paris. La Cour de cassation estime notamment que le droit à la vie n'entre pas « *dans le champ de la liberté*

---

<sup>1249</sup> Un organe composé d'experts indépendants qui surveille l'application de la convention relative aux droits des personnes handicapées par les États parties,

<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.

<sup>1250</sup> La notion de « *voie de fait* » est d'origine jurisprudentielle. Depuis 2013 (Tribunal des conflits, 17 juin 2013, *Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*), la voie de fait n'est constituée que s'il y a une atteinte grave à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

<sup>1251</sup> Cass. Ass. Plén., 28 juin 2019, n°19-17.330 et 19-17.342,

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/647\\_28\\_42871.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/647_28_42871.html).

*individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution* » et que, par conséquent, « *les conditions de la voie de fait n'étaient pas réunies* ».

### 1.2.3. L'affaire Lambert, de la sollicitation du juge à la responsabilité du politique

L'arrêt des traitements est engagé le 2 juillet 2019<sup>1252</sup>, les parents s'y étant « *résignés* » tout en déposant une plainte pour « *homicide involontaire* » contre le médecin et le CHU de Reims, considérant que leur fils a été « *euthanasié* » en raison de son « *handicap cérébral* » (selon l'intervention de la mère du patient devant le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, le 1<sup>er</sup> juillet 2019).

Au-delà du problème de compétence entre les cours et du dialogue pas toujours concordant entre les juridictions nationales et internationales, la discordance des conclusions des juges administratifs et judiciaires interpelle : en effet, alors que le Conseil d'État avait confirmé la légalité de l'arrêt des soins, la cour d'appel estimait qu'il y avait en l'espèce une atteinte à la liberté individuelle<sup>1253</sup>. Que faire lorsque la justice n'arrive pas à s'exprimer d'une seule voix ?

Face à ce qui est perçu comme un casse-tête juridique, des voix se multiplient pour en appeler à la responsabilité du politique, c'est-à-dire, concrètement, à l'adoption d'une nouvelle loi sur la fin de vie définissant en particulier la notion d'« *obstination déraisonnable* ». En face, d'autres considèrent que le cadre légal n'est pas en cause et qu'il incombe aux individus eux-mêmes de veiller à rédiger des « *directives anticipées* » pour exprimer leurs volontés concernant les soins en fin de vie.

---

<sup>1252</sup> Vincent Lambert est décédé le 11 juillet 2019.

<sup>1253</sup> Le droit à la vie est juridiquement considéré comme une liberté fondamentale, non pas individuelle... C'est ainsi qu'on pouvait lire dans la presse des titres comme « *La Cour d'Appel contre le droit* » (<http://libertescherries.blogspot.com/2019/05/vincent-lambert-la-cour-dappel-contre.html>).

Quoi qu'il en soit, cette judiciarisation de questions éthiques témoigne, une nouvelle fois, de l'importance prise par le juge lorsqu'il s'agit d'arbitrer entre des valeurs en contradiction et illustre le rôle de suppléant du politique qu'exerce parfois les juges.

### 1.3. Troisième exemple : le champ d'application de la laïcité

Dans l'affaire Baby Loup, qui touche à la question du voile islamique et plus largement à celle du champ du principe de laïcité, l'action juridique précède, comme souvent, la décision politique.

La présentation des faits (1.3.1.) sera suivie d'une présentation de la façon dont cette affaire Baby Loup est passée des filets de la justice à ceux du législateur (1.3.2.).

#### 1.3.1. Les faits

La crèche Baby Loup, un établissement associatif privé ouvert à Chanteloup-les-Vignes (Yvelines) en 1991, devient le théâtre d'affrontements judiciaires à la suite du licenciement, en 2008, d'une salariée. Le licenciement invoque un manquement au règlement, au motif que la salariée portait un foulard islamique, alors que le statut et le règlement intérieur de l'association imposaient à son personnel le respect des principes de laïcité et de neutralité philosophique, politique et confessionnelle.

Entre 2010 et 2014, l'affaire est « *dans les filets de la justice* » pour reprendre une expression de Claire de Galember<sup>1254</sup>. Cinq décisions de justice successives sont rendues, trahissant des divergences sérieuses entre les juges et alimentant des commentaires et des polémiques passionnées.

---

<sup>1254</sup> C. de Galember, « *La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004)* », dans *La Fonction politique de la justice*, *op. cit.*, p. 95-118.

13 décembre 2010<sup>1255</sup> : le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie rend un jugement dans lequel il mobilise le principe constitutionnel de laïcité<sup>1256</sup> pour analyser le litige entre l'association employeur et sa salariée. Le juge estime que le licenciement était légal puisque l'association Baby Loup, bien qu'étant un établissement privé, « *a une activité de service public par l'activité d'une crèche et est financée à plus de 80 % par des fonds publics* ». Le juge en déduit que les salariés de la crèche, bien que relevant du droit privé (droit du travail), sont soumis au principe constitutionnel de laïcité.

27 octobre 2011<sup>1257</sup> : la cour d'appel de Versailles arrive à la même conclusion tout en suivant, dans son arrêt, un raisonnement différent. En effet, elle assigne à la laïcité un tout autre fondement que celui de la laïcité-neutralité de l'État. La cour d'appel a d'abord vérifié si les restrictions à la liberté d'expression confessionnelle, prévues dans les statuts de la crèche, étaient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché<sup>1258</sup>. Ensuite, la cour d'appel s'est référée à la nature du public accueilli, estimant que les enfants de la crèche « *n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse* », une considération en lien avec la liberté de conscience qui n'apparaissait pas en tant que telle dans la décision de la juridiction prud'homale. Ainsi, pour la première fois, la justice judiciaire admet l'application du principe de laïcité aux structures privées accueillant de jeunes enfants, dès lors qu'elles ont clairement affirmé leur vocation non-confessionnelle. La crèche avait donc le droit de prohiber, dans ses statuts, le port par

---

<sup>1255</sup> Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MANTES LA JOLIE Section : Activités diverses, jugement du 13 Décembre 2010, N° RG : 10/00587.

<sup>1256</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale.* »

<sup>1257</sup> CA Versailles, 11<sup>ème</sup> chambre, arrêt 27 octobre 2011, R.G. N° 10/05642 AFFAIRE : Fatima B... épouse C... C/ ASSOCIATION BABY-LOUP.

<sup>1258</sup> Faisant application de l'article L. 1121-1 du Code du travail aux termes duquel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

les salariés de signes d'appartenance religieuse. La cour d'appel arrive à cette conclusion sans examiner si la crèche exerçait ou non une mission de service public, puisqu'elle n'aborde pas la laïcité en lien avec la neutralité que l'État s'impose à lui-même mais la définit par référence à des activités professionnelles précises, exercées dans un contexte précis.

19 mars 2013<sup>1259</sup> : la Chambre sociale de la Cour de cassation renoue, dans son arrêt, le dialogue avec le premier jugement du conseil de prud'hommes. Le raisonnement s'ouvre à nouveau par l'invocation de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, ramenant la laïcité à un principe de la République qui concerne les services publics, les agents publics et les lieux publics. Cependant, contrairement aux premiers juges, la Chambre sociale estime que la crèche Baby Loup est un employeur de droit privé qui n'est pas chargé d'un service public et ne peut dès lors imposer à ses salariés le respect du principe de laïcité, se confondant ici avec la neutralité de l'État. Le juge estime que le licenciement de la salariée constitue « *une discrimination en raison des convictions religieuses* », ce qui entraîne la nullité du licenciement.

27 novembre 2013<sup>1260</sup> : avec un nouvel arrêt, la cour d'appel de Paris apporte son interprétation de l'obligation de neutralité imposée par l'association au personnel de la crèche. La cour d'appel estime que cette obligation est justifiée puisque l'association exerce une activité d' « *intérêt général* » et qu'elle se définit comme une « *entreprise de conviction* », ce qui implique qu'elle peut déroger au droit commun du Code du travail et imposer des obligations spécifiques à ses salariés (comme la neutralité). Ainsi, la cour d'appel désavoue la Cour de cassation et confirme l'arrêt de la cour de Versailles.

---

<sup>1259</sup> Cass. Soc., 19 mars 2013, 11-28845, *Bull. civ. V*, n° 75, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027209800>.

<sup>1260</sup> CA Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R9EC082D8E89B31211C0E>.

25 juin 2014<sup>1261</sup> : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ignore, dans son arrêt, l'argumentaire de la laïcité publique. En effet, elle ne se prononce pas sur la référence au principe constitutionnel de laïcité et ne s'interroge pas sur une éventuelle mission de service public de la crèche. Quant au volet « *privé* » de la laïcité, celle d'une institution qui s'impose à elle-même la neutralité pour des raisons professionnelles, la Cour de cassation ne l'aborde qu'en affirmant que Baby Loup n'est pas une « *entreprise de conviction* ». Dans son arrêt définitif, la Cour de cassation valide le licenciement pour « *faute grave* » sur la base des articles L. 1121-1 et 1121 3 du Code du travail, rappelant que les restrictions à la liberté du salarié de manifester sa religion doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, ce qui était le cas en l'espèce.

### 1.3.2. Des filets de la justice aux filets du législateur

Les décisions de justice successives, avec des interprétations du principe constitutionnel de laïcité qui ne concordent pas, posent plus de questions qu'elles n'apportent de réponses<sup>1262</sup>. Certes, le cas a été tranché, mais les questions soulevées par l'affaire restent ouvertes. Si le droit est contradictoire, ne faut-il pas le clarifier par la loi ?

De fait, cette problématique est ensuite tombée « *dans les filets du législateur* », les députés ayant voté, en mai 2015, une loi visant à étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance et à assurer le respect du principe de laïcité<sup>1263</sup>.

---

<sup>1261</sup> Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n°13-28369,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029153791>.

<sup>1262</sup> Voir M. Miaille, *La Laïcité*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2016, p. 295-305 ; S. Hennette-Vauchez, V. Valentin, *L'Affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, coll. « *Exégèses* », 2014.

<sup>1263</sup> Cette solution a été codifiée à l'article L1321-2-1 du Code du travail par la loi Travail du 8 août 2016. Il permet, sous certaines conditions, à un employeur d'inscrire une clause de neutralité dans le règlement intérieur d'une entreprise privée.

#### 1.4. La judiciarisation comme réponse à l'autosuffisance de l'individu et au déficit du politique

Plusieurs phénomènes sociétaux favorisent l'empiètement du judiciaire sur le domaine politique : d'un côté, l'autosuffisance croissante de l'individu qui rejette les modes surplombants et tutélaires d'action publique, de l'autre, le déficit du politique.

S'il existe bien une demande accrue de droit, elle témoigne moins d'une nostalgie de l'autorité de l'État que de l'autosuffisance croissante de l'individu : « *un individu tranquillement en rupture avec l'ordre établi dans la poursuite de son accomplissement singulier* »<sup>1264</sup>. L'arrêt Perruche du 17 novembre 2000, par lequel la plus haute juridiction reconnaît à un individu le droit à naître non handicapé, est une illustration éclatante de la juridicisation : un problème humain et politique est tranché en termes juridiques<sup>1265</sup>.

Le pouvoir de l'individu augmente à mesure que le pouvoir politique perd de sa superbe<sup>1266</sup>. Le monde politique participe lui-même à la judiciarisation en tant que « *consommateur* » de justice<sup>1267</sup>. Ainsi, le politique délègue à des instances judiciaires des questions de société, éminemment politiques, mais sur lesquelles il ne peut pas ou ne veut pas statuer. Dans cette optique, c'est par défaut du politique que le pouvoir des juges<sup>1268</sup> progresse.

---

<sup>1264</sup> M. Gauchet, *La Démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002 ; du même, *La Religion dans la démocratie*, Gallimard, Paris, 1998.

<sup>1265</sup> O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître - à propos de l'Affaire Perruche*, Paris, Gallimard, coll. « Le Débat », 2002.

<sup>1266</sup> J. Chevallier par de l'« *humilité* » du politique : *L'État de droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 2002, p. 141.

<sup>1267</sup> V. Roussel, *Affaires de juge, les magistrats dans les scandales politiques*, Paris, La Découverte, 2002.

<sup>1268</sup> Tocqueville le remarquait déjà : « *Si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaïsse.* » Cité dans V. Donier, B. Laperou-Scheneider (dir.), *L'Accès au juge : Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.



### 1.5. La judiciarisation révélatrice de la quête de nouveaux forums politiques et d'une redéfinition des rapports de force entre la justice et le politique

Les trois affaires évoquées montrent les limites du repli de la *jurisdictio*, dès lors que l'on touche à des questions éthiques et politiques. Ces exemples, dans lesquels le juge est sommé d'apporter des réponses dans des situations de conflits entre les normes - politiques et sociales, nationales et internationales - montrent également que le recours au tribunal participe aussi d'une sorte de quête d'un nouvel espace public. La justice acquiert une place de plus en plus importante en tant que forum politique. Le prétoire est utilisé par tous, à commencer par le politique, comme une instance de délibération devant laquelle les citoyens font valoir leurs droits et les acteurs collectifs, leurs contestations. La justice n'est pas cantonnée à la résolution de conflits, parfois mineurs, mais devient une ressource politique à la disposition de tous. La justice apparaît comme « *la nouvelle scène de la démocratie*<sup>1269</sup> ».

Les juges jouent le jeu de cet « *activisme judiciaire* », conduits à participer aux débats de société, à orienter les choix collectifs et à peser sur le contenu des décisions politiques<sup>1270</sup>.

Cette conception élargie de la notion de justice, dans son lien avec la redéfinition de l'équilibre des pouvoirs, qu'entend traduire le terme de judiciarisation, est un phénomène international, même s'il prend des formes différentes selon les pays<sup>1271</sup>. À titre d'illustration du caractère international de ce phénomène et du réel activisme dont certains juges

---

<sup>1269</sup> Expression empruntée à P. Rosanvallon par A. Garapon, *Le Gardien des promesses : justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 41. C'est une nouvelle forme de représentation politique, non plus générale et parlementaire, mais partielle, provisoire et judiciaire. En témoigne l'importance des communautés d'intérêts occasionnelles (*class action*) qui se produisent sur le forum judiciaire.

<sup>1270</sup> J. Chevallier et D. Lochak, « *Les juristes dans l'espace public* », *Droit et société*, 2016/2, n° 93, p. 359 -374.

<sup>1271</sup> " *The judicialisation of politics: a world-wide phenomenon*", *International political science review*, vol. 15, n° 2, 1994 ; C. N. Tape et T. Valinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, NYU Press, 1995.

n'hésitent pas à faire preuve, sera mentionné un jugement rendu le 13 janvier 2020 par le tribunal de police de Lausanne. Se fondant sur l'état de nécessité licite, le jugement a acquitté douze militants qui étaient poursuivis pour avoir joué au tennis dans une succursale du Crédit Suisse à Lausanne dans le but de dénoncer les investissements de ce dernier dans les énergies fossiles. Le jugement (de 59 pages), qui constitue le premier procès climatique du genre en Suisse, reconnaît que la gravité du dérèglement climatique peut justifier des actes de désobéissance civile non-violente d'ampleur raisonnable et ce, dans les termes suivants : « *Concernant la sauvegarde d'un intérêt prépondérant, on retiendra que les biens qu'ont cherché à protéger les prévenus dans leur action sont la préservation du climat et de l'environnement et par ce biais la sauvegarde de leur droit personnel à la santé et à la vie. Quant au bien lésé, il s'agit de la liberté pour un propriétaire immobilier ou pour le titulaire d'un droit personnel d'user comme il l'entend de son domicile. En l'occurrence, la lésion de ce droit a consisté en une occupation partielle et temporaire du hall de la banque ouvert au public et demeuré malgré cela accessible à la clientèle selon le cours ordinaire des affaires de la banque. La pesée des intérêts en présence est indiscutablement en faveur des biens que les prévenus ont cherché à protéger. L'acte incriminé était donc un moyen nécessaire et proportionné à même d'atteindre le but visé. Il faut enfin ajouter que les biens protégés, soit en particulier la santé et la vie, sont à l'évidence des biens juridiques individuels. Quant au bien juridique collectif qu'est la préservation du climat et de l'environnement, sa protection peut en l'espèce être admise dès lors que des biens juridiques personnels sont également en jeu.*

*Sur le plan subjectif enfin, il faut indiscutablement admettre que les prévenus avaient, au moment d'agir, la conscience aiguë du danger et de la nécessité de sauver les biens juridiques susmentionnés. Par toutes leurs déclarations, ils ont exprimé de façon sincère et convaincante l'authenticité de leur engagement et les valeurs qu'ils défendent. C'est*

*précisément dans ce but qu'ils ont participé à la manifestation litigieuse. S'agissant plus particulièrement de la conscience d'agir de façon justifiée, on peut admettre qu'ils ont considéré comme probable l'existence d'un fait justificatif.*

*En conclusion de l'ensemble de ce qui précède, le Tribunal retient que toutes les conditions de l'ar. 17 CP<sup>1272</sup> sont remplies et que les prévenus ont dès lors, de par l'état de nécessité réalisé, agi de manière licite. »*

Le Parquet vaudois a décidé de faire appel de ce jugement<sup>1273</sup>.

L'impression du pouvoir croissant de la justice est en outre accentuée par l'internationalisation et notamment la création de juridictions supranationales (qui concurrencent la compétence des juridictions nationales, y compris des cours suprêmes telles que la Cour de cassation et le Conseil d'État) : la Cour européenne de Justice, la Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que des juridictions pénales internationales comme la Cour pénale internationale<sup>1274</sup>.

Par ailleurs, la judiciarisation participe de la redéfinition des rapports de force entre la justice et le politique <sup>1275</sup>.

À la juridicisation du politique lui-même qui se traduit par la production de normes contraignantes à son égard et notamment par « *la prolifération et la diversification des*

---

<sup>1272</sup> Article 17 du Code pénal suisse : « *Quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants.* »

<sup>1273</sup> Le 24 septembre 2020, la Cour d'appel de Renens a condamné les militants, estimant qu'ils n'avaient pas agi en état de nécessité. Le Tribunal fédéral a été saisi.

<sup>1274</sup> G. Toulemonde, I. Thumerel, D. Galati, « *Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de Cours suprêmes* », dans Emmanuel Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges : L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 282-307.

<sup>1275</sup> J.-C. Farcy, *L'Histoire de la justice française de la révolution française à nos jours*, Paris, PUF, 2001 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 3<sup>e</sup> éd., 2001 ; J. Krynen, *op. cit.*

*règles de droit, la réglementation des pratiques de financement des partis politiques, l'essor du mouvement constitutionnaliste mais aussi l'émergence de la question du droit comme l'un des axes fondamentaux d'un débat politique renouvelé*<sup>1276</sup> », répond la tendance, chez les acteurs politiques eux-mêmes, à reformuler les enjeux politiques en termes juridiques, ce qui contribue à consolider la confiance dans la force du droit et dans une vie politique entièrement régie par le droit. C'est comme si la politique était « *saisie par le droit*<sup>1277</sup> ».

Plus fondamentalement, si l'on parle de judiciarisation et d'une extension du rôle politique de la justice, c'est surtout parce que la justice assume de plus en plus une fonction politique de régulation sociale<sup>1278</sup>. Ainsi, le Conseil d'État adopte une approche plus audacieuse dans le domaine contentieux et accroît son influence en amont du processus de production du droit, ce dont témoigne l'extension de sa fonction consultative (études prospectives sur de nouveaux sujets de société : bioéthique, internet)<sup>1279</sup>. Le Conseil constitutionnel se positionne également comme un acteur de la vie politique, notamment par le développement du contrôle de constitutionnalité. Le juge constitutionnel ne se contente pas de contrôler les autres pouvoirs, mais engage avec eux un dialogue normatif comme l'illustre son intervention dans le contexte du vote de la loi Hadopi<sup>1280</sup> ou encore de celle sur la taxe carbone<sup>1281</sup>.

---

<sup>1276</sup> J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000, p. 11, rééd. 2010.

<sup>1277</sup> M. Kaluszynski, « *La fonction politique de la justice : regards historiques* », dans J. Commaille, M. Kaluszynski (dir.), *La Fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 9-23.

<sup>1278</sup> B. Jobert, « *Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique* », dans J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), *op. cit.*, p. 125-134.

<sup>1279</sup> M. Kaluszynski, *op. cit.*

<sup>1280</sup> Cons. constit., Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Journal officiel* du 13 juin 2009, page 9675, texte n° 3 Recueil, p. 107, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

<sup>1281</sup> Cons. constit., Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Journal officiel* du 31 décembre 2009, page 22995, texte n° 3, Recueil, p. 218.

Dans un contexte du recentrage du droit autour de la notion de droits fondamentaux, le juge apparaît comme le gardien et le garant de la démocratie. En attirant l'attention du pouvoir sur la nécessité de respecter la démocratie et l'État de droit, le juge conforte la confiance des citoyens dans la judiciarisation en tant que moyen ultime d'opposition au politique.

Parallèlement, on constate une extension du droit comme modèle d'action. En témoigne, à partir des années 1980, la production législative et réglementaire appelant constamment à négocier les règles et à formaliser les relations de travail au sein des branches et des entreprises<sup>1282</sup>. L'État décentralise la production des normes en déléguant aux « *partenaires sociaux* » la tâche de produire le droit.

## **Section 2. Les juges, émetteurs de normes : d'une absence de « *pouvoir politique* », à un « *pouvoir politique* », voire à un pouvoir d'influence**

Il s'avère que les juges acquièrent un « *pouvoir politique* » lorsqu'ils sont sommés d'apporter des réponses à des enjeux éminemment politiques, voire éthiques. Au-delà de ce nouveau rôle de suppléant du politique, le « *pouvoir politique* » des juges semble se consolider, les juges s'affirmant, en définitive, comme émetteurs de nouvelles normes, voire comme les promoteurs de valeurs normatives.

Est-il envisageable que, dans le cadre du repli de leur *jurisdictio* ou malgré celui-ci, les juges augmentent en définitive leur « *pouvoir politique* » ?

Une telle hypothèse est contre-intuitive : en effet, comment les juges pourraient-ils augmenter le « *pouvoir politique* » de leur fonction alors que le développement des MARC

---

<sup>1282</sup> T. Amossé, C. Bloch-London, L. Wolff (dir.), *Les Relations sociales en entreprise : un portrait à partir des enquêtes « Relations professionnelles et négociations d'entreprise »*, Paris, La Découverte, 2008.

les prive du monopole de la *jurisdictio* et les conduit à ne pas exercer en toutes circonstances leur fonction de juger ? Les juges peuvent-ils vraiment renforcer leur pouvoir alors même que, globalement, ils sont moins présents dans le règlement des conflits ?

Cette hypothèse étonne au premier abord, apparaissant comme un simple slogan polémique ou un raccourci simpliste. Pour déterminer si cette hypothèse est pertinente, il faudrait admettre successivement et cumulativement :

- que les juges aient un « *pouvoir politique* » ;
- que les juges aient pu renforcer leur « *pouvoir politique* » grâce à la médiation ;
- et ce, alors qu'ils sont moins présents dans le règlement des conflits.

Tel est le paradoxe apparent : comment penser que les juges puissent augmenter le « *pouvoir politique* » improbable de leur fonction alors que la médiation les conduit, au contraire, à ne pas exercer en toutes circonstances leur fonction de juger ?

Avant de s'interroger sur l'augmentation éventuelle du « *pouvoir politique* » des juges, il est nécessaire de s'interroger sur la possibilité même pour ces derniers d'émettre des normes.

Les juges sont-ils (ou ont-ils) un « *pouvoir politique* » ?

L'organisation des institutions dicterait une réponse négative

Dans l'organisation des États démocratiques, et notamment du régime démocratique en France, il est clairement établi qu'il existe un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif. En revanche, l'activité judiciaire de l'État constitue une « *autorité* » et non pas un pouvoir<sup>1283</sup>. Cette autorité voit proclamer son indépendance pour exercer sa « *fonction* », la fonction juridictionnelle. Ainsi, par principe, l'autorité judiciaire n'est pas un pouvoir.

---

<sup>1283</sup> Voir le titre VIII de la Constitution du 4 octobre 1958 consacré à l'Autorité judiciaire.

Plusieurs éléments qui régissent l'autorité judiciaire et l'exercice de ses fonctions viennent exclure à leur tour que cette autorité se constitue en pouvoir :

- en effet, la fonction judiciaire s'exerce d'une manière contrainte et avec le devoir de se limiter à l'application de la loi. Le moindre acte de l'autorité judiciaire exercé en dehors de la loi est constitutif d'un abus de pouvoir frappé de nullité absolue. L'autorité judiciaire est donc contrainte par le pouvoir législatif et ne peut agir qu'en application des actes du pouvoir législatif ;
- le juge ne peut exercer son pouvoir que dans le cadre restreint de la loi : il s'agit d'une conception fondamentale instituée depuis la Révolution française qui a sacralisé la primauté de la loi ;
- tout jugement doit être motivé par un texte (loi ou règlement) qui émane d'une autre source que le juge lui-même ;
- enfin, l'esprit républicain n'admet pas que les juges exercent un « *pouvoir politique* » alors qu'ils n'ont pas été démocratiquement élus.

Tous ces constats concourent pour affirmer que l'autorité judiciaire n'est pas un pouvoir comme le sont les pouvoirs exécutif et législatif.

Pour autant, doit-on conclure que la fonction juridictionnelle n'a rien à voir avec l'exercice d'un « *pouvoir politique* » ?

Les développements qui suivent auront pour objet de décrire et d'analyser le phénomène suivant : d'une absence de « *pouvoir politique* », les juges sont passés à la création de jurisprudence (2.1.), avant de passer de la création de normes à un « *pouvoir politique* » (2.2.), voire même ensuite de passer d'un « *pouvoir politique* » à un pouvoir d'influence (2.3.), alors que dans le même temps ils contribuaient, avec le développement de la médiation et avec la faveur dont ils faisaient preuve à son égard, au repli de leur *jurisdictio*.

## 2.1. De l'absence de « *pouvoir politique* » à la création de jurisprudences

Nous verrons dans le présent paragraphe que nonobstant le fait que les juges soient en principe sans « *pouvoir politique* » (2.1.1.), en réalité, la création juridique est inhérente au raisonnement syllogistique et à la l'obligation de motivation (2.1.2.) et les juges ont le pouvoir de créer des jurisprudences (2.1.3.).

### 2.1.1. Des juges en principe sans « *pouvoir politique* »

En principe, les juges sont dépourvus de « *pouvoir politique* ».

La théorie juridique affirme ainsi que « *les juges ne sauraient participer à la création du droit, car ils usurperaient un pouvoir qui n'appartient qu'aux élus de la Nation* »<sup>1284</sup>.

À cet égard, en application du principe de séparation des pouvoirs, interdiction est même faite aux juges de s'ériger en législateur, interdiction exprimée à l'article 5 du Code civil dans les termes suivants : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Selon cette règle, le juge ne peut créer le droit et doit se contenter d'appliquer la loi issue du pouvoir législatif.

Ce principe trouve sa source à la Révolution où il fut inscrit dans la loi des 16 et 24 août 1790, selon laquelle : « *les tribunaux ne peuvent prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture* ».

---

<sup>1284</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*. 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 359.



Une telle interdiction s'explique par la crainte des révolutionnaires, fortement marqués par les idées de Montesquieu en faveur de la séparation des pouvoirs, notamment législatif et judiciaire, de voir resurgir les arrêts de règlement que les Parlements, émanations du Roi qui rendaient la justice au nom du Roi, rendaient à la fin de l'Ancien Régime, s'arrogeant progressivement le pouvoir législatif et s'opposant, de nombreuses fois, aux réformes législatives royales.

Le fait que les juges ne puissent en principe créer le droit s'explique encore par le fait que la plupart des décisions qu'ils rendent règlent des conflits individuels par l'application de la loi et n'ont donc pas, par définition, de portée politique immédiate puisqu'elles sont dépourvues de portée générale.

Soumis à la loi, les juges doivent se contenter de l'appliquer. Aussi, ils ne peuvent que trancher les différends qui leur sont soumis et ne peuvent proclamer une règle générale, principe qui se traduit par l'autorité relative des jugements, telle qu'exprimée par l'article 1355 du Code civil dans les termes suivants : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement [...]* ».

#### 2.1.2. La création juridique inhérente au raisonnement syllogistique et à l'obligation de motivation

Malgré l'interdiction qui leur est faite de créer le droit, la faculté d'interprétation des textes confère en définitive aux juges une faculté de création du droit à travers leur « *raisonnement syllogistique* ». Cette faculté de création du droit se trouve renforcée par l'obligation qui leur est faite de motiver leurs décisions.

S'interroger sur la capacité des juges à exercer un certain « *pouvoir politique* » est une discussion classique<sup>1285</sup> qui a animé les juristes et les politicologues du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle. Parmi d'autres, Michel Troper<sup>1286</sup> part de l'argumentation des philosophes du droit qui l'ont précédé pour analyser, en tant que juriste, l'influence politique de l'activité des juridictions. Il conclut que le juge, du seul fait de sa faculté d'interpréter la loi, a un pouvoir de création du droit et donc un « *pouvoir politique* ».

L'importance de la jurisprudence est l'un des aspects les plus évidents du « *pouvoir politique* » que les juges exercent à travers l'interprétation de la loi. La solution des litiges a un potentiel de création du droit et ne relève pas que de l'exécution mais aussi de la législation. L'application de loi exige son interprétation et c'est le juge qui exerce ce rôle en participant ainsi à la création du droit.

Concrètement, cette création du droit par le juge renvoie au mode particulier du raisonnement du juge qui est fondé sur une démarche syllogistique. Le juge a une grande liberté d'appréciation. En effet, les lois sont les prémices majeures et les faits, les prémices mineures, de sorte que, bien que la fonction du juge consiste à prendre strictement en compte les prémices, il dispose d'une grande faculté d'appréciation à l'instant où il accomplit

---

<sup>1285</sup> Pour une revue de ce débat, voir Michel Troper, « *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?* », *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 16, « *La justice* », janvier 1981, p. 5-15, [https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs16\\_p5-15\\_pouvoir\\_judiciaire.pdf](https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs16_p5-15_pouvoir_judiciaire.pdf). Dans cette vaste bibliographie, il faut retenir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* ; voir également : *Archives de philosophie du droit*, t. XVII, « *L'interprétation dans le droit* », Paris, Sirey, 1972 ; S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit » 1974 ; Ch. Pelerman et P. Foriers (dir.), *La Motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, Émile Bruylant, 1978.

<sup>1286</sup> M. Troper se rattache à une variante particulière du positivisme juridique, le réalisme, et notamment à la « *théorie réaliste de l'interprétation* ». Celle-ci postule que les textes juridiques comme la constitution, les lois ou les règlements ne deviennent des normes qu'à travers l'activité d'interprétation qui appartient aux différentes juridictions jugeant en dernière instance dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (dans le cas français, le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel). À ce titre, la théorie réaliste de M. Troper amène à considérer que l'interprète d'un texte est le véritable auteur de la norme.

leur rapprochement pour dégager la solution juridique (par exemple, en matière pénale où les peines sont modulées en fonction de l'appréciation des juges).

Le juge bénéficie ainsi d'un véritable pouvoir dès lors que le jugement n'est pas une simple application automatique ou mécanique de la loi<sup>1287</sup>. Le juge joue donc un rôle de créateur de droit. Son acte de créateur de droit peut être influencé par des éléments sociologiques ou politiques distincts de ceux qui ont inspiré les législateurs, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'éléments nouveaux qui n'existaient pas au moment où la loi a été votée (par exemple, la création jurisprudentielle relative à l'article 1384 du Code civil, les rédacteurs du Code civil, en 1804, n'ayant pu envisager qu'un jour des automobiles causeraient de graves accidents de la circulation).

---

<sup>1287</sup> Le rapport Guinchard, précité, « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* », déposé le 30 juin 2008 développe et explique cette idée du juge qui dit le droit et ne se contente pas d'être la « *bouche de la loi* » dans les termes suivants (pages 36-37) : « *Il est vrai que cette conception du juge qui dit le droit est parfois contestée, tout au moins pour le juge du fond qui n'aurait pas ce pouvoir, ce dernier étant réservé au juge de cassation. Mais, outre que le juge du fond peut rendre une décision qui ne sera jamais portée devant la Cour de cassation (et en ce sens, il aura bien « dit le droit »), cette vision d'un juge qui ne dirait pas le droit mais se contenterait de l'appliquer est par trop marquée de souverainisme et datée d'une époque aujourd'hui révolue, selon laquelle le juge ne serait que la bouche de la loi. Il est vrai qu'en France, l'État s'est construit contre les juges, alors que dans les pays de Common Law, il s'est construit avec eux. Précisément, le regard porté vers d'autres horizons, celui de la ligne bleue de Strasbourg où siège la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi l'horizon des pays de culture anglo-saxonne, nous apprend que le juge crée le droit, tout autant que le législateur, parce qu'il le dit dans ses décisions d'application d'une norme à un cas d'espèce ; mais c'est de l'addition de ces cas d'espèce que naît la norme. Le droit allemand aussi, dans sa loi d'organisation juridictionnelle, reconnaît aux juges le pouvoir de procéder au « développement du droit » (*Rechtsfortbildung*) ». En France, cette création du droit par application d'une norme à un cas d'espèce puis par reprise de cette application à d'autres cas d'espèces est une réalité de la création de normes par un moyen qui ne s'oppose pas à « l'article 5 du Code civil, qui interdit aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Mais ce serait commettre un contresens que de voir dans cette prescription, l'interdiction faite au juge de dire le droit ; ce que ce texte interdit au juge, c'est de vouloir, au-delà du cas à lui soumis, procéder par voie générale et abstraite, comme le législateur, pour que sa décision puisse être reprise telle quelle, transposée pourrait-on dire, dans d'autres litiges. C'est l'interdiction des arrêts de règlement. »*

Tous les éléments d'appréciation qui servent au juge à relier les prémices majeures et mineures sont des actes de volonté empreints d'une liberté considérable qui conduisent à une forme particulière de création du droit. Conscient de ce pouvoir, le juge entend le préserver en adoptant des positions hybrides de fait et de droit qu'il met à l'abri de la critique juridique au travers de l'expression « *le pouvoir souverain d'appréciation du juge* ».

Ainsi, le rôle de créateur de droit n'est pas étranger à la fonction du juge, se manifestant surtout lorsque le juge tient compte dans son appréciation de situations ou de mœurs établies. C'est en cela que l'activité du juge témoigne d'un acte impliquant un élément d'appréciation politique.

En revanche, la plupart des décisions qui règlent des conflits individuels par l'application spécifique de la loi ne sauraient avoir, à proprement parler, de portée politique immédiate, puisque ces décisions ne règlent que des cas individuels sans portée générale.

D'ailleurs, les juges font valoir la primauté de la loi dans toutes les phases de leurs fonctions. Les juges entendent se conformer aux contraintes de leurs fonctions en choisissant la loi applicable aux faits, en interprétant la loi de bonne foi, en appliquant la loi avec modération et en demeurant indépendants en toutes circonstances et notamment à l'égard des pouvoirs institutionnels.

Néanmoins, il reste constant que le pouvoir d'interprétation du juge lui confère dans certains cas plus de « *pouvoir politique* » que celui exercé par certaines véritables institutions politiques qui, en réalité, exercent moins d'appréciations politiques que les juges<sup>1288</sup>.

---

<sup>1288</sup> C'est notamment le cas des préfets qui sont des institutions éminemment politiques mais sont privés de toute liberté d'appréciation politique du fait de l'organisation strictement hiérarchique.

Si la faculté d'interprétation des textes contribue sans aucun doute à conférer aux juges une faculté de création du droit, il en va également de même de l'obligation qui leur est faite de motiver leurs décisions, une telle obligation remontant à la Révolution.

Ainsi, sous l'Ancien Régime, les arrêts des Parlements n'avaient pas à être motivés, ce qui empêchait la formation d'une jurisprudence cohérente et solide. En obligeant les juges à motiver leurs décisions, afin de pouvoir s'assurer du contrôle de la légalité, les révolutionnaires ont en définitive fortement contribué à donner à la jurisprudence et, par conséquent, aux juges, un pouvoir de création de normes.

En effet, la motivation de leurs décisions par les juges permet à ces derniers de se référer à celle exprimée par leurs collègues, pour trancher les litiges qui leur sont soumis, lorsqu'ils se trouvent confrontés à une règle de droit obscure ou incertaine. Les étapes du raisonnement du juge, exprimées dans la motivation de sa décision, ont de fortes chances d'être reprises par un autre juge, qui se trouverait confronté à un problème identique.

### 2.1.3. Le pouvoir des juges de créer des jurisprudences

Le pouvoir d'interprétation des juges leur confère une forme de « *pouvoir politique* », notamment lorsque l'ensemble des décisions judiciaires convergent pour créer une nouvelle norme.

Ainsi, au fil de décisions allant dans le même sens, se crée une jurisprudence, voire une règle qui finit par s'imposer en tant que norme juridique.

La doctrine reconnaît d'ailleurs la jurisprudence parmi les sources du droit.

En pratique, les juges imposent une forme de pouvoir en produisant des jurisprudences donnant des éclairages nouveaux (« *recréation du droit par la jurisprudence* »<sup>1289</sup>) sur des textes de lois. La portée de ce pouvoir normatif des juges est limitée<sup>1290</sup> mais réelle.

Certains motifs d'arrêts de la Cour de cassation définissent un modèle au-delà du cas d'espèce. Ces jurisprudences sont ensuite érigées en règles et font référence, même si, dans l'ordonnement juridique français, la force du précédent n'est pas censée exister.

## 2.2. De la création de normes au « *pouvoir politique* »

Nous nous pencherons ci-après sur le passage de la création de jurisprudence à la création de normes (2.2.1.), puis sur le passage de la création de normes au « *pouvoir politique* » (2.2.2.), dont une illustration sera donnée avec la tentative préalable de MARC (2.2.3.).

### 2.2.1. De la jurisprudence à la création de normes

Le pouvoir de création de la jurisprudence se manifeste avec force lorsqu'il s'agit pour les juges, par leurs décisions, de pallier des situations que la loi n'avait ni prévues, ni anticipées.

Ce pouvoir de création jurisprudentielle a produit des règles d'une très grande importance et, à cet égard, peuvent être mentionnés notamment, l'arrêt Desmares, qui a mis en évidence la nécessité d'élaborer une loi spéciale pour les accidents de la circulation<sup>1291</sup>,

---

<sup>1289</sup> C. Larroumet, Droit Civil, t.1, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 2006, n°289.

<sup>1290</sup> F. Terré, *op.cit.*, n° 360.

<sup>1291</sup> Par un arrêt rendu le 21 juillet 1982, l'arrêt Desmares, la 2<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation établit un régime particulièrement sévère dans le cadre de la responsabilité du fait des choses (article 1384, alinéa 1 du Code civil), rejetant toutes les causes d'exonération qui n'auraient pas le caractère de la force majeure. La doctrine estime que cet arrêt a poussé le législateur à adopter une loi régissant spécifiquement la responsabilité civile découlant des accidents de la circulation : la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite loi Badinter.

l'interprétation de l'emblématique article L.122-12 du Code du travail aujourd'hui L.1224-1 du Code du travail)<sup>1292</sup> ou encore la création de la notion de co-emploi<sup>1293</sup>.

Parmi tant d'autres jurisprudences qui furent novatrices en leur temps, peuvent également être citées celles ayant abouti à consacrer des notions juridiques aussi essentielles que la responsabilité du fait des choses qui pèse sur le gardien de la chose, responsable sans faute du dommage causé<sup>1294</sup>, la notion d'enrichissement sans cause<sup>1295</sup>, la notion d'abus de droit, via le droit de propriété (ancien article 544 du Code civil)<sup>1296</sup>, la règle « *Nemo auditur* »<sup>1297</sup> ou encore la notion d'estoppel qui consacre l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>1298</sup>.

---

<sup>1292</sup>L'article L.1224-1 du Code du travail, issu d'une loi du 19 juillet 1928, dispose que « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Conçu pour garantir la stabilité de l'emploi lorsque l'entreprise - à l'époque essentiellement familiale - changeait de propriétaire, sa portée a été étendue, au fil de l'évolution de la jurisprudence, bien au-delà des limites intrinsèques du texte : ainsi, la notion de « *modification juridique dans la situation juridique de l'employeur* » s'applique, même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs, toutes les fois qu'une « *entité économique* » est transférée. Dans son dernier état, la Cour de cassation précise que « *constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit des intérêts propres* » (Cass. Soc., 7 juillet 1998, n°96-21451).

<sup>1293</sup> Le co-emploi est un mécanisme, créé par les juges, pour reconnaître l'existence d'une situation où un employé est sous la subordination de plusieurs employeurs malgré l'existence d'un contrat de travail n'en désignant qu'un seul. Pour caractériser le co-emploi, hors les cas de constatation d'un lien de subordination juridique qui demeure le critère classique de la notion de co-emploi, la Cour de cassation a progressivement, pour l'application de cette notion au sein d'un groupe de sociétés, dégagé le critère de la triple confusion « *d'intérêts, d'activité et de direction* » entre la société co-employeur et la société ayant conclu le contrat de travail, confusion se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière. Désormais, dans les groupes de société, les juges n'admettent la situation de co-emploi que dans les situations d'ingérence abusive dans la gestion économique et sociale d'une société du groupe, de nature à priver cette dernière de ses prérogatives et de sa réelle autonomie.

<sup>1294</sup> Cass., 13 février 1930, *Jand'heur* (via l'ancien article 1384 du Code civil, actuel article 1242).

<sup>1295</sup> Cass. req. 15 juin 1892.

<sup>1296</sup> Cass. req. 10 juin 1902, *Sources Saint-Galmier* (intention de nuire) et Cass. req. 3 août 1915, *Clément-Bayard* (action dépourvue d'utilité).

<sup>1297</sup> ou encore, la règle « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* » qui permet de bloquer le jeu des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat dont la cause est immorale (Cass. req. 1<sup>er</sup> octobre 1940).

<sup>1298</sup> Cass. Ass. Plén., 27 février 2009.

### 2.2.2. De la création de normes au « *pouvoir politique* »

Il est impossible, à l'évocation de ces différentes notions juridiques créées par les juges eux-mêmes de continuer à considérer que ceux-ci ne seraient ni créateurs de normes, ni dotés de « *pouvoir politique* ».

Néanmoins, dans les hypothèses précitées, si les juges ont, certes, fait œuvre créatrice, soit en démontrant la nécessité d'une modification législative, soit même en inventant de véritables règles d'origine prétorienne, ces différentes jurisprudences ont eu pour objet ou pour effet de gérer les faits de la vie quotidienne que les textes ne prévoyaient pas expressément.

Même si elles témoignent d'un pouvoir (politique) certain des juges, ces jurisprudences s'appliquent à rester dans la droite ligne des visées de la loi et ont vocation à régler les conflits privés. Il n'y est question pour les juges ni de faire preuve d'une volonté d'exercer systématiquement une influence politique ni de subir une influence politique (même si, en fait, les groupes de pression peuvent considérer agir sur les interprétations des juges par l'intermédiaire de la presse<sup>1299</sup> ).

### 2.2.3. Illustration du « *pouvoir politique* » des juges : la tentative préalable de MARC

Avec les MARC, préalables obligatoires, les juges sont allés plus loin dans la démonstration de leur « *pouvoir politique* » et ceci est d'autant plus remarquable qu'il s'agissait, en l'occurrence, pour eux, de se priver sciemment de leur monopole de *jurisdictio*.

---

<sup>1299</sup> Laboratoire de sociologie juridique de l'université de Panthéon-Assas. Ouvrage collectif sous la direction de M. Mekki « *La force et l'influence normative des groupes d'intérêts* », Lextenso Edition sep. 2009, p. 111.



Les MARC, préalables obligatoires :

- constituent bien une norme : en effet, la tentative préalable de MARC, avant l'accès au juge ou avant la solution judiciaire, a pour objet et/ou pour effet de conférer à ces clauses une appréciation générale qui dépasse toute situation individuelle ;
- constituent bien une norme issue de la volonté des juridictions : en effet, ces dernières, tout en respectant les textes existants, sont allées, en incitant systématiquement aux MARC, bien au-delà de ce que ces textes prévoyaient. Si elle n'est pas contraire aux normes, la généralisation des tentatives préalables de MARC n'est pas non plus directement issue d'une règle préexistante.

À cet égard, il sera démontré en quoi les MARC, préalables obligatoires :

- constituent une norme
- déterminée par les juges
- sur le fondement de leur conviction
- exprimant l'idée qu'ils se font de leur rôle (du monopole à la subsidiarité).

Le juge exerce un véritable « *pouvoir politique* » lorsque l'ensemble de ses décisions convergentes finissent par créer une norme.

L'exceptionnelle convergence des décisions sur la force obligatoire des clauses prévoyant des MARC préalables, prises dans des situations les plus diverses et en présence de moyens de nature très différente, a fini par conférer à ces clauses une appréciation générale qui dépasse chacune des situations individuelles.

Ces décisions convergentes ont constitué le moyen par lequel les juges ont émis un message clair selon lequel les MARC avaient leur faveur et qu'il était vain de tenter d'en refuser la mise en œuvre lorsque les clauses prévoyant des MARC préalables étaient

contractuellement prévues. Le défaut de respect des MARC contractuellement prévus a en effet été sanctionné par une irrecevabilité absolue de la demande et cette irrecevabilité a été renforcée en ce qu'il a été jugé qu'il s'agissait d'une irrecevabilité « *non régularisable* ».

Qui plus est, les juges ont trouvé le moyen d'exprimer leur soutien constant et leur appréciation favorable aux tentatives de MARC jusque dans les affaires dans lesquelles il n'y avait pas de clause contractuelle prévoyant des MARC préalables obligatoires. En effet, dans les affaires où il n'y avait pas de MARC contractuel préalable obligatoire, les juridictions, bien qu'ayant été directement et régulièrement saisies, n'ont pas hésité à inviter (inciter) les parties à avoir recours à la médiation.

Ainsi, progressivement, les affaires contentieuses sans tentatives de MARC préalables sont devenues inhabituelles et ce, qu'elles aient été contractuellement soumises aux MARC ou contractuellement affranchies des MARC.

C'est dans ces conditions qu'il peut être affirmé que les juges ont créé une nouvelle norme en favorisant la tentative préalable de MARC, avant l'accès au juge ou avant la solution judiciaire.

Il s'agit effectivement d'une norme en ce que, par des moyens de sanction ou d'incitation, elle a systématiquement pour objet ou pour effet de déterminer, d'une manière générale, le comportement que doivent adopter les individus dans leur situation individuelle.

Il s'agit en outre d'une règle issue effectivement de la volonté autonome des membres de l'autorité judiciaire et plus précisément de leur conviction et de la conception qu'ils ont de leurs fonctions. En effet, bien qu'aucun texte en vigueur n'interdise la tendance et que certains textes permettent les MARC, la manière dont les juges incitent systématiquement aux MARC et entendent leur donner une force incontournable conduit à l'amplification et la généralisation d'une règle. Cette généralisation n'est pas directement et exclusivement issue

d'une règle préexistante et c'est en cela qu'il s'agit bien de la création d'une norme autonome déterminée par les juges, sur le fondement de leur conviction et de la conception de leur rôle.

Il s'agit donc bien d'une norme, création des juges qui ont mis en œuvre leur fonction juridictionnelle pour engendrer un acte politique : politique, en ce que la règle qui s'est dégagée a pour objet et pour effet de commander et gérer d'une manière générale des situations individuelles et le comportement d'individus.

Cette norme, une fois établie et acquise du fait de l'importance de la tendance et de la pratique prétorienne, n'attendait plus qu'à être constatée par le législateur pour prendre sa force incontournable ; constatation qui pouvait d'ailleurs être attendue en toute sérénité puisque la norme était convergente avec les intentions du législateur. C'est ainsi que le législateur l'a rapidement sacralisée en la faisant rentrer, dès 2015<sup>1300</sup>, dans le CPC.

Les MARC préalables obligatoires constituent une norme qui exprime la conception du juge de son rôle.

Par l'émission de cette norme, les juges ont fait savoir :

- qu'ils ne concevaient pas leur fonction comme constituant un monopole du règlement des litiges et qu'il n'existait aucune compétence exclusive des juges pour le règlement des litiges ;
- que d'autres entités pouvaient avoir compétence et autorité pour régler des litiges ;
- que l'intervention du juge ne devait être que subsidiaire.

---

<sup>1300</sup> Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 « *relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends* ».

Il est important de noter qu'en même temps, les juges assumaient - par l'effet de la loi mais aussi très volontairement - d'importantes fonctions en dehors de tout litige n'impliquant pas la *jurisdictio* (par exemple, dans le domaine de la prévention des entreprises dont les juges du tribunal de commerce sont chargés).

Par la faveur dont ils ont fait preuve à l'égard des MARC, préalables obligatoires, jusqu'à en faire une norme, les juges ont témoigné de leur incontestable « *pouvoir politique* », une telle norme, dont ils ont pris l'initiative, témoignant de la conception de leur rôle et du caractère subsidiaire de leur intervention.

Faut-il voir dans ce repli voulu de leur *jurisdictio*, un recul du pouvoir d'influence des juges ? Rien n'est moins sûr.

### 2.3. Du « *pouvoir politique* » au pouvoir d'influence

Alors que jusqu'à récemment, les jurisprudences des juges, même lorsqu'elles témoignaient de leur pouvoir créateur, se contentaient d'affirmer des normes, en ligne avec les intentions supposées du législateur, malgré le repli de leur *jurisdictio* (ou grâce à lui) les juges interviennent à présent pour promouvoir certaines valeurs.

Ce dernier paragraphe sera l'occasion d'illustrer la façon dont les juges sont passés du repli de la *jurisdictio* à l'affirmation de valeurs normatives (2.3.1.) puis à la promotion de ces valeurs normatives (2.3.2.), avant de terminer par l'influence que le juge entend avoir sur la vie économique (2.3.3.).

#### 2.3.1. Du repli de la *jurisdictio* à l'affirmation de valeurs normatives

Face à la réticence du législateur à faire voter des lois dans certains domaines sensibles, c'est aux juges qu'est incombée la tâche de s'emparer de questions aussi cruciales que la

laïcité, la fin de vie ou encore la gestation pour autrui (voir ci-dessus), pour ne citer que certaines d'entre elles <sup>1301</sup>.

Ce phénomène nouveau peut s'expliquer par les éléments conjugués suivants :

- l'absence de position tranchée de l'exécutif sur certains sujets (difficultés à adopter une loi dans un contexte politique difficile et à l'heure d'un bouleversement des valeurs) ;
- l'émergence de conflits qui se posent comme un affrontement sous-jacent entre valeurs.

Ainsi, au-delà de leur pouvoir de création juridique habituel, les juges ont été amenés à rendre, dans la dernière décennie, des décisions qui ont une remarquable portée politique en ce qu'elles trouvent l'occasion de donner à des valeurs une primauté qui dépasse les termes spécifiques d'un conflit individuel.

Ce nouveau pouvoir exercé par les juges dans la promotion des valeurs n'a rien de commun avec le pouvoir très restreint de création juridique qui était jusqu'alors le leur.

La primauté conférée à certaines valeurs par une décision de justice a incontestablement une portée politique en ce que la décision peut effectivement être comprise comme la consécration (voire la promotion) de la valeur retenue et qui, de ce fait, donnerait le critère de solution pour de futurs litiges.

---

<sup>1301</sup> Peut également être mentionnée la question du changement de sexe à l'état civil français. Face au silence du législateur, ce sont les juges qui avaient posé les règles qui ont présidé en la matière jusqu'à la loi du 18 novembre 2016. Par deux arrêts rendus en Assemblée Plénière, le 11 décembre 1992, la Cour de cassation avait posé le principe suivant qui a gouverné la matière pendant plus de vingt ans : « *Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée, justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification.* »

Pour autant, les juges essayent, souvent sans succès, de faire preuve de prudence, lorsque leur sont soumis des conflits témoignant d'un conflit entre des valeurs.

Affichant, dans ces circonstances, une volonté absolue d'éviter les décisions de principe qui exprimeraient un choix entre des valeurs en contradiction, il n'en demeure pas moins que les termes des conflits qui sont soumis aux juges sont tels qu'ils reviennent souvent à des conflits de valeurs. À titre d'illustrations, seront mentionnés :

- l'arrêt précité de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, en date du 25 juin 2014, qui dans l'affaire de l'Association Baby-Loup donne primauté au principe de neutralité religieuse stipulé dans le règlement intérieur ;
- les arrêts de la 1<sup>ère</sup> Chambre Civile de la Cour de cassation, en date du 3 février 1999 et de l'Assemblée plénière, en date du 29 octobre 2004, qui, par l'acceptation des libéralités consenties entre concubins adultérins, prennent acte de l'évolution des mœurs ;
- l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 25 septembre 2012, qui, dans l'affaire ERIKA (impliquant un navire pétrolier de Total ayant fait naufrage le 12 décembre 1999 au large de la Bretagne), en dégagant le principe du « *préjudice écologique pur* », jusqu'alors inexistant dans le droit français, a témoigné de la prise de conscience de l'importance de la protection de l'environnement ;
- les affaires de refus de transcriptions d'état civil à la suite de GPA effectuées à l'étranger, dans lesquelles, en définitive, primauté a été donnée à l'intérêt de l'enfant (sur la fraude à la loi et sur l'interdiction de vendre son corps).

De moins en moins présents dans la cité, du fait du repli de leur *jurisdiction*, que celui-ci soit intervenu d'autorité ou de manière spontanée, les juges se retrouvent saisis d'affaires où il n'y a pas d'accord possible, en raison de conflits de valeurs.

Sur ces sujets de valeurs, les juges vont se révéler créateurs de normes, à leur corps défendant, et apparaître, sans doute, d'autant plus forts et influents.

### 2.3.2. Du repli de la *jurisdictio* à la *promotion des valeurs normatives*

Si, jusqu'à présent, lorsqu'ils ont été confrontés à des conflits de valeurs, les juges ont plutôt eu tendance à faire preuve de prudence, se pose la question de savoir si la prochaine étape que franchiront les juges n'est pas de se libérer de la loi, ce que Bernard Accoyer formulait ainsi, dès 2012 : « *Pour les professeurs de droit privé, comme Saleilles, Gény ou Ripert, le juge doit se libérer de la loi pour aller rechercher, au sein de la société, les véritables sources du droit, dont la loi n'est qu'une expression déformée par les rapports des forces sociales* »<sup>1302</sup>.

Il se pourrait que les questions relatives à l'environnement soient l'occasion pour les juges de s'affranchir de la loi ou, du moins, d'aller bien au-delà de celle-ci.

Ainsi, dans le cas de l'« *Affaire du Siècle* » (un recours en justice contre l'État pour son inaction en matière de lutte contre le réchauffement climatique, déposé auprès du tribunal administratif de Paris le 14 mars 2019 par quatre associations), il est clairement fait appel au pouvoir d'interprétation du juge. L'affaire s'appuie sur l'idée que la France aurait un devoir général d'agir en matière climatique, fondé sur les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement<sup>1303</sup>. Elle met ainsi en avant la « *carence fautive* » de l'État français en matière climatique : l'État aurait commis une faute en ne respectant pas ses engagements et objectifs en matière climatique. Dès lors, le juge administratif devra fonder sa décision sur un principe

---

<sup>1302</sup> B. Accoyer « *Le peuple et l'idée de la norme* », éditions Panthéon Assas 2012, direction P. Mazeau et C. Puigelier.

<sup>1303</sup> Ces derniers disposent respectivement que : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » et que « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ».

- une obligation générale climatique - qui n'existe pas encore en tant que tel dans le droit français, mais qui peut se dégager de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement, portant sur le droit de chacun de vivre dans un environnement sain. Ce pouvoir d'interprétation confère incontestablement une forme de « *pouvoir politique* » au juge, notamment lorsque l'ensemble des décisions judiciaires convergent pour créer une nouvelle norme.

À l'occasion du procès, mentionné ci-dessus, des douze militants opposés au Crédit Suisse et ayant abouti, en première instance, à la reconnaissance de l'état de nécessité (climatique), justifiant des actes de désobéissance civile non violente d'ampleur raisonnables, le juge avait manifestement fait sienne l'injonction suivante des avocats : « *L'avenir de l'humanité mérite que la loi soit dépassée* »<sup>1304</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'une telle tendance peut (légitimement) inquiéter et fait écho aux craintes exprimés à l'occasion du projet de filters devant la Cour de cassation :

« *C'est à une véritable remise en cause de la séparation des pouvoirs et donc à un bouleversement des fondements mêmes de notre État de droit que nous assistons* »<sup>1305</sup> (contrairement au législateur, le juge n'est pas élu, et il n'est pas non plus responsable).

### 2.3.3. L'influence du juge sur la vie économique

S'il est enfin un domaine dans lequel le juge entend être influent c'est celui de l'économie.

---

<sup>1304</sup> <https://www.24heures.ch/vaud-regions/L-avenir-de-lhumanite-merite-que-la-loi-soit-depassee/story/27618201>.

<sup>1305</sup> La semaine juridique - Édition générale - Supplément au n°14 - 8 avril 2019, p.5.



Les échanges économiques modernes nécessitent un encadrement juridique, ce qui induit une forte présence de la justice<sup>1306</sup> dans la vie des affaires. Dans le contexte de l'internationalisation des flux financiers et des échanges économiques<sup>1307</sup>, cette influence du droit et l'intervention du juge dans la vie économique prennent de plus en plus d'importance et le secteur économique actuel s'illustre par la montée en puissance du droit et la multiplication des procédures dont il fait l'objet, ou encore par un appel croissant à la justice<sup>1308</sup>.

Les relations et les organisations économiques devenant de plus en plus dépendantes des décisions de justice<sup>1309</sup>, la judiciarisation acquiert un rôle structurant dans la vie économique. La grande nouveauté de la judiciarisation réside ici dans la puissance dont dispose désormais le juge pour influencer sur la vie économique, en intervenant, par exemple, dans des affaires d'offres publiques d'achat ou encore de contrôle des concentrations ou de plans de licenciements. Les juges ne se limitent plus à trancher les litiges en fournissant une interprétation juridique des règles du droit : ils participent de plus en plus, eux-mêmes, à déterminer les normes économiques (encadrement des relations professionnelles, structuration de la conflictualité au travail...) et ce, à travers la jurisprudence qu'ils produisent et son impact sur la régulation sociopolitique.

---

<sup>1306</sup> Pour une étude classique de ces questions, voir Max Weber : *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986 ; *Économie et société*, Paris, Librairie Plon, 1971.

<sup>1307</sup> « *La judiciarisation de l'économie* », Rapport présenté par M. J-P. Noury, *Journal officiel de la République française*, avis et rapports du Conseil économique et social, Paris, La Documentation française, 2004.

<sup>1308</sup> À cet égard, les entreprises, tout comme les collectivités territoriales, entendent sécuriser leurs opérations et, pour cela, font de plus en plus appel à des conseils. Dans le domaine du droit du travail, le recours au juge se substitue au conflit social direct et le constat de la judiciarisation s'y illustre par le taux d'appel des décisions des conseils de prud'hommes, par la charge croissante des chambres sociales des cours d'appel et de la Cour de cassation ou encore par l'activité syndicale croissante dans le domaine juridique et judiciaire (J. Pélisse, « *Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail* », *Politix*, vol. 2, n° 86, 2009, p. 73-96).

<sup>1309</sup> M-A Frison-Roche, « *Le droit d'accès* », *op. cit.*

Que le juge tranche les litiges en appliquant des règles de droit n'est pas nouveau. Ce qui l'est, c'est lorsque le juge est amené à se prononcer au-delà des lois, décrets et/ou règlements, voire à participer à la détermination des normes économiques, pour parvenir à la reconnaissance des droits subjectifs, le système actuel tendant à mettre en exergue les prérogatives des personnes plus que des règles abstraites et générales.

#### **Conclusion du Chapitre 4**

Il est apparu à l'occasion de ce chapitre que, contre toute attente, le repli par les juges de leur *jurisdictio*, loin d'aboutir à un retrait de leur pouvoir, a eu une conséquence inattendue, à savoir un accroissement de celui-ci et, plus généralement, à son redéploiement.

Les manifestations les plus visibles de ce pouvoir des juges ont lieu à l'occasion d'affaires médiatisées, lorsqu'ils sont amenés à pallier aux insuffisances de la loi et du législateur pour répondre à des situations inédites et qu'ils se retrouvent, à cette occasion, faire la promotion de certaines valeurs.

En définitive, au-delà de leur indéniable pouvoir d'influence, là où le pouvoir des juges est sans doute le plus significatif est lorsqu'il leur a servi à promouvoir les MARC et à se priver sciemment à cette occasion de leur monopole de *jurisdictio*. Ce faisant, les juges ont contribué de façon remarquable à l'avènement du conventionnalisme.

### **Conclusion de la PARTIE III**

Ainsi, il est apparu que l'institution judiciaire étatique avait choisi de se "*rétracter*" ou de se "*replier*" pour laisser des institutions privées prendre en charge la résolution de certains conflits en redéfinissant sa vocation selon le principe de la subsidiarité. Ce faisant, les juridictions ont pu admettre d'avoir à mieux centrer leur action sur l'émission des normes et le rappel de la loi.

Il a été montré que le repli ou la rétractation de l'État de la *jurisdictio* conduit à ce que toutes les institutions qui gèrent des conflits finissent par émettre des normes et se constituer en nouveaux pouvoirs<sup>1310</sup>. La thèse de départ s'est trouvée ainsi confirmée : le service de justice et de résolution des conflits reste une modalité privilégiée de production normative et de consolidation du pouvoir politique.

La dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs a permis de schématiser le processus par lequel les interactions permanentes entre fonction juridictionnelle et pouvoir politique ont progressivement permis aux entités privées de conquérir un pouvoir politique, tandis que, dans le même temps, s'amplifiait la subsidiarité de la loi étatique au profit de règles et critères que lesdites entités privées privilégient, cette dynamique pouvant se résumer par l'équation : "*subsidiarité des juridictions étatiques = subsidiarité de la loi*".

---

<sup>1310</sup> S'agissant par exemple de la médiation, en déléguant le règlement des conflits à d'autres acteurs et institutions qui se substituent à lui dans la fonction de juger, l'État délègue une partie de son pouvoir dont s'emparent volontiers des acteurs comme l'Église. Pour l'Église, faire reconnaître son savoir-faire dans la gestion des conflits et, au-delà, dans l'organisation des rapports sociaux, est au fond un enjeu non seulement pastoral mais aussi proprement politique. D'ailleurs, le principe même de subsidiarité est porté par l'Église, tout comme la promotion du rôle des corps intermédiaires.

## ***Du passage des normes abstraites à l'humain dans son irréductible singularité***

En définitive, ce que révèle le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* est le passage de normes abstraites à l'humain dans son irréductible singularité.

Les deux grandes approches de la définition du droit et de la règle du droit - l'idéalisme juridique et le positivisme kelsénien<sup>1311</sup> - sont remises en cause aujourd'hui, considérées comme ayant conduit à un artificialisme dénoncé comme inadapté à la société des individus<sup>1312</sup>. Les dérives idéaliste et positiviste conduisent à imposer un ensemble de règles abstraites, générales et hiérarchisées, dans lesquelles devrait s'inscrire toute l'activité humaine. Or, un litige, remarquent les tenants des MARC, ne naît pas en termes juridiques : c'est avant tout un problème humain et la solution judiciaire doit tenir compte de la singularité et de la situation personnelle. Les questionnements sur le modèle de justice se multiplient avec, comme horizon ultime, la primauté de la personne humaine.

C'est ainsi que la notion de droits subjectifs se trouve revalorisée, conçus comme un ensemble de prérogatives de l'individu, par opposition au droit objectif se confondant avec un ensemble de normes abstraites<sup>1313</sup>. L'individu devient un acteur et non plus un simple

---

<sup>1311</sup> Pour une présentation des deux approches, voir notamment M. Troper, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 15-25.

<sup>1312</sup> Le jusnaturalisme ou l'idéalisme juridique remonte à Platon. Réfutant le conventionnalisme des sophistes, Platon formule l'idée d'une justice qui existerait dans le monde des idées et sur laquelle la loi juste serait fondée. Chaque homme possède, en vertu de sa nature propre, des droits « *subjectifs* » qu'il est possible de découvrir à l'aide de la raison. Ces droits ne sont pas créés mais seulement consacrés par le pouvoir politique et, d'ailleurs, les hommes peuvent les faire valoir contre le pouvoir. En face, l'empirisme ou le positivisme juridique considère que le droit se justifie par sa conformité avec une réalité positive. Le droit positif n'est pas donné, découvert par la raison, mais établi par la volonté de l'homme. Cette approche, dont Hans Kelsen est l'une des figures les plus importantes, sépare l'ordre des faits (ce qui est) et l'ordre des valeurs (ce qui devrait être), qui ne l'intéresse pas. Quelle que soit la valeur du contenu de la règle de droit, seule importe la manière dont elle a été édictée et sa validité. Kelsen ne s'intéresse ni à l'origine de la norme, ni à sa raison d'être, ni aux motifs pour lesquels on a choisi telle norme.

<sup>1313</sup> L'évolution du droit familial peut être citée en exemple, avec un passage du gouvernement des familles à une attention, au plus près des réalités, aux modalités de formation de liens familiaux s'appuyant sur la mise en œuvre des droits subjectifs des individus. La norme évolue, en situation : la parentalité plutôt que la

sujet du pouvoir judiciaire. Au point où certains perçoivent la loi non plus comme une garantie de l'état des personnes, mais comme une contrainte dont il faut émanciper l'individu. Le droit subjectif est par définition individuel, historiquement lié à l'essor de l'individualisme.

En même temps que se multiplient les droits subjectifs, le droit objectif s'estompe, comme la majuscule qui servait à le distinguer des droits subjectifs. C'est de l'accumulation des droits subjectifs que résulterait l'entière du droit<sup>1314</sup>.

Ces évolutions font écho à la longue transition de la société de masse à la société des individus, telle qu'anticipée par le sociologue français Émile Durkheim. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, Durkheim prédisait que l'individu serait le « *dieu* » des siècles à venir, l'objet d'un « *culte* »<sup>1315</sup>. Les sociétés modernes font de l'individu non plus « *un instrument aux mains des Dieux* », mais le « *Dieu par excellence* », non plus un « *moyen* » mais « *la fin suprême* » : « *la réalité morale [...] qui doit servir de pôle à la conduite publique comme à la conduite privée* »<sup>1316</sup>.

Telles sont les raisons sociales profondes des demandes d'une justice « *humaine* ». Impersonnelle, la technique judiciaire ne satisfait plus : le juge tranche conformément aux règles de droit sans se soucier de la singularité des parties.

Or, il devient de plus en plus difficile d'imposer des normes juridiques abstraites aux parties sans leur accord, alors que, par définition, la médiation est une technique en vue d'un accord : négocié directement, personnellement, d'homme à homme. La médiation place les

---

conjugalité, les nouvelles sensibilités envers l'égalité des genres et la sexualité, les règles inédites sur le consentement sexuel, la judiciarisation du principe de consentement réitéré en matière de relations sexuelles...

<sup>1314</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 85, A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>1315</sup> E. Durkheim : *De la division du travail social* (1893), Paris PUF, 1986, p. 396 ; « L'individualisme et les intellectuels » (1898), dans *L'Individualisme et les intellectuels*, Paris, éd. Mille et une nuits, 2002, p. 16 ; *Leçons de sociologie* (1890-1900), Paris, PUF, 1990, 5<sup>e</sup> leçon.

<sup>1316</sup> *Leçons de sociologie*, 5<sup>e</sup> leçon, *op. cit.*, p. 92.

personnes avant les choses. Alors que le procès met l'accent sur la lettre et les faits, la médiation est une ouverture vers la liberté et la volonté humaines. Elle se distancie des certitudes en papier, pour s'en remettre aux données de la présence : le visage (le face-à-face), la parole (l'instrument de la médiation), la main (la « *poignée de main* » qui symbolise l'entente).

Plus qu'une approche pour résoudre un conflit, la médiation est envisagée comme une catharsis : « *le phénomène par lequel un objet est traversé par la lumière (celle du soleil ou celle de l'esprit) et devient ainsi intelligible*<sup>1317</sup> ».

### ***Le nouvel essor du conventionnalisme***

Le processus de « *civilisation* » ou de « *pacification* », dans les termes de Norbert Elias, renforce la confiance dans la capacité des parties à s'approprier leur différend et à contribuer de façon créative à sa solution. S'inscrit dans ce contexte la réaffirmation de la démarche conventionnelle, d'une confiance à la loi des parties et d'une confiance aux parties de trouver leur loi.

L'article 1134 du Code civil stipulait : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cette stipulation se trouve reformulée dans les trois articles suivants du nouveau Code civil :

« *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* » (article 1103)

« *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* » (article 1104)

---

<sup>1317</sup> M. Bourry d'Antin *et al.*, *op. cit.*, p. 255.

« *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* » (article 1193)

La convention est un principe de la vie sociale qui traverse le temps et dont on réaffirme aujourd'hui l'importance<sup>1318</sup>. Le contrat, manifestation juridique du principe d'autonomie de la volonté, fabrique la loi à l'échelle des relations entre individus. Une loi qui procède d'une source supra-légale : le droit fondamental de l'homme à se gouverner par sa volonté.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu fonder sur le principe de la liberté individuelle, énoncé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'obligation pour le législateur de respecter « *l'économie des conventions et contrats légalement conclus* »<sup>1319</sup>. Le contrat est obligatoire parce qu'il procède de l'exercice d'un droit fondamental, dont le respect s'impose au législateur. Le contrat est la loi des parties « *parce que la promesse faite et reçue est le mode de formation de l'obligation le plus naturellement humain et universel. Les racines de la loi contractuelle plongent dans les droits de l'homme en société*<sup>1320</sup> ».

Depuis quelques années, sans doute en parallèle avec le développement des MARC comme la médiation, plusieurs voix entendent démontrer que le contrat n'est pas que l'expression de l'autonomie de la volonté mais qu'il est également la formalisation juridique d'une relation, fruit de la rencontre des volontés individuelles. Dans une approche

---

<sup>1318</sup> Le législateur s'est inspiré de Domat, qui puise ses sources dans le Digeste se référant expressément à trois textes romains : *Hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit* (L. 23, de reg. jur.) ; *Contractus legem ex conventionem accipiunt* (L. 1, § 6, depositi) ; *quid tam congruum fidei humanac, quam ea quae inter eos placuerunt servare ?* (L. 1 de pact.).

<sup>1319</sup> Cons. const., 10 juin 1998, décis. 98-401 DC, JO 14 juin 1998, p. 9033, RTD. civ., 1998, p. 796, obs. N. Molfessis.

<sup>1320</sup> Laurent Aynes, « *Le contrat, loi des parties* », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, mars 2005.

« *interactionnelle* » du droit, L. Fuller<sup>1321</sup> invite à envisager le droit comme une entreprise de collaboration, reprochant à des auteurs comme Kelsen de concevoir le droit comme une projection d'autorité à sens unique. La démarche est la même chez Ian McNeil : partant de l'idée selon laquelle il est réducteur de situer le centre de gravité du contrat au moment de sa conclusion, il élabore une approche relationnelle du contrat qui laisse toute leur place aux parties et qui inscrit la relation des parties dans la durée<sup>1322</sup>.

Ainsi, les évolutions sociétales s'accompagnent d'une redéfinition de la notion même de contrat, qui devient lui aussi plus collaboratif et moins figé. Le centre de gravité se déplace de l'autonomie de la volonté de l'individu vers la relation contractuelle des parties dans sa durée<sup>1323</sup>. Ainsi réinterprété, le lien contractuel apparaît comme cette forme de lien social en phase avec les aspirations des individus et qui aurait vocation à se substituer aux impératifs unilatéraux de la loi.

On pense au refus du « *dogmatique*<sup>1324</sup> », dans les termes d'Alexis de Tocqueville, des « *opinions que les hommes reçoivent de confiance et sans les discuter*<sup>1325</sup> ». Clairement, cette tendance contribue à l'affaiblissement des règles de fond au profit de la procédure qui favorise les arrangements et les initiatives individuelles. S'ils restent importants, les mécanismes formels du jugement doivent être complétés par des dispositifs plus subjectifs basés sur le dialogue, la coopération et l'attention à l'individu et à la situation dans laquelle il se trouve.

---

<sup>1321</sup> L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale University Press, 2e éd., 1969, p. 209-221 ; Y.-M. Laithier, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Rec. Dalloz*, 2006, n° 15, p. 1007.

<sup>1322</sup> I.R. McNeil, "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n° 3, 2000.

<sup>1323</sup> François Ost, « Temps et contrat », *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 26-31.

<sup>1324</sup> Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 78.

<sup>1325</sup> Alexis De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1961, t. 2, p. 20.



La société se contractualise, ce qui traduit une régression de liens prescrits au profit de liens consentis, et, plus généralement, un rejet du paternalisme légal. C'est aussi le signe d'un progrès de l'autonomie (du grec *autos* soi-même et *nomos* la règle, la loi) au détriment de l'hétéronomie (du grec *heteros* autre et *nomos* la règle, la loi), un long processus puisque, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, des auteurs comme H. Sumner Maine interprétaient toute l'histoire du droit comme un passage du statut au contrat, alors que Léon Bourgeois affirmait que, dans la modernité, le contrat serait la base fondamentale du droit humain<sup>1326</sup>. La mondialisation accentue cette célébration du contrat, jugé comme flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs de l'État et aux inconvénients de la loi réputée, elle, rigide, unilatérale, voire asservissante. Et les théoriciens, tel John Rawls, de déplacer le centre de gravité de la recherche axée sur la fondation du droit vers la question de l'accord mutuel<sup>1327</sup>.

En conclusion, le conventionnalisme, substituant le contrat à l'exercice unilatéral du pouvoir, diminue le poids des règles substantielles dans la société au profit des règles de négociation, d'argumentation et de persuasion. Il délègue des compétences aux parties concernées, faisant prévaloir la singularité des liens humains sur les obligations abstraites imposées aux individus.

### ***L'État perd en puissance symbolique, mais gagne en efficience***

Les relations de pouvoir disparaissent-elles pour autant ? Au contraire, dans le même temps, le rôle des intermédiaires n'a jamais été aussi grand. Ces derniers permettent de combler l'écart entre les principes généraux et les situations locales. À côté des personnages

---

<sup>1326</sup> *Études sur l'histoire du droit*, Paris, Ernest Thorin, 1889 ; Léon Bourgeois, *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896 ; D. Terré, op. cit., p. 29.

<sup>1327</sup> *A Theory of Justice*, (1971), en français : *Théorie de la justice*, trad. Catherine Audard, Paris, Seuil, 1987.

emblématiques du droit - le législateur, le fonctionnaire, le juge -, de nouveaux acteurs font une intrusion dans le champ du droit et de la justice.

Il reste aussi que, si les pratiques de régulation se disséminent dans la société, elles sont toujours articulées à l'État, qui se transforme. Robert Salais montre comment l'État devient « *situé* »<sup>1328</sup>, opposé aussi bien à l'État extérieur (jacobin) qu'à l'État absent (néo-libéral). L'État « *situé* » se définit par les interactions : ce n'est plus un État dispensateur de règles, mais un État-garant des procédures participatives d'élaboration et d'application de la norme<sup>1329</sup>. Dorénavant, l'État exerce une sorte de gouvernance à distance : il accompagne les acteurs « *responsabilisés* », suscite, encourage, stabilise, sanctionne ces transformations et assure l'effectivité des délibérations. Si l'État peut ainsi gagner en efficience, il perd en publicité, en visibilité et en puissance symbolique.

Cette analyse concorde avec toutes celles qui constatent l'affaiblissement général de l'autorité dans les démocraties. Une dissociation du pouvoir et de l'autorité se traduit par une montée en puissance de pouvoirs sans autorité (l'économique et ses forces de plus en plus autonomes à l'égard des pouvoirs étatiques) et une multiplication de foyers d'autorité se détournant du pouvoir (par exemple, reposant non plus sur l'autorité indiscutable de la tradition mais sur l'autorité de la discussion)<sup>1330</sup>. Alain Renaut montre qu'aucun pouvoir n'est

---

<sup>1328</sup> Robert Salais, Michael Storper, *Les Mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, Paris, éditions de l'EHESS, 1993.

<sup>1329</sup> Dans un même esprit, Jean Cohen analyse la pluralité des formes légales et la possibilité de choisir entre elles comme un passage d'une intervention directe du droit à un modèle d'« autonomie régulée » (la régulation externe du processus d'autorégulation interne). J. L. Cohen, *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*, Princeton University Press, 2002, p. 20.

<sup>1330</sup> A. Garapon, « *Le Futur de l'autorité* », dans Collectif, *Les Rencontres internationales de Genève 2005*, Lausanne, L'Age d'Homme, 2006.

légitime s'il n'obtient l'adhésion de ceux sur qui il s'exerce. La question se pose de savoir comment réussir la transition « *de l'argument d'autorité au pouvoir de l'argument* »<sup>1331</sup>.

La crise de l'autorité s'est d'abord manifestée sur le terrain politique avant de s'attaquer à tous les domaines où il faut réajuster les relations entre les détenteurs d'un pouvoir et ceux sur lesquels ce pouvoir s'exerce. Aujourd'hui, l'autorité du juge (comme celle du pédagogue ou du médecin) est questionnée au nom des principes démocratiques. La justice, qui se trouve progressivement dépouillée de ses attributs symboliques, gardera-t-elle son autorité grâce à son aptitude renouvelée d'apaiser les conflits pour assurer la paix sociale ?

---

<sup>1331</sup> La modernité se caractérise par le passage d'une relation d'autorité, constitutive des pouvoirs, à des formes contractuelles ou juridiques de légitimation du pouvoir. Il s'est produit une sorte de dénivellation entre ceux qui exercent le pouvoir et ceux sur qui ce pouvoir s'exerce, de façon supposée librement consentie. Le détenteur légitime du pouvoir ne l'exerce ni en vertu d'un quelconque héritage, ni par la grâce de Dieu, ni même par la reconnaissance de ce que sa personnalité a d'exceptionnel (le charisme), mais par l'autorisation de ceux qu'il gouverne et qui lui donnent ce pouvoir de les gouverner dans le respect des modalités et des limites convenues. Or, si l'exercice de l'autorité consiste à conférer au pouvoir une dimension mystérieuse qui le rende indiscutable, la crise de l'autorité n'est-elle pas inhérente aux sociétés qui considèrent qu'aucun pouvoir n'est légitime s'il n'a pas obtenu l'adhésion de ceux sur qui il s'exerce ? A. Renaut, *op. cit.*

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

Cette thèse sur le "*repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio**" a trouvé son origine dans l'intuition et la prise de conscience d'un phénomène juridique. Tout d'abord, la nécessité de s'assurer de la réalité du phénomène s'est imposée, ce qui a conduit à analyser la loi et la jurisprudence. Ensuite, l'ampleur du phénomène a conduit à un questionnement autour de points aussi essentiels qu'instructifs : le "*pourquoi*", le "*comment*" et les "*conséquences*" d'un tel phénomène. La thèse a alors eu pour objectif de répondre à ces questions aux moyens de recherches et d'une réflexion qui ont avancé pas à pas, à l'instar d'une enquête dont chaque étape est indispensable pour atteindre la suivante.

(i) La prise de conscience du phénomène s'est manifestée, dans un premier temps, par l'impression d'un repli de leur *jurisdictio* pratiquée par les juridictions étatiques. Les analyses de la jurisprudence auxquelles cette thèse s'est livrée ont finalement permis de légitimer cette impression par un constat objectif fondé sur la démonstration de la réalité du repli volontaire par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*.

Cette volonté des juridictions étatiques s'est d'ailleurs révélée provenir d'un engagement autonome des juges et des juridictions étatiques qui ont conféré un caractère extensif aux textes légaux pour finalement instaurer la primauté des MARC. Bien qu'il lui soit parallèle, cet engagement des juges étatiques est distinct du mouvement politique de déjudiciarisation qui a commencé il y a une quarantaine d'années et par lequel, avec autorité, des lois successives ont expressément exclu ou restreint l'intervention du juge étatique dans le règlement des conflits.

Sur le plan de la technique juridique, il a été intéressant de rechercher et d'identifier les moyens juridiques par lesquels les juges étatiques fondaient le repli de leur *jurisdictio* pour aboutir *in fine* à la primauté des MARC.

L'analyse du raisonnement exprimé dans la jurisprudence a fait ressortir la marque d'un *a priori* favorable aux MARC.

Les juridictions étatiques admettaient très largement la validité des clauses de MARC préalables obligatoires alors que les moyens juridiques qui s'y opposaient étaient tout aussi éminemment sérieux et auraient techniquement pu être retenus et conduire à des décisions diamétralement opposées.

En outre, pour fonder leur repli, les juridictions étatiques faisaient choix de raisonnements dont les prémisses étaient fondées sur des concepts nouveaux, tels que "*l'irrecevabilité non régularisable*" (dans le cas des clauses de médiation préalable) ou "*l'opposabilité des clauses compromissaires à toutes les sociétés d'un groupe de sociétés*" (dans le cas d'une contestation sur l'opposabilité d'une clause compromissoire).

C'est en cela que l'analyse de la jurisprudence a révélé que les différentes formes de repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* relevait d'un mouvement délibéré et assumé, voire politique, de leur part, issu de l'idée qu'elles n'entendaient pas exercer un monopole sur le règlement des litiges et qu'elles entendaient, à cet égard, laisser une large place aux MARC.

Si ces techniques de protection des MARC furent ensuite consacrées par des lois, il demeure fondamental, pour la présente thèse, de retenir que ces règles étaient toutes d'origine prétoriennes, la volonté délibérée des juridictions de replier leur propre *jurisdictio* étant par là même démontrée.

**(ii)** Cette démarche des juridictions étatiques pour favoriser les MARC a rendu saillant le double pouvoir de source de droit de leur jurisprudence : d'une part, le pouvoir classiquement reconnu aux juridictions étatiques du fait de leur capacité d'interpréter la loi mais, d'autre part et surtout, le pouvoir des juridictions étatiques de laisser entrer dans l'œuvre de justice des normes a-légales apportées par les MARC auxquels la primauté est laissée.

Le phénomène aboutit à constater et à conclure que les MARC, théoriquement et conceptuellement sans pouvoir de création de droit, deviennent en pratique une source de normes, lesquelles sont facteurs de justice et de solutions de conflits et qui, du fait de la porosité des normes, agissent comme une source d'influence sur les règles de droit elles-mêmes.

**(iii)** Face à un tel phénomène, la recherche de l'origine des influences ayant pu conduire les juridictions étatiques sur la voie singulière du repli de leur *jurisdictio* s'imposait. En effet, appréhender les sources d'influence constitue le seul moyen de mesurer la profondeur du phénomène juridique et d'essayer, avec une vision prospective, d'en percevoir les conséquences juridiques, actuelles et futures.

La recherche des sources d'influence a conduit à souligner l'insuffisance des sources qui, jusqu'alors, étaient présentées comme exclusives. En effet, alors que le néolibéralisme et son attribut, la justice managériale, étaient généralement cités comme étant les sources d'influence et d'inspiration des MARC, l'analyse à laquelle s'est livrée la présente thèse a montré les limites de cette explication générique lorsqu'il s'agit de comprendre les MARC et spécifiquement la médiation.

L'analyse des débats parlementaires au moyen de la technique de la "*lexicologie statistique*" a notamment établi que les motifs de la loi sur les MARC ne résidaient pas dans des considérations économiques ou objectives mais plutôt dans des appréciations morales

et subjectives. Ainsi, les sources du phénomène particulier du repli volontaire de leur *jurisdictio* par les juridictions étatiques se sont révélées essentiellement de nature idéale.

Les sources idéelles qui soutiennent ce phénomène de repli sont profondes et ce, soit parce qu'elles sont divulguées par des entités qui traditionnellement produisent les valeurs fondamentales de la société, soit parce qu'elles traduisent des aspirations nouvelles de la société développée contemporaine. Pour la médiation, le christianisme, les philosophies de la fin de XX<sup>e</sup> siècle, la pacification du monde ou encore l'individualisme constituent les sources d'influence majeures. Pour l'arbitrage, les nécessités du commerce, de l'internationalisation des échanges et de la logique des commerçants ont été de puissantes sources d'influence.

**(iv)** Dans ces circonstances, le repli de la *jurisdictio* des juridictions étatiques, en parfaite harmonie avec les aspirations sociétales, ne peut que s'amplifier et se systématiser. Il était donc important d'identifier et de mesurer les conséquences juridiques de ce phénomène singulier.

La conséquence première de ce repli est qu'il constitue un message clair à l'adresse des justiciables, à savoir que les juridictions étatiques n'entendent être qu'une voie subsidiaire de règlement des conflits, la primauté pour résoudre ceux-ci revenant aux MARC. La conséquence secondaire de ce repli consiste, d'une part, à faire entrer les justiciables dans l'expérience du règlement des conflits selon des normes a-légales et, d'autre part, à permettre aux entités non étatiques mettant en œuvre les MARC de promouvoir leurs normes.

De fil en aiguille se posent la question de la place de la loi ainsi que celle de l'impact de ce repli sur la stratégie même des parties.

Tout d'abord, à l'égard de la place et de l'importance de la loi, la subsidiarité des juridictions conduit nécessairement à faire admettre que la loi est un moyen subsidiaire pour le règlement des conflits. En effet, le juge étatique étant tenu d'appliquer la loi et ce, totalement et exclusivement, tout recours aux juridictions étatiques implique nécessairement un recours à la loi étatique. À l'inverse, le recours aux MARC exprime la volonté de voir traiter le litige au moyen d'autres normes que la loi étatique. Ainsi, plus les juridictions étatiques adoptent un rôle subsidiaire, plus la loi étatique prend à son tour une place subsidiaire. Cette réalité a pu se résumer par l'équation "*Subsidiarité des Juridictions => Subsidiarité de la Loi*".

S'agissant par ailleurs de la stratégie des parties en conflit, le litige peut désormais se présenter sous un éclairage très différent en fonction des normes applicables et de la portée différenciée de certains éléments factuels et ce, selon qu'ils gagnent ou perdent en pertinence suivant la procédure choisie. En effet, les spécificités respectives des différentes approches du litige peuvent ouvrir aux parties diverses stratégies sur le choix de l'entité à saisir pour le règlement d'un conflit (les litiges sur la compétence des entités saisies du litige s'expliquent d'ailleurs notamment par le fait que l'éclairage sur les éléments du litige peut dépendre du type de procédure choisi). En effet, au lieu et place de la loi, les MARC sont susceptibles de retenir des normes et des considérations qui sont propres à leur identité respective. Ainsi, l'arbitrage retiendra, par exemple, la *lex mercatoria* ou une règle interétatique, tandis que la médiation pourra permettre de prendre en compte des aspects humains d'une relation, voire des éléments dépassant totalement l'objet du litige et l'objet de la saisine.

Enfin, il n'était pas possible, dans le cadre de l'analyse du phénomène du repli ou de la rétractation, d'échapper au constat suivant : les MARC, au travers de l'efficacité de leurs



normes, réalisent non seulement la promotion de leurs valeurs mais conquièrent également une autorité et un pouvoir pour émettre des normes.

Ainsi, les institutions qui se proposent d'assurer l'enseignement des MARC ou leur mise en œuvre sont souvent des institutions qui ont une aspiration idéologique ou philosophique, de sorte que tout règlement de différend qui intervient sous l'effet des normes a-légales desdites institutions contribue à la reconnaissance du mérite de leurs valeurs et constitue en même temps un moyen de promotion de la source idéale qui a inspiré ces valeurs.

À cet égard, il n'est guère étonnant, par exemple, que l'Institut Catholique de Paris se charge de dispenser un solide enseignement de médiation dans lequel le "*respect*", "*l'écoute*", "*la considération inconditionnelle*" et "*l'empathie pour l'autre*" sont mis en avant et retenus comme sources de solution des conflits. De la même manière, il n'est pas non plus surprenant que la Commission de la Chambre de Commerce internationale puisse considérer qu'une situation ne peut être appréciée qu'à l'aune de l'ordre public international. Dans le même esprit, le fait que la Section Commerce de l'ONU se soit chargée de rédiger le texte type qui permet de faciliter le travail législatif de tout État qui entend adopter une législation sur la médiation ne suscite guère la surprise.

**(v)** L'analyse a permis d'établir que des normes et valeurs émises par les entités privées à l'occasion du règlement des conflits ont la capacité d'infiltrer les normes étatiques (porosité des normes) et ce, avec une réelle force bien qu'elle ne soit pas apparente. Le processus de l'adoption de l' "*estoppel*" par la jurisprudence étatique française ou encore le processus de l'adoption de l' "*anti suit injunction*" par l'arbitrage illustrent le phénomène de porosité des normes et en sont autant de preuves.

La réflexion a également permis de concevoir des conséquences institutionnelles du repli de la *jurisdictio* étatique sur les sources du droit. En effet, les normes émises par les institutions privées qui règlent les conflits confèrent finalement à ces dernières un pouvoir

concurrent du pouvoir politique de l'État. Le processus de prise d'un pouvoir d'émission de normes en concurrence avec le pouvoir politique de l'État trouve sa crédibilité et sa vraisemblance dans le "*modèle de la succession des pouvoirs*" que l'analyse historique a permis de décrire et selon laquelle il s'avère que le pouvoir politique émane du pouvoir de régler les conflits et non l'inverse. ("*La dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs*").

**(vi)** Les conséquences juridiques du "*repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio*" trouvent leurs limites dans le fait que les juridictions n'opèrent pas en réalité un retrait définitif mais simplement "*replient*" leur *jurisdictio* pour la redéployer dès que l'ordre public ou la paix publique la requièrent.

Ces limites se traduisent juridiquement notamment, s'agissant de la médiation judiciaire, par le fait que sa mise en œuvre ne dessaisit pas le juge et, s'agissant de l'arbitrage, par le fait que son déroulement s'opère avec l'assistance du juge d'appui ou encore par le fait que son issue reste sous le contrôle de légalité du juge.

En outre, sur un plan politique, la réalité de ce concept de simple "*repli de la juridiction*" qui laisse intact le pouvoir de se redéployer est patente lorsqu'en cas de défaillance du pouvoir politique, les juridictions ont, de fait, la charge d'émettre des normes indispensables à la gestion de situations qui sont non seulement nouvelles mais qui surtout s'expriment en termes de confrontations de principes moraux (affaire Babylou ou affaire de l'état civil des enfants nés de la gestation pour autrui).

Dans ces situations, l'intervention des juges étatiques est largement médiatisée et le principe dégagé par leur décision est, en considération de leur indépendance et de leur immunité, bien plus facilement admis qu'un texte qui émanerait d'institutions politiques.

(vi) L'examen du repli ou de la rétractation de la *jurisdictio* du juge en faveur des MARC conduit à percevoir, derrière ce phénomène, la recherche d'une valeur satisfaisant le juge et le justiciable : le "*Juste*".

Le juge étatique, tenu par le droit<sup>1332</sup>, doit rendre ses jugements selon les normes abstraites et générales de la Loi qu'il doit appliquer. En outre, le juge doit juger sans être influencé ni par ses opinions, ni par ses convictions, ni par son appréciation personnelle du "*Juste*" et de l'équitable. C'est d'ailleurs à ces conditions que la Justice convainc de l'égalité à l'égard de tous et offre une garantie de sécurité juridique.

Cependant, alors que le juge a le désir de faire régner le juste et l'équité dans tous les litiges, la Loi ne peut être juste et équitable dans tous les cas. Le juge se trouve donc tiraillé entre son devoir d'obéissance à l'égard de la Loi, générale et abstraite, et son désir de "*Juste*" et d'équité pour appréhender la spécificité d'une situation donnée.

Une comparaison imagée serait celle de l'homme qui doit dessiner son environnement en usant exclusivement une règle alors qu'il a conscience du fait que certaines réalités ne peuvent être rendues que par des courbes.

Ainsi, lorsque le juge perçoit un risque de voir la Loi, de par sa rigueur et son caractère général et abstrait, être mal adaptée à la complexité d'une situation<sup>1333</sup>, il peut anticiper non seulement la déception des parties (ou du moins de l'une d'entre elles) mais aussi sa propre insatisfaction puisque "*le désir de satisfaction, dynamique inhérente au psychisme humain, le pousse vers la satisfaction de son désir du "Juste" et de l'équité*"<sup>1334</sup>.

---

<sup>1332</sup> Art 12 du CPC.

<sup>1333</sup> G. Lambrey, magistrat, cite à cet égard, A. Garapon dans un article intitulé « *Justice et réparation, le rôle de l'instance tierce de la loi dans le règlement des conflits* » (Garrigues, Espaces de la foi, mars 2018) : « *Bien juger procède d'une double mise à distance : de la violence première tout d'abord, mais aussi de l'injustice potentielle de la réponse légale* » (A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2011, p.304).

<sup>1334</sup> N. Dion " *Le juge et le désir du juste*", Recueil Dalloz 1999 p.195.

Or, le "*Juste*", comme l'équité, est complexe à atteindre puisqu'il ne dépend ni de la règle légale ni de la pondération du juge mais d'une appréciation extérieure au monde judiciaire qui résulte du sentiment perçu et vécu par les parties elles-mêmes ou par les tiers intéressés.

C'est pourquoi Pierre Drai, ancien Président de la Cour de cassation, considérait que le juge ne se contente pas de motiver sa décision de façon juridiquement acceptable mais "*se surpasse et recherche si cette décision sera tenue pour juste*".<sup>1335</sup>

Alors même que la finalité ultime de l'acte de juger consiste, en fin de compte, à corriger les injustices et à favoriser la paix sociale et alors même que le juge est poussé par le désir d'une justice capable de satisfaire tant le justiciable que lui-même ("*décision tenue pour juste*"), aucune analyse positiviste du droit ne peut tenir compte de cette dimension humaine du jugement.

C'est pour répondre à cette dimension humaine que le juge peut avoir besoin du critère de l'équité.

D'ailleurs, le juge étatique a déjà eu l'occasion de créer des institutions prétoriennes fondées sur l'équité. Tel fut notamment le cas de *l'obligation naturelle* ou celui de l'action *de in rem verso*<sup>1336</sup>.

Le critère d'équité qui a inspiré la création de telles institutions est, selon Nathalie Dion, une "*équité objective*" conduisant à la création d'un droit général et abstrait, qui se comprend comme un motif similaire à celui qui préside à la création d'une règle de droit générale et abstraite venant compléter le corpus législatif existant.

---

<sup>1335</sup> P. Drai, "*Le délibéré et l'imagination du juge, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*", Mélanges Perrot, Dalloz.

<sup>1336</sup> Cass. req., 15 juin 1892, DP 1892, 1, p.596; S.1893, p. 281.

Il ne s'agit pas d'une équité subjective, c'est-à-dire d'une appréciation des éléments extrinsèques au droit et strictement spécifique à l'espèce ou aux parties.

L'équité subjective est celle qui, retenue dans l'appréciation au cas par cas avec l'objectif de parvenir au "*juste particulier*", ne relève d'aucune règle. C'est l'équité subjective qui a la possibilité de toucher le sentiment de satisfaction des justiciables et à laquelle le juge peut difficilement avoir recours pour parvenir à "*la décision tenue pour juste*".

Le juge étatique sait qu'il encourt la sanction de la Cour de cassation s'il ose fonder sa décision sur l'équité. En effet, la Cour de cassation n'hésiterait pas à le fustiger en rappelant, comme elle a eu l'occasion de le dire dans des arrêts remarquables, que "*l'équité n'est pas une source de droit*"<sup>1337</sup>. L'arrêt Canal de Craponne avait déjà été un premier avertissement.<sup>1338</sup>

La règle de droit est digne de confiance malgré son caractère abstrait parce qu'elle est générale, permanente et, par suite, prévisible, tandis que l'équité est par nature incertaine et subjective<sup>1339</sup>.

Or, l'équité n'a jamais été étrangère au droit et à la justice même si, dans un système légaliste, elle se cantonne à un rôle d'éminence grise du droit, soumise en tant que telle à la discrétion et sans possibilité de prendre l'avant-scène : "*L'équité est l'inspiration, la règle est l'expiration*" (N. Molfessis).

Cependant, dans une société contemporaine qui rejette les règles abstraites et surplombantes, les juridictions, dont la mission est d'assurer la paix publique, gagnent en

---

<sup>1337</sup> N. Molfessis, "*L'équité n'est pas une source de droit*", RTD Civ.1998 p. 221 pour commenter un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation qui avait sanctionné une décision qui avait attribué à des salariés une rémunération sur le fondement de l'équité : Cass. Soc., 4 décembre 1996, 94-40693 94-40701, Bull.Civ. V, n°421, JCP 1997, I.4064, n°11, obs. L. Cadet, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038277&fastReqId=2107760325&fastPos=1>.

<sup>1338</sup> Cass. Civ., 6 mars 1876, arrêt cité.

<sup>1339</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Introduction générale, Ph. Malaurie, Cujas, 1994, n°39, p.36.

efficacité en laissant s'orienter, voire en orientant, les justiciables vers les institutions qui, loin d'être contraintes de dissimuler l'équité et la subjectivité derrière les règles, en font usage et confèrent une large place au conventionnalisme, ce qui en fait un de leurs signes attractifs. La primauté conférée à la convention et à l'autonomie de la volonté assure une immédiate satisfaction du désir d'équité et d'individualisme.

**(viii)** Alors que le juge étatique, de manière exceptionnelle, peut tout au plus parfois être autorisé explicitement ou invité de façon implicite par la loi<sup>1340</sup> à se référer au critère correspondant à l'équité subjective pour parvenir au "*juste particulier*" et qui ne relève pas de la règle juridique, le justiciable à l'ère de l'individualisme a, pour être satisfait, un besoin d'écoute active, de dialogue, d'une dimension consensuelle et de critères d'appréciation individualisés plutôt que de règles surplombantes. De son côté, le juge étatique a conscience de cette exigence et de la considération accrue que la société contemporaine accorde aux aspects conventionnels.

Ces exigences traduisent le passage d'une justice normative à une justice qualitative sensible aux particularités ainsi qu'au respect de l'individuel et du singulier.

Dans ces circonstances, le juge étatique a conscience du fait que la médiation et l'arbitrage (MARC et MARD), par leur approche subjective du juste et de l'équité, sont susceptibles d'apporter une plus complète satisfaction aux justiciables, ces derniers étant soucieux de sentir leur individualité être prise en considération.

---

<sup>1340</sup> Renvois explicites : article 270 du Code civil (caractère forfaitaire de la prestation compensatoire), article 278, alinéa 2 du Code civil (fixation inéquitable de la prestation compensatoire), article 565 du Code civil (droit d'accession et choses mobilières), article 815-13 du Code civil (amélioration d'un bien indivis par un indivisaire), article 1194 du Code civil (équité dans la force obligatoire du contrat), article 1579 du Code civil (estimation de la valeur des biens dans le régime matrimonial de participation aux acquêts), article 700 du CPC (prise en charge des frais irrépétibles), loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, article 22-2 (frais de médiation).

L'arbitrage, du point de vue des parties qui ont opté pour ce mode de règlement de leur litige, satisfait leur volonté de voir leurs situations appréciées à l'aune de normes qui constituent leurs références et selon des modalités qui ont été acceptées contractuellement. La clause compromissoire revient, en pratique, à une forme de déclaration préalable d'acceptation des règles qui seront mises en œuvre par les arbitres (la règle selon laquelle en principe la sentence n'est pas susceptible de recours relève d'ailleurs de cet esprit). L'option de l'arbitrage contient donc, en elle-même, pour les justiciables un facteur accru de satisfaction. Du côté juge étatique, l'option de l'arbitrage limite son rôle à la garantie que la volonté des parties soit respectée et que se réalise efficacement l'arbitrage convenu. Au-delà de cette unique garantie, le juge étatique est exempt de responsabilité morale vis-à-vis des parties qui ont sciemment choisi elles-mêmes d'écarter sa *jurisdictio* en optant pour l'arbitrage.

La médiation, qui est conçue pour être un processus par lequel les parties, en toute liberté et dans un secret total, peuvent confronter leur point de vue, permet aux parties que soient pris en considération des éléments qui n'auraient pas de pertinence dans un débat strictement judiciaire et finalement de mettre un terme à leur conflit au moyen d'un accord. La médiation est comprise comme un facteur de satisfaction et ce, tant directement aux yeux des parties, qu'indirectement aux yeux du juge : par définition, si l'accord intervient, il procure aux parties une paix satisfaisante et si les parties s'imposent la paix, le juge, par sa simple surveillance, voit se réaliser l'essence de sa fonction.

Dans ces circonstances et pour sortir de tout "*tiraillement*", le juge, usant de sa technicité juridique, met en œuvre un "*pouvoir politique*" de création de règles qui lui permettent de replier ou rétracter sa *jurisdictio* pour laisser s'infiltrer dans l'œuvre de justice des normes a-légales susceptibles de s'adapter à des situations individualisées (médiation) ou les normes particulières des parties en litige (arbitrage).

La satisfaction qui découle des MARC résulte, en définitive, du contrat qui, par hypothèse, dans un système consensualiste, est une expression du juste et de l'équitable.

En définitive, le règlement des conflits par les MARC est une forme de justice contractualisée. Le fondement des MARC est contractuel mais son objet n'est pas définitivement détaché du pouvoir des juridictions étatiques.

En effet, tous les MARC s'inscrivent dans un environnement contractualisé. Le MARC est initié par un contrat : la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire commencent par un accord des parties et visent à aboutir à une transaction ; l'arbitrage est fondé sur la clause compromissoire.

Le fondement contractuel des MARC laisse au litige un rattachement avec les juridictions étatiques du fait de l'encadrement institué ou opéré par celles-ci (supervision du juge, organisation, délai de rigueur, éventuelle sanction du juge soit au moyen d'une homologation ou d'un exequatur, soit par le contrôle de validité en cas de recours dans le domaine de l'arbitrage) et du fait de l'assimilation des effets des MARC aux effets d'un procès (suspension de la prescription ; homologation).

Ainsi les MARC créent une "*interpénétration active*" (L. Cadiet utilise le mot "*compénétration*") entre la sphère du contrat et le monde judiciaire, les règles et les procédures des deux sphères s'entraîdant nécessairement pour concourir à assurer l'efficacité de l'option choisie par les parties. Les volets contractuels sont simplement perçus par tous les acteurs (parties et juges) comme un facteur de satisfaction, en termes de justice et d'équité, pour l'issue à intervenir.

En réalité, se constitue un continuum de normes. À cet égard, le professeur Jean Commaille écrivait à propos de la pensée du professeur Jean Carbonnier :

*« Jean Carbonnier lui-même, dans son manuel de sociologie juridique, reprend la distinction anglo-saxonne, dont la langue française ne fournit pas d'équivalent, entre*



*mores* (comme « règles de mœurs, norme du convenable »), *folkways* (comme « manières de vivre d'un peuple », comme usages sociaux, comme « habitudes d'une nation ou, du moins, d'un groupe social ») et *law*, pour bien signifier que l'objectif de connaissance et celui de l'action du législateur est d'être sensible à cette économie des relations entre différents types de normes, laquelle pèse à la fois sur les conditions de création de la norme juridique et sur ses mises en œuvre »<sup>1341</sup> (nous soulignons)

**(ix)** Devant cette pratique de justice contractualisée qui s'opère en dehors de l'enceinte du Palais de justice, les éléments sur lesquels reposent le prestige et l'autorité de la justice peuvent être un lieu (au sens philosophique<sup>1342</sup>) de réflexion et d'interrogation.

En 2012, quelques temps avant que le Tribunal de Grande Instance de Paris (devenu depuis Tribunal Judiciaire) ne quitte le centre de Paris (10 boulevard du Palais, dans le 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris) pour s'installer près du périphérique dans la Cité Judiciaire (Place du Parvis, dans le 17<sup>e</sup> arrondissement de Paris), un ancien Bâtonnier du Barreau de Paris et Président du Conseil des Barreaux Européens, exprimait une inquiétude en constatant que le Palais de Justice, signe symbolique et emblématique de la Justice, ne serait plus au centre de la "cité" au sens ancien de ce terme.

Le Bâtonnier justifiait son émotion dans ces termes :

*"La justice vit de symboles car elle irradie la société civile des valeurs du bien et du mal [...] le respect qui lui est dû tient à sa place dans la cité. Les Palais de Justice, construits [...] au centre de la cité [...]. C'est une condition de la perception et de l'acceptation de la justice par le justiciable [...] alors que les Palais de Justice [...] étaient au centre de la Cité, les cités judiciaires que l'on construit aujourd'hui sont, elles, placées en périphérie. Le symbole d'une justice qui irradie de ses valeurs morales depuis le centre de la Cité et qui*

---

<sup>1341</sup> J.Comaille, « Les normes », dans « Jean Carbonnier 1908-2003 écrits », p.600, textes rassemblés par R.Verdier, Presses Universitaires de France.

<sup>1342</sup> Dictionnaire philosophique, édition CNRS Larousse, sous la direction de M. Blay, p. 615 : « Lieu est un schème d'intelligibilité pour construire des raisonnements cohérents et vraisemblables. Chez Aristote, les lieux fournissent les modalités appropriées pour trouver les meilleures prémisses et construire un raisonnement cohérent ».

*trouve, par la place qu'elle occupe, une part essentielle de sa légitimité et du respect que l'on doit lui porter, est sensiblement amoindri."*<sup>1343</sup> (Nous soulignons)

Ainsi, le projet de déplacement physique du Palais de Justice vers la "périphérie" de la cité suscitait à lui seul une inquiétude de voir se marginaliser à la fois l'image tutélaire de l'Institution Judiciaire et sa capacité symbolique à diffuser ("à irradier") dans la société les valeurs morales qu'elle représente et dont elle est garante. En quelque sorte, il était craint, qu'en s'éloignant de sa place physiquement centrale au sein de la cité, le symbole physique de la justice puisse perdre la capacité d'imposer le respect qui lui est dû et son pouvoir de diffusion des valeurs qu'elle symbolise.

L'observation de l'évolution des attentes du justiciable établit pourtant qu'une telle crainte n'est pas justifiée. C'est désormais lorsqu'elle veille simplement mais efficacement à la satisfaction du justiciable dans son désir de "*Juste et Equitable subjectifs et individualisés*" que l'Institution Judiciaire gagne en considération.

En effet, depuis une trentaine d'années, le souci de la satisfaction des justiciables a commencé à s'imposer.

Or, à l'ère de l'individualisme, de la sensibilité à la violence, du rejet des règles surplombantes, de la désacralisation de la loi, l'image d'une justice exclusivement écrasante et distante ne serait plus adaptée. La satisfaction du justiciable, donc de la paix sociale, ne peut être assurée que par la multiplication de solutions consenties.

Dans cet état d'évolution du monde, l'autorité du juge étatique devient la force qui accompagne le justiciable à trouver un accord, qui garantit l'efficacité de la clause

---

<sup>1343</sup> B. Vatiez, *Gaz.Pal.*, n° 311, 6 novembre 2012, n° GP20121106011, p.12.

compromissoire et qui encadre les institutions chargées de mettre en œuvre les MARC et les MARD.

**(x) Vers une œuvre de justice enrichie**

L'herméneutique des décisions des juridictions étatiques a permis de relever et d'analyser les moyens juridiques par lesquels les juridictions étatiques parvenaient techniquement à replier ou rétracter leur *jurisdictio*.

Ces moyens juridiques, par leur nombre, la diversité de leur nature, l'originalité de leur construction et leur orientation systématiquement dans le même sens, démontrent que l'objectif au service duquel ils sont articulés préexistait avant le raisonnement qui a conduit à les adopter. Ainsi, l'analyse des décisions a révélé l'"*objectif*" qui a commandé la démarche et le raisonnement "*a priori*" justifiant le repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio*.

L'objectif puis l'effet du repli par les juridictions étatiques de leur *jurisdictio* ont permis à "*l'œuvre de justice*" de s'enrichir du "*juste individualisé*" tel que les parties peuvent le privilégier au moyen du contrat, ce dernier étant le pilier sur lequel se bâtissent toutes les solutions de MARC.

En outre, la possibilité de voies de procédures différenciées (MARD, Arbitrage, Judiciaire) accroît les choix stratégiques des parties en litige pour la défense de leurs intérêts puisque les moyens peuvent avoir une portée ou une pertinence différente en fonction de l'institution saisie du règlement du différend.

Les divers modes alternatifs de règlement des différends (Arbitrage, Médiation), de par les normes a-légales qu'ils émettent et de par l'efficacité desdites normes, concourent à l'avènement d'une appréciation des litiges métissée de "*légal, de juste et d'équitable*".

Aristote apercevait cette convergence comme une plénitude "*ce qui est équitable, étant supérieur au juste envisagé en particulier, est juste par cela même*"<sup>1344</sup>.

Paris, le 29 novembre 2020

---

<sup>1344</sup> Aristote, *L'éthique de Nicomaque*, *op.cit.*, Livre V, Chapitre X.

## BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Elle ne reprend pas l'ensemble des références de bas de page de la thèse.

### I. Sources sur l'histoire des institutions

BADINTER Robert (dir.), *Une autre justice*, Paris, Fayard, 1989.

BEAUD Olivier, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2016.

BOUCHER Philippe, *La Révolution de la justice : des lois du roi au droit moderne*, Paris, éd. Jean-Pierre de Monza, 1989.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, CNRS Éditions, 1920.

CAYLA Olivier, RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France (dir.), *L'Office du juge*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002.

CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1992.

-, *L'État post-moderne*, Paris, LGDG, coll. « Droit et société », 2003, 3<sup>e</sup> éd., 2008.

CLAM Jean, MARTIN Gilles (dir.), *Les Transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. « Recherches et travaux », 1998.

COMMAILLES Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2015.

FARCY Jean-Claude, *L'Histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*, Paris, PUF, « Collection Droit et justice », 2001.

FERRY Jean-Marc, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 2000.

FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

GARNOT Benoît (dir.), *L'Infrajudiciaire du Moyen-Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 1996.

-, *Histoire de la justice. France, XVI<sup>e</sup> – XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Folio-Histoire », 2009.

- GAUDEMET Jean, *Les Naissances du droit*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1997.
- GOYARD-FABRE Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, PUF, 1989.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du Droit*, LGDJ/Montchrestien, coll. « La pensée juridique », 1999.
- KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997.
- KRYNEN Jacques, *L'État de justice, t. I (France, XIIIe-XXe siècle : L'Idéologie de la magistrature ancienne), t. II (France, XIIIe-XXe siècle : L'Emprise contemporaine des juges)*, Paris, Éditions Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2009 et 2012.
- PADOA-SHIOPPA Antonio (dir.), *Justice et Législation. Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, coll. « Hautes Études », 1997.
- PICQ Jean, *Une histoire de l'État en Europe : Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.
- REDOR Marie-Joelle, *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1992.
- ROSANVALLON Pierre, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. « Points Histoire », 1993.
- ROYER Jean-Pierre, *Histoire de la Justice en France*, Paris, PUF, 1995.
- SENELLART Michel, *Les Arts de gouverner*, Paris, Seuil, coll. « Des travaux », 1995.

### **Sources sur les évolutions actuelles du droit**

- ALLARD Julie, GARAPON Antoine, *Les Juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.
- Avenir (L') du droit, Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, éd. du JurisClasseur, 1999.
- AUBY Jean-Bernard, *La Globalisation, le Droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010.
- BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2016.
- BOSCOVIC Olivera (dir.), *La Déjudiciarisation*, Paris, Mare & Martin, 2012.
- BOURETZ Pierre (dir.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991.

- BROWN Wendy, *Les Habits neufs de la politique mondiale. Néolibéralisme et néoconservatisme*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.
- , *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, MIT Press, Zone Books, 2015.
- CADIET Loïc, « Les jeux du contrat et du procès », dans *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23.
- , *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, Paris, coll. « Droit et justice », 2003.
- CANIVET Guy, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », dans *Le Juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 243.
- , FRISON-ROCHE Marie-Anne, KLEIN Michael (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2005.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1971, 10<sup>e</sup> éd., 2001.
- CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie, GUINCHARD Serge, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 35<sup>e</sup> éd., 2020.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, HIEZ David (dir.), *La Contractualisation de la production normative*, Actes du Colloque, Université Lille 2, 2008.
- CIMAMONTI Sylvie, PERRIER Jean-Baptiste, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Paris, LGDJ, 2019.
- COHEN-TANUGI Laurent, *Le Droit sans État*, Paris, PUF, 2017.
- COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, ROBERT Cécile (dir.), *La Juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000, rééd. 2010.
- , KALUSZYNSKI Martine (dir.), *La Fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches et territoires du politique », 2007.
- DARDOT Pierre, LAVAL Christian, *La Nouvelle Raison du monde. Essai sur la société libérale*, Paris, La Découverte, 2009.
- , *Ce Cauchemar qui n'en finit pas : Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, Paris, La Découverte, 2016.
- DE MUNCK Jan, VERHŒVEN Marie, *Les Mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?*, Bruxelles, De Boeck, 1997.
- DEFFAINS Bruno (éd.), *L'Analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préface de Guy Canivet, Paris, Cujas, 2002.

-, « Systèmes juridiques et performances économiques : existe-t-il un système de droit efficace ? » *Gazette du Palais*, n°242, 2015, p. 22.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Voies du droit », 1986.

-, *Les Forces imaginantes du droit*, 4 tomes, Paris, Seuil, 2004-2011.

DONIER Virginie, LAPEROU-SCHENEIDER Béatrice (dir.), *L'Accès au juge : Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

FEREY Samuel, *Une Histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

-, DEFFAINS Bruno, *Agir et Juger. Comment les économistes pensent le droit*, Paris, Presses de l'Université de Paris 2, 2010.

FOESSEL Michaël, « Légitimations de l'État. De l'affaiblissement de l'autorité à la restauration de la puissance », *Esprit*, n°313 (3/4), mars-avril 2005, p. 242-256.

-, *État de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2010.

FRYDMAN Benoît *et al.*, *La Participation du citoyen à l'administration de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

GARAPON Antoine, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010.

-, « Préface : le nouvel âge de l'autorité », *Autrement*, n° spécial « Quelle autorité ? », n° 198, 2000, p. 8.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, (Règlement 44/2001 et Conventions de Bruxelles et de Lugano), Paris, Lextenso, coll. « Droit des affaires », 5ème édition, 2015 (avec le règlement Bruxelles Ibis).

GUINCHARD Serge (dir.), *L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2008.

ISRAËL Liora, SACRISTE Guillaume, VAUCHEZ Antoine, WILLEMEZ Laurent (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, PUF, 2006.

*Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, collectif, Paris, Dalloz, 2010.

KESSEDJIAN Catherine, *Le Droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016.

LAVAL Christian, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007.



- LAHER Rudy, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, thèse publiée avec la préface de G. Decoq, MARE & MARTIN, 2016.
- MAGENDIE Jean-Claude, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport au garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, 2004.
- MAZABRAUD Bertrand, *De la juridicité : le droit à l'école de Ricœur*, préface d'Antoine Garapon, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2017.
- MÉTAIRIE Guillaume, *La Justice de Proximité. Une approche historique*, Paris, PUF, 2004.
- MORAND Charles-Albert, « La contractualisation du droit dans l'État-providence », dans CHAZEL François, COMMAILLE Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulations sociales*, Paris, LGDJ, 1991, p. 139.
- MUIR WATT Horatia, FAIRGRIEVE Duncan, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, 2006.
- ONFRAY Alexandra, « Le glaive et la balance : à la recherche d'un équilibre », *Inflexions*, numéro spécial « La judiciarisation des conflits », Paris, La Documentation française, n° 15, 2010, p. 69.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PIROVANO Antoine (dir.), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988.
- REYNAUD Jean-Daniel, *Le Conflit, la négociation et la règle*, Toulouse, Octares, 1995.
- RIVIÈRE-MARIETTE Sophie, MOLLARD-COURTAU Christophe, « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2013, n° GPL137q5.
- SUPIOT Alain, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.
- , *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- , *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015.
- TERRÉ Dominique, « Le pluralisme et le droit », dans *APD*, 2005, t. 49, p. 69.
- , *Les Questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007.
- VALENTIN Vincent, *Les Conceptions néo-libérales du droit*, préface de Jacques Chevallier, Paris, Economica, coll. « Corpus essais », 2002.

VANDERLINDEN Jacques, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme », dans LEROY Étienne (éd.), *Cahier d'anthropologie du droit - 2003 – Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 2004, p. 21.

*Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, collectif, Paris, Dalloz, 2008.

### **Sources sur les modes alternatifs de résolution des différends**

CADIET Loïc, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 147.

- (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, Paris, LexisNexis/Litec, coll. « Pratique professionnelle », 2005.

-, CLAY Thomas, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, Dalloz, 2016.

CECCHI-DIMEGLIO Paola, BRENNEUR Béatrice (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes alternatifs de résolution des conflits/Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution*, Paris, Larcier, 2015.

CHEVALIER Pierre, DESDEVISES Yvon, MILBURN Philip (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2003.

DEFFAINS Bruno, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », dans *Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges*, Paris, La Documentation française, 2002.

-, « Economics of Alternative Dispute Resolution », dans CECCHI-DIMEGLIO Paola, BRENNEUR Béatrice (dir.), 2015, p. 63.

DEGRANDI Jacques, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », Discours d'ouverture à la conférence, *Gaz. Pal.*, 5 juill. 2008, n° GP20080705002, p. 7.

*Guide (Le) des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, collectif, Paris, LGDJ, 2017-2018.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, VERT Fabrice, « Construire la confiance entre justice et médiation », *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n° GPL253d3, p. 9.

JALLAMION Carine, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 16-17 janv. 2009, p. 3.

JARROSSON Charles, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n° 2, 1997, p. 311.

LE ROY Etienne, GARAPON Antoine, GIRARDET Alain, *La Conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges*, Paris, Association d'études et de recherches de l'ENM et Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université Paris I, 1989.

*Modes (Les) alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?* Rapport de recherche, Mission de recherche droit et justice, 2001.

### **Sources sur la médiation**

ALEXANDER Nadja (dir.), *Global Trends in Mediation*, Alphen aan den Rin, Kluwer Law International, 2e éd., 2006.

ARENS Chantal, FRICERO Natalie, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2015, n° GPL222e8, p. 13.

BADER Elizabeth E., « The Psychology And Neurobiology Of Mediation », *Cardozo Journal Of Conflict Resolution*, vol. 17, n° 2, 2016, p. 363.

BELLE DE ORTIZ SOTELO Élise, « Le point sur la médiation judiciaire : l'enquête de la cour d'appel de Paris », *Gaz. Pal.*, 11 juill. 2017, n° GPL298t6, p. 12.

BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, *Justice et médiation – Un juge du travail témoigne*, Paris, Éditions du Cherche Midi, 2006.

BONAFÉ-SCHMITT Jean-Pierre, *La Médiation : une autre justice*, Paris, Syros, 1992.

-, *La Médiation : une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 1992.

-, « La médiation, un nouveau mode de régulation sociale », *Histoires de développement*, n° 20, décembre 1992.

-, *La Médiation pénale en France et aux États-Unis*, préface de Mylène Jaccoud, Paris, LGDJ, 1998.

-, *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, 2001.

-, « Les modèles de médiation : modèles latins et anglo-saxons de médiation », *Jurisprudence, revue critique*, 2013.

- BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard, BENSIMON Stephen (dir.), *Arts et techniques de la médiation*, Paris, Litec/LexisNexis, 2004.
- BRENNEUR Béatrice (dir.), *Panorama des médiations du monde : la médiation, langage universel de règlement des conflits*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- DARMON Marco, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP*, 1996, 1, p. 437.
- DE LOYNES DE FUMICHON Bruno, *Histoire de la Médiation - Des repères dans le temps des médiateurs*, Paris, Médias & Médiations, 2016.
- DE MUNCK Jean, *De la loi à la médiation*, dans ROSANVALLON Pierre *et al.*, *France : les révolutions invisibles*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, p. 311.
- DELCOURT Marie-Odile *et al.*, *La Médiation humaniste, pour « faire société » dans la prise en charge des différends*, Paris, Institut Jean Nicod, 2015.
- FAGET Jacques, « La double vie de la médiation », *Droit et société*, n°29, 1995, p. 25.
- , *La Médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville, Érès, 1997.
- , « Les métamorphoses du travail de paix : état des travaux sur la médiation dans les conflits politiques violents », *Revue française de science politique*, vol. 58, n°2, p. 309-333.
- GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *La Médiation*, Paris, coll. « Que sais-je ? », 7<sup>e</sup> éd., 2015.
- JOLY-HURARD Julie, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse de doctorat en droit sous la direction de Serge Guinchard, Université Paris 2, 2002 ; publiée : Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- LE ROY Étienne, « La médiation mode d'emploi », dans *Droit et société*, n° spécial « La médiation », n°29, 1995, p. 39.
- NICOLAU Gilda (dir.), *La Médiation, entre renouvellement de l'offre de justice et droit*, n°spécial de *Jurisprudence, Revue critique*, n° 4, 2013.
- MARTIN R., « Quand le grain se meurt...de conciliation en médiation », *JCP*, 1996, I, 3977, n° 9, p. 439.
- PALARD Jacques, « Médiation et institution catholique », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 133, janvier-mars 2006.
- SERVERIN Evelyne, « Le médiateur civil et le service public de la justice », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, avril-juin 2003, p. 229.
- SESBOÛÉ Bernard, « *Jésus Christ l'unique médiateur. Essai sur la rédemption et le salut* », Paris, Edition Desclée, coll. « *Jésus et Jésus-Christ* », 2<sup>e</sup> éd., 2003.

SIX Jean-François, *Le Temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990.

-, *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

-, *Les Médiateurs*, Paris, Le Cavalier bleu, 2003.

« Traitement juridictionnel des modes amiables de résolution des différends (MARD) en matière civile », numéro spécial de *Justice Actualités*, n° 12, 2014.

VERT Fabrice, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2014, n°GPL162g0, p. 9.

-, « Médiation : mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2014, n° GPL200r9, p. 14.

UMBREIT Mark, LEWIS Ted, *What Is A Humanistic Approach to Mediation ? An Overview*, Saint Paul, Center for Restorative Justice and Peacemaking/University of Minnesota, 2015.

### **Sources sur l'arbitrage**

*1981 – 2011 : trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage*, Paris, Association française d'arbitrage, 2013.

ANCEL Jean-Pierre, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », dans *Le Juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 161.

-, « L'arbitrage comme juridiction internationale autonome », *Revue de droit des affaires*, 2007, p. 883.

-, « L'Arbitrage international en France (principes et système) », dans *APD*, tome 52, 2009, p. 197.

*Arbitrage (L)*, n° spécial, *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, tome 52, 2009.

BENSAUDE Denis, « Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage », dans *La Gazette du Palais*, chroniques récurrentes consultées jusqu'à fin 2018.

BOLLÉE Sylvain, *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préface de P. Mayer, Paris, Economica, 2004.

BOUCARON-NARDETTO Magali, *Le Principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse Université Nice Sophia Antipolis, 2011, publiée avec la préface de J.-B. Racine aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

BOUCHE Nicolas, « Les modes alternatifs de règlement des différends internationaux de propriété intellectuelle », *Revue Lamy du Droit des Affaires* (RLDA 6719), n° 148, mai 2019, p. 29-34.

CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2008.

CARBONNEAU Thomas E., "A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate", *in* Thomas E. Carbonneau (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, New York, Juris Publishing, Kluwer Law International, 1990, p. 11.

CASTELLANE Béatrice, « The New French Law on International Arbitration », *J. Int'l Arb.*, 2011, p. 371.

CHANTEBOUT Vincent, *Le Principe de non révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Paris 2, 2007.

CHEKROUN David, « L'imperium de l'arbitre », dans *L'Arbitrage*, dans *APD*, tome 52, 2009, p. 135.

CLAY Thomas, *L'Arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

-, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, Paris, Dalloz, 2004.

-, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011, p. 331.

-, « 'Liberté, Égalité, Efficacité' : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article », *JDI*, 2012, p. 817.

-(dir.), *Le Nouveau droit français de l'arbitrage*, actes du colloque du 28 février 2011, Paris, Lextenso, 2011.

CLAY Thomas, LOQUIN Eric, *Droit de l'arbitrage*, Dalloz, coll. « Précis-droit privé », à paraître en 2019.

COHEN Daniel, *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993.

-, « Justice publique et justice privée », *Archives de philosophie du droit*, tome 41, 1997, p. 149.

CORNU Gérard, « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme », *Rev. arb.*, 1980, p. 583.

CRÉPIN Sophie, *Les Sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Paris, LGDJ, 1995.

DERAINS Yves, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », dans *Le Nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2011, p. 91.

- ISSA-SAYEGH Joseph, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Uniform Law Review*, vol. 4, n° 1, janvier 1999, p. 5.
- FADLALLAH Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. Cours La Haye*, 1994-V, t. 249, p. 365.
- , HASCHER Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Paris, Dalloz, 2019.
- FOUCHARD Philippe, « Les usages, l'arbitre et le juge », dans *Le Droit des relations économiques internationales - études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 67.
- , « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », dans *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 95.
- , GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- GAILLARD Emmanuel, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journal du droit international*, vol. 122, n° 1, 1995.
- , « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans *Études de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean-François Poudret*, Lauzanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387.
- , « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 134, n°4, 2007, p. 1172.
- , *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye, Martinus Nijhoff, coll. « Académie de droit international de La Haye », 2008.
- , « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2011, n°2, p. 263.
- , DE LAPASSE Pierre, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011, p. 175.
- GOLDMAN Berthold, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, tome 9, 1964, p. 177.
- , « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI*, 1979, p. 475.
- , « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », dans *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M., 1993, p. 241.
- HOUTCIEFF Dimitri, « Le principe de cohérence : vingt ans après », dans *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, Paris, LGDJ, 2019.

- , *Le Principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2002.
- JARROSSON Charles, *La Notion d'arbitrage*, préface de Bruno Oppetit, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1987.
- , PELLERIN Jacques, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, p. 5.
- , RACINE Jean-Baptiste, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.*, 2016, p. 1007.
- KAHN Philippe, « La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses », *R.D. McGill*, vol. 37, 1992, p. 413.
- KASSIS Antoine, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2006.
- KESSEDJIAN Catherine, « La place laissée à la souveraineté de l'État par l'arbitrage international », dans Conseil d'État – Droits et Débats, *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?*, Colloque du 10 avril 2015, Paris, La Documentation française, 2016, p. 45.
- KLEIMAN Elie, SPINELLI Julie, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – À propos du décret du 13 janvier 2011 », *Gaz. Pal.*, 27 janv. 2011, p. 9.
- LAGARDE Paul, « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans *Le Droit des relations économiques internationales - études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125.
- LAZAREFF Serge, « De l'amour du juge », *Gaz. Pal.*, Spécial arbitrage, 21-22 octobre 2005, p. 3.
- LEDUC Antoine, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », *Revue juridique Thémis*, vol. 35, n° 1 et 2, 2001, p. 438.
- LOQUIN Eric, « Où en est la *Lex mercatoria* », dans LEBEN Charles, LOQUIN Eric, SALEM Mahmoud, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : à propos de trente ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 28.
- , « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1034, 2009.
- , « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.*, 2011, p. 255.



-, « L'arbitrage – définition – nature juridique », *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1005, 2013.

LOQUIN Eric, MANCIAUX Sébastien (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, Lexis-Nexis, 2014.

MAYER Pierre, *OHADA -Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

-, « Principes UNIDROIT et *lex mercatoria* », dans FOUCHARD Philippe, VOGEL Louis, *L'Actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 31.

MOREAU Bertrand (dir.), *L'Arbitrage institutionnel en France*, préface de Geneviève Augendre, Bruxelles, Bruylant, 2016.

MOTULSKY Henri, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. Raymond, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010.

MOURRE Alexis, CHESSA Valentine, « The New French Arbitration Law : Innovation and Consolidation », *Dispute Resolution Journal*, May-July 2011, p. 80.

MUIR WATT Horatia, *Aspects économiques du droit international privé : Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

-, « Économie de la justice et arbitrage international : réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation », *Rev. arb.*, vol. 3, 2008, p. 389.

MUSTILL Michael (Lord Justice), « The New *Lex Mercatoria* : the First Twenty-Five Years », in BOS M., BROWNLIE I. (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

NOURISSAT Cyril, « L'arbitrage de la propriété intellectuelle », *Revue Lamy du Droit des Affaires* (RLDA 6717), n° 148, mai 2019, p. 19-23.

OPPETIT Bruno, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 415.

-, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998.

OSMAN Filali, *Les Principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface d'Eric Loquin, Paris, LGDJ, 1992.

« Nouvelle (La) convention d'arbitrage après la loi "Justice du XXI<sup>e</sup> siècle" », colloque du 30 novembre 2016, *Cah. arb.*, 2017, I, p. 11-76.

PELLET Alain, « La *Lex Mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à*

*la fin du XXe siècle : à propos de trente ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 53.

POUDRET Jean-François, « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *BICC*, 15 décembre 2005, p. 3.

-, BESSON Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

RACINE Jean-Baptiste, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », dans CLAM Jean, MARTIN Gilles (dir.), *Les Transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 2.

-, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos de L. Boy, préface de Ph. Fouchard, Paris, LGDJ, 1999.

-, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

-, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016.

« Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage », *JO*, n° 0011 du 14 janv. 2011, p. 773, texte 8.

SANTULLI Carlo, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005.

SERAGLINI Christophe, « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 », *Cah. arb.*, 2011, p. 375.

-, ORTSCHIEDT Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien/Lextenso, coll. « Domat droit privé », 2013.

STONE SWEET Alec, GRISEL Florian, « L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif », dans *APD*, tome 52, 2009, p. 75.

TERRÉ François, « L'arbitrage comme essence du juridique », *Liber Amicorum Claude Reymond-Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 309.

TOTH Orsolya, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

VIRALLI Michel, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », dans *Le Droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 373.

## **Dictionnaires**

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003.

CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.

POMIES Olivier, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Rennes, PUR, coll. « Didact Droit », 2001.

## **Principales publications périodiques spécialisées**

*Les Cahiers de l'Arbitrage*

*Gazette du Palais*

*Journal de droit international (Clunet)*

*JurisClasseur*

*Les Petites Affiches*

*Recueil Dalloz*

*Revue Procédures*

*Revue de l'Arbitrage*

*Semaine juridique, édition générale*

## ABRÉVIATIONS

<i>Arb. Int.</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>Bull. CCI</i>	<i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
CA	Cour d'appel
<i>Cah. arb.</i>	<i>Les Cahiers de l'arbitrage</i>
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Civ. 1	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. Civ. 2	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. Civ. 3	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCI	Chambre de commerce internationale
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
CPC	Code de procédure civile
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
J.-Cl.	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique/LexisNexis)</i>
<i>JCP Adm.</i> <i>territoriales</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international « Clunet » (LexisNexis)</i>
<i>J Int'l Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration (Kluwer Law)</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
MARD	Modes amiables de règlement des différends
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>

<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
TGI	Tribunal de Grande Instance
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé

## INDEX

**Alternative dispute resolution (ADR)**, p.2, p.125-126, **p.222-223**, p.353-354 (OMPI), p.358-359 (AJUB).

### Arbitrage :

- bonne foi contractuelle, p.328, p.386, **p.454-457**.
  - caractère interne ou international, **p.238 et s.**
  - Common law, **p.463 et s.**
  - équité, **p.456-457**.
  - *estoppel* (bonne foi et loyauté procédurale), **p.384-389, p.464-466**.
  - éthique, **p.457-459**.
  - grands principes, **p.451-452, p.454-458**.
  - jurisprudence arbitrale (notion), p.450 et s., p.467-468, p.522-523, **p.565-569**.
  - logique juridique propre, **p.494-497**.
  - mesures d'instruction, p.332-336.
  - mesures provisoires et conservatoires, p.330-340.
  - morale, **p.457-458**.
  - nullité du contrat, **p.247-251**, p.260-262.
  - obligation de minimiser son dommage, **p.467**.
  - ordre juridique autonome, **p.493 et s.**
  - spécificité des normes substantielles, **p.450 et s.** > *Voir stratégie des parties*
- > *Voir aussi arbitrabilité, arbitre, clause d'arbitrage ou clause compromissoire, juge d'appui, Lex mercatoria, normes a-légales, ordre public, principe compétence-compétence, sentence arbitrale*

### Arbitrabilité :

- AJUB (accord relatif à une juridiction unifiée du brevet), **p.358 et s.**
  - brevet, p.344-345, **p.347-348**.
  - droit de la consommation, **p.341-344**.
  - noms de domaine, **p.354 et s.**
  - OAPI (organisation africaine de la propriété intellectuelle), **p.357-358**.
  - OMPI (organisation mondiale de la propriété intellectuelle), **p.352-357**.
  - propriété intellectuelle, **p.344 et s.**
  - UDRP (règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaines), p.354 et s.
- > *Voir aussi ordre public*

### Arbitre :

- fonction juridictionnelle, **p.367-370**.
- responsabilité, **p.370-374**.

### Clause d'arbitrage ou clause compromissoire :

- appréciation extensive du champ de la —, **p.263-271** (étude d'ensemble), **p.264-267** (groupes de sociétés), **p.267-271** (personnes impliquées dans un contrat)
- autonomie de la —, **p.247-263**.
- contrat pivot, **p.321-323**.

- contrats interdépendants, **p.275-279**.
  - contrats translatifs, **p.272-275**.
  - nullité et inapplicabilité manifestes de la —, **p.307 et s.**
  - opposabilité par référence de la —, **p. 280 et s.**
  - règle matérielle de transmission de la —, p.272-275.
  - séparabilité de la —, > *Voir autonomie de la clause d'arbitrage ou clause compromissoire*,
  - validité de la —, p.230-234, p.239, p.251 et s., p.281.
- > *Voir aussi ordre public, principe de compétence-compétence*

#### **Clause de MARD préalable obligatoire :**

- cause d'irrecevabilité, **p.83-84** (non), **p.88-89** (oui)
  - consécration de la force obligatoire de la —, **p.92 et s.**
  - contestation de la force obligatoire de la —, **p.79 et s.**
  - droit fondamental d'ester en justice, **p.81-82**.
  - droit de résilier un contrat à durée indéterminée, **p.85-87, p.99 et s.**
  - exception d'incompétence, **p.87**.
  - exception dilatoire, **p.84-85**.
  - fin de non-recevoir, **p.83-84** (non), **p.90-92** (non), **p.92-99** (oui)
  - simple manquement contractuel, **82-83**.
- > *Voir aussi MARD*

#### **Déjudiciarisation :**

- constat, **p.9-13**.
  - définition, p.10-12.
  - nature, p.37-39.
  - portée, p.39 et s.
- > *Voir aussi déjudiciarisation en matière administrative, déjudiciarisation en matière civile, déjudiciarisation en matière pénale*

#### **Déjudiciarisation en matière administrative :**

- médiation préalable obligatoire en droit administratif, **p.63-64**.

#### **Déjudiciarisation en matière civile :**

- conciliation, **p.67 et s.**
- divorce sans juge, **p.50-51**.
- exequatur, **p.48-50**.
- incitations et obligations d'un préalable de médiation ou de conciliation, **p.65-67**.
- filtre judiciaire devant la Cour de Cassation, **p.53-54**.
- indemnités plafonnées en matière prud'homale, **p.58-59**.
- le CETA, **p.51-52**.
- médiation de la consommation, **p.59**.
- procédure participative, **p.64-65**.



### Déjudiciarisation en matière pénale :

- chèque sans provision, **p.45-46.**
- comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), **p.62.**
- composition pénale, **p.60-61.**
- convention judiciaire d'intérêt public, **p.46-47.**
- jury populaire, **p.56-57.**
- médiation pénale, **p.47-48.**
- peines plancher, **p.55-56.**
- transaction pénale par officier de police judiciaire (OPJ), **p.61-62.**

### Dynamique des sources de droit :

- modélisation, **p.573 et s.**
- analyse prospective, **p.583 et s.**

### Effets du repli de la *jurisdictio* :

- — sur la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs, > *Voir dynamique des sources de droit*
- — sur la stratégie des parties, > *Voir stratégie des parties*
- — sur la subsidiarité de la juridiction étatique, > *Voir subsidiarité des juridictions étatiques*
- — sur la subsidiarité de la loi, > *Voir subsidiarité de la loi*

**Exequatur**, > *Voir déjudiciarisation en matière civile, ordre public, principe compétence-compétence, sentence arbitrale*

### Judiciarisation :

- illustrations, p.185-187.
- juge suppléant du politique : 616-618 (climat), 638-639 (climat), 596-605 (filiation d'enfants nés de mères porteuses), 605-611 (fin de vie), 611-620 (laïcité)
- notion, p.180.
- portée, p.615-620.
- rapports avec la déjudiciarisation, p.188-191.
- rapports avec la juridicisation, p.181-187

### Juge :

- *a priori* en faveur des MARC, p.2, p.245, p.423 et s.
- adhésion à associations favorables à la médiation (GEMME), **p.104-105.**
- créateur de jurisprudences, **p.628-629, p.629-630.**
- créateur de normes, **p.629-631.**
- désir du juste, p.658-659.
- pouvoir d'influence, **p.638-641.**
- « *pouvoir politique* », **p.623-624** (absence), **p.631-635** (tentative préalable de MARC), p.635-637.
- raisonnement syllogistique et obligation de motivation, **p.624-628.**
- relations avec les médiateurs, **p.106 et s.**  
> *Voir aussi juge d'appui*

**Juge d'appui :**

- mission, **p.408-411**.
- encadrement de son rôle, **p.412-416**.

**Juridicisation :**

- « *droit au droit* », p.183-185.
- multiplication des droits subjectifs, p.182-183.
- notion, p.180.
- rapport avec la judiciarisation, p.181-187.

**Juridictions étatiques :**

- définition, p.30-32, **p.33**.

***Jurisdictio* :**

- définition, p.33.

***Lex mercatoria* :**

- contenu de la —, **p.551-554**.
- foyer normatif non étatique, **p.557-570**.
- juridicisation du système arbitral, p.564-565.
- juridicité de la —, **p.554-557**, p.557-560.
- OHADA, **p.548-551**.
- raisonnement syllogistique, p.560-561.
- sources de la —, p.540-543.
- UNIDROIT, **p.544-547**.
- usages du commerce, p.452, **p.460-463**, p.541, p.555-556.  
> *Voir subsidiarité de la loi*

**Lexicologie statistique :**

- démarche, **p.167 et s.**
- méthode, **p.162 et s.**
- occurrences, **p.169 et s.**
- résultats, **p.172 et s.**

**MARC :**

- distinction MARD et MARC, **p.35** (note 50).

**MARD :**

- cadre légal, **p.109-121**.
- distinction MARD et MARC, **p.35** (note 50).  
> *Voir aussi clause de MARD préalable obligatoire*

### **Médiation :**

- approche médiologique du conflit, **p.208**.
- critères d'analyse juridique des instances pendantes justifiant ou non la —, **p.105**.
- culture libérale pacifiste, **p.222-223**.
- dialectique de la médiation, **p.208-209**.
- exemple d'un cas de médiation, **p.430 et s.**
- homologation, p.78-79, p.447.
- influences idéelles, **p.205 et s.**
- maîtres à penser, **p.216 et s.**
- médiation conventionnelle, p.76 et s.
- médiation judiciaire, p.76.
- méthode du médiateur, **p.440-444**.
- modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la loi, **p.140-142**.
- modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la pratique, **p.140**.
- pacification des rapports sociaux, **p.191 et s.**
- philosophes, **p.217-221**.
- philosophie chrétienne, **p.205-216**.
- processus, p.116, p.208-209, **p.444-445**.
- psychologie comportementale, **p.223-224**.
- réconciliation, p.205 ; p.208-209.
- solutions, **p.445-446, p.448-450**.

> Voir aussi clause de MARD préalable obligatoire, médiation en droit comparé, normes a-légales

### **Médiation en droit comparé :**

- Afrique, **p.123 et s.**
- Algérie, **p.124-125**.
- Allemagne, **p.130-131**.
- Amérique du nord, **p.125-126**.
- Amérique latine, **p.127**.
- Arabo-musulmane (culture), **124-125**.
- Autriche, **p.131**.
- Belgique, **p.131-132**.
- Bulgarie, **p.132**.
- Canada, **p.126**.
- Chine, **p.127 et s.**
- Espagne, **p.132-133**.
- Europe, **p.130 et s.**
- Hongrie, **p.133**.
- Maroc, **p.124**.
- Pays Bas, **p.134**.
- Roumanie, **p.134**.
- Royaume-Uni, **p.134-135**.
- Sénégal, **p.123-124**.
- Suisse, **p.135-136**.

### **Modèle économique et repli de la *jurisdictio* :**

- économie du procès, **p.155 et s.**
- explication du repli de la *jurisdictio* par le modèle économique, **p.144 et s.**
- insuffisance de l'explication économique, > *Voir lexicologie statistique*
- justice managériale ou néo-libérale, **p.145 et s.**, p.160-161.
- *nomos* versus *thesis*, p.150, p.153.
- utilitarisme, p.144, p.148-149.

### **Normes :**

- a-légales, p.2, p.424, p.430 et s., p.452, p.459-463, p.472, p.577-578, p.583 et s., p.651-667 (Conclusion Générale)
- dynamique des —, **p.573 et s.**
- porosité des —, p.584 et s. (*anti-suit injunction*), p.656.

### **Ordre juridique :**

- monisme étatique, **p.504-507.**  
pluralité des ordres juridiques, p.504-507, **p.521-529.**  
> *Voir aussi subsidiarité des juridictions étatiques (arbitrage)*

### **Ordre public :**

- arbitrabilité, **p.323 et s.**
- clause d'arbitrage ou clause compromissoire, **p.254 et s.**
- exequatur, p.323 et s., p.366, p.375 et s.
- principe compétence-compétence, p.306, **p.320-321.**
- sentence arbitrale, **p.375 et s.**

### **Pouvoir :**

- primauté du judiciaire sur le politique, p.16, p.17 et s.
- primauté du politique sur le judiciaire, p.15.
- rapport « *pouvoir politique - pouvoir juridictionnel* », p.14-28, p.590.

### **Principe compétence-compétence :**

- effet négatif de la compétence-compétence, p.289-290, p.295 et s., p.364-365, **p.517-519.**
- effet positif de la compétence-compétence, **p.288-290, p.291-295**, p.364-365, **p.517-519**, p.525.
- exequatur, p.320-321.
- liberté des parties, **p.306-307.**
- règle matérielle internationale (effet négatif du —), **p.318 et s.**  
> *Voir aussi clause d'arbitrage ou clause compromissoire, ordre public*

### **Repli (ou rétractation) de la *jurisdictio* :**

- définition, **p.34-36.**
- environnement institutionnel, p.42-69.

- explication du — par le modèle économique (p.144-161), > *Voir modèle économique et repli de la jurisdictio*
- inspiration prétorienne du — , p.34, p.42, p.101, p.242-243, p.245-246.
- insuffisance de l'explication du — par le modèle économique, p. 161 et s, > *Voir lexicologie statistique*  
> *Voir aussi effets du repli de la jurisdictio*

#### **Sentence arbitrale :**

- appel, **p.392 et s.**, p.396-397, p.417-418.
- contrôle, p.323 et s., **p.349 et s.**, **p.375 et s.**
- exequatur, p.374, **p.375 et s.**, p.394, **p.396 et s.**
- fraude, p.382-383, p.392.
- reconnaissance d'une sentence annulée à l'étranger, **p.399 et s.**
- reconnaissance de la sentence, **p.374-376**, p.379-380, p.382-383.
- recours en annulation, **p.394-396**, p.396-397, **p.397-399.**
- recours en révision, **p.390-392.**
- renonciation à recours, **p.397-399.**
- statut, **p.374-375.**  
> *Voir aussi ordre public*

#### **Stratégie des parties :**

- — au regard du droit procédural, **p.468-469.**
- — au regard des règles substantielles, **p.469-471.**

#### **Subsidiarité de la loi :**

- *nomos*, p.648.
- — et arbitrage (*Lex Mercatoria*), p.476-477, **p.534 et s.**
- — et MARD, p.476.

#### **Subsidiarité des juridictions étatiques :**

- — et arbitrage (**p.493-533**) :
  - o ordre juridique autonome, p.493-492.
- — et médiation (**p.478-493**) :
  - o contractualisation du procès, p.489-492.
  - o contractualisation du règlement des litiges, p.478, p.485.
  - o déclin du légicentrisme, p.478 et s.
  - o porosité des types d'ordonnement juridique (loi, contrat et procès), **p.478-493.**
  - o processualisation du contrat, p.489 et s.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>5</b>
<b>A. LE QUESTIONNEMENT À L'ORIGINE DE LA RÉFLEXION SUR LE REPLI PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DE LEUR <i>JURISDICTIO</i> (JUSTIFICATION DU SUJET)</b> .....	<b>9</b>
A.1. Constat (déjudiciarisation).....	9
A.2. Une vision prospective des effets sur la procédure et sur le droit substantiel du repli par les juridictions étatiques de leur <i>jurisdictio</i> .....	13
A.2.1. La question préalable de la primauté entre les facteurs du rapport « <i>pouvoir politique - pouvoir juridictionnel</i> » .....	14
A.2.2. La primauté du « <i>juridictionnel</i> » dans le rapport « <i>pouvoir politique - pouvoir juridictionnel</i> ».....	17
A.2.2.1. Le besoin de la <i>jurisdictio</i> pour permettre à tout groupe humain de se perpétuer.....	17
A.2.2.2. La confirmation historique de la primauté du « <i>juridictionnel</i> » dans le rapport pouvoir politique - pouvoir juridictionnel .....	19
<b>B. LE SUJET</b> .....	<b>29</b>
B.1. Définition du sujet par la terminologie employée .....	30
B.2. Définition du sujet par la distinction entre « <i>déjudiciarisation</i> » et « <i>repli par les juridictions étatiques de leur jurisdictio</i> » .....	36
B.3. La déjudiciarisation - orientation politique.....	37
B.3.1. La déjudiciarisation : une orientation politique sans technicité juridique.....	37
B.3.2. La déjudiciarisation dépasse les rares cas de disparition totale du juge étatique.....	39
B.3.3. La déjudiciarisation inclut les cas où l'intervention du juge étatique demeure possible .....	41
B.4. Le repli - acte juridique .....	42
<b>C. L'ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL DU REPLI DE LA <i>JURISDICTIO</i></b> .....	<b>42</b>
C.1. La disparition de la <i>jurisdictio</i> du juge étatique.....	45
C.1.1. En matière pénale .....	45
C.1.1.1. La répression du chèque sans provision .....	45
C.1.1.2. La convention judiciaire d'intérêt public .....	46
C.1.1.3. La médiation pénale.....	47

C.1.2. En matière civile.....	48
C.1.2.1. L'exequatur .....	48
C.1.2.2. Le divorce sans juge.....	50
C.1.2.3. Le CETA (Règlement des conflits).....	51
C.1.2.4. Le filtre judiciaire devant la Cour de Cassation .....	513
C.2.        La limitation de la <i>jurisdictio</i> du juge étatique.....	55
C.2.1. En matière pénale .....	55
C.2.1.1. Les peines plancher .....	55
C.2.1.2. Le jury populaire.....	56
C.2.2. En matière civile.....	58
C.2.2.1. Les indemnités plafonnées en matière prud'homale.....	58
C.2.2.2. La médiation de la consommation .....	59
C.3.        La limitation du rôle du juge étatique .....	59
C.3.1. En matière pénale .....	60
C.3.1.1. La composition pénale.....	60
C.3.1.2. La transaction pénale par officier de police judiciaire (OPJ).....	61
C.3.1.3. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) .....	62
C.3.2. La médiation préalable obligatoire en droit administratif.....	63
C.3.3. En matière civile.....	64
C.3.3.1. La procédure participative.....	64
C.3.3.2. Incitations et obligations de conciliation ou de médiation ou de procédure participative ...	65
C.3.3.3. La conciliation.....	67
<b>Le plan d'ensemble et sa justification .....</b>	<b>70</b>
<b>PARTIE I - FAVEUR DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES POUR LA MÉDIATION .....</b>	<b>73</b>
<b>    CHAPITRE 1. LA FAVEUR DES JURIDICTIONS ETATIQUES A L'EGARD DES MARD .....</b>	<b>74</b>
<b>        Section 1. L'évolution jurisprudentielle en faveur des MARD .....</b>	<b>74</b>
1.1. Les moyens de procédure soumis aux juridictions pour contester la force obligatoire de la clause de MARD préalable obligatoire à la saisine du juge .....	79
1.1.1. La clause de MARD, contraire au droit fondamental d'ester en justice.....	81
1.1.2. La clause de MARD, simple manquement contractuel .....	82
1.1.3. La clause de MARD, pas un cas d'irrecevabilité .....	83

1.1.4. La clause de MARD, simple exception dilatoire.....	84
1.1.5. La clause de MARD, forme de renonciation à un droit avant sa naissance .....	85
1.1.6. La clause de MARD, contraire au droit absolu de résilier un contrat à durée indéterminée.....	85
1.1.7. La clause de MARD, une exception d'incompétence .....	87
1.2. Les réponses des juridictions validant la clause de MARD préalable obligatoire.....	88
1.2.1. Les principes bienveillants inaugurés par la chambre commerciale et par la 2 <sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation (cause d'irrecevabilité).....	88
1.2.2. La résistance éphémère de la 1 <sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation.....	90
1.2.3. La consécration de la fin de non-recevoir par la Cour de cassation statuant en chambres réunies .....	92
1.2.4. L'anéantissement du dernier moyen tiré de la liberté de résiliation des conventions à durée indéterminée.....	99
1.3. Les autres formes juridiques ou institutionnelles exprimant l'adhésion des juges au repli de leur <i>jurisdictio</i> .....	103
1.3.1. Définition de critères d'analyse juridique des instances pendantes par des associations de juges favorables à la médiation .....	104
1.3.2. Relations légales et institutionnelles entre juridictions et médiateurs.....	106
<b>Section 2. Le contexte législatif et institutionnel du repli par les juridictions étatiques de leur <i>jurisdictio</i></b> .....	109
2.1. L'organisation des MARD par la loi.....	109
2.1.1. Les textes .....	111
2.1.2. La loi face aux principes généraux : continuité et innovations.....	111
2.1.3. L'évolution favorable à l'autorité des MARD du cadre légal depuis 1995.....	115
2.2. Un mouvement d'une grande ampleur : droit comparé et institutions extra-judiciaires.....	122
2.2.1. Le droit comparé : une convergence internationale .....	122
2.2.2. Le foisonnement des institutions extrajudiciaires de la médiation .....	139
2.2.2-1 Les modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la pratique.....	140
2.2.2-2 Les modes extrajudiciaires de la médiation organisés par la loi .....	140
<b>Section 3. Le phénomène juridique du repli et le modèle économique</b> .....	143
3.1. Explication du phénomène juridique du repli exclusivement par le modèle économique .....	144
3.1.1. La justice au modèle néolibéral ou managérial .....	145



3.1.2. Les MARC pour faire l'économie du procès .....	155
3.2. Démonstration de l'insuffisance de l'explication exclusivement économique par l'analyse de lexicologie statistique .....	161
3.2.1. La méthode.....	162
3.2.1-1 La stratégie des mots.....	162
3.2.1-2 La lexicologie statistique appliquée aux textes instituant la médiation judiciaire .....	165
3.2.1-3 La méthode de la statistique lexicale .....	166
3.2.2. La démarche.....	167
3.2.3. Les résultats : le sens de l'efficacité que révèle le choix des mots .....	172
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>175</b>
<b>CHAPITRE 2. DES COURANTS D'INFLUENCE CONVERGENTS QUI CONCARENT A L'ESSOR DE LA MEDIATION</b>	<b>179</b>
<b>Section 1. Relation entre juridicisation et déjudiciarisation (phénomènes autonomes ou interdépendants ?).....</b>	<b>180</b>
1.1. Les rapports entre juridicisation et judiciarisation .....	181
1.1.1. La multiplication des droits subjectifs.....	182
1.1.2. L'évolution du principe du « <i>droit au droit</i> » pour les personnes privées .....	183
1.1.3. La judiciarisation dans les domaines les plus variés.....	185
1.2. De la judiciarisation à la déjudiciarisation .....	188
<b>Section 2. Le repli de la <i>jurisdictio</i> et la pacification des rapports sociaux.....</b>	<b>191</b>
2.1. La consistance de l'idéologie de la médiation : la paix comme justice.....	191
2.2. L'harmonie entre la médiation et le critère global de pacification des mœurs.....	199
2.3. La paix au-delà de la loi .....	203
<b>Section 3. Le repli de la <i>jurisdictio</i> et les influences idéelles (religions, acteurs, idéologies, maîtres à penser, institutions).....</b>	<b>205</b>
3.1. Les affinités entre la médiation séculaire et les grands préceptes de la philosophie chrétienne.....	206
3.1.1. La figure du médiateur .....	207
3.1.2. Le couple conceptuel personne-relation .....	207
3.1.3. L'approche médiologique du conflit.....	208
3.1.4. La dialectique de la médiation pour passer du « <i>mal</i> » au « <i>bien</i> » et la notion de réconciliation .....	208
3.1.5. De la violence réelle à la violence symbolique, à l'humanisation.....	209

3.1.6. « <i>Ne jugez point</i> » : la tradition anti-légaliste du christianisme.....	210
3.2. L'engagement concret en faveur de la médiation des acteurs catholiques et plus généralement chrétiens.....	211
3.3. Les « <i>maîtres à penser</i> » de la médiation .....	216
3.3.1. Les penseurs de la médiation .....	217
3.3.1-1 Emmanuel Levinas et Paul Ricœur .....	217
3.3.1-2 Jürgen Habermas : de la conception de la source du droit à l'autonomie des individus dans le règlement de leurs conflits.....	219
3.3.2. D'autres sources d'influence dans la promotion de la médiation : la culture libérale pacifiste et les techniques puisées dans la psychologie comportementale .....	221
3.3.2-1 Le rôle de la culture libérale pacifiste dans la promotion des ADR .....	222
3.3.2-2 Les techniques puisées dans la psychologie comportementale.....	223
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>226</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE I.....</b>	<b>227</b>
<b>PARTIE II – PROTECTION DE L'ARBITRAGE PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES .....</b>	<b>229</b>
<b>CHAPITRE 1. LE REPLI DE LA <i>JURISDICTIO</i> ÉTATIQUE PAR UNE APPRÉCIATION FAVORABLE DE LA VALIDITÉ, DU CHAMP ET DE L'OPPOSABILITÉ DES CLAUSES D'ARBITRAGE.....</b>	<b>244</b>
<b>Section 1. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique au moyen du principe de l'autonomie de la clause compromissoire.....</b>	<b>247</b>
1.1. L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à la validité du contrat - l'arrêt Gosset.....	247
1.2. L'amplification des effets de la théorie prétorienne de l'autonomie de la clause d'arbitrage (par rapport à la loi étatique) - les arrêts Hecht, Dalico, Zanzi, Uni-Kod .....	251
1.3. Principe de compétence de l'arbitre même en présence de contestations sur l'existence du contrat principal.....	262
<b>Section 2. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique par l'appréciation extensive du champ d'application de la convention d'arbitrage .....</b>	<b>263</b>
2.1. Appréciation extensive de la clause compromissoire dans les groupes de sociétés .....	264
2.2. Appréciation extensive du champ de la clause compromissoire aux personnes impliquées dans un contrat.....	267
<b>Section 3. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique par l'appréciation libérale de la transmission ou de l'opposabilité de la clause compromissoire.....</b>	<b>271</b>

3.1. Création d'une règle matérielle générale de transmission de la clause compromissoire dans les contrats translatifs.....	272
3.2. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique par la création du principe des contrats interdépendants ....	275
3.3. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique par la création du principe de l'opposabilité des clauses d'arbitrage par référence .....	280
<b>Conclusion du Chapitre 1 .....</b>	<b>284</b>
<b>CHAPITRE 2. ... LE REPLI DE LA <i>JURISDICTIO</i> ETATIQUE PAR L'APPRECIATION EXTENSIVE DE LA COMPETENCE DE L'ARBITRE .....</b>	<b>287</b>
<b>Section 1. Le repli de la <i>jurisdictio</i> étatique par le principe de compétence-compétence..</b>	<b>288</b>
1.1. Le repli constitutif de l'ordre arbitral : l'effet positif du principe de compétence-compétence...	291
1.2. L'effet négatif du principe de compétence-compétence comme garantie du repli de la <i>jurisdictio</i> étatique.....	295
1.2.1. Le repli comme volonté politique du juge étatique d'instituer la subsidiarité de sa juridiction .....	302
1.2.2. Un repli opéré sans retrait.....	305
1.2.3. Le repli ne s'oppose pas à la liberté des parties .....	306
1.2.4. Repli et nullité manifeste et inapplicabilité manifeste.....	307
1.2.5. Du repli du juge étatique à la règle matérielle nouvelle .....	318
1.2.6. Du repli du juge étatique à la règle d'ordre public international .....	320
1.2.7. Le repli du juge étatique par le critère du " <i>contrat pivot</i> " .....	321
<b>Section 2. L'évolution du repli de la <i>jurisdictio</i> étatique en présence d'une règle d'ordre public applicable au litige.....</b>	<b>323</b>
<b>Section 3. Modération des juridictions étatiques dans les mesures provisoires comme mode de repli .....</b>	<b>330</b>
3.1. Encadrement de l'intervention du juge étatique du provisoire <i>ante causam</i> .....	330
3.2. Repli de la <i>jurisdictio</i> étatique dans le domaine des mesures d'instruction et des mesures provisoires et conservatoires.....	332
3.3. Subordination de l'intervention du juge étatique à l'urgence pour préserver la compétence de l'arbitre.....	337
3.4. Limitation du recours au juge des référés par la validation de son exclusion contractuelle .....	339
<b>Section 4. Extension du champ d'arbitrabilité (domaines) .....</b>	<b>340</b>
4.1. L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la consommation.....	341

4.2. L'arbitrabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle.....	344
4.2.1. L'affaiblissement par le juge étatique de la limitation de l'arbitrabilité en matière de brevet .....	347
4.2.2. Le repli sous forme de restriction du contrôle des sentences dans le droit de la propriété intellectuelle et dans l'ordre public international.....	349
4.2.3. Le recul de la <i>jurisdictio</i> étatique dans le domaine de la propriété intellectuelle sous l'effet du rôle moteur des textes et des procédures mises en place par les organisations internationales ...	352
4.2.3-1 L'OMPI (l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) .....	352
4.2.3-2 L'OAPI (l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle) .....	357
4.2.3-3 L'AJUB (l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet) .....	358
<b>Conclusion du Chapitre 2</b> .....	363
<b>CHAPITRE 3. REPLI DE LA JURISDICTION ETATIQUE PAR LE SOUTIEN DES JURIDICTIONS ETATQUES AUX ARBITRES ET AUX SENTENCES ARBITRALES</b> .....	367
<b>Section 1. Assimilation du statut de l'arbitre et du statut des sentences arbitrales à ceux du juge étatique et de ses décisions</b> .....	367
1.1. Consécration de la fonction juridictionnelle des arbitres .....	367
1.2. L'appréciation bienveillante de la responsabilité des arbitres au titre de leur contrat d'arbitre..	370
1.3. Statut de la sentence arbitrale : assimilation de la sentence arbitrale internationale à une décision de justice internationale .....	374
<b>Section 2. Restriction du contrôle des sentences</b> .....	375
2.1. L'interprétation stricte du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public .....	375
2.2. Le principe de l'estoppel au service de l'efficacité de la sentence.....	384
<b>Section 3. Restriction des recours contre les sentences</b> .....	389
3.1. L'encadrement strict du recours en révision.....	390
3.2. Une nouvelle approche de l'appel.....	392
3.3. Délimitation stricte du recours en annulation de la sentence .....	394
3.4. Le durcissement des conditions de recevabilité des recours .....	396
3.5. La possibilité de renoncer de façon anticipée à l'exercice du recours en annulation.....	397
3.6. La reconnaissance d'une sentence annulée à l'étranger - Les arrêts Putrabali .....	399
<b>Section 4. Collaboration du juge d'appui</b> .....	406
4.1. Le juge d'appui : organe de juridiction étatique en charge d'aider à la « <i>spoliation</i> » des juridictions étatiques.....	408

4.2. Les juridictions étatiques veillent à ce que le juge d'appui n'empiète pas sur la <i>jurisdictio</i> des arbitres.....	412
<b>Conclusion du Chapitre 3</b> .....	<b>417</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE II</b> .....	<b>421</b>
<b>PARTIE III – LES EFFETS ET LES LIMITES DU REPLI PAR LES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DE LEUR JURISDICTION</b> .....	<b>428</b>
<b>CHAPITRE 1. EFFETS DU REPLI DE LA JURISDICTION ÉTATIQUE SUR LA STRATÉGIE DES PARTIES</b> .....	<b>429</b>
<b>Section 1. Pratique de la médiation – Solutions par les normes a-légales (exemple de cas de médiation)</b> .....	<b>430</b>
1.1. La situation de fait .....	430
1.2. La médiation.....	438
1.2.1. La méthode du médiateur.....	440
1.2.2. Le processus de médiation .....	444
1.3. Les solutions originales nées de la médiation .....	445
1.4. L'homologation.....	447
1.5. Les attributs essentiels de la solution issue de la médiation.....	448
<b>Section 2. Pratique de l'arbitrage - Solutions par les règles non étatiques</b> .....	<b>450</b>
2.1. Spécificité des normes substantielles de la jurisprudence arbitrale.....	450
2.1.1. Spécificité des sources de création des normes arbitrales.....	451
2.1.1-1 La référence directe aux grands principes faisant consensus.....	451
2.1.1-2 Références aux règles étatiques ou interétatiques .....	452
2.1.1-3 L'inspiration des normes a-légales.....	452
2.1.1-4 L'héritage de la culture de l'arbitrage.....	453
2.1.1-5 Une « <i>interpénétration</i> » de sources .....	453
2.1.2. Normes spécifiques de l'arbitrage par référence directe aux grands principes moraux .....	454
2.1.2-1 La bonne foi .....	454
2.1.2-2 L'équité.....	456
2.1.2-3 La morale et l'éthique.....	457
2.1.3. Normes issues des règles a-légales et transnationales.....	459
2.1.3-1 La spécificité des normes arbitrales provenant des « <i>usages du commerce</i> ».....	460

2.1.3-2	Le recours à des règles transnationales, <i>Common Law</i> .....	463
2.2.	Impact de la spécificité des normes substantielles de la jurisprudence arbitrale sur la stratégie des parties.....	467
2.2.1.	Stratégie des parties au regard du droit procédural.....	468
2.2.2.	Stratégie des parties au regard des règles substantielles.....	469
	<b>Conclusion du Chapitre 1</b> .....	472
	<b>CHAPITRE 2. EFFETS DU REPLI DE LA <i>JURISDICTION</i> ETATIQUE SUR LA SUBSIDIARITE DES JURIDICTIONS ETATQUES (PLURALITE ET AUTONOMIE DES ORDRES JURIDIQUES) ET LA SUBSIDIARITE DE LA LOI (<i>LEX MERCATORIA</i>, UNIDROIT, OHADA)</b> .....	<b>473</b>
	<b>Section 1. Subsidiarité de la juridiction étatique</b> .....	478
1.1.	Dans le domaine de la médiation : porosité des types d'ordonnement juridique (entre la loi, le contrat et le procès) .....	478
1.2.	Dans le domaine de l'arbitrage : d'un système de règles autonomes vers un ordre juridique autonome .....	493
	<b>Section 2. Subsidiarité de la loi : <i>lex mercatoria</i></b> .....	534
2.1.	Genèse et sources de la <i>lex mercatoria</i> .....	540
2.2.	Les initiatives UNIDROIT et OHADA.....	543
2.2.1.	L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) .....	544
2.2.2.	OHADA .....	548
2.3.	Contenu de la <i>lex mercatoria</i> .....	551
2.4.	La nature de la <i>lex mercatoria</i> : la question de la juridicité .....	554
2.5.	L'arbitrage comme un foyer normatif non étatique.....	557
2.5.1.	L'arbitrage est naturellement créateur de normes .....	560
2.5.2.	Du règlement de litiges privés à l'instauration d'un système normatif .....	561
2.5.3.	Vers la juridicisation du système arbitral .....	564
2.5.4.	Est-il possible de parler de jurisprudence arbitrale ?.....	565
2.5.5.	Les facteurs et conditions favorisant l'existence et l'émergence d'une jurisprudence arbitrale.....	566
2.5.6.	L'institutionnalisation de tout système normatif est-elle inévitable ? .....	570
	<b>Conclusion du Chapitre 2</b> .....	570
	<b>CHAPITRE 3. . EFFETS DU REPLI DE LA <i>JURISDICTION</i> ETATIQUE SUR LA DYNAMIQUE DES SOURCES DE DROIT ET DE NORMES OU VALEURS</b> .....	<b>573</b>

<b>Section 1. Modélisation de la dynamique des sources de droit et de normes ou valeurs concurrençant la loi étatique .....</b>	<b>573</b>
1.1. Première étape : l'instauration successive de la fonction juridictionnelle et du pouvoir politique.. .....	575
1.2. Deuxième étape : le pouvoir se développe et émet des normes que les juridictions étatiques font respecter.....	576
1.3. Troisième étape : l'État installé se décharge de ses fonctions juridictionnelles .....	577
1.4. Quatrième étape : les institutions privées émettent des normes qui leur sont propres .....	578
1.5. Cinquième étape : un nouveau pouvoir politique se fait reconnaître .....	581
<b>Section 2. Analyse prospective.....</b>	<b>583</b>
<b>Conclusion du Chapitre 3 .....</b>	<b>588</b>
<b>CHAPITRE 4. LIMITES DU REPLI : LE REDEPLOIEMENT DE LA <i>JURISDICTIO</i> DES JUGES .....</b>	<b>590</b>
<b>Section 1. Le juge, suppléant politique.....</b>	<b>594</b>
1.1. Premier exemple : la reconnaissance de la filiation d'enfants nés par « <i>mère porteuse</i> » à l'étranger .....	596
1.1.1. Les faits et les enjeux.....	596
1.1.2. Première réponse des juridictions .....	599
1.1.3. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et le revirement de la jurisprudence française.....	600
1.1.4. Le juge face à des injonctions contradictoires : entre la fraude à la loi et l'intérêt de l'enfant.....	603
1.1.5. L'appel à la loi et à la « <i>responsabilité</i> » du législateur .....	604
1.2. Deuxième exemple : le vide juridique du critère de fin de vie.....	605
1.2.1. Les faits.....	606
1.2.2. Un cas à l'interface des juridictions nationales, européennes et internationales .....	607
1.2.3. L'affaire Lambert, de la sollicitation du juge à la responsabilité du politique.....	610
1.3. Troisième exemple : le champ d'application de la laïcité.....	611
1.3.1. Les faits.....	611
1.3.2. Des filets de la justice aux filets du législateur .....	614
1.4. La judiciarisation comme réponse à l'autosuffisance de l'individu et au déficit du politique... ..	615
1.5. La judiciarisation révélatrice de la quête de nouveaux forums politiques et d'une redéfinition des rapports de force entre la justice et le politique.....	616

<b>Section 2. Les juges, émetteurs de normes : d'une absence de « <i>pouvoir politique</i> », à un « <i>pouvoir politique</i> », voire à un pouvoir d'influence.....</b>	<b>620</b>
2.1. De l'absence de « <i>pouvoir politique</i> » à la création de jurisprudences.....	623
2.1.1. Des juges en principe sans « <i>pouvoir politique</i> ».....	623
2.1.2. La création juridique inhérente au raisonnement syllogistique et à l'obligation de motivation.....	624
2.1.3. Le pouvoir des juges de créer des jurisprudences.....	628
2.2. De la création de normes au « <i>pouvoir politique</i> ».....	629
2.2.1. De la jurisprudence à la création de normes.....	629
2.2.2. De la création de normes au « <i>pouvoir politique</i> ».....	631
2.2.3. Illustration du pouvoir politique des juges : la tentative préalable de MARC.....	631
2.3. Du « <i>pouvoir politique</i> » au pouvoir d'influence.....	635
2.3.1. Du repli de la <i>jurisdictio</i> à l'affirmation de valeurs normatives.....	635
2.3.2. Du repli de la <i>jurisdictio</i> à la <i>promotion des valeurs normatives</i> .....	638
2.3.3. L'influence du juge sur la vie économique.....	639
<b>Conclusion du Chapitre 4.....</b>	<b>641</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE III.....</b>	<b>642</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>651</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>668</b>
<b>ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>683</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>686</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>693</b>