

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS

L'image en "trompe l'œil" d'un succès

Vous m'avez demandé de vous présenter en un peu moins d'une heure un exposé sur les modes alternatifs de règlement des conflits (Marc) en France. Le champ est si vaste que la question revient à demander à un enfant de décrire tous les paysages qu'il traverse à pied de Shanghai à Hongkong. Si la marche à pied permet une observation plus précise, je prendrai pourtant l'avion qui va plus vite et qui nous donne un point de vue général. Je laisserai à ceux qui ont eu le temps de faire le chemin à pied de vous faire part de leur expérience de terrain. C'est donc à une réflexion nécessairement plus théorique et doctrinale que je vous invite. Trois points domineront ma présentation :

Le fondement culturel de la justice en France qui est plus juridique et conflictuel que consensuel ne correspond pas aisément aux conceptions qui fondent les modes alternatifs de justice. Cela explique peut-être la raison pour laquelle, la notion même de mode alternatif de règlement des conflits demeure particulièrement vague et difficile à adopter pour un juriste français qui doit alors procéder à un travail de distinctions pour classer, catégoriser, souvent de façon artificielle, ces différentes techniques. De cette analyse descriptive, il ressort pourtant que le droit positif français semble encourager le développement des Marc. Toutefois, l'image du développement actuel des Marcs apparaît davantage comme un " trompe l'œil " ; le succès de la justice alternative en France serait à nuancer.

On peut donc présenter ce sujet en partant de l'observation suivante ; si les Marc ne s'insèrent pas naturellement dans les fondements de la culture juridique française (I), ces techniques sont actuellement encouragées par le droit positif français (II), mais l'image de ce succès n'est-elle pas un " trompe l'œil "(III).

I – Les Modes alternatifs de règlement des conflits et les fondements de la culture juridique française

Les Modes alternatifs de règlement des conflits (Marc évoquent d'abord au juriste occidental l'image d'un monde fondé sur " une idéologie de l'harmonie ". Pour un occidental, cela s'oppose à une vision plus conflictuelle de l'humanité en ne prenant pas suffisamment en compte la réalité de l'inégalité des pouvoirs dans la société. En outre, ne voir dans les procédures judiciaires qu'une forme d'aliénation, de coûts excessifs, et dans les Marc un encouragement à la responsabilité civique et communautaire, revient à transformer les conflits en des problèmes de communication et les litiges sur des droits en des différents relationnels et affectifs. Cette idéologie porteuse d'un modèle de société fondé sur la croyance que chacun partagerait les mêmes valeurs, les mêmes objectifs, ne correspond pas à une culture occidentale qui voit dans le conflit, l'opposition, la contradiction ou la controverse, les valeurs de recherche de vérité et de respect du pluralisme.

En conséquence, si l'on accepte une définition du droit comme le fruit d'une civilisation, l'idéologie liée aux Marc s'oppose à une vision occidentale du droit. « Ce qui apparaît aujourd'hui essentiel pour caractériser la civilisation "occidentale" du droit, c'est le sentiment du rôle donné au Droit dans la société. Occidentaux, nous avons un idéal : celui d'une société aussi complètement régie que possible par le Droit. Nous écrivons le mot Droit avec une majuscule, comme nous écrivons avec une majuscule les mots Etat, Justice, Eglise, Morale. Notre idéal est de voir régner le Droit. Cet idéal est plus ou moins imparfaitement réalisé dans nos sociétés actuelles, mais nous nous efforçons de le réaliser progressivement, et nous ne concevons qu'anarchie, arbitraire et chaos dans une société qui répudierait l'idée de Droit. *Ubi societas, ibi Jus* ! Cet adage est certainement contestable comme la plupart des adages, mais il est symptomatique, il manifeste que nous ne concevons pas une société viable et juste qui ne soit fondée sur le Droit »¹.

Toutefois, on ne peut pas nier que le développement des Marc correspond bien à l'émergence d'un nouveau modèle de régulation sociale plus décentralisée, plus déjudiciarisée. Ce modèle trouve en particulier son expression dans le développement de la négociation. Depuis une trentaine d'année, les techniques négociées de justice font l'objet d'un intérêt croissant parmi les juristes. D'une façon générale, les raisons de cet intérêt sont liées à l'accélération de la transformation de la société qui exige de plus grands efforts d'adaptation. Ce qui implique une mutation significative dans l'échelle des valeurs qui règle le fonctionnement de nos sociétés. Contre le centralisme et l'autoritarisme, on cherche à

¹ David, R., « Existe-t-il un droit occidental? », in XXth Century comparative and conflicts law, Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema, ed. K.H. Nadelmann, A. T. Von Mehren et J. N. Hazard : *American Journal of Comparative Law*, A.W. Sythoff-Leyden, 1961

valoriser les procédures qui font appel à l'assentiment des destinataires de la décision" (...) la substitution de la procédure contractuelle à celle de la décision unilatérale représenterait, à première vue, un progrès vers une forme de société plus douce et plus humaine. Notre âge serait celui de la négociation², "au-delà des modes d'autorité ou d'entente, celui de la "négociation permanente" est appelé à se développer"³. Des règles qui semblaient fixées, déterminées, a priori immuables, perdent progressivement cette qualité pour se muer sous des formes plus flexibles, plus évolutives.

L'avenir appartient alors peut être à une société plus fraternelle, vivant sans Droit, comme en ont d'ailleurs longtemps rêvé les Chrétiens, au moins jusqu'au XIII^e siècle⁴. Et peut être qu'un système perfectionné d'arbitrage peut réaliser la Justice, dans une mesure qui ne sera pas inférieure à celle qui est réalisée par le Droit⁵. On ne peut préjuger de ce que sera l'avenir, mais, on peut affirmer que la conception du *rule of law*, du *Rechtstaat*, de la suprématie du Droit, demeure une culture commune et fondatrice aux sociétés occidentales.

En principe, les Marc évoquent l'image d'une intervention tierce dans le dénouement ou la régulation d'une situation ou d'une institution, l'image de l'arbitre à qui les parties assignent la mission de régler leur différend. Portalis, un des rédacteurs du Code civil français de 1804, utilise le mot d'arbitrage pour caractériser ce que doit être le rôle du juge, dans les matières où le législateur ne saurait tout régler et tout prévoir : " une foule de choses est nécessairement abandonnée à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes, à l'arbitrage des juges ". Avec le magistrat public, l'Etat offre aux citoyens, " un arbitre éclairé et impartial " ⁶. Le terme d'arbitrage décrit alors ici le mieux l'office du juge et renvoie à l'idée de justice, une justice qui provient de la sagesse d'un homme plus que du droit strict, une justice qui procède davantage de l'esprit que des textes.

À partir de cette conception générale de la justice, il nous faut donc à présent, définir ce que l'on entend par justice alternative, et pour cela le juriste français s'attache à distinguer différentes techniques pour dégager le concept de justice offerte par le juge judiciaire, des notions d'arbitrage, de médiation ou de conciliation. Des techniques encouragées par le droit positif français.

²ZARTMAN, I.W., *The fifty percent solution*, New York : Anchor Books, 1976

³CHALVIN, D., *L'entreprise négociatrice*, Paris : Dunod, 1978

⁴Saint Paul et Saint Augustin jusqu'au XIII^e siècle ou l'idée est répudiée par Saint Thomas d'Aquin

⁵Cf. : « Arbitrage et droit comparé », *R.I.D.C.*, 1959, p. 5

⁶PORTALIS, "Discours préliminaires au Code civil" in, *Motifs et discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat*, Paris : Firmin Didot, 1886, t. I, p. 425.

II – Des techniques encouragées par le droit positif français

Le flou conceptuel qui entoure la notion est tel que la première difficulté revient à faire des distinctions entre les différentes alternatives à la justice. La distinction permet de rendre compte de la multiplicité des approches, des considérations classiques entre les modes judiciaires et extrajudiciaires, formels et informels, juridictionnels et non juridictionnels.

Si l'on définit les Marc comme des modes extrajudiciaires, l'accent est surtout mis sur la dimension institutionnelle du processus de résolution des conflits, car suivant cette définition, les instances extrajudiciaires de règlement des conflits constitueraient les seules alternatives à la justice. Mais si l'on se réfère à la définition anglo-américaine des A.D.R., l'absence de formalisme constitue un des critères déterminant de définition. Ce qui permet d'inclure sous ce concept un grand nombre de procédures dites informelles mises en œuvre au sein d'instances judiciaires. Enfin si les Marc sont aussi assimilés à des procédures non-juridictionnelles, ceci tend à faire du processus décisionnel un des facteurs déterminant pour distinguer les alternatives à la justice, des procédures juridictionnelles de règlement des conflits⁷.

Il est donc admis que le juge judiciaire n'a pas l'exclusivité ni pour trancher les différends, ni pour rendre la justice. Mais la légitimité de cette justice alternative repose sur la volonté des parties. Les protagonistes sont donc liés par des liens contractuels, c'est le cas des clauses de conciliation ou de médiation, ou des conventions d'arbitrage.

En conséquence, pour classer les différentes techniques de justice alternative, on est ainsi conduit à prendre en compte la dimension institutionnelle, les degrés de formalisme et la nature du processus décisionnel. En combinant ces critères on peut opérer une classification générale en commençant par le bas de l'échelle, avec la conciliation et la médiation (§I), pour aller au plus haut de l'échelle avec l'arbitrage (§II). Bien entendu, dans les limites qui me sont imparties, il ne s'agit que d'un survol, on ne distinguera donc que les sommets du paysage sans en voir les détails.

§I – La conciliation et la médiation

Les clauses de conciliation et de médiation ont vocation à répondre aux inconvénients de la justice étatique en permettant un désencombrement des tribunaux, plus de souplesse, plus de rapidité, plus de discrétion. Ce sont des processus qui sont le plus souvent informels,

⁷ *Dictionnaire encyclopédique de théorie de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean ARNAUD, et de J.G. BELLEY ... [et al.], Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd. 1993

par lesquels les parties avec l'intervention ou non d'un tiers, tentent de rapprocher leur point de vue afin de parvenir à trouver une solution à leur différend. Elles participent d'un idéal de discussion, de négociation et sont donc supposées contribuer à une "pacification sociale", en produisant une "justice douce" issue de la volonté des parties.

On distingue la conciliation et la médiation par leur degré de formalisme, c'est-à-dire des moyens mis en œuvre pour parvenir à un accord, mais dans les deux procédures se voient accordés des effets de plus en plus importants par le droit positif.

On peut ainsi présenter d'une part, la spécificité de chacune des notions (A) et d'autre part, montrer comment leurs effets sont de plus en plus étendus par le droit positif (B).

A – Les spécificités respectives de la conciliation et de la médiation

1 – La conciliation

Les conciliations sont les modes les plus informels. Elles participent d'une démarche négociée, sous la forme de lettres, d'un acquiescement tacite, avec ou sans l'intervention d'un tiers. Certaines, plus formelles, font appel à un tiers, qui par sa seule présence et ses conseils conduit les parties à se concilier. La clause qui l'a prévu peut déterminer les modalités de désignation d'un ou plusieurs conciliateurs, des questions procédurales comme la présence d'un défenseur, enfin sur le plan décisionnel, la réalisation de l'accord peut donner lieu à la signature d'un écrit sous la forme d'un procès verbal de conciliation⁸. Elles sont souvent utilisées, voir prévues sous forme de règlement par des organisations spécialisées représentant des associations de consommateurs ou de locataires par exemple. Elles sont le plus souvent extrajudiciaires, d'autres peuvent être judiciaires.

2 – La médiation

Dans les médiations, le tiers intervient de façon plus active. Il va chercher d'abord à amener les parties à discuter du différend en rétablissant la communication entre elles, puis en aidant les parties à rechercher les solutions possibles au différend, en préparant un projet de médiation, fait des recommandations. Comme dans la conciliation, le médiateur assiste simplement les parties dans la recherche d'une solution et ne dispose d'aucun pouvoir pour trancher le différend ou imposer la décision aux parties en cause. On peut distinguer plusieurs formes de médiation en fonction de leur degré de formalisme.

⁸L'idéal type de la conciliation formelle est une conciliation judiciaire qui est constitué d'un certain nombre de procédures judiciaires.

- certaines sont réglementées par des textes d'origine législative ou conventionnelle prévoyant les modes de désignation des médiateurs et leur déroulement. Elles peuvent alors s'apparenter à des procédures judiciaires. Sur le plan décisionnel, elles donnent lieu à l'établissement d'un accord de médiation ou à une transaction.

- certaines médiations sont judiciaires. Elles constituent les types de médiations formelles les plus achevées ; constituant parfois une phase préalable obligatoire ou facultative au procès judiciaire (en droit de la famille).

Pour résumer on pourrait dire que le conciliateur a pour mission d'inciter les parties à se rapprocher alors que le médiateur doit proposer une solution que les parties sont libres d'accepter ou non. Mais la distinction est artificielle et ne donne qu'un pâle reflet de l'imagination des praticiens...

B – L'extension commune des effets de la conciliation et de la médiation

Le droit positif accorde de plus en plus d'effets juridiques à ce type d'accords. On peut évoquer successivement, les effets des clauses de conciliation (1) et ceux de la médiation (2).

1 – Les effets de la clause de conciliation

Par une clause de conciliation, les parties s'engagent à négocier avant de saisir le juge, un règlement amiable ou une transaction⁹. La stipulation équivaut à une obligation de négocier, mais les parties ne sont nullement tenues de conclure un accord¹⁰. Toutefois, si la procédure de conciliation ou de médiation échoue et qu'il y a un litige, les parties pourront s'en remettre à un juge étatique qui le tranchera.

C'est encore récemment posé la question des conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation. La Chambre mixte de la Cour de cassation, le 14 février 2003¹¹, a *considéré que la seule stipulation d'une clause de conciliation avait pour effet de rendre irrecevable l'action en justice intentée directement devant les tribunaux judiciaires sans passer par le préalable de la conciliation.*

⁹ La transaction est un contrat nommé prévu par l'article 2044 à 2058 C. civ. Est un contrat par lequel les parties traitant sur un droit litigieux terminent une contestation à naître au moyen de concessions ou de sacrifices réciproques". Sa validité juridique est issue de la Force obligatoire du contrat, ce qui la différencie de l'arbitrage qui est un acte juridictionnel. La différence porte sur la nature du pouvoir du tiers intervenant, ce qui est commun, c'est l'existence d'une situation litigieuse. L'article 2045 du C. civil impose que les parties aient la libre disposition de leurs droits et un écrit.

¹⁰Ce qui la distingue de la conciliation ou de la médiation judiciaire prévues aux articles 127 et s. du Nouveau Code de procédure civile (Npc.).

¹¹ Cass. ch. Mixte, 14 fév. 2003, *Petites Affiches*, n°51, 12 mars 2003, p. 13 et s., note L. BERHEIM, « Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation : la fin des incertitudes ».

Avant cette décision, dans une position dissidente, la 1^e Chambre civile considérait que l'inobservation de la clause de conciliation n'était pas une "fin de non recevoir à l'action en justice, ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire". Cette clause n'étant de surcroît assortie d'aucune sanction. Mais cela allait à l'encontre du principe de la Force obligatoire du contrat issu de l'article 1134 du C. civ. et transformait la clause de conciliation en pur engagement moral moral. D'autres juridictions imposaient, lorsqu'une clause le stipulait, un préalable de conciliation en qualifiant d'"irrecevable" l'action en justice directement intentée auprès des tribunaux étatiques.

La chambre mixte a tranché en affirmant clairement sur le fondement des articles 122 et 124 Npc. que les "fins de non recevoir ne peuvent être limitativement énumérées ; qu'est 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, et constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent"¹².

La haute juridiction précise les effets de la clause de conciliation qui crée deux types d'obligations : - La première obligation, lors de la survenance du litige, est, d'une part, de ne pas saisir le juge (<=> à une obligation de ne pas faire) et, d'autre part, de mettre en place un processus de négociation (<=> à une obligation de faire), et donc une Obligation de résultat. - La seconde obligation, est une obligation de négocier de bonne foi qui est obligation de moyen. L'obligation de résultat implique une exécution forcée en nature malgré les dispositions de l'art. 1142 du C. civ. ?

En outre, par cette décision jurisprudentielle, la Cour de cassation affirme que la nullité du contrat contenant la clause n'entache pas l'efficacité de la clause elle-même. On fera le parallèle avec le principe encore récemment reconnu par la Cour de cassation de l'autonomie de la clause compromissoire (arbitrage).

L'efficacité de cette nouvelle catégorie de contrats relatifs aux différents dépasse ainsi la force obligatoire des autres contrats puisque le fondement de leur efficacité réside dans la nature hybride de ces accords qui produisent des effets contractuels avec une exécution forcée en nature et des effets processuels avec une fin de non-recevoir d'origine contractuelle. On peut donc considérer que droit positif encourage aujourd'hui le développement de ce type d'accords.

2 – En ce qui concerne la médiation :

Les modes de saisine sont variées. Il peut s'agir d'une requête commune ; un médiateur est alors immédiatement choisi. Il examine le dossier, d'abord séparément avec chacun des

¹² *ibidem*

protagonistes, puis les réunit, anime un débat et ayant écoutés les parties, cherche à dégager un accord.

En pratique, on peut citer le centre de médiation et d'arbitrage de Paris créé par la chambre de commerce internationale de Paris, le T. de commerce et le Barreau de Paris, saisi par l'une des parties. C'est alors le centre qui approche l'autre partie. Si cette dernière accepte le principe d'une médiation, le processus peut s'enclencher. Mais rien n'interdit de désigner tout de suite un médiateur. C'est ce dernier en ce cas, qui convoque l'autre partie qui peut se faire assistée par un avocat.

La médiation est donc en quelque sorte une procédure intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage, car elle implique la décision d'une tierce personne qui ne dispose pas cependant de pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire de la possibilité de trancher un litige.

§II – L'arbitrage

L'arbitrage peut être distingué comme un mode alternatif de justice plus formel (A) qui diffère des autres dans ses conditions de mise en œuvre, sa procédure et ses effets (B).

A – Un mode alternatif de justice plus formel

L'arbitrage est connu en occident depuis ses origines, dans la Grèce athénienne et la Rome de Constantin. En France, dès le moyen âge, l'arbitrage est utilisé en cas de carence de la justice étatique ; lorsque les parties soumettent leurs litiges à des juridictions ecclésiastiques considérées comme juridictions arbitrales, en cas de carence de la justice séculière. Dans le code de procédure civile de 1807, un certain nombre d'articles étaient consacrés à l'arbitrage et à la convention de compromis qui permet de porter un procès déjà né devant un arbitre. Aujourd'hui, l'arbitrage connaît un renouveau, notamment en matière commerciale et en matière de conflits collectifs de travail¹³.

B – Des conditions et des effets de la procédure d'arbitrage

Les articles 1442 à 1491 Ncpc. réglementent l'arbitrage en précisant notamment la nature de la mission de l'arbitre (1), les conditions de recours à l'arbitrage (2) les effets des clauses compromissoires (3) et l'autorité de la sentence arbitrale (4).

¹³ Cf. : Th. CLAY, *L'arbitre*, préf. de Ph. Fouchard, Dalloz, collection Nouvelles bibliothèque des thèses, 2001. Voir aussi, Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. de B. Oppetit, L.G.D.J., collection Bibliothèque de droit privé, T. 198, 1987

1 – La nature de la mission de l'arbitre

Investi par une convention d'arbitrage, l'arbitre tranche un litige et sa décision lie les parties. L'arbitrage est donc considéré comme un mode juridictionnel de règlement des litiges - litige, entendu comme l'affrontement de deux prétentions juridiques antagonistes. La nature de la mission de l'arbitre (a) explique la limitation de ses pouvoirs (b).

a – La nature de la mission de l'arbitre

Mission juridictionnelle : "l'arbitre est un juge, comme une juridiction étatique, seule diffère l'origine de la mission, mais que ce soit la volonté des parties ou la loi, l'arbitre dit le droit, il a la *juris dictio*. Le Npc. (art. 1444 et s.) utilise les termes de "tribunal arbitral", les institutions d'arbitrage agissent dans des "Cours d'arbitrage". Toutefois, c'est une justice privée par la possibilité qui est offerte aux parties de choisir leur juge ou encore fixer par voie conventionnelle dans les limites permises par la loi la mission impartie à l'arbitre¹⁴. Il s'agit ainsi d'une institution "de nature hybride qui tient à la fois du contrat et du jugement". S'il y a une identité profonde, elle n'est pas totale, l'arbitre n'est qu'un juge privé, il ne statue pas au nom de l'Etat.

b – La limitation de ses pouvoirs est liée à sa nature contractuelle

Même si l'arbitre dispose d'un pouvoir d'astreinte - qui consiste en une condamnation pécuniaire, généralement fixée à un certain montant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par l'arbitre - il ne dispose pas du pouvoir de rendre la sentence exécutoire. Il n'a pas *l'imperium* ; ce qui justifie la procédure d'exequatur qui consiste en l'apposition sur la sentence de la formule exécutoire qui ne peut être réalisée que par le juge étatique, titulaire de *l'imperium*.

Une fois la sentence rendue, l'arbitre est en principe immédiatement dessaisi, il ne dispose donc pas de la permanence du juge étatique. En outre, il n'est juge qu'à l'égard des parties, et se trouve dénué de tout pouvoir concernant un tiers au procès.

Toutefois, on observe que le droit positif étend dans le temps et l'objet la mission de l'arbitre dans les conditions de recours à l'arbitrage, dans les effets de la clause compromissoire et l'autorité de la sentence arbitrale.

¹⁴ Dans certains cas, les arbitres reçoivent le pouvoir de juger en droit ou en équité notamment dans le cas où les parties leur donnent le pouvoir de se prononcer comme amiable compositeur.

2 – Les Conditions de recours à l'arbitrage

Les conventions d'arbitrage expriment la volonté des parties de confier une mission juridictionnelle à un tiers. C'est donc le droit commun des contrats qui s'applique avec quelques spécificités qui tiennent aux matières arbitrales et à la capacité de compromettre.

Les conditions d'arbitrabilité sont clairement énoncées dans le Code civil. Les articles 2059 et 2060 disposent que le litige doit porter, d'une part, sur des droits disponibles (a), et d'autre part, sur une matière qui n'intéresse pas l'ordre public (b).

a – Des droits disponibles

Sans entrer dans le détail, a priori il s'agit de droits patrimoniaux, qui constituent le patrimoine de la personne et se réfèrent à une valeur pécuniaire (droit de propriété) distincte des droits extrapatrimoniaux (droit à l'honneur) qui n'entrent pas dans le patrimoine, mais dont la violation peut donner lieu à une condamnation pécuniaire¹⁵.

b – De l'ordre public

On sait qu'il s'agit d'une notion polysémique, qui doit permettre de distinguer ce qu'un ordre juridique tolère ou non. Malgré cette polysémie, cette malléabilité de la notion, suivant les contextes politiques et culturels, on distingue en France, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection¹⁶. On s'est ainsi demandé si l'article 2060 du C.civ. relatif à l'arbitrabilité visait l'ordre public dans sa globalité ou seulement l'une de ces catégories. La jurisprudence a fini par admettre que ce n'est pas parce qu'une question était d'ordre public qu'elle était nécessairement inarbitrable¹⁷.

Les deux notions qui servent de critères d'arbitrabilité semblent ainsi faire l'objet d'une interprétation juridictionnelle plutôt extensive, ce qui facilite les conditions de recours à l'arbitrage.

3 – Des effets de la clause compromissoire

¹⁵Distinction doctrinale entre les indisponibilité absolue et l'indisponibilité relative (Lagarde).

¹⁶Yves LEVY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique », *Petites affiches*, 28 avril 2003, n°84.

¹⁷C.A. Paris, 19.05.1993, *Rev. arb.* 1993, p. 645, n. C. JARROSON.

La clause compromissoire qui se réfère au litige éventuel et donc pas encore né (art.1442) entre les parties¹⁸, consiste à soustraire ce litige éventuel à la connaissance du juge étatique, et à ne lier que ceux qui l'ont signé et ne saurait s'opposer au tiers.

Avant la loi sur les nouvelles régulations économiques (N.R.E.) du 15 mai 2001, la clause compromissoire n'était envisageable qu'entre commerçants. Depuis, elle est autorisée dans tous les contrats conclus "en raison d'une activité professionnelle" (a. 2061 C. civ.). Cette disposition législative devrait ainsi conduire à l'essor de la clause compromissoire.

En outre, l'autonomie de la clause compromissoire en droit interne - principe acquis de longue date en matière internationale (1^e civ. 7/03/1963) - s'est trouvée confirmée par les arrêts de la 2^e ch. civ. et de la ch. comm. de la Cour de Cass. les 4/ et 9/04/2002.

Pendant longtemps, le sort de la clause compromissoire était lié à celui du contrat principal. Dans l'affaire présentée devant la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, la clause d'arbitrage était insérée dans un contrat de sous-traitance dont la validité était contestée. La haute juridiction répond très clairement que "la clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte, l'arrêt retient à bon droit que l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance est sans incidence sur la validité de la clause compromissoire".

Il apparaît une nouvelle fois clairement que le droit positif exprime la volonté d'assurer la plus grande efficacité à l'arbitrage interne. L'autorité de la sentence arbitrale demeure cependant limitée.

4 – L'autorité limitée de la sentence arbitrale

Le caractère hybride de la juridiction arbitrale implique la présence de règles de procédure différentes, mais elles doivent cependant respecter les principes directeurs du procès (art. 1460 al. 2 Ncpc.), par exemple :

- une motivation à la suite d'une délibération secrète ; s'il y a plusieurs arbitres, elle doit être rendue à la majorité des voix.
- un appel de la sentence
- l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.
- la force probante

¹⁸En revanche, le compromis est un contrat par lequel, une fois le litige né, les parties décident de soumettre leur différend à l'arbitrage.

Mais une fois la sentence rendue, l'arbitre est dessaisi. De plus, s'agissant des tiers à l'instance arbitrale, ils ne sont pas soumis aux effets de la sentence, sauf à être bénéficiaires d'une stipulation pour autrui en vertu d'un contrat liant les parties à l'instance.

En principe, la sentence fera l'objet d'une exécution amiable et spontanée, mais elle n'a pas la force exécutoire, si l'on veut lui donner cette force, elle lui sera attribuée par une ordonnance dite d'exequatur qui est demandée sur requête, au tribunal de grande instance, dans le ressort duquel la sentence a été rendue. L'exequatur est apposé sur la minute de la sentence.

Enfin, il existe également des voies de recours ordinaires sous la forme d'un appel à l'égard de la sentence ou à l'égard de l'ordonnance intervenue sur l'exequatur, et des voies de recours extraordinaires sous la forme d'une tierce opposition, d'un recours en révision ou d'un pourvoi en cassation.

En résumé, si l'évolution actuelle de la procédure d'arbitrage semble tendre au rapprochement des justices arbitrales et étatiques, elles restent irréductiblement différentes quant à l'étendue de leurs pouvoirs.

Cette rapide description des techniques les plus connues de Marc démontre que le droit positif français encourage leur développement tout en essayant de contrôler leur mise en œuvre et leur effet, ceci afin de répondre au phénomène parfois décrit par certains comme la fuite du milieu des affaires vers une justice non-étatique.

III - L'image en trompe l'œil du succès des Marc

L'image de la fuite du milieu des affaires vers des modes alternatifs, plus informels, conventionnels et privés, s'expliquerait par le caractère plus substantiel de la justice qu'ils offrent - c'est-à-dire, une justice plus souple, plus rapide, plus proche de leur attente, plus experte, plus discrète, en un mot, plus contextuelle : la justice alternative prendrait mieux en compte le contexte général plus complexe, plus économique, plus internationale des relations d'affaires. Le juge étatique apparaîtrait dépassé, il n'aurait pas la compétence, la connaissance suffisante pour offrir cette justice substantielle, contextuelle. Ce qui expliquerait d'ailleurs, la très grande influence dans les Marc de la tradition juridique de *common law* réputée justement plus substantielle.

Cette image apparaît comme un "trompe l'œil".

Premièrement le développement des Marc. est limité à seulement quelques domaines, en particulier le droit commercial ou le droit social.

Deuxièmement, si l'on prend comme exemple l'arbitrage, on observe qu'il fait l'objet depuis plusieurs années d'une très forte formalisation ou institutionnalisation, qui conduit à la mise en œuvre de procédures de plus en plus pointilleuses. L'arbitrage n'apparaît ainsi plus comme le moyen le plus flexible, le plus rapide et le moins cher de régler un conflit. Cette évolution de l'informalisme au formalisme est cyclique dans les Marc. Les Marc ont toujours tendance à accroître leur formalisme. Ce processus de formalisation s'explique par une recherche de légitimité.

En outre, la mondialisation des échanges renforce la compétition commerciale, ce qui conduit plutôt à un affaiblissement des liens éventuels de solidarité entre les parties. Aussi, traditionnellement perçu comme un moyen de restaurer la confiance, l'arbitrage semble perdre de son esprit. On remarque que de plus en plus souvent les protagonistes en viennent à faire obstruction et à contester les sentences arbitrales devant les juridictions étatiques. La grande liberté donnée aux parties, n'apparaît plus comme un avantage. Au contraire, si l'on finit par contester les sentences arbitrales devant les juridictions étatiques, la procédure devient de plus en plus anarchiques et de plus en plus longue, donc chère.

Le succès des Marc est donc à nuancer. L'arbitrage ne remplace pas la justice étatique. Ces deux formes de justice coexistent. On ne peut même pas dire qu'elles soient en compétition. On observe même parfois une coopération, comme dans le cas où un juge étatique intervient dans un arbitrage lorsqu'il est appelé pour être un troisième arbitre.

Enfin et surtout, les Marc n'existent que par la volonté des parties. Dès que cette volonté disparaît, dès qu'il n'y a plus d'accord, les parties se retrouvent nécessairement devant le juge étatique. La hiérarchie formelle du droit étatique est donc respectée.

Ce survol très rapide manque de précisions, mais je laisse aux praticiens le soins de combler ou de rectifier certains des points de vue proposés.

Pour conclure, j'ajouterai que la situation actuelle de la Chine qui est l'héritière d'une tradition fondée sur des principes d'harmonie sociale et de conciliation, dans un contexte de réforme de son droit pour répondre aux exigences d'adaption à la mondialisation des échanges, est particulièrement intéressante pour nous, juristes occidentaux. Et j'espère que cette rencontre nous permettra de comprendre le processus en cours dans votre pays, riche d'enseignement pour le nôtre.